

vermittelt – und keine, wie in der empirischen Rechtsvergleichung immer mehr üblich, Quantifizierung aggregierter Datensätze. Dieser Substantialität des Buchs gebührende Anerkennung und Wertschätzung.

Anna Gamper

Xiao, Wei: Jherings Methode und Jherings Dogmatik. 548 Seiten, Nomos, Baden-Baden 2024. Softcover. € 179,-. ISBN 978-3-7560-0917-6.

Rudolf von Jhering (1818–1892) war einer der einflussreichsten deutschen Rechtswissenschaftler des 19. Jahrhunderts. Was wissen wir heute noch über ihn? War er nur Romanist, Anhänger oder gar Begründer der jetzt allgemein in Verruf gekommenen Begriffsjurisprudenz oder/und auch Vertreter der Interessen- bzw Wertungsjurisprudenz? Die wohl meisten Juristen in Österreich verbinden Jhering mit der „Entdeckung“ des Rechtsinstituts der „culpa in contrahendo“, allenfalls sehen wir ihn auch als einen der „Wegbereiter“ des BGB.

Über diesen großen Denker und seine herausragenden genialen juristischen Leistungen, aber auch Verirrungen und Verwirrungen, gibt es bereits eine fast unübersehbare Armada von Biografien und anderen Schriften, wie etwa von Behrends, Wieacker und besonders zuletzt Haferkamp.

Letzterer hat wohl entscheidend den Autor Wei Xiao zum zu besprechenden, 548 (!) Seiten umfassenden Werk, nämlich Xiaos Dissertation (Universität zu Köln) über Methode und Dogmatik Jherings angestoßen (vgl Vorwort S 5).

Xiao (derzeit Postdoc in Wuhan) verfolgt vor allem ein ganz besonderes Anliegen: Sein wohl überaus forderndes Studium von Jherings Arbeiten einschließlich Briefwechseln (!) und einschlägiger Literatur über diese (vgl nur das 50 Seiten umfassende Literaturverzeichnis) hat überzeugend ergeben, dass sich Jhering nicht – wie vielfach vertreten worden ist und vertreten wird – vom Begriffsjuristen zum Interessenjuristen abrupt „bekehrt“ hat. Vielmehr habe Jhering stets, also schon in seinen „Lernjahren“, neben der formal-technischen begrifflichen Ableitung, dem Zweck, den Interessen und den praktischen Auswirkungen rechtswissenschaftlicher Untersuchungen Bedeutung zukommen lassen. Nur die Gewichtungen hätten sich bis zur für Jhering maßgeblichen teleologischen Sichtweise verschoben. Und diese Entwicklung belegt Xiao überzeugend anhand von konkreten Rechtsinstituten, wobei uns meist sogar – oft in Fußnoten – Originalitate sehr nahe an Jherings nicht nur juristisches, sondern auch philosophisches und ethisches, ja politisches Denken heranzuführen. Jhering, der zunächst eigentlich Schriftsteller werden wollte, „verführt“ uns dabei in eine heute kaum mehr präsenste, überaus bildhafte, brillante und wortgewaltige Sprache (zB Jherings Diktum: „Begriffe paaren sich und zeugen neue“; siehe S 245 Fn 1483).

Xiao versteht es dabei, sich selbst in der Darstellung vornehm zurückzuhalten und Jhering quasi das ganze Kampffeld zu überlassen. Und Jhering hat nie höchst deftige, ja grobe Kritik vermieden, insbesondere auch gegenüber seinem langjährigen Freund Windscheid (vgl S 385 zu Windscheids Lehre von der hereditas iacens: Ein Recht ohne Subjekt sei „Abgrund der civilistischen Logik“). Auch Savigny, mit dem Jhering angeblich in seinen Jugendjahren eine „unangenehme Erfahrung“ hatte, wird beileibe nicht verschont (siehe S 312 ff).

Im Titel seines Werks differenziert Xiao zwischen Methodik und Dogmatik, ohne deren Verhältnis zueinander näher zu klären; ausführlich zu diesem (nicht einfachen) Verhältnis etwa Th. Möllers, Juristische Methodenlehre⁹

(2023) 339 ff. Beide überlappen sich mE und sind damit schwer trennbar, die juristische Methode steht wohl eine Stufe höher als die pragmatisch-dogmatische. Auch bei Jhering und Xiao verschwimmen beide Ansätze. Am ehesten ist die Dogmatik auf konkrete Rechtsinstitute bzw Teilbereiche des Rechts beschränkt, wie im Werk Xiaos eben auf Doppelverkauf, hereditas iacens, Eigentumsbeschränkungen, culpa in contrahendo und Besitzrecht. Auf einige dieser eben genannten dogmatischen Fragen wird exemplarisch noch näher eingegangen.

Vorweg soll aber noch auf Jherings Bedeutung bzw Verbindungen zu Österreich und dabei besonders zu Wien hingewiesen werden. Zunächst zum Überraschenden: Obwohl unser ABGB aus 1811 in Jherings Meisterjahren schon in voller Blüte stand, findet sich – jedenfalls nach Xiaos Befund – kaum nähere Auseinandersetzung mit unserer Kodifikation, auch nicht mit dessen Methodenregeln in den §§ 6, 7 ABGB; siehe aber immerhin S 289 zum Haftungsumfang bei cic. Jhering war wohl zu sehr noch dem Römischen Recht und auch dessen Lücken verhaftet, die er zunächst mit begriffsjuristischen, dann aber auch mit teleologischen Instrumenten zu schließen versuchte.

Jhering hat nicht nur mehrere Jahre, nämlich von 1868 bis 1872, an der Wiener Universität gelehrt, sondern auch am Deutschen Juristentag in Wien teilgenommen und dort sogar seinen berühmten Vortrag „Der Kampf um's Recht“ gehalten: Seine Kernaussage, dass der Berechtigte verpflichtet (!) sei, sein Recht geltend zu machen und durchzusetzen, ist vom leider zu früh verstorbenen Rudolf Welsch (Ist Jherings Vortrag „Der Kampf um's Recht“ auch heute noch eine taugliche Grundlage des Rechtsverhältnisses, JBl 2017, 689 [689 ff]) massiv und zu Recht kritisiert worden. Damit würde nämlich das subjektive Recht in sein Gegenteil verkehrt werden. Jhering hat dabei vielleicht auch nur eher einen Traum, eine Idee der letzten Konsequenz zur praktischen Rechtsumsetzung vortragen wollen. Eine solche wäre mE aber eine Verabsolutierung des Rechts, das doch auch nur einen Ausschnitt der menschlichen Lebensbedingungen sein kann.

Letzter „Link“ zu Wien: 1884 publizierte Jhering seine zweite Abteilung von „Scherz und Ernst“, nämlich „Plaudereien eines Romanisten“ in den Wiener Juristischen Blättern. Hat vielleicht dabei die Wiener Lockerheit beigetragen? Und vorher, nämlich 1872, hielt Jhering eine Pandektenvorlesung in Wien, wo er Schadenersatz für die „schwierigste Partie hält“. Wie wahr!

Nur kursorisch kann an Platzgründen auf Jherings Dogmenlösungen, aber auch auf bis heute gültige wichtige Lehren eingegangen werden: Zunächst aus der Begriffsjurisprudenz zum Doppelverkaufsfall: V hat eine Speziessache doppelt an zwei verschiedene Personen verkauft. Noch vor Übergabe geht diese zufällig zugrunde. Jhering will dem römischen Juristen Paulus (D. 18, 4, 21: „periculum est emptoris“) folgen und bejaht (in mE sehr zweifelhafter Interpretation der Paulus-Quelle) einen zweifachen (!) Kaufpreisanspruch des V (S 43 ff)! Jherings Prinzipienrigorismus ist Ergebnis seiner „Naturhistorischen Methode“ (S 95 ff). Diese hat mit Natur freilich wenig zu tun, sondern versucht für das Recht das Niveau der Naturwissenschaften durch Abstraktion und Konstruktion des allgemeinen Grundsatzes zu erreichen (S 108). Der Jurist habe eine Doppelaufgabe (S 127 ff): Erstens eine subjektive in der formalen Vollendung des gegebenen Rechtsstoffs (technische Methode), zweitens eine objektive in der Verwirklichung dieser Aufgabe, was zur qualitativen Vereinfachung des Rechts führe und die Operation der Anwendung erleichtere. Die folgenden fünf technischen Operationen (sic! S 179 f) erscheinen aber alles andere als klar. Der methodische Dualismus bestehe einerseits in einer formalen Sichtweise, andererseits in

einem materiellen angemessenen Inhalt (S 130 ff). Dieses Letztere ist aber beim wirklich völlig unvertretbaren Ergebnis im Doppelverkaufsfall, nämlich zweifacher Kaufpreis für den V, überhaupt nicht gegeben! Beachtet man Zweck und Interessen der Beteiligten – wie *Jhering* in seiner „bekehrten“ Phase –, dann kann nur der Gefahrenübergang nach Übergabe bzw bei Gläubigerverzug entscheiden; so auch *Jhering* selbst in seiner Spätphase (S 191 ff).

Zur Analogie kann der Rezensent *Jhering* nur zustimmen (S 134): Sie erfordert „größere Geschicklichkeit der Abstraktion und ein feineres Unterscheidungsvermögen als die gewöhnliche Interpretation“. *Jhering* warnt dabei vor „Missgriffen“. Diese Warnung ist auch heute höchst angebracht! Schon hier hält *Jhering* das Zweckmoment für unentbehrlich! Die juristische Analyse sei die „Chemie des Rechts“.

Entgegen *Windscheid* und der wohl in Österreich hA lehnt *Jhering* die Qualifikation der „hereditas iacens“ als Juristische Person ab, diese sei Repräsentant des Erblassers (S 58 ff). Im Unterschied zur Juristischen Person könne jene keine neuen Rechte erwerben, was mE ein erheblicher Mangel dieser These ist.

Xiao sieht auch vor dem „Umschwung“ zu Recht bei *Jhering* die „dogmatische naturhistorische Methode durch eine Wirklichkeits- und Wertbetrachtung bereichert.“

1859 setzt *Jherings* Selbstkritik ein, ausdrücklich deklariert er den Umschwung in „Scherz und Ernst“. Die Begriffsjurisprudenz sei „Verwirrung“, die „nicht im Stande ist, die reale Welt zu begreifen“ (S 204). Sogar das von ihm ja maßgeblich mitgestaltete BGB sei „Ausgeburt der ungesunden Begriffsjurisprudenz“ (S 211).

Quasi zur „Halbzeit“ registriert *Xiao* folgendes Zwischenergebnis (S 244 ff): *Jhering* schwanke zwischen *ius strictum*, *ratio iuris*, *aequitas* und *utilitas*. *Jherings* Blick wechsle zwischen Theorie und Praxis. *Xiao* erkennt noch keinen radikalen Methodenumschwung. *Jhering* sei begriffsschöpfender „Begriffsjurist“ mit zweckorientierter Begriffskritik.

In einer Rezension über *Jherings* Wirken darf eine Analyse seiner These zur „*culpa in contrahendo*“ nicht fehlen (wohl schon nach dem Umschwung, nämlich 1861, siehe S 249 ff). Die Qualifikation der *culpa in contrahendo* ist auch in Österreich nach wie vor umstritten; vgl etwa *Kerschner*, DHG³ (2019) § 1 Rz 25: Ist es eine Haftung aus Vertrag oder aus Verletzung deliktischer Pflichten?

Lässt sich nun *Xiaos* Kapiteltitlel „CIC – Zweck- oder Gefühlsjurisprudenz“ (S 249) an *Jherings* Lösung der *culpa in contrahendo* erweisen?

Jherings Ausgangsfall: Haftet der bei Vertragsschluss (durch Versehen eines Boten) schuldhaft Irrende? Apriorisch hält *Jhering* den Gesichtspunkt des Deliktsrechts für unhaltbar. Sowohl die *actio de dolo* als auch die *actio legis Aquiliae* im Römischen Recht seien sachlich beschränkt (einerseits *dolus*, andererseits nur bei Personen- und Sachschaden). Es sei aber das negative Interesse zu ersetzen. *Jhering* lehnt dabei den deliktischen Ansatz nur ab, weil die römischen Quellen beschränkt seien. Die Lücken wären aber zu schließen gewesen (vgl überzeugend und ausführlich *Reischauer* in Rummel/Lukas, ABG⁴ [2018] Vor §§ 918 ff Rz 124 ff), was sowohl in Hinblick auf Erfüllungsgehilfenhaftung (so auch *Jhering*) als auch Vermögenshaftung gilt. Wenn *Jhering* (*Culpa in contrahendo* oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur *Perfection* gelangten Verträgen [1861] 29) dann meint, die Nichtigkeit des Vertrags könne nicht die Abwesenheit „sämtlicher, sondern nur bestimmter Wirkungen prädicieren“, so ist das Rechtsgefühl, methodisch mE eindeutig ein Zirkelschluss. Es handelt sich mE eben um verdichtete Deliktspflichten! Was ist auch in Fällen, in denen ein Vertrag überhaupt nicht zustande kommt?

Die endgültige Hinwendung zur *Zweckbeachtung Jherings* (siehe *Xiao*, S 443) erfolgt in seiner letzten dogmatischen Arbeit „*Der Besitzwille*“ (1889), die sich maßgeblich gegen *Savigny* richtet: *Jhering* ist vehement gegen die Notwendigkeit eines Besitzwillens, was sich dann auch im BGB niedergeschlagen hat; anders § 309 ABGB.

Xiao erkennt nun einen methodischen Dualismus zwischen materieller Erwägung und formaler Deduktion (S 438), eine „teleologische Methode“ (S 446). Der Zweck sei nun neues Wesensargument.

Aus *Xiaos* Zusammenfassung und Schlussbetrachtung (S 480 ff) sollen nur noch kurze „Leitsätze“ erfolgen:

- Schon vor dem „Umschwung“ war bei *Jhering* materielle Brauchbarkeit und Angemessenheit selbstverständlich (S 482), ebenso die Abstimmung der formalen juristischen Konstruktion mit materiellen Elementen (S 3).
- Das Privatrecht solle der freien Persönlichkeitsentfaltung der Bürger gegenüber der Staatsgewalt dienen, den liberalen Rechtsstaat sichern und die Verschmelzung zwischen Theorie und Praxis anstreben (S 487).
- *Xiao* konnte bei *Jhering* keine wirklichen Methodenbrüche feststellen (S 489).
- Die Rechtswissenschaft sei die Lehre vom Gleichgewicht der menschlichen Selbstbestimmung.

Zuletzt mögen noch wenige Zitate *Jherings* die Neugierde auf und die Freude an diesem ganz hervorragenden Werk *Xiaos* entfachen:

- „Die Begriffe sind produktiv, sie paaren sich und zeugen sich neu“.
- Privatrecht als „verfassungsersetzende“ Wissenschaft bzw „bürgerlicher Freiheitsraum ohne Staat“ (S 323).
- Privatrecht sei für den Bürger die „*Magna Charta*“ seiner persönlichen Freiheit, Privatrecht als Königsdisziplin (*Haferkamp*) (S 331).
- Abneigung gegen „Kabinettsjustiz“. Es sei ewige Aufgabe des Richters, einem „Übergreifen der Regierung entgegen zu treten“ (S 342).
- Entscheidend sei „die Garantie einer unabhängigen gleichmäßigen und unbestechlichen Civil-Justiz“.
- Juristen sollen in ihren Schranken gehalten werden (S 403).

Lest *Xiaos* Werk, es lohnt sich überaus!

Ferdinand Kerschner

Görg, Mathias / Feltl, Christian: UrhG. Praxiskommentar zum Urheberrechtsgesetz. 508 Seiten, LexisNexis, Wien 2023. Hardcover. € 124,-. ISBN 978-3-7007-8278-0.

Als ich in den frühen achtziger Jahren als junger Anwalt im Urheberrecht dilettierte, war dieses Rechtsgebiet literarisch sprichwörtlich „jungfräulich“. Wenn man Glück hatte, ergatterte man antiquarisch die nicht allzu dicht kommentierte Gesetzesausgabe von *Friedrich Peter* aus dem Jahre 1954. Das System von *Rintelen* „Urheberrecht und Urhebervertragsrecht nach österreichischem, deutschem und schweizerischem Recht“ aus dem Jahre 1958 war auch nicht mehr ganz taufisch. Soweit ich mich erinnere, war die MGA „Österreichisches und internationales Urheberrecht“ von *Dittrich* mit Materialien, einer leitsatzartigen Kurzdarstellung der Judikatur und Literaturhinweisen in der 1. Auflage (1974) das aktuellste Werk, mit dem man in der Praxis gearbeitet hat.

Das sollte sich im Lauf der Zeit rasch ändern. Mit dem Handbuch „Österreichisches Urheberrecht“ von *Walter* (2008) sowie den drei kommentierten Gesetzesausgaben des UrhG (ab 2006), dem System zum UrhG von *Walter Dillenz* (ab 1999), dem Kommentar „Österreichisches Urheberrecht“ von *Ciresa* (ab 1999), der 2. Auflage des systematischen Kommentars zum UrhG von *Kucsko/Handig*