

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

VII

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1978

Culpa in contrahendo bei Jhering

1. Einleitung: culpa in contrahendo in der neueren Dogmengeschichte

Juristische Dogmatik hat wie jede andere sich wissenschaftlich präsentierende Darstellung von Lehrmeinungen ein eigentümliches Verhältnis zu ihrer Vergangenheit: Da die lehrmäßig positivierte Resultante mit dem Anspruch der sachgerechten Wahrheit auftritt, fungiert eine zu ihr hinstilisierte Ideengeschichte als „gutes Gewissen“. Was vom Lehrsatz zurückblickend als dessen Rechtfertigung wirkt, erscheint umgekehrt — von der „Entdeckung“ her — als Stufenfolge eines sich dem Erkenntnisziel nähernden wissenschaftlichen Optimismus. Dieses Verfahren neigt dazu, die praktischen Bedingungen geschichtlich gewordener Theorie, insbesondere auch den zeitgebundenen Reflex von Theorie, zugunsten der konsistenten Aneinanderreihung von Aussagen zu beschneiden. Daß eine einheitliche Aussage angesichts eines unterschiedlichen historisch bedingten Problemzusammenhangs uneinheitliche Bedeutungen haben kann, ist leicht vergessene sprachtheoretische Trivialität.

Die Geschichte der Doktrin vom Verschulden beim Vertragsschluß hat in jüngerer Zeit juristisch-methodologische Klassizität erlangt. Josef Esser und Karl Larenz — in ungewöhnlicher Einheit — stellen anhand der „Entwicklung“ der Figur dar, wie ein „rechtsethisches Prinzip“ in ein kodifiziertes System eindringt und sich systembezogen positiviert. Die beiden repräsentativen Exkurse seien hier vollständig wiedergegeben. Karl Larenz akzentuiert das „Bewußtwerden des Prinzips“¹:

Am Beispiel der Lehre von der „culpa in contrahendo“ läßt sich besonders deutlich erkennen, wie die Ausbildung einer solchen Lehre vor sich geht. Jhering, der sie im Jahre 1861 zuerst entwickelt hat, schildert zu Beginn seines Aufsatzes, wie er zu ihr gekommen sei. Schon seit Jahren, so sagt er, habe ihn beim Vortrage der Irrtumslehre die Frage große Schwierigkeiten bereitet, ob der irrende Teil nicht „dem

¹ K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, München ³1975, 412 f. (ohne Fußnoten).

Gegner auf Ersatz des durch seine Schuld ihm verursachten Schadens hafte“. Die Quellen schienen die Verneinung der Frage zu fordern; allein „die Unbilligkeit und praktische Trostlosigkeit eines solchen Resultats liegt auf der Hand“. Jherings rechtsethisches Empfinden fand sich also mit dem Ergebnis der Anwendung der Regeln der Pandekten nicht ab. Er verdeutlichte sich nun sein Ungenügen an mehreren beispielhaften Fällen und fragte sich, worin deren Eigentümlichkeit gegenüber anderen Fällen begründet sei. Er fand sie darin begründet, daß die culpa begangen werde „bei Gelegenheit eines intendierten Contractverhältnisses“. Damit hatte er die für seine Wertung entscheidende Erkenntnis gewonnen: Es handelte sich um Fälle eines Verschuldens beim Abschluß von Verträgen, einer „culpa in contrahendo“. Erst jetzt — und das ist an seinem Bericht besonders bemerkenswert — wandte er sich der Literatur des Römischen Rechts zu und fand in ihr „eine Reihe anderer Fälle, in denen sich derselbe Tatbestand wiederholte, und unter ihnen zu meiner Freude auch einen, in dem die Notwendigkeit einer Klage, freilich ohne genügende Begründung, bereits von der Theorie anerkannt war. Der wichtigste Fund von allen aber war mir der, daß das Römische Recht selbst in zwei Fällen, dem des Verkaufs einer res extra commercium und einer nicht existierenden Erbschaft, die Schadensverbindlichkeit ausgesprochen hatte“. Damit hatte Jhering, so glaubte er, genügend Anhaltspunkte im positiven Recht seiner Zeit gefunden, um, mittels einer Interpretation der Quellen und einer Gesamtanalogie, „den in den Entscheidungen der Quellen mehr verborgenen als ausgesprochenen Inhalt zutage zu fördern, wie dies jetzt versucht werden soll.“

Jherings dankenswerter Entstehungsbericht läßt keinen Zweifel daran, auf welchem Wege ihm das Prinzip einer Haftung speziell für eine „culpa in contrahendo“ bewußt geworden ist. Am Anfang stand seine rechtsethische Wertung, ihr folgte eine Analyse der Fälle, auf die sie sich bezog, und deren Vergleich mit anderen Fällen; darauf formulierte er das Prinzip. Sodann erst suchte er nach Anwendungsfällen dieses Prinzips im Römischen Recht und in der damaligen Jurisprudenz. Die von ihm gefundenen, spärlichen und einigermaßen entlegenen Anwendungsfälle genügten ihm jedoch nicht, er machte daher den Versuch, „den bisher lediglich in Anwendung auf die beiden quellenmäßigen Fälle entwickelten Begriff der culpa in contrahendo in der ihm zukommenden Allgemeinheit festzustellen und zu begründen“. Er suchte nach der inneren Begründung oder Rechtfertigung der von ihm postulierten Haftung, und er fand sie in dem Gedanken: „Wer kontrahiert, tritt damit aus dem rein negativen Pflichtenkreis des außerkontraktlichen Verkehrs in den positiven der Kontraktssphäre.“ Das heißt, moderner ausgedrückt, wer mit einem anderen in Vertragsverhandlungen eintritt, nimmt dadurch bereits erhöhte Pflichten, nicht nur solche zur Unterlassung schädigender Handlungen, sondern auch solche zu einem positiven Tun, soweit dies der andere den Umständen nach von ihm erwarten kann, auf sich. Das war freilich zunächst nichts anderes als die Äußerung eines Rechtsgedankens, dessen allgemeine Geltung für das damalige positive Recht

lediglich eine Behauptung war. Aber der Gedanke setzte sich im Schrifttum und mehr und mehr auch in der Rechtsprechung allmählich durch. Obgleich ihn das BGB wiederum nur in einigen wenigen verstreuten Einzelschriften, keineswegs aber in der ihm nach Jhering zukommenden Allgemeinheit aufgenommen hat, bemühte sich die Rechtsprechung darum, ihn mittels eines fingierten Vorvertrages oder anderer Kunstgriffe zu verwirklichen, bis ihn Heinrich Stoll im Jahre 1923 mit dem Vertragsprinzip verband und ihn dadurch so überzeugend zu formulieren verstand, daß die Lehre von der Haftung für culpa in contrahendo sich nunmehr allgemein durchsetzte. Sie hat inzwischen durch ihre Verbindung mit den aus „Treu und Glauben“ zu folgernden „Schutzpflichten“ und durch ihre Anwendung auf unterschiedliche Fallgestaltungen einen immer weiteren Ausbau erfahren. Was durch Jhering angebahnt wurde, haben spätere Autoren, vor allem Heinrich Stoll und Ballerstedt fortgesetzt. Auch die Verbindung des Gedankens einer Haftung für culpa in contrahendo mit dem Vertrauensprinzip 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 — diese als „wertorientiertes Denken“ verstanden — für die Rechtsfortbildung deutlich wird.

Josef Esser betont den Vorrang der wertenden Fallentscheidung vor ihrer „systematischen“ Anknüpfung²:

So hat es bekanntlich lange gedauert, bis die deutsche Rechtsprechung sich entschloß, den im gemeinen Recht von Jhering, Windscheid, Wellspacher u. a. systematisch erarbeiteten Grundsatz der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß (culpa in contrahendo) dem BGB als immanenten Rechtsgedanken zu „entnehmen“, und die textliche Anknüpfung an § 276 BGB ist ja auch willkürlich genug. Bis 1910 beharrte das RG auf dem Standpunkt, es gebe „keinen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts, daß man jedes Verschulden beim Vertragsschluß vertreten müsse“, und § 276 BGB spreche nur von dem „Schuldner“ als Haftbarem, setze also eine bestehende Obligation voraus. Die abweichenden Stimmen der Doktrin blieben ungehört, bis das Material so erdrückend wurde, daß der den begrifflich-axiomatischen Bedenken entgegenkommende Vermittlungsvorschlag von Leonhard angenommen

² J. ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1974, 162—164 (ohne Fußnoten), vgl. auch 164 Fn. 104. ESSER folgt weitgehend in der Bezeichnung der einzelnen „Entwicklungsstationen“ der Diss. von R. NIRK, Die Lehre von der culpa in contrahendo in rechtsvergleichender Darstellung, Masch. Diss. Tübingen 1951, die z. T. überarbeitet und auszugsweise in *RabelsZ* 18 (1953), 310 ff. veröffentlicht wurde, vgl. ESSER a. a. O., 163 Fn. 98. NIRK folgt seinerseits, zumindest was die gemeinrechtliche Entwicklung betrifft, wesentlich W. BROCK, Das negative Vertragsinteresse, Berlin 1902, der seinerseits wiederum z. T. wörtlich an C. MELLIGER, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen (nach dem gemeinen und schweizerischen Obligationenrecht), Diss. Zürich 1896, anknüpft.

wurde, für culpa in contrahendo wenigstens dann haften zu lassen, wenn es später zum gültigen Vertragsabschluß kommt. Der darauf folgende grundsätzliche Vorstoß von Autoritäten, wie v. Tuhr, Siber und Oertmann, bestimmte dann die Praxis zur Anerkennung der Haftung auch bei Vertragsverhandlungen, die nicht mit einem gültigen Abschluß endigen. Zunächst suchte man mit mannigfachen Unterscheidungen von Art und Grund der Nichtigkeit noch in echt kasuistischer Weise den Begriff des „Schuldners“ i. S. von § 276 BGB auszudehnen, bis endlich 1920 die allgemeine Haftung für jedes Verschulden bei Vertragsverhandlungen als „herrschende Lehre“ bezeichnet werden konnte. Aber erst eine dritte Phase brachte das Prinzip auf seinen endgültigen Stand, wonach es nicht einmal auf den Versuch eines leider fehlgeschlagenen Vertragsabschlusses ankommt, sondern das „vorbereitende Rechtsverhältnis“ als solches die qualifizierte Haftung begründet. Und auch in dieser Phase blieben noch entscheidende Schritte zu tun, um die Verselbständigung dieser Haftung gegenüber der Vertragshaftung aus einem auch dogmatisch gesicherten Prinzip zu vollenden. Der erste Schritt war die Anerkennung eines „vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses“ — wiederum echt pragmatisch kasuistisch gedacht —, der letzte, noch umstrittene, ist der eines völlig verselbständigten „dritten Haftungsgrundes“, den man aus „sozialem Kontakt“ oder dgl. vorerst noch ohne treffende begriffliche Abgrenzung zu erklären versucht.

Die Zitate verdeutlichen — zunächst ohne Prüfung der Einzelaussagen — den auf Konsistenz gerichteten, instrumentalen Charakter von Dogmengeschichte, der in dieser Art dem Argwohn der Fachlegende ausgesetzt ist.

Wenn in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stereotyp der Lehrsatz auftaucht, daß bereits mit Aufnahme der Vertragsverhandlungen zwischen den Beteiligten ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis bestehe, das zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet und auf beiden Seiten Sorgfaltspflichten erzeugt, deren Verletzung Schadensersatzansprüche aus dem Gesichtspunkt der „culpa in contrahendo“ zu begründen vermag³, so erscheint dies äußerlich als Wiederholung des von Jhering vor über hundert Jahren aufgestellten Leitsatzes: „Das Gebot der contractlichen diligentia gilt für gewordene, so auch für werdende Contractsverhältnisse, eine Verletzung begründet hier, wie dort die Contractsklage auf Schadenersatz“⁴.

³ So z. B. BGHZ (III ZR) 49, 77, 79 vom 16. 11. 1967.

⁴ R. VON JHERING, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, JhJb 4 (1861), 1 ff. (52) = Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 1, Jena 1881, 327 ff. (372) im folgenden zitiert als Abh. mit den Parallelbelegen; die Abh. ist kürzlich erneut publiziert worden: R. VON JHERING, Culpa in contrahendo, H. STAUB, Die positiven Vertragsverletzungen, mit einem Nachwort von E. SCHMIDT, Bad Homburg u. a. 1969, 51—91.

Heutige Dogmatik und deren Methodentheorie hat möglicherweise ein ähnliches Verhältnis zu Jherings Lehrsatz wie seinerzeit Jhering zur Positivierung der „vorvertraglichen Haftung“ im preußischen Allgemeinen Landrecht (I 5 § 284)⁵.

In seiner Abhandlung nimmt Jhering die Vorschrift mit „Genugtuung“ zur Kenntnis, bedauert, daß sie nicht „römischen Ursprungs“⁶ sei, und fährt dann fort: „Ob die Verfasser des Landrechts sich der Tragweite desselben bewußt gewesen sind, *lasse ich gern dahingestellt*, aber da hier nicht Muthmaßungen entscheiden, sondern der *Inhalt*, wie er mit klaren Worten im Gesetz ausgesprochen ist, so kann die Befugnis, den Ausdruck in seinem vollen Umfange zu verstehen, nicht beanstandet werden“⁷. Dem Dogmatiker Jhering geht es nicht um das Problembewußtsein der Redaktoren des ALR, er interpoliert den Satz kurzerhand dem eigenen Problembewußtsein; sein Verfahren kann als methodisch ehrlich bezeichnet werden, weil er sein nur beschränktes Interesse an der Regelung des ALR nicht verschleiert⁸. Es ist selbstverständlich, daß Jhering um 1860 unter anderen Vorstellungen von „Wertung und Konstruktion“ ein von heutiger Praxis und Theorie unterschiedenes Problembewußtsein hatte. Davon gehen auch etwa Larenz und Esser aus. Der Nachforschung wert ist jedoch, ob heutige Praxis und Theorie

⁵ „Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Grades der Schuld Rechts ist, gilt auch für den Fall, wenn einer der Contrahenden bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat.“ vgl. Abh. 51 = 371.

⁶ Sie ist in der Tat naturrechtlichen Ursprungs, vgl. H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres* [1625], angemerkt von J. F. GRONOVIVS und J. BARBEYRAC, Amsterdam 1720 lib. II § 6, 3: „Quod si promissor negligens fuit in re exploranda, aut in sensu suo exprimendo, et damnum inde alter passus sit, tenebitur id re sarcire promissor, non ex vi promissionis, sed ex damno per culpam dato“. Vgl. dazu auch A. HÄGERSTRÖM, *Recht, Pflicht und bindende Kraft des Vertrages* — nach römischer und naturrechtlicher Anschauung (1934) Hsg. K. OLIVECRONA, Stockholm, Wiesbaden 1965, 76 ff.

⁷ Abh. 51 = 371. Der Rückgriff auf eine Vorschrift dieser naturrechtlichen Kodifikation war nach dem zeitgenössischen Begriff von Rechtswissenschaft nicht ohne Risiko. F. MOMMSEN, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht*, 2. Heft, Über die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, Braunschweig 1879, 5, Fn. 6 bemerkt dazu: „Jhering freut sich, die von ihm für das gemeine Recht aufgestellte Theorie im Alg. Preuß. Landrecht (I. Tit. 5 § 284) anerkannt zu finden. Wenn er dabei es als zweifelhaft hinstellt, ob die Verfasser des Landrechts sich der Tragweite des citirten Paragraphen bewußt gewesen seien, so möchte ich einen Schritt weitergehen und geradezu die Ansicht aufstellen, daß sie sich der Tragweite nicht bewußt gewesen sind; sonst würden sie, wie ich glaube, den Satz, wenigstens in der Allgemeinheit, wie sie es gethan, nicht aufgestellt haben.“

⁸ Die von JHERING zitierten Normen der Partikulargesetzbücher sollen nur zum Nachweis der „praktischen Berechtigung“, nicht aber etwa der (geläuterten) „theoretischen Berechtigung vom Standpunkt des römischen Rechts“ dienen, vgl. Abh. 51, 52 = 371, 372.

die bei Jhering angelegte „rechtsethische Wertung“ nach konsistenter Genese im Detail vollstreckt, oder ob sie sich — pointiert formuliert — nur noch auf ein von Jhering geprägtes juristisches Etikett bezieht und dabei — jenseits von Gut und Böse — bereits neuen Göttern huldigt. Zur Beantwortung dieser Frage, die freilich mehr offenläßt als eine Entscheidung in der Alternative, ist zunächst genauer zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Funktionen das Konzept der culpa in contrahendo durch Jhering entwickelt wurde, welche Probleme er von welchen Prämissen her beantwortet hat.

II. Die „naturhistorische“ Methode als Grundlage von Jherings Abhandlung

Wenn die Frage nach der Methode⁹ hier an die Spitze gestellt wird, so deshalb, weil es Merkmal dogmatischer Wissenschaft (was Jhering seinem Selbstverständnis nach betrieb) ist, daß oft inhaltliche Probleme zu Methodenproblemen reduziert werden und daß Methodenprobleme Eigenleben bei der Lösung inhaltlicher Probleme entfalten.

Bekanntlich hat Jherings Methodenverständnis¹⁰ Anfang der sechziger

⁹ Die Frage wird in der Literatur zur c. i. c. nie spezifisch gestellt. Seit BROCK (vgl. Fn 2) 10 ist es üblich geworden, Jherings *petitio principii* zu rügen und anschließend die kühne Lösung zu rühmen; so etwa auch M. KELLER, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft N. F. Heft 157, Aarau 1948, 28 ff. und die Diss. von NIRK (vgl. Fn. 2) 11, 12. Ein Versuch, die einzelnen Abhandlungen Jherings aus seinem Methodenverständnis heraus zu interpretieren, findet sich bei H. LANGE, Die Wandlungen Jherings in seiner Auffassung vom Recht (mit einem Geleitwort von H. REICHEL). Diss. Hamburg, Berlin-Grunewald 1927, 105—108; die Diss., die auf den Methodenwandel bei Jhering hin stilisiert ist, übernimmt zum Thema wesentlich die allgemeinen Thesen BROCKs. L. bemerkt, daß „Erwägungen des praktischen Lebens auch zu dieser Arbeit wesentlich beigetragen“ hätten, daß aber „der in dem Aufsatz ziemlich hervortretende konstruktive Standpunkt es verhindert hat, daß er selbst (d. h. Jhering) die vollen Folgerungen der neuen Lehre zog.“ A. a. O. 105 und 107. Die jüngste Würdigung der Abhandlung aus methodologischer Sicht unternimmt W. FIXENTSCHER, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. III, Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen 1976, 169—171; F. geht es wie Larenz (vorn bei Fn. 1) um die Akzentuierung des schöpferischen Kopfes, dessen Lehre „sich jedenfalls durchgesetzt“ habe (171). Zur Frage, ob es präzise Jherings Lehre ist, vgl. die Schlußbemerkung (unten V, 355 ff.).

¹⁰ Das neuerdings wiedererwachte Interesse an JHERINGS Methode — insbesondere der frühen Phase — ist kaum zufällig und wohl weitgehend unabhängig von der Wiederkehr seines 150. Geburtstags im Jahre 1969. Wenn H. KANTOROWICZ im Jahre 1914 von „Jherings Bekehrung“ (DRZ 1914 Sp. 84 ff.) sprach, ging es ihm sicher auch um die methodologische

Jahre eine Wandlung¹¹ erfahren. Diese Wandlung ist traditionell auf einen polaren Gegensatz stilisiert worden¹²: „Die Neujahrglocken von 1859 läuteten auch für die Rechtswissenschaft einen neuen Tag ein“, meint Hermann Kantorowicz¹³, der „Jherings Bekehrung“ in die Entstehungszeit des Aufsatzes zum Problem der Zahlungsverpflichtung beim Doppelkauf — der zeitlich der Abhandlung über culpa in contrahendo vorangeht¹⁴ — legen möchte. Neueste biographische Untersuchungen stellen distanzierter fest, daß „von einem wirklichen Kontingenzbruch in Jherings Lebenswerk doch wohl nicht die Rede“ sein könne¹⁵. Die Zuordnung der Abhandlung über culpa in contrahendo zu einem oder dem anderen Methodenverständnis Jherings bedeutet heute kaum mehr eine Entscheidung über Wert oder Unwert der dort entwickelten Aussagen; freilich scheint die bewundernde Betonung, daß die „rechtsethische Wertung“ der Abhandlung Kern sei, gleichzeitig zu assoziieren, daß der Gedanke der culpa in contrahendo eben — in Übereinstimmung mit der Analyse Kantorowicz — bereits Emanation des „geläuterten“ Jhering des „Zwecks im Recht“ sei, daß die Entdeckung eines „sozialen Phänomens“ im Spiel sei¹⁶.

Bekehrung anderer. Die heutige Betonung der Konsistenz in Jherings „Lebensplan“ ist möglicherweise bei aller Plausibilität auch eine Stellungnahme zur historischen Konsistenz von Rechtswissenschaft und deren Veränderungschancen.

¹¹ W. WILHELM, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert — Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft — Frankfurt am Main 1958, 123 f.; vgl. auch H. J. HOMMES, Rudolph von Jherings naturhistorische Methode in: Jherings Erbe, Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jherings hsg. F. WIEACKER und CH. WOLLSCHLÄGER, Göttingen 1970, 101 ff.

¹² Vgl. E. WOLF, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte 41963, 644; LARENZ, Methodenlehre, a. a. O. 26 ff., 47 ff., der sogar Jherings Biographie zur Verdeutlichung der methodologischen Zäsur trennt.

¹³ DRZ 1914 Sp. 84, 88.

¹⁴ Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract, JhJb 3 (1859), 449 ff., vgl. dazu den Brief an GERBER vom 6. Januar 1859: R. VON JHERING in Briefen an seine Freunde, Leipzig 1913, Nr. 34 (S. 108 ff.).

¹⁵ F. WIEACKER, Rudolph von Jhering, SavZ Rom. Abt. 86 (1970), 1; 24; auch H. J. HOMMES, a. a. O. 102 weist darauf hin, daß Jhering seine Ausführungen über die naturhistorische Methode im zweiten Band des Geists des römischen Rechts (1858) (Geist II, 2) in späteren Auflagen nicht verworfen, vielmehr sogar mit den Äußerungen im späteren dritten Band des „Geistes“ vereinbar gehalten hat.

¹⁶ Eine derartige Zuordnung deutet sich beispielsweise bereits bei BROCK, Negatives Interesse, a. a. O. 1 an: „Seitdem Rudolph von Jhering in seiner berühmten Abhandlung ... eine allgemeine Lehre vom negativen Vertragsinteresse geschaffen und der juristischen Welt gleichsam zugerufen hatte, an welchem sozialen Phänomen sie achtlos bis dahin vorbeigegangen sei, war der Bann gebrochen, der die Geister an den Buchstaben des römischen Rechtsquellen gefesselt hielt.“ Hierzu ist zu bemerken, daß die Trennung zwischen

In der Tat zählt der Aufsatz in Band IV der Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts zu den letzten rechtstheoretischen Äußerungen Jherings vor den „Vertraulichen Briefen eines Unbekannten“¹⁷, mit denen er eine kritische Revision der zeitgenössischen Methodologie, deren prominentes Sprachrohr er zuvor war, einleitet. Die Abhandlung über culpa in contrahendo, die mit hoher Wahrscheinlichkeit bereits 1860 und nicht erst 1861 erschienen ist¹⁸, stellt jedoch eine geradezu

Buchstabe und *Geist*, die bereits im Titel von Jherings „Geist“ zum Ausdruck kommt, manifester Bestandteil der Juristengeneration ist, die in das Erbe Savignys und Puchtas eintritt, während etwa *noch* bei SAVIGNY der „bloße Buchstabe des Rechts“ das „nationale Element (jus strictum, ratio juris)“ im Gegensatz zum „allgemeinen Element“ (d. h. den Prinzipien der in christlicher Tradition stehenden Völker Europas) bedeutet, (vgl. dazu SAVIGNY, System I, 53—55; WILHELM, Jherings Erbe a. a. O. 230). Savignys Unterscheidung ist ihrerseits freilich die wortgetreue Übernahme der Kantischen Begriffsbildung in seiner Methodenlehre der reinen praktischen Vernunft, wo er den Buchstaben des Gesetzes als Legalität und den Geist des Gesetzes als Moralität definiert — vgl. I. KANT, Kritik der praktischen Vernunft, Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, Insel Werkausgabe Bd. IV, Wiesbaden 1956, 288. B. WINDSCHEID sagt im Jahre 1858 von der Aufgabe des Juristen: „der Geschichte ist er schuldig, daß er das hohe Gut, welches sie seiner Hand anvertraut hat, unverkümmert, und soweit seine Kräfte reichen, schöner geschmückt, den kommenden Geschlechtern überliefere, seinem Volke ist er schuldig, daß er dazu helfe, es von der Herrschaft des Buchstabens des römischen Rechts zu befreien. Ja, zu befreien, — das ist die Aufgabe! . . .“ in: Gesammelte Reden und Abhandlungen, Hrsg. P. OERTMANN, Leipzig 1904, 25 ff., 43. Was bei Brock möglicherweise noch Schultradition ist, wird ersichtlich spätestens bei NIRK, Diss. a. a. O. 11—14 mißverstanden. Nirk scheint der Auffassung zu sein, daß der Bruch mit dem Buchstaben genuine Leistung JHERINGS, etwa im Gegensatz zu Windscheid, sei. Selbst in der Studie von CH. WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie — Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen, Köln u. a. 1970, 165 wird der „progressive“ Jhering, der „unbekümmert“ den sogenannten Forderungen des Lebens folgt, dem konservativen Windscheid (der F. Mommsen im Rahmen der Unmöglichkeitstheorie folgt) gegenübergestellt. Ein derartiger Gegensatz ist — jedenfalls methodologisch gesehen — unbegründet. Beide entwickeln mit massiv besitzbürgerlichem Vorverständnis konstruktivistisch „Recht im römischen Recht“; für die Studie aus dem Jahre 1860 vgl. unten 337.

¹⁷ In der ersten umfassenden Bibliographie Jherings durch M. G. LOSANO, Jherings Erbe a. a. O. 252 ff., wird vor den Vertraulichen Briefen — bei LOSANO Nrn. 22, 23, 27, 30, 31 — noch der Nekrolog für Savigny im 5. Band der Jahrbücher angeführt. Da der erste „Vertrauliche Brief“ am 26. Juni 1861 erschienen ist, der Nekrolog jedoch in seiner Erstpublikation in der Frankfurter Tageszeitung „Die Zeit“ vom 31. Oktober 1861 (Savignys Tod: 25. Oktober 1861), dürfte die Reihenfolge umgekehrt sein.

¹⁸ Als Erscheinungsdatum der Abhandlung (1. Heft [!]) wird im allgemeinen das im 4. Band (4. Jg.) der Jahrbücher im Titel gedruckte Datum 1861 angegeben — so auch LOSANO in seiner Bibliographie a. a. O. —; wahrscheinlicher ist das beim Wiederabdruck in: R. VON JHERING, Gesammelte Aufsätze a. a. O. 327 angegebene Datum 1860. Zunächst sprechen dafür Jherings eigene Äußerungen im Nachtrag der Abhandlung, S. 106 ff. = S. 420 ff. Jhering gibt hier an, daß ihm während des Drucks das erste Heft des 43. Bandes des AcP zu-

beispielhafte Ausführung der Methodentheorie dar, die Jhering zunächst kurz in dem programmatischen Eröffnungsaufsatz der Jahrbücher (1857)¹⁹ und dann ausführlicher in der zweiten Abteilung des zweiten Bandes des „Geists des römischen Rechts“ (1858)²⁰ — also etwa zwei Jahre vor der Konzeption des Aufsatzes über culpa in contrahendo — gemeinsam mit seinem damaligen Freund Carl Friedrich von Gerber entwickelt hat: die „*naturhistorische Methode*“²¹, die Labands Positivismus inauguriert hat²². Eine Rückbesinnung auf die Prämissen dieser Methode verdeutlicht den Stellenwert der „juristischen Entdeckung“ Jherings.

gegangen sei; der gesamte 43. Band ist bereits im Jahre 1860 erschienen. Er bezieht sich im Nachtrag a. a. O. weiterhin auf eine im „vorigen Jahre“ erschienene Abhandlung von REYSCHER im 19. Band der Zeitschrift für deutsches Recht und Rechtswissenschaft (Hrsg. BESELER, REYSCHER und STOBBE), vollständig erschienen im Jahre 1859. Jherings Jahrbücher sind wie das AcP in drei Heften erschienen; die Bibliographie von KAYSER datiert die Hefte des vierten Bandes von 1860 an, ohne im einzelnen aufzuschlüsseln (vgl. C. G. KAYSER, Bücher-Lexikon (Bd. XV A—K) Leipzig 1866, 476 Sp. 2). Am 6. Januar 1859 schreibt JHERING an GERBER (Briefe a. a. O. Nr. 34 [S. 108]), daß er im nächsten Heft der Jahrbücher den Aufsatz über den Doppelverkauf (Beiträge zur Lehre der Gefahr beim Kaufcontract) veröffentlichen wolle, der im dritten Band (1859) erschien. An WINDSCHEID schreibt er acht Monate später unter dem 14. 9. 1859: „Augenblicklich arbeite ich für meine Zeitschrift (gib mir doch auch einmal etwas, ich liefere dann auch etwas für Dich), dann gehe ich an den Geist“ (Briefe a. a. O., Nr. 36 [S. 121 f.]). Vermutlich bezieht sich diese Äußerung auf die Abhandlung über culpa in contrahendo, die im ersten Heft des vierten Bandes erschien. Die in Brief Nr. 39 vom 22. 12. 1860 (an WINDSCHEID) erwähnte „nichtswürdige Abhandlung“ wäre demnach der zweite Teil der Beiträge zur Lehre der Gefahr beim Kaufcontract, der im letzten Heft des vierten Bandes erschien. Nach diesen Überlegungen ist die Abhandlung Ende 1859 geschrieben und jedenfalls noch 1860 publiziert worden. Das Banddatum des vierten Jahrgangs ist wahrscheinlich mit 1861 richtig, da sich die Veröffentlichung des letzten Hefts bis 1861 herausgezögert haben kann.

¹⁹ Unsere Aufgabe, JhJb 1 (1857), 1—52, insbes. 8—15.

²⁰ Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung Bd. II, 2, 1. Aufl. 1858, hier zitiert nach der nur geringfügig veränderten 8. Aufl. — Nachdruck der von Jhering besorgten 4. Aufl. 1883, o. J., 334—388.

²¹ Dazu: WILHELM, Methodenlehre a. a. O. 88 ff.; ders. Das Recht im römischen Recht, Jherings Erbe a. a. O. 228 ff. insbes. 232, 233; H. COING, Der juristische Systembegriff bei Rudolf von Jhering in: Philosophie und Rechtswissenschaft — zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert, hsg. BLÜHDORN und RITTER, Ffm. 1969, 149 ff.; H. J. HOMMES, Rudolph von Jherings naturhistorische Methode in: Jherings Erbe a. a. O. 101 ff.; M. G. LOSANO, Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre in: Jherings Erbe a. a. O. 142 ff.; K. OLIVECRONA, Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft in: Jherings Erbe a. a. O. 165 ff. F. WIEACKER, Rudolph von Jhering, SavZ Rom Abt. 86 (1970), 1 ff. insb. 17—21; ders., Jhering und der „Darwinismus“ in Festschrift für K. Larenz, München 1973, 63, 65 ff.; G. DILCHER, Der rechtswissenschaftliche Positivismus, ARSP LXI (1975), 497; vgl. auch die Darstellungen: K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft a. a. O. 24—27 und E. WOLF, Große Rechtsdenker a. a. O. 638 f. (der den Aufsatz richtig dem naturhistorischen Konzept zuordnet), und schließlich J. EDELMANN, Die Entwick-

„Die naturhistorische Methode“, schreibt Jhering, „bedeutet die Erhebung des Rechtsstoffes in einen höheren Aggregatzustand“²³, sie ist „Naturwissenschaft auf geistigem Gebiet“²⁴. Sind einerseits die „Fundamental-Operationen“ der „juristischen Analyse“²⁵ und die „logische Concentration“²⁶ der „niederer Jurisprudenz“ zuzurechnen, die nur den „Stoff“ aufschlüsselt, so wandelt die naturhistorisch-juristische „Construction“ diesen Stoff in „Rechtskörper“²⁷ um, die als „Existenzen, logische Individualitäten, juristische Wesen“²⁸ verstanden werden. Tätigkeit in diesem Stadium der Jurisprudenz ist eine „künstlerische Production, denn sie schafft etwas Neues, was bisher nicht da war“, sie ist „Erfinden“²⁹. Das durch die „Construction“ produzierte Recht ist „das System“ als „praktisch vorteilhafteste Form des positiv gegebenen Stoffs“ und als „Quelle neuen Stoffs“³⁰.

Die „Construction“ folgt drei Gesetzen: Dem der „Deckung des positiven Stoffs“³¹, dem des „Nichtwiderspruchs der Wissenschaft mit sich selbst“³² und dem der „juristischen Schönheit“³³.

Freilich ist Ausgangspunkt der „Construction“ eine Fragestellung; diese kann nach Jherings Vorstellung vom „System“ ausgehen³⁴, sie kann aber auch eine Frage der Rechtspraxis sein; hierbei spielt die reale Bedeutung des Konstrukts keine Rolle: „Eine völlig unpraktische Frage, die aber das Institut, so zu sagen, an seiner empfindlichsten Stelle, an seiner Wurzel erfaßt, kann für die wahrhafte Erkenntnis desselben unendlich viel wichtiger sein, als die täglich vorkommenden praktischen Fragen; mit der Beantwortung einer solchen Frage können mittelbar eine Reihe der praktisch-wichtigsten Fragen, die man bisher auf unmittelbarem Wege vergebens zu lösen suchte,

lung der Interessenjurisprudenz. Eine historisch-kritische Studie über die deutsche Rechtsmethodologie vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart. Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts hsg. J. ESSER, Bad Homburg u. a. 1967, 49 ff.; diese Studie übersieht allerdings offenbar die wichtige Arbeit von WILHELM a. a. O. (1958).

²² Vgl. dazu im einzelnen WILHELM, Methodenlehre a. a. O. 14 f., 157—159.

²³ Geist II 2, 361.

²⁴ A. a. O. 361.

²⁵ A. a. O. 334 ff.

²⁶ A. a. O. 352.

²⁷ A. a. O. 360.

²⁸ A. a. O. 359 f.

²⁹ A. a. O. 371.

³⁰ A. a. O. 383.

³¹ A. a. O. 371 ff.

³² A. a. O. 374 ff.

³³ A. a. O. 379.

³⁴ A. a. O. 385.

ihre definitive Erledigung finden³⁵. Die Frage aus der Rechtspraxis stellt sich in dieser Methodentheorie nicht als offene Wertungsfrage, sondern als eine Frage, die „das System“ auf Konsistenz hin reinigen soll, die Systemprobleme exemplifiziert. Zentraler Gegenstand dieser Methode ist mithin der für spätere Generationen von Juristen so bedeutsame „Lehrbuchfall“³⁶.

Wenn Jhering in seiner Abhandlung von „Unbilligkeit und praktischer Trostlosigkeit“, von „richtigem praktischem Gefühl“³⁷ spricht, so bedeutet dies nach dem methodischen Selbstverständnis keinen Rekurs auf „rechtsethische Prinzipien“, sondern eine Darstellung *eines ästhetischen Makels am System*, der *konstruktiv* zu beseitigen ist. Bezeichnenderweise sind die beiden in der Abhandlung eingangs vorgeführten „praktischen Fälle“ erklärmaßen „Lehrbuchfälle“, nämlich die Fälle der Verwechslung des Gewichtzeichens oder der Anzahl bei einer Bestellung. Der dritte Fall — nun mit realem Hintergrund: Schreibfehler auf einer telegraphisch übermittelten Bankorder — verdankt seine Relevanz den vorgegebenen Lehrbuchfällen³⁸.

Wenn demnach durch Lehrbuchfälle der Makel am System aufgedeckt ist, gilt es nach dem damaligen Methodenverständnis Jherings konsequent die Gesetze produktiver Konstruktion im Sinne der naturhistorischen Methode anzuwenden — und um das vorwegzunehmen — wahrscheinlich hat Jhering bei keiner anderen Abhandlung ähnlich „methodenrein“ operiert.

„Die positiven Rechtssätze sind die gegebenen Punkte, durch welche die juristische Construction ihre Constructionslinie hindurchlegen muß“³⁹.

³⁵ A. a. O. 385.

³⁶ A. a. O. 386: „und hätten die römischen Juristen uns nichts gelehrt, wir wären ihnen für die eine Lehre zu ewigem Dank verpflichtet: daß nämlich die Jurisprudenz, um praktisch zu sein, sich nicht allein auf praktische Fragen beschränken darf“; vgl. zu Jherings „praktischem“ Beitrag zur Gestaltung des Rechtsunterrichts: E. HIRSCH, Jhering als Reformator des Rechtsunterrichts (Die Jurisprudenz des täglichen Lebens) in: Jherings Erbe, a. a. O. 89 ff.; dieser Aufsatz entwickelt ersichtlich gegen den Willen des Autors die Gründe der Misere der „induktiven Methode“, die einen rein auf das (vorgegebene) „System“ bezogenen Begriff von „Praxis“ hat — das ist u. a. Jherings Erbe, das er allerdings seinerseits aus der Schule Savignys geerbt hat; vgl. SAVIGNYS Ausführungen zur Trennung zwischen Theorie und Praxis: „Wenn ich sage, daß jeder Theoretiker stets zugleich ein praktisches Element in sich tragen soll, so ist dieses dem Sinn und Geist nach gemeint, nicht der Beschäftigung nach . . .“, F. C. VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts Bd. I, Berlin 1840, XXI.

³⁷ Abh. 2 f. = 328.

³⁸ „Der Fall des Versehens des Boten führte mich auf einen anderen, der zu seiner Zeit in öffentlichen Blättern mitgeteilt ist und eine gewisse Celebrität erlangt hat.“ Abh. 6 = 331.

³⁹ Geist 371.

Entsprechend wird unter dem ersten Gliederungspunkt der Abhandlung, die „ein völlig neues Thema erst einzuführen gedenkt“⁴⁰, der „unmittelbare Inhalt des Quellenmaterials“⁴¹ dargestellt und untersucht. Die vierzehnteilige Exegese von drei Digestenfragmenten und einer Institutionenstelle trägt keineswegs Merkmale einer lästigen Pflichtübung. Jhering betont in seinen Ausführungen über die naturhistorische Methode, daß eben nur diese ihrer Theorie nach das positive Recht ergänzen könne⁴²: „Wie im Recht selbst, so findet auch in der Anschauungsweise der Wissenschaft ein ewiger Fortschritt statt, ihr geistiger Horizont und damit der Kreis des Möglichen erweitert sich, sei es durch ihr eignes Verdienst, sei es durch die Macht und Thatsache, die ihr das bisher für juristisch unmöglich gehaltene als praktisch notwendig aufdrängt und ihr damit die Nöthigung auferlegt, das Gebiet des theoretisch Möglichen dem entsprechend auszudehnen. Es gibt für sie im letzteren Fall nur folgende Alternative: es muß entweder das bisherige Dogma sich dem Neuen oder das Neue sich dem Dogma fügen, entweder müssen die bisherigen Begriffe, Lehrsätze verändert werden, um dem Neuen ein Unterkommen zu gewähren, oder aber letzteres muß durch eine geschickte Manipulation durch irgend einen geeigneten Gesichtspunkt so zugerichtet werden, daß es mit dem Dogma in Einklang tritt. Dieser letztere Weg ist der nächstgelegene, und es ist nicht bloß verzeihlich, sondern durchaus motiviert, wenn die Jurisprudenz zunächst ihn einschlägt, alle Kunst aufbietet, um sich der Nothwendigkeit zu entziehen mit ihren bisherigen Lehrsätzen zu brechen“⁴³. Nach diesem methodischen Konzept ist attraktivste „wissenschaftliche“ Aufgabe die „productive“ Ergänzung des Systems eben gerade dort, wo keine Evidenz nach den Quellen herrscht. Die Suche gilt, wie es Jhering in seiner Abhandlung formuliert, dem „in den Entscheidungen der Quellen mehr verborgenen, als ausgesprochenen Inhalt“⁴⁴ oder prägnant — wie es Walter Wilhelm formuliert hat — dem „Recht im römischen Recht“⁴⁵.

Nach der Quellenexegese folgt als zweiter Gliederungspunkt der Abhandlung die „Begründung der Theorie der culpa in contrahendo“⁴⁶. „Die bisherige Ausführung“, schreibt Jhering einleitend⁴⁷, „hat im Anschluß an die

⁴⁰ Abh. 1 = 327.

⁴¹ Abh. 8 ff. = 333 ff.

⁴² Geist 387.

⁴³ Geist 377.

⁴⁴ Abh. 8 = 333.

⁴⁵ WILHELM, Recht im römischen Recht, a. a. O. 228 ff., insb. hier 238 f.

⁴⁶ Abh. 23 = 346.

⁴⁷ Abh. 23 = 346.

Quellen die wesentlichen Momente, von denen unser Ersatzanspruch abhängt, darzulegen versucht, allein eine Einsicht in die juristische Natur desselben ist damit noch keineswegs gewonnen, und doch ist ein bestimmtes Urtheil über dieselbe nicht bloß vom Standpunkt des theoretischen Interesses aus, sondern auch zum Zweck der dogmatischen Behandlung des Verhältnisses unerläßlich. Die Quellen geben uns, wie bemerkt, über diese Frage keinen directen Aufschluß, aber meiner Ansicht nach reichen die Anhaltspunkte, welche sie gewähren, vollkommen aus, um dieselbe zu beantworten“⁴⁸.

Auch dies ist die Reformulierung der Methodologie von 1857/1858 am Exempel: Die „Erhebung des Rechtsstoffs in einen höheren Aggregatzustand“ geschieht aufgrund „praktischer Philosophie“⁴⁹, „juristische Production“ gewinnt Neues durch „juristische Speculation“⁵⁰. Diese Speculation ist ihrem eigenen Anspruch nach keine wertverwirklichende moralische Operation — die bürgerliche Moral wird als vorgegeben, als „Praxis“⁵¹ angesehen — sondern bewußt immanenzorientierte Verwirklichung juristischer Ästhetik: „Haben wir einmal die Vorstellung vom Rechtskörper adoptirt, die Idee des individuellen Seins und Lebens auf den gegebenen positiven Stoff angewandt, so müssen wir dieser Idee auch da treu bleiben, wo der positive Stoff uns im Stich läßt, d. h. das Fehlende in irgend einer Weise ergänzen. Das Material aber zu dieser Ergänzung gewährt uns theils der einzelne Körper selbst, seine Natur und innere Dialektik, theils die allgemeine Theorie der juristischen Körper“⁵². Dies ist beispielhafte Theorie des späteren „Juristen

⁴⁸ Ähnlich etwa die methodische Bemerkung Jherings in seiner zweiten Abhandlung, die er in den Jahrbüchern publizierte: „Das in dem Bisherigen angeführte Material enthält zwar keine directen Aussprüche über die Natur und den Zweck unserer Klage, allein ich halte es doch für ausreichend, um uns eine vollständige Theorie derselben daraus zu construieren . . .“ in: Übertragung der Reivindicato auf den Nichteigenthümer, JhJb 1 (1857), 101 ff. hier: 158.

⁴⁹ Vgl. Geist 389.

⁵⁰ Geist 387.

⁵¹ Die „praktische Natur der Welt“ (vgl. Geist 389), in die der Jurist nach Jherings Auffassung immer wieder zurückgelenkt wird, die sog. „realen Dinge“ sind im präzisen Sinne die feststehenden Ordnungsvorstellungen der bürgerlichen Gesellschaft, die Kant auf Grund „praktischer“ Vernunft entwickelt hatte. In diesem Verwendungszusammenhang wird bisweilen der Begriff der „Praxis“ (als Domäne der bürgerlichen Moral) nicht zufällig, wenn auch nicht gleich direkt vermittelt, auch von Jhering verwendet. Dies wird insb. auch durch die von WILHELM, Recht im römischen Recht a. a. O. 237 f. gegebenen Überlegungen und Nachweise deutlich: das Recht im römischen Recht — als unvergänglich konzipiert — ist *praktisches*, d. h. den bürgerlichen Interessen entsprechendes Recht. Freilich bezieht sich Jhering bisweilen mit dem Begriff „Praxis“ auch schlicht auf die Rechtspraxis.

⁵² Geist 388.

als solchem⁵³, eine Theorie, die vom „praktischen“ Problem unmittelbar reflektierter Realität befreit ist⁵⁴. Wenn Jhering in der Abhandlung davon spricht, „daß der Verkehr den Grundsatz der culpa in contrahendo gar nicht entbehren könne“⁵⁵, so deutet dies an, daß die Realität nicht zur Instanz der Kritik, sondern zur Akklamation des konstruktiv ermittelten Ergebnisses berufen sein soll.

Der Rechtsgedanke wird in die Architektur des Vorhandenen eingefügt: Aus der *lex Aquilia* wird das Element der „culpa“ entnommen⁵⁶, aus einer restriktiv interpretierten *actio doli* die Möglichkeit der außervertraglichen Haftung für Vermögensschäden⁵⁷, die sonst nur bei culpa beim „perfekten“ Vertrag üblich ist; die Vertragsbezogenheit des Verhaltens gewährleistet den Brückenschlag zwischen den Elementen⁵⁸: damit ist das Paradoxon der *vertraglichen*, aber zugleich *vorvertraglichen* Haftung Jherings konstruiert. Die Konstruktion genügt in ihrer Einfachheit und Allgemeinheit zugleich dem Gesetz der „juristischen Schönheit“. „Je einfacher die Construction um so vollkommener ist sie, d. h. um so anschaulicher, durchsichtiger, natürlicher; in der höchsten Einfachheit bewährt sich auch hier die höchste Kunst“⁵⁹. Die beschriebene Gedankenoperation wird später in den juristischen Theorienhimmel als „Zielvertragstheorie“ eingehen⁶⁰.

Auch der dritte und letzte Gliederungspunkt der Abhandlung entspricht der Methodologie von 1857/1858: Unter der Überschrift „Casuistik der culpa in contrahendo“ nimmt Jhering schließlich die von ihm methodologisch geforderte „Probe der Construction“⁶¹ vor: „Eine reichhaltige Casuistik ist

⁵³ Vgl. B. WINDSCHEID, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft. Leipziger Rektoratsrede 1884, in: Reden und Abhandlungen a. a. O. 100 ff., 111; bei Jhering, Abh. 35 = 356 f. findet sich bei einer Zweifelsfrage der Rekurs, „daß ein römischer Jurist an dieser Lösung der Fragen keinen Anstand genommen haben würde“; dies ist der Jurist im römischen Juristen (i. S. d. WILHELMSCHEN APERÇUS): der Jurist als solcher, d. h. der bürgerliche Jurist.

⁵⁴ WILHELM, Methodenlehre, a. a. O., stellt die Entwicklung bis zu dieser Position im einzelnen dar: 86 (Verhältnis Savigny-Puchta), 96, 101 (Gerber); vgl. auch F. WIEACKER, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Hermeneutik und Dialektik, Festschrift für Gadamer Bd. II, Tübingen 1970, 311 ff., 315: „Von hier aus gesehen [dem logisch-systematischen Erkennen aus Ableitungszusammenhängen], war für die richterliche Rechtsanwendung die Dimension der praktischen Entscheidung sozialer und wirtschaftlicher Konflikte als Handlung der praktischen Vernunft gleichsam ausgeblendet.“

⁵⁵ Abh. 44 = 365.

⁵⁶ A. a. O. 24 = 347.

⁵⁷ A. a. O. 25 = 347 f.

⁵⁸ A. a. O. 26 f. = 348 f.

⁵⁹ Geist 381.

⁶⁰ Vgl. z. B. HILDEBRANDT, Die Erklärungshaftung, Erster Teil, Berlin 1931, 39 f.

⁶¹ Vgl. Abh. 56 = 375 f. einerseits — Geist 375 andererseits: „Die Probe der Construc-

hier aus einem doppelten Grunde geboten: einmal um mittelst derselben die Weite ihres Anwendungsgebietes zu veranschaulichen, und sodann, um die Theorie von Seiten ihrer praktischen Durchführbarkeit einer Probe zu unterwerfen.“ Auf fünfzig Seiten entfaltet Jhering seine juristische Phantasie. In der skizzenhaften Lösung einer großen Zahl von Einzelfragen beweist er sein realitätsbezogenes Judiz, das er prinzipiell in der Methodologie großzügig extrapolieren konnte. Das konstruktiv gewonnene Konzept wird in einer spezifischen Auswahl von Fällen aktualisiert — für Jhering zugleich ein Beweis für die „Produktivität“ des Systems, jedoch bei Lichte betrachtet schlicht Fruchtbarkeit konkreter gedanklicher Anstrengung an einem Gegenstand, sprachliche Aktualisierung von Praxis⁶². Auf welche Realität und welche Praxis sich das Konzept bezieht, wird unten zu erörtern sein. Zunächst jedoch ist der Problemkatalog der Abhandlung näher zu kennzeichnen.

III. Der Problemkatalog Jherings

Wenn bei immanenter Betrachtung, von der Methodologie des „Entdeckers“ her, die Rechtsfigur „culpa in contrahendo“ als *Korrekturformel von Systemunstimmigkeiten* einer einheitlichen, stringenten Lösungshypothese zu verstehen ist, so wäre weiterhin zu bestimmen, welche Probleme im Einzelnen die Formel erfassen sollte, daß für schuldhaftes Verhalten in contrahendo Schadensersatz auf das negative Interesse zu leisten sei. Jhering gebraucht bei seinen Überlegungen zur Kasuistik ein dreiteiliges heuristisches Schema, das an die begriffslogischen Distinktionen *Subjekt / Objekt* und *Wille / Erklärung* anschließt. Danach kann culpa in contrahendo relevant werden bei

1. „Unfähigkeit des Subjects“,
2. „Unfähigkeit des Objects“,
3. „Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens — A. der Erklärung — B. des Willens selber“⁶³.

tion besteht darin, daß die Wissenschaft ihren Körper durch alle erdenklichen Lagen hindurchführt, ihn in jede mögliche Verbindung mit anderen Körpern bringt, ihn mit jedem ihrer Lehrsätze vergleicht. Erst wenn alles zusammenstimmt, hat er seine Probe bestanden, ist er ächt und wahr.“

⁶² Hier mündet auch der Gemeinplatz, daß sich rechtliche Probleme „am Fall“ zu allererst konstituieren, da man sagen kann, daß jede Aussage Produkt sprachlicher Reflexion eines „Falles“ ist.

⁶³ Abh. 56 = 376; vgl. auch 44 f. = 365.

Dieses Schema ist bei genauerem Zusehen weniger begriffslogisch als pragmatisch konzipiert. Es deckt sich mit bereits instrumentierten pandektistischen Begriffen wie Handlungsunfähigkeit⁶⁴, Unmöglichkeit und schließlich Willensmangel in der durch Savigny herausgearbeiteten *verbal/voluntas*-Distinktion.

1. Unter dem ersten Stichwort „Unfähigkeit des Subjects“ behandelt Jhering wesentlich das Problem des Verkehrsschutzes gegen rechtsgeschäftliches Handeln von Geschäftsunfähigen. Bei seiner hypothetischen Kasuistik ist herausstechender Testfall⁶⁵ die Konstellation, daß ein „Minderjähriger von nahezu 25 Jahren“ sich vorübergehend in einem Land aufhält, „in dem die Volljährigkeit mit einem früheren Zeitpunkt eintritt, und wo Jeder ihn für einen Volljährigen halten konnte“, und dieser dort Verbindlichkeiten eingeht. Der Fall hat eine in diesem Zusammenhang kaum erwartete Dimension. Mit dem Resultat: keine Wirksamkeit des Vertrags und deshalb keine Erfüllungspflicht, aber Verkehrsschutz durch Gewährung des „negativen Interesses“, formuliert Jhering unbemerkt⁶⁶ eine differenzierende materielle (möglicherweise allseitig akzeptierbare) Lösung für ein heute klassisches Problem des *Kollisionsrechts*⁶⁷. Allerdings wurde sein Vorschlag in einer

⁶⁴ Im gemeinen Recht ist der Oberbegriff für die vertragliche und deliktsrechtliche „Verpflichtungsfähigkeit“ üblicherweise „Handlungsfähigkeit“; vgl. BROCK, Negatives Interesse, a. a. O. 60 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁵ Abh. 59 = 378.

⁶⁶ Jeder Verweis auf international-privatrechtliche Literatur — etwa auf den 8. Band von Savignys System (1849), insbesondere dort § 362 (134 ff.) — fehlt.

⁶⁷ Daß es sich um eine kollisionsrechtliche Fragestellung handelt, haben ansatzweise MELLIGER, Culpa in contrahendo a. a. O. 149 und deutlicher BROCK, Negatives Interesse a. a. O. 72 erkannt. BROCK verweist bereits auf die Regelung des Art. 7 EGBGB. Der Fall gehört dogmengeschichtlich zu den prominentesten des Kollisionsrechts. Am 16. Januar 1861 — etwa gerade als Jherings Abhandlung in Deutschland gelesen wurde — entschied die Cour de Cassation (Sirey 1861, I. 305) den berühmten Fall des Mexikaners LIZARDI, der — nach Heimatrecht erst mit 25 Jahren volljährig — „pour des sommes considérables“ Schmuck in Paris gekauft hatte und nach seiner Volljährigkeit die Geschäfte gerichtlich (ohne Erfolg) für nichtig erklären lassen wollte: eine Entscheidung gegen das sog. Personalstatut. Im Jahr 1933 verdeutlichte der Amerikaner D. F. Cavers an einer Parallelkonstellation, Milliken v. Pratt (125 Mass. 374), einem von dem höchsten Gericht des U.S.-Staates Massachusetts im Jahre 1878 entschiedenen Fall, die Fragwürdigkeit des klassischen, mit Anknüpfungsnormen operierenden IPR-Systems (CAVERS, A Critique of the Choice-of-Law Problem, 47 Harv.L.Rev. 173 [1933] und in: The Choice-of-Law Process, Ann Arbor 1965, insb. 183 ff.); vgl. zur modernen amerikanischen Entwicklung des IPR die Studie von Ch. JOERGES, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts, Tübingen 1971. Der Vorschlag G. KEGELS (Soergel-Siebert 9. Aufl. Bd. V Art. 7 EGBGB Rdnr. 15 [661]), entgegen der allgemeinen für das deutsche Recht vertretenen Meinung bei Kenntnis der Geschäftsunfähigkeit den Verkehrsschutz auszuschließen, entspricht einem Antrag in der Ersten Kommission, der

internationalprivatrechtlichen Doktrin, die ihre Aufgabe in der Formulierung von Anknüpfungspunkten sah, in der Folgezeit nicht mehr weiter beachtet. Mit der Vereinheitlichung und Herabsetzung des allgemeinen Geschäftsfähigkeitsalters und der im Privatverkehr insgesamt praktikablen Regelung des Art. 7 Abs. 3 Satz 1 EGBGB entfiel freilich die Grundlage praktischer Bedeutung für die Fragestellung in Deutschland.

Die allgemeinere Frage, ob es wünschenswert sei, mit Jhering die Schutznorm für Geschäftsunfähige durch die culpa in contrahendo-Formel zu relativieren, hat bereits wenig später Otto Bähr⁶⁸ im Sinne der später gültigen Auffassung beantwortet: „Wenn das Gesetz gewissen Personen wegen unreifen Alters oder wegen ihrer an Wahnsinn grenzenden Verschwendungssucht einen Schutz wider sich selbst verleiht, indem es sie des Verpflichtungswillens für unfähig erklärt, so darf dieser Schutz nicht dadurch illusorisch gemacht werden, daß man an ihren Leichtsinne doch wieder eine, wenn auch geminderte, Haftbarkeit knüpft. Diese vom Gesetz positiv in den Vordergrund gestellte Rücksicht kann auch durch das Bedürfnis, die bona fides des Verkehrs zu schützen, nicht aufgewogen werden.“

2. Unter dem zweiten Stichwort „Unfähigkeit des Objects“ nimmt Jhering zur Frage Stellung, inwieweit — modern formuliert — Erwartungen geschützt sind, daß der Versprechensgegenstand besteht, wenn bereits bei Vertragsschluß nach dem Urteil der Rechtsordnung feststeht, daß der Gegenstand kein mögliches Vertragsobjekt ist, kurz: die Frage der Haftung bei sogenannter „anfänglicher objektiver Unmöglichkeit“.

Bekanntlich hatte Friedrich Mommsen im Jahre 1853 in einer umfangreichen, für die gemeinrechtliche Wissenschaft vorbildlichen Studie über die Unmöglichkeit⁶⁹ auch die Fragen des Dogmas „impossibilium nulla est obligatio“ aufgearbeitet. Seine Begriffsbildungen, die weitgehend auf bei Savigny unschärfer angegebenen Distinktionen beruhen⁷⁰, wurden in der Folge-

abgelehnt wurde (vgl. BROCK a. a. O. 73 Fn. 34); noch weitergehend hatte etwa O. BÄHR, Ueber Irrungen beim Contrahiren, in: JhJb 14, 393 (408 f.) bei der Kritik Jherings gefordert, daß aus allgemeinen Gründen der Durchsetzung der eigenen Minderjährigenschutznormen dem Geschäftspartner eine Informationspflicht über die Geschäftsfähigkeit des anderen aufzuerlegen sei — ebenso bereits SAVIGNY, System Bd. VIII a. a. O. 140. Kegel steht — wohl unbemerkt — Jherings Lösungsversuch am nächsten.

⁶⁸ JhJb 14, 393, 408.

⁶⁹ Beiträge zum Obligationenrecht, Erste Abtheilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853.

⁷⁰ Vgl. SAVIGNY, System III (1840) [in der Bedingungslehre], 151, 164 ff., insb. aber in: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts Bd. II, Berlin 1855, 284 ff.: „geschwächte Wirkung“ des Vertrags durch Unmöglichkeit; vgl. auch den Verweis von

zeit in der Diskussion, insbesondere durch die Übernahme durch Bernhard Windscheid⁷¹, allgemein verbindlich. Wenn Jhering in diesem Zusammenhang von „Unfähigkeit des Objects“ — und zwar im Kontrast zu der vorher behandelten „Unfähigkeit des Subjects“, dem Geschäftsfähigkeitsproblem — spricht, so handelt es sich um ein klassifikatorisches Aperçu, das den Gedankengang nicht wesentlich verdeutlichte, sondern ihn eher von der allgemeinen Diskussion isolierte. Daß Jhering die von Mommsen etablierte Terminologie im Grunde bereits ebenfalls akzeptiert hatte, beweist der ansonsten selbstverständlich wirkende Einsatz der Mommsenschen Begriffsvarianten⁷².

Aufschlußreich ist terminologisch die Feststellung: „Zu den Gründen der objectiven Unmöglichkeit gehört neben dem *juristischen* der Unfähigkeit des Objects auch der *natürliche*, der *Nichtexistenz* der Sache“⁷³. Trotz der Parallelisierung „Unfähigkeit des Objects“ — „Unmöglichkeit de iure“⁷⁴ bezieht sich Jhering auch auf die Tatbestände der sogenannten „natürlichen“ Unmöglichkeit und räumt damit im Grunde ein, daß der „Gliederungspunkt“ (Unfähigkeit des Objects) zu eng gewählt ist.

Abgesehen von terminologischer Extravaganz aus Symmetriegründen kann gerade die Diskussion dieses Komplexes auch in seiner inhaltlichen Konzeption als beispielhaft für das angeführte „naturhistorische“ konstruktivistische Methodenverständnis bezeichnet werden. Obersatz des Gesamtkonzepts der Haftung bei anfänglicher (juristischer und natürlicher) Unmöglichkeit ist wie bei Mommsen die Maxime *impossibilium nulla est obligatio*.

MOMMSEN, Unmöglichkeit, a. a. O. 5 Fn. 12 auf seinen Lehrer Savigny; zu allem jetzt eingehend: WOLLSCHLÄGER, Unmöglichkeitslehre a. a. O. 123—125.

⁷¹ Vgl. B. WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II [1. Aufl. Düsseldorf 1865] 9. Aufl. bearb. von KIPP, Frankfurt am Main 1906, § 264; vgl. zu der terminologischen Veränderung durch BRINZ und die Redaktoren des BGB: WOLLSCHLÄGER, Unmöglichkeitslehre a. a. O. 159 ff., 174 f.

⁷² Vgl. dazu Abh. 66 = 384: „objective Unmöglichkeit“ und Abh. 67 = 385: „Dagegen wird es nicht erst der Bemerkung bedürfen, daß durch subjektive Unmöglichkeit herbeigeführte Nichtleistung zukünftiger Sachen niemals unter unser Prinzip fällt; der Vertrag ist hier gültig, die Klage geht mithin auf das Erfüllungsinteresse.“ Dieser Satz war auch den Redaktoren des BGB so selbstverständlich, daß sie ihn nicht kodifizierten; die dogmatische Kontroverse blieb nicht aus: vgl. nur die Nachweise bei Staudinger-Kaduk, BGB, 10./11. Aufl. § 306 Bem. 1) b) (Rdnr. 3) oder etwa H. NEUMANN-DUESBERG, Anfängliche Unmöglichkeit bei höchstpersönlichen Dienstleistungen, BB 1970, 1462 mit weiteren Nachweisen.

⁷³ Abh. 66 = 384 (Hervorh. im Text).

⁷⁴ Wie WOLLSCHLÄGER a. a. O. 22 f. gezeigt hat, ist die Distinktion *impossibilis de natura / de iure* erst frühmittelalterlich, nicht aber römisch: sie ermöglichte durch die Einbeziehung des ‚*juristischen*‘ Unmöglichkeitstatbestandes in den (römischen) ‚*natürlichen*‘ Unmöglichkeitstatbestand eine Erweiterung von *impossibilium nulla est obligatio* — für F. Mommsen und Jhering in dieser Form „römisches Recht“.

Dieser Satz wird mit in der Pandektistik einmaliger Konsequenz durchgeführt. Als bekannte Ausnahme galt allgemein der in der römischen Sklavhaltergesellschaft bedeutsame Fall des Verkaufs eines Freien (*liber homo*) als Sklaven⁷⁵. Der durch Justinian redigierte Quellenbefund gewährt dem gutgläubigen Käufer als Ersatzklage für Nichterfüllung eine *actio emti*. Daraus schloß man allgemein⁷⁶, daß jedenfalls hier der Vertrag als gültig anzusehen sei, und daß der Käufer den Verkäufer auf das vertragliche Erfüllungsinteresse (in Geld) oder mit der *actio* aus der (stillschweigenden) *stipulatio de evictione* auf das Doppelte des Kaufpreises in Anspruch nehmen könne. Jhering dagegen hält auch in diesem Fall die *Maxime impossibilium nulla est obligatio* für durchführbar. Die trotz unwirksamen Vertrags angeordnete *actio emti* gehe nur auf das sogenannte „negative“ Interesse. Bei dieser Ableitung findet sich die methodologisch aufschlußreiche Bemerkung, daß „ein römischer Jurist“ (Pomponius) „nur diese Wirkung im Auge haben konnte“⁷⁷. Eine derartige Überlegung ist keineswegs mit einem Augenzwinkern gemacht. Es geht nach Jherings Wissenschaftsverständnis um das sich aus den Quellen ergebende *eigentliche* römische Recht, das „Recht im römischen Recht“, dessen immanente Sachvernunft einheitliche, regelhaft ableitbare Ergebnisse voraussetzt. Ohne näher auf Jherings Methode einzugehen, beobachtet Christian Wollschläger in seiner dogmengeschichtlichen

⁷⁵ Vgl. WINDSCHEID-KIPP II § 315 Fn. 5 (290) mit Streitstand, der sich allerdings wesentlich auf die weitergehende Frage bezieht, ob diese Ausnahme prinzipielle Geltung für weitere Fälle beanspruchen könne.

⁷⁶ Repräsentativ: MOMMSEN, Erörterungen II 90 ff., vgl. auch Beiträge I (Unmöglichkeit), 128.

⁷⁷ Abh. 65 = 383; forschungsgeschichtlich ist bemerkenswert, daß auch in der heutigen historisch-kritischen Romanistik der Streit fort dauert. P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh 1958, 66 ff., insbes. 75 f., 83 geht (mit Jhering) davon aus, daß auch beim Verkauf eines *liber homo* die Wendung ‚*quod sua interest deceptum eum non esse*‘ (Inst. 3, 23, 5) nicht das Erfüllungsinteresse bezeichne, sondern das Interesse, nicht betrogen zu werden, und zwar in der Bedeutung des ‚negativen Interesses‘ (Interesse am „Nichtabschluß des Contracts“). Dagegen ist D. MEDICUS, *Id quod interest* — Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes, Köln u. a. 1962, 163, insb. Fn. 3 der Auffassung, der Zusatz *deceptum non esse* zu *quod sua interest* sei nur ein „unbedachtes Anhängsel“; geschuldet sei das Kaufpreisduplum oder das Erfüllungsinteresse. H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei iudicium* — Studien zum römischen Schadensersatzrecht, München 1969, 87—89, 108 f., ist allgemein der Auffassung, es gehe auch beim *quod sua interest deceptum non esse* wesentlich um das Erfüllungsinteresse, nämlich das Interesse am Erwerb in der Sollbeschaffenheit. Ähnlich auch WOLLSCHLÄGER a. a. O. 13, 30 mit dem Hinweis, daß noch in der humanistischen Sicht (Donellus) beim Betrug in *contrahendo* stets vom Erfüllungsinteresse ausgegangen worden sei, und daß erst Savigny, *System III*, 1840, 293 Anm. d, die Ansicht entwickelt habe, das deliktische Interesse müsse einen anderen Umfang haben als das vertragliche.

Untersuchung zur Entwicklung der Unmöglichkeitstheorie bei dieser Exegese Jherings ein ungewöhnliches „Harmonisierungsbedürfnis“⁷⁸. Diese Beobachtung trifft allgemein den in der naturhistorischen Methode angelegten Zug zur konstruktiven Symmetrie. Bemerkenswert bleibt dabei, daß Jhering im Wege des beschriebenen harmonisierenden Verfahrens ein für die Pandektistik neuartiges Lösungskonzept für die Verantwortlichkeit bei anfänglicher (natürlicher und juristischer) Unmöglichkeit anbieten kann. Wie bereits festgestellt, geht er mit Mommsen — nun von dem allenfalls exegetisch interessanten Fall des Verkaufs eines *liber homo* abgesehen — von der *absoluten* Geltung von *impossibilium nulla est obligatio* aus. Jedoch knüpft er die Haftung für etwaige in *contrahendo* den Vertragsteilen verursachte Schäden an die *culpa* des veranlassenden Teils und nimmt damit insoweit das allgemeine naturrechtliche Haftungskonzept für *culpa* (vor Savigny und Hasse)⁷⁹ wieder auf. Demgegenüber hatte Mommsen in Übereinstimmung mit dem Leitsatz aus einer *Fußnote* Savignys, daß „*culpa* gar nicht allgemein eine *causa obligationis*“ sein könne, nur eine vom Betrugstatbestand her entwickelte Haftung für *dolus* angenommen, die mit der *Maxime culpa lata dolo aequiparatur*⁸⁰ auf grobe Fahrlässigkeit erweitert war. Mit seiner „haftungsfreundlicheren“ Lösung war Jhering zumindest bei dieser ökonomisch verhältnismäßig unbedeutenden Frage in der Kodifikation erfolgreich. Die Redaktionsgeschichte des § 307 BGB verweist auf Jherings Konzept der *culpa in contrahendo*, allerdings mit der Bemerkung aus den Beratungen der Ersten Kommission, daß *culpa in contrahendo* als allgemeingültiges Institut nicht anerkannt werden könne⁸¹.

⁷⁸ WOLLSCHLÄGER a. a. O. 158 f., insb. Fn. 193.

⁷⁹ Vgl. oben Fn. 6.

⁸⁰ Diese *Maxime* wurde im Naturrecht zur Erweiterung der *dolus*-Haftung häufig benutzt; moderne Kodifikationen haben die *Maxime* durch präzisere Tatbestandstechnik zu ersetzen versucht. Sie wird hauptsächlich auf D.50, 16, 226 bezogen (*magna negligentia culpa est: magna culpa dolus est*), eine Stelle, die im allgemeinen als interpoliert bezeichnet wird: DE MEDIO, *Studi sulla culpa lata*, *Bulletino dell' Istituto di diritto romano* 12 (1905), 5; LENEL, *culpa lata und culpa levis*, *SavZ Rom. Abt.* 38 (1917), 263. Dagegen: BUCKLAND, *Diligens Paterfamilias*, in: *Studi Bonfante*, vol. II, 1930, 87, 105. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, ²1935 nimmt an, daß die *Maxime* erst in den Schulen von Byzanz entwickelt worden sei, und zwar zur Korrektur und Milderung des rigiden klassischen Systems der Vertragshaftung; vgl. auch P. STEIN, *Pauli libri tres manualium*, R. I. D. A. 3^a ser. 7 (1960) 479, 488 und *ders.*, *Regulae Juris*, Edinburgh 1966, 107: „Such catchwords with their somewhat rhetorical ring would be out of place in an academic treatise. But they would be appropriate in an advocate's address to a court.“ Für die Pandektistik: WINDSCHEID, *Wille und Willenserklärung*, *AcP* 63 (1880), 72 = *Gesammelte Reden und Abhandlungen* a. a. O. 337, 363 ff.

⁸¹ Entwurf I § 345; Motive II, 179; Protokolle, 910 ff.

3. Die Frage nach der Haftung bei anfänglicher (objektiver) Unmöglichkeit ist freilich weder zu Zeiten des Gaius noch zu denen Windscheids von zentraler Bedeutung gewesen, weder vom ökonomischen Substrat noch von einer prinzipiellen „dogmatischen“ Zuordnung her. Bereits Gaius verfiel bei der Suche nach Beispielen auf den Fall des Versprechens eines *hippocentaurus* (Inst. 3, 97 a). Wesentlicher für die bürgerliche Vertragsrechtsdogmatik als Spiegelung ökonomischer Planung Privater ist das Problem der Schadensverteilung bei *Falschdispositionen*, das jedenfalls seit Savigny⁸² weitgehend mit der dogmatischen Irrtumslehre abgedeckt wird. Jherings Beitrag zur culpa in contrahendo eröffnet auch zu diesem Problem (zumindest) für die pandektische Diskussion neue Perspektiven. Unter dem dritten Gliederungspunkt seiner Abhandlung „Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens“ bietet er ein umfassendes Programm der Haftung für schuldhaft verursachte von *Falschdispositionen* im Vertragsbereich an, das zumindest in seiner konzeptionellen Einfachheit besticht. Im methodischen Ansatz wiederholt sich der Gedankengang, der bereits bei der Frage nach der Haftung bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit deutlich wurde: als *Prinzip* extensive Annahme der Nichtigkeit von äußerlich vollständigen Rechtsgeschäften und als *Korrektiv* eine Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen durch Haftung für culpa.

Für Jhering ist die im Grunde erst durch Savigny etablierte Willenstheorie⁸³ Selbstverständlichkeit. Hatte Savigny noch zur Begründung, daß „der Wille als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht“ werden müsse⁸⁴, eine wesenslogische Ableitung bemüht, nämlich einen Rekurs auf die natürliche Priorität der Substanz vor der Form, bei der jede Abweichung des formalen Annexes von der Substanz eine „Störung“ eines „natürlichen Verhältnisses“⁸⁵ darstelle, erscheint dem Autor des „Geistes des römischen Rechts“ die Willenstheorie als historisch-evolutionäre Leistung des römischen Rechts, nämlich als eine wesentlich „moderne“ Theorie: Während das „ältere römische Recht sich an die von dem Wollenden selbst gewählten Ausdrucksmittel“ gehalten habe, habe das „neuere römische Recht“ die „Trüglichkeit der Wil-

⁸² SAVIGNY, System III, 98 ff., 263 ff.; vgl. dazu auch W. FLUME, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Bd.: Das Rechtsgeschäft, Berlin u. a. 1965, 440 ff.; insgesamt: P. HAUPT, Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption, Weimar 1941.

⁸³ Haupt a. a. O. 17.

⁸⁴ Savigny a. a. O. 258.

⁸⁵ Savigny a. a. O. 258.

lensäußerung als Prinzip anerkannt und die Möglichkeit einer Rectification, beziehungsweise einer gänzlichen Entkräftigung der äußeren Kundgebung des Willens zugelassen⁸⁶. Diese allgemeine historische Ableitung der Geltung des Vorrangs von *voluntas* vor dem *verbum* nach den Quellen ist für Jhering so selbstverständlich, daß er keine Nachweise bemüht. Inhaltlich gehört diese Aussage zu der Grundthese seines Hauptwerks, des „Geistes“, nämlich der *historisch-genetischen Substantialisierung von Formalrecht*⁸⁷, der Durchsetzung des Gewollten gegenüber der Form.

Auch der Problemansatz verschiebt sich. Das Kernproblem Savignys, die Willenstheorie durch tatbestandsmäßige Vertypung der rechtlich-relevanten Irrtumsfälle beim Rechtsgeschäft einzuschränken, ist für Jhering ersichtlich der Diskussion kaum wert; er fügt großzügig zu Savignys Problem der „Unzuverlässigkeit der Willenserklärung (der Differenz zwischen Inhalt und Form des Willens)“⁸⁸ den Fall der „Unzuverlässigkeit des Willens selber (der Differenz zwischen dem *früheren Willen* und dem *jetzigen Nichtwollen*)“⁸⁹.

Die Irrtumslehre Savignys ist bekanntlich auf die Abstraktion „Rechtsgeschäft“ zugeschnitten⁹⁰. „Er sieht die Irrtumsproblematik nicht in Hinsicht auf den Vertrag oder allgemeiner gesprochen: in Hinsicht auf den Partner, sondern betreffs der einseitigen Erklärung, ob der Wille des Erklärenden und die Erklärung übereinstimmen“⁹¹. Demgegenüber geht es Jhering bei näherer Betrachtung der weitgefaßten Rubrik „Unzuverlässigkeit des Willens“ um das „Zustandekommen des Contracts“, wie im traditionellen gemeinen Recht vor Savigny um die *Konsensproblematik*⁹². Er beschäftigt sich nicht, wie es *nach* Savigny zu erwarten gewesen wäre, mit dem Problem der Einschränkung der Rechtsfolgen nichtiger (einzelner) Willenserklärungen, sondern mit der Frage der Haftung bei fehlendem Konsensus: Zwar vernichtet fehlender Konsens den Vertrag; die auf den äußeren Vertragsschlußtatbestand gestützten vermögensmindernden Handlungen sind jedoch im

⁸⁶ Abh. 71 f. = 389. Zur kontroversen Frage, inwieweit willentheoretische Konzeptionen für die verschiedenen Phasen des römischen Rechts Geltung beanspruchen konnten, vgl. heute: KUNDEL, Römisches Privatrecht I, § 58 (237), insb. Fn. 15; für die Pandektistik eingehend WINDSCHEID, Wille und Willenserklärung (Fn. 80).

⁸⁷ Vgl. insb. Geist II, 2 (3. Aufl. 1875) §§ 43—47: „Haften des Rechts an der Äußerlichkeit (Sinnliches Element des älteren Rechts).“

⁸⁸ Abh. 73 = 391.

⁸⁹ A. a. O. Hervorh. im Text.

⁹⁰ Vgl. HAUPT a. a. O. 17.

⁹¹ FLUME a. a. O. 441.

⁹² Vgl. Abh. 80 = 397: „Beide haben sich nicht geeinigt“; Abh. 86 = 402 und 89 = 405: „Fehlen des gleichzeitigen Consenses“; 91 = 406: „Zusammentreffen des Willens“.

Rahmen der culpa-Haftung erstattungsfähig. Bei dem genannten Ausgangspunkt ist es nur folgerichtig, daß Jhering — entgegen Savigny — zu einer Lösung gelangt, die — wie er selbst überrascht feststellt⁹³ — bereits im Naturrecht positiviert worden war und die sich im übrigen bis zu Grotius und Pufendorff⁹⁴ zurückverfolgen läßt.

Wie beim Fall des Widerrufs der Offerte der „schuldhaft“ widerrufende Teil schadensersatzpflichtig sein kann, so ist auch bei dem in der Pandektistik heftig umstrittenen Problem der Haftung bei Zurücknahme der Auslobung⁹⁵ nunmehr ein einfaches Haftungskonzept gefunden. Dieses Haftungsproblem wurde im wesentlichen danach entschieden, ob man die Auslobung als Vertrag oder als einseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft klassifizierte⁹⁶. Jhering schließt sich der „Vertragstheorie“ an, wenn er fordert, daß die Auslobung als einseitiges bedingtes Versprechen der „Acceptation“ durch Erfüllung der Bedingung bedürfe. Sei die Bedingung jedoch noch nicht vollständig erfüllt, sondern nur Vorbereitungen im Hinblick auf die Erfüllung getroffen worden, so wird demjenigen, der noch nicht sozusagen *realiter* „akzeptiert“ hat, Ersatz seiner Aufwendungen in Form des negativen Interesses gewährt⁹⁷.

4. Zu erwähnen bleibt, daß Jhering das Haftungskonzept ohne Einschränkung auf Boten- und Stellvertreterhandeln bezieht⁹⁸. Da es sich um *vertragliche* Haftung handelt, gilt strikt der Grundsatz: *respondeat superior*. Die Wahl eines schadenstiftenden Vermittlers wird jedenfalls als culpa in eligendo gesehen. „(J)eder Kontrahent hat seinen Willen *selber* zu äußern; wer sich zu dem Zweck anderer Personen bedient, thut dies auf eigene Gefahr . . .“⁹⁹

⁹³ Vgl. Abh. 44 = 365.

⁹⁴ Vorn Fn. 6; HAUPT a. a. O. 25 ff.

⁹⁵ Abh. 93 ff. = 408 ff.

⁹⁶ Vgl. dazu die Nachweise bei WINDSCHEID-KIPP II, § 308 Fn. 3 (258).

⁹⁷ Abh. 104 ff. = 418 f.

⁹⁸ Abh. 53 ff. = 373 f. JHERING unterscheidet (vgl. Abh. 53 ff. = 373 f.) zwischen Boten, (offenem) Stellvertreter und (verdecktem und daher selbständigem) „Ersatzmann“. Dabei wird die Stellvertretung als „Qualität dritten Personen gegenüber“ bereits vom Innenverhältnis abstrakt gedacht; Jhering kennt jedoch noch nicht — wie dann P. LABAND, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, ZHR 10 (1866), 183 ff. — ein selbständiges abstraktes Rechtsgeschäft „Bevollmächtigung“.

⁹⁹ Abh. 85 = 401, Hervorh. im Text.

IV. Jherings Ansatz im liberalen Vertragskonzept

Die beschriebenen Probleme beziehen sich auf eine Schuldrechtsdogmatik, die Savigny seit Beginn des Jahrhunderts mehreren Juristengenerationen gelehrt und die schließlich im dritten Band des „Systems“ (1840) und im „Obligationenrecht“ (1852) ihren repräsentativen Ausdruck erhalten hatte. Die diskussionslose Übernahme der von Savigny geprägten Systemansätze, etwa im Bereich der Unmöglichkeitstheorie (in der durch den Savigny-Schüler Mommsen geprägten Gestalt) oder der willentheoretischen Konzeption der Irrtumslehre zeigen diese Schultradition, die erst in den 70er Jahren ernsthaft attackiert wird. Die integrative Wirkung des Pandektenlehrbuchs des gleichaltrigen Jhering-Freundes Bernhard Windscheid beruht eben auf diesem der Generation zuzuordnenden Phänomen, nämlich daß mit einem breiten Grundkonsensus über die von Savigny (und Puchta) erarbeitete Darstellung des „heutigen römischen Rechts“ gerechnet werden kann und daß es Aufgabe juristischer Diskussion sei, in „gediegenen Abhandlungen“ deren Richtschnur Savignys „Recht des Besitzes“ (1803) war, das „Rechtssystem“ zu perfektionieren. Diese Aufgabe der architektonischen Verfeinerung, allerdings nicht mehr wie bei Savigny ausschließlich Produkt historischer Quellenexegese, sondern „naturhistorisch“ orientiertes Interpretat des Geistes des römischen Rechts, übernimmt Jhering mit seiner Studie. Die neuerworbene objektivistisch-konstruktive Betrachtung führt ihn dabei beinahe sachnotwendig zum Teil zu Lösungsansätzen, wie sie in dem durch die klassische Historische Schule deklassierten Naturrecht diskutiert worden waren. Dieses Ergebnis sollte jedoch nicht zu dem Schluß verführen, daß es sich um gleichsam „naturgesetzlich“ wiederkehrende „*jurisprudentia perennis*“¹⁰⁰ handele, eben den Schluß, der Jherings unkritischen Stolz auf seine Entdeckung von „Recht im römischen Recht“ ausmacht. Vielmehr wäre auch der Frage nachzugehen, warum zu Beginn des 19. Jahrhunderts gewisse Fragestellungen beim Systemaufbau als unbedeutend erscheinen und erst 1860 er-

¹⁰⁰ Vgl. T. MAYER-MALY, Dogmengeschichtliches zu BGHZ 46, 338, in: Festschrift K. Larenz (zum 70. Geburtstag, Hsg. PAULUS u. a.) München 1973, 673 ff. und insb. JZ 1971, 5 ff. MAYER-MALY hat in einer Reihe von detaillierten Studien auf „alte Lösungsversuche zu alten Problemen“ hingewiesen. Die aus der Dogmengeschichte sich in der Tat entwickelnde Problemsensibilisierung sollte jedoch immer zugleich auch zur Frage herausfordern, ob unsere „Wiederentdeckungen“ nicht auch von unserer *ventre*, durch die Entwicklung der materiellen Verhältnisse, geänderten Optik abhängen und welche historisch-gesellschaftlichen Prämissen die „guten alten Lösungen“ verdeckt haben. Es soll damit nicht gelegnet werden, daß auch ein komplexes Problematisierungsbewußtsein regredieren kann.

neut zur Diskussion gestellt werden. Betrachtet man den Problemkatalog Jherings: Haftung von Geschäftsunfähigen, Vertretern und „Ersatzleuten“, von Vertragspartnern ohne Vertragsgegenstand, von Vertragsschließenden bei Distanzgeschäften, die sich zur Übermittlung ihrer Dispositionen der Post, des Telegraphen bedienen, so wird deutlich, daß *Subjekte dieser Haftung* nur zugleich als Subjekte einer verhältnismäßig mobilen Verkehrsgesellschaft gedacht werden können. Dabei bleibt zu beachten, daß die genannten Probleme für den spezifisch privatrechtlichen, nicht für den „handelsrechtlichen“ Bereich diskutiert werden, in dem die Ordnung des Warenverkehrs durch Rechtsformen und Usancen früher relevant wurde. Im Anhang der Abhandlung erörtert Jhering beispielsweise das erst in den 50er Jahren des 19. Jahrhunderts technologisch aktuell werdende Problem der Haftung bei falscher Übermittlung von Erklärungen durch den Telegraphen. Die triviale Bestellung von Zigarren aus Bremen¹⁰¹ durch den exemplifizierenden Rechtsprofessor aus Gießen setzt in ihrer ganzen Selbstverständlichkeit einen einheitlichen Binnenmarkt voraus (Deutscher Zollverein, 1834) und verweist auf ein funktionierendes Postsystem, womöglich auf die Entwicklung von zusammenhängenden Eisenbahnlinien in Deutschland, die wesentlich um 1860 einsetzt¹⁰², äußere Momente, die dem Konzept Savignys noch fremd sind. Dem an Technizität und Produktivität orientierten „naturhistorischen“ Methodenverständnis, in dem bereits alle Merkmale des Positivismus angelegt sind, entspricht der rapide technologische Entwicklungsprozeß der 50er Jahre, dessen erster Höhepunkt in der Ersten Weltausstellung im Londoner Crystal Palace (1851) augenfällig wird.

Bezugssubjekt dieses genuinen Privatrechts ist das mit den Grundsätzen der Ökonomie vertraute Familienoberhaupt, das zeitungslisend und buchführend gleichermaßen den „privaten“ und „geschäftlichen“ Bereich verwaltet, eben jener ökonomische Typus, der in Gustav Freytags Erfolgsroman „Soll und Haben“ (1855, 10. Aufl. 1863) zuerst seinen adäquaten literarischen Ausdruck findet. Der Rechtsprofessor aus Gießen kann sich mit diesem Wirtschaftssubjekt, dem — wie Franz Wieacker es formuliert — „Bourgeois der zweiten Jahrhunderthälfte“¹⁰³, ohne Mühe identifizieren.

¹⁰¹ Abh. 4 f. = 130.

¹⁰² Vgl. zur Industrialisierung in Deutschland: R. RÜBBERDT, Geschichte der Industrialisierung — Wirtschaft und Gesellschaft auf dem Weg in unsere Zeit, München 1972, 75 (Zollverein), 82 ff. (Eisenbahnen), 94 f. (Telegraph); vgl. zu den staatlichen und gesellschaftlichen Differenzierungsprozessen im Hinblick auf die wirtschaftsrechtliche Entwicklung auch H.-J. MERTENS, CH. KIRCHNER, E. SCHANZE, Wirtschaftsrecht, Reinbek 1978, 71 ff.

¹⁰³ Vgl. F. WIEACKER, Rudolph von Jhering, SavZ a. a. O. 9.

2. Dem entspricht auch das in der Abhandlung dokumentierte Verständnis der *Vertragsfunktion*. Das Konstrukt culpa in contrahendo wird heute allgemein als Ausdruck der „sozialen Sensibilisierung“¹⁰⁴ des Schuldverhältnisses verstanden. Die Frage, inwieweit in der Tat der heutige Einsatz der Figur das liberale Vertragskonzept „sozialisiert“ hat, wäre nach einzelnen heutigen Funktionen zu überprüfen. Jedenfalls wäre es ein historisches Mißverständnis, daß Jhering mit seiner „Entdeckung“ den liberalen Vertragskanon angreifen wollte. Ihm geht es allein um die konstruktive Verfeinerung einer Vertragsfunktion, die auf das beschriebene liberale Wirtschaftsobjekt zugeschnitten ist. Dieses unter dem „heutigen römischen Recht“, dem Recht im römischen Recht stehende Subjekt ist seinem Wesen nach „römisch“ zu denken. Im ersten Band des „Geistes“ (1852), der dem Andenken des „großen Meisters“ Georg Friedrich Puchta gewidmet ist, spiegelt Jhering bei der Wesensbeschreibung des „römischen Geistes“¹⁰⁵ das nationalhistorische Vorbild bürgerlicher Rechtskultur. Die zwischen hellsichtiger Kritik und begeisterter Affirmation schwankende Darstellung bezeichnet als Prämisse der „Erfindung“ von Recht durch die Römer deren spezifischen *Egoismus*, eine Deutung, die unbemerkt in der bürgerlichen Gesellschaftstheorietradition seit Hobbes steht. „Selbstsucht ist das Motiv der römischen Universalität, Selbstsucht — und damit wenden wir uns unserer eigentlichen Aufgabe zu — der Grundzug des römischen Wesens“¹⁰⁶. Und zwar handelt es sich um eine „grandiose Selbstsucht“¹⁰⁷, die sich auf „praktische Zwecke“¹⁰⁸ konzentriert, ein Utilitätsdenken, das Jhering auch beim englischen Volk beobachtet¹⁰⁹. Jeremy Bentham's Definition, daß die Tugend „Aufopferung eines schwächeren Interesses für ein stärkeres, eines augenblicklichen für ein dauerhaftes, eines ungewissen für ein gewisses“ sei¹¹⁰, hätte „einem alten Römer Ehre gemacht“¹¹¹. „So läßt sich der römische Charakter mit seinen Tugenden und Fehlern als *System des disciplinirten Egoismus* bezeichnen“¹¹².

¹⁰⁴ Vgl. z. B. F. WIEACKER, Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution, Jur.-Jb. 9 (1968/69), 1 ff., insb. 27; vgl. auch H. COING, Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, in: Festschrift Hans Dölle I, Tübingen 1963, 25 ff., 30.

¹⁰⁵ Geist I, 318 (3. Aufl.) = 1. Aufl. (1852) 292 ff.

¹⁰⁶ A. a. O. 319.

¹⁰⁷ A. a. O. 319.

¹⁰⁸ A. a. O. 322.

¹⁰⁹ A. a. O. 324, Fn. 228.

¹¹⁰ A. a. O. 326, Fn. 228a mit Bentham-Zitat (fehlt in der 1. Aufl. 1852).

¹¹¹ A. a. O. 326, Fn. 228a.

¹¹² A. a. O. 328; zum Problem des „Darwinismus“ des späteren Jhering, WIEACKER, Fs. Larenz a. a. O. 63 ff.

Dabei ist das Recht „die Religion der Selbstsucht, am Recht kann und darf die Idee der objectiven Zweckmäßigkeit wenn nicht ausschließlich, so doch in einem ausgezeichneten Grade sich bethätigen, und gerade nach dieser Seite hin hat der römische Geist das Recht erfaßt und ausgebildet. Den Römern ist es von alters her gelungen, das Recht aus dem Bereich des Gemüths und Gefühls in das des berechnenden Verstandes zu versetzen, aus dem Recht einen von den Einflüssen der momentanen subjectiv-sittlichen Ansicht unabhängigen, äußern Mechanismus zu machen, den jeder, sei er Römer oder Nicht Römer, sobald er die Construction desselben kennen gelernt hat, handhaben kann“¹¹³.

Die an der „objectiven Zweckmäßigkeit“ orientierte eigentümliche „Religion der Selbstsucht“, der in der Rechtsform gezügelte Egoismus, ist nach Jherings Darstellung ein kulturgeschichtliches Phänomen, das als Entwicklungsleistung der Römer eingeordnet und als „Entdeckung vom Rang der Erfindung der Buchstabenschrift“¹¹⁴ gefeiert wird. Die spezifisch „geistesgeschichtliche“ Betrachtung erweist sich dabei — wie häufig bei derartigen historischen Rückblenden — als Spiegel des historischen Selbstverständnisses des Dogmatikers Jhering. Es geht um nichts weniger als die hypothetische Genese des eigenen „Wissenschafts“-Objekts: Das aus dem Bereich des „Gemüths und Gefühls“ entzogene, dem „berechnenden Verstand“ folgende *Recht* ist Gegenstand des emphatischen Begriffs von bürgerlich-rechtlicher Dogmatik. Die von Jhering als Evolutionsleistung der Römer verstandene Dogmatik, in deren Kategorien sein Denken sich bewegt, ist keineswegs nur Form, d. h.: Methode des Gegenstands Recht; vielmehr ist diese Dogmatik materiell abgeleitet aus einem, wenn auch zwar hypothetischen, gesellschaftlichen Zustand: Sie ist inhaltliches Produkt der verstandesgemäßen „Disciplinierung“ des Wettbewerbs gleicher und freier „egoistischer“ Subjekte, sie *produziert* die formalisierte und damit kalkulierbare Handlungsanweisung im bürgerlichen Rechtszustand. In diesem gesellschaftlichen Zustand ist institutionelles Kernstück der *Vertrag*, der auf der gesellschaftstheoretischen Seite als hypothetischer *contract social* zwischen — ideal gedacht — gleichen *politischen Bürgern* das Gesetz (*lex*) stiftet, welches seinerseits auf der ökonomischen Seite den — ideal gedacht — gleichen *Wirtschafts-Bürgern* die rechtlichen Sanktion des Vertrags (*lex contractus*) zum Zwecke des Güteraus-tauschs zusichert. In dieser „Kontraktgesellschaft“¹¹⁵ sind grundsätzlich alle

¹¹³ A. a. O. 328.

¹¹⁴ A. a. O. 328.

¹¹⁵ Vgl. M. WEBER, Rechtssoziologie, Hsg. Winkelmann, Neuwied 1960, 107; Weber

Güter, insbesondere auch die eigene Arbeitskraft, tauschbar; die sich beim Tausch stellende Frage nach der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung wird nicht durch objektive Kriterien beantwortet, sondern im Mechanismus des Marktes formalisiert. Der unscheinbar wirkende dogmatische Lehrsatz, daß der Irrtum über den Wert eines Vertragsgegenstandes unbeachtlich sei, hat in Bezug auf das Äquivalenzproblem entscheidende Bedeutung. Wenn er durchgeführt ist, sind die Grundsätze des liberalen Modells erfüllt. Ferdinand Lassalle, der in seinem „System der erworbenen Rechte“ in den Monaten, in denen Jhering über culpa in contrahendo nachdachte, das liberale System der Hegelschen Rechtsphilosophie vollenden wollte, hat — soweit ersichtlich — zuerst auf diese Entsprechung zwischen Dogmatik und ökonomischem Modell hingewiesen: „Wer kaufen will, hat den Tauschwert (Geld) in seiner Hand, und dessen will er sich gerade entäußern, um dafür einen bestimmten Nutzwert zu bekommen (eine reale Sache, Holz, Fleisch, Werkzeug usw.). Wenn also der Käufer nur die bestimmte Art von Nutzwert (Brauchbarkeit) bekommt, die er wollte, so ist der Gedanke der Handlung erschöpft, der notwendige Beweggrund des Käufers vollständig ausgeschöpft . . .“¹¹⁶

Die Kalkulation des (subjektiven) Nutzwerts ist Aufgabe des einzelnen Marktteilnehmers, der Wert damit formales Produkt des Marktgeschehens. Die „soziale“ Frage nach der — wie auch immer bestimmbar — (objektiven) Äquivalenz steht außerhalb des Kanons von Vertragsrechtsdogmatik, sie ist „von außen“ nicht überprüfbar, also auch justizfrei. Auf dem Markt gilt die Maxime des *caveat emtor*, jene Regel keineswegs klassisch-römischer Dignität, die das informierte und sich informierende alerte Wirtschaftssubjekt voraussetzt. Jhering verlangt mit seiner Rechtsfigur nicht etwa Sorgfalt für die Überprüfung der Äquivalenz des Vertragsgegenstands, insbesondere nicht Sorgfalt bei Informationen über Qualität und Geeignetheit der Leistung im Hinblick auf Gegenleistung und Gegenleistenden. Seine Dogmatik

beschreibt aus der Sicht von 1920 die „Kontraktgesellschaft“ noch als wesentlich modernes, sozial ausdifferenziertes Phänomen, also wie Jhering als *evolutionäre* Leistung, nicht als historisch dem Liberalismus zuzuordnendes Phänomen. Zu den konkreten Voraussetzungen des liberalen Vertragsrechts vgl. D. GRIMM, Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit. Eine vergleichende Skizze, in: La Formazione Storica del Diritto Moderno in Europa, vol. III, Firenze 1977, 1221.

¹¹⁶ F. LASSALLE, Das System der erworbenen Rechte. Eine Versöhnung des positiven Rechts und der Rechtsphilosophie — Erster Teil: Die Theorie der erworbenen Rechte und die Collision der Gesetze unter besonderer Berücksichtigung des Römischen, Französischen und Preußischen Rechts, Leipzig 1861, 104, Fn. 1.

kann sich vielmehr darauf beschränken, anzugeben, wann Subjekte sich der Vertragskategorie bedienen dürfen (Handlungsfähigkeit — bei Jhering: „Fähigkeit des Subjects“) und welche Objekte ausnahmsweise nicht tauschbar sind (Unmöglichkeit — bei Jhering: „Unfähigkeit des Objects“); ferner geht es um die Konkretisierung der äußeren Merkmale einer rechtlich wirksamen Willensübereinstimmung (Konsens), also um die Beschreibung von *Vertragsschlußtechnik* — bei Jhering als Frage der „Zuverlässigkeit des contractlichen Willens“ formuliert. Ersatzpflichten sollen nur dann entstehen, wenn das Recht den äußeren Vertragstatbestand mit der Nichtigkeitsfolge belegt; in diesem begrenzten Umfang besteht eine Pflicht zur sorgfältigen Information: Niemand soll sich ersatzlos auf die Nichtigkeitsfolge berufen können, wenn er in der Lage war, sie durch Anwendung der gebotenen Sorgfalt zu vermeiden. „Ob er mit Worten oder durch die That versichert, daß er in der Lage sei, diesen bestimmten Contract abzuschließen, kann keinen Unterschied machen, die Versicherung liegt im Contrahiren selber“¹¹⁷. Diese *Garantie* umfassender *vertraglicher Kapazität* ist essentiell für jeden Teilhaber des liberalen Marktgeschehens. Bezeichnenderweise hat Bernhard Windscheid, der wohl noch weniger als die etwas schillernde Gestalt seines Freundes Jhering dem Verdacht ausgesetzt ist, von liberalen Grundideen in seiner juristischen Kanonik abgewichen zu sein, Jherings Gedanken von der Garantie für vertragliche Kapazität aufgenommen und konsequent durchgeführt, indem er das Merkmal des Verschuldens strich.

3. Soweit es beim Vertragsschluß nicht um die Vermeidung von Nichtigkeitsfolgen geht, gelten bei Falschinformationen die Grundsätze der Haftung in „außercontractlichen Verhältnissen“. Und hier ist nach Jherings Auffassung Rigidität am Platz. Die haftungsfreundliche, laxe Parömie *culpa lata dolo aequiparatur*, die die allgemeine Einstandspflicht für *dolus* auf Tatbestände des unabsichtlichen Handelns erweitert — bewährte „Notbremse“ der Praxis in harten Fällen — läßt sich nach Jherings Ansicht nur für *bestehende* Verträge aufrecht erhalten. Zur Begründung findet sich ein Glanzstück der Rhetorik des liberalen Wirtschaftssubjekts: „Wohin würde es führen, wenn Jemand in außercontractlichen Verhältnissen schlechthin, wie wegen *dolus*, auch wegen *culpa lata* in Anspruch genommen werden könnte! Eine unvorsichtige Aeußerung, die Mittheilung eines Gerüchts, einer falschen Nachricht, ein schlechter Rath, ein unbesonnenes Urtheil, die Empfehlung eines derselben nicht würdigen Dienstmädchens von Seiten der frühern

¹¹⁷ Abh. 43 = 364.

Dienstherrschaft, die von einem Vorübergehenden gegebene Auskunft über den Weg, die Zeit usw., kurz, alles und jedes würde bei vorhandener culpa lata trotz aller bona fides zum Ersatz des dadurch veranlaßten Schadens verpflichtet, 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!¹¹⁸

Die ungewöhnlich pointierte haftungsrechtliche Unterscheidung zwischen dem Zustand *in contractu* (mit der Erweiterung: *in contrahendo*) und *extra contractum* überrascht den heutigen Betrachter, der gewohnt ist, mit dem Stichwort culpa in contrahendo einen dritten, sozusagen „vermittelnden“ Haftungsgrund zu verbinden, der in der grauen Zone zwischen Vertrag und Delikt liegt. Angesichts der sehr verschiedenen haftungsrechtlichen Konsequenzen scheint sich im Jheringschen Konzept die Schlüsselfrage zu stellen, welche qualifizierten Anforderungen an die Situation „in contrahendo“ gestellt werden müssen. Da es Jhering ausschließlich um die Haftung für „nicht zur Perfection gelangte“, aber vom Phänotypus her vollständige Verträge geht, ist die Antwort ebenso einfach wie konsequent: der Eintritt in Vertragsverhandlungen, etwa durch Abgabe einer Offerte, ist haftungsrechtlich noch irrelevant. Erst mit dem „Moment ihrer (d. h. der Offerte) Acceptation“¹¹⁹ beginnt die auf den fehlerhaften Vertrag bezogene Haftung. Wäre diese Eingrenzung Jherings in der Folgezeit beachtet worden, so hätte die Figur *culpa in contrahendo* allenfalls rechtshistorische Bedeutung erlangt.

V. *Schlußbemerkung: Diskontinuitäten seit Jhering*

Vergegenwärtigt man sich den heutigen Anwendungsbereich der Rechtsfigur — wie er beispielsweise in den Beiträgen von Nirk¹²⁰ aus der Perspek-

¹¹⁸ Abh. 12 f. = 336 f.

¹¹⁹ Vgl. Abh. 43 = 364.

¹²⁰ R. NIRK, Culpa in contrahendo — eine richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Festschrift für Ph. Möhring, München und Berlin 1965, 385 und *ders.*, Culpa in contrahendo — eine geglückte richterliche Rechtsfortbildung — Quo Vadis? Festschrift für Ph. Möhring, München und Berlin 1975, 71; vgl. auch G. FROTZ, Die rechtsdogmatische Einordnung der culpa in contrahendo, Wien 1969, 163 und K. LARENZ, Bemerkungen zur Haftung für „culpa in contrahendo“, Festschrift für K. Ballerstedt, Berlin 1975, 397; nach Abschluß des Ms. erschien die eindrucksvolle Systematisierung von Hans STOLL, Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo

tive des Revisionsanwalts bis in die unveröffentlichten Entscheidungen hinein dokumentiert worden ist — so wird deutlich, daß es kaum um eine kontinuierliche „Durchsetzung eines Gedankens“, sondern augenscheinlich eher um neue Inhalte bei Wahrung des alten Etiketts geht.

Das zeitgenössische Echo auf Jherings Theorie war zwiespältig. Neben der ungeteilten Übernahme durch Vangerow¹²¹ findet sich die zum Teil bis-sige Kritik eines Otto Bähr in dessen Abhandlung, „Ueber Irrungen im Contrahiren“¹²². „Die Römer“, schreibt Bähr, „sind nicht so abstract zu Werke gegangen“¹²³. In seiner Dissertation von 1873 stellt Drechsler fest: „So bestechend aber die Ausführung Jherings von der culpa in contrahendo auch ist, sie kann doch nicht festgehalten werden und wird auch meines Wissens nicht mehr vertheidigt. Selbst ihr Vater glaubt jetzt, dass sie der Idee des Verhältnisses nicht gerecht wird“¹²⁴. Er verweist auf Jherings Bemerkung im „Schuldmoment“ (1867), in dem dieser eher orakelhaft meinte, daß seine „Formulirung . . . gewiß durch eine weitere, objectivere ersetzt“ werde¹²⁵ — möglicherweise ein Vorgriff auf die von Windscheid vertretene Garantiefhaftung für Erklärungen in einigen Fällen¹²⁶.

Um so überraschender ist die plötzliche Aktualität der Doktrin wenige Jahre nach der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In einer eher oberflächlichen, die historische Diskussion kaum beachtenden Abhandlung postuliert Franz Leonhard 1910: „Von stärkstem Gewicht ist für uns die Überzeugung, daß die Haftung für Vertragsschuld praktisch unentbehrlich ist. Man muß die Gesetze, wenn irgend möglich, so auslegen, daß man zu einem vernünftigen Ergebnis gelangt“¹²⁷.

Nirk hat in seiner Dissertation¹²⁸ Franz Leonhard mit Recht als „Begründer der modernen Lehre von der culpa in contrahendo“ bezeichnet. Die

do, Festschrift für E. von Caemmerer, Tübingen 1978, 435, die den Gegenstand insbesondere auch rechtsvergleichend aufnimmt und hier die Entwicklung nach dem bahnbrechenden Beitrag von FULLER (and Perdue) aus dem Jahre 1936 nachzeichnet.

¹²¹ K. A. VON VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten Bd. I, 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1863, § 109 (S. 165).

¹²² JhJb 14, 393.

¹²³ A. a. O. 397.

¹²⁴ F. DRECHSLER, Ueber den Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, Diss. Würzburg 1873, 23.

¹²⁵ R. VON JHERING, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867) in: Vermischte Schriften juristischen Inhalts, Leipzig 1879, 155, 197.

¹²⁶ Vgl. WINDSCHEID-KIPP a. a. O. § 307 Fn. 4a und 5 (S. 249 f.).

¹²⁷ F. LEONHARD, Verschulden beim Vertragsschlusse, Marburg 1910, 10.

¹²⁸ NIRK, Diss. a. a. O. 22.

folgende Rechtsprechung des Reichsgerichts hat Philipp Heck lapidar dahin zusammengefaßt: „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“¹²⁹.

Aus einem konstruktiv fein gesponnenen Korrekturvorschlag für einen Systemmakel im liberalen Vertragskonzept war unversehens eine Generalklausel geworden: Mit den offenen Merkmalen einer Zeitspanne „vor Vertragsschluß“, der „Fahrlässigkeit“ und dem „Vertrauensschaden“. Die dogmatische Rationalisierung erfolgte zunächst über ein Verständnis des „Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen“, insbesondere durch Heinrich Stoll¹³⁰. Die Urheberschaft für die später aktuellere Begründung, daß das Vertrauen Rechtsgrund der Haftung sei, wird von verschiedenen Autoren in Anspruch genommen oder ihnen zugeschrieben¹³¹, ohne daß deutlich wäre, inwieweit diese Einordnung oder die Entwicklung der Dogmatik von sekundären Vertragspflichten — bekanntlich ein wesentlich deutsches Unikum — entscheidendes zur Präzisierung einer Tatbestandstechnik der betroffenen Probleme beigetragen hätte¹³².

Luhmann hat 1974 festgestellt, daß unbestimmte Begriffe wie Vertrauen, Risiko, Gefahr oder Erforderlichkeit zukunftsorientierende Funktionen für Dogmatik besäßen¹³³, allerdings in einem Kontext, der Juristen die Rolle der Verwaltung eines abgegrenzten Bereichs ausdifferenzierter Vorrationalität zuschreibt. 1874 schrieb ein Wiener Kollege Jherings, Franz Hofmann, daß „das Vertrauen (fides) der Grund des Vertragsschutzes“ sei. Das Vertrauen des Versprechensgegners sei immer „ein berechtigtes“, wenn es nicht aus „einem ganz besonderen Grunde unberechtigt ist“¹³⁴.

¹²⁹ PH. HECK, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929 (Aalen 1974), 124; Nachweise der Rspr. auf 123.

¹³⁰ Heinrich STOLL, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ 1923, 523 ff.; *ders.*, Besprechung von H. Hildebrandt, Erklärungshaftung, JW 1933, 34. Zur u. a. hier ansetzenden Interpretation des Schuldverhältnisses als Organismus kritisch R. BRUNS, Probleme des Schuldvertragsrechts — Besprechung von Rothoef, System der Irrtumslehre, AcP 168 (1968), 513; zu Stoll: NIRK, Fs. Möhring 1975 a. a. O. 76.

¹³¹ Nachweise bei NIRK a. a. O. 73 f.

¹³² Bei dem Standardwerk von Canaris ist Vertrauen letztlich zu einem enzyklopädischen Stichwort zur Ordnung heterogener dogmatischer Figuren im Rahmen der Korrektur von Strengrecht geworden: C. W. CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.

¹³³ N. LUHMANN, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart u. a. 1974, 51; *ders.*, Vertrauen — Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, Stuttgart 1968, insbesondere 32 ff.

¹³⁴ F. HOFMANN, Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere der Vertrag mit Rücksicht auf Siegels „Das Versprechen als Verpflichtungsgrund“, Wien 1874, 66 f.