

Schriftenreihe des
Käte Hamburger Kollegs
»Recht als Kultur«

Herausgegeben von Werner Gephart

Band 24

*Gregor Albers/Joachim Harst/
Katharina Kaesling (Hg.)*

Wortgebunden

Zur Verbindlichkeit von Versprechen
in Recht und Literatur



VITTORIO KLOSTERMANN
Frankfurt am Main · 2021

recht als kultur

käte hamburger kolleg
law as culture
center for advanced study

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

1. Auflage 2021

© Vittorio Klostermann GmbH · Frankfurt am Main · 2021

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere die des Nachdrucks und der Übersetzung. Ohne Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, dieses Werk oder Teile in einem photomechanischen oder sonstigen Reproduktionsverfahren oder unter Verwendung elektronischer Systeme zu verarbeiten, zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier  ISO 9706

Satz: mittelstadt 21, Vogtsburg-Burkheim

Umschlaggestaltung: Jörgen Rumberg, Bonn

Umschlagabbildung: Werner Gephart, *Le discours amoureux en France et en Allemagne*, Durkheim und Simmel (Pastell/Kopie, 37 × 24 cm), 1997.

Druck und Bindung: docupoint GmbH, Barleben

Printed in Germany

ISSN 2193-2964

ISBN 978-3-465-04538-0

Inhaltsverzeichnis

GREGOR ALBERS / JOACHIM HARST / KATHARINA KAESLING Fesseln der Begierde: Zwei Versprechen zur Einleitung	7
---	---

Versprechen und Vertrag

GREGOR ALBERS Versprechen und Vertrag in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleich	29
--	----

SIGRID G. KÖHLER Das Versprechen vor dem Vertrag – der Vertrag ohne Versprechen. Über Kulturtechniken der Verbindlichkeit um 1800 (Lafontaine, Kleist, Goethe)	89
---	----

JUDITH HAHN Sakrament, Vertrag, Bund. Perspektiven der Verbindlichkeit im kanonischen Recht – am Beispiel der Eheschließung	115
---	-----

Krisen der Verbindlichkeit

ELKE DUBBELS Leere Schwüre: Zur Krise der rechtlichen Verbindlichkeit und dem Versprechen ihrer Restitution in Heinrich von Kleists <i>Der zerbrochne Krug</i>	149
--	-----

VERENA KLAPPSTEIN Moderne Unverbindlichkeit? Ein gesellschaftliches Phänomen und seine rechtliche Begleitung	169
--	-----

Liebe und Ehe

JOACHIM HARST Höfische Verbindlichkeit: Ehe, Liebe und Versprechen	213
---	-----

DAGMAR STÖFERLE Zwischen <i>Contrat social</i> und ›contrat civil‹. Gesellschaftsvertrag und Ehe bei Rousseau	237
---	-----

KATHARINA KAESLING

Verbindlichkeit, Verbundenheit, Verantwortung: Das Eheversprechen nach dem Ende von Liebe und Ehe	261
--	-----

Performativität und ihre Bedingungen

JÖRG SCHÖPPER

Adolf Reinachs Versprechen – eine neue Rechtslehre für ein neues Jahrhundert	301
---	-----

HOLGER GREFRATH

»Ver-sprechen«: Sprache und Bindung im Recht zwischen Versprechen und Magie	321
--	-----

BERTRAM LOMFELD

Versprechen als Vertrag. Skizze eines rechtlichen Expressionismus in 10 Bildern	347
--	-----

WERNER GEPHART

Nachwort »Verbindlichkeit« und »Versprechen« im Lichte des Law-as-Culture- Paradigmas	373
---	-----

Die Autorinnen und Autoren	377
----------------------------------	-----

Gregor Albers / Joachim Harst /
Katharina Kaesling

Fesseln der Begierde: Zwei Versprechen zur Einleitung

1. Formen von Verbindlichkeit

Der Ausdruck »Versprechen« bezeichnet die Selbstbindung durch ein gegebenes Wort, die eine Grundbedingung des gesellschaftlichen Lebens ist und dessen sämtliche Bereiche durchzieht. Sie trägt das Intimleben (Liebes- und Treueversprechen), das private gesellschaftliche Leben (Verabredungen, Zusagen von Gefälligkeiten), das Berufs- und Geschäftsleben (Arbeitsverträge, Lieferverträge) sowie die Politik (Wahlversprechen, Amtseide). In einem *ersten Schritt* kann also mit dem Versprechen das Verhältnis verschiedener Formen sozialer Verbindlichkeit thematisiert werden, unter denen die rechtliche eine wichtige Rolle einnimmt. Abgesehen von den genannten einzelnen Sprechweisen gehört das Versprechen aber auch zum Sprechen an sich. Weil sich Sprache an ein Gegenüber richtet, muss der Sprechende noch vor jeder konkreten Äußerung die Möglichkeit der Kommunikation bejahen und sich an ihre Erfordernisse binden. Da ohne Kommunikation keine Gesellschaft gedacht werden kann, geht dieses Versprechen jeder sozialen Verbindlichkeit voraus. Die Verbindlichkeit von Versprechen allein als Effekt rechtlicher oder anderer sozialer Sanktionen zu denken, befriedigt daher nicht. Vielmehr nimmt das Versprechen eine Schwellenposition ein, die dazu einlädt, die Frage nach der Herkunft sozialer Verbindlichkeit zu stellen. Dieser *zweite Schritt* soll hier ebenfalls versucht werden, um neben der rechtlichen Dimension der Verbindlichkeit von Versprechen nicht bloß zu ihren vor-rechtlichen, sondern auch zu ihren vor-sozialen oder vor-konventionellen Dimensionen Zugang zu erlangen. Die namensgebende Bindung muss also nicht in physischem Zwang oder sozialer Sanktion bestehen, sondern kann ganz unterschiedlichen Charakter haben, etwa moralischer oder auch erotischer Natur sein.

Aufgrund der angesprochenen Vielgestaltigkeit von Verbindlichkeit ist ein interdisziplinärer Forschungsansatz – hier die Zusammenarbeit von Rechts- und Literaturwissenschaftler*innen – ratsam. Jurist*innen interessieren sich für Versprechen als einseitige Rechtshandlungen, die unter Umständen schon für sich rechtsverbindlich sein können, regelmäßig aber der Annahme durch einen Empfänger bedürfen, um als Verträge zu wirken. Mit der außerrechtlichen Praxis des Versprechens befassen sich Rechtswissenschaftler*innen entweder zur Ab-

grenzung, oder aber um rechtliche Bindung zu rechtfertigen und einzufordern.¹ Diese unterschiedlichen Strategien verweisen auf die zentrale rechtstheoretische Frage, ob die Verbindlichkeit des Rechtssystems aus ihm selbst heraus generiert oder von außen gestützt wird.² Die Literatur hingegen verhandelt häufig Grenzfälle, die an die Grundlage verbindlichen Versprechens rühren. Man denke nur an Antonios Bürgschaft gegenüber Shylock³ oder Fausts Pakt mit dem Teufel.⁴ Hier wird die Verbindlichkeit des Wortes vom Einsatz des Lebens gestützt, obwohl (oder gerade weil) die Abmachungen rein rechtlich keinen Bestand hätten. So können Literaturwissenschaftler*innen nach den außerrechtlichen Bedingungen von Verbindlichkeit fragen und damit in die rechtsphilosophische Debatte eingreifen.

Bevor die einzelnen Beiträge dieses Bandes vorgestellt werden, sollen zwei Beispiele zeigen, wie die Verbindung literatur- und rechtswissenschaftlicher Ansätze dazu dienen kann, der Verbindlichkeit von Versprechen nachzuspüren.

2. Eidschwur von Santo Domingo und stillschweigender Vertrag des Naturrechts

In Kleists Erzählung *Die Verlobung in St. Domingo* von 1811 spielt ein unausgesprochener »Eidschwur« eine wichtige Rolle. Die Erzählung verdient besondere Aufmerksamkeit, weil sie nicht nur ein Versprechen thematisiert, sondern auch nach der Bedingung seiner Möglichkeit fragt: der vorausgehenden Verständigung. Bei Kleist sind Worte stets missverständlich und die Frage, ob Sprache dauerhaft Verbindlichkeit herstellen kann, wird von Kleists Werken immer wieder verneint.⁵ Doch in *Die Verlobung in St. Domingo* wird ein anderes Bindemittel probiert. Die Erzählung handelt von der Begegnung zwischen der Mulattin Toni und dem Schweizer Gustav zur Zeit des Befreiungskrieges auf Haiti (1800). Obwohl sie verfeindeten Parteien angehören, sehen sich Toni und Gustav in Liebe verbunden – ein Bündnis, das scheinbar nicht lange währt, denn als Toni eine Gruppe der ihrigen herankommen hört, fesselt sie Gustav an das Bett, in dem sie die Nacht gemeinsam verbracht haben. Nachdem Gustav von den seinigen befreit wird, tötet er die verräterische Toni voller Zorn und erkennt erst später, dass ihre

¹ Mehr zur juristischen Bedeutung von Versprechen in der Einleitung des Beitrags von Albers in diesem Band, S. 29–36.

² Vgl. Vesting: *Rechtstheorie*, § 5, insbes. S. 111–115.

³ Vgl. Shakespeare: *The Merchant of Venice*, wo Antonio sich mit einem Pfund seines Fleisches verbürgt; und dazu Schneider: *Kontraktuelle Sprachmanöver*, S. 409 ff.

⁴ Vgl. Goethe: *Faust I*, wo Faust einen Pakt mit Mephistopheles schließt, in dem er seine Seele verpfändet.

⁵ Vgl. zu *Die Familie Schroffenstein* den Beitrag von Sigrid Köhler; zu *Der zerbrochne Krug* den Beitrag von Elke Dubbels im vorliegenden Band.

scheinbare Untreue in Wirklichkeit seiner Rettung dienen sollte. Daher ruft er reuevoll aus: »Ich hätte dir nicht mißtrauen sollen; denn du warst mir durch einen Eidschwur verlobt, obschon wir keine Worte darüber gewechselt hatten!«⁶ Hier hatten die Parteien ihren Antagonismus dank erotischer Anziehungskraft überwunden. Doch ist die Kommunikationssituation bei Kleist so brüchig, dass sich nicht nur Worte, sondern auch Handlungen – das liebevolle Fesseln ans Bett – innerhalb kürzester Zeit in ihr Gegenteil verwandeln können und keine beständige Grundlage für Abmachungen bilden. Mit seinem nachträglichen Anerkenntnis eines unausgesprochenen »Eidschwurs« spricht Gustav das Problem an: Er akzeptiert in reuiger Rückschau ein Bündnis, aufgrund dessen erst alle spätere zeichenhafte Kommunikation eindeutig geworden wäre, das aber seinerseits nicht explizit gemacht werden konnte und daher ebenso scheiterte, wie wenn es in der bei Kleist stets missverständlichen Sprache formuliert worden wäre.⁷

Das Problem, dass schon vor jedem Vertrag eine Verständigung erforderlich ist, wird auf ähnliche Weise von der frühneuzeitlichen Rechtsphilosophie aufgeworfen.⁸ Sie sucht die Lösung wiederum in einem Vertrag. So ergänzen Grotius und Pufendorf das Konstrukt des Gesellschaftsvertrages um die Vorstellung eines stillschweigenden Vertrages, der die vorgängige Kommunikationsgrundlage betrifft. Denn bevor ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen werden kann, muss Einigkeit darüber bestehen, wie seine Worte zu verstehen sind. Bei Grotius geht es noch in erster Linie um das Verbot der Lüge, das man durch den irreführenden Gebrauch von Worten oder Zeichen nur verletze, insofern man dadurch von ihrer verbindlichen Bedeutung abweiche.⁹ Pufendorf hingegen postuliert eine Übereinkunft der Menschen darüber, wie Worte gebraucht werden, im Rahmen eines ganzes Kapitels über die Verbindlichkeit der Sprache.¹⁰ Diese Einigung über die Wortbedeutung trennt Pufendorf von dem moralischen Gebot der Aufrichtigkeit.¹¹ Damit ist die Konventionalität von Sprachzeichen klar herausgearbeitet.

Das logische Problem der Annahme eines »stillschweigenden Vertrages« besteht darin, dass sie in einen Zirkel führt.¹² Denn wie sollte eine solche Abma-

⁶ Kleist: Die Verlobung in St. Domingo, S. 259.

⁷ Vgl. Moser: Verfehlt Gefühle, S. 18–28; Harst: Steuermann, S. 114–119.

⁸ Vgl. für das Folgende insb. Annen: Die Idee des stillschweigenden Vertrages.

⁹ Vgl. Grotius: De iure belli ac pacis, lib. 3 cap. i § 8 und § 11. Dazu Annen: Die Idee des stillschweigenden Vertrages, S. 105–107; Böttcher: Lüge, S. 193–196. Auch zur einflussreichen Lehre von Thomas Hobbes, wonach die Absicht, verstanden zu werden, die Unterwerfung unter das Verständnis des Empfängers erfordere, vgl. Böttcher: Lüge, S. 204–206.

¹⁰ Pufendorf: De iure naturae et gentium lib. 4 cap. i: De sermone, et quae eundem comitatur obligatione (Übersetzung: Über die Rede und die aus ihr folgende Verbindlichkeit); insb. § v (S. 442 f.). Vgl. dazu Annen: Die Idee des stillschweigenden Vertrages, S. 107 f.; Böttcher: Lüge, S. 196–198.

¹¹ In expliziter Abgrenzung zu Grotius; vgl. Pufendorf: De iure naturae et gentium lib. 4 cap. i § x (S. 450 f.).

¹² Dazu Annen: Die Idee des stillschweigenden Vertrages, S. 109–113, der dieses Argument bei Wolff: Ius naturae III, cap. ii § 148 (S. 110) und § 182 (S. 122) wiederfinden will.

chung über Sprachverwendung und Wahrhaftigkeit unmissverständlich getätigt werden, ohne sich zuvor bereits über beides geeinigt zu haben? Deshalb geht David Hume nicht von einem Vertragsschluss aus, sondern von einer Konvention – einem Gespür für das gemeinsame Interesse, das die Tugend der Gerechtigkeit und den Gebrauch der Sprache auf dieselbe Weise steuert wie das Verhalten von zwei Männern, die im selben Boot sitzen und versuchen, die Ruder gleichmäßig zu pulen.¹⁵ Damit ist das Problem aber nur abgemildert: Woher dieses Gespür für das gemeinsame Interesse kommt und wie man sich koordinieren kann, bleibt offen.

Genau das ist auch die Problematik von Kleists unausgesprochenem »Eid-schwur«. Kann sie gelöst werden, wenn man den »stillschweigenden Vertrag« nicht als jeder Kommunikation vorausgehend, sondern als jede Äußerung begleitend denkt? Annen zufolge geht es bei dem Konstrukt »um eine im alltäglichen Vollzug wirksam werdende Übereinstimmung«, bei der das Stillschweigen den »für die Einhaltung des Vertrages unerlässlichen Konsens« signalisiert.¹⁴ Die Lösung der logischen Problematik bedeutet freilich noch nicht das Gelingen auf empirischer Ebene: Zwar mag ich grundsätzlich nicht sprechen können, ohne verstanden werden zu wollen, und muss daher Wahrhaftigkeit versprechen. Doch im Einzelfall setzt der Vertrag ein wechselseitiges Vertrauen der Sprecher voraus, das erst in der Kommunikation erworben wird. Insofern es dabei aber jederzeit auch wieder erschüttert werden kann – und nicht zuletzt durch missverständliche Zeichen –, bleibt die Verbindlichkeit der Sprache grundsätzlich fragil.

3. Bürgerschaft des Poseidon und Übergang in die Rechtsgemeinschaft

Wie das Versprechen eine (kategorial) außer- oder vor-rechtliche Verbindlichkeit bezeichnen kann, so kann es rechtshistorisch als (chronologisch) vor-rechtlicher Vorläufer des Vertrags aufgefasst werden: Bevor es positives Recht gab, wurde Verbindlichkeit gestiftet durch nicht-sprachliche Praktiken wie Handschlag, Gabe und Eheschließung, aber auch durch sprachliche Praktiken wie Eid, Fluch und

¹⁵ Hume, *Enquiry Concerning the Principles of Morals*, S. 306f., mit der Abgrenzung der Konvention vom Versprechen und ihrer Definition als: »a sense of common interest; which sense each man feels in his own breast, which he remarks in his fellows and which carries him, in concurrence with others, into a general plan or system of actions, which tends to public utility«. Zu Humes Verständnis von Konvention und seiner hierauf basierten Konzeption der Versprechensbindung vgl. Laho: *Treue als künstliche Tugend*.

¹⁴ Annen: *Die Idee des stillschweigenden Vertrages*, S. 111: »Die logische und faktische Gleichzeitigkeit von Vertragsabschluss und Verhalten gemäß des Vertrages schließt die Notwendigkeit eines dem Vertrag zeitlich vorangehenden Konsenses aus«.

Versprechen.¹⁵ Vorstellungen von solchem Vor-Recht droht in zweifacher Hinsicht der Einwand, es handele sich dabei um moderne Konstruktionen. Erstens erfasst der Begriff Praktiken, die der Entstehung eines spezialisierten Rechtsdiskurses vorausgehen, vom Standpunkt dieses späteren Diskurses. Um dem Gegenstand gerecht zu werden, muss man folglich das heutige Wissen vom Recht bewusst ausblenden – was freilich nie vollständig gelingen kann. Zweitens sind alle schriftlichen Zeugnisse mündlicher Gesellschaften per se anachronistisch, weil die Verschriftlichung einer mündlichen Tradition immer deren nachträgliche Überformung einschließt. Will man trotz dieser doppelten Nachträglichkeit eine Annäherung versuchen, bietet Homer einen geeigneten Leitfaden: Seine einst mündlichen Epen bezeugen Praktiken der Verbindlichkeit, das sogenannte »Homerische Recht«.¹⁶

Möchte man ein begrenztes und zugleich weitreichendes Beispiel herausgreifen, bietet sich dafür das Lied vom Ehebruch zwischen Ares und Aphrodite an.¹⁷ Während Odysseus' Aufenthalt bei den Phaiaken trägt der Rhapsode Demodokos verschiedene Lieder vor, von denen die schwankartige Anekdote über die Leidenschaft zwischen den Göttern des Kriegs und der Liebe die berühmteste ist. Die Ehebrecher werden von Hephaistos, dem gehörnten Ehemann, *in flagranti* ertappt, in einem feinen Netz gefangen und der Lächerlichkeit preisgegeben. Die fällt freilich zum Teil auf Hephaistos zurück, denn der schalkhafte Hermes merkt an, ihn würden auch zahllose Fesseln und die göttliche Öffentlichkeit nicht davon abbringen, mit Aphrodite schlafen zu wollen. Der Gehörnte weigert sich, die Ehebrecher freizulassen, bevor ihm Zeus als Vater der Aphrodite das Brautgeld zurückgezahlt habe. Selbst die Zusicherung Poseidons, Ares werde für alles bezahlen, stimmt Hephaistos zunächst nicht um. Erst als Poseidon garantiert, notfalls selbst die Buße zu leisten, lässt der Schmied die Liebenden zu guter Letzt frei.

Die Schilderung der Götterwelt weicht von dem in der *Odyssee* sonst Üblichen ab: Das Lied zeichnet eine göttliche Gesellschaft, die sich sorglos über Regeln hinwegsetzt und dies zum Anlass für Witze nimmt. Dementsprechend beantworten die Umstehenden die zotige Bemerkung des Hermes mit dem sprichwörtlichen »homerischen Gelächter«. Auch wenn die Szene durch das Einschreiten Poseidons beendet wird, liegt der Schwerpunkt auf dem leichten Leben der jüngeren Göttergeneration. Es ähnelt eher dem aus der *Ilias* bekannten Treiben, wo die Götter vor Wort- und Treubruch nicht zurückscheuen; sogar feierliche Eide zwischen Griechen und Trojanern werden von ihnen aufgrund ihrer Privatinteressen unterwan-

¹⁵ Vgl. dazu exemplarisch die Studien von Huvelin: *Magie et droit*, Mauss: *Essay sur le don* und Gernet: *Droit et prédroit en Grèce ancienne*. Für das soziologische Umfeld vgl. insb. Gephart: *Über den Ursprung des Zivilrechts in der Religion oder dens.: Religious Origins of Private Law*; für einen aktuelleren rechtsanthropologischen Blick auf die Frühzeit vgl. Wesel: *Frühformen des Rechts*.

¹⁶ Vgl. Harst: »Homerisches Recht«, bes. S. 232–234.

¹⁷ *Odyssee* 8, 266–366.

dert. Ein abstrakter Gerechtigkeitsbegriff ist dem Lied wie der *Ilias* fremd. Davon setzt sich die *Odyssee* als Ganze ab, die mit der Zusage des Zeus beginnt, dass ein Held wie Odysseus es verdient habe, nach Hause zurückzukehren. Sie hat also die Herstellung von Gerechtigkeit geradezu zum Thema.¹⁸ Bei seiner Rückkehr wird Odysseus von der Schutzgöttin Athene unterstützt, die treu und beständig an seiner Seite steht – sowohl die Rache an den Freiern als auch die Befriedung seiner Insel verdankt er ihrer Intervention. Solche Beständigkeit der Götter findet man im Lied ebensowenig wie in der *Ilias*. Dieser Kontrast stützt die These, dass das Demodokos-Lied eine iliadische Vorzeit zitiert, die von der *Odyssee* insgesamt als überwunden dargestellt wird.¹⁹ Wenn Odysseus auf die weiteren Darbietungen mit zunehmendem Weinen reagiert, weil sie ihn an den Krieg und die verlorene Heimat erinnern,²⁰ so wird darin eine Rezeptionshaltung angedeutet, die für die *Odyssee* insgesamt charakteristisch ist: Auch wenn das Epos selbstbewusst eine neue Gerechtigkeit und Ordnung verkündet, wird die Sehnsucht des Odysseus von Trauer um den Verlust der heroischen Vorzeit begleitet.²¹

Zur Handlung der *Odyssee* steht das Lied hingegen nicht im Kontrast, vielmehr bildet es sie im Kleinen ab: Es handelt vom Bruch der Verbindlichkeit einer Ehe und von ihrer Wiederherstellung. Während die Rückgabe des Brautgeldes einer Aufhebung der Ehe gleichkäme, bringt Poseidon durch sein Versprechen den Hephaistos von dieser Forderung ab und bewegt ihn dazu, die Ehe aufrechtzuhalten. Entsprechend kreist die ganze *Odyssee* um einen hypothetischen Treubruch der von den Freiern belagerten Penelope und gipfelt in der neuerlichen Eheschließung und der Befriedung Ithakas durch einen Versöhnungsschwur. Verbindlichkeit gerät in die Krise und wird durch neue Versprechen wiederhergestellt.

Im Lied droht die Verständigung zwischen Poseidon und Hephaistos zunächst zu scheitern: Die erste Zusage Poseidons – Ares selbst werde Buße zahlen – weist der Schmied zurück: Der Geschädigte sieht sich durch die Worte Poseidons nicht in Stand gesetzt, gegen diesen selbst Ansprüche zu erheben, falls sich Ares aus dem Staub macht. Zufrieden ist er erst, als Poseidon ihm zusätzlich versichert, in diesem Fall selber zu zahlen. Insgesamt weist die göttliche Garantie damit just die Struktur auf, die historische Zeugnisse als für die griechische Bürgerschaft typisch überliefern: Versprechen der Handlung eines anderen und Versprechen eigener Zahlung bei deren Ausfall.²² Im historisch greifbaren griechischen Recht heißt

¹⁸ Zum Gerechtigkeitsbegriff der *Odyssee* im Kontrast zur *Ilias* vgl. Segal: Divine Justice und allgemeiner Havelock: The Greek Concept of Justice.

¹⁹ Vgl. Burkert: Das Lied von Ares und Aphrodite, mit weiteren Belegen für die These eines Zitats der *Ilias*. Insbesondere wird bereits durch das Gelächter in *Odyssee* 8, 543 auf *Ilias* 1, 600 verwiesen.

²⁰ Vgl. *Odyssee* 8, 368 einerseits, 8, 521–534 andererseits.

²¹ Vgl. zu diesem Aspekt Pucci: The Song of the Sirens, S. 5 f.

²² Zu dieser Struktur, die sich von den römischen Bürgschaftsformularen unterscheidet, wo

diese Garantie *engúē*, was etymologisch mit Handschlag und Gabe zusammenhängt. Unsere Passage hat auch deswegen großes rechtshistorisches Interesse erregt, weil diese Rechtsvokabel hier erstmals auftritt.²⁵ Im Lied bezeichnet *engúē* allerdings nicht die vollständige Garantie. Vielmehr nimmt Hephaistos damit auf die erste, unzulängliche Zusage Poseidons Bezug.²⁴

Das Lied rekurriert auf diese unspezifische und unverbindliche Zusage und erzählt, wie solch eine Zusage im Gespräch dank der eingeforderten Erweiterung Verbindlichkeit erlangen kann. Die Szene illustriert die klassische rechtshistorische These, wonach die früheste Form freiwilliger Haftung darin bestand, dass jemand als Bürge auftrat, um einem Haftenden Aufschub zu verschaffen.²⁵ So plastisch vorgestellt, erscheint die Entwicklung plausibel: Am Anfang steht die Verantwortung für begangenes Unrecht, die den Verletzten dazu befugt, auf den Übeltäter zuzugreifen, um Rache zu nehmen. Diese Rache konnte durch Zahlung einer vereinbarten, später auch einer von Autoritäten festgesetzten Strafe abgewendet werden.²⁶ An Stelle sofortiger Zahlung mochte der Geschädigte sich mit einer Sicherheit dafür zufriedengeben, später bezahlt oder jedenfalls des Täters erneut habhaft zu werden. Eine Zusage des Schädigers selbst, Buße zu leisten, kam als Sicherheit kaum in Frage: Seine Missetat begründete den Verdacht, dass ihm nicht zu trauen sei. Befand er sich gar bereits in der Gewalt des Geschädigten –

der Bürge ohne weiteres eine vom Hauptschuldner geschuldete Leistung ebenfalls verspricht, vgl. Partsch: Griechisches Bürgschaftsrecht I, S. 4, S. 158–172.

²⁵ Vgl. insb. Partsch: Griechisches Bürgschaftsrecht I, S. 9–86; Gernet: Hypothèses sur le contrat primitif; Cantarella: La *engúē* nell’*Odissea*; Biscardi: Diritto greco antico, S. 162–166.

²⁴ Hephaistos ruft aus: *δειλάι τοι δειλών γε και έγγύαι έγγνάσθαι* (*Odyssee* 8, 351). Neben der Bedeutung von *engúai* ist der Bezug von *deilón* problematisch. Erwägenswert erscheinen insbesondere drei Übersetzungen (insoweit ebenso Hainsworth, in: Heubeck/West/Hainsworth, *Odyssey* I, zu viii 350–353): Entweder fürchtet Hephaistos, nicht genügend Macht zu haben, um Poseidon beim Wort nehmen zu können: »Ohnmächtig sind die Bürgschaften, die den Ohnmächtigen gegeben werden« (Parsch: Griechisches Bürgschaftsrecht I, S. 11). Dann fehlt aber eine Erklärung dafür, warum das zweite Versprechen diese Befürchtung zerstreut (treffend Gernet: Hypothèses sur le contrat primitif, S. 259 f.). – Oder Hephaistos schimpft: »Versprechen eines Wertlosen sind wertlos« (in diesem Sinne Gernet: Hypothèses sur le contrat primitif, S. 263 f.; etwas unklar Cantarella: La *engúē* nell’*Odissea*, S. 202 f.). Poseidon wird der Schmied allerdings kaum beleidigen wollen. Indessen kann Ares selbst gemeint sein: Hephaistos will der ermunternden Prognose Poseidons, Ares werde schon zahlen, keinen Glauben schenken, auch wenn Ares eine Bußzahlung versprochen hat oder noch versprechen sollte. – Drittens kommt in Betracht: »Garantien zugunsten eines Wertlosen [nämlich des Ares] sind wertlos«, womit die Unverbindlichkeit dieser Garantien nicht erklärt, sondern vorausgesetzt würde: Eine verbindliche Garantie eines Dritten verlangt man ja gerade, weil man sich auf seinen hauptsächlichen Ansprechpartner nicht verlassen will; sozusagen stets zugunsten eines Wertlosen.

²⁵ Vgl. für das römische Recht insb. Mitteis: Über die Herkunft der Stipulation (der allerdings an vor Gericht abgegebene Bürgschaften denkt); Betti: Struttura dell’obbligazione romana, S. 129–140; auch den knappen Hinweis von Kaser: Römisches Privatrecht I, § 155 II.1 (von der Bürgschaft sei »die Geschichte der Stipulation ausgegangen«). Entsprechende Überlegungen zum griechischen Recht stützen sich just auf das Lied von Ares und Aphrodite; vgl. die in Fn. 22 angegebene Literatur.

²⁶ Vgl. auch *Ilias* 9, 632–636; 18, 497–500.

wie Ares im Netz des Hephaistos –, so mochte er leichtfertig vieles versprechen, um seinen Hals zu retten. Zu bieten hatte sein Versprechen dem Geschädigten schon deswegen nichts, weil diesem die Rache bereits aufgrund des Deliktes erlaubt war. Anders das Wort eines Dritten, zumal einer Respektperson wie des Meeresgottes. Dieses Wort als verbindlich anzusehen, dafür gab es über das nackte Versprechen hinaus besondere Gründe. Denn dass Poseidon sein Wort hält, ist auch zur Sühne des Delikts und zur Vergeltung für die erfolgte Freilassung geboten. Diese mehrfache Stütze der Bürgenhaftung erklärt ihre frühe Anerkennung und rechtfertigt die Definition, es handle sich bei der *engúē* um einen Vertrag, der eine deliktische Obligation begründe²⁷ – eine Definition, die heutigen Jurist*innen paradox erscheint, weil wir seit dem römischen Juristen Gaius gewohnt sind, vertragliche und deliktische Obligationen gegenüberzustellen.²⁸ Hier zeigt sich beispielhaft die Problematik des Vor-Rechts und seiner Nachträglichkeit.

Verbindlichkeit gelingt im Lied als sozialer Prozess: Sie entsteht nicht durch die Kraft der Worte allein, auch nicht in der isolierten Beziehung zwischen Täter und Opfer, sondern durch Einschreiten eines Dritten vor der göttlichen Öffentlichkeit. Diesen sozialen Charakter vertraglicher Verbindlichkeit hat Louis Gernet betont und die These aufgestellt, er sei von jeder religiösen oder magischen Bindung an das Wort schon vorausgesetzt: »la pratique du contrat se manifeste, dans ses origines mêmes, comme fonction sociale«.²⁹

Besonderen Wert legt Gernet darauf, dass solche soziale Verbindlichkeit zunächst in den Beziehungen zwischen Familien entstehe.³⁰ Die Autorität der Verwandtschaft gibt sowohl dem Wort des Versprechenden als auch der Erwartung des Empfängers Gewicht und kann so Vertrauen begründen.³¹ Als Indiz für die ursprünglich interfamiliäre Struktur der Verbindlichkeit nennt Gernet, dass *engúē* auch ein Geschäft bezeichne, das dazu dient, zwei Familien durch eine Ehe zu

²⁷ Vgl. Gernet: *Hypothèses sur le contrat primitif*, S. 267: »L'engúē est le nom du contrat interfamilial qui fonde une obligation *ex delicto* et dont l'élément capital est la promesse faite au nom de la famille du délinquant«. Zur Interfamiliarität sogleich.

²⁸ Vgl. Gaius: *Institutiones* 3, 88; mehr dazu im Beitrag von Albers, S. 38–41. Es verwundert also nicht, dass sich etwa Biscardi: *Diritto greco antico*, S. 164, gegen die Klassifikation als deliktisch ausgesprochen hat.

²⁹ Gernet: *Hypothèses sur le contrat primitif*, S. 381. Die Betonung des Sozialen richtet sich gegen die These, Recht entstehe durch die individuelle Nutzung magischer Praktiken; vgl. insb. Huvelin: *Magie et droit*.

³⁰ Vgl. Gernet: *Hypothèses sur le contrat primitif*, insb. die in Fn. 26 wiedergegebene Definition der *engúē* sowie S. 363–383. Etwas einschränkend allerdings Gernet: *Droit et prédroit en Grèce ancienne*, S. 113: »le cautionnement [...] suppose en tout cas des solidarités traditionnelles, familiales ou autres«. – Im Lied geht es wohl nicht um eine Beziehung zweier Familien zueinander, weil Poseidon als Bruder von Zeus und Hera nicht nur Onkel des Ares, sondern zugleich Onkel des Hephaistos ist (zutreffend Cantarella: *La engúē nell'Odissea*, S. 209). Wie Ares stammt auch Hephaistos von Zeus und Hera ab (so jdfs. nach *Ilias* 1, 578–583; anders Hesiod, *Theogonie* 927–928, wonach Hera dem Zeus zürnte und Hephaistos daher ohne seine Mitwirkung erzeugte).

³¹ Vgl. Gernet: *Hypothèses sur le contrat primitif*, insb. S. 377 f.

verbinden.³² Frappierend ist die Parallele zur römischen *sponsio*, die neben dem abstrakten Vertrag ebenfalls das Verlöbnis und die älteste Form der Bürgschaft bezeichnet.³³ Einen besonderen Anwendungsfall der *sponsio* bildeten Friedensverträge zwischen Rom und anderen Völkern.³⁴ Vielleicht geht diese Praxis auf Vereinbarungen zwischen Familienverbänden zurück, mit denen Rache und Streit beendet werden konnten, als noch keine äußere Autorität Frieden erzwang.³⁵

Insofern Verbindlichkeit im Gespräch ausgehandelt werden muss und davon abhängt, dass die Parteien und ihre Solidargenossen Autorität haben und Vertrauen gewähren, schildert das Lied wiederum spezifisch iliadische Zustände, ein Vor-Recht, das in der *Odyssee* überwunden wird. Während Poseidon im ganzen Epos für die alten Götter und ihr an Verwandtschaft und Blutrache orientiertes Rechtsverständnis steht, pflegt die jüngere Generation mit Athene eine Gerechtigkeit, die von familiären Banden absieht. Vor dem Hintergrund dieses Kontrasts gewinnt das doppelte Ende der *Odyssee* Bedeutung. Sie scheint ein ›erstes Ende‹ zu finden, als die verletzte Ehre des Odysseus durch Rache an den Freiern und neuerliche Eheschließung mit Penelope wiederhergestellt ist. Schon die antiken Philologen diskutierten daher darüber, ob das weitergehende ›zweite Ende‹ – die Lösung des Konflikts zwischen Odysseus und den Familien der getöteten Freier – überflüssig und deswegen unecht sei.³⁶ Aus unserer Perspektive lassen sich die beiden Enden mit der Entwicklung der Rechtsvorstellung erklären: Während das erste Ende auf der familiären Ebene verbleibt, stellt sich der Fortgang dem resultierenden Problem der Blutrache. Zwischen Odysseus und den Familien der Freier entbrennt ein Krieg, der erst durch Athenes Einschreiten beendet wird: Sie hält die Parteien dazu an, Frieden zu schließen und mit einem wechselseitigen Schwur (*hórkos*) zu sichern. Auch wenn hier noch kein Gericht oder gar der ›Staat‹ eingreift, um den Teufelskreis der Blutrache zu unterbrechen,³⁷ kann man in der Sorge um die Zukunft die Spur eines über-familiären Rechts erkennen, das auf die erstarkende Polis verweisen könnte.³⁸ Daher lässt sich das zweite Ende aus der Überlieferungsgeschichte des Epos erklären: Zur Zeit seiner Niederschrift ent-

³² Gernet: Hypothèses sur le contrat primitif, S. 272–293, geht davon aus, dass es sich bei der *engúē* um ein Verlöbnis handelt (ebenso Biscardi: Diritto greco antico, S. 97–99); nach anderer Auffassung wurde die Ehe dadurch bereits geschlossen (vgl. Wolff: Grundlagen des griechischen Eherechts, S. 15–16 mit Fn. 35).

³³ Zu dieser Parallele Gernet: Droit et prédroit en Grèce ancienne, S. 112 f.; mehr zur *stipulatio* bei Albers im vorliegenden Band.

³⁴ Hier wird ausnahmsweise die *sponsio* eines Fremden als wirksam anerkannt; vgl. Gaius: Institutiones 3,94.

³⁵ Auf die völkerrechtliche *sponsio* verweist auch Gernet: Droit et prédroit en Grèce ancienne, S. 113, der darin einen Hinweis auf den kollektiven Charakter der frühen Vereinbarungen erkennt.

³⁶ Vgl. West: Transmission of the Text, S. 36; Heubeck, in: Russo / Fernández-Galiano / Heubeck, *Odyssey III*, zu xxiii 297 sowie Einführung zu xxiv.

³⁷ Wie in Aischylos: *Oresteia*.

³⁸ Vgl. Seaford: Reciprocity and Ritual, S. 40f.

wickelte Athen sich zu einer hegemonialen Polis, die gegen das Rechtsdenken in Familienstrukturen einen allgemeineren Rechtsbegriff setzte.³⁹ Das Epos diente der Stabilisierung der Polis. Auf diese politische Funktion deutet etwa, dass die *Odyssee* im Rahmen der Panathenäen von wetteifernden Rhapsoden vorgetragen wurde. Dass Gerechtigkeit und Ordnung dabei in der Krise dargestellt wurden, tat dem Effekt keinen Abbruch – gerade deren Überwindung aktiviert die Norm. Offenbar sind Brüche von Verbindlichkeit sogar »nötig, um das Rechtssystem sichtbar zu machen und im Grunde zu konstituieren.«⁴⁰ Auch in unserem Lied – der Geschichte von Bruch und Wiederherstellung einer Ehe – fordert die Ordnung auf zirkuläre Weise das Vertrauen in ihr Bestehen ein, auf dem sie beruht. So endet es nicht etwa damit, dass Hephaistos seine Entschädigung wirklich erhielt. Nachdem er die Ehebrecher auf Poseidons Einspruch hin freigelassen hat, suchen diese unverzüglich das Weite – und der Gläubiger muss sich ebenso wie die Zuhörer mit dem Wort Poseidons begnügen.

Neben dem vor-rechtlichen Charakter von Versprechensbindung illustriert das Lied auch, wie Liebe und Ehe um Verbindlichkeit ringen. Die *Odyssee* insgesamt achtet die Ehe des Odysseus, weil sich in ihr die Beständigkeit einer politischen Ordnung spiegelt, um die es dem Epos zu tun ist. Von erotischer Liebe zwischen Odysseus und Penelope ist hingegen keine Rede. Demgegenüber ist der Schwank des Demodokos von der erotischen Anziehung zwischen den Göttern der Liebe und des Krieges getragen, gegenüber der das eheliche Band zwischen Aphrodite und dem hinkenden Hephaistos als freudlose Fessel erscheint. Wer kann ihr unter diesen Umständen den Ehebruch schon übelnehmen? Auch in anderen Dichtungen erscheint die Kluft zwischen geordneter Ehe und spontaner Liebe unüberbrückbar. So gewinnt Ovid manche Pointe aus der Darstellung der Liebe als Rechtsverhältnis⁴¹ und die in seiner Tradition stehende höfische Liebe des Hochmittelalters bezeichnet die Ehe pointiert als Ende der Liebe.⁴² Andererseits erscheint fraglich, ob sich Liebe und Ehe überhaupt kategorial voneinander trennen lassen. Peter von Matt schreibt, die Literatur kenne kein »erotisches Zusammenfinden, das nicht in irgendeiner Weise [...] eine Abmachung enthielte über die Dauer dieser Liebe« und leitet daraus die Behauptung ab, »die Liebe will den Vertrag«.⁴³ Danach läuft die Liebe geradezu natürlich auf die Ehe hinaus. Das macht Hoffnung für den Versuch, Liebe als Fundament gesellschaft-

³⁹ Zur Verschriftlichung der homerischen Epen vgl. Merkelbach: Die pisisratische Redaktion und Nagy: Plato's Rhapsody.

⁴⁰ So Fögen: Römische Rechtsgeschichten, S. 104, mit Bezug auf die römischen Erzählungen über die Entstehung des Rechts, über »Gesetzesbrüche«; hier mit Blick auf den manipulierten Prozess um die Freiheit der Verginia, deren tragisches Ende die Wiederherstellung der Republik unter Zwölfafelrecht ermöglicht.

⁴¹ Vgl. Harst: Schwören, schriftlich.

⁴² Vgl. dazu den Beitrag von Harst im vorliegenden Band.

⁴³ Matt: Liebesverrat, S. 127 f.

licher Ordnung und Ehe als Modell für Verbindlichkeit zu denken – eine Idee, die etwa im mittelalterlichen *Lancelot* oder Rousseaus *La Nouvelle Héloïse* zum Ausdruck kommt.⁴⁴ Umso paradoxer wirkt dann allerdings, dass Liebe auch in diesen beiden Beispielen als Ehebruch in Erscheinung tritt – als könnte sie nicht anders dargestellt werden.

4. Zu den Beiträgen

Das erste Kapitel des vorliegenden Bandes entfaltet unter der Überschrift *Versprechen und Vertrag* das Verhältnis dieser Begriffe zueinander in ihrer historischen Entwicklung. Der eröffnende Beitrag von Gregor Albers über *Versprechen und Vertrag in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleich* stellt klar, dass sich der juristische Diskurs nicht darauf beschränkt, dem Vertrag als Ausdruck für eine rechtliche Praxis das Versprechen als Ausdruck für eine außerrechtliche gegenüber zu stellen. Vielmehr gibt es einen Rechtsbegriff des Versprechens, der einseitige Verpflichtungsakte bezeichnet. Vom antiken römischen Recht ausgehend, schildert der Beitrag in einem ersten, historischen Teil, welche Rolle das Versprechen bei der Entwicklung des neuzeitlichen Vertragsbegriffs spielte, um in einem zweiten, vergleichenden Teil das französische, deutsche, italienische und englische Recht daraufhin zu untersuchen, inwieweit nicht nur Verträgen, sondern auch Versprechen rechtliche Verbindlichkeit zukommt.

Der Frage, woher des Menschen moralische Versprechenskapazität stammt, nähert sich solch eine rechtsimmanente Betrachtung nur indirekt. Nietzsches Problem, wie es der »Natur« überhaupt gelungen ist, ein »Thier heran[zu]züchten, das versprechen darf«,⁴⁵ wird von Sigrid Köhler adressiert. Sie analysiert rechtsverbindliches Vereinbaren als Kulturtechnik, die durch das neuzeitliche Naturrecht per »Verinnerlichung« moralisch fundiert und damit für den Menschen und sein Empfinden prägend wurde. Dieser Prägung geht Köhler in ihrem Beitrag *Das Versprechen vor dem Vertrag – der Vertrag ohne Versprechen. Über Kulturtechniken der Verbindlichkeit um 1800 (Lafontaine, Kleist, Goethe)* nach, indem sie den Einsatz dieser juristischen Konzepte in der Literatur untersucht. In *Quinctius Heymeran von Flaming* (Lafontaine) ebenso wie in *Die Familie Schroffenstein* (Kleist) finden sich die Figuren wie in einem vorgesellschaftlichen Naturzustand und unternehmen es, durch ein Versprechen die Grundlage dafür zu schaffen,

⁴⁴ Vgl. dazu die Beiträge von Harst und Stöferle im vorliegenden Band.

⁴⁵ Nietzsche: Zur Genealogie der Moral, S. 291: »Ein Thier heranzüchten, das versprechen darf – ist das nicht gerade jene paradoxe Aufgabe selbst, welche sich die Natur in Hinsicht auf den Menschen gestellt hat?«. Vgl. dazu auch Schneider: Vorwort; Hartung: Zur Genealogie des Versprechens; sowie den Beitrag von Grefrath im vorliegenden Band.

überhaupt friedlich miteinander zu verkehren, bedeutungsvoll zu kommunizieren und sich lieben zu können. Diesen Szenen von »Versprechen vor dem Vertrag« stellt Köhler einen »Vertrag ohne Versprechen« aus Goethes *Die Wahlverwandtschaften* gegenüber, wo ein Vertrag trotz seines profanen Inhalts als leere Form das Ideal liebevoller Vereinigung darstellt.

Nicht jeder hat Nietzsches Problem. In einer Position, die Befähigung des Menschen zu verbindlicher Festlegung emphatisch affirmieren zu können, befindet sich besonders die katholische Kirche, was in der kanonischen Auffassung der Verbindlichkeit der Ehe augenfällig wird. Nach weltlichem Recht können Verträge nicht für die Ewigkeit geschlossen werden, sodass ein Vertragspartner die Bindung nach einer gewissen Zeit und unter Wahrung gewisser Fristen sogar gegen den Willen des Anderen wieder lösen kann.⁴⁶ Jedenfalls können die Parteien, weil der Vertrag nur für sie da ist, ihn jederzeit einvernehmlich beenden.⁴⁷ In ihrem Beitrag *Sakrament, Vertrag, Bund. Perspektiven der Verbindlichkeit im kanonischen Recht – am Beispiel der Eheschließung* erläutert Judith Hahn, warum es sich mit der Ehe unter Getauften anders verhält. Die Ehe ist nicht nur rechtlicher Vertrag, sondern zugleich heilsbringendes Sakrament und hat damit neben der horizontalen eine vertikale, auf Gott gerichtete Dimension, die sie der weltlichen Disposition entrückt. Das Zweite Vatikanische Konzil charakterisiert die Ehe als »Bund«, womit die Einheit von rechtlicher und sakramentaler Dimension des Ehevertrages und seine latente Mehrseitigkeit treffend umschrieben werden.

Ob als Rechtsinstitut, als errungene Kulturtechnik oder als gottgegebene Praxis: Dass Versprechen die ihnen zugedachte verbindliche Wirkung nicht immer haben oder diese Wirkung sich angesichts tatsächlicher Herausforderungen oft als zu schwach erweist, lehrt die Praxis. Den »Krisen der Verbindlichkeit« sind die beiden Beiträge des zweiten Kapitels gewidmet. Elke Dubbels handelt über *Leere Schwüre. Zur Krise der rechtlichen Verbindlichkeit und dem Versprechen ihrer Restitution in Kleists »Der zerbrochne Krug«*. Kleists Lustspiel stellt eine durch und durch brüchige Rechtsordnung dar, in der es dem Dorfrichter Adam vor allem darum geht, die eigene Schuld zu vertuschen. Der allgemeine Vertrauensverlust spiegelt sich darin, dass alle Figuren ihre Rede mit zahllosen Schwur- und Fluchformeln garnieren, die nicht nur ihre Bindungskraft, sondern zum Teil auch jede Bedeutung verloren haben. Dubbels analysiert diesen Sprachgebrauch vor dem Hintergrund der von Paolo Prodi erforschten politischen Funktion des Eides⁴⁸ und seiner von Giorgio Agamben untersuchten sprachlichen Struktur und

⁴⁶ Für diesen Grundsatz vgl. Hogrebe: Bindungsgrenzen.

⁴⁷ Problematisch ist allerdings die Frage, ob die Parteien ihre gemeinsame Gestaltungsmacht im Vorhinein in bestimmte Formen zwingen können, indem sie etwa vereinbaren, dass Änderungen der Schriftform bedürfen. Etwas anderes kann auch bei einem Vertrag zu Gunsten Dritter gelten; vgl. dazu im Beitrag von Albers, S. 67–70.

⁴⁸ Vgl. Prodi: Il sacramento del potere.

anthropologischen Bedeutung.⁴⁹ Der zweite Teil ihres Beitrags befasst sich mit dem ausführlichen Schluss des Stückes im sog. Variant, wo Gerichtsrat Walter die betroffene Eve zwar nicht durch Schwüre seiner Aufrichtigkeit, wohl aber mittels einer Wette zur Kooperation bewegen kann. Eine nähere Betrachtung dieses Sprachmanövers erweckt den Eindruck, dass erst dem in klingender Münze ausbezahlten Wettbetrag ein Vertrauen zukommt, das bloße Worte verloren haben.

Mit einer aktuellen Krise der Verbindlichkeit befasst sich der Beitrag von Verena Klappstein. Von der Alltagswahrnehmung ausgehend, dass Verabredungen nicht mehr eingehalten werden, untersucht sie *Moderne Unverbindlichkeit? Ein gesellschaftliches Phänomen und seine rechtliche Begleitung*. Als Faktoren dieser Unverbindlichkeit identifiziert Klappstein eine Beschleunigung der Zeit und Verengung des Raumes durch die technischen Bedingungen des modernen Lebens. Die vervielfältigten Möglichkeiten zur Interaktion stellen unentwegt vor Entscheidungen, wodurch die einzelnen Entscheidungen an Gewicht verlieren und unter Revisionsdruck geraten. Klappstein spiegelt diesen gesellschaftlichen Trend am rechtlichen Institut des Verbraucherwiderrufsrechts – der Befugnis, insbesondere im Fernabsatz geschlossene Verträge binnen zwei Wochen grundlos widerrufen zu können. Anhand der aktuellen Diskussionen über Reformen des Widerrufsrechts zeigt sie auf, wie sich Recht und gesellschaftliche Praxis wechselseitig verstärken können.

Das dritte Kapitel verhandelt mit *Liebe und Ehe* zwei Phänomene, die sich unter dem Gesichtspunkt der Institutionalisierung von Verbindlichkeit ebenso gegenüberstellen lassen wie Versprechen und Vertrag. An ihnen wird das doppelte Antlitz von Verbindlichkeit besonders anschaulich: Einerseits strebt die Liebe nach immer näherer Verbindung, andererseits kann Lust leicht in Last, Freiwilligkeit in Beengung umschlagen. Mit einem besonderen Raum zwischen Zwanglosigkeit und Regulierung befasst sich der Beitrag von Joachim Harst über *Höfische Verbindlichkeit. Ehe, Liebe und Versprechen*. Er geht von der Beobachtung aus, dass die mittelalterliche höfische Liebe, die wegen ihres außerehelichen Charakters gerne dem Recht kontrastierend entgegengestellt wird, wie das Recht selbst in der zeitgenössischen Literatur als ein Regelsystem gedacht wird. Das zeigt sich an der Institution von Liebesgerichtshöfen, vor denen im höfischen Spiel Liebe sogar eingeklagt werden kann. Anhand der bei Andreas Capellanus überlieferten Urteilssprüche untersucht Harst die Behandlung von Liebesversprechen und legt Beziehungen zu den Blankoversprechen offen, die in Ritterromanen eine wichtige Rolle für die Reflexion der höfischen Verbindlichkeit spielen.

Mag die Ehe an leichtlebigen Höfen als Ende der Liebe bezeichnet werden, so erscheint sie andererseits der bürgerlichen Gesellschaft als ihr Grundbaustein. Besonders deutlich wird dies im Werk von Rousseau. Das Verhältnis zwischen

⁴⁹ Vgl. Agamben: *Il sacramento del linguaggio*.

dem politischen *Contrat social* und dem Briefroman *Julie ou la Nouvelle Héloïse* ergründet der Beitrag von Dagmar Stöferle: *Zwischen contrat social und ›contrat civil. Gesellschaftsvertrag und Ehe bei Rousseau*. Die Autorin deckt auf, dass beide Texte das Problem verhandeln, wie eine freiwillige Ordnung aufrechterhalten werden kann, und dabei in paralleler Weise einerseits die Religion, andererseits die Liebe in den Blick nehmen, die als Nährstoffe der Ordnung zugleich ihre größte Bedrohung darstellen. Die fragile Bindung besteht nur, solange sie sich selbst erzeugen kann.

Die Frage, inwieweit die einmal eingegangene Bindung immer wieder erneuert werden muss, um Verbindlichkeit zu erhalten, stellt sich auch für das moderne Eherecht. Das zeigt der Beitrag von Katharina Kaesling über *Verbundenheit, Verbindlichkeit, Verantwortung: Das Eheversprechen nach dem Ende von Liebe und Ehe*. Die Ehegatten begründen durch ihren Konsens ein Rechtsverhältnis, dessen Ausgestaltung ihnen nicht freisteht. Es verpflichtet sie insbesondere zu gegenseitiger wirtschaftlicher Solidarität über das Ende der Ehe hinaus, wobei der naheheuliche Unterhalt vor allem ausgleichen soll, wenn ein Ehepartner wegen der Ehe geringere Verdienstmöglichkeiten hat, als er sie ohne die Ehe gehabt hätte. Im Vergleich zwischen Frankreich und Deutschland zeigt Kaesling aber einen interessanten Unterschied auf: Das französische Recht lässt den Unterhaltspflichtigen nur eintreten, soweit er die einzelnen Entscheidungen, die zu diesen Nachteilen führten, mitgetragen hat. Im deutschen Recht wirken hingegen etwa Karriere Nachteile wegen reduzierter Erwerbstätigkeit auch dann unterhaltserhöhend, wenn der andere Gatte dagegen war, dass der eine zu Hause blieb. In Deutschland umfasst also der anfängliche Ehekonsens pauschal die Entscheidungen des anderen während der Ehe, während der Konsens in Frankreich für einzelne Lebensentscheidungen aktualisiert werden muss, um ihre Konsequenzen zu erfassen. Angesichts des Gebots der einvernehmlichen Regelung der Haushaltsführung und der grundsätzlichen Eigenverantwortlichkeit plädiert die Verfasserin für eine Entwicklung des deutschen Rechts in Richtung auf das französische Modell.

Unter der Überschrift *Performativität und ihre Bedingungen* begreift das vierte Kapitel Versprechen als Sprechakte mit verpflichtender Wirkung⁵⁰ und fragt nach den Bedingungen für diese Wirksamkeit. Den analytischen Ansatz der Sprechakttheorie hat Adolf Reinach mit seiner Lehre der »sozialen Akte« vorweggenommen.⁵¹ Über den biographischen und wissenschaftshistorischen Hintergrund berichtet Jörg Schöpfer in seinem Beitrag *Adolf Reinachs Versprechen. Eine neue Rechtslehre für ein neues Jahrhundert*. Dabei verortet Schöpfer die

⁵⁰ Vgl. die Untersuchung von »performative utterances« durch Austin: *How to Do Things with Words*, S. 5 f. (mit dem Versprechen als Beispiel, S. 9); und Searle: *Speech Acts* (ebenfalls mit dem Beispiel des Versprechens: S. 16). Für Anwendungen auf die Lehre vom Rechtsgeschäft vgl. Archaylis: *Die juristische Willenserklärung*; Garofalo: *Le regole costitutive del contratto*.

⁵¹ Zu Reinach vgl. etwa auch Burkhardt: *Zwischen Idealismus und Sprechakttheorie*.

rechtsphänomenologische Methode Reinachs und schildert deren zunächst wenig günstige Aufnahme in der subjektphilosophisch geprägten Rechtswissenschaft.

Die präzise formale Beschreibung der Eigenschaften wirksamer Illokutionen lässt umso klarer die Frage im Raum stehen, warum gerade die beschriebenen Aussprüche performativ gelingen, andere hingegen nicht. Hierauf geben die letzten beiden Beiträge ganz unterschiedliche Antworten.

Diesseitigen Erklärungen entsagt Holger Grefrath in seinem Beitrag »*Versprechen*«. *Sprache und Bindung im Recht zwischen Versprechen und Magie*. Angesichts des Grundproblems, dass jeder Versprechende falsch spreche, weil er eine eigentlich unmögliche Aussage über die Zukunft mache, verwundere nicht, dass gerade modernste Theoretiker des Versprechens dessen Wirkung letztlich durch Mystizismen erklärten. Angesichts der »performativen Tautologie«⁵², die Rechtsbindung auch hinsichtlich des Versprechens ausmache, bleibe nichts, als dessen Charakter als Wortmagie zu affirmieren.⁵³ Recht basiere eben bis heute auf einer »Sakralisierung der Sprache«⁵⁴, die Grefrath historisch bei der Entwicklung der Spruchformeln durch die römischen *pontifices* verortet. Solche Sprache diene nicht in erster Linie dem Ausdruck von Gedanken, es mache vielmehr gerade die Magie ihres Wesens aus, Besagtes zu bewirken.

In Gegensatz zu diesem Geltungspostulat steht der Ansatz von Bertram Lomfeld, der die Verbindlichkeit von Versprechen dem Diskurs über ihre Gründe überantwortet.⁵⁵ Der Beitrag trägt den Titel *Versprechen als Vertrag. Skizze eines rechtlichen Expressionismus in 10 Bildern* und führt den Leser durch eine Kunstgeschichte, deren Prinzipien zugleich als solche der Rechtsgeschichte, genauer des Nachdenkens über Vertragsbindung präsentiert werden. Sie gipfelt in der Idee eines »rechtlichen Expressionismus«, der das performative und zugleich soziale Moment des Versprechens betont. Auch das einseitig anmutende Versprechen ist insofern immer zugleich Vertrag, als seine Wirkung von der Möglichkeit eines intersubjektiven Gesprächs über die Bindungsgründe abhängt, die das Recht garantiert.

Vielleicht werden auch die Lesenden die Versprechensgeltung nunmehr auf Magie zurückführen, oder sich die Hoffnung zu eigen machen, das Versprechen werde sich im rationalen Diskurs schon bewähren, vielleicht werden auch sie die beständige Zufügung von Liebe oder Religion als äußeren Nährstoff der Bindung für erforderlich halten. Wir wünschen uns jedenfalls, dass die mit der Erstellung und Rezeption dieses Bandes verbundenen Praktiken ein wenig dazu beitragen, die Verbindlichkeit von Versprechen anfachend zu erhalten.

⁵² Mit Derrida: Gesetzeskraft, S. 73.

⁵³ Mit Hägerström: Der römische Obligationsbegriff.

⁵⁴ Mit Gephart: Über den Ursprung des Zivilrechts in der Religion, S. 155 f.; dems.: *Religious Origins of Private Law*, S. 130f.; dems.: *Sacralization of Language*.

⁵⁵ Vgl. bereits Lomfeld: Gründe des Vertrages.