

Marc-Philippe Weller*

Das Vertrags- und Konsensprinzip

Vom Naturrecht über *Domat* und *Pothier* zum Code Civil (1804)

*"Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil."*¹

Napoleon Bonaparte

I. Einführung

Ulrich Hübner zählte zu den „Großen“ der deutsch-französischen Verständigung: Pionierarbeit leistete er mit dem von ihm im Jahr 1989 initiierten Studiengang zwischen den Universitäten Köln und Paris I (Sorbonne), der eine komplette grundständige Ausbildung in zwei Rechtsordnungen zum Doppelabschluss LL.B./Maîtrise bietet und an dessen Erfolg andere Partnerschaftsprogramme in Deutschland bis heute nicht heranreichen.² Das rechtsvergleichende Lehrbuch *Ulrich Hübners* zum französischen Recht ist inzwischen ein Klassiker.³ Der Verfasser hatte als von *Heinz-Peter Mansel* betreuter Kölner Habilitand das Glück, in vielfältiger Weise auch von *Ulrich Hübner* gefördert zu werden. In dankbarem Gedenken seien ihm vor diesem Hintergrund die Zeilen zur Entstehung des modernen Vertragsbegriffs, wie er im Code Civil (1804) Eingang gefunden hat, gewidmet. Zur Erkenntniserhellung wird rechtsvergleichend auch das deutsche Recht mit einbezogen.

Der Vertrag gilt als „König des Privatrechts“ (unter II.). Prägnant zum Ausdruck bringt dies die berühmte Formulierung des Art. 1134 Code Civil: „*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*“ Der Code Civil ist die wirkungsmächtigste der großen Naturrechtskodifikationen am Wendepunkt vom 18. zum 19. Jahrhundert und bis heute das weltweit einflussreichste Gesetzbuch.⁴ Die Leitgedanken des Code Civil knüpfen an den tradierten Prinzipien des *Ancien Droit* an, atmen zugleich jedoch den Geist der Französischen Revolution von 1789 (unter III.).

* Der Verfasser, *Licencié en droit* (Montpellier), dankt seinen Lehrstuhl-Mitarbeitern *Johanna Bauer* und *Philip Ridder* für ihre Mitwirkung bei der Erstellung des Manuskriptes.

¹ Die Erinnerungen von *Napoleon Bonaparte* (1769 - 1821) wurden im Anschluss an tägliche Unterredungen aufgezeichnet von *Emanuel de Las Cases*, *Mémorial de Ste Hélène*, 1823.

² *Barsan/Fluhrer/Dilling/Rusche*, Der deutsch-französische Studiengang Rechtswissenschaft Köln/Paris: Mehr als 20 Jahre gelebte europäische Juristenausbildung, ZEuP 1/2013.

³ *Hübner/Constantinesco*, Einführung in das französische Recht, 4. Aufl. 2001.

⁴ *Hübner/Constantinesco* (Fn. 3), S. 155; *Gross*, Der Code Civil in Baden, 1993, S. 9 f.

Für den Bereich des Vertragsrechts baut der Code Civil auf den Naturrechtslehren auf. Deren Errungenschaften für den modernen Vertragsbegriff sind insbesondere das *Vertragsprinzip*, mithin die Abkehr von der *einseitigen* Versprechensbindung hin zum Aktstypenzwang des *zweiseitigen* Rechtsgeschäfts bei rechtlichen Dispositionen unter Lebenden, sowie das *Konsensprinzip*, d.h. die Reduktion des Vertragsentstehungsstatbestandes auf den korrespondierenden autonomen Willen der Parteien (unter IV.). Im Einzelnen lässt sich diese Entwicklung von *Hugo Grotius* über *Samuel Pufendorf*, *Christian Thomasius* und *Christian Wolff* in Deutschland sowie *Jean Domat* und *Robert Joseph Pothier* in Frankreich nachzeichnen (unter V.). Kulminationspunkt dieser Entwicklung sind die Naturrechtskodifikationen, insbesondere der *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* (1756), das *Preußische Allgemeine Landrecht* (1794) sowie der *Code Civil* (1804), dessen Vertragsbegriff abschließend skizziert wird (unter VI.).

II. Der Vertrag als „König des Privatrechts“

Der Vertrag gilt als „König des Privatrechts“⁵, das Privatrecht wiederum als die jahrtausendealte „Königsdisziplin“ der Rechtswissenschaften.⁶ Die „Krönungsmesse“ des Vertragsrechts lässt sich auf die Zeit des 17. und 18. Jahrhunderts datieren, geht doch der moderne Vertragsbegriff auf das Natur- und Vernunftrecht dieser Zeit zurück.⁷

Die Naturrechtslehren sehen im Vertrag ein Instrument, das den Menschen die Möglichkeit eröffnet, ihre Bedürfnisse zu befriedigen und sich untereinander mit lebenswichtigen Gütern zu versorgen.⁸ Zitiert sei *Jean Domat* (1625 - 1696), einer der geistigen Väter des *Code Civil*,⁹ der den Verträgen (*conventions*) eine zentrale Funktion in der menschlichen Gesellschaft zuweist:

„L'usage des conventions est une suite naturelle de l'ordre de la société civile, & des liaisons que Dieu forme entre les hommes. Car comme il a rendu nécessaire pour tous leurs besoins, l'usage réciproque de leur industrie, & de leur travail, & les différents commerces des choses; c'est principalement par les conventions qu'ils s'en accommodent.“¹⁰

⁵ *Jahn*, FAZ v. 3.5.2010, S. 12, unter Bezug auf *Weller*, *Die Vertragstreue*, 2009, S. 560 ff.; zustimmend *Rittner*, JZ 2012, 269, 270.

⁶ So *Jouanjan*, in: v. Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. 4, 2011, § 69, Rn. 42; *Kiesow*, FS Gunther Teubner (2009), S. 333, 335.

⁷ *Gordley*, *Natural Law Origins of the Common Law of Contract*, in: John Barton (Hrsg.), *Towards a General Law of Contract*, 1990, S. 367, 368 ff.; *Nanz*, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, 1985, S. 135 ff.; *Zimmermann*, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996, S. 544, 566 ff.; HKK/*Hofer*, vor § 145, Rn. 13; HKK/*Thier*, § 311, Rn. 19 f.; *Steinwenter*, *JurBl* 72 (1950), 197 f.

⁸ *Hofmann*, *Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere der Vertrag*, mit Rücksicht auf Siegel's „das Versprechen als Verpflichtungsgrund“, 1874, S. 85 ff.; HKK/*Hofer*, vor § 145, Rn. 25; *Zimmermann*, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996, S. 544 mit Fn. 237 und S. 566 f.

⁹ Näher zu *Domat* infra unter V.5.

¹⁰ *Domat*, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Bd. I, 1702, *Première Partie*, *Livre Premier*, S. 19.

III. Der Code Civil von 1804

1. Rechtliche Ausgangslage

Ebenso wie in Deutschland herrschte in Frankreich ursprünglich ein Zustand der Rechtszersplitterung:¹¹ Während im Süden das auf dem römischen Recht basierende geschriebene Recht (*droit écrit*) Anwendung fand, war der Norden Frankreichs vom Gewohnheitsrecht germanischen Ursprungs (*droit coutumier*) bestimmt.¹² Erste auf Rechtsvereinheitlichung zielende Impulse gingen jedoch bereits ab dem 16. Jahrhundert vom wiedererstarkten Königtum aus, welches durch die königlichen *ordonnances* seine politische Machtstellung festigen und die Zentralisierung vorantreiben wollte.¹³ Mit zunehmendem Einfluss der Aufklärung sowie der natur- und vernunftrechtlichen Lehren rückte das Bedürfnis nach einer Vereinheitlichung des Rechts und der Entwicklung abstrakter Rechtsprinzipien immer stärker in den Vordergrund.¹⁴ Besondere Bedeutung für den späteren Code Civil hatten hauptsächlich die von *Jean Domat* (1625 - 1696) in seinem Werk „*les lois civiles dans leur ordre naturel*“ entwickelten naturrechtlichen Ideen wie auch die Arbeiten von *Robert Joseph Pothier* (1699 - 1772), die das römische Recht und das *droit coutumier* mit den neuen naturrechtlichen Vorstellungen verbanden.¹⁵ Zusammen mit der Sammlung von Rechtssprichwörtern („*Maximes et institutes coutumières*“) des Pariser Anwalts *Antoine Loisel* (1536 - 1617)¹⁶ bilden sie eine der Hauptquellen des späteren Code Civil.¹⁷ Den finalen Anstoß zur Schaffung einer einheitlichen Kodifikation gaben schließlich die französische Revolution 1789 und die sich anschließende Herrschaft *Napoleon Bonapartes*.¹⁸

2. Entstehungsprozess

Zu den Leitprinzipien der Revolution zählen die Einheit des Staates, dessen Trennung von der Kirche (Laizismus) sowie die Gleichheit aller Bürger. Mit den überkommenen zivilrechtlichen Regelungen ließen sich diese Errungenschaften nicht mehr vereinbaren,¹⁹ weswegen eine Kodifikation des gesamten Zivilrechts nun umso vehementer gefordert wurde.²⁰ Dieses Petitum mündete sogar in einem eigenen Leitsatz im 1. Abschnitt („*dispositions fondamentales garanties par la constitution*“) der Verfassung von 1791: „*Il sera fait un Code de lois civiles, commun à tout le royaume.*“²¹ Die

¹¹ Hübner/Constantinesco (Fn. 3), 4. Aufl. 2001, S. 1.

¹² Sonnenberger/Autexier, Einführung in das französische Recht, 3. Aufl. 2000, S. 19.

¹³ Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 87.

¹⁴ Hübner/Constantinesco (Fn. 3), 4. Aufl. 2001, S. 3; vgl. auch Ourliac/Gazzaniga, Histoire du droit privé français, 1985, S. 163; Zachariä/Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts, Band 1, 8. Aufl. 1894, S. 37 f.

¹⁵ Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 91 f.; Hübner/Constantinesco (Fn. 3), 4. Aufl. 2001, S. 3.

¹⁶ Hierzu Ourliac/Gazzaniga, Histoire du droit privé français, 1985, S. 158.

¹⁷ Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 91 f.; Hübner/Constantinesco (Fn. 3), 4. Aufl. 2001, S. 3.

¹⁸ Sonnenberger/Autexier, Einführung in das französische Recht, 3. Aufl. 2000, S. 20.

¹⁹ Zachariä/Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts, Band 1, 8. Aufl. 1894, S. 38 f.

²⁰ Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 89.

²¹ Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 89; Zachariä/Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts, Band 1, 8. Aufl. 1894, S. 39.

Umsetzung des Kodifikationsvorhabens scheiterte jedoch zunächst an den instabilen politischen Verhältnissen, die sich in den Hinrichtungen von *Louis XVI* (1793) und *Robespierre* (1794) sowie einem viermaligen Wechsel der Verfassungsform seit 1789 manifestierten; zwar wurden dem zuständigen Nationalkonvent vom Präsidenten der Gesetzgebungskommission *Cambacérés* insgesamt drei Entwürfe eines Code Civil vorgelegt, diese wurden jedoch als zu wenig fortschrittlich verworfen.²²

Die Verhältnisse ordneten sich erst wieder mit der Machtergreifung *Napoleon Bonapartes* im Jahr 1799.²³ Dieser setzte bereits am 13.8.1800 eine Kommission zur Schaffung eines Zivilgesetzbuches ein, die aus je zwei Mitgliedern aus den Gebieten des *droit écrit* (*Portalis* und *Maleville*) und des *droit coutumier* (*Tronchet* und *Bigot de Préameneu*) bestand²⁴ und schon vier Monate später einen ersten Entwurf präsentieren konnte.²⁵ An den Beratungen nahm *Napoleon*, der 1802 seine Ernennung zum Konsul auf Lebenszeit und 1804 die Krönung zum Kaiser erwirkt hatte, häufig persönlich teil.²⁶ Schließlich trat die aus 36 Gesetzen bestehende Kodifikation am 21.3.1804 als „*Code Civil des Français*“ in Kraft²⁷, wobei man die ursprüngliche Fassung bis heute als „*Code Napoléon*“ bezeichnet.²⁸

Der Code Civil wurde nicht nur in den von *Napoleon* unterworfenen Gebieten eingeführt und gilt dort zum Teil bis heute fort (Belgien, Luxemburg), sondern wurde von vielen Staaten auch freiwillig rezipiert und zum Vorbild für die eigene Rechts-Kodifikation genommen (einige Staaten Lateinamerikas, Rumänien, Spanien, Portugal, Ägypten).²⁹ Letzteres gilt namentlich für das Großherzogtum Baden, wo der Code Civil als Badisches Landrecht auch nach der Befreiung von der napoleonischen Herrschaft auf freiwilliger Basis bis zur Einführung des BGB im Jahr 1900 fortgegolten hat.³⁰ Dementsprechend wurde an den Universitäten Heidelberg und Freiburg der Code Civil von 1810 bis 1900 als heimisches Recht gelehrt und zum Hauptgegenstand der juristischen Staatsprüfungen gemacht.³¹ Das Handbuch des französischen Civilrechts (1. Aufl. 1808)

²² *Zachariä/Crome*, Handbuch des französischen Zivilrechts, Band 1, 8. Aufl. 1894, S. 40 f.; *Hübner/Constantinesco* (Fn. 3), 4. Aufl. 2001, S. 3. Das Übergangsrecht dieser Phase zwischen 1789 und der Schaffung des Code Civil wird heute als *droit intermédiaire* bezeichnet, *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 89.

²³ *Zachariä/Crome*, Handbuch des französischen Zivilrechts, Band 1, 8. Aufl. 1894, S. 41.

²⁴ *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 93.

²⁵ *Hübner/Constantinesco* (Fn. 3), 4. Aufl. 2001, S. 3; *Zachariä/Crome*, Handbuch des französischen Zivilrechts, Band 1, 8. Aufl. 1894, S. 41 f.

²⁶ *Hübner/Constantinesco* (Fn. 3), 4. Aufl. 2001, S. 3; *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 94.

²⁷ *Zachariä/Crome*, Handbuch des französischen Zivilrechts, Band 1, 8. Aufl. 1894, S. 46.

²⁸ *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 94.

²⁹ *Hübner/Constantinesco* (Fn. 3), S. 155; *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 101; *Sonnenberger/Autexier*, Einführung in das französische Recht, 3. Aufl. 2000, S. 108.

³⁰ *Gross*, Der Code Civil in Baden, 1993, S. 10, 25; *ders.*, Code Napoléon – Badisches Landrecht: Wegbereiter deutscher Rechtsgeschichte, 1997, S. 24 ff., 27: „Baden [kann] sich rühmen, in eigenständiger Weise das erste Tochterrecht des Code Civil und das einzige auf deutschem Boden geschaffen zu haben.“

³¹ *Gross*, Code Napoléon – Badisches Landrecht: Wegbereiter deutscher Rechtsgeschichte, 1997, S. 24, 30.

des Heidelberger Professors *Karl Salomo Zachariae*³² erzielte dabei sogar in Frankreich durchschlagenden Erfolg.³³

3. Kennzeichen

Der Code Civil zeichnet sich dadurch aus, dass er das Recht des *Ancien Régime*, also die *coutumes* und das durch die Naturrechtslehren weiterentwickelte römische Recht sowie die *ordonnances*, mit dem neuen Gedankengut der Revolution verbindet.³⁴ Obwohl der *Code Napoléon* keinen Bruch mit den alten Traditionen und Ansichten verfolgt und ihm stellenweise sogar – begründet mit der natürlichen Ordnung („*ordre naturel*“) – patriarchalische Strukturen zugrunde liegen, die Frauen und (uneheliche) Kinder erheblich benachteiligen³⁵, ist er doch geprägt von den Revolutionsmaximen „*liberté, égalité, fraternité*“ und gilt als wichtiger Schritt hin zur modernen Bürgergesellschaft des 19. Jahrhunderts.³⁶ Der Code Civil beseitigt die ständischen Schranken³⁷ und gewährleistet die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz, was unter anderem die Abschaffung der lehensrechtlichen Eigentumsunterscheidung zwischen *dominium directum* und *dominium utile* erhellt.³⁸ Durch die Verwendung von Generalklauseln³⁹ wird der Rechtsprechung genügend Raum gegeben, um sich an neue Entwicklungen anzupassen.⁴⁰

4. Vertrags- und Eigentumsfreiheit als Leitprinzipien

Auch der Individualismus findet Eingang in die Kodifikation, wobei sowohl die Forderung nach freier persönlicher Entfaltung als auch die nach Sicherheit des Privateigentums umgesetzt wird: Zünfte und die Unterordnung der Bürger unter Verbände⁴¹ wer-

³² Näher zu Leben und Werk *Schroeder*, „Eine Universität für Juristen und von Juristen“ – Die Heidelberger Juristische Fakultät im 19. und 20. Jahrhundert, 2010, S. 32 ff.

³³ Das Handbuch erschien letztmals 1894 in einer von *Crome* bearbeiteten 8. Auflage. Allerdings knüpften die Straßburger Professoren *Aubry* und *Rau* in ihrem bis heute nachwirkenden Klassiker „*Cours de Droit Civil d'après la méthode de Zachariae*“ (1. Aufl. 1869) daran an, *Gross*, Code Napoléon – Badisches Landrecht: Wegbereiter deutscher Rechtsgeschichte, 1997, S. 24, 32 ff.

³⁴ *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 93; *Ourliac/Gazzaniga*, Histoire du droit privé français, 1985, S. 167.

³⁵ *Sonnenberger/Autexier*, Einführung in das französische Recht, 3. Aufl. 2000, S. 106.

³⁶ *Boehmer*, Der Einfluß des Code Civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland, AcP 151 (1950/1951), 289, 292; *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 100; *Gross*, Der Code Civil in Baden, 1993, S. 8.

³⁷ *Sonnenberger/Autexier*, Einführung in das französische Recht, 3. Aufl. 2000, S. 106.

³⁸ *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 101.

³⁹ Vgl. z.B. Art. 1131: L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet; Art. 1134: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi; Art. 1135: Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature; Art. 1382: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

⁴⁰ *Hübner/Constantinesco* (Fn. 3), S. 3; *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 99 f.

⁴¹ Vgl. demgegenüber noch das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794: § 476: Will jemand unter dem Schutze des Staats kaufmännische Geschäfte treiben: so muß er dazu die *Erlaubniß der Obrigkeit* nachsuchen. § 479: Wo *Kaufmannsgilden oder Innungen* vorhanden sind, muß ein darin aufzunehmendes Mitglied den Erfordernissen der Innungsartikel, sowohl in Ansehung der Lehrjahre, als sonst, ein

den abgeschafft⁴², die Bürger können ihre Wirtschaftsbeziehungen untereinander vielmehr selbst durch Vertrag regeln, wobei Vertragsfreiheit und Privatautonomie die Leitmaximen der (juristischen) Selbstverwirklichung bilden.⁴³ Das Eigentum wird als direkter Ausfluss und als Garantie der Freiheitsrechte verstanden⁴⁴ und gegen Eingriffe der Obrigkeit geschützt, sodass es grundsätzlich unantastbar ist: „*Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.*“ (Art. 545 Code Civil).⁴⁵ Mit seinen Leitmaximen baut der Code Civil freilich auf naturrechtlichen Vorarbeiten und Erkenntnissen auf, wie nachfolgend skizziert werden soll.

IV. Errungenschaften der Naturrechtslehren für den modernen Vertragsbegriff

Den naturrechtlichen Vertragslehren verdanken wir mehrere Errungenschaften für den modernen Vertragsbegriff:⁴⁶ (1.) Das Vertragsprinzip, (2.) das Konsensprinzip und (3.) die *Maxime pacta sunt servanda*.

1. Vertragsprinzip

Mit dem Vertragsprinzip ist gemeint, dass von den Rechtsgeschäften unter Lebenden grundsätzlich nur Verträge Leistungspflichten begründen, wobei Verträge als mindestens zweiseitige, d. h. aus Angebot und Annahme bestehende Rechtsgeschäfte definiert sind.⁴⁷ Über mehrere Jahrhunderte hinweg ist umstritten, ob die Leistungspflichtbegründung tatbestandlich die Annahme des Versprechens und damit einen Vertrag voraussetzt. Dies wird erst im Anschluss an die Naturrechtslehren (*Grotius, Pufendorf, Wolff*) bejaht. Insbesondere die kanonistische Lehre vom nicht annahmehedürftigen, einseitig bindenden Versprechen und die Pollizitationstheorie⁴⁸, welche für gewisse Rechtsgeschäfte Eingang in Art. 2:107 PECL und Art. II.-1:103 DCFR gefunden hat, machen deutlich, dass das Vertragsprinzip nicht das einzig denkbare Modell ist, das als Grundlage für die Bindungswirkung und die Naturalerfüllungspflicht fungieren kann.

Das Vertragsprinzip findet seine Legitimation darin, dass es – anders als die *einseitigen*, nur auf den *Schuldner* abstellenden Versprechenslehren – die Unterwerfung des (Sachleistungs-) Gläubigers gerade *in seiner Rolle als Gläubiger* unter Leistungstreuepflichten (§§ 241 Abs. 2, 242 BGB) zu erklären vermag, indem es bei der Pflichtbegründung – über seine zustimmende Willenserklärung – dessen *Autonomie* wahrt.⁴⁹ Das Vertrags-

Genüge leisten. § 480: An Orten, wo dergleichen Innungen bestehn, hat *nur der, welcher darin aufgenommen ist, die Rechte eines Kaufmanns.* (Hervorhebungen durch *Verf.*).

⁴² *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 101.

⁴³ *Zimmermann*, FS Heldrich (2005), S. 467, 469 ff.; HKK/*Thier*, § 311, Rn. 106.

⁴⁴ *Gross*, Der Code Civil in Baden, 1993, S. 8.

⁴⁵ *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, S. 101.

⁴⁶ Zum Folgenden bereits *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 74 ff.

⁴⁷ *Zimmermann*, FS Heldrich (2005), S. 467, 469 ff.; HKK/*Thier*, § 311, Rn. 1.

⁴⁸ Hierzu *Zimmermann*, FS Heldrich (2005), S. 467 ff.; *Kleinschmidt*, Der Verzicht im Schuldrecht – Vertragsprinzip und einseitiges Rechtsgeschäft im deutschen und US-amerikanischen Recht, 2004, S. 70 ff.

⁴⁹ *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 63 ff.

prinzip bildet mithin das Fundament für die *zweiseitige*, auch schuldnerbegünstigende Wirkung der Vertragstreue.⁵⁰

2. Konsensprinzip

Vom Vertragsprinzip kann das Konsensprinzip unterschieden werden, das teilweise auch als Konsensualismus bezeichnet wird.⁵¹ Zwar besteht zwischen beiden ein enger Zusammenhang,⁵² sie können auch zusammenfallen und werden dementsprechend verschiedentlich gleichgesetzt.⁵³ Allerdings hat schon der Gesetzgeber des BGB deutlich gemacht, dass es einen Unterschied zwischen beiden geben kann. Ursprünglich sollte neben dem Vertragsprinzip (§ 311 Abs. 1 BGB) auch das Konsensprinzip normiert werden (§ 77 BGB-Entwurf I).

Unter Konsensprinzip im *engeren* Sinne versteht man den Grundsatz, dass Verträge *allein* durch schlichte Willensübereinstimmung, den Konsens⁵⁴, zustande kommen.⁵⁵ Dabei geht es um eine „leistungsbezogene Einigkeit“⁵⁶, in zweiseitig verpflichtenden Verträgen um eine auf Leistung und Gegenleistung bezogene „inhaltliche Kongruenz der beiden Zustimmungserklärungen.“⁵⁷ Das Konsensprinzip im engeren Sinne steht mithin für die „Konvergenz von Konsens und Vertragsbegründung.“⁵⁸

In einem *weiteren* Sinne bedeutet Konsensprinzip, dass der Konsens zwar nicht die einzige, aber immerhin die zentrale Vertragsbegründungsvoraussetzung ist.⁵⁹ Auch in diesem Fall gilt: „Il consenso è l'anima del contratto.“⁶⁰

Das Erfordernis eines Konsenses als Entstehungsgrund des Vertrages gilt heute zwar als eine der „Basiswahrheiten des Vertragsrechts“⁶¹, es ist gleichwohl nicht selbstverständ-

⁵⁰ Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 49 ff., 464 ff.

⁵¹ Zimmermann, The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1996, S. 576.

⁵² Der Zusammenhang besteht darin, dass der Konsens nur bei zweiseitigen Rechtsgeschäften, mithin Verträgen, denkbar ist und durch Angebot und Annahme, den beiden Merkmalen des Vertragsprinzips, zustande kommt. Im Unterschied zum Konsensprinzip besagt das Vertragsprinzip jedoch nicht, dass der Vertrag *allein* durch einen Konsens zustande kommt. Vielmehr kann der Vertrag vom Konsens losgelöst werden (dazu sogleich im Text).

⁵³ Vgl. z.B. HKK/Oestmann, §§ 145 – 156, Rn. 2.

⁵⁴ Den Fragen, wie der Konsens idealiter zustande kommt („natürlicher Konsens“ durch „*meeting of the minds*“) und welche Willenseinigungen das Gesetz darüber hinaus aus Vertrauensschutzwägungen heraus als „normativen Konsens“ wertet, braucht für das Thema der vorliegenden Untersuchung nicht nachgegangen zu werden. Siehe zu den Problemen um den „Konsensbegriff“ Kramer, FS Canaris (2007), Bd. I, S. 665, 666 ff.; Mayer-Maly, Die Bedeutung des Konsenses in privatrechtsgeschichtlicher Sicht, in: Günther Jakobs (Hrsg.), Rechtsgeltung und Konsens, 1976, S. 91 f.

⁵⁵ Kleinschmidt, Der Verzicht (Fn. 48), S. 26 ff.; HKK/Hofer, vor § 145, Rn. 4, 9, 12; HKK/Thier, § 311, Rn. 21, 28 a.E.; Mayer-Maly, FS Seidl (1975), S. 118, 120, 128; Schulze, Die Naturalobligation – Rechtsfigur und Instrument des Rechtsverkehrs einst und heute – zugleich Grundlegung einer zivilrechtlichen Forderungslehre, 2008, S. 303 ff.; Zimmermann, The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1996, S. 546 ff., 559 ff., 576 ff.; ders., JZ 1990, 825, 827 ff.

⁵⁶ Mayer-Maly, Bedeutung des Konsenses (Fn. 54), S. 94.

⁵⁷ Kramer, FS Canaris (2007), Bd. I, S. 665 mit Fn. 4.

⁵⁸ Mayer-Maly, FS Seidl (1975), S. 118, 119 (Hervorhebung durch Verf.).

⁵⁹ In diese Richtung wohl Kramer, FS Canaris (2007), Bd. I, S. 665 ff.

⁶⁰ Kramer, FS Canaris (2007), Bd. I, S. 665, unter Verweis auf einen (nicht benannten) italienischen Autor.

⁶¹ Kramer, FS Canaris (2007), Bd. I, S. 665.

lich.⁶² Es steht erst am Ende einer langen Entwicklung, in der der Vertragsschluss immer mehr vereinfacht wird, „vom Realvertrag über den Arrhalvertrag bis zum Konsensualvertrag, von der gesiegelten Urkunde bis zum stillschweigenden Abschluss.“⁶³ Als Gegenspieler des Konsensprinzips fungieren etwa der Vertragstypenzwang und der Formalismus⁶⁴, welche über den Konsens hinausgehend noch weitere Anforderungen an einen wirksamen Vertragsschluss in puncto Inhalt bzw. Form aufstellen.⁶⁵ Auch Figuren wie der Kontrahierungszwang⁶⁶ und der faktische Vertrag lösen den Vertrag von der dem Konsensprinzip immanenten freiheitlich-individuellen, willensautonomen Grundlage.⁶⁷ Diese Erscheinungen zeigen, dass das Rechtsgeschäft ‚Vertrag‘ „vom Konsens emanzipiert werden kann.“⁶⁸

Das Konsensprinzip verbürgt die individuelle Freiheit aller am Vertragsschluss Beteiligten und sichert dadurch auch die Vertragsgerechtigkeit im Sinne einer auf die *Maxime stat pro ratione voluntas* zurückführbaren Richtigkeitschance.⁶⁹

3. Pacta sunt servanda

Auf der Rechtsfolgende erhebt das Natur- und Vernunftrecht die Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) zur *Maxime*.⁷⁰ Maßgeblichen Anteil hieran hat zunächst *Grotius*.⁷¹ Seine Trilogie *De Jure Belli ac Pacis* (1625), welche bereits im Jahr 1707 von *Christian Thomasius* auf Deutsch herausgegeben wird (Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens)⁷², steht ganz im Zeichen der Vertragstreue. Diese spannt *Grotius* von der Vorrede – es entspreche „dem Recht der Natur, Verträge zu halten“⁷³ – über die beiden

⁶² *Graue*, Vertragsschluss durch Konsens?, in: Günther Jakobs (Hrsg.), *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, S. 105 ff.; *HKK/Hofer*, vor § 145, Rn. 4 f., 9 f., 13 ff.; *Mayer-Maly*, FS Seidl (1975), S. 118 ff.; *Zimmermann*, FS Heldrich (2005), S. 467, 468 ff.

⁶³ *Graue*, Vertragsschluss durch Konsens?, in: Günther Jakobs (Hrsg.), *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, S. 121; ferner *Schulze*, *Die Naturalobligation* (Fn. 55), S. 297 ff.

⁶⁴ Zur Entwicklung von der Vertragstypenordnung zur Vertragstypenfreiheit *Stoffels*, *Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge – Rechtsfindung und Inhaltskontrolle*, 2001, S. 50 ff.

⁶⁵ *Graue*, Vertragsschluss durch Konsens?, in: Günther Jakobs (Hrsg.), *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, S. 108 ff.

⁶⁶ Siehe z.B. LG Berlin, Urt. v. 8.5.2008, 21 S 1/08, ZIP 2009, 119, 120 f. (Pflicht eines privaten Kreditinstituts zum Abschluss eines Girovertrages).

⁶⁷ *Mayer-Maly*, FS Seidl (1975), S. 118, 119; *Graue*, Vertragsschluss durch Konsens?, in: Günther Jakobs (Hrsg.), *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, S. 112 ff.; *HKK/Thier*, § 311, Rn. 27.

⁶⁸ *Mayer-Maly*, FS Seidl (1975), S. 118, 119.

⁶⁹ *Weller*, *Die Vertragstreue*, 2009, S. 67 f.

⁷⁰ *HKK/Dorn*, § 241, Rn. 15.

⁷¹ *Liebs*, *Römisches Recht*, 2. Aufl. 1982, S. 220; *Nanz*, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, 1985, S. 139 ff., 148.

⁷² *Grotius* begründet die Vertragstreue nicht nur – wie man mit Blick auf den Krieg und Frieden-Titel der Trilogie meinen könnte – für die völkerrechtlichen Beziehungen zwischen Staaten, sondern auch für Vertragsbeziehungen zwischen Privatpersonen, vgl. *Grotius*, *De Jure Belli ac Pacis* libre tres, 1625, Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, Deutsche Übersetzung von Walter Schätzel, 1950, Buch I, Kapitel 1, unter II.: Der Begriff des Krieges „umfasst alle Arten von Krieg, von denen zunächst gesprochen werden soll. Auch den Privatkrieg schließe ich nicht aus (...). Wenn mit dem Wort ‚Krieg‘ bisweilen nur der öffentliche bezeichnet wird, so ist das unerheblich, da bekanntlich das Gattungswort sehr oft für die Bezeichnung einer besonders hervortretenden Art benutzt wird.“

⁷³ *Grotius*, *De Jure Belli ac Pacis* (Fn. 72), Vorrede, Tz. 15.

Kapitel zur Bindungswirkung von Versprechen und Verträgen⁷⁴ und den Abschnitt zur Vertragsauslegung – „bei der Vertragstreue kommt es auf das [an], was man gewollt hat, nicht, was man gesagt hat“⁷⁵ – bis zum letzten Kapitel, wo er beschwörend mit einer „Ermahnung zur Treue und zum Frieden“ schließt.⁷⁶

Grotius Lehre wird aufgegriffen; der Grundsatz *pacta sunt servanda* wird als eine der heiligsten Maximen des Naturrechts ausgegeben:⁷⁷ „une des maximes les plus inviolables du Droit Naturel“ (*Pufendorf*).⁷⁸ Einen prägenden Einfluss⁷⁹ hatte diesbezüglich auch *Immanuel Kants* Rechtslehre in der *Metaphysik der Sitten* (1797):

„(...) das Gesetz (*pacta sunt servanda*) und die diesem korrespondierende Pflicht aus der Rechtslehre“ nehmen an, „dass angenommene Versprechen gehalten werden müssen. (...) Es ist keine Tugendpflicht, sein Versprechen zu halten, sondern eine Rechtspflicht, zu deren Leistung man gezwungen werden kann.“⁸⁰

Die weitere Rechtsentwicklung hat dem Grundsatz *pacta sunt servanda* dann „eine beinahe transzendente Weihe verschafft.“⁸¹

V. Vom Versprechen zum Vertrag

Die Entwicklung vom einseitigen kanonischen Versprechen zum zweiseitigen modernen Vertragsbegriff verlief freilich nicht geradlinig und stringent; sie war vielmehr ein Prozess kleiner Schritte. Im Einzelnen:

⁷⁴ *Grotius*, *De Jure Belli ac Pacis* (Fn. 72), Buch II, Kapitel 11 und 12; näher hierzu im 2. Kapitel, unter B.VI.

⁷⁵ *Grotius*, *De Jure Belli ac Pacis* (Fn. 72), Buch II, Kapitel 16, unter I.

⁷⁶ *Grotius*, *De Jure Belli ac Pacis* (Fn. 72), Buch III, Kapitel 25, unter VII: „Denn auf der Treue ruht nicht bloß jeder Staat (...), sondern auch die große menschliche Gesellschaft; hört die Treue auf, so hört auch der menschliche Verkehr auf. (...) Die Gerechtigkeit hat in manchen ihrer Teile einige Dunkelheit; allein die Pflicht der Treue ist an sich klar (...). Ist aber der Frieden nach irgendwelchen Bedingungen geschlossen, so ist er mit der erwähnten heiligen Treue zu halten (...)“

⁷⁷ Siehe *Grotius*, *De Jure Belli ac Pacis* (Fn. 72), Vorrede, Tz. 15; *Wolff*, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden, 1754, § 438 i.V.m. §§ 98, 99, 447; vgl. ferner *HKK/Hofer*, vor § 145, Rn. 25; *Nanz*, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, 1985, S. 149 ff.: „Grundgebot des Naturrechts.“

⁷⁸ *Pufendorf*, *Le Droit de la Nature et des Gens*, 1625, Französische Übersetzung von *Bayerac*, 1712, Livre III, Chapitre IV, § II., S. 349 f.

⁷⁹ Zum Einfluss *Kants* auf die Privatrechtstheorie des 19. Jahrhunderts *Unberath*, *Die Vertragsverletzung*, 2007, S. 45 f., 57 ff.; *Mansel*, *Grundlagen der Informationshaftung – Zu Grundfragen des Haftungsrechts und des Informationsrechts am Beispiel der Haftung für fehlerhafte Informationen*, 1998, S. 135 ff., 139 f.

⁸⁰ *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten in zwei Theilen*, 1797, 1. Teil: *Methaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Einleitung, unter III., S. 54; siehe zur Vertragsbindung bei *Kant* *Hruschka*, *JZ* 2004, 1085, 1091; *Unberath*, *JRE* 13 (2005), 719, 727 ff.; ferner *Ackermann*, *Der Schutz des negativen Interesses – Zur Verknüpfung von Selbstbindung und Sanktionen im Privatrecht*, 2007, S. 91 ff.; *Schulze*, *Die Naturalobligation* (Fn. 55), S. 297.

⁸¹ *So Liebs*, *Römisches Recht*, 2. Aufl. 1982, S. 220.

1. Hugo Grotius

Den Auftakt des klassischen Vernunftrechts bildet die Leitschrift *De Iure Belli ac Pacis* (1625) von *Hugo Grotius* (1583 - 1645). Die Vertragslehre⁸² wird darin auf „das natürliche Recht“ und damit auf das „Gebot der Vernunft“ gestützt.⁸³ Ihr Ausgangspunkt ist – in Tradition des kanonischen Rechts – das einseitige Versprechen, die *promissio*.⁸⁴ „Nichts [entspreche] der Treue unter den Menschen mehr (...), als die gegebenen Versprechen zu halten.“⁸⁵

Die Pflicht zum Worthalten stützt *Grotius* argumentativ auf mehreren Ebenen ab: Mit Zitaten aus der Bibel, der „natürlichen Billigkeit“, der „moralischen Notwendigkeit“ und mit der „Gerechtigkeit.“⁸⁶ Bestätigt werde die Ansicht von der Bindungswirkung von Versprechen durch die „göttlichen Verkündigungen.“ Denn „selbst Gott, obgleich er durch kein positives Gesetz verpflichtet werden kann, [würde] doch gegen seine Natur handeln (...), wenn er das Verheißene nicht gewährte.“⁸⁷ Da die sittlich selbstverantwortliche Person nach dem Verständnis von *Grotius* an der göttlichen Allvernunft teilhat, darf sie sich gleichfalls nicht selbst in Widerspruch zu ihren Versprechen setzen.⁸⁸

Indes: Auch wenn *Grotius* das Versprechen im Ansatz als einen einseitigen Akt der Selbstbindung begreift, verlangt er gleichwohl – damit es für den Versprechensempfänger auch ein Forderungsrecht begründet – dessen Annahme.⁸⁹ Hinter der Annahmepflicht steht seine Vorstellung, das Versprechen sei wie Eigentum zu übertragen⁹⁰ (Versprechenstranslation) und müsse daher, wenn der Empfänger ein Recht

⁸² Zentral sind die Kapitel 11 und 12 im zweiten Buch. Vgl. zur Vertragslehre von *Grotius* u.a. *Diesselhorst*, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, 1959, S. 34 ff., 50 f.; *Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985, S. 139 ff., 146; *Zimmermann*, The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1996, S. 567 f.; *Gordley*, Natural Law Origins of the Common Law of Contract (Fn. 7), S. 367, 376 f., 381; *Hammen*, Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1983, S. 91 ff.; *Wieacker*, FS Welzel (1974), S. 7, 11 ff., 16 ff.

⁸³ *Grotius*, *De Iure Belli ac Pacis* (Fn. 72), Vorrede, Tz. 15, sowie Buch I, Kapitel 1, unter 1.

⁸⁴ *Diesselhorst*, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, 1959, S. 34 ff., 50 f.; *Gordley*, Natural Law Origins of the Common Law of Contract (Fn. 7), S. 367, 376 f., 381; *Zimmermann*, The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1996, S. 567 f.; *ders.*, FS Heldrich (2005), S. 467, 468: Die *promissio* zielt bei *Grotius* darauf ab, im Fall ihrer Annahme durch den Versprechensempfänger ein Forderungsrecht auf diesen zu übertragen. Dagegen soll die *pollicitatio* – so wie *Grotius* sie versteht – nicht auf eine Rechtsübertragung abzielen; sie ist nur sittlich verbindlich, vgl. auch *Hofmann*, Entstehungsgründe der Obligationen (Fn. 8), S. 90 f.

⁸⁵ *Grotius*, *De Iure Belli ac Pacis* (Fn. 72), Buch II, Kapitel 11, unter I.

⁸⁶ *Grotius*, *De Iure Belli ac Pacis* (Fn. 72), Buch II, Kapitel 11, unter I. und IV.

⁸⁷ *Grotius*, *De Iure Belli ac Pacis* (Fn. 72), Buch II, Kapitel 11, unter IV.

⁸⁸ *Diesselhorst*, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, 1959, S. 40 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 293 ff.; *Zimmermann*, The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1996, S. 544, 567 f.; *ders.*, JZ 1990, 825, 828.

⁸⁹ *Gordley*, Natural Law Origins of the Common Law of Contract (Fn. 7), S. 367, 380 f.; *Schulze*, Die Naturalobligation (Fn. 55), S. 300; *Wieacker*, FS Welzel (1974), S. 7, 16.

⁹⁰ Vgl. *Grotius*, *De Iure Belli ac Pacis* (Fn. 72), Buch II, Kapitel 11, unter XI: "Was die Art und Weise des Versprechens anlangt, so fordert es eine äußere Handlung, wie bei der Übertragung des Eigentums dargelegt ist, d.h. ein genügendes Zeichen des Willens." (Hervorhebung durch Verf.).

erwerben solle, ebenso wie das Eigentum von diesem angenommen werden.⁹¹ *Grotius*: „Damit aber ein Versprechen ein Recht gewähre, ist ebenso wie bei der Eigentumsübertragung die Annahme notwendig.“⁹² Die Annahme erwächst dadurch zur *conditio sine qua non* für die äußere Verpflichtungswirkung des Versprechens.⁹³ Mit dem Annahmepostulat grenzt sich *Grotius* deutlich von der kanonischen Versprechenslehre ab.⁹⁴ Die Herausarbeitung der Konsensdogmatik bleibt allerdings nachfolgenden Generationen vorbehalten.⁹⁵

In dem sich an die Versprechenslehre anschließenden Kapitel entwickelt *Grotius* seine Vertragstheorie: „Alle Handlungen, welche einem anderen nützlich sind, werden, mit Ausnahme der wohlthätigen, mit dem Namen Vertrag belegt.“⁹⁶ Anklänge an die *Grotianische* Versprechens- und Vertragslehre (Versprechen, Rechtsübertragung, Annahmebedürftigkeit) finden sich noch heute in der Formulierung des § 861 ABGB.⁹⁷

Im Unterschied zum Vertragsbegriff des BGB wird der Vorgang des Vertragsschlusses bei *Grotius* noch nicht als Willensübereinstimmung beider (*mutuus consensus*), sondern gleichsam *zweiaktig* als *acceptatio* der einseitigen *promissio* begriffen.⁹⁸ Mit *Mayer-Maly* kann man von einer „stärkeren Desintegration des zweiseitigen Rechtsgeschäfts“ sprechen, weil es noch „nicht als *ein* Akt beider Kontrahenten, sondern als Resultat der Annahme eines Angebotes, als Konsequenz der Übereinstimmung *nacheinander* abgegebener Erklärungen“ begriffen wird.⁹⁹

Eine weiterer Unterschied zwischen dem Vertragsbegriff bei *Grotius* und dem des BGB liegt im inhaltlichen Ungleichgewicht von Angebot und Annahme: Der Schwerpunkt der Vertragentstehung liegt bei *Grotius* noch auf dem Versprechen des Schuldners.¹⁰⁰ Erst später wird die Vertragserklärung des Gläubigers auf dieselbe Stufe mit der Ver-

⁹¹ *Diesselhorst*, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, 1959, S. 34 ff., 106 ff.; *Hofmann*, Entstehungsgründe der Obligationen (Fn. 8), S. 90 f.; *Schulze*, Die Naturalobligation (Fn. 55), S. 300; *Siegel*, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, 1873, S. 9 ff.; *Kleinschmidt*, Der Verzicht (Fn. 48), S. 27; *Wieacker*, FS Welzel (1974), S. 7, 17; *Zimmermann*, FS Heldrich (2005), S. 467, 468 f.

⁹² *Grotius*, De Jure Belli ac Pacis (Fn. 72), Buch II, Kapitel 11, unter XIV.

⁹³ *Gordley*, Natural Law Origins of the Common Law of Contract (Fn. 7), S. 367, 381, 426.

⁹⁴ *Gordley*, Natural Law Origins of the Common Law of Contract (Fn. 7), S. 367, 374 ff., 380 f.; *Siegel*, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, 1873, S. 45.

⁹⁵ *Mayer-Maly*, Bedeutung des Konsenses (Fn. 564), S. 95; *HKK/Thier*, § 311, Rn. 19.

⁹⁶ *Grotius*, De Jure Belli ac Pacis (Fn. 72), Buch II, Kapitel 12, unter VII. Auffällig ist, dass sich in dieser Vertragsdefinition keine ausdrückliche Verknüpfung mit der vorangehenden Versprechenslehre findet. Die Verbindung zwischen der Versprechens- und der Vertragslehre wird von *Grotius* lediglich durch den systematischen Aufbau seiner Schrift hergestellt. Vgl. demgegenüber *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (Fn. 77), § 438, S. 269 f., welcher im Bemühen um Rationalität und Beweisbarkeit seine Vertragsdefinition ausdrücklich aus der Versprechenslehre ableitet und mit dem Konsensprinzip verknüpft.

⁹⁷ Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Österreichs (ABGB) von 1811 bestimmt in § 861 ABGB: „Wer sich erklärt, dass er jemandem sein *Recht übertragen* (...) macht ein Versprechen; *nimmt* aber der andere das *Versprechen* gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Teile ein Vertrag zustande.“ (Hervorhebung durch *Verf.*); vgl. auch *Siegel*, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht, 1873, S. 9 f.

⁹⁸ *Wieacker*, FS Welzel (1974), S. 7, 16; *HKK/Thier*, § 311, Rn. 19.

⁹⁹ *Mayer-Maly*, FS Seidl (1975), S. 118, 123.

¹⁰⁰ *HKK/Thier*, § 311, Rn. 19; *Kegel*, GS Lüderitz (2000), S. 347, 361 f.

tragserklärung des Schuldners gehoben – mit der Konsequenz, dass nun auch dem Gläubiger Rücksichts- bzw. Leistungstreuepflichten (vgl. § 241 Abs. 2 BGB: „jeden Teil“) auferlegt werden können.¹⁰¹

2. Samuel Pufendorf

Samuel Pufendorf (1632 - 1694) stellt den Vertragsbegriff ins Zentrum seiner Naturrechtstheorie.¹⁰² In seiner Schrift *De Iure Naturae et Gentium* (1672)¹⁰³ knüpft er zunächst an *Grotius'* Lehre von der Annahmbedürftigkeit des Versprechens an.¹⁰⁴ Er entwickelt sie jedoch insofern weiter, als er sie mit seiner Konsenslehre¹⁰⁵ verknüpft und in der Zustimmung des jeweils Verpflichteten einen (eigenständigen) Konsens erblickt, dem er obligierende Kraft beimisst.¹⁰⁶ Dadurch macht *Pufendorf* deutlich, dass ein Vertragsschluss zwei manifestationsbedürftige Willensakte der Parteien voraussetzt.¹⁰⁷ Allerdings sieht *Pufendorf* die den Vertrag konstituierenden Willenserklärungen der Parteien im Ergebnis noch nicht in gleichsam verschmolzener Weise in Gestalt *einer* Willensübereinstimmung bzw. *eines* Konsenses, wie es später bei *Savigny* als „Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganz ungetheilten Willen“¹⁰⁸ geschieht. Vielmehr begreift *Pufendorf* den Konsens als freiwillige *Zustimmung* einer Partei zu der mit dem Vertrag einhergehenden Freiheitsbeschränkung.¹⁰⁹ Dies hat zur Konsequenz, dass es für den Vertragsschluss nach *Pufendorf* gewissermaßen *zweier* Konsense bedarf:¹¹⁰

„Ut promissio sit valida, requiri non solum consensum ejus, qui promittit, sed ejus, cui promittitur.“¹¹¹

Pufendorf hängt mithin einem *intrapersonalen* Konsensverständnis an: Der „erste“ Konsens ist auf den Willen des Promittenten, der „zweite“ Konsens auf den Willen des Promissars bezogen.¹¹² Zum Vorschein kommt dieses Verständnis noch heute in Art. 1108 Code Civil, wenn er statuiert: „Quatre conditions sont essentielles pour la validité

¹⁰¹ Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 62 ff.

¹⁰² Auer, AcP 208 (2008), 584, 601 ff., 603.

¹⁰³ Vgl. *Samuel Pufendorf*, *De Iure Naturae et Gentium Libri Octo*, Londini Scanorum, (1672). Die nachfolgenden Zitate stammen aus der Übersetzung von *Barbeyrac*: *Pufendorf*, *Le Droit de la Nature et des Gens* (1712).

¹⁰⁴ *Pufendorf*, *Le Droit de la Nature et des Gens* (Fn. 103), Livre III, Chapitre VI, § XIV f.

¹⁰⁵ Hierzu *Mayer-Maly*, Bedeutung des Konsenses (Fn. 564), S. 95 f.

¹⁰⁶ *Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985, S. 153 ff.; *Zimmermann*, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996, S. 568 f.; *Wieacker*, FS Welzel (1974), S. 7, 14 ff., 18; *HKK/Thier*, § 311, Rn. 19.

¹⁰⁷ *Zimmermann/Hellwege*, ZfRV 1998, 133, 134.

¹⁰⁸ *Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840-1849, Bd. III, S. 309: „Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden.“

¹⁰⁹ *Pufendorf*, *Le Droit de la Nature et des Gens* (Fn. 103), Livre III, Chapitre VI, § 1. Vgl. ferner *Mayer-Maly*, Bedeutung des Konsenses (Fn. 56), S. 96.

¹¹⁰ *Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985, S. 149 ff., 153; *Zimmermann/Hellwege*, ZfRV 1998, 133 f.

¹¹¹ *Pufendorf*, *De Iure Naturae et Gentium*, Lib. III, Cap. VI, § 15. Nach der Übersetzung von *Barbeyrac*: “(...) pour rendre valable une promesse il faut le consentement mutuel des celui qui la fait, & de celui à qui elle est faite.”

¹¹² *Mayer-Maly*, Bedeutung des Konsenses (Fn. 56), S. 96.

d'une convention: *Le consentement de la partie qui s'oblige (...)*“.¹¹³ Später werden *Thomasius* und *Wolff* das intrapersonale Konsensverständnis überwinden und den Partnerbezug des Konsenses unterstreichen.¹¹⁴

Auf Vertragsfolgenseite rechnet *Pufendorf* das Prinzip strikter Vertragsbindung und Vertragserfüllung zu den „systemtragenden, absoluten Grundpflichten.“¹¹⁵ Er begründet die Vertragstreue mit Verweis auf die Soziabilität des Menschen, welcher als soziales Wesen erst durch den Abschluss bindender Verträge in die Lage versetzt werde, seine Bedürftigkeit zu überwinden.¹¹⁶

„Lors donc que l'on est entré dans quelque engagement les uns envers les autres, il faut l'effectuer religieusement“¹¹⁷; c'est une suite nécessaire de la Sociabilité. En effet, sans cela on perdrait la plus grande partie de l'utilité qui revient au Genre Humain d'un tel commerce de services. (...) C'est donc *une des maximes les plus inviolables du Droit Naturel*, & de l'observation de laquelle dépend tout l'ordre, toute la beauté, & tout l'agrément de la Vie Humaine: Que chacun doit *tenir inviolablement sa parole*, c'est à dire, effectuer ce à quoi il s'est engagé par quelque promesse, ou par quelque convention.“¹¹⁸

3. Christian Thomasius

Christian Thomasius (1655 - 1728), der Wortführer der deutschen Frühaufklärung¹¹⁹, gilt für die Entwicklung des deutschen Privatrechts als „von entscheidender Bedeutung.“¹²⁰ Er führt die Lehren von *Grotius* und *Pufendorf* fort und kommt dabei dem Vertragsbegriff in seiner heutigen Gestalt nahe.¹²¹ Er begreift den Konsens nicht mehr als einseitiges Versprechen bzw. als einseitige Zustimmung zum Rechtsverlust, sondern

¹¹³ Hervorhebung durch *Verf.*

¹¹⁴ Siehe sogleich im Text.

¹¹⁵ So *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 609.

¹¹⁶ *Pufendorf*, *Le Droit de la Nature et des Gens* (Fn. 103), Livre III, Chapitre III, § 1, S. 320 ff., Chapitre IV, § 1, S. 348 ff.; hierzu auch *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 608 ff.; *Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985, S. 151; *Kegel*, GS Lüderitz (2000), S. 347, 362.

¹¹⁷ Die Wendung „*effectuer religieusement un engagement*“ hat keinen religiösen Bezug, sondern meint skrupulöse, genaue bzw. strikte Erfüllung eines Vertrages.

¹¹⁸ *Pufendorf*, *Le Droit de la Nature et des Gens* (Fn. 103), Livre III, Chapitre IV, § II., S. 349 f. (Hervorhebung im Original).

¹¹⁹ So *Luig*, FS Coing (1982), Bd. 1, S. 177, 178.

¹²⁰ *Kern*, *Thomasius und das Deutsche Privatrecht*, in: Heiner Lück (Hrsg.), *Christian Thomasius (1655-1728) – Wegbereiter moderner Rechtskultur und Juristenausbildung*, 2006, S. 297 ff., 308. *Thomasius* drängt das römische Recht in seinen Schriften und in seiner Lehre zurück (S. 303 ff.). Inwiefern er die dadurch entstehenden Lücken eher durch Erkenntnisse, die er durch die historische Methode aus heimischen Quellen unter Verzicht auf das Naturrecht gewinnt, oder eher durch naturrechtliche Überlegungen füllt, ist allerdings streitig (*Kern*, S. 297 f.).

¹²¹ *Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985, S. 159 ff.; *Luig*, FS Coing (1982), Bd. 1, S. 177, 185 ff.

als Willensübereinstimmung, die den Vertrag begründet: „*causa proxima constituendi pactum est consensus*.“¹²²

Die Denkrichtung bei *Thomasius* geht, wie *Nanz* herausgearbeitet hat, „vom Vertrag auf seine Teile, nicht mehr, wie bei *Pufendorf*, von den isolierten Teilen zum Vertrag. (...) Erstmals im Naturrecht wurde hier der Vertrag klar definiert als aus Angebot und Annahme bestehend. Die *promissio* ist nicht mehr der Angelpunkt des Vertragsrechts, sondern nur noch eines der beiden vertragserzeugenden Elemente.“¹²³

4. Christian Wolff

Maßgeblichen Einfluss auf die Herausbildung der modernen Vertragsordnung hat ferner der Konsens- und Vertragsbegriff des *Christian Wolff* (1679 - 1754)¹²⁴, der als „der früheste Verfechter des modernen freiheitlichen Rechtsstaats“ angesehen wird.¹²⁵ Er setzt *pacta* und *contractus* gleich (*pacta et contractus naturaliter non differunt*) und begründet für beide als einer der ersten Juristen des Naturrechts den deutschen Begriff „Vertrag.“¹²⁶ In seinen *Institutiones Juris Naturae et Gentium* (1750)¹²⁷, deren deutsche Übersetzung – Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (1754) – *Wolff* noch zu Lebzeiten abgesehen hat¹²⁸, macht *Wolff* einen entscheidenden Schritt für die Lehre vom Konsens, indem er diesen (von ihm „Einwilligung“ genannt) definiert und seinen Partnerbezug betont:¹²⁹

„Zu den inneren Handlungen gehört die Einwilligung (*consensus*), welche darinnen besteht, daß wir wollen, es solle eben dasjenige geschehen, oder unterlassen werden, was der andere thun, oder unterlassen will.“¹³⁰

Wolff unterscheidet sich mit diesem partnerbezogenen Konsensverständnis von *Pufendorf*, der – wie *supra* gesehen – den Konsens jeweils nur auf eine Partei bezieht (*consensus unius*) und daher in *einem* Vertragsverhältnis zu *zwei* Konsensen gelangt. Den partnerbezogenen Konsens macht *Wolff* zur Grundlage seines Vertragsbegriffs:

¹²² *Thomasius*, *Institutiones iurisprudentiae divinae*, 1688, II, 7, 1, 6 (1730/1963), S. 136; hierzu *Mayer-Maly*, Bedeutung des Konsenses (Fn. 54), S. 96, 103 f.

¹²³ *Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985, S. 161.

¹²⁴ Vgl. zum Konsens- und Vertragsbegriff von *Wolff* u.a. *Zimmermann*, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996, S. 568; *Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985, S. 164 ff., 169; *Kleinschmidt*, Der Verzicht (Fn. 48), S. 28; *Mayer-Maly*, FS Seidl (1975), S. 118, 125 f.; *Wieacker*, FS Welzel (1974), S. 7, 20, 22.

¹²⁵ *Thomann*, Vorwort zu *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (Fn. 77), S. VIII.

¹²⁶ *Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985, S. 165; HKK/*Hofer*, vor § 145, Rn. 13. Allerdings soll *Philipp v. Zeesen* (1619-1689) schon zuvor die Bezeichnung „Vertrag“ für „*Contract*“ eingeführt haben, *Bartsch*, AcP 153 (1954), 412, 421.

¹²⁷ Die *Institutiones Juris Naturae et Gentium* (1750) sind eine von *Wolff* verfasste Zusammenfassung seiner großen Werke *Ius Naturae* (8 Bände) und *Ius Gentium*, siehe *Thomann*, Vorwort zu *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (Fn. 77), S. VIII.

¹²⁸ *Thomann*, Vorwort zu *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (Fn. 77), S. VIII.

¹²⁹ *Mayer-Maly*, Bedeutung des Konsenses (Fn. 54), S. 96 f.; HKK/*Thier*, § 311, Rn. 19.

¹³⁰ *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (Fn. 77), § 27, S. 18 f.; zum Partnerbezug des Konsenses *Mayer-Maly*, FS Seidl (1975), S. 118, 126.

„Conventio, qua duo vel plures in eandem, vel easdem promissiones consentiunt, pactum (...) appellatur.“¹³¹

„Wenn zwey oder mehrere zusammen in ein Versprechen einwilligen, heißt es ein Vertrag.“¹³²

Wolff verfißt im Hinblick auf die Tatbestandsseite des Vertrages das Konsensprinzip im engeren Sinne. Für das Zustandekommen des Vertrages ist allein ein Konsens zwischen den Parteien erforderlich; weitergehende Formalia sind keine Wirksamkeitsvoraussetzung:

„Weil die Verträge durch die beiderseitige Einwilligung gemacht werden (§ 438); so ist der Vertrag gleich gültig, so bald beyde Theile ihre Einwilligung gegeben; folglich gilt er natürlicher Weise, ehe er aufgeschrieben wird.“¹³³

Was die Rechtsfolgenseite gültig zustande gekommener Verträge anbelangt, postuliert *Wolff* den Grundsatz der Vertragstreue:

„pacta (...) servanda sunt.“¹³⁴

Während *Wolff*, ebenso wie später das BGB, den Konsens als alleinige Voraussetzung für eine Vertragsbegründung ansieht, unterscheidet er sich jedoch in einem Punkt erheblich vom heutigen Vertragsbegriff. Die Rechtsfolgenseite des Vertrages, namentlich die vertragsbindende und leistungspflichterzeugende Kraft wird von *Wolff* noch nicht mit dem *Konsens* begründet, sondern – in Tradition der Moraltheologen und der Lehren von *Grotius* und *Pufendorf* – mit dem *Versprechen*:¹³⁵

„Da die Versprechen gehalten werden müssen (§ 388)¹³⁶, so müssen auch die Verträge gehalten werden. Weil also die Verträge alle Kraft zu verbinden von den Versprechen haben (§ 380)¹³⁷; so muß

¹³¹ *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (Fn. 77), § 438, S. 233. In § 439 (S. 233) heißt es weiter: „Pactum expressum dicitur, quod perficitur consensu expresso, tacitum vero, quod tacito.“

¹³² *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (Fn. 77), § 438, S. 269.

¹³³ *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (Fn. 77), § 445, S. 276.

¹³⁴ *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (Fn. 77), § 438, S. 233.

¹³⁵ Ebenso *Schulze*, Die Naturalobligation (Fn. 55), S. 302: „Die Grundlage der Pflicht ist also auch bei *Wolff* nicht der Willenskonsens, sondern das Versprechen.“

¹³⁶ *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (Fn. 77), § 388, S. 234: „Derjenige hält das Versprechen (...), welcher giebt oder thut, was er zu geben oder zu thun versprochen hat. Weil nun der Versprechende sich dem, welchem er etwas verspricht, vollkommen verbindet (§ 380), und der, welchem etwas versprochen worden, dadurch ein vollkommenes Recht zu dem, was ihm versprochen wird, erhält (§ 97), welches ihm wieder seinen Willen nicht genommen werden kann (§ 100); so muß das Versprechen gehalten werden.“

¹³⁷ *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (Fn. 77), § 380, S. 230: „Der Versprechende verbindet sich also dem, welchem er etwas verspricht, vollkommen (...). Und da wir den Willen eines anderen nicht anders wissen können, als wenn uns derselbe von ihm hinlänglich erklärt wird, noch auch von ihm ein Recht erlangen, ohne seinen Willen; so kann sich niemand dem anderen anders vollkommen verbindlich machen, als nur durchs Versprechen.“

dasjenige, was wir vom Versprechen bewiesen haben, auch von den Verträgen verstanden werden.“¹³⁸

Die Begründungslinie läuft bei *Wolff* mithin vom Versprechen, das wie bei *Grotius* annahmbedürftig ist¹³⁹, zum Vertrag. Die Verpflichtungswirkung des Versprechens wird auf den Vertrag übertragen. Demgegenüber wird im BGB die Verpflichtungswirkung von Verträgen autonom aus dem konsensualen Vertragsschluss heraus begründet.

5. Jean Domat

Parallel zu der Entwicklung in Deutschland rückt auch in Frankreich der Konsens ins Zentrum der Vertragsbegründung.¹⁴⁰ Maßgeblichen Anteil hieran haben *Jean Domat* (1625 - 1696) und *Robert Joseph Pothier* (1699 - 1772). Ferner zeigt sich der Einfluss von *Grotius*, auf dessen Versprechens- und Vertragslehre nicht nur die deutsche, sondern via *Pothier* auch die französische Vertragsrechtsordnung aufbaut.¹⁴¹

a) Leben und Werk

Jean Domat wurde am 30. November 1625 in Clermont in der Auvergne geboren und verstarb am 14. März 1696 in Paris.¹⁴² In Bourges erwarb *Domat* den Grad eines *licencié en droit*.¹⁴³ Später wurde er zum *Avocat du Roi au présidial de Clermont* ernannt.¹⁴⁴ Aus Angst, nicht genug Zeit zur Veröffentlichung juristischer Arbeiten zu finden, wollte er später nie eine höhere Position bekleiden.¹⁴⁵

Berühmtheit erlangte vor allem *Domats* Werk „*Les lois civiles dans leur ordre naturel*“ (1689 - 1695).¹⁴⁶ Damit wollte er dem seinerzeit lückenhaften römischen Recht zu neuer Geltung und Aktualität verhelfen¹⁴⁷, indem er diejenigen römischrechtlichen Abschnitte, die den damaligen Sitten fremd waren oder keinen Gebrauch fanden, durch königliche Verordnungen und andere von ihm kommentierte französische Rechtsquellen substituierte.¹⁴⁸ In seinem posthum veröffentlichten Werk „*Du droit public*“ (1697) widmet sich *Domat* dem öffentlichen Recht in ähnlicher Weise wie dem Zivilrecht.¹⁴⁹ Zu den Arbei-

¹³⁸ *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (Fn. 77), § 438, S. 269 f.

¹³⁹ *Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (Fn. 77), § 381, S. 230 f.: „Weil durch das Versprechen auf den anderen das Recht gebracht wird, die Leistung des Versprochenen mit Gewalt von ihm zu fordern, zu Erlangung desselben aber erfordert wird, daß es der andere annimmt, so ist kein Versprechen ohne Annehmung desselben gültig, und der, dem etwas versprochen wird, erhält ohne diesselbe kein Recht dazu.“

¹⁴⁰ Allerdings bedarf die Vertragsbegründung in Frankreich unter dem Einfluss von *Domat* und *Pothier* zudem einer *causa* („*cause honnête*“), HKK/*Thier*, § 311, Rn. 19 a.E.

¹⁴¹ *Zimmermann*, FS Heldrich (2005), S. 467, 469.

¹⁴² *Remy*, Œuvres complètes de J. Domat, Band 1, 1828, S. XVI.

¹⁴³ *Jahn*, Die „subtilité du droit romain“ bei Jean Domat und Robert-Joseph Pothier, 1971, S. 17.

¹⁴⁴ *Remy*, Œuvres complètes de J. Domat, Band 1, 1828, S. XIII.

¹⁴⁵ *Remy*, Œuvres complètes de J. Domat, Band 1, 1828, S. XV.

¹⁴⁶ *Remy*, Œuvres complètes de J. Domat, Band 1, 1828, S. XIII.

¹⁴⁷ *Remy*, Œuvres complètes de J. Domat, Band 1, 1828, S. XIII.

¹⁴⁸ Als *Louis XIV* Kenntnis von *Domats* Schrift erlangte, pochte er auf deren Veröffentlichung, *Remy*, Œuvres complètes de J. Domat, Band 1, 1828, S. XIII f.

¹⁴⁹ *Remy*, Œuvres complètes de J. Domat, Band 1, 1828, S. XV.

ten *Domats* zählt schließlich das Werk „*Legum delectus*“, das eine Auswahl der damals gebräuchlichsten Rechtsnormen enthält.¹⁵⁰

Domats Arbeiten waren wichtige Impulsgeber für den Code Civil.¹⁵¹ Die Systematisierung des damaligen Zivilrechts in „*Les lois civiles dans leur ordre naturel*“ hatte erhebliche Auswirkungen auf die Struktur des Code Civil.¹⁵² Insbesondere *Portalis*, einer der Verfasser des Code Civil, war von *Domats* Werken inspiriert, was sich etwa in der Einleitung des Code Civil niederschlägt.¹⁵³ Von Einfluss waren *Domats* Lehren ferner für die Eigentumskonzeption.¹⁵⁴ Gewisse Formulierungen des Code Civil selbst, besonders im Bereich der Verträge, wurden durch die Werke *Domats* beeinflusst oder stammen von ihnen ab.¹⁵⁵

b) Vertragsbegriff

Domat sieht im *mutuus consensus* die Entstehungsvoraussetzung von Verträgen und unterscheidet demgemäß nicht mehr zwischen nicht klagbaren *pacta nuda* und klagbaren Verträgen:¹⁵⁶

„Les conventions sont les engagements, qui se forment par le *consentement mutuel* de deux ou plusieurs personnes, qui se font entre eux une loi d'exécuter ce qu'ils se promettent.“¹⁵⁷

Die bindende Kraft von Verträgen begründet *Domat* mit den „*lois naturelles*“:

„Les lois naturelles étant la justice même, elles ont une *autorité naturelle* sur notre raison. (...) Ainsi, les lois qui ordonnent la bonne foi, la fidélité, la sincérité (...) sont des lois, dont il ne peut y avoir ni de dispense, ni d'exception.“¹⁵⁸

Inhaltlich verfiicht *Domat* für die vertraglichen Leistungspflichten den Naturalerfüllungsgrundsatz:

„(...) le premier effet de la convention, est que chacun des contractans peut obliger l'autre à exécuter son engagement (...).“¹⁵⁹

¹⁵⁰ Remy, *Œuvres complètes de J. Domat*, Band 1, 1828, S. XV.

¹⁵¹ Gilles, *Revue juridique Thémis* 43-1 (2009), S. 7 f.

¹⁵² Gilles, *Revue juridique Thémis* 43-1 (2009), S. 1.

¹⁵³ Fritz und Gudrun Sturm, *Die Dreiteilung des Code civil*, FS Großfeld, 1999 : „Daß der Livre préliminaire im Entwurf nicht zu Buch 1 wird und die weiteren Bücher auf die hinteren Plätze verweist, dürfte auf *Domat* zurückzuführen sein. *Domat* hatte in seinen *Loix civiles dans leur ordre naturel* ebenfalls einen Livre préliminaire vorausgestellt.“

¹⁵⁴ Gilles, *Revue juridique Thémis* 43-1 (2009), S. 25.

¹⁵⁵ Gilles, *Revue juridique Thémis* 43-1 (2009), S. 27. Dies zeigt sich am Beispiel des Art. 2017 Code Civil, dessen Wortlaut sich im Werk „*Les lois civiles dans leur ordre naturel*“ wiederfindet (S. 29).

¹⁵⁶ Zimmermann/Hellwege, *ZfRV* 1998, 133.

¹⁵⁷ *Domat*, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Bd. I, 1702, Première Partie, Livre Premier, Introduction, S. 19 (Hervorhebung durch Verf.).

¹⁵⁸ *Domat*, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Bd. I, 1702, S. XVIII f. (Hervorhebung durch Verf.).

¹⁵⁹ *Domat*, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Bd. I, 1702, Première Partie, Livre Premier, S. 24; zum Naturalerfüllungsgrundsatz bei *Domat* siehe Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 1, 1985, S. 434 mit Fn. 14.

6. Robert Joseph Pothier

Des Weiteren prägt *Robert Joseph Pothier* mit seinem *Traité des Obligations* (1768) den Vertragsbegriff im *Code Civil*.¹⁶⁰

a) Leben und Werk¹⁶¹

Pothier wurde am 9. Januar 1699 in Orléans geboren; er verstarb 1772.¹⁶² Nach dem Besuch eines Jesuitengymnasiums wurde er bereits mit 19 Jahren Lizentiat im römischen und kanonischen Recht¹⁶³, worauf nur zwei Jahre später seine Ernennung zum *Conseiller du roi, juge magistrat au baillage et siège présidial d'Orléans* folgte.¹⁶⁴ Dieses Richteramt, vergleichbar dem eines Richters am Oberlandesgericht, übte *Pothier* Zeit seines restlichen Lebens aus.¹⁶⁵ Darüber hinaus war er von 1746 bis 1749 Magistrat der Stadt Orléans, an deren Universität er ab dem Jahre 1750 den Lehrstuhl für *droit français* innehatte.¹⁶⁶

Pothier verfasste mehrere rechtswissenschaftliche Werke, darunter einen Kommentar zur *Coutume* von Orléans, in welchem Gemeinsamkeiten der in Frankreich herrschenden Gewohnheitsrechte beschrieben werden, mit dem Ziel, ein allgemeingültiges Recht zu schaffen.¹⁶⁷ Nach langwieriger Arbeit vollendete *Pothier* zudem seine bedeutende systematische Neuordnung der Texte des römischen Rechts in den „*Pandectae Justinianae in novum ordinem redactae*“.¹⁶⁸ Darüber hinaus veröffentlichte er ab 1761 über zwanzig thematisch vielseitige privatrechtliche Abhandlungen, namentlich sein *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*.¹⁶⁹ Diese Traktate wurden zur Grundlage des modernen französischen Zivilrechts.¹⁷⁰

Pothiers Werke, die sich weniger durch die Originalität der enthaltenen Gedanken als durch die gelungene Zusammenfassung und Reflexion von bereits Erarbeitetem auszeichnen¹⁷¹, hatten einen maßgeblichen Einfluss auf den *Code Civil*, der unter Berücksichtigung von *Pothiers* Lehren abgefasst wurde und teilweise wörtlich übernommene Passagen enthält.¹⁷² Daher hat auch das Reichsgericht in seinen Judikaten zu dem auf dem *Code Civil* beruhenden Badischen Landrecht, sofern darin entscheidende Bestim-

¹⁶⁰ *Pothier* hatte darüber hinaus auch einen nachhaltigen Einfluss auf die Entwicklung des Vertragsrechts des common law im 19. Jahrhundert, *Zimmermann*, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996, S. 569 ff.; *ders.*, *ZRG*, Germ. Abt. 102 (1985), 168, 176 ff., 201 ff.; *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979, S. 682 ff.

¹⁶¹ Vgl. näher *Zimmermann*, *ZRG*, Germ. Abt. 102 (1985), 168, 169 ff.

¹⁶² *König*, *Pothier und das römische Recht*, 1976, S. 37 f.

¹⁶³ *Luig*, *ZEuP* 2002, S. 489.

¹⁶⁴ *Zimmermann*, *ZRG* Germ. Abt. 102 (1985), S. 170.

¹⁶⁵ *Luig*, *ZEuP* 2002, S. 489.

¹⁶⁶ *Luig*, *ZEuP* 2002, S. 489.

¹⁶⁷ *Luig*, *ZEuP* 2002, S. 489 f.

¹⁶⁸ *Zimmermann*, *ZRG* Germ. Abt. 102 (1985), S. 170.

¹⁶⁹ *Luig*, *ZEuP* 2002, S. 490.

¹⁷⁰ *Zimmermann*, *ZRG* Germ. Abt. 102 (1985), S. 171.

¹⁷¹ *König*, *Pothier und das römische Recht*, 1976, S. 37.

¹⁷² *Stabel*, *Institutionen des französischen Zivilrechts*, 1871, S. 9; *König*, *Pothier und das römische Recht*, 1976, S. 35.

mungen fehlten, auf die Lehren *Pothiers* zurückgegriffen.¹⁷³ Beispielhaft dazu wurde entgegen Art. 1645 Code Civil unter Berufung auf seinen *Traité du contrat de vente* die Mängelhaftung eines Verkäufers, der selbstgefertigte Waren verkaufte, auch auf Fahrlässigkeit ausgedehnt.¹⁷⁴ In erster Linie dienten *Pothiers* Werke jedoch als zuverlässiger Kommentar und häufig verwendetes Hilfsmittel zur Auslegung des Code Civil¹⁷⁵, insbesondere wurden sie dazu verwendet, das Gebot der schonenden Rechtsausübung durchzusetzen.¹⁷⁶ Diese Einwirkungen *Pothiers* rechtfertigen seine Bezeichnung als den einflussreichsten der geistigen Väter des Code Civil.¹⁷⁷

b) Bedeutung für den Vertragsbegriff

Pothier gelingt die Verbindung von Vertrags- und Konsensprinzip.¹⁷⁸ Er verknüpft die Lehre von *Grotius*, der von der Annahmefähigkeit des Versprechens ausgeht, dem Konsens jedoch wenig Beachtung schenkt¹⁷⁹, mit derjenigen von *Domat*, der zwar den Konsens hochhält, dessen Struktur jedoch noch nicht als aus Angebot und Annahme bestehend erfasst.¹⁸⁰ So definiert *Pothier* den Schuldvertrag als *Willensübereinkunft* zweier oder mehrerer Personen im Hinblick auf eine Leistungsverpflichtung (insofern in Tradition *Domats*), welche durch *Annahme eines angebotenen Versprechens* (insofern in Tradition *Grotius*) zustande kommt:

„Un contrat „est le *consentement de deux* ou de plusieurs personnes pour former entre elles quelque engagement (...).“¹⁸¹ „Le contrat renferme le concours des volontés de deux personnes, dont l’une *promet* quelque chose à l’autre, et l’autre *accepte* la promesse qui lui est faite.“¹⁸²

Pothier grenzt den *contrat* von der unverbindlichen *pollicitation* ab („*En quoi le contrat diffère-t-il de la pollicitation*“) und verlangt – unter explizitem Verweis auf *Grotius* – die Annahme des Versprechens als Voraussetzung für die Entstehung von Bindungswirkung und Leistungspflicht:

„La *pollicitation* est la promesse qui n’est pas encore acceptée par celui à qui elle est faite. (...). La *pollicitation* (...) *produit aucune obligation* proprement dite. (...) De même que je ne puis pas par ma seule volonté transférer à quelqu’un un droit dans mes biens, si sa volonté ne concourt pour l’acquérir; de même je ne puis pas par ma promesse accorder à quelqu’un un droit contre ma personne, jusqu’à ce que sa

¹⁷³ RGZ 27, S. 332.

¹⁷⁴ RGZ 12, S. 324.

¹⁷⁵ *König*, *Pothier und das römische Recht*, 1976, S. 35 f.; *Luig*, ZEuP 2002, S. 494.

¹⁷⁶ *Bürge*, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, 1995, S. 98 f.; *Luig*, ZEuP 2002, S. 493.

¹⁷⁷ *Luig*, ZEuP 2002, S. 490.

¹⁷⁸ *Zimmermann*, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996, S. 566 f.

¹⁷⁹ *Mayer-Maly*, *Bedeutung des Konsenses* (Fn. 56), S. 95.

¹⁸⁰ Vgl. auch *Kegel*, GS Luderitz (2000), S. 347, 370.

¹⁸¹ *Pothier*, *Traité des Obligations*, 1768, Tz. 3.

¹⁸² *Pothier*, *Traité des Obligations*, 1768, Tz. 4 (Hervorhebung durch *Verf.*).

volonté concoure pour l'acquérir, par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse.“¹⁸³

Wirksam zustande gekommene Verträge gehen *Pothier* zufolge mit einer Bindungswirkung in Gestalt von Leistungspflichten einher: „Les contrats produisent des obligations.“¹⁸⁴

Dabei geht *Pothier* im Anschluss an *Domat*¹⁸⁵ vom Naturalerfüllungsinhalt dieser „obligations“ aus.¹⁸⁶ Für die *obligations de faire* vertritt *Pothier* zwar auf Kondemnations-ebene den Pekuniärerfüllungsgrundsatz.¹⁸⁷ Allerdings sollen die *obligations de faire* den Schuldner materiellrechtlich bis zum Ablauf einer vom Gericht gesetzten Frist zur Naturalerfüllung verpflichten.¹⁸⁸ Für die *obligations de donner* plädiert *Pothier* für eine starke Rechtsposition des Gläubigers.¹⁸⁹ Der Gläubiger soll seinen Naturalerfüllungsanspruch durchsetzen können.¹⁹⁰ Umgekehrt soll sich der Schuldner gegen den Willen des Gläubigers gerade nicht durch Interesseleistung liberieren können.¹⁹¹ Darüber hinaus wird der Naturalerfüllungsdruck auf den Schuldner insofern verstärkt, als diesem im

¹⁸³ *Pothier*, Traité des Obligations, 1768, Tz. 4 (Hervorhebung durch Verf.).

¹⁸⁴ *Pothier*, Traité des Obligations, 1768, Tz. 85.

¹⁸⁵ *Domat*, Les loix civiles dans leur ordre naturel, 1702, Bd. I, Première Partie, Livre Premier, S. 24: „(...) le premier effet de la convention, est que chacun des contractans peut obliger l'autre à exécuter son engagement (...).“ Zum Naturalerfüllungsgrundsatz bei *Domat* siehe *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, S. 434 mit Fn. 14.

¹⁸⁶ *Pothier*, Traité des Obligations, 1768, Tz. 85, 141 ff.; hierzu *Scalise*, 55 American Journal of Comparative Law 721, 728 (2007).

¹⁸⁷ *Pothier*, Traité des Obligations, 1768, Tz. 146 ff., 157 f.: „Lorsque quelqu'un s'est obligé à faire quelque chose, cette obligation ne donne pas au créancier le droit de contraindre le débiteur précisément à faire ce qu'il s'est obligé de faire, mais seulement celui de le faire condamner en ses dommages et intérêts, faute d'avoir satisfait à son obligation. C'est en cette obligation de dommages et intérêts, que se résolvant toutes les obligations de faire quelque chose, car *nemo potest praecise cogi ad factum*.“ (Hervorhebungen im Original).

¹⁸⁸ *Pothier*, Traité des Obligations, 1768, Tz. 146: „L'effet de l'obligation qu'une personne a contractée de faire quelque chose, est qu'elle doit faire ce qu'elle s'est engagée de faire, et que, si elle ne le fait pas, après avoir été mise en demeure de le faire, elle doit être condamnée aux dommages et intérêts de celui envers qui elle s'est obligée. (...) Le juge, sur (...) demande [du créancier] prescrit un certain temps dans lequel le débiteur sera tenu de faire ce qu'il a promis; et faute par lui de le faire dans ledit temps, il le condamne aux dépens, dommages et intérêts.“ *Kohler*, AcP 80 (1893), 141, 230 f., 235 ff. („In der That ist (...) *Pothier* so aufzufassen, dass der Anspruch auf wirkliche Erfüllung geht“) interpretiert *Pothier* sogar dahingehend, dass selbst bei den *obligations de faire* die Naturalkondemnation möglich und nur die Naturalerfüllung verwehrt sein solle, was der Regelung in § 888 Abs. 3 ZPO nahe käme. Doch selbst wenn man dem nicht folgt (*Pothier*, Traité des Obligations, 1768, Tz. 146 ff., 157 f., spricht immerhin ausdrücklich von der Pekuniärkondemnation; *Kohler*, AcP 80 (1893), 141, 230 f. hält die Wortwahl bei *Pothier* indes für missverständlich) bringt ein Vertrag nach *Pothier* materiellrechtlich in jedem Fall eine Naturalerfüllungspflicht hervor.

¹⁸⁹ *Pothier*, Traité des Obligations, 1768, Tz. 85 ff., 141 ff., 150 ff.

¹⁹⁰ *Pothier*, Traité des Obligations, 1768, Tz. 85, 150: „Les effets de l'obligation par rapport au créancier sont 1° le droit qu'elle lui donne de poursuivre en justice le débiteur, pour le paiement de ce qui est contenue dans l'obligation.“ Der Begriff „paiement“ bezieht sich nach damaligem Verständnis nicht nur auf Geldzahlungen, sondern eben auch – wie im Kontext des Zitats – auf die Naturalerfüllung, *Pothier*, a.a.O., Tz. 494 ff.: „Lorsque l'obligation est de donner quelque chose, le paiement est la donation et translation de la propriété de cette chose.“

¹⁹¹ *Pothier*, Traité des Obligations, 1768, Tz. 530 ff.: „un débiteur ne peut obliger son créancier à recevoir en paiement autre chose que ce qu'il lui doit.“

Nichterfüllungsfall eine verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung droht.¹⁹² Schließlich sollen den Schuldner sogar situationsabhängige Schadensersatzbewehrte Rücksichtspflichten im Hinblick auf den Vertragsgegenstand treffen, um die Naturalerfüllung zu sichern.¹⁹³

In summa kommt das Naturalerfüllungskonzept *Pothiers* nahe an das Naturalerfüllungsmodell des BGB heran: Hier wie dort ist der Naturalerfüllungsanspruch des Gläubigers (1.) durchsetzbar, (2.) Schadensersatzbewehrt und (3.) durch Rücksichtspflichten des Schuldners gesichert.

7. Naturrechtskodifikationen

Vor dem Hintergrund des von den Naturrechtslehren herausgearbeiteten Vertragsbegriffs verwundert es nicht, dass dieser Eingang in die Naturrechtskodifikationen des 18. und frühen 19. Jahrhunderts gefunden hat. Hier dominieren nunmehr das Vertrags- und Konsensprinzip auf Vertragsentstehungsseite sowie die Vertragsbindung auf Vertragsfolgenrechte.¹⁹⁴

(1.) Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (CMBC) von 1756¹⁹⁵ greift das Konsensprinzip in ausgeprägter Form auf.¹⁹⁶ Zum einen kommt den *pacta nuda* Bindungswirkung zu.¹⁹⁷ Zum anderen soll der Konsens in Ausnahmefällen sogar bei Realverträgen als Entstehungsvoraussetzung genügen.¹⁹⁸ Der Codex erkennt auf Vertragsfolgenrechte die Vertragsbindung für alle Verträge an, und zwar unabhängig davon, ob eine Partei vorgeleistet hat oder nicht.¹⁹⁹ Die Möglichkeit einseitiger Vertragslösung

¹⁹² *Pothier*, Traité des Obligations, 1768, Tz. 159 ff.

¹⁹³ *Pothier*, Traité des Obligations, 1768, Tz. 142: „(...) l'obligation a encore cet effet à l'égard du débiteur, qu'elle l'oblige à apporter un soin convenable à la conservation de la chose due, jusqu'au paiement (= Naturalerfüllung) qu'il en fera; et si, faute d'avoir apporté ce soin, la chose vient à périr, à se perdre, ou à être détériorée, il est tenu des dommages et intérêts du créancier qui en résultent.“

¹⁹⁴ Zum Vertragsbegriff in den Naturrechtskodifikationen (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, Codex Theresianus, preußisches Allgemeines Landrecht, Code Civil und österreichisches ABGB) *Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985, S. 170 ff.; ferner *HKK/Thier*, § 311, Rn. 20; *Steinwenter*, *JurBl* 72 (1950), 173, 176; *Kegel*, *GS Lüderitz* (2000), S. 347, 363 ff., 367.

¹⁹⁵ „Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis oder: Baiarisches Landrecht“, im Folgenden zitiert als CMBC nach der unveränderten Neuauflage, München 1821.

¹⁹⁶ Vgl. CMBC IV 1, § 5; hierzu *HKK/Thier*, § 311, Rn. 20.

¹⁹⁷ CMBC IV 1, § 3: „(...) Nachdem aber heut zu Tage allen Pacten die nämliche Kraft und Wirkung wie einem Contracte beygelegt ist, so fällt auch obige Abtheilung sammt dem Unterschiede zwischen den sogenannten Pactis nudis, Legitimis, vestis vel adjectis hinweg.“

¹⁹⁸ Sofern die Parteien nur ernstlich über deren Entstehung übereingekommen sind, sollen Realverträge auch ohne Übergabe der Sache verbindlich sein, vgl. CMBC IV 2, § 2: „Contractus Reales bestehen nur im Darlehen, Leihen, Hinterlegen, Verpfänden (...) und werden zwar darum Reales genannt, weil sie durch den Consens allein, ohne erfolgende wirkliche Übergabe der Sache nicht zum völligen Stande zu kommen pflegen, falls man aber gleichwohl hierin bereits soweit mit einander verstanden ist, daß nichts mehr als die Übergabe daran ermangelt, und alle Umstände deutlich zu erkennen geben, daß die gepflogene Abrede keine bloße Tractation oder Vorbereitung mehr, sondern bereits eine geschlossene Sache gewesen sey, so kann nach heutigem Rechte und Gebrauche hierauf geklagt, und der weigernde Theil zur Übergabe angehalten werden.“

¹⁹⁹ CMBC IV 12, § 1.

(Reurecht) steht keiner Partei mehr zu, auch nicht gegen Preisgabe einer Arrha.²⁰⁰ Die Vertragsbindung wird in der Sache lediglich durch die *clausula rebus sic stantibus* relativiert.²⁰¹

(2.) Das preußische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794, das in den altpreußischen Landesteilen bis zum 1.1.1900 gilt²⁰², bringt das Konsens- und Vertragsprinzip prägnant zum Ausdruck²⁰³, ebenso die Vertragsinhaltsfreiheit.²⁰⁴ Rechtsfolge der Vertragsentstehung ist dem ALR zufolge die Vertragsbindung: Verträge können nicht einseitig ohne rechtlich anerkannten Grund aufgehoben werden.²⁰⁵

(3.) In Frankreich fließen die Erkenntnisse der Naturrechtslehren in den Code Civil (1804) ein, wie abschließend dargelegt werden soll.

VI. Der Vertrag im Code Civil

1. Vertrags- und Konsensprinzip

Art. 1101 Code Civil definiert den Vertrag (*contrat*) allgemein als eine Vereinbarung (*convention*), durch die sich eine oder mehrere Personen gegenüber einer oder mehreren anderen zu einer Handlung, Unterlassung oder der Hingabe einer Sache verpflichten.²⁰⁶ Mit dem Rekurs auf die Institute *contrat* und *convention* entscheidet sich der Code Civil für das Vertragsprinzip (zu dessen rechtsdogmatischer Bedeutung supra unter IV.1.). Die Voraussetzungen der Wirksamkeit einer *convention* statuiert Art. 1108 Code Civil:

"Le consentement de la partie qui s'oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation."²⁰⁷

Wie supra dargelegt, geht Art. 1108 Code Civil auf das *intrapersonale* Konsensverständnis *Pufendorfs* zurück.²⁰⁸ Der in Art. 1108 Code Civil gemeinte Konsens ist auf

²⁰⁰ CMBC IV 1, § 11. Im Abschnitt über das Abgehen vom Vertrag ist ferner bestimmt: „Die einseitige Reue oder Abweichung hingegen hebt die Verbindlichkeit nicht auf, sondern räumt dem anderen Theile nur Exceptionem non impleti Contractus so weit ein, daß er seiner Seits zur Erfüllung nicht angehalten werden kann, bis auch gegentheilig der Obligation ein Genüge geschehen ist (...).“, CMBC IV 15, § 11.

²⁰¹ Diese soll gemäß CMBC IV 15, § 12 in allen Verträgen mitenthalten sein; hierzu *Steinwenter*, JurBI 72 (1950), 173, 175 f.; *ders.*, JurBI 72 (1950), 1197, 1198.

²⁰² Vgl. zur Entstehung und zum Inhalt des ALR *Laufs*, Rechtsentwicklungen in Deutschland, 6. Aufl. 2006, S. 184 ff.

²⁰³ ALR I 5, § 1: „Wechselseitige Einwilligung zur Erwerbung oder Veräußerung eines Rechts, wird Vertrag genannt.“ Hierzu *HKK/Thier*, § 311, Rn. 20.

²⁰⁴ ALR I 5, § 39: „Ueber alles, was Gegenstand einer rechtsgültigen Willenserklärung seyn kann, können auch Verträge geschlossen werden (...).“ Hierzu *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit – Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, 2000, S. 35.

²⁰⁵ Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus ALR I 5, § 385: „Durch wechselseitige Einwilligung kann ein zwar geschlossener, aber noch nicht erfüllter Vertrag wieder aufgehoben werden.“

²⁰⁶ Art. 1101 Code Civil: „Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.“

²⁰⁷ Hervorhebung durch *Verf.*

²⁰⁸ Supra unter V.2.

den Willen des Promittenten, d.h. desjenigen, der eine Leistungspflicht eingeht, bezogen.²⁰⁹ Um daraus eine *convention* im Sinne des Art. 1101 Code Civil zu machen, ist indes noch eine Willensäußerung des Promissars erforderlich. Diese wird als schlichte Zustimmung zu dem als Versprechen (*pollicitation*) ausgestalteten Antrag zur Eingehung der vertraglichen Bindung begriffen.²¹⁰

Erstaunlich ist, dass die Regelung des Art. 1108 Code Civil hinter dem Erkenntnisstand zu Beginn des 19. Jahrhunderts zurückbleibt. Insbesondere *Domat* hatte parallel zu *Thomasius* und *Wolff* bereits das intrapersonale Konsensverständnis *Pufendorfs* hinter sich gelassen und von einem *consentement mutuel* gesprochen.

Sind die Anforderungen des Art. 1108 Code Civil gewahrt, gilt der Vertrag nach Art. 1134 Code Civil zwischen den Parteien mit gesetzgleicher Kraft. Das Vereinbarte muss nach Treu und Glauben (*bonne foi*) erfüllt werden, Ausnahmen sind nur einvernehmlich (*consentement mutuel*) oder auf gesetzlicher Grundlage möglich.

2. Konsensprinzip im weiteren Sinne

Das französische Recht geht – anders als das deutsche Recht – vom *Konsensprinzip im weiteren Sinne* aus (hierzu supra unter IV.2.), ist doch für einen wirksamen Vertragsschluss nicht nur der Konsens der Parteien über die *essentialia negotii* (zu denen das *objet certain* im Sinne des Art. 1108 Code Civil zählt) notwendig, sondern darüber hinaus auch eine *cause licite*.²¹¹

Nach deutschem Recht bedürfen (nur) *dingliche Verfügungen* einer wirksamen causa (in der Regel in Gestalt eines schuldrechtlichen Vertrages, welcher dem Gläubiger eine Behaltensbefugnis für die empfangene Leistung verleiht²¹²); andernfalls sind sie mangels rechtlichen Behaltensgrundes über die Leistungskondition rückabzuwickeln, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Im Unterschied zum BGB mit seinem Trennungs- und Abstraktionsprinzip verlangt der Code Civil eine zulässige causa (*cause licite*)²¹³ bereits als Wirksamkeitsvoraussetzung jedes schuldrechtlichen Vertrages. Art. 1131 Code Civil ordnet an, dass ein Rechtsgeschäft ganz ohne causa, eines mit „falscher“ causa (z. B. Scheingeschäfte oder Gefälligkeiten)²¹⁴ sowie eines mit unerlaubter causa keine Rechts

²⁰⁹ Man bediente sich damals noch nicht des Instituts der Willenserklärung, *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 1/1, 2. Aufl. 1994, 1 F 90; *Hübner/Constantinesco*, (Fn.3), S. 159. Erst über *Saleilles* wurde die Willenserklärung zu Beginn des 20. Jahrhunderts ins französische Recht eingeführt; die dortige Wissenschaft arbeitet heute im Ergebnis auch mit einer Übereinstimmung von Willenserklärungen, dazu *Marty/Raynaud*, Droit civil, Les obligations, 1962, Tome 1, Nr. 104.

²¹⁰ *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl. 2009, S. 173 mwN.

²¹¹ Eingehend zu dem Merkmal *Capitant*, De la cause des obligations, 3^e éd., 1927; *Westermann*, Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, 1967; *Halfmann*, Die Lehre vom Grund der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung („cause de l’obligation“) im französischen Privatrecht, 1965.

²¹² Zu den aus einem Vertragsverhältnis entspringenden Einzelbefugnissen (Einziehungsbefugnis, Klagebefugnis, Verfügungsbefugnis, Behaltensbefugnis etc.) *Weller*, Die Vertragstreue, 2009, S. 226 ff.

²¹³ Der Terminus „cause“ wäre wörtlich am besten mit „Grund“ oder „Anlass“ zu übersetzen; *Capitant* (Fn. 211), n° 3, sieht den Begriff als Synonym von „but“ (Zweck, Ziel).

²¹⁴ S. *Hübner/Constantinesco* (Fn. 3), S. 166.

wirkungen entfalten.²¹⁵ Der *cause* wird die Funktion eines Seriositätskriteriums für das in Frage stehende Geschäft zugeschrieben; über sie lässt sich die Entstehung unerwünschter Rechtsfolgen verhindern.²¹⁶

Worin im Regelfall die *cause* eines Vertrages liegt, ist nicht völlig geklärt: Während einerseits mit einer abstrakt-objektiven Beurteilung beim gegenseitigen Vertrag die Gegenleistung und bei unentgeltlichen Geschäften der *animus donandi* als *cause* angesehen werden²¹⁷, erkennt eine subjektive Betrachtung die individuelle Zweckvereinbarung des konkreten Vertrages als solche an.²¹⁸ Unstreitig ist angesichts Art. 1132 Code Civil, dass die *cause* nicht ausdrücklich vereinbart sein muss; sie kann auch auf andere Weise bewiesen werden.²¹⁹

VII. Zusammenfassung in Thesen

1. Auf die naturrechtlichen Vertragslehren gehen mehrere Errungenschaften für den modernen Vertragsbegriff zurück: Das Vertragsprinzip, das Konsensprinzip und die *Maxime pacta sunt servanda*.
2. Auf der Tatbestandsseite der Obligation (Obligationsbegründung) wird die kanonische Lehre vom *einseitig*-bindenden Versprechen (*promissio*) durch die Lehre vom *annahmebedürftigen* Versprechen abgelöst. Nur dem *angenommenen* Versprechen werden rechtsgeschäftliche Wirkungen beigemessen. Mit *Grotius* und *Pufendorf* nimmt das *Vertragsprinzip*, wonach für die Wirksamkeit eines Versprechens dessen Annahme erforderlich ist, seinen Anfang.
3. Ebenfalls auf Tatbestandsseite werden die Grundlagen des Konsensprinzips gelegt, wonach allein der übereinstimmende Rechtsbindungswille den Vertrag hervorbringt. Bei *Grotius* liegt der Schwerpunkt der Vertragsbegründung noch auf dem annahmebedürftigen Versprechen, *Pufendorf* hängt einem intrapersonalen Konsensverständnis an und gelangt dadurch zu *zwei* Konsensen. *Thomasius* und *Wolff* gelangen zu *einem* Konsens und kommen so unserem heutigen Konsensverständnis nahe. Letzteres gilt auch für *Domat* und *Pothier*. In Frankreich verknüpft insbesondere *Pothier* das Vertrags- mit dem Konsensprinzip.
4. Parallel zur Herausbildung des Vertragsprinzips auf der Tatbestandsseite erhebt das Natur- und Vernunftrecht auf der Rechtsfolgenseite die Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) zur *Maxime*.

²¹⁵ Eine unerlaubte *causa* (*cause illicite*) liegt nach Art. 1133 Code Civil bei Gesetzes- oder Sittenverstoß vor.

²¹⁶ *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Band 1/1, 2. Aufl. 1994, I F 109. Ähnlich *Westermann* (Fn. 211), S. 36.

²¹⁷ Diese klassische Betrachtungsweise geht auf *Domat* zurück, vgl. *Ghestin*, *Traité de droit civil – la formation du contrat*, 3ème éd., 1993, n° 822, 825.

²¹⁸ S. bereits *Capitant* (Fn. 211), n° 3.

²¹⁹ *Ranieri* (Fn. 210), S. 1050.

5. In den Naturrechtskodifikationen gelingt dem Vertragsprinzip, dem Konsensprinzip und der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) ein wirkungsbreiter Durchbruch.
6. Während das Vertragsprinzip und die Maxime *pacta sunt servanda* im Code Civil (1804) uneingeschränkt gelten, entspricht das Konsensprinzip nicht dem aktuellen Erkenntnisstand zu Beginn des 19. Jahrhunderts. Vielmehr kommt in Art. 1108 Code Civil noch das intrapersonale Konsensverständnis *Pufendorfs* zum Ausdruck.
7. Darüber hinaus geht der Code Civil anders als das Bürgerliche Gesetzbuch vom *Konsensprinzip im weiteren Sinne* aus: ein wirksamer Vertragsschluss setzt nicht nur wie im deutschen Recht zwei korrespondierende Willenserklärungen, sondern darüber hinausgehend auch eine *cause licite* voraus.
8. Ungeachtet der rechtskonstruktiven Detailunterschiede bauen das Bürgerliche Recht und der Code Civil auf dem Vertrags- und dem Konsensprinzip auf. Damit gehen nicht unerhebliche rechtspolitische und rechtsdogmatische Kernaussagen einher.
9. Das Vertragsprinzip vermag anders als die einseitigen, nur auf den Schuldner abstellenden Versprechenslehren die Unterwerfung des (Sachleistungs-)Gläubigers gerade in seiner Rolle als Gläubiger unter Leistungstreuepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB: „jeden Teil“) zu erklären.
10. Das Konsensprinzip verbürgt die individuelle Freiheit aller am Vertragsschluss Beteiligten und sichert dadurch auch die Vertragsgerechtigkeit im Sinne einer auf die Maxime *stat pro ratione voluntas* zurückführbaren Richtigkeitschance.