

Professor Dr. Dr. Dr.h.c.mult. *Michael Martinek**

RUDOLF VON JHERING (1818–1892) LEBEN UND WERK EINES GROSSEN DEUTSCHEN JURISTEN

I. EINLEITUNG

Unzweifelhaft gehört *Rudolf von Jhering*¹ zu den Größen der deutschen Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Seine Bedeutung lässt sich nicht an einer einzigen Entdeckung, an einem bestimmten Rechtsinstitut oder allein an seinem Einfluss auf unser heutiges juristisches Denken und Arbeiten bestimmen. Gewiss hat die Rechtswissenschaft ihm zahlreiche Errungenschaften zu verdanken. Bemerkenswert ist jedoch in erster Linie sein lebenslanges Streben nach neuen Erkenntnissen und der Mut, sich dabei gegen bestehende Prinzipien zu wenden und sogar die eigene Auffassung ins Gegenteil zu kehren.

Es verwundert nicht, dass sich über die Einstufung *Jherings* im einzelnen die Geister scheiden. Zu gegensätzlich sind die verschiedenen Phasen seines Wirkens. Gleichwohl kann sich dem besonderen Reiz seines sprachlichen Stils auch heute noch kaum ein Gelehrter entziehen. Mag *Jherings* Darstellungsweise in Bildern, Gleichnissen und Einfällen manchmal verwirrend, teils schon beinahe ans Geschmacklose grenzend erscheinen², erzeugt sie doch ein besonders lebendiges Bild juristischer Darstellung, das eine erfrischende Wirkung erzielt.

Die Faszination seines Denkens und die Innovationskraft seine Ideen hat *Jhering* auch international beachtliche Anerkennung verschafft, wie sie kaum einem anderen deutschen Juristen zu Teil wurde.³

* Universität des Saarlandes, Saarbrücken, Deutschland

1 Teils findet sich auch die Schreibweise *Ihering*.

2 *Wolf*, Große Rechtsdenker der deutschen Rechtsgeschichte (1963), S. 622, 633.

3 Vgl. hierzu die Beiträge zu dem Symposium „*Jherings* Erbe“ (1970): *Gaudemet*, *Organicisme et évolution dans la conception de l’histoire du droit chez Jhering*, S. 29; *Gibert*, *Jhering en Espana*, S. 40; *Hart*, *Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence*, S 68; *Jorgensen*, *Die Bedeutung Jherings für die neuere*

Neben seiner schriftstellerischen Tätigkeit ist aber auch *Jherings* Bedeutung als Universitätslehrer nicht zu unterschätzen. Er nahm seine lehrende Tätigkeit Zeit seines Lebens sehr ernst.⁴ Als einer der ersten hielt er praktische Übungen für seine Studenten ab. Von lebhafter Diskussion mit seinen Hörern wird ebenso wie von einer ausgeprägten Praxisorientierung seiner Veranstaltungen berichtet.⁵

II. ZUR PERSON JHERINGS

1. STUDIUM UND LEHRE

Rudolf von Jhering wurde in Norddeutschland im ostfriesischen Aurich am 22. August 1818 geboren. Bereits sein Vater *Georg Albrecht Jhering* war Rechtsanwalt, die Familie seit rund 300 Jahren von juristischer Tradition geprägt.⁶ *Jhering* begann sein Studium der Rechtswissenschaften in Heidelberg im Jahre 1836. Weitere Stationen seines Studentenlebens führten ihn nach München, Göttingen und schließlich seit 1838 nach Berlin. Dort promovierte er im Jahre 1842 mit seiner Dissertation zum Erbschaftsbesitzer: „De hereditate possidente“. Unter *Jherings* zahlreichen namhaften Lehrern ist vor allem *Georg Friedrich Puchta* (1798–1846) hervorzuheben, der auf sein beginnendes wissenschaftliches Wirken den wohl stärksten Einfluss hatte. Ihm widmete *Jhering* sein erstes Hauptwerk „Der Geist des römischen Rechts“. Ab dem Jahr 1843 war *Jhering* als Privatdozent an der juristischen Fakultät in Berlin tätig. Seine erste monographische Veröffentlichung erschien 1844 unter dem Titel „Abhandlungen aus

skandinavische Rechtslehre, S. 116; *Marini*, La storicità del diritto scienza giuridica nel pensiero di Jhering, S. 155; *Pasini*, La sociologia interna di Jhering, S. 177; *F. Schmidt*, Jherings Tradition im schwedischen Sachenrecht, S. 206; *Villey*, Le droit subjectif chez Jhering, S. 217 sowie zu dem Symposium „Jherings Denken“ (1996), *Byoung Jo Choe*, Der Kampf ums Recht im traditionellen Korea – Die konfuzianische Ideologie und die Wirklichkeit, S. 32; *Summers*, Rudolf von Jhering's influence on american legal theory – A selective account, S. 61; *Losano*, Tobias Barreto und die Rezeption Jherings in Brasilien, S. 77; *Shigeo Nishimura*, Jherings verfassungspolitische Ratschläge an die japanische Regierung und die Verleihung des Ordens, S. 97; *Mamut*, Rudolf von Jhering und Wladimir Lenin – Parallelen in ihrem politischen und rechtlichen Denken, S. 111; *Modéer*, Jherings Rechtsdenken als Herausforderung für die skandinavische Jurisprudenz, S. 153.

4 Zeugnis hierfür legen seine in Form eines Vorlesungsmanuskriptes niedergelegten Gedanken über das Rechtstudium ab. Abgedruckt bei *Helfer*, JZ 1966, 506; vgl. auch *Hirsch*, Jhering als Reformator des Rechtsunterrichts (Die Jurisprudenz des täglichen Lebens), in *Jherings* Erbe, S. 89 ff.

5 *Wolf* (Fn. 2), S. 657.

6 *Wolf* (Fn. 2), S. 627 f., *Wieacker*, Rudolph von Jhering, 2. Auflage (1968), S. 12.

dem römischen Recht“. Bereits ab 1845 war *Jhering* ordentlicher Professor der Rechte in Basel. In den folgenden Jahren folgte er dem Ruf der Universitäten von Rostock (1845), Kiel (1849), Gießen (1852), Wien (1868) und schließlich 1872 Göttingen, wo er bis zu seinem Tod am 6. August 1892 lebte und lehrte.

Schon zu Lebzeiten erhielt *Jhering* etliche Ehrungen. Er war korrespondierendes Mitglied der Akademien in Amsterdam, Rom, Wien und Berlin.⁷ Zu seinem Abschied aus Wien im Jahre 1872 wurde ihm das Ritterkreuz des Leopold-Ordens und damit ein erblicher Adelstitel verliehen. Noch kurz vor *Jherings* Tod feierten am 6. August 1892 seine Verwandten, Schüler und Freunde das 50. Jubiläum seiner Promotion mit ihm. Bis in die heutigen Tage wird *Jhering* höchste Achtung aber auch kritische Auseinandersetzung zuteil. Im Jahre 1968 fand ein umfangreiches Symposium aus Anlass seines 150. Geburtstages in Göttingen statt.⁸ 1992 schloss sich ein Symposium zur hundertsten Wiederkehr seines Todestages an.⁹

2. PRIVATLEBEN

Neben seiner steilen juristischen Karriere führte *Jhering* ein wechselvolles, von Lebenslust aber auch von schweren Schicksalsschlägen geprägtes Leben. Das Bild eines verstaubten Gelehrten, das man bei Betrachtung seiner theoretischen Schriften leicht gewinnen könnte, passt zu *Jhering* nicht im geringsten. Noch im Alter von siebzig Jahren schrieb er mit einiger Ironie: „Ohne Tinte kein Leben – aber Weine, geräucherte Aale, Rebhühner, Schnepfen, Whist, Klavier, Frau, Freundinnen gehören auch dazu.“¹⁰ Und auch die Lieferung eines Weinfasses mit 1330 Litern Inhalt ist überliefert.¹¹ Angeblich sollte es für die kommenden Generationen bestimmt sein – schon nach fünf Jahren war es indes vollständig gelehrt.¹²

Seine erste Frau verlor *Jhering* in jungen Jahren (April 1848). Sie starb an den Folgen der Geburt eines Sohnes, der wenig später ebenfalls verstarb.¹³ *Jhering* heiratete erneut. Mit seiner zweiten Frau hatte er vier Söhne und eine Tochter. Der Tod seiner zweiten Frau im Jahre 1867 nahm ihn

7 *Klenner*, *Jherings Kampf ums Recht, Demokratie und Recht* 1992, 437.

8 *Jherings Erbe – Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstages von Rudolf von Jhering*, 1968, publiziert 1970.

9 *Jherings Rechtsdenken – Göttinger Symposium zur hundertsten Wiederkehr seines Todestages* 1992, publiziert 1996).

10 Vgl. *Wolf* (Fn. 2), S. 629 f.

11 *Klenner* (Fn. 7), 444.

12 *Wolf* (Fn. 2), S. 629.

13 *Wolf* (Fn. 2), S. 632.

offenbar erheblich mit. Er litt in der Folge erstmals unter Krankheitsanfällen. *Jherings* dritte Ehe ging einher mit seinem Wechsel von Wien nach Göttingen. Seine dritte Frau stammte wie er selbst aus Norddeutschland. Vom Umzug nach Göttingen erhoffte sich *Jhering* gegenüber Wien vor allem bessere Arbeitsbedingungen. Zwar wusste er die Zerstreuungen des Lebens in Wien durchaus zu schätzen. Göttingen versprach jedoch weniger Ablenkung, bessere Gesundheit und neue Arbeitsfrische. Auch *Jherings* Interesse an Gartenbau – er züchtete Erdbeeren und Spargel¹⁴ – mag eine Rolle gespielt haben.

Zu *Jherings* Forschungsdrang gesellte sich ein reger Austausch mit befreundeten Juristen. Die Briefwechsel *Jherings* sind hierfür ein eindrucksvoller Beleg.¹⁵ Von Interesse ist vor allem die Freundschaft, die ihn mit *Karl Friedrich Wilhelm Gerber* sowie mit dem etwa gleichaltrigen *Bernhard Windscheid* (1817–1892) verband. Mit *Gerber* teilte *Jhering* das Streben nach einer „juristischen Konstruktion des Rechts“. Ihre Zusammenarbeit gipfelte in der gemeinsamen Gründung einer rechtsdogmatischen Zeitschrift, die zunächst den Titel „Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts“ führte, später aber unter dem Namen „*Jherings Jahrbücher*“ berühmt wurde.¹⁶ Mit *Windscheid* führte *Jhering* einen besonders lebhaften Briefwechsel, in dem er seine neuen Ideen mitteilte und dem Freund zur Stellungnahme anbot. Trotz teils gegenteiliger Anschauungen ist stets ein verbindendes Element und der gegenseitige Respekt der beiden großen Rechtsgelehrten des 19. Jahrhunderts erkennbar.

3. LEBEN UND WIRKEN

Jherings Werk ist geprägt durch Wandel in seinem Rechtsdenken. In seinen Anfangsjahren glaubte *Jhering* durch eine streng formale Betrachtungsweise mit den Mitteln der juristischen Konstruktion die im Rechtsleben auftauchenden Probleme bewältigen zu können. Dem steht in seiner späten Schaffensphase die Erkenntnis gegenüber, dass die von den Beteiligten verfolgten Zwecke die Triebfeder des Rechts sind. Die juristische Konstruktion lehnte er zwar nicht völlig ab, sah sie indes nur noch als technisches Mittel zur Umsetzung der tatsächlich verfolgten Zwecke.

Der Wandel in *Jherings* Rechtsdenken ging einher mit einer persönlichen Krise.¹⁷ In der Zeit von 1861 bis 1866 veröffentlichte *Jhering* in der

14 *Wolf* (Fn. 2), S. 642 f.

15 Vgl. nur: *Rudolf von Jhering* in Briefen an seine Freunde (1913, Neudruck 1971); *Lozano*, Der Briefwechsel *Jherings* mit Unger und Glaser (1996).

16 *Wolf* (Fn. 2), S. 636 f.

17 *Wolf* (Fn. 2), S. 643.

„Preußischen Gerichtszeitung“ anonym die „Vertraulichen Briefe eines Unbekannten“. Er kritisiert hierin die von ihm selbst bisher betriebene Form der Jurisprudenz. Der Tonfall ist scharf, von Ironie und Spott geprägt. Es zeigt sich seine eigene Ratlosigkeit, die aus der Erkenntnis der Mängel seiner eigenen Lehre resultieren dürfte. *Jhering* befand sich in dieser Zeit in einem Entwicklungsprozess, der letztlich zur Entdeckung des hinter rechtlichen Regelungen stehenden Zwecks, mithin zu einer interessenorientierten Jurisprudenz führte. In dieser Zeit hatte *Jhering* erstmals gesundheitliche Schwierigkeiten. Er wurde von schweren Depressionen geplagt¹⁸ Der Tod seiner zweiten Frau (1867) spitze diese Krise noch weiter zu. Erst nach seinem Wechsel nach Göttingen im Jahre 1868 gelang es *Jhering*, seine privaten Schwierigkeiten zu überwinden und die Bedenken an seiner alten Lehre in neue produktive Gedanken zu fassen.

III. VON DER BEGRIFFS- ZUR INTERESSENJURISPRUDENZ

1. VERFECHTER DER BEGRIFFSJURISPRUDENZ

Jherings juristisches Wirken zeichnet sich durch den Wechsel von einem Verfechter der historischen Rechtsschule und Anhänger der Begriffsjurisprudenz zu einem Wegbereiter der Interessenjurisprudenz aus. In diesem Wandel liegt jedoch zugleich auch Kontinuität. So wie der junge *Jhering* mit Begeisterung der Begriffsjurisprudenz seinen Stempel aufdrückte und nach eigenen Wegen suchte, ließ er sich später von der herausragenden Bedeutung der Lebenswirklichkeit und der aus ihr erwachsenden, mittels rechtlichen Gestaltungen verfolgten Zwecken überzeugen. Dabei schreckte er keinesfalls davor zurück, seine früheren Äußerungen zu relativieren, sich von ihnen zu distanzieren und sie sogar zu verspotten. Gleichwohl besteht zwischen den verschiedenen Anschauungen *Jherings* kein unüberbrückbarer Gegensatz. Auch *Jhering* selbst hat sich vom Erfordernis einer begrifflichen Konstruktion des Rechts in späteren Jahren keinesfalls völlig gelöst. Geändert hat sich lediglich die Perspektive. Steht in *Jherings* früher Phase der Begriff völlig im Mittelpunkt, ist er später nur noch das Instrument zur Verwirklichung der privatautonom verfolgten Zwecke. Die rechtliche Konstruktion und eine präzise Begriffsbildung erübrigen sich damit keineswegs. Das Rechtssystem wird jedoch nicht mehr aus den Begriffen selbst gewonnen. Der konkret verfolgte Zweck ist der Maßstab, an dem sich auch die Begrifflichkeit orientiert.

18 Wolf (Fn. 2), S. 644 f.

2. WEGBEREITER DER INTERESSENJURISPRUDENZ

Jhering hat sich in seinen späteren Werken von der Denkweise der historischen Rechtsschule und der damit verbundenen Begriffsjurisprudenz distanziert. Er wandte sich stattdessen einer zweckorientierten Betrachtung des Rechts zu.¹⁹ Es findet sich der Ansatz zu einer Lehre, die auf eine produktive, material orientierte Jurisprudenz abzielt.²⁰ *Jhering* wendet sich nunmehr mit Entschiedenheit gegen den „Schein der absoluten Wahrheit der juristischen Begriffe“. Die Begriffe sieht er nur noch als „Formen eines vorgegebenen Inhalts“. Rein dogmatische Arbeit, wie er sie früher noch selbst betrieben hatte, hielt er nunmehr für zweifelhaft. Ihm fehlte es am konkreten Bezug zum wirklichen Leben. Er betrachtete als Recht nur noch das, „was sich realisiert“.²¹ Nur Begriffe und Gedanken, die sich im kulturellen und wirtschaftlichen Leben wiederfinden, sollten als real angesehen werden.²² Das Recht wird von ihm dabei als Mittel betrachtet, das im Dienste gesellschaftlicher Interessen steht. *Jherings* Hinwendung zu einer zweckorientierten Betrachtung fand zu seinen Lebzeiten freilich wenig Beachtung.²³ Zudem war *Jherings* Ansatz keineswegs völlig zu Ende gedacht. *Jhering* stellte kein in sich abgeschlossenes, neues methodischen System vor. Er gab vielmehr lediglich den Anstoß zu einer Hinwendung der Rechtswissenschaft zur Interessenjurisprudenz. Er ist damit deren Wegbereiter, nicht aber ihr Schöpfer.

Jherings Idee einer Zweckorientierung gestaltet sich überdies weit- aus radikaler als sie heute in der deutschen Rechtswissenschaft gängig ist. Rechtsregeln werden nicht rein an den Fakten des gesellschaftlichen Lebens und den dort individuell verfolgten Zwecken orientiert. Es werden ebenso auch objektive Rechtszwecke anerkannt, die der rechtlichen Verwirklichung gesellschaftlicher Interessen Grenzen setzen.²⁴ Die Einschränkung der Interessenorientierung unseres Rechtssystems hat *Jhering* nicht (mehr) erkannt. Die behutsame Fortentwicklung eines Gedankens und ihre Einbindung in eine umfassende Rechtstheorie war offenbar nicht *Jherings* Sache. Ebenso hat er – anders als *Windscheid* – nie ein Lehrbuch mit einer Gesamtdarstellung des geltenden Zivilrechts vorgelegt. *Jhering* zentrale, auf mehrere Bände angelegte Werke („Der Geist des römischen

19 *Larenz*, Rudolf von *Jhering* und die heutige Lage der deutschen Rechtswissenschaft, in *Jherings* Erbe (1970), S. 135.

20 *Wolf*, (Fn. 2), S. 642.

21 *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts*, Band 1 (6. Aufl. 1907), § 4, S. 49: „Was sich nicht realisiert, ist kein Recht und umgekehrt was diese Funktion ausübt, ist Recht, auch wenn es noch nicht als solches anerkannt ist“.

22 *Wolf* (Fn. 2), S. 643.

23 *Larenz* (Fn. 19), S. 135.

24 *Larenz* (Fn. 19) S. 138.

Rechts“ und „Der Zweck im Recht“) blieben unvollendet. Trotz all dieser scheinbaren Mängel wirken die Anstöße, die *Jhering* gab, ebenso wie die Faszination seiner bildhaften Sprache bis heute fort.

IV. HAUPTWERKE²⁵

Unter *Jherings* juristischen Werken stehen vor allem drei besonders hervor: „Der Geist des römischen Rechts“²⁶, „Der Kampf ums Recht“ und „Der Zweck im Recht“²⁷. Sie sind nicht nur die bekanntesten Schriften *Jherings*, sondern kennzeichnen auch die verschiedenen Phasen juristischen Denkens, die er durchschritten hat. *Jherings* Wandel von einem Vertreter der Begriffsjurisprudenz zu einem Wegbereiter der Interessenjurisprudenz lässt sich daher am besten anhand des Inhalts dieser drei Meisterwerke veranschaulichen.

1. DER GEIST DES RÖMISCHEN RECHTS (1852–1871)

Jherings „Geist des römischen Rechts“ ist auf eine Behandlung des Stoffes in mehreren Bänden angelegt. Das Werk blieb allerdings unvollendet. Der erste Band, erschienen 1852, befasst sich mit der Entwicklung einer allgemeinen „Naturlehre des Rechts“. Eine nähere Darstellung der von *Jhering* als naturhistorischen bezeichneten Methode erfolgt aber erst im zweiten Teil des zweiten Bandes.²⁸ Im dritten Band – erschienen 1871 – wird dann schon *Jherings* kritische Einstellung gegenüber seiner starken Begriffsorientierung und eine Zuwendung zu einer mehr interessenorientierten Betrachtung deutlich.²⁹

a. Historische Rechtsschule und Naturrecht

Anders als der Titel vermuten ließe, ging es *Jhering* in seinem „Geist des römischen Rechts“ nicht um eine rechtshistorische Betrachtung.³⁰ *Jhe-*

25 Ein umfassende Zusammenstellung von *Jherings* Werken findet sich bei *Losano*, Bibliographie *Jherings*, in *Jherings* Erbe (1970), S. 252 ff.

26 Der volle Titel lautet: „Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“. Das Werk erschien in drei Teilen, der zweite Teil in zwei Abteilungen. Jeweils als letzte veränderte Neuauflage erschienen: Band 1, 6. Aufl. 1907; Band 2 Teil 1, 5. Aufl. 1894; Band 2 Teil 2, 5. Aufl. 1898; Band 3, 5. Aufl. 1906.

27 Erschienen in zwei Bänden: Band 1, 2. Aufl., 1884; Band 2, 1886.

28 Vgl.: *Hommel*, Rudolf von *Jherings* naturhistorische Methode, in *Jherings* Erbe (1970), S. 101 ff.

29 *Wieacker* (Fn. 6), S. 34 f.

30 *Dreier*, *Jherings* Rechtstheorie – eine Theorie evolutionärer Rechtsvernunft, in *Jherings* Rechtsdenken (1996), S. 222, 224.

rings Anliegen war es, „in dem römischen Recht das Wesen des Rechts überhaupt zur Anschauung zu bringen“. Er wollte aus dem römischen Recht die „konstituierenden geistigen Faktoren“ und damit das „Allgemeingültige“ aussondern.³¹ *Jhering* versuchte, in den bestehenden Regelungen des römischen Rechts allgemeine Rechtsgedanken ausfindig zu machen. Auf eine höhere, abstrakte Stufe gehoben, begrifflich scharf gefasst, sollten diese Rechtsgedanken dann auf ähnlich gelagerte Sachverhalte angewandt werden. *Jhering* ging damit weiter als die von *Friedrich Carl von Savigny* begründete historische Schule. *Savigny* hatte die historische Rechtsschule Anfang des 19. Jahrhunderts als Gegenpol zur Naturrechtstheorie entwickelt. Recht sollte danach nicht – wie es einer naturrechtlichen Sichtweise entspricht – als Gesamtheit der der Natur innewohnenden Rechtssätze zu verstehen sein. Das Naturrecht ging noch von zeitlos gültigen Rechtsätzen aus, die sich notwendigerweise aus der Vernunft ergeben und den vom Menschen gesetzten Rechtsätzen voranstellen. Die historische Rechtsschule vertrat demgegenüber die Auffassung, Recht entwickle sich in einem vom Wesen einer Nation und deren Geschichte geprägten Entstehungsprozess. Das Recht bildet danach einen Bestandteil der Gesamtkultur einer Nation. *Puchta* – ein Schüler *Savignys* und Lehrer *Jherings* – vertrat in Fortführung von *Savignys* Ansatz die Theorie, der Ursprung des Rechts liege nicht im Bewusstsein des Volkes, sondern in der Vernunft der Juristen. Aus dieser Sichtweise entwickelte sich die Begriffsjurisprudenz, der auch *Jhering* in seinen frühen Jahren anhing.

b. Jherings naturhistorische Methode und Rechtstechnik³²

Jhering wollte sich aber anders als die Anhänger der historischen Rechtsschule nicht mehr auf eine bloße Verarbeitung des vorhandenen Rechtstoffes beschränken. Sein Anliegen war vielmehr schon damals ein begrifflich geprägtes abstraktes Rechtssystem, das in der Lage ist, aus einem produktiven Zusammenspiel der Begriffe neue Lösungen hervorzubringen. Hierzu entwickelte er im ersten und zweiten Band des „Geist des römischen Rechts“³³ seine naturhistorische Methode, die in engem Zusammenhang zu

31 Vgl. *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 1, Einleitung, S. 23: „Um das römische Recht zu beurteilen, können wir uns nicht an einzelne Bestimmungen desselben halten, sondern wir müssen dasselbe prinzipiell erfassen, wir sind daher beständig gezwungen zu abstrahieren“.

32 Vgl. *Hommes* (Fn. 28), S. 101 ff.; *Losano*, *Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre*, in *Jherings Erbe* (1970), S. 142 ff.

33 *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 1, Einleitung § 3, S. 25 ff.; Band 2 Teil 2, §§ 39–41, S. 334 ff.; Auch im Einleitungsaufsatz zu seinen Jahrbüchern für Dogmatik schildert *Jhering* den Vorgang der Begriffsbildung nochmals: „Unsere Aufgabe“, *Jherings Jahrbücher* 1 (1857), S. 1 ff.; vgl auch *Wolf* (Fn. 2), S. 638 ff.

seinen Ausführungen zur Rechtstechnik stehen.³⁴ In der Benennung der Methode als „naturhistorisch“ spiegelt sich *Jherings* damalige Begeisterung für die Naturwissenschaften.³⁵ Die in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts hervortretenden Erfolge und Entdeckungen der Naturwissenschaften hatten *Jhering* offenbar nachhaltig beeindruckt. *Jhering* sieht den „Organismus“ des Rechts, den er durch seine Methode aufzudecken trachtet, in Parallele zum biologischen Organismus eines Tieres oder einer Pflanze. Dem entspricht eine stark bildhaft geprägte Ausdrucksweise, die sich zahlreicher Vergleiche zum naturwissenschaftlichen Bereich bedient.³⁶

Jherings Ziel ist es, das positive Recht in formeller Hinsicht beherrschbar und anwendbar zu halten. Leitgedanke ist die „Auffindung des abstrakten Elements der Rechtsgeschichte“. Es soll durch die logische Darstellung der Materie und deren konstruktive Ergänzung eine Annäherung an den „Geist“ des Rechtssystems erfolgen.³⁷ *Jhering* versucht auf diesem konstruktiven Wege, eine systematisch einheitliche Theorie des Rechts zu entwickeln. Er erstrebt sowohl eine quantitative, als auch eine qualitative Vereinfachung des Rechtstoffes.³⁸ Die juristische Begriffsbildung hat nach *Jhering* dabei in den drei Stufen der Analysis, der Konzentration und der Konstruktion zu erfolgen.³⁹ Neben einer terminologisch und rechtssystematisch sauberen Arbeit sei bei der Begriffsbildung im Wege der juristischen Analyse und Konzentration das Prinzip der juristischen Ökonomie zu folgen.⁴⁰ Darunter ist eine möglichst effektive Verwendung der vorhandenen Regeln zu verstehen. Es gilt, „mit möglichst wenig möglichst viel auszurichten“. Während Analysis und Konzentration in erster Linie handwerkliche Anforderungen stellen, zeigt sich erst auf der Stufe der Konstruktion die wahre Kunst des Juristen. Fast schon abschätzig bezeichnet *Jhering* Analysis und Konzentration als Formen einer „niedereren“ Jurisprudenz, während er die Konstruktion einer „höheren“ Jurisprudenz zuordnet.

c. Analysis

Die quantitative Vereinfachung setzt bei einer juristischen Analyse (Analysis) als erster Schritt an.⁴¹ Es gilt in den einzelnen Rechtssätzen die

34 *Hommes* (Fn. 28), S. 103.

35 *Wolf* (Fn. 2), S. 640.

36 Vgl. *Wolf* (Fn. 2), S. 641 f.

37 *Wolf* (Fn. 2), S. 631 f.

38 *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 2, Teil 2, § 37, 38, S. 309 ff., 325 ff.

39 Vgl. hierzu: *Wieacker* (Fn. 6) S. 23 ff., *Wolf* (Fn. 2), S. 638 ff.

40 *Hommes* (Fn. 28), S. 103.

41 *Wieacker* (Fn. 6) S. 23 f.

abstrakt-allgemeinen Elemente auszumachen. Der historische Rechtsstoff muss gegliedert und begrifflich zerlegt werden. So können die einzelnen rechtlichen Regelungen in allgemeine und besondere Elemente unterteilt werden. Die besonderen Teile einer Rechtsnorm sind nur für den speziellen Anwendungsbereich charakteristisch und mithin nicht verallgemeinerungsfähig. Die allgemeinen Teile hingegen finden sich zwar gleichfalls in einer gesetzlichen Spezialregelung, erweisen sich jedoch als Ausprägung eines allgemeinen Rechtsgedankens. Sie sind daher als allgemeine, auf andere Regelungsbereiche übertragungsfähige Rechtsgedanken zu verstehen und können so die Grundlage einer Rechtsanalogie bilden.

Man gelangt auf diesem Wege zu juristischen Begriffen, die nach *Jherings* Auffassung untereinander alle möglichen Verbindungen eingehen können.⁴² Die Begriffe dienen dabei nicht bloß zur präzisen Umschreibung rechtlicher Regeln, sondern besitzen eigenen Wert. Die Rechtsbegriffe bilden nach Jhering ein „Alphabet“. Ihre richtige Kombination soll zu einer schöpferischen Gestaltung der sozialen Ordnung führen und auf diesem Wege neue Rechtsbegriffe hervorbringen können. Der eigenständige Wert der Rechtsbegriffe zeige sich daran, dass sie „produktiv sind, sich paaren und zeugen.“⁴³ Jherings Darstellungsweise in seinem „Geist des römischen Rechts“ ist durch Vergleiche zur Naturwelt geprägt. Die Gegenüberstellung ist für Jherings frühe Phase und seine Begeisterung für die aufstrebenden Naturwissenschaften kennzeichnend. Man wird daher die Anleihen an diesen Bereich nicht als einfache bildliche Verdeutlichung rechtlicher Vorgänge verstehen dürfen, sondern vielmehr das Bestreben sehen müssen, die Erkenntniswege der Naturwissenschaft auch auf die Rechtswissenschaft zu übertragen.⁴⁴

d. Konzentration

Auf der Analyse des Rechtsstoffes aufbauend, werden in einem nächsten Schritt die gefundenen Regeln auf ihre grundlegenden Prinzipien zurückgeführt und auf diesem Wege konzentriert (Konzentration). Jhering versteht hierunter keineswegs eine rein logische Abstraktion. Die Konzentration zielt darauf ab, Obersätze, die tatsächlich als übergeordnete Rechtsprinzipien bestehen, aufzufinden. Es geht darum, sie im Wege der

42 *Wieacker* (Fn. 6) S. 23.

43 *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 1, Einleitung, § 3, S. 40: „Durch Kombination der verschiedenen Elemente kann die Wissenschaft neue Begriffe und Rechtssätze bilden; die Begriffe sind produktiv, sie paaren sich und bilden neue.“, S. 41: die schematische und logische Struktur sei als „Alphabet des Rechts“ anzusehen.

44 *Wieacker* (Fn. 6), S. 24

Konzentration auszusondern und von der Fülle speziellerer Regelungen zu befreien.⁴⁵ Hierdurch wird eine „Vereinfachung“ des Rechts erzielt. Aus dem systematischen Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung seien Rechtsgrundsätze abzuleiten, deren Geltung unabhängig davon sei, ob der Gesetzgeber sie an irgend einer Stelle ausdrücklich genannt habe. Für den von *Jhering* in seinem „Geist des römischen Rechts“ behandelten Bereich sollen diese Grundsätze also unabhängig davon gelten, ob sie im „Corpus Iuris Civilis“ ausdrücklich erwähnt sind.⁴⁶ Das Konzentrationsprinzip bezieht sich demnach nicht auf den im Einzelfall maßgeblichen Rechtsgedanken, sondern auf den in der Gesamtheit aller Rechtssätze liegenden logischen, einem Sinnzusammenhang folgenden Aufbau.

e. Konstruktion

In qualitativer Hinsicht soll eine Vereinfachung auf dem Wege der „juristischen Konstruktion“ (Konstruktion) erreicht werden.⁴⁷ Ziel ist die innere Ordnung, Symmetrie und Einheit des Rechtsgegenstandes.⁴⁸ Die juristische Konstruktion bemüht sich hierzu durch die Herausbildung abstrakter Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute beizutragen. In dieser Begriffsbildung sieht *Jhering* das produktive Element der Jurisprudenz. Es werde etwas neues, bisher nicht Dagewesenes geschaffen.⁴⁹ Der konstruktive Teil der juristischen Arbeitsweise stellt nach *Jherings* Auffassung deshalb den Gipfelpunkt der juristischen Kunstfertigkeit dar. Ihr schöpferisches Element hebe die Konstruktion gegenüber Analyse und Konzentration auf eine höhere Ebene. In gleichsam synthetischer Weise werde mit den auf dem Wege der Konzentration gewonnenen Begriffen gearbeitet.⁵⁰ Aus dem Zusammenspiel der gefundenen Begriffe könnten selbstständige neue Rechtsgebilde entstehen.

Die juristische Begriffskonstruktion hat nach *Jhering* drei Grundregeln zu beachten⁵¹: Das „Gesetz der Deckung des gegebenen Stoffes“⁵², den „Satz des Nichtwiderspruchs“⁵³ und das „Gebot der juristischen Schönheit“.⁵⁴ Die Deckung des positiven Stoffes und das Gesetz des Nicht-

45 *Wieacker* (Fn. 6), S. 24.

46 *Wolf* (Fn. 2), S. 639.

47 *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 2, Teil 2, § 38, S. 333.

48 *Hommel* (Fn. 28), S. 104.

49 *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 2, Teil 2, § 41, S. 371.

50 *Wolf* (Fn. 2), S. 639.

51 *Hommel* (Fn. 28), S. 105; *Wolf* (Fn. 2), S. 639.

52 *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 2, Teil 2, § 41, S. 371 ff.

53 *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 2, Teil 2, § 41, S. 378 ff.

54 *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 2, Teil 2, § 41, S. 379 ff.

widerspruchs sind notwendige Elemente jeder juristischen Konstruktion. Sie nehmen eine absolute Funktion ein. Die Deckung des gegebenen Stoffes meint, dass die juristische Konstruktion von dem positiven Recht auszugehen hat und dieses in allen Teilen umfassen soll. Eine Bindung an die Formen des geltenden Rechts sowie dessen Strukturen geht damit jedoch nicht einher.⁵⁵ Die „praktische Kraft“ des Rechts muss erhalten bleiben. In der Gestaltung der äußeren Form ist die Konstruktion hingegen frei.⁵⁶ Der Satz des Nichtwiderspruchs stellt daneben die eigentlich selbstverständliche innere Schlüssigkeit des zu entwickelnden Rechtssystems sicher. Anders als die beiden vorangehenden Prinzipien besitzt die juristische Schönheit nur relative Bedeutung. Die Konstruktion soll möglichst einfach und damit überschaubar und anschaulich gehalten werden. Es gelte den logisch-ästhetischen Gesamtaufbau nicht zu stören.⁵⁷ Zwingend ist die juristische Schönheit indes nicht. Lässt sich nur eine komplizierte und schwer verständliche Konstruktion finden, die aber den übrigen beiden Gesetzen genügt, kann auch diese Konstruktion Gültigkeit beanspruchen.

Mit den Konstruktionsprinzipien seiner Naturhistorischen Schule erreicht *Jhering* einen über die Gesichtspunkte der quantitativen und qualitativen Vereinfachung des Rechts hinausreichenden weiteren Zweck: Die Förderung der Leichtigkeit und Sicherheit der Rechtsanwendung auf konkrete Fälle.⁵⁸ Während der Aspekt der Leichtigkeit in der Praxis in erster Linie eine beschleunigte Rechtsanwendung bedeutet, gewährleistet die Sicherheit eine einheitliche Anwendung des Rechts auf gleichgelagerte Fälle.

f. Kritik und Wirkung

Jhering selbst hat seine naturhistorische Methode später kritisch gesehen, sie in Teilen sogar für verfehlt gehalten. Sie findet denn auch in der Lehre erhebliche Kritik.⁵⁹ In Frage gestellt wird schon *Jherings* grundsätzliche Unterscheidung zwischen „niederer“ und „höherer“ Jurisprudenz.⁶⁰ Auch eine nur interpretierende Rechtswissenschaft wird schwerlich ohne eine präzise und systematische Begriffsbildung auskommen. Bei *Jhering* scheint dieser Teil der Jurisprudenz allzu sehr als bloß mechanischer Vor-

55 Vgl. *Hommes* (Fn. 28), S. 111.

56 *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 2, Teil 2, § 41, S. 373.

57 *Wolf*, (Fn. 2), S. 639.

58 *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 2, Teil 2, § 38, S. 325 ff.

59 *Hommes* (Fn. 28), S. 108 ff.

60 *Hommes* (Fn. 28), S. 107.

gang, der rein handwerklichen Regeln zu folgen hat, eingeordnet. Gleichwohl lässt sich nicht abstreiten, dass Jherings Darstellung seiner Naturhistorischen Methode und die Betonung der juristischen Konstruktion als „höhere“ Jurisprudenz auf die Rechtswissenschaft produktiv gewirkt hat. Jhering gab letztlich den Anstoß zu einer Besinnung auf die Bedeutung einer allgemeinen Rechtslehre im Sinne einer methodischen Analyse der rechtlichen Grundbegriffe.⁶¹

Als grundlegender Fehler der naturhistorischen Methode lässt sich indes die Lösung von ihrem eigentlichen Gegenstand ausmachen.⁶² Jhering trennt die juristische Begriffsbildung und Systematik völlig von der Grundlage des geltenden Rechts. Er vertraut darauf, dass die juristische Konstruktion „durch die praktische Natur der Welt“ immer wieder „zu den realen Dingen zurück“ gelenkt würden.⁶³ Jhering riskiert damit eine Verselbstständigung der Begriffe, die Gefahr läuft, einerseits die gesetzlichen Grundlagen, andererseits aber auch die wirtschaftlichen Interessen, mithin die von den Beteiligten verfolgten Zwecke, aus dem Blick zu verlieren. Eine primär auf die innere Logik der Begriffsbildung bedachte juristische Arbeitsweise wird den von der Praxis gestellten Anforderungen nicht gerecht. Jhering selbst hat dies später erkannt. Sieht man Jhering im „Geist des römischen Rechts“ entwickelte naturhistorische Methode im Lichte seiner späteren Werke, insbesondere des „Zwecks im Recht“, erscheinen seine methodischen Prinzipien nur noch als Mittel zur Umsetzung der verfolgten Zwecke.

2. DER KAMPF UMS RECHT (1872)

Jherings zweites Hauptwerk, „Der Kampf ums Recht“, ging aus seiner umjubelten Wiener Abschiedsrede im Frühling 1872 hervor. Zeitlich und inhaltlich steht es zwischen seinem „Geist des römischen Rechts“ und dem Spätwerk „Der Zweck im Recht“.⁶⁴ Auf dem Weg von der Begriffs- zur Interessenjurisprudenz ist „Der Kampf ums Recht“ in Jherings rechtstheo-

61 Vgl. in diesem Sinne: *Hommel* (Fn. 28), S. 107.

62 *Hommel* (Fn. 28), S. 111.

63 Jhering, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 2, Teil 2, § 41 S. 388 f.: „So öffnet sich denn der Wissenschaft im System ein unabsehbares Gebiet der Thätigkeit, ein unerschöpfliches Feld des Forschens und Entdeckens und einer Quelle des reichsten intellektuellen Genusses. Nicht die engen Schranken des positiven Gesetzes bezeichnen ihr hier die Gränzmarken ihres Reiches, nicht die unmittelbar praktischen Fragen die Pfade, die sie zu wandeln hat. Frei und ungehindert, wie in der Philosophie, kann der Gedanke hier schweifen und forschen und dennoch sicher gegen die Gefahr sich zu verlieren. Denn die praktische Natur der Welt, in die er sich versetzt findet, lenkt ihn immer wieder zu den realen Dingen zurück.“

64 *Klenner* (Fn. 7), S. 440.

retischem Entwicklungsprozess auf halbem Weg angesiedelt. Er bildet den Abschluss der von Unentschlossenheit und Zweifeln geprägten Phase, die sich in der Veröffentlichung seiner anonymen Briefe zwischen 1861 und 1866 spiegelte. „Der Zweck im Recht“ konnte einen ungeahnt spektakulären Erfolg feiern. Mit mehr als 50 verschiedenen Übersetzungen erlangte er auch international außerordentliche Anerkennung.⁶⁵

Zentraler Gedanke des Werkes ist der Kampf als Wesensmerkmal jeder Rechtsverwirklichung.⁶⁶ Das Recht sei immer das Ergebnis eines auf die Verteidigung von Interessen gerichteten Willens. Zwangsläufig stoße das Recht daher auf den Widerstand der Vertreter des entgegengesetzten Interesses. Das Interesse, das aus diesem Konflikt als Sieger hervorgehe, begründe letztlich das Recht. Jeder Rechtssetzungsprozess stellt sich demnach als das „Diktat eines Siegers“ oder doch jedenfalls als „Kompromiss nach voraufgegangenem sozialem Interessenkampf“ dar. Objektive und subjektive Rechte sind dadurch verbunden, dass sie beide im Dienst realer Interessen entstehen. *Jhering* sieht in seinem „Kampf ums Recht“ das Rechtsleben geprägt durch Interessengegensätze und die hieraus entstehenden Spannungen. Das Recht ist das Ergebnis der ausgefochtenen Konflikte zwischen den Interessen. Der Kampf um das eigene Recht soll dabei seine Rechtfertigung in der „Persönlichkeit“ der einzelnen Individuen finden.⁶⁷ Das zeige sich nicht zuletzt daran, dass die Bereitschaft, um sein Recht zu kämpfen, vor allem von der Überzeugung, im Recht zu sein, bestimmt werde. Freilich seien auch – aber eben nicht in erster Linie – die Erfolgsaussichten für die Entscheidung, um ein Recht zu kämpfen, von Bedeutung.

Der Kampf um das Recht ist nach *Jhering* jedoch nicht nur das Recht jedes Bürgers, der seine eigene Interessenposition behaupten will. Er sieht zugleich eine Pflicht der Bürger, um ihr Recht zu kämpfen. Nur auf diesem Weg ließe sich die Rechtsordnung bewahren. Auch die Ausübung subjektiver Rechte steht danach letztlich im Dienste der Gesellschaft. Schon früh ist diese Konsequenz des Rechtskampfs auf Kritik gestoßen. Kein geringerer als *Otto von Gierke* wandte ein, die Ausübung der eigenen Rechte könne nicht uneingeschränkt als Pflicht angesehen werden. Es gebe Konstellationen, in denen es gerade der sittlichen Pflicht entspreche, ein von der Rechtsordnung vorgesehene Recht nicht auszuüben.⁶⁸

65 *Klenner* (Fn. 7), S. 437.

66 Vgl. hierzu: *Wolf* (Fn. 2), S. 646 ff.

67 *Wolf* (Fn. 2), S. 647.

68 *Gierke*, Deutsches Privatrecht I, S. 319, Anm. 1.

3. DER ZWECK IM RECHT (1877/1884)

In seinem Spätwerk „Der Zweck im Recht“ vollzog *Jhering* eine spektakuläre Wendung. In augenfälligem Widerspruch zu seiner früheren These, aus den Rechtsbegriffen ließen sich selbstständig neue Begriffe konstruieren und damit ein in sich abgeschlossenes und schlüssiges Rechtssystem entwickeln, stellt er nunmehr den Zweck in den Mittelpunkt seiner Rechtstheorie. Die neue Kernaussage lautet: „Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts“. Zwar wird eine juristisch-begriffliche Konstruktion damit nicht überflüssig. Die Perspektive ist indes eine grundlegend andere. Erschien im ersten Band des „Geist des römischen Rechts“ noch der Begriff als selbstständiges produktives Element des Rechtssystems, wird er nun von *Jhering* nur noch als Mittel zum Zweck eingesetzt. Das reale Leben bestimmt das Recht, in dem es die maßgeblichen Zwecke vorgibt. Durch die begrifflich präzise Fassung und konstruktive Ordnung wird es nur handhabbar gemacht.

Wendet sich *Jhering* in seinem Spätwerk völlig den hinter dem Recht stehende Zwecken zu, so vermeidet er doch eine Bewertung der einzelnen Zwecke. Seine Absicht ist nicht die Begründung einer eigenen Rechtsphilosophie.⁶⁹ Ob ein Zweck als billigenswert erscheint, ist für *Jherings* theoretische Überlegungen nicht von Interessen. *Jhering* legt den Schwerpunkt vielmehr auf die faktische Bedeutung der Zwecke für die Entstehung von Recht. Der Zweck stellt dabei nicht einen übergeordneten Maßstab, der von zeitlichen Strömungen unabhängig wäre, dar, sondern ergibt sich vielmehr aus der jeweiligen Situation. Keineswegs sollte damit jeder bestehende oder tatsächliche verfolgte Zweck gebilligt werden. Politische Konsequenzen seiner Thesen lagen *Jhering* völlig fern.⁷⁰ So scheute er auch vor einer Mitarbeit an Gesetzgebungskommissionen zurück.⁷¹ Sein Bereich war das Privatrecht, in dem er in den hinter rechtlichen Lösungen stehenden Zwecken den Spiegel des alltäglichen Lebens, des Geschäftsverkehrs und seiner beherrschenden, von Vernunft geleiteten Prinzipien erblickte.

Die weit gefasste Ausrichtung des „Zwecks im Recht“ hat zu zahlreichen Missverständnissen und Unklarheiten geführt.⁷² Richtig verstanden ist das Werk nicht als abschließende Darstellung eines Rechtssystems zu verstehen. Es öffnet vielmehr den nachfolgenden Juristen die Tür zu einer zweckorientierten Betrachtung des Rechts. Gleichzeitig vollzieht *Jhering* die Abkehr von der früher von ihm vertretenen reinen Begriffsjurisprudenz.

69 Wolf (Fn. 2), S. 650 f.

70 Wolf (Fn. 2), S. 650.

71 Wolf (Fn. 2), S. 655 f.

72 Vgl. Wolf (Fn. 22), S. 651.

V. EINZELNE RECHTSINSTITUTE

Jherings Einfluss auf die Rechtswissenschaft unserer Zeit beschränkt sich nicht auf seine großen rechtstheoretischen Werke und die Auswirkungen, die sie auf unser Rechtsdenken haben. Allen voran durch die Aufsätze in seinen Jahrbüchern hat er immer wieder Einfluss auf die Herausbildung und Weiterentwicklung einzelner Rechtsinstitute genommen. Im Folgenden können nur einige wenige Bereiche herausgegriffen werden, in denen *Jherings* Wirken bis heute besonders eindrucksvoll zu erkennen ist.

1. „CULPA IN CONTRAHENDO“⁷³

a. Irrtum beim Vertragsabschluss

Das Rechtsinstitut, das wohl am stärksten mit dem Namen *Jherings* verbunden wird, ist das Verschulden bei Vertragsverhandlungen („culpa in contrahendo“). Man kann die „culpa in contrahendo“ als *Jherings* Erfindung, sein Rechtsinstitut, seine juristische Entdeckung sehen.⁷⁴ *Jhering* legte den Grundstein für die „culpa in contrahendo“ in einem Aufsatz in seinen Jahrbüchern im Jahre 1861. Er erkannte die Bedeutung des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen für die moderne, sich wandelnde Wirtschaft und schuf erstmals eine sichere dogmatische Grundlage. Im weitesten Sinne befasst sich die „culpa in contrahendo“ mit den Folgen, die aus einem schuldhaften Fehlverhalten im Vorfeld eines Vertragsabschlusses ergeben. Die Anwendung der „culpa in contrahendo“ auf einen derart weiten Bereich hat sich indes erst mit der Zeit entwickelt.

Jhering bezog seine Überlegungen vor allem auf das Problem, ob bei einem Irrtum bei einem Geschäftsabschluss der irrende Teil der anderen Seite Schadensersatz zu leisten hat. Der Vertrag war nach römischem Recht nichtig. *Jhering* stellt sich die Frage, wer die Kosten für Aufwendungen, etwa Verpackungs- und Versandkosten, die in Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss stehen, zu tragen habe.⁷⁵ Noch *Savigny* hatte mit Blick auf das Fehlen eines Vertrages einen Schadensersatzanspruch abgelehnt. Die Problematik erkannt hatte indes bereits *Richelmann*, auf den *Jhering* mit seinen Überlegungen Bezug nimmt. *Richelmann* hatte sich schon 1837 mit dem „Einfluss des Irrtums auf Verträge“ auseinandergesetzt.

73 *Jhering*, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, *Jherings Jahrbücher* 4 (1861), S. 1 ff.

74 Vgl. *Diederichsen*, *Jherings Rechtsinstitute im deutschen Privatrecht der Gegenwart*, in *Jherings Rechtsdenken* (1996), S. 175, 195 ff.

75 *Diederichsen* (Fn. 74), S. 195.

setzt. Gleichwohl gilt *Jhering* mit Recht als Entdecker der „culpa in contrahendo“. Erst *Jhering* erfand den Namen für das Rechtsinstitut, das heute allzu oft einfach als „c.i.c.“ bezeichnet wird. Erst der Ausdruck „culpa in contrahendo“ erfasste das Rechtsproblem treffend und griffig. Zugleich lässt sich schon aus dem Namen die dogmatische Natur des Rechtsinstituts ableiten.⁷⁶ Es geht um die Folgen eines Verschuldens („culpa“) im Vorfeld eines Vertragsabschlusses („in contrahendo“) und eben nicht erst nach Abschluss eines wirksamen Vertrages. Zudem gelang es erstmals *Jhering*, eine sorgfältig durchdachte und überzeugende Dogmatik zur Herleitung von Rechtsfolgen aus der bloßen Anbahnung eines Vertrages zu entwickeln.

b. Verletzung von Schutzpflichten

Das praktische Bedürfnis für eine Haftung aus vorvertraglichem Verschulden verhalf der „culpa in contrahendo“ rasch zum Durchbruch. Eine nicht zu unterschätzende Rolle spielte dabei, dass Verträge zunehmend aus der Entfernung, etwa unter Verwendung von Telegraphen⁷⁷, abgeschlossen wurden. In dem von *Jhering* als Kernbereich der „culpa in contrahendo“ gesehenen Feld der Irrtümer beim Vertragsabschluss, fand seine Lehre bereits 1900 Eingang in die Regelungen des BGB. So entspricht insbesondere der Ersatz des negativen Interesses bei einer unbeabsichtigter Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung (in erster Linie also in den Irrtumsfällen) *Jherings* Überlegungen (vgl. § 122 BGB).

Mittlerweile hat sich die „culpa in contrahendo“ darüber hinaus zu einer vertragsunabhängigen Haftung für Aufklärungs-, Obhuts-, und Sorgfaltspflichten entwickelt.⁷⁸ Es hat sich in der gerichtlichen Praxis gezeigt, dass die Risiken, die in Zusammenhang mit der Anbahnung eines Vertrages entstehen, weit vielfältiger sind, als ursprünglich angenommen. Erst mit der Schuldrechtsreform, die mit Beginn des Jahres 2002 in Kraft trat, wurde hierfür eine gesetzliche Grundlage in § 311 Abs. 2 BGB geschaffen. Ein Schuldverhältnis kann danach bereits durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, die Anbahnung eines Vertrages, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm anvertraut oder durch ähnliche geschäftliche Kontakte geschaffen werden. *Jhering* mag diese weitreichenden

76 *Diederichsen* (Fn. 74), S. 196 f.

77 Die Bedeutung der Telegraphie hatte auch *Jhering* erkannt. Vgl. *Diederichsen* (Fn. 74), S. 197.

78 *Diederichsen* (Fn. 74), S. 196 f.

Folgen nicht vorausgesehen haben. Sie stellen jedoch einen Beleg für sein innovatives Rechtsdenken und dessen Fortwirken bis in unsere Zeit dar.

2. ÜBEREIGNUNG DURCH ABTRETUNG DES HERAUSGABEANSPRUCHS⁷⁹

Jherings wegweisender Aufsatz über die Übertragung der „rei vindicatio“ – also des sachenrechtlichen Herausgabeanspruchs des Eigentümers – auf den Nichteigentümer findet sich im ersten Band seiner Jahrbücher.⁸⁰ Die Möglichkeit, das Eigentum an einer beweglichen Sache, die ein Dritter im Besitz hat, durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs zu bewirken, ist seit der Einführung des BGB in dessen § 931 gesetzlich fest verankert. Im römischen Recht war demgegenüber eine derartige Durchbrechung des Traditionsprinzips, nicht vorgesehen. Danach setzte die Übereignung einer beweglichen Sache deren Übergabe an den neuen Eigentümer voraus. Im BGB ist dieser Weg der Eigentumsübertragung in § 929 S. 1 BGB als Grundform vorgesehen. Die Übertragung kann aber nach § 931 BGB durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs ersetzt werden. Bereits im gemeinen Recht war dies möglich. Allerdings bestand der Unterschied, dass der Empfänger der Abtretung (Zessionar) erst zum vollgültigen Eigentümer wurde, wenn er den Besitz an der Sache erlangte.

Jhering knüpft bei der auch schon im römischen Recht bestehenden Konstruktion an, durch die Übertragung der „rei vindicatio“ das aus dem Eigentum folgende Klagerecht zu übertragen. Das Eigentum selbst bleibt dabei jedoch bei dem bisherigen Berechtigten. Lediglich die Befugnis, die Herausgabe des Besitzes zu verlangen, wird übertragen. *Jhering* leitet seine ergänzenden Überlegungen aus dem handelsrechtlichen Bereich ab. Er sieht eine Parallele zur Übertragung eines Konnossements. Das Konnossement soll im Rechtsverkehr die Ware ersetzen. Der Empfänger eines Konnossements wird berechtigt, über die Ware zu verfügen. Das Konnossement bildet damit eine Möglichkeit, die reelle Übertragung einer Sache durch ein juristisches Mittel zu ersetzen.⁸¹ *Jhering* will die Funktionsweise des Konnossements über den engen Anwendungsbereich des Handelsrechts hinaus ausdehnen. Ganz allgemein soll durch die Übertragung des Herausgabeanspruchs, also durch Abtretung der „rei vindicatio“ die Verfügungsbefugnis über die Sache auf den Abtretungsempfänger übergehen. Nach *Jherings* Auffassung bleiben dem bisherigen Eigentümer freilich in

79 Vgl. hierzu: *Diederichsen* (Fn. 74), S. 180 ff.

80 *Jhering*, Übertragung der Reivindicatio auf Nichteigentümer (Cession derselben, reiv. Utilis, Connossement), *Jherings* Jahrbücher Band 1 (1857), S. 101 ff.

81 *Diederichsen* (Fn. 74), S. 181.

Einzelfällen Rechte aus dem Eigentum gegen Dritte erhalten. Dies erforderte die konstruktive Verankerung des Rechtsinstituts, die *Jhering* nach wie vor im römischen Recht sah.⁸² Die Rechte des bisherigen Eigentümer stehen jedoch in jedem Fall insoweit zurück, als zu einer Kollision mit den Interessen des Abtretungsempfängers (Zessionar) kommt. Zu denken ist hier vor allem an eine Situation in der der bisherige Eigentümer und der Zessionar von einem Dritten, der sich im Besitz der Sache befindet, diese herausverlangen. Das Recht des bisherigen Eigentümers kann sich in dieser Konstellation nicht durchsetzen.

Jherings Verdienst liegt darin, den eigentumsrechtlichen Herausgabeanspruch (die Vindikation) mit der Abtretung (der Zession) in Verbindung gebracht zu haben. Zwar unterscheidet sich das Modell *Jherings* noch deutlich von der eigenständigen Form der Eigentumsübertragung durch Abtretung der Herausgabeansprüche nach § 931 BGB. Die Grundlagen sind indes bei *Jhering* bereits gelegt. Die bahnbrechende Neuerung stellt dabei die gedankliche Kombination von Zession und Vindikation dar.⁸³ *Jhering* erkannte das Bedürfnis des Geschäftsverkehrs nach einer flexibleren Form der Eigentumsübertragung auch jenseits des engen Bereichs des Handelsrechts. Dem trug er durch die Verallgemeinerung der zum Konnossement entwickelten Grundsätze Rechnung. Einmal mehr erweist sich *Jhering* damit als Wegbereiter für unser heutiges Rechtsleben.

3. RECHTSWIDRIGKEIT UND SCHULD

Eine weitere bedeutende rechtsdogmatische Leistung *Jherings*, die bis heute fortwirkt, liegt in seiner Differenzierung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld.⁸⁴ Seine Wirkung reicht dabei im Zusammenhang seiner Auseinandersetzung mit dem Verschuldensprinzip über den Bereich des Zivilrechts hinaus bis ins Strafrecht.⁸⁵ *Jhering* unterscheidet zwischen einem unrechtmäßigen Zustand als objektivem Unrecht – der Rechtswidrigkeit – und einer individuell vorwerfbaren Handlung als subjektivem Unrecht – der Schuld. Auf der Rechtsfolgenseite stehe dem der Anspruch auf Aufhebung des unrechtmäßigen Zustandes einerseits und auf Schadensersatz andererseits entgegen. Während sich die Wiederherstellung rechtmäßiger Verhältnisse bereits aus der „Idee der Gerechtigkeit“ ableite, lasse sich der

82 *Diederichsen* (Fn. 74), S. 181.

83 *Diederichsen* (Fn. 74), S. 181 f.

84 *Jhering*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, in Festschrift für den Strafrechtler *Birnbaum* (1867); ebenfalls abgedruckt in: *Vermischte Schriften*, 1879, S. 155 ff.; Vgl. hierzu: *Diederichsen* (Fn. 72), S. 194 f.

85 *Baratta*, Über *Jherings* Bedeutung für die Strafrechtswissenschaft, in *Jherings* *Erbe* (1970), S. 17 ff.

weiter reichende Schadensersatz nur im Falle einer persönlichen Vorwerfbarkeit rechtfertigen. „Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld.“⁸⁶ Voraussetzung sei eine innere Beziehung des Ersatzpflichtigen zum Schaden. Diese innere Beziehung findet *Jhering* in der Schuld.

Als Beispiel führt *Jhering* das Verhältnis eines nichtberechtigten Besitzers zum Eigentümer an.⁸⁷ Ist der nichtberechtigte Besitzer redlich, befindet er sich also in gutem Glauben an sein Eigentum oder Besitzrecht, liegt nur ein objektiv unrechtmäßiger Zustand vor. Der redliche unberechtigte Besitzer befindet sich rechtswidrig im Besitz, ihm ist jedoch kein Verschulden anzulasten. Die Redlichkeit steht einem Schadensersatzanspruch daher entgegen. Hat der unberechtigte Besitzer die Sache indes durch einen Diebstahl erlangt, ist nicht nur objektives, sondern auch subjektives Unrecht gegeben. Der unberechtigte Besitzer hat hier schuldhaft gehandelt, weil er sich den Besitz bewusst im Widerspruch zur Rechtsordnung verschafft hat. Dem Eigentümer steht daher gegen den Dieb nicht nur ein Anspruch auf Herausgabe, sondern gegebenenfalls auch auf Schadensersatz zu.

Die Differenzierung zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld ist fester Bestandteil heutiger zivilrechtlicher wie auch strafrechtlicher Dogmatik. Manche Einzelheiten sind umstritten. So wird von Teilen der Lehre die Fahrlässigkeit nicht als Schuldform eingestuft, sondern in die Rechtswidrigkeit eingeordnet. Die Grundlegende Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Unrecht ist indes allen Auffassungen gemein.⁸⁸

4. DER REDLICHE BESITZER IM EIGENTÜMER-BESITZER-VERHÄLTNIS⁸⁹

In Jahre 1878 beschäftigte sich *Jhering* – wiederum in seinen Jahrbüchern – mit der Frage, ob der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet ist, nach deren Untergang dem Eigentümer derselben den erlösten Kaufpreis herauszugeben.⁹⁰ Nach *Jhering* besteht eine derartige Pflicht nicht. Mit dem Untergang des sachenrechtlich-lichen Herausgabeanspruchs („*rei vindicatio*“) bestünden keine Ansprüche

86 *Jhering* (Fn. 84), S. 199.

87 *Jhering* (Fn. 84), S. 159.

88 Vgl. *Diederichsen* (Fn. 74), S. 194 f.

89 *Jhering*, Ist der ehemalige gutgläubige Besitzer einer fremden Sache verpflichtet, nach dem Untergang den Eigentümer derselben den gelösten Kaufpreis herauszugeben, *Jherings Jahrbücher* 16 (1878), S. 230 ff.

90 *Jhering* (Fn. 89) S. 230 ff.

gegen den gutgläubigen Besitzer fort.⁹¹ Die entsprechende gesetzliche Regelung findet sich heute in § 993 Absatz 1 Halbsatz 2 BGB.

5. DIE SOZIALBINDUNG DES EIGENTUMS

Die aus dem Grundeigentum fließenden Befugnisse waren Gegenstand einer Arbeit *Jherings* aus dem Jahre 1863.⁹² Anders als beim Eigentum an beweglichen Sachen beschränkte sich das Grundeigentum nicht auf die Sache selbst. Auch der Luftraum über dem Grundstück sowie der Erdbereich unter ihm fielen unter die Befugnisse des Eigentümers. Andererseits werde das Grundeigentum jedoch durch die Rechte der Nachbarn beschränkt. Es bestehe ein Gebot der Rücksichtnahme auf deren Interessen. *Jhering* sprach damit ein Phänomen an, das heute unter dem Stichwort der Sozialbindung des Eigentums bekannt ist.⁹³

Am Beispiel des Nachbarschaftskonflikts verdeutlicht *Jhering*, dass die grundsätzlich unbeschränkten Befugnisse der Eigentümer, mit ihrer Sache nach Belieben zu verfahren, miteinander kollidieren. Zum Wesen des Grundeigentums zählt es, sowohl selbst Emissionen zu verursachen, als auch Immissionen vom eigenen Grundstück abzuwehren.⁹⁴ Der Interessenausgleich, den *Jhering* als Lösung des Konflikts befürwortet und der sich heute entsprechend in § 906 BGB findet, war nicht die eigentliche Neuerung. Neu ist jedoch die Einordnung in ein Gesamtkonzept, das von der „gesellschaftlichen Gestaltung des Eigentums“ ausgeht.⁹⁵ Einmal mehr erweist sich *Jhering* hier als wegweisend für die Rechtsentwicklung, für die die Sozialbindung des Eigentums heute etwas Selbstverständliches ist.

VI. BEDEUTUNG JHERINGS FÜR DAS HEUTIGE ZIVILRECHT

1. VERFECHTER DER BEGRIFFSJURISPRUDENZ

Die Begriffsjurisprudenz, die *Jherings* Wirken in seiner ersten Schaffensperiode prägte und die noch unter dem Einfluss der historischen Rechtsschule seiner Lehrer *Savigny* und *Puchta* stand, ist mittlerweile überwunden. Begriffe und Entscheidungen lassen sich nach modernem Rechtsverständnis – anders als *Jhering* im „Geist des römischen Rechts“

91 Vgl. hierzu: *Diederichsen* (Fn. 74), S. 185 f.

92 *Jhering*, Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentums im Interesse der Nachbarn, *Jherings Jahrbücher* 6 (1863), S. 81 ff.

93 *Diederichsen* (Fn. 74), S. 190 f.

94 *Diederichsen* (Fn. 74), S. 190.

95 *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Band 1, 2. Aufl. 1884, S. 466 ff.

meinte – nicht im Wege reiner logischer Deduktion und Subsumtion gewinnen.⁹⁶ Gleichwohl sind die von *Jhering* beschriebenen Strukturierungs- und Konstruktionsvorgänge sowohl für die äußere Ordnung des Rechtsstoffes als auch für das Verständnis der rechtlichen Zusammenhänge unerlässlich. Auch eine an Interessen orientierte, auf den Sinn des Gesetzes bedachte Rechtsanwendung kommt nicht ohne eine präzise Begriffsbildung aus. Die gedankliche Fassung von Rechtssätzen in Begriffen sichert die Verankerung jeder einzelnen Entscheidung im Gesamtsystem und macht damit eine interessenorientierte Jurisprudenz überhaupt erst möglich. Die hinter den Begriffen stehenden Wertungsgesichtspunkte dürfen dabei freilich nicht vernachlässigt werden. Bereits bei der Begriffsbildung sind Sinn und Zweck der Normen und Rechtsinstitute im Blick zu beachten.⁹⁷

Jherings Verdienst liegt mithin nicht zuletzt darin, schon mit seinen frühen Schriften, insbesondere dem unvollendeten „Geist des Rechts im römischen Recht“, den Blick auf die übergeordneten Prinzipien, die dem Recht zugrunde liegen, gelenkt zu haben. Die Rechtssätze werden bei *Jhering* nicht mehr primär in „römischer“ oder germanischer“ Tradition gesehen, sondern als allgemeine Grundsätze verstanden, die generelle Geltung beanspruchen können. Darin liegt zugleich eine Rückbesinnung auf die Grundsätze des Naturrechts.⁹⁸ Die Rechtswissenschaft wandte sich unter dem Einfluss *Jherings* wieder verstärkt dem Ziel einer Aufstellung von Rechtsgrundsätzen und Rechtszwecken zu. Von der historischen Rechtsschule vernachlässigte Bereiche erlebten einen neuen Aufschwung. rechtspolitische Überlegungen und Reformbestrebungen erlangten neue Bedeutung.⁹⁹

2. WEGBEREITER DER INTERESSENJURISPRUDENZ

Die Wirkung, die *Jherings* Werk auf unser heutiges Rechtsleben hat, liegt schließlich darin, das Bewusstsein der Juristen für die Bedeutung des Zwecks geschärft zu haben. Für das Rechtsleben hat *Jhering* einen Umbruch hin zu einer realistischeren Betrachtungsweise, die in seinem Gefolge das „Leben“ in den Mittelpunkt jeder Rechtsbetrachtung stellt, eingeleitet. Die Betrachtung des Rechts löste sich dabei zunehmend von Theologie und Philosophie.¹⁰⁰ Seine ersten rein formal orientierten Rechtskonstruktionen waren einerseits der Anlass für eine Besinnung auf die Methode der rechtswissenschaftlichen Begriffs- und Systembildung, andererseits

96 *Larenz*, (Fn. 19), S. 139.

97 *Larenz*, (Fn. 19), S. 140.

98 *Wolf* (Fn. 2), S. 634.

99 *Wolf* (Fn. 2), S. 634.

100 *Wolf* (Fn. 2), S. 652 f.

später aber auch abschreckendes Beispiel vor einer den Begriff zu sehr in den Mittelpunkt stellenden Dogmatik. Die Überspitzung der begrifflichen Methode im „Geist des römischen Rechts“, die *Jhering* noch vor dem Abschluss dieses Werkes selbst erkannte, half nachfolgenden Juristen, ähnliche Fehler zu vermeiden.¹⁰¹

Aber *Jhering* hat nicht nur an unserem heutigen Rechtsdenken erheblichen Anteil. Darüber hinaus finden sich zahlreiche seiner Entdeckungen heute als feste Bestandteile des deutschen Zivilrechts. *Jhering* wurde zwar – anders als sein Freund *Windscheid* – nicht in die Erste Kommission zur Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuches berufen. Gleichwohl übte er über die Veröffentlichung von Aufsätzen in seinen Jahrbüchern und seine sonstige Tätigkeit als rechtswissenschaftlicher Schriftsteller und Universitätslehrer Einfluss auf die Gesetzgebung aus.¹⁰² Eindrucksvolles Beispiel hierfür ist die Kodifizierung der „culpa in contrahendo“.

3. JHERINGS RECHTSFORTBILDUNG

a. Ökonomie des Rechts

Jherings Modell der juristischen Konstruktion stellt eine Methode der Rechtsfortbildung dar. Durch das Auffinden des abstrakten Gehalts der Rechtssätze sowie die anschließende Ausformung allgemeiner Regeln wird das bestehende Recht für neue, von ihm unmittelbar nicht erfasst Sachverhalte fruchtbar gemacht. Durch die Übertragung der gewonnenen allgemeinen Rechtsregeln auf gleich gelagerte Sachverhalte erlangt das Rechtssystem neue Flexibilität. *Jhering* setzt sich mit der Problematik der Rechtsfortbildung unter dem Stichwort „Scheingeschäft“ auseinander, das er im dritten Band des „Geist des römischen Rechts“ im Zusammenhang der juristischen Ökonomie erläutert. Die juristische Ökonomie sieht *Jhering* als die Kunst, mit den zur Verfügung stehenden rechtlichen Mitteln nach Möglichkeit auszukommen.¹⁰³

Die Rechtsfortbildung steht damit in *Jherings* Konzept in engem Zusammenhang zu den Umgehungsgeschäften.¹⁰⁴ *Jhering* unterscheidet zwei Arten von Umgehungsgeschäften. Einerseits können Umgehungsgeschäfte im Kontext der „Ökonomie des Rechts“¹⁰⁵ durchaus in positiver Wei-

101 *Hommes* (Fn. 28), S. 102.

102 *Wolf* (Fn. 2), S. 658.

103 *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 3, § 56, S. 243.

104 *K. Schmidt*, *Jherings Geist in der heutigen Rechtsfortbildung – Ein Streifzug durch den „Geist des römischen Rechts“ aus heutiger Sicht*, in *Jherings Rechtsdenken* (1996), S. 201, 215 f.

105 Hierzu: *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 3, § 56, S. 242 ff.

se rechtsfortbildend auf die Rechtsordnung einwirken. In anderer Form bilden die Umgehungsgeschäfte jedoch als „Schleichweg des Lebens“ eine Gefahr für die Rechtsordnung.¹⁰⁶ Jhering zählt es daher zu den Aufgaben des Gesetzgebers, seine Gesetze vor einer Umgehung durch die „Schleichwege des Rechts“ zu schützen.

b. Umgehungsgeschäfte

Die Funktion der Umgehungsgeschäfte ergibt sich aus einer näheren Betrachtung der von *Jhering* befürworteten juristischen Konstruktion. Die juristische Konstruktion kann sich danach in Form von sprachlichen Bildern, Scheingeschäften, Fiktionen und künstlichen Erweiterungen vollziehen.¹⁰⁷ Die Mittel der juristischen Konstruktion ordnet *Jhering* als „künstliche Mittel“ ein.¹⁰⁸ Er meint damit, dass sie einer Interpretation und Anwendung der Rechtssätze und Rechtsinstitute dienen, die deren eigentlichen Zweck zuwider laufen. Die Verwendung der Rechtssätze wird durch die „künstlichen Mittel“ über ihr „natürliches Leistungsvermögen, ihren eigentlichen Sinn und Zweck“ hinaus ausgedehnt.¹⁰⁹ Dienen die „künstlichen“ Mittel dabei unerlaubten Zwecken, bezeichnet *Jhering* sie als „die Schleichwege des Lebens“. Durch eine gewohnheitsrechtliche Verfestigung können indes auch die eigentlich zu missbilligenden „Schleichwege des Lebens“ zu rechtlich anerkannten „Scheingeschäften“ werden. Der gestaltenden Arbeit der Juristen ordnet *Jhering* hierbei eine entscheidende Rolle zu.¹¹⁰ Den „künstlichen Mitteln“ stellt *Jhering* die „einfachen Mittel“ gegenüber. Die „einfachen Mittel“ stehen nicht im Widerspruch zu Sinn und Zweck der verwendeten Rechtssätze und Rechtsinstitute.

c. Rechtsfortbildung und Begriffsjurisprudenz

Interessant an der Einteilung in „künstliche“ und „einfache“ Mittel erscheint vor allem, dass sich hierin bereits eine Lösung vom ursprünglich reinen Begriffsdenken zeigt. Gerade die Verwendung von Rechtsinstituten gegen ihren eigentlichen Sinn bedient sich häufig einer stark begrifflichen Argumentation. Erst mit einem Rückgriff auf die dahinter stehenden Interessen und Zwecke lässt sich eine Korrektur erreichen. *Jhering* sieht die wünschenswerte Ökonomie des Rechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft. Ein gutes Beispiel für deren produktiven Einfluss auf das Rechts-

106 *K. Schmidt* (Fn. 104), S. 215 f.

107 *Hommel* (Fn. 28), S. 105.

108 Vgl. *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 3, § 58, S. 277 ff.

109 *Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts* (Fn. 26), Band 3, § 55, S. 240.

110 *Hommel* (Fn. 28), S. 105 f.

leben kann in der Sicherungsübereignung, die sich als Form der Kreditsicherung im modernen Warenverkehr durchgesetzt hat, erblickt werden.¹¹¹ Da das deutsche Recht kein besitzloses Pfandrecht kennt, die Praxis aber eines besitzlosen Sicherungsrechts an beweglichen Sachen benötigte, bedient man sich hierzu des Instituts der Eigentumsübertragung durch Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses. Auf diesem Wege geht das Eigentum als Sicherheit an den Kreditgeber über, während der Kreditnehmer den Besitz und damit auch die Nutzungsmöglichkeit an der Sache behält. Diese Konstruktion bewegt sich mithin vollständig in den Bahnen der gesetzlich vorgegebenen Mittel. Es verwirklicht die Grundsätze der Ökonomie des Rechts geradezu mustergültig.

RUDOLF VON JHERING (1818–1892)
– ŽIVOT I DELO VELIKOG NEMAČKOG PRAVNIKA

Prof. dr dr dr h.c.mult. Michael Martinek

REZIME

1. Rudolf von Jhering, jedan od velikih nemačkih učitelja prava 19. veka, potekao je iz tradicije istorijske pravne škole čije težište beše bavljene recipiranim rimskim pravom. Jheringovi pravni učitelji behu Friedrich Carl von Savigny i Puchta, dvojica među najznačajnijim zastupnicima istorijske pravne škole.

2. U svojoj ranoj fazi Jhering je zastupao učenje pojmovne jurisprudencije. Pod tim valja razumeti pravnu nauku prvenstveno orijentisanu na jezičke pojmove. U središtu beše izvođenje apstraktnih pravnih principa iz postojećih pojedinačnih normi, kao i njihovo sređivanje u jedan sistematičan celovit koncept.

3. U „Duhu rimskog prava“, prvom od svojih glavnih dela, Jhering je razvio „prirodnoistorijsku metodu“ za dogmatsko razvijanje pojmova. Prvi korak je „analiza“ – sređivanje postojećeg pravnog materijala i njegovu ispitivanje sa stanovišta opštih principa. Sledeći korak je „koncentracija“ – nađena pravila svode se na osnovne principe. Tek u završnoj fazi – konstrukciji, pokušava se iz tog materijala izvesti apstraktne pravne ideje. Taj poslednji korak prave konstrukcije shvatao je Jhering tada kao vrhunsku tačku pravnog umeća.

4. U svojim poznijim delima Jhering se kritički odnosio prema učenju pojmovne jurisprudencije i svojoj „prirodnoistorijskoj metodi“. Spoznao je da se taj krajnje apstraktan način mišljenja u okviru jednog čisto pojmov-

111 K. Schmidt (Fn. 104), S. 215.

nog postupanja isuviše odvajajući od ekonomskih i društvenih datosti stvarnog života. Zato je u središte svog poznog opusa postavio cilj kao pokretač prava. Smatrao je da su potrebe života merodavne za pravnu regulativu. Pravo ima da se orijentiše po tim ciljevima. Jhering je time postao preteča interesne jurisprudencije. Ovo pravno učenje, koje deluje i danas, rukovodi se interesima strana učesnika, kako pri tumačenju postojećih pravnih pravila, tako i pri njihovom prenošenju i širenju. Pravni pojmovi pri tom služe samo još sistematskom obuhvatanju onih pravila za koje je spoznato da su ispravna. Jheringovo okretanje interesnoj jurisprudenciji manifestovalo se u njegovom poslednjem glavnom delu „Cilj u pravu“.

5. Treće Jheringovo glavno delo „Borba za pravo“ nastalo je između „Duha rimskog prava“ i „Cilja u pravu“. „Borba za pravo“ izazvala je izuzetnu međunarodnu pažnju i predstavlja Jheringov najrasprostranjeniji spis. Osnovni iskaz dela je teza da je borba bitno obeležje svakog ostvarivanja prava. Ostvarivanje prava po Jheringovom shvatanju svagda nailazi na otpor, jer predstavlja ostvarivanje interesa. To nužno vodi sukobu sa suprotstavljenim interesima. Jhering, s jedne strane, vidi pravo svakoga da svoje pravo ostvaruje u borbi. S druge strane, smatra da postoji obaveza da se to čini. Samo tim putem mogao bi da se afirmiše pravni poredak.

6. Od Jheringa potiču pojedini pravni instituti, koji su danas čvrst sastavni deo nemačkog civilnog prava. Najpoznatiji među njima je „culpa in contrahendo“. Jhering je razvio ne samo ime za to, nego i pravne osnove. „Culpa in contrahendo“ tiče se vrlo opsežnog područja nepravilnog postupanja pri pregovorima. Jhering je obrađivao pre svega problem naknade štete za izlišne izdatke kad je jedna strana bila u zabludi pri zaključenju ugovora, a ugovor je zato bio nevažeći. U međuvremenu je „culpa in contrahendo“, upotpunjena domenom predugovornih zaštitnih obaveza, u punom opsegu uređena u Nemačkom građanskom zakoniku.

7. Jedan dalji pravni institut, koji je tesno povezan sa Jheringom, jeste prenos svojine na pokretnoj stvari putem ustupanja vindikacionog zahteva (§ 931. Nemačkog građanskog zakonika). Njegova zasluga pri tome sastoji se u transponovanju principa koji važe za konosman iz privrednog prava na opšte civilističko područje. Tek time je postalo moguće kasnije razvijanje prenosa svojine putem ustupanja vindikacionog zahteva, što sam Jhering nije još učinio.

8. Značaj Jheringove teorije za razdvajanje protivpravnosti i krivice nadišao je civilno pravo i dobio važnost i u krivičnom pravu. Takođe se i socijalna vezanost svojine i zaštita savesnog držaoca u međusobnom odnosu vlasnika i držaoca, povodom vraćanja stvari vlasniku, ubrajaju u one teme kojima se već Jhering bavio i koje su i danas aktuelne.

9. Važnost Jheringa za današnji nemački pravni sistem ne da se svesti na pojedine pravne institute čije postojanje se zahvaljuje njemu. Mnogo veći uticaj ostvario je time što je otkrio problematiku pravnog mišljenja koje je čisto orijentisano na pojmove i što je otvorio put za pravnu nauku koja je orijentisana na interese. Osim toga, od uticaja je i dalje njegovo jasno pojmovno i pravnokonstruktivno mišljenje, koje je neophodno kao alat i za onu pravnu nauku koja je orijentisana na cilj.