

ÉVA JAKAB

Antikes und modernes Vertragsrecht

Der verehrte Jubilar, Imre Molnár, beschäftigte sich tiefgehend mit den Problemen des römischen Vertragsrechts. In seinen Schriften über die *locatio conductio*¹ oder über die Haftungsordnung des römischen Privatrechts² setzte er sich konsequent mit der Botschaft der primären Quellen und des reichen modernen Schrifttums auseinander. Der vorliegende Beitrag soll meinen Respekt vor den Erfahrungen meines älteren Kollegen und vor dem Lehrstuhlvorgänger an der Universität Szeged, des Schülers unseren gemeinsamen Doktorvaters, Elemér Pólay, zum Ausdruck bringen.

Vertrag, Konsens und Willenserklärung – diese Kategorien bilden für den modernen Juristen eine selbstverständliche Einheit.³ Schuldverhältnisse werden überwiegend durch Rechtsgeschäfte, Verträge, d.h. durch Willenserklärungen – ob gegenseitige oder einseitige, unentgeltliche oder entgeltliche – begründet. „Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden“ – legt § 145 BGB ausdrücklich fest. Die herrschende Auffassung der kontinentaleuropäischen Rechtswissenschaft wurzelt stark in der Pandektistik, in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Es reicht hier darauf hinzuweisen, was etwa Bernhard Windscheid nachdrücklich hervorhob:

„Der obligatorische Vertrag besteht, wie jeder Vertrag, in der Vereinigung zweier Willenserklärungen. Die Erklärung des einen Vertragsschließenden ist darauf gerichtet, dass er zu einer Leistung verpflichtet sein wollte, die des anderen Vertragsschließenden darauf, dass er diesen Verpflichtungswillen ergreife, sich aneigne ... dass für ihn auf die Leistung, zu welcher der andere Theil verpflichtet sein zu wollen erklärt, ein Forderungsrecht entstanden sein solle.“⁴

¹ Vgl. insbesondere MOLNÁR IMRE: *Verantwortung und Gefahrtragung bei der locatio conductio zur Zeit des Prinzipats. Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II/14, Berlin al., 1982. 583–680. pp.

² MOLNÁR IMRE: *Die Haftungsordnung des römischen Privatrechts*, Szeged, 1998.

³ Die Vorlage des Manuskripts wurde am 23. Febr. 2014 an der Andrassy Universität in Budapest als Gastvortrag gehalten.

⁴ WINDSCHEID, BERNHARD: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Leipzig, 1900. 222–223. pp.

Nur wenigen der modernen Juristen ist es bekannt, dass dieses Konzept des Vertrags erst allmählich erarbeitet wurde. Es ist das Produkt einer juristischen Diskussion, die in der europäischen Rechtswissenschaft über zweitausend Jahre geführt wurde. In meinem Beitrag möchte ich einige Stationen dieses mühsamen Weges beleuchten — und damit auch die Frage stellen, in welche Richtung Theorie und Praxis künftig weiterschreiten werden.

Zum Ausgangspunkt wählte ich natürlich unser antikes Erbe. Bereits Franz Wieacker, ein führender Gelehrte der deutschen Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts erklärte, dass die abendländische Kultur auf drei Stützpfeilen beruhe: die griechische Philosophie, das römische Recht und die christliche Religion. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass all diese geistigen Strömungen einen wesentlichen Einfluss auf die Gestaltung des europäischen Vertragsrechts ausgeübt haben.

1) *Vertragsrecht im antiken Athen?*

Hypereides schildert in seiner Rede gegen Athenogenes einen seltsamen Sachverhalt, der eine sehr minimalistische Auffassung des Vertragsrechts vermittelt.⁵ Der Fall ist wie folgt: Ein Geschäftsmann, Athenogenes besaß mehrere Parfümläden; in einem davon arbeitete sein alter Sklave Midas mit seinen Söhnen. Ein junger Athener, Epikrates, verliebte sich in einen der Knaben und wollte ihn freikaufen. Athenogenes überzeugte ihn, alle drei Sklaven samt dem Laden für vierzig Minen (damals eine schöne Summe) zu erwerben. Der von Sehnsucht brennende Epikrates gab nach und die Parteien setzten einen schriftlichen Kaufvertrag auf; übrigens mit der Klausel, dass Epikrates auch die Haftung für die Schulden des Midas übernimmt. Gewiss, die Urkunde hat einige Gläubiger mit ausständigen Beträgen aufgezählt; schließlich wurde hinzugefügt „und was Midas wem immer noch schuldet“. Bald stellte sich heraus, dass die Schulden den Wert von 300 Minen erreichten. Epikrates, der Käufer, wirft in seiner Gerichtsrede Athenogenes vor, er habe gewusst, dass Midas schwer verschuldet sei und habe es ihm arglistig verheimlicht. Wir haben also einen Kaufvertrag und einen Prozess — und die juristische Frage, ob aus dem Kaufvertrag gehaftet bzw. geklagt werden kann.⁶

Epikrates wollte den Kauf rückgängig machen. Er gründete aber seine Forderung nicht auf die Haftung aus dem Kauf – das Recht Athens kannte dafür keine gerichtlich durchsetzbaren Auslegungsprinzipien. Vielmehr versuchte er die Richter mit weither geholten Analogien zu beeindrucken. Die Argumentation läuft nicht auf der juristischen, eher auf einer moralischen Ebene, etwa: Es sei ungerecht und in gewissen Situationen sogar gesetzlich verboten, den Partner zu betrügen, hintergehen, die Mängel der Kaufsache vor ihm zu verheimlichen. Das Recht beschütze allgemein nur rechtmäßige Handlungen, die rechtswidrigen seien hingegen unwirksam. Weiterhin bezieht er sich

⁵ Hyp. 3,15.

⁶ Vgl. dazu JAKAB, EVA: *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München, 1997. 86–87. pp.; TODD, STEVEN C.: *The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1993. 257. p.; VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, JULIE: *Droit Grec d'Alexandre à Auguste (323 av.J.-C. – 14 ap. J.-C.)*, II, Athènes, 2011. 271. p.

auf die Verkaufsvorschriften auf der Agora, die Betrug und Lügen allgemein verbieten und die redliche Bekanntgabe der Mängel der veräußerten Sklaven anordnen.

Die Argumentation legt es nahe, dass der Kaufvertrag selbst – als gegenseitige Willenserklärung – kein Schuldverhältnis begründete. Es gab kein „dispositives Kauf- oder Vertragsrecht“, in dem die primären Verpflichtungen und Forderungen umrissen worden wären. Die über den bereits vollzogenen Akt erstellte Urkunde diene bloß dazu, die Herkunft der Ware zu beweisen.

Auch Platon stellt auf diese Auffassung des Kaufs ab. In seinen *Nomoi*, in den von ihm erträumten Gesetzen eines Idealstaates betont er, dass die gegenseitigen Leistungen Zug um Zug ausgetauscht werden sollen; niemand soll dem Partner irgendeinen Aufschub geben – denn solche können auf dem Prozesswege nicht gefordert werden.⁷ Platons Vorschriften für den Kauf können für alle Verträge übertragen werden. Nach ihm seien die Vertragsverhältnisse im Dienste des Warenaustausches bloße lebenswichtige Fakten, die in den „hohen Gesetzen“ (in platonischem Sinne) keine Aufmerksamkeit verdienen.⁸

Das Vertragsrecht war also kein Thema für Richter oder Gesetzgeber im alten Athen. Aber die griechische Philosophie beschäftigte sich öfters mit der Problematik aus dem Aspekt der Gerechtigkeit. Auch diese Ausführungen gehören in gewissem Sinne zu den Grundlagen des Vertragsrechts. Etwa Aristoteles untersucht in seiner „Nikomachischen Ethik“ den Unterschied zwischen Entscheidung und Wille⁹ oder die Rolle einer subjektiven Gerechtigkeit, *pistis*.¹⁰ Anderswo analysiert er die Geschäftsbeziehungen unter dem Aspekt der *philia*, Freundschaft.¹¹ Er unterscheidet zwischen sittlicher und juristischer *philia*: Die juristische Freundschaft beruhe auf Vereinbarungen, die wieder in zwei Gruppen eingeteilt werden können: die rein kommerziellen, Zug-um-Zug-Geschäfte, und die auf *pistis*, Vertrauen und Treue, basierenden gestreckten Schuldverhältnisse, Leistungen mit Aufschub. Aber auch hier kommt er zu dem Schluss, dass die letzten nicht klagbar seien.

Zusammenfassend können wir feststellen, dass die Quellen des positiven Rechts Athens zwar keine Forderungen aus Konsens oder Vertrag anerkannten, aber die griechische Sittenlehre trat für eine moralische Verpflichtung ein, demgemäß Vereinbarungen mit gegenseitigem Vertrauen einzuhalten seien.

2) Römisches Recht

Einen ganz anderen Weg schlugen die Römer ein.¹² Aus der real existierenden Vielfalt der denkbaren Abkommen hoben sie gewisse Vertragstypen hervor: Diese und nur diese wurden rechtlich geschützt, d.h. klagbar gemacht. Es galt also ein strenger Typenzwang

⁷ Plat. nom. 915c.

⁸ JAKAB 1997, 64–69. pp.

⁹ Arist. NE 1111b.

¹⁰ Arist. NE 1113a ; v gl. dazu VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS 2011, 191. p.

¹¹ Arist. NE 1162b.

¹² Vgl. dazu auch WINKEL, LAURENS: *La vente entre les droits grec et romain*, in: FEENSTRA, ROBERT et al. (Hg.): Festschrift Hans Ankum, Amsterdam, 1995. 633–634. pp.

im Vertragsrecht.¹³ Dem zufolge wurde die Vertragsfreiheit wesentlich eingeschränkt. Das auf den ersten Blick steife System richtete sich jedoch nach dem Rechtsleben: Die für den Warenaustausch unentbehrlichen Vertragstypen wurden hervorgehoben und als Haupttypen der vertraglichen Beziehungen auch vom positiven Recht geregelt.

Dieser Vorgang basierte ebenfalls auf philosophischen und sittlichen Grundlagen. Aristoteles' Gedankengut fand etwa in die Auslegung der altrömischen *fides* bereits früh Eingang. Es reicht hier auf Cicero¹⁴ zu verweisen, der in seiner Schrift *De officiis* („Über die Pflichten“) überzeugend argumentiert:

„Die Grundlage der Gerechtigkeit ist aber die ‚Verlässlichkeit‘ (*fides*), d. h. die Standhaftigkeit und Wahrhaftigkeit der Zusagen und Übereinkünfte. Daher, wenn gleich das einem vielleicht zu gezwungen erscheint, wollen wir doch wagen, es den Stoikern gleichzutun, die unermüdlich erkunden, woher Wörter sich ableiten, und glauben, weil man nicht ungeschehen ‚lässt‘, was zugesichert wurde, sei die Bezeichnung ‚Verlässlichkeit‘ (*fides*) gewählt worden.“¹⁵

Diese Auffassung führte dazu, dass die *fides* – Verlässlichkeit oder Treue – im prätorischen Recht, in einer Art magistratischen Gesetzgebung, bereits früh als Haftungsgrundlage anerkannt wurde – vermutlich schon im Laufe des 3–2. Jh. v.Chr.¹⁶ Im Zuge dieses Prozesses wurde der Kanon der typisierten Verträge ausgeweitet. Die Klagbarkeit des jeweiligen Vertrags beruhte jedoch immer noch nicht auf einem allgemeinen Prinzip der Konsenslehre, also nicht auf der Basis der rechtlichen Anerkennung von wechselseitig verpflichtenden Willenserklärungen, sondern auf dem Vorhandensein verschiedener *causae*, rechtlich anerkannter Motive oder Gründe zum Rechtsgeschäft.

Das Ergebnis, ein geschlossenes System der klagbaren Verträge, kennen wir insbesondere aus dem „elementaren Lehrbuch“ des Gaius, eines bedeutenden Juristen des 2. Jahrhunderts n.Chr.:

„Und zuerst wollen wir solche [Obligationen] betrachten, die aus einem Vertrag entstehen. Von ihnen gibt es vier Gattungen: eine Verpflichtung kommt nämlich entweder durch Sachhingabe (*re*), oder durch Worte (*verbis*) oder durch briefliche Ermächtigung (*litteris*) oder durch Willensübereinstimmung (*consensu*) zustande.“¹⁷

Gaius teilte die Kontraktobligationen in solche, die durch Sachhingabe (*re*), durch Worte (*verbis*), durch Schrift (*litteris*) oder durch Konsens (*consensu*) begründet werden. Nur bei den letzten, bei den Konsensualverträgen genügt der formfrei erklärte *con-*

¹³ Vgl. dazu etwa KASER, MAX – KNÜTEL, ROLF: *Römisches Privatrecht*, 20. Aufl., München, 2014. 189–190. pp.; CROOK, JOHN A.: *Law and Life of Rome, 90 B.C. – A.D. 212*, Ithaca, 1984. 206–209. pp.

¹⁴ Cicero lebte von 106 – 43 v. Chr.

¹⁵ Cic. off. 1,7,23; Übersetzung von Heinz Gunermann.

¹⁶ Vgl. KUNKEL, WOLFGANG: *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in: KASER, MAX et al. (Hg.): *Festschrift für Paul Koschaker*, Bd. II, Weimar, 1939. 1–15. pp.

¹⁷ Gai. 3,89; Übersetzung von Ulrich Manthe.

sensus, die Willenseinigung, um ohne Sachleistung und ohne Formalakt eine klagbare Verpflichtung zu erzeugen.¹⁸

Formfreie Vereinbarungen, die diesem Schema nicht folgen, wurden *pacta* oder *pacta nuda* bezeichnet — eben weil sie nach dem *ius civile* nicht klagbar waren. Erst viel später wurden sie durch magistratische Maßnahmen aufgrund des allgemeinen Prinzips der *aequitas* – Billigkeit, Gerechtigkeit – gewissermaßen geschützt. Ulpian erklärt dazu:

„Dieses Edikt beruht auf der *aequitas*. Denn was entspricht der menschlichen Treue mehr als zu halten, worüber man sich untereinander geeinigt hat?“¹⁹

Einer der ältesten rechtlich anerkannten Verträge war die Stipulation, bei der die *civilis causa* durch die Einhaltung eines auferlegten Formzwanges erfolgte:

„Durch Worte kommt eine Verpflichtung zustande, wenn sie aus Frage und Antwort hervorgeht, zum Beispiel: ‚Gelobst du, dass gegeben wird? Ich gelobe‘ – ‚Wirst du geben? Ich werde geben ...‘“²⁰

Auf dieser Weise entstand ein abstraktes, rechtlich bindendes Versprechen auf eine beliebige Leistung, die verschuldensunabhängig erfüllt werden musste.²¹ Die mündliche Frage-Antwort bedeutete einen „weichen“ Formzwang; die Idee eines rechtlich bindenden Versprechens passte auch gut in das philosophisch-moralische Konzept der Gerechtigkeit hinein, wie wir es oben bereits in den Schriften des Aristoteles und des Cicero gesehen haben. Die Stipulation galt im Rechtsleben des Römischen Reiches für Jahrhunderte als der meist verbreitete Vertragstyp. Sie spielte auch später, in der Entwicklung des Vertragsrechts, eine zentrale Rolle.

In der Theorie, in den Schriften der römischen Juristen ist aber auch eine weitere Tendenz zu beobachten. In das Substantiv *contractus* wird bereits ab dem 1. vorchristlichen Jahrhundert das Element der vertraglichen Einigung hineingelegt. Auf dieser Weise kam man zum technischen Begriff des Schuldvertrags, aus dem mit einer *actio* des *ius civile* geklagt werden kann. Die vertragliche Einigung wurde nicht nur als äußeres Zusammenwirken, sondern als die auf den Vertragszweck gerichtete Willenseinigung aufgefasst:

„Das Wort *conventio*, Übereinkommen, Einigung, Vertrag, ist ein allgemeines und erfasst alle Fälle, in denen diejenigen, die miteinander rechtlich zu tun haben, im Abschluss oder in der Erledigung eines Rechtsgeschäfts übereinstimmen ... Der Begriff *conventio* ... ist aber derart allgemein, dass Pedius treffend sagt, es gebe keinen Vertrag, kein Schuldverhältnis, das nicht ein Übereinkommen in sich trage ... denn

¹⁸ Gai. 3,135; vgl. dazu NELSON, HEINZ W. – MANTHE, ULRICH: *Studia Gaiana VIII. Gai Institutiones III 88–181*, Berlin, 1999. 229–236. pp.

¹⁹ D. 2,14,1 pr.: *quam ea quae inter eos placuerunt servare?*

²⁰ Gai. 3,92.

²¹ Siehe dazu vor kurzem FINKENAUER, THOMAS: *Vererblichkeit und Drittwirkung der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen, 2010. 25. p. und 440. p.

auch die Stipulation, die durch Worte zustande kommt, ist, wenn sie keinen Konsens enthält, nichtig.“²²

Pedius war ein anerkannter Jurist in Rom, der an der Wende des 1-2. Jahrhunderts wirkte. Obwohl die ältere Anschauung den Verpflichtungsgrund der Stipulation ausschließlich in der rituellen Wortform sah, vertrat Pedius bereits die Ansicht, dass kein Vertrag ohne das innere Moment der Willensübereinstimmung entstehen könne.²³ Sogar die Stipulation, diese einseitige Obligation ist erst dann als wirksam anzusehen, wenn sie auf einem Konsens unter den Parteien beruhe. Nach dieser Erkenntnis wird die Berücksichtigung von Umständen, die im Wortlaut nicht angeführt sind, in der Auslegung der Stipulation immer mehr zugelassen. Der Wille wird zunehmend berücksichtigt; bei unklaren Erklärungen reicht es, wenn der Inhalt nur andeutungsweise enthalten ist. Das *Corpus Iuris* bot damit ein bemerkenswertes System, das im praktischen Ergebnis allen Vereinbarungen in der einen oder anderen Form Rechtsschutz gewährte, trotzdem kein allgemeines Vertragsrecht kannte.

Auf diesem Pfad gelang man auch zu einem allgemeinen Begriff des Schuldverhältnisses, das bereits im 6. Jahrhundert n.Chr. sehr ähnlich definiert wurde, wie wir es heute etwa aus dem BGB kennen:

„Das Schuldverhältnis ist ein rechtliches Band, durch das uns der Zwang auferlegt wird, nach dem Recht unseres Gemeinwesens irgendeine Leistung zu erbringen.“²⁴

Der Zwang, um eine Leistung zu erbringen, ging in das neuzeitliche Konzept des Vertrags als *iuris vinculum*, rechtliches Band, ein. Diese Definition der Obligation dürfte ursprünglich in der archaischen Form der Personalexekution gewurzelt haben, die zur Schuldknechtschaft des Haftenden führte. Diese Bedeutung ging jedoch bald verloren, aber die Wendung wurde in bildreichen Metaphern tausend Jahre lang jedem werdenden Juristen nahe gelegt.

3) Mittelalter, *Usus modernus*, *Humanismus* ...

Etwa der berühmte Glossator *Accursius*, Lehrer und Kommentator des justinianischen Rechts, färbt das Bild im 13. Jahrhundert weiter als er das Wesen der Obligation anschaulich erklärt:

„Ein Rechtsband, d. h. Recht das bindet, und also ist sie [die Verbindlichkeit] eine unkörperliche Sache, vgl. oben Inst. 2,2, am Ende. Wie ja Ochsen mit Seilen wahr-

²² Ulpian D. 2,14,1,3.

²³ Vgl. dazu KNÜTEL, ROLF: *Stipulatio und pacta*, in: MEDICUS, DIETER – SEILER, HANS HERMANN (Hg.): Festschrift Max Kaser, München, 1976. 201. p.; KNÜTEL, ROLF: Zur Auslegung und Entwicklung der Stipulation im klassischen römischen Recht, in: AVENARIUS, MARTIN et al. (Hg.): Festschrift Okko Behrends, Göttingen, 2009. 223. p.

²⁴ Inst. 3,13 pr.

nehmbar festgebunden werden, so werden Menschen durch Worte geistig gebunden, wie oben [D. 50,16,23].“²⁵

Accursius ist ein Vertreter der sogenannten *mos Italicus* — mit diesem Stichwort wird im Schrifttum die Rechtslehre der norditalienischen Universitäten des 12–13. Jahrhunderts bezeichnet.²⁶ Seine Definition wurde zweihundert Jahre später von einem französischen Humanisten, Antoine Loisel²⁷ beinahe unverändert übernommen – obwohl die Schule der *mos Gallicus* die früheren Kollegen aus Italia harsch kritisierte:

„On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations romains.“

„Man bindet die Ochsen bei ihren Hörnern und die Menschen durch ihre Worte, und ein einfaches Versprechen oder Übereinkommen hat denselben Wert wie die römischen Stipulationen.“²⁸

Diese liberal anmutende Definition bedeutete aber noch weit nicht, dass Accursius, Loisel oder die französische Humanisten alle Verträge für klagbar und gleichwertig erklärt hätten ...

Aber kehren wir noch kurz zum Problem des allgemeinen Vertragsrechts zurück. In der Lehre des Mittelalters sind zwei rechtswissenschaftlichen Richtungen zu beobachten, die sich auch zu unserem Thema unterschiedlich geäußert haben: die der Legisten und der Kanonisten.²⁹ Die Legisten, die weltlichen Juristen, hielten an den Lösungen des römischen Rechts überwiegend fest: Der Konsens sei zwar ein wesentliches Element des Vertrages, aber die Klagbarkeit trete erst ein, wenn auch ein weiteres Element (*re, verbis, litteris*) vorhanden sei. Dieses Element wird in den Quellen *vestmentum* genannt – als Gegensatz zu einem *pactum nudum*.

Die Kanonisten traten hingegen für ein einheitliches Vertragssystem ein. Dabei wurde das alte, im prätorischen Recht erarbeitete Prinzip *pacta sunt servanda* aus seinem Kontext gerissen und verallgemeinert. Die Kanonisten fanden die gesetzliche Grundlage dafür in einem Fragment des *Decretum Gratiani*, das ursprünglich aus einem afrikanischen Konzil aus dem Jahre 348 n.Chr. zitiert:

„Der Bischof Antigonos sprach, und darunter: Entweder müssen die eingegangenen Pakte rechtskräftig sein, oder der Vorgeladene, wenn er sich nicht daran hält, muss die kirchliche Disziplin fühlen. Alle sagten: der Frieden wird gewahrt, die Pakten sollen eingehalten werden.“³⁰

²⁵ Glosse zu Inst. 3,13 pr.

²⁶ Vgl. JAKAB, EVA: *Brissonius in Context: De formulis et solennibus populi Romani verbis*, in: CAIRNS, JOHN W. (Hg.): *Legal Humanism*, Edinburgh 2014 (im Druck).

²⁷ Antoine Loisel, 1536–1617.

²⁸ LOISEL, ANTOINE: *Institutes coutumières* 342.

²⁹ COING, HELMUT: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 2.1, München, 1977. 368. p. und 491. p.

³⁰ *Decretum Gratiani* X, 1,35,1.

Jede, auch eine formlose Vereinbarung solle eingehalten werden, weil jeder Bruch eines Versprechens als moralisch verwerfliche Handlung zu verurteilen sei. *Pacta sunt servanda* – die Willenserklärungen binden, die erzeugen in jedem Falle ein wirksames, klagbares Schuldverhältnis. *Ex pacto nudo oritur actio et obligatio* – auch Vereinbarungen ohne *civilis causa* sollen nach kanonischem Recht klagbare Schuldverhältnisse hervorrufen. Diese Auffassung führte zu einer allgemeinen Theorie des Vertrags, worin Stipulationen und *pacta* gleichgesetzt wurden.

Oben haben wir bereits festgestellt, dass jeder klagbarer Vertrag (*contractus*) im römischen Recht eine *causa*, ein Motiv oder Rechtsgrund, aufweisen musste. Die mittelalterliche Rechtslehre hat diese Voraussetzung auch für die *pacta* ausgedehnt. Diese These wurde bereits in den Schriften des Thomas von Aquin betont.³¹ Er argumentierte mit der Lehre des Aristoteles, der nach alle Naturereignisse eine Ursache hatten — und daraus folgt, dass alle erzwingbare (klagbare) Schuldverhältnisse ebenfalls eine Ursache, eine *causa* haben müssen: die *causa efficiens* oder das Motiv, der Grund für den Vertrag. Das *pactum nudum* sei ein Vertrag ohne „seriösen Grund“. Baldus³² begründet diese Lehre wie folgt:

„Wo es keine Ursache gibt, gibt es kein Verursachtes, und so kann aus einem unbekleideten (nackten) *pactum* keine Klage hervorgehen: weil eine Klage (*actio*) etwas Verursachtes ist, deswegen kann es nicht ohne Ursache entstehen.“³³

Durch die *causa*-Lehre konnte der Gegensatz zwischen Legisten und Kanonisten, zwischen dem römischen und dem kanonischen Recht weitgehend aufgehoben werden. Damit wurde der Weg zu einem allgemeinen Vertragsrecht geebnet.

Eine wesentliche Wendung erfolgte im sogenannten *Usus modernus*, im 16–17. Jahrhundert, wann die kanonistische Vertragslehre in die Gesetzgebung und in die weltliche Rechtswissenschaft rezipiert wurde. Zur Rechtfertigung dienten Verweise auf die gängige Praxis oder auf germanische Vorbilder.³⁴

Das Konzept eines einheitlichen Vertragsrechts wurde auch dadurch verstärkt, dass der alte römischrechtliche Unterschied zwischen den Obligationen *bonae fidei* und *stricti iuris* aufgelöst wurde. Bereits die Kanonisten betonten, dass nach der *aequitas canonica*, nach dem Grundprinzip der Billigkeit des kanonischen Rechts, eigentlich alle Verträge als *bonae fidei*, also auf Treu und Glauben basierend zu betrachten seien. Diese liberale Auffassung wurde von dem *ius commune* übernommen – und damit machte die europäische Rechtsentwicklung wieder einen großen Schritt Richtung allgemeines Vertragsrecht.

Bis zum Anfang der Neuzeit hat sich der Gedanke völlig durchgesetzt, dass jede Vereinbarung ein rechtlich bindendes Schuldverhältnis erzeugt, also klagbar ist. Das

³¹ Thomas von Aquin, 1225–1274.

³² Baldus, 1319–1400.

³³ Baldus, *Commentaria ad Decretales I, De pactis*, n. 14.

³⁴ Vgl. Tac. *Germ.* 24 – über die germanische Treue.

Prinzip wurde in Theorie und Praxis allgemein akzeptiert und fand rasch in die einzelnen Partikularrechte in Europa überall Eingang.

Dazu kam, dass das Naturrecht, das um 1600 bereits einen großen Einfluss hatte, auch auf die Klagbarkeit aller Verträge abstellte – jedoch aus ganz anderen Gründen. Einerseits galt das Grundprinzip der Freiheit und Gleichheit: Jeder habe einen freien Willen, jeder sei also frei, sich durch eine Vereinbarung zu binden. Daraus folgt, dass der einmal abgeschlossene Vertrag eingehalten werden soll. Andererseits sei der Mensch auf Selbstentwicklung, Selbsterhaltung und Geselligkeit angelegt. Daraus folgt, dass keiner seine Mitmenschen verletzen oder schädigen dürfe – wenn doch, dann soll er den Schaden in jedem Falle ersetzen. Nach Hugo Grotius³⁵ gehört zur natürlichen Handlungsfreiheit des Menschen auch die Macht, von einem anderen Menschen eine Leistung einzufordern:

„Es entspricht nun dem Recht der Natur, Verträge zu halten. Denn irgendein Weg, sich zu verpflichten, ist für die Menschen notwendig, und ein natürlicherer als der Vertrag lässt sich nicht auffinden. Aus dieser natürlichen Quelle ist das bürgerliche Recht entstanden. Denn die, welche sich einer Gemeinschaft anschließen und einem oder mehreren unterwerfen, versprochen entweder ausdrücklich oder stillschweigend, wie man nach der Natur der Sachen annehmen muss, dass sie befolgt werden, was entweder die Mehrheit der Genossen oder die, welchen die Macht übertragen war, festsetzen würden.“³⁶

Diese Auffassung führte in einer geraden Linie zu der verfeinerten Dogmatik der Pandektistik, die in dem eingangs zitierten Text von Bernhard Windscheid so umsichtig und treffend artikuliert wurde. Es soll hier gar nicht besonders hervorgehoben werden, wie tief dieses Konzept im sozialen und wirtschaftlichen Kontext seiner Zeit wurzelte.

³⁵ Hugo Grotius, 1583–1645.

³⁶ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis, prolegomena* 8,15.