Fälle aus der Rechtsgeschichte

Herausgegeben von

Dr. Ulrich Falk
o. Professor an der Universität Mannheim

Dr. Michele Luminati
o. Professor an der Universität Luzern

Dr. Matthias Schmoeckel
o. Professor an der Universität Bonn

15 11396/07
UNIVERSITÄT ZU KÖLN
INSTITUT
für
NEUERE PRIVATRECHTSGESCHICHTE
DEUTSCHE UND RHEINISCHE RECHTSGESCHICHTE
Y I 1007

Verlag C. H. Beck München 2008

Verlag C. H. Beck im Internet:
beck.de

ISBN 978 3 406 561900

© 2008 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck und Bindung: Nomos Verlagsgesellschaft
In den Lissen 12, 76547 Sinzheim

Satz: Druckerei C. H. Beck Nördlingen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Fall 16. Der Kölner Telegrafenfall

Hans-Peter Haferkamp

Vorbemerkung: Infolge Verschuldens des Telegrafenangestellten wird bei einem Auftrag „Kaufen" statt „Verkaufen" übermittelt. Da eine Haftung des Schuldigen wie der Telegrafengesellschaft ausscheidet: Wer muss für den Schaden aufkommen? Der hier vorgestellte Fall aus dem Jahr 1856 wurde in ganz Europa diskutiert und gilt bis heute als Ausgangspunkt der Debatten um eine culpa in contrahendo und den Streit um Willens- oder Erklärungstheorie. Die rechtshistorische Nachzeichnung dieser Debatten zeigt, wie bemerkenswert offen und ideenreich im 19. Jahrhundert über zivilrechtliche Grundfragen diskutiert wurde. Zudem können an diesem Beispiel Grundmuster der juristischen Argumentation gezeigt werden, die bis heute die Privatrechtswissenschaft prägen. Dies wird abschließend für drei Argumentationsmuster vertieft: (1) Wille oder Erklärung? (2) Willensfiktion oder Zurechnung? (3) Leben und Bedürfnisse des Rechtsverkehrs.

Insgesamt keine einfache Kost, geeignet für Studenten höherer Semester mit guten rechtshistorischen und zivilrechtsdogmatischen Kenntnissen, die Interesse daran haben, vertraute dogmatische Argumente auf ihre Traditionen und Prämissen zu befragen.

Gliederung: I. Urteilsauszüge; II. Zur Übermittlungs- und Wirkungsgeschichte; III. Das Rechtsproblem der Kölner Richter; IV. Zeitgenössische Reaktionen; 1. Der Haftungsausschluss; 2. Die Haftung des Auftraggebers für die Falschübermittlung durch den Boten; V. Ein Puzzlestein in einem großen Bild; 1. Wille und Erklärung; 2. System und Einzelfallgerechtigkeit; 3. Wirklichkeit und Wert.

Der Fall

I. Urteilsauszüge[1]

„Am 17. Jan 1856 wurde dem Handlungshause Isaac Weiller Söhne zu Frankfurt a./M. von der kgl. Telegraphen-Station daselbst folgende Depesche übergeben:
Nro. 119 28 Worte – Aufgegeben in Köln am 17. Januar 1856 9 Uhr 55 Minuten Vormittags. Angekommen in Frankfurt a./M. den 17. Januar 1856 1 Uhr 39 Minuten Nachmittags. J.J. Weiller Söhne Frankfurt a./M. Verkaufen Sie 1000 Stück österreichische Credit-Aktien bis 110.000 Gulden Berbach, Antwort telegraphisch
Oppenheim

Für die Richtigkeit der Abschrift
Kgl. Telegraphen-Station
gez. Henschel

In Folge dieser Ordre verkaufte Weiller nach seiner Behauptung sofort die fraglichen Papiere für Rechnung des Bank- und Handlungshauses Oppenheim ... Weiller zeigten dies der erhaltenen Weisung gemäß sofort, nämlich schon um 3 Uhr am 17. Jan. durch den Telegraphen in Köln an, erhielten aber um 7 Uhr von Oppenheim die Rückantwort, dass man von dem geschehenen Verkaufe keine Notiz nehme, indem der Auftrag auf kaufen gelautet habe. Es hat sich herausgestellt, dass Oppenheim bei der hiesigen Telegraphen-Station die Depesche in der Form zur Beförderung abgegeben hatte, dass dieselbe statt des Wortes verkaufen das Wort kaufen enthielt, dass aber in Frankfurt a./M. bei der Ausfertigung durch den Angestellten der Preuß. Station beide Ausdrücke verwechselt worden sind."

---

[1] Urtheil des Landgerichts zu Köln vom 29. Juli 1856, die Haftpflicht bei telegraphischen Briefen betreffend, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 19, 1859, S. 456ff. mit Anm. *Reyscher.*

Weiller kaufte nun die Aktien wieder zurück, es ergab sich ein Verlust von 67.198 Gulden oder 38.390 Thaler. Weiller klagt nun vor dem Landgericht Köln gegen Oppenheim auf Ersatz des Schadens.
Aus den Gründen des Urteils vom 29. Juli 1856:
„In Erwägung, daß ... aufgrund des unbestrittenen Irrthums von Seiten des verklagten Hauses, weil dieser Irrthum das Wesen der Sache, den eigentlichen Gegenstand des Vertrages betrifft ... die von ihm erhobene Einrede des mangelnden consensus genügt ... dass nunmehr das anderweite, in ein Verschulden des verklagten Hauses gestellte Fundament zu prüfen ist;
In Erwägung, dass die elektrisch-magnetische Telegraphie zur Zeit noch ein mehr oder weniger ungenaues und unzuverlässiges Verkehrsmittel bildet ... dass daher derjenige, welcher sich dieses unsicheren Mittels zu seiner Korrespondenz bedient ... sich die Folgen von eintretenden Störungen und Irrungen selbst zuschreiben und den Anderen dadurch verursachten Schaden ersetzen muß, Art. 1382 B. G. B.“

II. Zur Übermittlungs- und Wirkungsgeschichte

Als Rudolph von Jhering 1861 darauf hinwies, der Kölner Telegraphenfall habe inzwischen eine „gewisse Celebrität“ erlangt[2], übertrieb er nicht. Teilweise auch als „Frankfurter Telegrafenfall“ wurde das Kölner Urteil nicht nur in Deutschland, sondern auch in Frankreich und Italien zwischen 1859 und etwa 1890 bisweilen hitzig diskutiert. Im deutschsprachigen Raum nahmen neben Jhering fast alle Größen der deutschen und österreichischen Zivilrechtswissenschaft an der Debatte teil[3]. Die Entscheidung wird bis heute unter den Stichworten culpa in contrahendo sowie Willens- und Erklärungstheorie für die Entwicklung berühmter Basislehren des Privatrechts mitverantwortlich gemacht.

Fast wäre diese Entscheidung freilich gar nicht bekannt geworden. Das Kölner Gericht hatte auf eine Veröffentlichung offenbar verzichtet. In keiner der Urteilssammlungen zum Rheinischen, also Französischen Recht, unter dem das Gericht die Entscheidung getroffen hatte, tauchte das Urteil auf.

Es war mit August Ludwig Reyscher ein bekannter „Germanist“, der das Urteil 1859 mit einer Anmerkung veröffentlichte. Um ein eigentümlich deutsches Gegengewicht gegen die Vorherrschaft des von den „Romanisten“ verwalteten „heutigen römischen Rechts“ zu betonen, waren Germanisten besonders an Rechtsentwicklungen interessiert, die nicht von den „fremden“ Römern übernommen, sondern in Deutschland frei entwickelt worden waren. Reyscher teilte die Entscheidung in der Zeitschrift für Deutsches Recht und Deutsche Rechtswissenschaft mit. Rechtswissenschaftler entschieden im 19. Jahrhundert sehr bewusst, wo sie einen Text veröffentlichten. In einer von Schulbildungen geprägten Wissenschaftslandschaft waren die juristischen Fachzeitschriften zugleich ein Versammlungsort von Gleichgesinnten, der als „Kampfplatz ohne Schranken“[4] der Abgrenzung von anderen Gruppen diente. Der Ort der Veröffentlichung sagte also bereits etwas über den Inhalt des Beitrages aus. Reyscher betonte

---

[2] *Jhering*, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts [JherJb] 4 (1861), S. 1 ff., 6.

[3] Beiträge zu dieser Debatte lieferten etwa *Carl Josef Anton Mittermaier* (1787–1867), *Karl Friedrich Ferdinand Sintenis* (1804–1868), *Karl Adolf v. Vangerow* (1808–1870), *Friedrich Mommsen* (1818–1892), *Ernst Immanuel Bekker* (1827–1916), *Otto Bähr* (1817–1895), *Bernhard Windscheid* (1817–1892), *Ernst Zitelmann* (1852–1923), *Ferdinand Regelsberger* (1831–1911), *Josef Unger* (1828–1913), *Gustav Hartmann* (1835–1894) und *Heinrich Dernburg* (1829–1907).

[4] *Puchta*, Pandekten, 3. Aufl. 1845, S. 14 f. Anm. o).

mit seinem Veröffentlichungsort, dass er das Kölner Urteil als genuin „germanistisch" zuordnete.

Dies konnte nicht am Recht liegen, welches der Entscheidung zugrunde gelegen hatte. Das französische Recht galt üblicherweise nicht als germanistische Forschungshoheit.[5] Entscheidend für die Auswahl war vielmehr der Lebenssachverhalt. Reyscher versuchte mit seinem Beitrag in einer deutschrechtlichen Schulzeitschrift „eine neue wichtige Verkehrsanstalt in die Wissenschaft des gemeinen Rechts einzuführen",[6] das neue „Telegraphenrecht". Er fand in diesem Urteil „die einzige mir bekannte Entscheidung, welche hierher bezügliche Fragen zu lösen versuchte".[7] Germanisten nahmen sich neuer Rechtsprobleme an, um der Vorherrschaft römischer Einflüsse im älteren Recht neue „deutsche" Rechtsbereiche entgegenzusetzen. Damit nahm Reyscher als erster Wissenschaftler die neuen und drängenden Rechtsfragen auf. Die neue elektrische Telegrafie[8] hatte bereits ein Netz rechtlicher Bestimmungen mit sich gebracht, die nun ins Interesse der fachwissenschaftlichen Öffentlichkeit gerieten.

III. Das Rechtsproblem der Kölner Richter

Ohne einen Blick in die Sonderprobleme des Telegrafenrechts ist zunächst nicht ersichtlich, wieso der Fall in dieser Konstellation überhaupt entschieden werden musste. Unstreitig trug der Telegrafenbeamte Schuld an der fehlerhaften Übermittlung. Zwar konnte dieser nach preußischem Recht (ALR II 10, 75) auf Ansprüche gegen seinen Dienstherrn verweisen. Der Dienstherr, also Preußen, hätte aber eigentlich in diesem Fall haften müssen, sei es nach Preußischem, sei es auch nach Gemeinem[9] Recht. Preußen wie auch die anderen Territorien hatten sich einer solchen Haftung jedoch entzogen und gem. § 41 des „Reglements für die telegraphische Korrespondenz im deutsch-österreichischen Telegraphenvereine" im Jahre 1855 eine Haftung für Fehlübermittlungen von Telegrammen ausgeschlossen. Nur dies zwang Oppenheim und Weiller zum Prozess und führte zur interessanten Frage, wie der Schaden zwischen den beiden, auf den ersten Blick gleichermaßen schuldlosen Parteien, aufzuteilen war.

Zwei Haftungsarten standen im Raum: eine vertragliche oder eine deliktische Haftung. Das örtlich zuständige Kölner Gericht entschied nach klarer französischer Rechtslage. Oppenheim hatte über den Inhalt seiner Erklärung geirrt. Seine Erklärung war daher gem. Art. 1131 Cc[10] ohne Causa und unwirksam. Ein Vertrag war nicht zustande gekommen. Aus deliktischem Blickwinkel (Art. 1382 Cc[11]) fragte das Gericht nun gar nicht, ob Oppenheim sich das Verschulden des Telegrafenangestellten entge-

---

[5] Eine Ausnahme stellen die Versuche dar, das französische Gewohnheitsrecht, die coutumes, als germanisches Recht zu interpretieren, so bereits *Zöpfl*, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, 1841, S. 110ff.

[6] *Reyscher*, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft 19, 1859, S. 271.

[7] *Reyscher* (Fn. 6).

[8] Die elektrische Telegrafie begann in den fünfziger Jahren die ältere optische Telegrafie zu verdrängen. Nach einer ersten Versuchstrecke zwischen Potsdam und Sanssouci 1845, war erst 1849 zwischen Berlin und Frankfurt die erste Fernstrecke eingerichtet worden. Mit der Gründung des Deutsch-Österreichischen Telegrafenvereins im Jahr 1850 begann bald darauf der Anschluss an das französische und englische Telegrafennetz.

[9] Gemeines Recht war das in Deutschland teilweise subsidiär, teilweise unmittelbar geltende römische Recht in der Gestalt, die es seit dem Mittelalter gewonnen hatte, angereichert u. a. mit kirchlichem (kanonischem) Recht. Im überwiegenden Teil Preußens wurde das Gemeine Recht durch das Preußische Allgemeine Landrecht seit 1794 verdrängt.

[10] Art. 1131: L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

[11] Art. 1382: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

genhalten lassen müsse. Bereits die Verwendung des Telegrafen durch Oppenheim wurde als eine Gefährdung schutzwürdiger Rechtspositionen des Weiller interpretiert, also als Eigenverschulden. Fehler des Telegrafenpersonals seien besonders nahe liegend, wegen „der ungewöhnlichen Eile und Schnelligkeit, worauf dasselbe der Natur der Sache nach angewiesen ist".[12] Die Richter bezogen sich mit diesem Hinweis auf die besonderen Bedienungsanforderungen, die der in den 1840er Jahren in Preußen eingeführte „Morse'sche Schreibapparat" an den Telegraphenangestellten stellte. Geübte Telegrafisten waren mit diesem Gerät in der Lage, bis zu 100 Buchstaben pro Minute zu übertragen, womit das Irrtumsrisiko natürlich anstieg.

IV. Zeitgenössische Reaktionen

Zwei Rechtsfragen waren es, die die zeitgenössische Rechtswissenschaft an dem Fall interessierten.

1. Der Haftungsausschluss

Kritisiert wurde zunächst, dass die Haftungsausschlüsse, die wie Preußen auch die anderen Betreiber der Telegrafenanstalten vorgegeben hatten, nicht in der Form eines ordentlichen Gesetzes zustande gekommen waren. Vor allem fehlte es in konstitutionellen Staaten an der Zustimmung der Kammern. Weitergehend wurde dieser Ausschluss jedoch auch in seinem Gerechtigkeitsgehalt kritisiert. Im Gemeinen Recht wurde der Ausschluss der Haftung für dolus und culpa lata für unzulässig erachtet (vgl. heute abgeschwächt § 276 III BGB). Ähnlich hatte auch § 423 ADHGB für Eisenbahnen den Grundsatz aufgestellt, dass eine Schadensersatzhaftung durch Verträge und Reglements nicht ausgeschlossen werden dürfe.

2. Die Haftung des Auftraggebers für die Falschübermittlung durch den Boten

Hauptdiskussionspunkt wurde jedoch bald ein anderes Problem. Kam eine Haftung der Telegrafenanstalt nicht in Betracht, so war zu fragen, wer das Risiko der Falschübermittlung tragen sollte. Im Ergebnis entschied man sich recht bald dafür, dass Oppenheim haften sollte. Umstritten war, welcher Rechtsgrund hierfür vorlag.

Im Wesentlichen wurden drei Wege zur Lösung des Problems vorgeschlagen:

- Die Ausweitung des Deliktsrechts
- Die Konstruktion einer vertraglichen Haftung (Erklärungstheorie, richterliche Versagung des Irrtums, fingierter Garantievertrag)
- Die Lückenfeststellung mit der Folge eines eigenständigen dritten Haftungsweges (culpa in contrahendo).

Als Jhering 1861 diese Debatte lostrat, war ihm der Fall zunächst nur vom Hörensagen bekannt.[13] Damit entging ihm, dass die Kölner Richter hier das französische Deliktsrecht bemüht hatten. Jhering blickte auf das Problem aus gemeinrechtlicher Perspektive und damit aus einer gegenüber dem französischen Recht entscheidend veränderten dogmatischen Ausgangsposition. Das französische Recht hatte wie das frühere ALR und das spätere ABGB die antike (sog. aequilische) deliktische Haftung in naturrechtlicher Tradition weiter verstanden, als dies den antiken Quellen zu entnehmen war. Diese allgemeine Deliktsklage war infolge einer verstärkten Hinwendung zu den antiken Quellen im Gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts wieder reduziert

---

[12] Urtheil des Landgerichts zu Köln (Fn. 1), S. 466.

[13] *Jhering* (Fn. 2) hängte der Abhandlung einen Nachtrag an, in dem er auf S. 106ff. die Kölner Entscheidung besprach, allerdings ohne eine enge Verknüpfung mit seiner vorher entwickelten Theorie.

worden. Deliktisch kam danach nur im Fall der Sachbeschädigung ein Rechtsschutz in Betracht, das Vertrauen des Weiller in den Bestand des Vertrages wurde nicht geschützt, sein Vermögensschaden nicht ersetzt. Hier sah Jhering das Gerechtigkeitsdefizit. Zunächst bot es sich an, das Deliktsrecht auszuweiten und Fälle wie den vorliegenden mitzuerfassen. Auch Jhering hatte dies in einem vergleichbaren Fall zunächst erwogen.[14] Nun schlug er einen anderen Weg vor: Verstand man die Deliktsklage mit der zeitgenössisch herrschenden Meinung eng, dann forderten Gerechtigkeitsdefizite andere, kreativere Lösungen. Den Dogmatiker Jhering kennzeichnete eine gewisse Liebe zu dogmatischen Sackgassen, die er sich zuvor selbst geschaffen hatte. Wenn kein Vertrag vorlag und auch das Deliktsrecht nicht griff, ließ sich mit dem überkommenen Instrumentarium eine Haftung Oppenheimers nicht begründen. Nun war Raum für Kreativität. Jhering gewährte nun das negative Interesse infolge einer von ihm entwickelten culpa in contrahendo. Die deutsche Besonderheit einer „dritten Spur", einer Haftung zwischen Vertrag und Delikt, war geboren.

Wenig später stand diese Lösung im Zentrum einer Grundsatzdiskussion, die von der außergewöhnlichen Kreativität der damaligen Zivilrechtswissenschaft zeugt.

Dabei verlagerte sich die Debatte zunächst auf einen dritten Lösungsansatz: Warum nahm man nicht einfach trotz Irrtums einen Vertrag an? Eine solche Lösung berührte andere interessante Grundsatzfragen der Rechtsordnung. Oppenheim wollte keinen Vertrag mit dem Inhalt „Kaufen". Auch wollte er keine vertragliche Garantie für Fehler des Telegrafenbeamten übernehmen. Eine vertragliche Haftung konstruierte also einen Vertrag ohne Willen, die Privatautonomie war in ihrer Substanz betroffen. Es ergab sich eine berühmte Debatte: Zwischen Willens- und Erklärungstheorie wurde darüber diskutiert, ob der Wille und die Freiheit des Privatrechtssubjekts oder die Erklärung und das Vertrauen des Rechtsverkehrs höher zu bewerten waren. Dabei zeigte sich freilich, dass man mit „willenstheoretischen" Argumenten einen Vertrag vorliegend ebenso begründen konnte, wie mit „erklärungstheoretischen" Argumenten.

Otto Bähr setzte beim Irrtumsproblem an.[15] Indem er die Vertrauen schaffende Erklärungswirkung höher wertete als die Willensfreiheit des Erklärenden, kam er zur Wirksamkeit der Willenserklärung und damit des Vertrages. Weiller durfte also der falsch übermittelten Erklärung vertrauen, da die Erklärung dem Willen übergeordnet wurde. Bähr begründete dies mit einem höherwertigen Schutz der „Bedürfnisse des Rechtsverkehrs" als des Willens des Erklärenden. Ernst Zitelmann wollte nicht soweit gehen.[16] Er beließ es beim Grundsatz: Keine vertragliche Haftung ohne Willen und sprach sich bei Gerechtigkeitslücken für ein Recht des Richters aus, einen Irrtum im konkreten Einzelfall ausnahmsweise nicht anzuerkennen. Oppenheimers Einlassung, keinen Willen für einen Vertrag gehabt zu haben, konnte vom Richter also schlicht ignoriert werden. Ferdinand Regelsberger[17] und zunächst auch Bernhard Windscheid[18] nahmen einen fingierten Garantievertrag an, unterstellten also einen Willen – im Wissen darum, dass ein solcher gerade fehlte. Später kam Windscheid dann zu einer Wirksamkeit der Erklärung wegen Verstoßes gegen die bona fides, also gegen Treu und Glauben.[19] Eine neue Begründung ohne konstruierten Vertragsschluss legte 1891 Joseph Unger vor: Die Verwendung eines Telegrafen sei für den Erklärenden ein „Han-

---

[14] *Jhering*, JherJb 1 (1857), S. 273 ff., 280 ff.
[15] *Bähr*, JherJb 14 (1875), S. 393 ff.
[16] *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung, 1879.
[17] *Regelsberger*, Civilrechtliche Erörterungen. I. Die Vorverhandlungen bei Verträgen, 1868.
[18] *Windscheid*, AcP 63 (1880), S. 72 ff.
[19] *Windscheid* 2. Bd. § 307 Fn. 5.

deln auf eigene Gefahr".[20] Moderne Konzepte einer Gefährdungshaftung setzten hier an.

Die Einigkeit aller Beteiligten darüber, dass Oppenheim haften müsse, führte infolge nochmaliger Diskussionen auf dem 20. Deutschen Juristentag 1889 zur vermittelnden Lösung des BGB, derzufolge der Erklärende die Erklärung seines Boten gem. § 120 anfechten kann, jedoch gem. § 122 zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichtet bleibt. Jherings Verschuldenserfordernis wurde aufgegeben. Die französische Alternativlösung über das Deliktsrecht wurde zugleich durch die zweite Kommission versperrt, indem die zunächst nach französischem Vorbild vorgesehene große Generalklausel zugunsten des heutigen Systems der drei kleinen Generalklauseln (§§ 823 I und II und 826 BGB) aufgegeben wurde.

V. Ein Puzzlestein in einem großen Bild

Die Einführung der Telegrafie in Deutschland erhöhte somit den rechtlichen Problemdruck. Die Schadensträchtigkeit des neuen Kommunikationsmittels ließ es ratsam erscheinen, die Risikoverteilung bei der Verwendung eines Boten neu zu überdenken. Freilich vermag dies nur teilweise zu erklären, warum die Debatte derart engagiert geführt wurde. Wenn auch die Höhe der Einstandspflicht (positives oder negatives Interesse) variierte, so war doch Einigkeit bei nahezu allen Beteiligten darüber, dass Oppenheim haften solle. Nicht die Lösung des Falles war also der eigentliche Streitpunkt, sondern die Begründung dieser Lösung. Die vorgebrachten Argumente griffen über den Fall hinaus ins Grundsätzliche. Dies lädt dazu ein, die solchermaßen überschießende Bedeutung der vorgebrachten Argumente für die damaligen Diskutanten etwas genauer zu betrachten.

Was entschied darüber, welchen Begründungsweg man einschlug? Eine umfassende Antwort darauf wäre komplex und daher schwierig. Zu berücksichtigen wären die römische Quellenlage, wissenschaftstheoretische Prämissen, individuelle Vorbildungen und Vorlieben, das Gesprächsumfeld mit Zielvorgaben, vielleicht Denkverboten und anderes mehr. Nur drei Aspekte aus diesem Kriterienkatalog seien nachfolgend etwas näher betrachtet.

1. Wille und Erklärung

Der Kölner Fall gab Anlass, unter den Stichworten „Wille" oder „Erklärung" über die dogmatische Struktur der Willenserklärung nachzudenken. Diese Denkfigur war nicht Betätigungsfeld für dogmatische Denksportübungen, sondern hatte eine starke rechtspolitische Aufladung: Wer über die Willenserklärung sprach, sprach über die Privatautonomie, ja das Privatrecht schlechthin.

Indem man den Willen des Erklärenden als bindend, seinen Irrtum also als Nichtigkeitsgrund behandelte, hielt man am Konzept der „Willensmacht" als Ausgangspunkt des Privatrechts fest. Die ganze Vorstellung, es gebe einen Rechtsbereich, der nicht auf staatlicher Freiheitszuweisung, sondern auf der angeborenen Autonomie des Subjekts beruhe, war noch zu Beginn des 19. Jahrhunderts gegen die ständische Ungleichheit und den absoluten Staat ein wichtiges Argument. Man berief sich dafür, dass die menschliche Freiheit, nicht die staatliche Freiheitsgewährung den Ausgangspunkt des Privatrechts bildete, auf philosophische (Kant, Hegel) oder gar theologische Letztbegründungen:

[20] *Unger*, Handeln auf eigene Gefahr. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des deutschen Entwurfs, 1891, S. 21.

„Macht Euch die Erde unterthan" (Puchta).[21] In dieser Perspektive war die Begründung der Haftung von Oppenheim nicht ohne eine Anerkennung des Willens des Erklärenden möglich. Daher beharrten Juristen wie Zitelman darauf, dass nur als richterliche Durchbrechung im Einzelfall, nicht als Prinzip eine Haftung ohne Willen möglich sei. Den Willen thematisierte auch, wer wie Jhering am Verschuldenserfordernis festhielt oder wie Regelsberger doch wenigstens mit einer Willensfiktion arbeiten wollte.

Eine Abkehr von diesem Vorrang der Privatautonomie forderten gegen Ende des Jahrhunderts diejenigen, die nun „objektiv" zurechnen wollten und dem „Rechtsverkehr" anstelle des Privatsubjekts die Entscheidung über die Haftung zuschrieben. Dies spiegelte die zunehmende Skepsis wieder, mit der man nun der Vertragsfreiheit begegnete, nachdem im „Gründerkrach"[22] der 1870er Jahre das liberale Credo Schaden genommen und die soziale Frage überall als drängend empfunden wurde. Seit etwa 1880 bis weit nach 1945 fragte man im Privatrecht vor allem nach den Schranken jener Privatautonomie, die man zuvor mühsam erkämpft hatte. Vertragsfreiheit wurde nun primär (nach Roger Garaudy) als die Freiheit des ‚freien Fuchses im freien Hühnerstall' thematisiert. Nicht Freiheit als Chance, sondern Freiheit als Risiko für den schwächeren Marktteilnehmer, bestimmte das Privatrechtsdenken im 20. Jahrhundert. Nicht „frei", sondern „sozial" sollte das Privatrecht sein. Das in dieser Übergangsphase geformte BGB blieb in der Rechtswissenschaft bis in die Endphase des 20. Jahrhunderts als ein „spätgeborenes Kind des Liberalismus" (Franz Wieacker) ein ungeliebtes Gesetz.

2. System und Einzelfallgerechtigkeit

Angesichts der Einigkeit darüber, dass Oppenheim über den Inhalt der Erklärung geirrt hatte, wurde ein Vertragsschluss im Wesentlichen auf zwei Wegen erreicht: Entweder wurde so getan, als ob Oppenheim den Willen gehabt hätte, eine Garantie abzugeben. Ein in Wirklichkeit, wie alle wussten, nicht vorhandener Wille wurde also fingiert. Gegenmodell war die Feststellung, dass Oppenheim zwar keine Erklärung abgegeben habe, sich aber die Erklärungswirkung zurechnen lassen müsse. Fiktion oder Zurechnung waren also die zentralen methodischen Argumente für eine Haftung Oppenheims. Die Entscheidung zwischen *Willens*fiktion oder *Erklärungs*zurechnung reflektierte nicht nur, wie soeben gezeigt, Grundsatzpositionen rechtspolitischer Art, sondern war auch eine methodische Stellungnahme. Es fällt auf, dass die frühen Ansichten häufig einen fingierten (Garantie)vertrag annahmen und später vermehrt über Zurechnungsmodelle gearbeitet wurde – warum?

Auch mit diesen methodischen Vorentscheidungen agierten die Diskutanten in einem konkreten Gesprächsumfeld. Zunächst hatte sich die Fiktion als dogmatisches Handwerkszeug starker Beliebtheit erfreut. Wirkungsreich war 1814 vor allem Savigny für die Fiktion eingetreten. Er rühmte die allmähliche, völlig organische Entwicklung, die das antike römische Recht hierdurch genommen habe:[23] „Entsteht eine neue

---

[21] *Puchta,* Einleitung in das Recht der Kirche, 1840, S. 68. Zu diesen Zusammenhängen *Haferkamp,* in: Cancik/Henne/Ruppert/Simon/Vec, Konfession im Recht. Auf der Suche nach konfessionsgebundenen Denkmustern des 19. und 20. Jahrhunderts, erscheint 2007.

[22] In den 1860er Jahren setzte in Deutschland der sog. Gründerboom ein, dessen für die Psychologie des 1871 gegründeten Reiches wichtiger wirtschaftlicher Aufschwung bald von Spekulationsfieber begleitet wurde. Im Oktober 1873 kam es zu einem plötzlichen Kursverfall, der die wirtschaftliche Gesamtsituation deutlich verschlechterte und die Ersparnisse vieler „harmloser Bürger" vernichtete. Dieser „Gründerkrach" hinterließ im kollektiven Gedächtnis tiefe Spuren und begleitete die mit Vehemenz in den 1880er Jahren, also parallel zur BGB-Entstehung geführten Debatten um die „soziale Frage".

[23] *Savigny,* Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 32.

Rechtsform, so wird dieselbe unmittelbar an eine alte, bestehende angeknüpft, und ihr so die Bestimmtheit und Ausbildung derselben zugewendet." Die Fiktion habe den Römern die vollendete Herrschaft über ihren Stoff ermöglicht, die man heute so an ihnen bewundere.[24] Savigny ging es also um den Erhalt und die kontrollierte Fortentwicklung begrifflich-systematischer Zusammenhänge. In der Rechtsdogmatik ergaben sich mannigfaltige Anwendungsbereiche. Man löste das umstrittene Problem der Stellvertretung, indem man fingierte, dass die Handlung des Vertreters durch den Vertretenen selbst vorgenommen worden sei.[25] Vor Anerkennung der Universalsukzession löste man das Problem der ansonsten ja herrenlosen Erbschaft (hereditas iacens), indem der Erblasser als fortlebend fingiert wurde, bis der Erbe sein Recht antrat.

Derartige Fiktionen waren bald dem Spott ausgesetzt. Auch wenn Oskar Bülow 1879 betonte, Fiktionen gäben „aufs handgreiflichste zu erkennen, daß das, was der Richter sich vorstellen soll, nicht wahr sei",[26] wurde immer wieder die rechtliche Gleichstellung als tatsächliche Gleichstellung persifliert. Tatsächlich genommen glich Savignys juristische Person im Vergleich zur natürlichen einer, so Brinz, „Vogelscheuche".[27] Der als fortlebend fingierte Erblasser verwirklichte dann eine, so Jhering, „pythagoreische Seelenwanderung".[28] Diese im 19. Jahrhundert berühmten Scherze blieben jedoch an der Oberfläche des Problems.[29] Die gleichzubehandelnden Tatsachen waren ja gerade ungleich.

Problematischer war die Frage, wieso sie rechtlich gleichbehandelt werden sollten? Fiktionen konnten Wertungen nicht ersetzen. Warum waren sie dann so beliebt?

Ihr Vorteil lag in der engen Vernetzung mit dem vorhandenen Regelungsinstrumentarium. Angeknüpft wurde an Wertungszusammenhänge gleichermaßen wie an bereits bestehende technische Lösungsmodelle. Dies förderte Systemrationalität und bot damit ein zeitgenössisch gefordertes Mehr an Rechtssicherheit. Dies erklärt sich angesichts der Struktur des Gemeinen Rechts, also der Rechtsmaterie, anhand derer diese Fragen im 19. Jahrhundert diskutiert wurden. Das Gemeine Recht bestand zu Beginn des 19. Jahrhunderts aus einer Vermischung verschiedenster Rechtstexte. Ausgangspunkt waren zumeist Beispielsfälle, die römische Juristen mit ihren Rechtsansichten versehen hatten. Überlagert wurden diese durch seit dem Mittelalter angehäufte wissenschaftliche Versuche, diese Rechtsansichten zu widerspruchsfreien Rechtssätzen zu verdichten. Hinzu kam eine Fülle späterer Gutachten und Gerichtsentscheidungen sowie rechtlicher Einflüsse aus anderen Rechtsgebieten, wie dem Natur- und Kirchenrecht. Im Einzelnen war oft unklar und umstritten, was gelten sollte. Auch mangelte es nach Ansicht Savignys an einer inneren Wertungskonsistenz dieser Rechtsmasse. Durch „Reinigung" des Gemeinen Rechts von Rechtssätzen, die den Zeitumständen nicht mehr angemessen waren und durch die Herausarbeitung systematischer Zusammenhänge sollte, so Savigny in seinem Schulprogramm von 1814, eine anwendungssichere, nationale Dogmatik erarbeitet werden. Fiktionen ermöglichten es dabei, mit dem vorhandenen Instrumentarium bisher nicht geregelte Fälle zu erfassen, das Recht also auszuweiten, ohne seine Grundstruktur und seine Wertungszusammenhänge aufzugeben. Flexibilität wurde aus dem System heraus gewährt.

---

[24] *Savigny* (Fn. 23), S. 33.
[25] *Buchka,* Stellvertretung bei Verträgen, 1852, S. 202–206, 232, 237.
[26] *Bülow,* AcP 62 (1879), S. 1, 8.
[27] *Brinz* in der Vorrede zu seinen Pandekten, 1857, S. XI.
[28] *Jhering,* Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884, S. 11.
[29] Kritisch zum Bilde von Brinz bereits *Arndts,* Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft [KritVjSchr] 1 (1859), S. 94.

Es liegt auf der Hand, dass diese Vorteile nur solange hervorgehoben wurden, wie man an diesen rechtspolitischen Zielen festhielt. Empfindet man das Recht nicht als zu unsicher, sondern als zu sicher, verliert auch die Fiktion ihren methodischen Reiz. Lehnt man eine Fiktion ab, liegt eine Lücke vor. In diese Lücke können ganz eigenständige neue Lösungswege eingepasst werden.

Ganz deutlich wurde dieses Argumentationsmuster bereits bei Jhering, dessen neue Rechtsfigur wesentlich durch die Behauptung legitimiert wurde, das vorhandene Recht stelle keine Lösung bereit. Auch die Vertreter der Zurechnungsmodelle stellten dem Vertragsbegriff offen eine neue Haftungsform gegenüber. Um 1880 spiegelte diese scheinbar nur dogmatisch-methodische Debatte erneut eine andere Wirklichkeit. Seit 1874 arbeitete man auf das BGB zu. Die Dogmatik hatte, etwa in Ausprägung durch das berühmte Pandektenlehrbuch von Bernhard Windscheid, inzwischen trennscharfe Begrifflichkeit und weitgehend konsentierte systematische Zusammenhänge gebildet. Plötzlich empfand man in den sozialen Umwälzungen dieser Zeit Angst vor zuviel dogmatischer Bindung. Vielfach wurde nun auf mehr Richtermacht gesetzt, um den sich rapide wandelnden Bedürfnissen flexibler Rechnung zu tragen. Auch in der Rechtswissenschaft betonte man nun stärker die Lücken im Gesetz, um hier Flexibilität für neue Lösungen zu finden. In den 1880er Jahren suggerierte Kritik an Fiktionen daher, dass man auf der Seite der Modernisierer stand.

Dieses Muster wurde nach 1933 vielfach verstärkt. Mit dem Aufstieg des Nationalsozialismus stand eine zumeist junge nationalsozialistisch ausgerichtete Rechtswissenschaft vor dem Problem, mit dem alten, ungeliebten „liberalistischen" BGB weiterarbeiten zu müssen. Es begann ein „Methodenwettlauf" mit dem Ziel, den Rechtsanwendern Begründungstechniken zur Verfügung zu stellen, die es erlauben sollten, das BGB „anzuwenden" und gleichzeitig nationalsozialistische Wertungen umzusetzen, die dem BGB von 1900 fremd waren. Besondere Kritik erhielt dabei die Dichotomie im BGB zwischen Vertrag und Delikt. Man wollte neue Haftungsformen und Rechtsgeschäftstypen. Dabei ging es auch darum, die Privatautonomie einem Staatsvorrang zu unterwerfen. Die mit der Willensfiktion verbundene Vorstellung, es bleibe der Wille des Privatrechtssubjekts Grundlage der rechtlichen Bindung, wurde auf breiter Front abgelehnt.

Deutlich wurde der Argumentationsweg in Günter Haupts berühmter Antrittsvorlesung von 1941, mit der er die Lehre vom faktischen Vertrag begründete. Die Abkehr von der Konstruktion fingierter Willenserklärungen war für ihn ein Gebot der Würde des Rechtsanwenders. Man müsse „den Richter aus der unwürdigen Rolle befreien, daß er den Sachverhalt verfälschen muß, um zutreffend entscheiden zu können".[30] Haupts Mitgefühl mit dem Richter hatte nun ein klares Ergebnis: Die „Dinge in ihrer Wirklichkeit" sehen, bedeutete: Ohne Fiktion lagen keine Willenserklärungen vor. Kam eine deliktsrechtliche Lösung nicht in Betracht, galt: „Hier klafft eine Lücke im System des Bürgerlichen Gesetzbuches".[31] In diese Lücke treten nun seit Haupt eine Fülle konkurrierender Lösungsmuster, deren Gemeinsamkeit ist, dass es nicht auf den „inneren" Willen der Beteiligten, sondern auf eine „äußere" Handlung ankommt. Die Willenserklärung wurde im Arbeitsrecht ersetzt durch die „Eingliederung" in den Betrieb, im sonstigen Vertragsrecht durch den auf Haupt zurückgehenden „sozialen Kontakt",[32] wobei neuere Autoren meist enger von einem „geschäftlichen", „organisierten"[33] oder

---

[30] *Haupt,* FS Siber, 1943, S. 8.
[31] *Haupt* (Fn. 30), S. 11.
[32] *Haupt* (Fn. 30), S. 9ff.
[33] *Teubner,* in: Alternativkommentar zum BGB, Bd. 2, 1980, § 242 Rn. 58ff.

„finalen"[34] Kontakt sprechen. Fiktionslösungen wurden jetzt in vielen Bereichen durch Zurechnungslösungen ersetzt. Aus der stillschweigenden Bevollmächtigung wurde die Rechtsscheinsvollmacht,[35] aus dem fingierten Verzicht wurde die Verwirkung,[36] die culpa in contrahendo wurde vom fingierten Schutzpflichtvertrag[37] zum gesetzlichen Schuldverhältnis mit inzwischen fast universellem Einsatzbereich.[38] Fiktion oder Lücke, ein unscheinbares methodisches Argumentationspaar spiegelte also auch im 20. Jahrhundert viel Kontext. Hinter dem Vorwurf, Fiktionen würden Wertungen verschleiern („Methodenehrlichkeit"), verbarg sich der Ruf nach Befreiung von einem ungeliebten Gesetz, hin zu freier, kreativer Dogmatik und Richterrecht.

3. Wirklichkeit und Wert

Zentrales Argument der Vertreter von Zurechnungsmodellen waren die „Bedürfnisse des Verkehrs". Man gab sich also lebensnah, erfahren in den Bedürfnissen der Praxis. Hinterfragt man diese Positionen, so zeigt sich, dass die starken Berufungen auf die „Wirklichkeit", das „Leben", die „Bedürfnisse" Empirie nur rhetorisch nutzten, aber nicht wissenschaftlich untersuchten. Diese Wirklichkeit war mehr „gefühlt" als „erkannt". Dieses Vorgehen war nicht untypisch. Auch das zentrale Argument, die neue Technik der Telegrafie sei außergewöhnlich schadensanfällig, was eine besondere Verantwortung des Erklärenden nach sich ziehe, wurde nicht auf technische Untersuchungen gestützt. Reyscher hatte gemeint, „es ist dies eine technische Frage, worüber im Grund die Sachverständigen, nicht die Rechtsgelehrten zu entscheiden haben"[39] – um dann freilich seine gesamte Argumentation auch ohne Befragung der Sachverständigen auf einer Schadensneigung aufzubauen.

Die Neigung der Juristen, Wirklichkeit ungeprüft zu behaupten, fand bei Zeitgenossen schon vor dem Aufstieg der modernen Rechtssoziologie Kritik. So hatte 1843 Georg Beseler gefordert, man müsse dem Leben „nach Art eines Naturforschers"[40] auf die Spur kommen. Früh waren auch schon die später im sog. Werturteilsstreit der Soziologie diskutierten Probleme um wertungsfreie Wirklichkeitserfassung bekannt. Anschauungen ohne Begriffe sind blind, hatte schon Kant gesagt. Diese Unsicherheiten erklären jedoch nicht die scharfe Polemik, mit der etwa Jhering alle Versuche einer empirischen Analyse als bloßes „Zählen" und „Handwerker-Positivismus" ablehnte. Wenn er stattdessen den Blick in die „Ursubstanz von Ideen, Anschauungen, Erwägungen, Zwecken" forderte,[41] wurde deutlich, worum es ging: Nicht um Wirklichkeit, sondern um in der Wirklichkeit verborgene Werte. Zuständig hierfür sollten die Juristen sein. Man argumentierte in Teilhabe an der Wertegemeinschaft und war zugleich zuständig für den Ausspruch der hier verborgenen Wahrheit. Savigny hatte dazu aufgerufen, den „gegenwärtigen Zustand des Rechts allmählich von demjenigen zu reinigen, was ... ohne alles wahrhaft praktische Bedürfnis, hervorgebracht worden ist".[42]

---

[34] *Picker,* JZ 1987, S. 1041 ff.

[35] Vgl. zur alten Rechtsprechung *Krause,* Das Schweigen im Rechtsverkehr, 1933, S. 22 ff.

[36] Vgl. *Bommel,* Die Entstehung der Verwirkungslehre in der Krise des Positivismus, 1992, S. 21 ff., 67 ff.

[37] Im Anschluss an *Planck/Siber,* Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. II/1, 4. Aufl. 1911, Vorb. I 4 zu §§ 275 ff.

[38] Vgl. *Lambrecht,* Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, 1994, S. 30 ff.

[39] *Reyscher* (Fn. 6), S. 472.

[40] *Beseler,* Volksrecht und Juristenrecht, 1843, S. 58, 109.

[41] *Jhering,* Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Bd., 1865, S. 315.

[42] *Savigny* (Fn. 23), S. 119.

Der einzige Weg hierzu war ihm „reiner, unbefangener Wahrheitssinn".[43] Sein Schüler Georg Friedrich Puchta sprach von einem „natürlichen Gefühl der Billigkeit, welchem der Jurist ... das Gehör nicht versagen darf".[44]

Hinter den Berufungen auf „Wirklichkeit", „Verkehr" und „Bedürfnisse" wurden in diesem Sinne eher schlichte Gerechtigkeitsbehauptungen sichtbar, die an den gesunden Menschenverstand oder das Rechtsgefühl appellierten. Jhering bemühte die „Regung seines gesunden Rechtsgefühls", ließ „das Leben ... die unabweisliche Forderung einer Schadensersatzklage erhebe[n]", fürchtete „Unbilligkeit und praktische Trostlosigkeit" und appellierte: „Wer fühlt nicht, dass es hier einer Schadensersatzklage bedarf?".[45] Otto Bähr hatte im „lebendigen Gefühl der Ungerechtigkeit" repliziert und sich auf das „natürliche Rechtsgefühl" berufen.[46] Windscheid hatte gerade in Bährs Lösung wiederum eine „abschüssige Ebene" konstatiert, deren Folgen Ergebnisse zeitigen könne, die „das Rechtsgefühl beleidigen".[47] Unger fasste das Unbestimmte dieser Evidenzbehauptungen zusammen: „Die Antwort kann wohl nicht zweifelhaft sein".[48]

Auswahlbibliographie

Zum Telegraphenfall

Karl Otto Scherner, Innovation und Recht. Das Beispiel der Einführung der Telegrafie in Deutschland im 19. Jahrhundert, in: ZNR 1994, S. 39ff., 51ff.; *Peter Marburger,* Absichtliche Falschübermittlung von Willenserklärungen, in: AcP 173 (1973), S. 137ff., 151ff.; *Ulrich Falk,* Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der Begriffsjurisprudenz, 1989, S. 32ff.; *Sibylle Hofer,* Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Tübingen 2001, S. 155ff.: *Helmut Coing,* Europäisches Privatrecht II, S. 277, 440f., 516.

Geschichte der Telegrafie und des Telegrafenrechts

Rolf Barnekow, Über die Anfänge der elektrischen Telegrafie, in: Klaus Beyrer/Birgit-Susann Mathis (Hrsg.), So weit das Auge reicht. Die Geschichte der optischen Telegrafie, 1995, S. 231ff.; *Ludwig Rellstab,* Die elektrische Telegraphie, 1903; *Josef Reindl,* Partikularstaatliche Politik und technische Dynamik: Die drahtgebundene Telegraphie und der Deutsch-Österreichische Telegraphen-Verein von 1850, in: Hans Jürgen Teuteberg/Cornelius Neutsch (Hrsg.), Vom Flügeltelegraphen zum Internet. Geschichte der modernen Kommunikation, 1998, S. 27ff.; *Karl Otto Scherner,* Die Ausgestaltung des deutschen Telegraphenrechts seit dem 19. Jahrhundert, in: Teuteberg/Neutsch, a.a.O., S. 132ff.; *F. Meili,* Das Telegraphenrecht, 1871.

Allgemeinere Fragen im Hintergrund

1. Zu den im Text genannten Juristen

Kleinheyer/Schröder; Stolleis, Juristen (insb. S. 540ff. zu Friedrich Carl v. Savigny); *Stintzing/Landsberg,* Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Abt. 3 Halbband 2, 1910; *Joachim Rückert/Jürgen Vortmann* (Hrsg.), Niedersächsische Juristen, 2003 (insb. S. 209ff. zu Rudolf v. Jhering); *Ulrich Falk,* Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der Begriffsjurisprudenz, 1989, (zu Windscheid und auch [S. 56ff.] zu Jhering als Dogmatiker); *Wilhelm Brauneder* (Hrsg.), Juristen in Österreich 1200–1980, 1987 (insb. S. 177ff. zu Joseph Unger); *Joachim Rückert,* August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie 1802–1880, 1974.

2. Zu den vor Inkrafttreten des BGB geltenden Privatrechtsordnungen

Hans-Jürgen Becker, Rheinisches Recht und seine Bedeutung für die Rechtsentwicklung im 19. Jahrhundert, in: JuS 1985, S. 338ff.; *Mathias Schmoeckel,* Auf der Suche nach der verlorenen Ord-

[43] *Savigny,* System des heutigen Römischen Rechts, 1. Bd. , 1840, S. 94.

[44] *Puchta,* Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie, Geschichte und griechische Philosophie 1, 1827, S. 163f.

[45] *Jhering* (Fn. 2), S. 2, 4.

[46] *Bähr* (Fn. 15), S. 395.

[47] *Windscheid* (Fn. 18), S. 80.

[48] *Unger* (Fn. 20), S. 20.

nung, 2005, S. 165 ff., 289 ff. (zum gemeinen Recht/Ius commune); Deutsche Rechts- und Gerichtskarte, Kassel 1896, Neudruck mit einer Einleitung von *Diethelm Klippel,* Goldbach 1996 (Geltungsbereiche der verschiedenen Rechtsordnungen vor 1900).

3. Zur Zeitschriftenlandschaft im 19. Jahrhundert

Michael Stolleis (Hrsg.), Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhunderts, Frankfurt a. M. 1999 (dort insb. der Beitrag von *Joachim Rückert* zur Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft).

4. Germanisten und Romanisten

Diethelm Klippel, Art.: „Deutsches Privatrecht", in: Enzyklopädie der Neuzeit, Bd. 2, Stuttgart 2005.

5. Zu „Gründerkrach" und „sozialer Frage"

Hans-Ulrich Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, Bd. 3: Von der „Deutschen Doppelrevolution" bis zum Beginn des Ersten Weltkrieges 1849–1914, 1995, S. 100 ff.

6. Zu den Richterrechtsdebatten um 1900

Rainer Schröder, Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: wissenschaftstheoretische Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz, in: Rechtstheorie 1988, S. 323 ff.

7. Zum „Methodenwettlauf" nach 1933

Bernd Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 6. Aufl. 2005.

8. Zur Geschichte des BGB im 20. Jahrhundert

Joachim Rückert, Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg, in: HKK-BGB, 1. Bd., Vor § 1; *Hans Schulte-Nölke,* Die späte Aussöhnung mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Das deutsche Zivilrecht 100 Jahre nach der Verkündung des BGB, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996, 1996, S. 9 ff.

Zu den drei vertieften Perspektiven

1. Wille und Erklärung

Pio Caroni, Öffentliches Recht und Privatrecht – Eine grundsätzliche Dichotomie – in: ders., „Privatrecht": Eine sozialhistorische Einführung, 1988, S. 101 ff.; *Joachim Rückert,* Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg, in: HKK-BGB, 1. Bd., Vor § 1.

2. Fiktion und Lücke

Hans-Peter Haferkamp, „Methodenehrlichkeit"? – Die juristische Fiktion im Wandel der Zeiten, in: Klaus Peter Berger u. a., Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext, FS für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, 2006, S. 1077 ff.

3. Wirklichkeit und Wert

Ralf Dreier, Zum Begriff der „Natur der Sache", 1965; *Hans-Peter Haferkamp,* Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz", 2004, S. 196 ff., 218 ff.