

**Die Entwicklung des Versprechensvertrags
- gegen die Mystik des Willensvereinigungsmodells**

Horst Ehmann

I. Vom römischen Vertragssystem zum naturrechtlichen Versprechensmodell ...	2
1. <i>Baldus de Ubaldis und die Kanonisten</i>	2
2. <i>Grotius (1583 – 1645)</i>	4
3. <i>Pufendorf (1632- 1694)</i>	7
4. <i>Der causa-Begriff im naturrechtlichen Versprechensmodell</i>	7
a) <i>causa der pollicitatio</i>	8
b) <i>causa der alienatio</i>	10
c) <i>Die Besonderheit des Austauschzwecks im gegenseitigen Vertrag</i>	11
II. Säkularer Paradigmenwechsel zu einem Willensvereinigungsmodell ?	12
1. <i>Die Behauptungen Schmidlins</i>	12
2. <i>Kants Rechtslehre zur Entstehung eines Versprechensvertrags</i>	12
3. <i>Das Vertragsmodell des Pandektenrechts</i>	12
a) <i>Puchta (1798- 1846)</i>	14
b) <i>Windscheid (1817-1892)</i>	15
c) <i>Regelsberger (1827-1916)</i>	16
d) <i>Dernburg (1829- 1907)</i>	17
e) <i>Arndts (1822-1878)</i>	19
f) <i>Fazit</i>	20
4. <i>Savignys Vertrags- und Obligationsverständnis</i>	21
a) <i>Die allgemeinste Vertragsdefinition</i>	21
b) <i>Das obligatorische „Rechtsverhältnis“ zwischen Gläubiger und Schuldner</i>	22
c) <i>Zum Obligationenbegriff Savignys</i>	24
d) <i>Zur causa der Leistungsversprechen</i>	26
aa) <i>Die herrschende Pandekten-Lehre</i>	26
bb) <i>Savignys Übereignungs- und causa-Lehre: auf falscher Spur?</i>	27
cc) <i>Kritische Betrachtung der Prämissen Savignys</i>	29
5. <i>Die gesetzlichen Regelungen des BGB</i>	33
a) <i>Der allgemeine Vertragsbegriff der §§ 145 ff. BGB</i>	33
b) <i>Kausale und abstrakte vertragliche Zuwendungen</i>	36
III. Schluß: Abstrakte und kausale Versprechensverträge bedürfen einer causa ...	36

Die Entwicklung des Versprechensvertrags - gegen die Mystik des Willensvereinigungsmodells

Von

Horst Ehmann

Wie werden schuldrechtliche Leistungsversprechen wirksam? Die Frage erscheint banal, die Antwort einfach: durch Vertrag "natürlich". Aber was sind die Voraussetzungen eines Vertrags im Allgemeinen und die eines schuldrechtlichen (gegenseitigen) Versprechensvertrags, z.B. eines Kaufvertrags im Besonderen? Dazu ist vor einiger Zeit die Behauptung aufgestellt worden, in der deutschen Pandektistik sei auf der Grundlage der Rechtslehre *Kants* und von Äußerungen *Savignys* in einem "säkularen Paradigmenwechsel" aus dem naturrechtlichen Versprechensmodell ein „Willensvereinigungsmodell“ entwickelt worden, das dem deutschen BGB und dem schweizerischen Obligationenrecht zu Grunde liege und sich gegen die entgegenstehenden Vorstellungen und Regelungen des französischen Code Civil und des österreichischen ABGB immer mehr durchsetze. Nach diesem Willensvereinigungsmodell habe die Willenserklärung eines Versprechenden keine Übertragungsfunktion mehr, folglich bedürfe es auch keiner Übertragungscausa mehr für die aus dem Versprechen entstehende Forderung des Versprechensempfängers, die Funktion der *causa* sei daher entfallen. Demgegenüber hat der verehrte **Jubilar** in seinem Beitrag zur *Entstehung vertraglicher Verpflichtungen* nicht nur die historische Bedeutung der *causa* zur Befreiung des Vertragsbegriffs vom Form- und Typenzwang des römischen Rechts dargelegt, sondern auch deren fortbestehende Bedeutung als *Seriositätsindiz* in der englischen *consideration*-Lehre und darüber hinaus als *Rechtsgrund* (*causa*, Zweck) vertraglicher Leistungen und Leistungsversprechen herausgestellt¹: „*Natürlich ist jedem vernünftigen Menschen klar, dass auch dieses (abstrakte) Versprechen letztlich irgend einen Grund hat. Jedenfalls hat der reine Konsens nirgendwo für sich selbst allein Geltung.*“ Leistungen werden in der Regel gewährt oder versprochen, um einer Gegenleistung willen (*quod Graeci σύναλλαγμα. vocant*), ausnahmsweise auch *donandi causa* und häufiger auch zur Erfüllung (*solvendi causa*) oder sonstiger Abwicklung (*sicherungs- oder vergleichshalber*) einer bereits bestehenden Verpflichtung. Das war so und ist so und bleibt auch so bis ans Ende aller Zeiten. Dass sich viele Praktiker des Rechts dieser historischen und logischen Voraussetzungen unseres Vertragsrechts, angesichts der dichten positivrechtlichen Regelungen der wichtigsten daraus entstehenden Fragen, häufig nicht mehr hinreichend bewusst sind, ist leicht verständlich und letztlich ein Beweis für den praktischen Nutzen der Kodifizierung, die dem Praktiker möglichst „fertige Begriffe“ an die Hand geben soll, die ihn von der Beschäftigung mit deren Voraussetzungen weitgehend befreien können; dass jedoch auch Rechtshistoriker solch naivem Gesetzespositivismus verfallen, ist ein schlimmes Zeichen der Vulgarisierung unserer Rechtswissenschaft.

I. Vom römischen Vertragsystem zum naturrechtlichen Versprechensmodell

Bekanntlich war das römische Vertragsrecht noch nicht zum Prinzip der Vertragsfreiheit durchgedrungen, unterschied vielmehr zwischen Konsensualkontrakten (*emptio venditio, locatio conductio, mandatum, societas*), Verbalkontrakten (*stipulationes*), Litteral- und Realkontrakten. Die bloße Übereinstimmung des freien Willens (*nudus consensus*) der Vertrags-

¹ *Stathopoulos*, Probleme der Vertragsbindung und Vertragslösung in rechtsvergleichender Betrachtung, in: AcP 194 (1994), S. 543 ff.

parteien konnte ein wirksames Schuldverhältnis (*obligatio*) nur in der Form der vier anerkannten Konsensualkontrakte hervorbringen. Nicht in den *Numerus clausus* der Konsensualkontrakte passende rechtsgeschäftliche Absichten (Interessen) konnten nur in der feierlichen Form der *stipulatio* (*spondeo - spondeo*) oder im *vestimentum* von Litteral- und Realkontrakten zur Geltung gebracht werden. Der einfache Gedanke, dass der individuelle Wille eines Menschen - jedenfalls wenn er die Zustimmung (*consensus*) eines anderen findet - zwischen den beiden (relatives) Recht setzen könnte, ist jedoch erst in den Lehren des Naturrechts zum Durchbruch gekommen².

1. Baldus de Ubaldis und die Kanonisten

Dahinter steht ein langwieriger und vielschichtiger rechtsgeschichtlicher Prozess, der vor allem beeinflusst wurde durch die scholastische Kausalitätslehre und das kanonische Recht, die im Wege der Interpretation vor allem durch *Baldus de Ubaldis* (1327-1400) zu einem veränderten Verständnis der römischen Quellen des Obligationenrechts führten. Das kanonische Recht ist auf der Grundlage der christlichen Lehre, dass Lüge Sünde sei, zu der Auffassung gekommen, dass der Mensch an jedes ernstliche Versprechen gebunden und daher auch ein *pactum nudum* (kirchen-)rechtlich verbindlich sein müsse. Dem stand jedoch das *vestimentum*-Erfordernis der römischen Quellen entgegen, weshalb die mittelalterlichen Legisten diesen Satz nicht akzeptieren konnten. Auch *Thomas von Aquin*³, der die theologische Lehre auf den einfachen Nenner brachte: „Es ist eine Lüge, wenn einer nicht erfüllt, was er versprochen hat“, betrachtete die darin steckende Verpflichtung jedoch nur als eine *moralische*, nicht als eine *rechtliche*. Hinter der Zurückhaltung der Legisten und des Aquinaten gegenüber der Anerkennung eines *pactum nudum* als rechtlich verbindliche, klagbare Verpflichtung stand von Anfang an - neben der Bindung an die Autorität des *Corpus Juris Civilis* - auch die Erkenntnis, den Schutz des *vestimentum*-Erfordernisses vor etwas leichtfertigen, nicht so ernst gemeinten Äußerungen nicht ohne weiteres aufgeben zu können, vielmehr ein Kriterium („*Seriositätsindiz*“) dafür haben zu müssen, dass das, was gesagt wurde, auch ernsthaft als ein Verbindliches gemeint war und gelten sollte⁴. Zu diesem Zwecke hat *Baldus* die aus der aristotelischen Kausalitätslehre entwickelte scholastische Lehre nutzbar gemacht und eine *causa* als *vestimentum*-Ersatz eingesetzt, die im Sinne dieser Lehre sowohl *causa impulsiva* als auch *causa finalis* sein konnte.

Dieser Versuch der Harmonisierung der römischen *vestimentum*-Lehre mit dem kanonischen Recht hat zwar bei den Kanonisten, nicht aber bei den Legisten große Anerkennung gefunden, trotzdem aber auch im weltlichen Recht eine Entwicklung zur allgemeinen Vertragsfreiheit ausgelöst, die nicht mehr aufzuhalten war. Im *Usus modernus* wurde diese Entwicklung im Anschluss an *Hermann Conring* (1606- 1681) und dessen Widerlegung der „Lotharingischen

² Grundlegend *Hugo Grotius*, *De iure Belli ac Pacis*, Amsterdam, Libri Tres, 1735[Abk: JB]; ins Deutsche übersetzt und hrsg. von *Walter Schätzel*, Tübingen 1950; *Hugo de Groot*, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, Nachdruck Leiden 1965; englische Übersetzung mit kurzen Anmerkungen von: Robert Warden, *The Jurisprudence of Holland*, Nachdruck Aalen 1977; von *Samuel v. Pufendorf*, *De Jure Naturae et Gentium*, 1726 (Nachdruck 1967; Nachdruck der Übersetzung 1998); dazu *Diesselhorst*, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln 1959; *Nanz*, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München 1985; *Schmidlin*, *Die beiden Vertragsmodelle des europäischen Zivilrechts: das naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung und das pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärungen*, in: *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, (Hrsg. Reinhard Zimmermann), Heidelberg 1999; *Bremkamp*, *Causa*, Berlin 2008.

³ *Thomas v. Aquin*, *Summa Theologica*, Deutsche Thomas Ausgabe, München ab 1934, II-II, Qu. 110, Art 3, 5 (Übersetzung : Heinrich Fahsel (Hrsg.), Zürich 1945/46); dazu *Nanz* (Fn. 2), 49; *Bremkamp* (Fn. 2), 56.

⁴ Dazu *Grotius* unten Fn. 14; auch in ALR I 4 § 52 heißt es demgemäß noch: " Eine Willenserklärung, woraus Rechte und Verbindlichkeiten entstehen sollen, muss ernstlich seyn."

Legende“ verstärkt durch die These, das römische Vertragsrecht sei nicht rezipiert worden⁵. Auf dieser Grundlage bildeten sich Partikularrechte, in denen die Gültigkeit formloser "atypischer Versprechen" (keine Konsensualkontrakte) für verbindlich erklärt wurden, wenn etwas "mit Bedächtigkeit zugesagt"⁶ wird. Die immer noch mächtige Autorität des *Corpus Juris Civilis* wird also jedenfalls partikulär positivrechtlich überwunden; zumindest aber eine "Bedächtigkeit" des Versprechens gefordert, die auch keine "unehrliche Sache" betreffen darf.

2. Grotius (1583 – 1645)

a) Der Durchbruch durch die römische *vestimentum*-Lehre zur Willensautonomie (*Voluntarismus*) gelang auf breiter Front jedoch erst durch Grotius, der allgemein als Begründer des natur- und vernunftrechtlichen Systems gilt; was allerdings Wieacker etwas in Frage stellt, indem er dessen Vermittlerrolle zwischen der moraltheologischen Tradition und dem aufkommenden profanen Naturrecht hervorhebt⁷. Grotius begründet die verbindliche Wirkung menschlichen Versprechens zunächst auch eher theologisch als rational damit, dass Gott, obwohl er durch kein positives Gesetz verpflichtet werden kann, doch gegen seine Natur handeln würde, wenn er das Verheißene nicht gewährte: "Hieraus ergibt sich, dass die Pflicht zur Erfüllung des Versprochenen aus der Natur der unveränderten Gerechtigkeit kommt, die sowohl Gott als allen vernünftigen Wesen in ihrer Weise gemeinsam ist"⁸. Jedoch der menschlichen Vernunft bieten sich in allen Fragen zumeist viele Möglichkeiten. So beginnt auch Grotius seine Ausführungen über das Versprechen mit dem Hinweis darauf, dass Franz Conanus, „ein Mann von nicht gewöhnlicher Gelehrsamkeit“, behauptet, dass nach Natur- und Völkerrecht alle Verträge, welche keinen Leistungsaustausch enthalten, keine Verbindlichkeiten begründen, weil das Vermögen aller in große Gefahr komme, wenn alle leichtsinnigen Versprechen erfüllt werden müssten⁹. Darin kann auch der Ursprung der *consideration*-Lehre gesehen werden^{9a}.

b) Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen den menschlichen Versprechen eine verbindliche rechtliche Wirkung zukommen solle, unterscheidet Grotius drei „Grade des Sprechens“¹⁰: Der erste Grad sei die Erklärung, jetzt etwas Zukünftiges ernstlich zu wollen, nicht aber die

⁵ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, 206; Nanz (Fn. 2), 104 ff; Bremkamp (Fn. 2), 86.

⁶ So das Freiburger Stadtrecht von 1520 in II, 6 § 8. Liebs (*Römisches Recht*, 6. Aufl. 2004, 259) sagt dazu, dass Ulrich Zasius (1461- 1535), Verfasser dieses Stadtrechts, in seinen Vorlesungen die Klagbarkeit atypischer formloser Verträge strikt abgelehnt und den Standpunkt des römischen Rechts vertreten habe; dazu auch Söllner, *SavZ* (Rom.Abt.) 1960, 77, 166; Nanz (Fn. 2), 114 ff; Bremkamp (Fn. 2), 77 f.

⁷ Wieacker, (Fn. 5), 299.

⁸ Grotius, J.B. (Fn.2), 2. Buch 11. Kapitel § 4 Abs. 1 (II 11 § 4 I); die Übersetzung folgt der von Schätzel (Fn. 2); vgl. auch Schmidlin (Fn. 2), 191. Liebs (Fn. 6, 260) schränkt die Schlüssigkeit dieser „naturrechtlichen“ Argumentation mit dem „protestantischen“ Hinweis ein, Grotius habe pikanterweise übergangen, dass beim Gelübde Gott menschliche Wünsche nur gegen Gegenleistung zu erfüllen verheißt, wenn aber Gott selbst auf einer Gegenleistung bestehe, sich auf einen Pakt nur einlasse, wenn auch für ihn etwas dabei herauschaue, dann sei das Verhalten Gottes gerade kein taugliches Argument für die Verbindlichkeit jedes Versprechens, auch des uneigennütigen. Es entspricht aber auch menschlicher Vernunft, die Verbindlichkeit unentgeltlicher Versprechen zurückhaltender zu beurteilen (vgl. § 518 BGB), warum also sollte ein für „vernünftig“ erklärter Gott anders denken? Wenn freilich vernünftig ist, was wirklich ist, wie kann dann angesichts des Elends der Welt der allmächtige Gott vernünftig sein? Für Nietzsche, der Gott für tot erklärte, gehört die Aufgabe, „ein Tier heranzuzüchten, das versprechen darf“, zum Ursprung der Moral, die den Menschen zum Herrn seines freien Willens macht und seine Verantwortung begründet; vgl. *Genealogie der Moral*, 1887, 2.Abh. Für Kant (dazu unten II 2) ist die Pflicht, sein Wort zu halten, eine aus dem kategorischen Imperativ folgende Selbstverständlichkeit.

⁹ Grotius, J.B. (Fn.2), II 11 § 1 I u. II. Im Übrigen weist Diesselhorst (Fn.1, S. 9) darauf hin, dass auch nach kanonischem Recht eine *causa* Voraussetzung der Verbindlichkeit des Versprechens gewesen sei; was den Einwand Liebs (Fn. 8) gleichfalls rechtfertigt.

^{9a} Dazu Klinke (Fn. 34), S. 22, 88; Ehmann (Fn. 21a), um Fn. 89a; dazu unten Fn. 150d.

¹⁰ Grotius, J.B. (Fn. 2), II, 11, § 2-4; dazu Nanz (Fn. 2), 142 ff; Bremkamp (Fn. 2), 93 f.

Absicht, auf diesem Willen zu beharren, weil jeder Mensch nicht nur die Macht, sondern auch das Recht habe, seinen Willen zu ändern. Der zweite Grad sei, wenn der Wille deutlich zu erkennen gibt, dass es ihm ernst sei, dabei zu verharren, was *pollicitatio* (Schätzel [Fn. 2] übersetzt: „Gelübde^{11c)}) genannt werde und auch ohne Staatsgesetz den Versprechenden bedingt oder unbedingt verpflichte, jedoch dem anderen noch kein eigenes Recht (*sed ius proprium alteri non dat*) gewähre¹². Die Willensbindung solcher *pollicitatio* bestehe also nur vor sich selbst, sei - wie gesagt wird - bloß von „moralischer“ Art¹³. Der dritte Grad sei, "wo zu der Willensentscheidung noch ein *Zeichen* hinzutritt, dass man dem anderen ein Recht übertragen wolle (*accedit signum, volendi ius proprium alteri conferre*)¹⁴: welches das "vollkommene Versprechen" (*perfecta promissio*) sei, das die gleiche Wirkung habe, wie die Veräußerung des Eigentums (*alienatio dominii*); "denn es ist entweder der Weg zur Veräußerung des Eigentums oder die Veräußerung eines Teils unserer Freiheit" (*alienatio particulae nostrae libertatis*¹⁵).

c) Zum Begriff des "vollkommenen Versprechens" und seiner rechtlichen Verbindlichkeit werden von *Grotius* jedoch noch eine ganze Reihe weiterer Voraussetzungen aufgestellt (J. B. II, 11 §§ 5-22): 1. der Gebrauch der Vernunft, weshalb Kinder und Blödsinnige nicht versprechen können (§ 5); 2. dass der Versprechende möglichst frei von Irrtum ist (§ 6 I); 3. dass die "Voraussetzungen" der Willensbildung tatsächlich (noch) gegeben sind (§ 6 II); 4. dass der Versprechende ohne Furcht versprochen hat (§ 7); 5. dass die versprochene Sache dem Versprechenden gehört (§ 8); 6. dass nicht zu unrechtem Zweck versprochen wird, z.B. zur Begehung eines Mordes oder als Dirnenlohn (§ 9); 7. dass zu dem bloßen Versprechen eine äußere Handlung (*actum externum*), ein Sprechen oder Schreiben, zumindest ein *Zeichen* (*signum*) hinzutritt (§ 11); 8. dass das Versprechen vom Versprechensempfänger angenommen wird (*acceptatio*, § 14¹⁶); 9. dass die Annahme dem Versprechenden *bekannt* wird oder er einverstanden ist, dass das Versprechen mit der Annahme verbindlich wird (§ 15); zur Möglichkeit des *Widerrufs* des Versprechens vor der Annahme vgl. §§ 16-18; zur Wirksamkeit bedingter Versprechen vgl. § 19; schließlich weist *Grotius* darauf hin, dass die Bestimmungen des positiven Rechts nicht mit denen des Naturrechts vermengt (*confundantur*) werden dürfen, insbesondere seien Versprechen, wenn sie auch keine „ausdrückliche Grundlage“ (*causa*¹⁷ *expressa*) haben, ebenso wie Schenkungen von Sachen nach dem Naturrecht gültig (§ 21). Sind diese und andere Voraussetzungen gegeben, so sind die Verträge für *Grotius* nach Naturrecht gültig, ohne Rücksicht auf den Formen- und Typenzwang des römischen Rechts, "denn jene unbenannten Verträge (*Innominatcontracte*) sind nicht weniger natürlich und nicht weniger alt. Der Tausch, welcher zu ihnen gezählt wird, ist einfacher und älter als der Kauf¹⁸". *Grotius*

¹¹ Nach ALR I 5 § 5 haben bloße Gelübde, als bloß einseitige Versprechen, nach bürgerlichen Gesetzen keine Verbindlichkeit, was freilich seinen Grund auch darin hat, dass sie von keinem anderen Menschen angenommen wurden. Für Gelübde von Todes wegen, die der Erblasser noch zu erfüllen angefangen, wird allerdings vermutet, dass er den Erben zu dessen Vollendung habe verpflichten wollen (ALR I 5 § 6).

¹² *Schätzel* (Fn. 2) übersetzt: "... ein *eigentliches* Recht gewähre", was missverständlich ist. Zu dieser Art des (Ver-) Sprechens zitiert *Nanz* (Fn. 2, 103) das deutsche Rechtsprichwort: "Ein Mann, ein Wort"; kritisch dazu *Jhering*, Geist des römischen Rechts, 5. Aufl. 1898, Bd. II, 1, § 45, S. 490 f.

¹³ Die Richtigkeit dieser "moralischen" Betrachtung ist zweifelhaft. Jedenfalls ist später die mangelnde Bindung des Erklärenden an seine eigene Erklärung vor allem mit Irrtum oder sonstigen Mängeln (mangelnde Geschäftsfähigkeit, Sittenwidrigkeit usw.) erklärt und der mangelnde (innere) Konsens des geäußerten Willen mit dem „eigentlichen“ Willen von dem mangelnden (äußeren) Konsens des Erklärenden mit dem Erklärungsempfänger unterschieden worden; vgl. dazu den nachstehenden Text.

¹⁴ *Grotius*, J.B. (Fn. 2), II, 11, § 4 I 1; dazu *Nanz* (Fn. 2), 148; *Bremkamp* (Fn. 2), 94 f.

¹⁵ *Grotius*, J.B. (Fn. 2), II, 11, § 4 I 2; dazu *Nanz* (Fn. 2), 144; *Bremkamp* (Fn. 2), 94.

¹⁶ Dieses Erfordernis der Annahme (*acceptatio*) fehlt noch in der Versprechenslehre der *Inleidinge* (Fn. 2); dazu *Nanz* (Fn.2), 141 f.

¹⁷ Unter *causa* in diesem Sinne sind wohl die anerkannten Vertragstypen des römischen Rechts zu verstehen.

¹⁸ *Grotius*, J.B. (Fn. 2), II 12 § 3 III.

definiert diesen Vertragsbegriff so¹⁹: „*Omnes actus utiles, extra mere beneficos, contractuum nomine appellantur.*“

d) In dieser Versprechenslehre von *Grotius* sind zu Recht die Bausteine erkannt worden, die über die Naturrechtsgesetzbücher (ALR, Code Napoleon und AGBG) und über die Pandektistik auch bis heute die allgemeine Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre auch des deutschen BGB beherrschen, nämlich Willentheorie, Erklärungstheorie, Irrtumslehre, Angebot und Annahme, Dissens und Konsens und auch die *causa-* oder *Zwecklehre*²⁰. Zunächst wird der Vertragsbegriff gespalten in zwei Willenserklärungen (*pollicitatio/promissio - acceptatio*), was zur Folge hat, dass in den nach *Grotius* entstehenden Naturrechtsgesetzbüchern und auch in der Wissenschaft (Pandektistik) der Darstellung und Regelung des Vertragsrecht eine Darstellung und Regelung „Von Willenserklärungen“ (Rechtsgeschäftslehre) vorgeschaltet wird, welche deren Wirksamkeitsvoraussetzungen regelt, die für einen Vertragsschluss erforderlich sind (*Angebot* und *Annahme*); aber auch für sonstige Willenserklärungen (einseitige Rechtsgeschäfte) gelten (z.B. Testament, Auslobung, Kündigung, Rücktritt, Genehmigung). Diese einseitigen Rechtsgeschäfte (Willenserklärungen) können wirksam oder unwirksam sein, weil der Erklärende nicht geschäftsfähig ist, weil die Erklärung durch einen Irrtum des Erklärenden verursacht ist, weil sie gegen Gesetz oder gute Sitten verstoßen, weil sie dem Empfänger nicht zugegangen sind oder weil deren Wirksamkeit unter eine Bedingung oder Befristung gestellt wurde usw. Im ALR wird die Regelung dieser Fragen unter der Überschrift "Von Willenserklärungen" im 4. Titel des I. Theils, §§ 1-169 der Regelung „Von Verträgen“ (I. Theil, 5. Titel, §§ 1-453) und „Von Kaufs- und Verkaufsgeschäften“ (I. Theil, 11. Titel, §§ 1-375) vorgeschaltet. Im Code Civil fehlt demgegenüber eine derartige Abtrennung einer allgemeinen Rechtsgeschäftslehre von der Vertragslehre (vgl. Art 1101 ff CC). Im deutschen BGB ist diese Trennung dagegen wieder klar durchgeführt (vgl. §§ 104 ff.; 145 ff; 241 ff., 433 ff. BGB).

e) Aus der Sicht dieser erst später entwickelten gesetzlichen Vertragsordnungen lässt sich die Bedeutung der sog. *Dreistufenlehre* von *Grotius* klarer erkennen: zuerst (vor der Annahme) soll geprüft werden, ob die Willensäußerung für sich selbst betrachtet überhaupt wirksam ist oder mangels eines hinreichenden Geschäftswillens (Rechtsgeltungswillens), wegen Geschäftsunfähigkeit, wegen Irrtums, wegen Zwangs oder Drohung, wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit oder wegen einer Bedingung oder Befristung unwirksam ist. Bevor geprüft wird, ob der Wille des Versprechenden (Erklärenden) mit dem Willen des Erklärungsempfängers übereinstimmt (*äußerer Konsens*), soll geprüft werden, ob ein *innerer Konsens* zwischen dem „erklärten“ und dem „eigentlichen“ Willen des Erklärenden besteht: „*Similiter ergo dicimus, si promissio fundata est, in praesumptione quadam facti quod non ita se habeat, naturaliter eius esse vim: quia omnino promissor non consentit in promissum, nisi sub quadam conditione, quae re ipsa non existit*“²¹. In diesem Satz ist *Windscheids* Voraussetzungslehre und die spätere Geschäftsgrundlagen-Lehre vorausgedacht^{21a}. Aber *Grotius* begreift offenbar -

¹⁹ *Grotius*, J.B. (Fn. 2), II 12 § 7: „Alle Handlungen, welche einem anderen nützlich sind, werden mit Ausnahme der wohlthätigen, mit dem Namen Vertrag belegt.“ *Nanz* (Fn. 2, 147 f) sieht im Ausschluß der *promissiones* aus dieser Definition eine Widersprüchlichkeit der Vertragslehre von *Grotius*. Was damit als Widerspruch erkannt wird, könnte der Anfang sein der in §§ 145 ff BGB Gesetz gewordenen Verallgemeinerung des Vertragsbegriffs über den des schuldrechtlichen Versprechensvertrags hinaus (dazu unten II 4 a und 5 b), die wohl der Hauptgrund ist für die im sog. Willensvereinigungsmodell zu Tage tretende Verwirrung.

²⁰ Vgl. dazu auch *Grotius*, J.B. (Fn. 2), II, 12. Kapitel: "Über die Verträge" §§ 2 bis 26; ALR I 4 §§ 152-162; dazu *Wieacker* (Fn. 5), 294 f; *Schmidlin* (Fn. 2), 192 ff; *Bremkamp* (Fn. 2), 128 f.

²¹ *Grotius*, J.B. (Fn. 2), II, 11, § 6 II: „Entsprechend sagen wir, wenn das Versprechen auf der Voraussetzung einer Tatsache beruht, die nicht so ist wie angenommen, so wird es naturrechtlich keine Wirkung haben.“ Vgl. dazu auch *Schmidlin* (Fn. 2), 193.

^{21a} Dazu *Ehmann*, Die Lehre vom Zweck als Entwicklung der Voraussetzungslehre, in: Festschrift für Beuthien, 2009, S. – (erscheint demnächst).

ebenso wie später noch *Windscheid* - es als einen Fall des mangelnden *inneren* Konsenses, wenn der Erklärende den Mangel der in seiner Erklärung vorausgesetzten Wirklichkeit nicht kennt: Er hätte seiner eigenen Erklärung nicht zugestimmt, wenn er den Mangel gekannt hätte. *Windscheid* definierte später einen solchen Mangel der "Voraussetzung" als Nichtübereinstimmung des „wirklichen“ (erklärten) mit dem „eigentlichen“ Willen des Erklärenden²². Vom Erfordernis dieses *inneren Konsenses* (ALR I 4, §§ 20-98; Code Civil Art. 1131 [*fausse cause*]²³]; BGB §§ 104-144) zu unterscheiden ist der *äußere Konsens*, die Übereinstimmung des Willens des Erklärenden mit dem des Erklärungsempfänger, dessen Mangel im ALR in I, 5 §§ 78-453, im Code Civil in Art. 1131 (*sans cause*) und im BGB in §§ 145-157, 241 ff seine Regelung gefunden hat.

3. Pufendorf (1632- 1694)

Pufendorf übernimmt im wesentlichen die Versprechenslehre von *Grotius*, erklärt damit aber nicht nur die Verbindlichkeit einseitiger Versprechen, sondern macht diese Lehre zur zentralen Grundlage eines Vertragssystems, das zwischen einer allgemeinen Rechtsgeschäftslehre, einem allgemeinen Vertragsrecht und „besonderen Vertragsverhältnissen“²⁴ unterscheidet. Der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre werden auf der Grundlage des von *Grotius* entwickelten und von *Pufendorf* übernommenen Erfordernisses eines *inneren Konsenses* die Probleme zugeordnet, die im ALR im I. Theil, 4. Titel §§1-169: "Von Willenserklärungen“ und im heutigen deutschen BGB in den §§ 104 ff, 116 ff., 134, 138 geregelt sind. Im allgemeinen Vertragsrecht werden die Verträge eingeteilt in belastende (*contractus onerosi*), wohlthätige (*benefici*) und gemischte Verträge (*negotium mixtum*)²⁵. Die Unterscheidung zwischen *lästigen* (gegenseitigen) und *wohlthätigen* (unentgeltlichen) Verträgen ist im ALR I, 5 §§ 7 und 8 übernommen worden²⁶. Die gemischten Verträge sind schon dem römischen Recht als *negotium mixtum* bekannt, hatten aber für *Pufendorf* besondere Bedeutung, weil er dem Austauschgedanken (Austauschzweck) des gegenseitigen Versprechens das Erfordernis einer Gleichwertigkeit (*aequale onus*) der ausgetauschten Leistungen entnahm²⁷ und daher einen Kauf zum „halben Preis“ nur als wirksam anerkennen konnte, wenn die Sache als teils verkauft und teils verschenkt betrachtet werden konnte.

4. Der causa-Begriff im naturrechtlichen Versprechensmodell

Aussagen zur *causa* und ihrer Bedeutung für die Verbindlichkeit vertraglicher Versprechen fehlen bei *Pufendorf*, jedoch ist zu Recht in seiner Unterscheidung zwischen *lästigen* und *wohlthätigen* Verträgen eine Unterscheidung von Austausch- und Liberalitätzweck erkannt worden²⁸. Auch die Aussagen von *Grotius* zur *causa* sind in seinem Hauptwerk eher spär-

²² *Windscheid*, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, Düsseldorf 1847, S. 294; 294; *ders.*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850, S. 2, 44 ff, 58; dazu *Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 21a), unter I 3.

²³ Der Mangel des inneren Konsenses wird in Art 1131 CC mit dem Begriff *cause fausse* erfasst; vgl. *Windscheid*, Code Napoleon (Fn. 22), 297 ff; *Bremkamp* (Fn. 2), 116.

²⁴ In deren Darstellung *Wieacker* (Fn. 5, S. 310) einen Vorläufer eines "Besonderen Teils der Schuldverhältnisse" sehen will; kritisch dagegen *Seiler*, Die Systematik der einzelnen Schuldverhältnisse in der für neueren Privatrechtsgeschichte, Münster 1957, S. 26; dazu *Bremkamp* (Fn. 2), 102.

²⁵ Diese Unterscheidungen macht auch schon *Grotius* vgl. J.B. (Fn. 2), II, 12 §§ 2, 3 und 5.

²⁶ Das ALR definiert in I 5 § 7 den lästigen Vertrag wie folgt: „Wenn beide Theile gegenseitige Verbindlichkeiten übernehmen, so wird solches ein lästiger Vertrag genannt.“ § 8 lautet: „Wohlthätig heißt ein Vertrag, durch welchen nur Ein Theil etwas zu Gunsten des Anderen zu geben, zu leisten, zu dulden, oder zu unterlassen verpflichtet wird.“ Auch *Kant* übernimmt in seiner Rechtslehre diese Begriffe, dazu unten II 2.

²⁷ *Wieacker* (Fn. 5), 311; *Seiler* (Fn. 24), 24 f; dazu *Bremkamp* (Fn. 2), 103.

²⁸ *Luig*, Causa und Innominatvertrag in der Vertragslehre zur Zeit des Naturrechts, in: Causa et contratto nella prospettiva storico-comparistica, Turin 1995, S. 228 ff; *Seiler* (Fn. 24), 24; *Bremkamp* (Fn. 2), 101.

lich²⁹, aufschlussreicher dagegen seine Bemerkungen in der "Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgelehrdheid"³⁰, wo gesagt wird, dass alle Versprechen (toezegginghen) klagbar sind, wenn sie eine redliche Ursache (*redelicke oorzaeken*) haben.

a) *causa der pollicitatio*

Schmidlin meint³¹, hinsichtlich der *pollicitatio* liege ein hinreichender Grund für den Willensakt in dem Willen, sich selbst zu binden; dagegen bedürfe der zweite Willensakt der *alienatio* einer zusätzlichen Motivation oder einer *causa*, welche die Übertragung der *particula libertatis* (gemeint: die Zuwendung einer Forderung) rechtfertige. Der Sinn der *causa* - so *Schmidlin* - liege nicht in der *pollicitatio*, sondern in der *alienatio*, die wie jeder Rechtsübertragungsakt einer „Übertragungscausa“ bedürfe, „die als *causa transferendi* den Übergang des Versprechens in die Hand des Annehmenden rechtfertigt“. Dafür kenne das Naturrecht nur zwei Gründe: um eine Gegenleistung zu erhalten oder reine Liberalität. Es sei verfehlt in der *causa* einen Ersatz für den objektiven Vertragstyp zu sehen, aber die Übertragung des Versprechens sei nur wirksam, wenn ihr eine *causa* zugrunde liegt.

Es ist sicherlich sehr schwer aus den zitierten Texten zuverlässig zu ermitteln, wie deren Verfasser den Begriff der *causa* und deren Funktion im Vertragsbegriff letztlich verstanden haben. Der Begriff der *causa* ist schon im römischen Recht vieldeutig gewesen, weshalb auch *Windscheid* ihn nicht verwenden und für seine Zwecke durch den Begriff der „Voraussetzung“ ersetzen wollte³². Im Sprachgebrauch der mittelalterlichen Juristen und der Naturrechtslehrer ist diese Vieldeutigkeit offensichtlich noch größer gewesen. Für *Baldus* war der aus der scholastischen Kausalitätslehre entnommene *causa*-Begriff eine Art *vestmentum*-Ersatz, freilich nicht als Ersatz für einen bestimmten Vertragstyp, vielmehr als *Seriositätsindiz*, als ein Zeichen für die Ernsthaftigkeit des Wollens, dafür dass etwas "mit Bedächtigkeit" zugesagt wurde, also für die rechtlich erhebliche "Geschäftsmäßigkeit" des Wollens (Rechtsbindungswillen). In diesem Sinne gehört die *causa* in der Lehre von *Grotius* und *Pufendorf* aber (auch) zum „inneren Konsens“, zur Übereinstimmung des erklärten (wirklichen) mit dem eigentlichen Willen des Versprechenden. Keine hinreichende *causa* ist daher auch im französischen Recht noch eine sog. *cause fausse* iSd Art 1131 CC, also ein wegen Sitten- oder Gesetzeswidrigkeit nichtiger oder wegen eines erheblichen Irrtums nicht tragfähiger Grund. Auch die richtige Vorstellung über die Wirklichkeit, auf deren Grundlage das Versprechen abgegeben wurde, gehört nach dem oben zitierten Satz von *Grotius* ursprünglich zum „inneren Konsens“, also als *causa* zur "Voraussetzung" der Gültigkeit eines Versprechens. Solche und andere „Voraussetzungen“ eines abgegebenen Versprechens, die mit dem *eigentlichen* Willen des Versprechenden nicht in Einklang stehen, betreffen den *Beweggrund* (*causa impulsiva*) des Versprechens, der nach römischem Recht auch *causa* genannt werden konnte und nach heutigem Recht entweder unbeachtliches Motiv oder unbeachtlicher Motivirrtum sein, aber auch einen Anfechtungs- oder sonstigen Unwirksamkeitsgrund für die abgegebene Willenserklärung bilden kann. Ein solcher Grund, dessen Mangel das Versprechen unwirksam oder anfechtbar oder kondizierbar macht, kann auch als "Voraussetzung" oder (unentwickelte) *Bedingung* oder als *Geschäftsgrundlage* oder sonstwie bezeichnet werden. Auf das Wort kommt es nicht an, sondern auf den Begriff, der damit verbunden sein soll. Klar ist jedoch, dass ein Versprechen und jede Willenserklärung an einem Mangel des Willensbildungsprozesses leiden kann, der nach uralter Rechtstradition die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit oder Kondizierbarkeit der Erklärung zur Folge haben kann, auch wenn der Erklärungsemp-

²⁹ Vgl. J.B. (Fn. 2), II 11 §§ 6 II, 21; II 12 §§ 2, 3, u. 5.

³⁰ (Fn. 2); dazu *Bremkamp* (Fn. 2), 95.

³¹ (Fn. 2), 193 f.

³² *Windscheid*, (Code, Fn.21), S. 273 Fn. 7; (Voraussetzungslehre, Fn. 22), S. 41, 48 f, 86 f; dazu *Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 21a), I 3.

fänger mit diesem Mangel der Willensbildung des Erklärenden gar nichts zu tun hat. Wie heute war es aber auch schon immer schwer sich vorzustellen, dass ein vertraglicher Verpflichtungswille ohne Grund aus dem Nichts entsteht (*nihil est sine ratione*) und man hat daher den Grund, der diesen Willen hervorbringt, *causa impulsiva* genannt. Von Anfang an war es freilich ein Problem, unbeachtliche Motive solcher Art von beachtenswerten Gründen abzugrenzen, was zumindest teilweise durch die Unterscheidung zwischen *causa impulsiva* und *causa finalis* geschah³³. Weil es aber unbezweifelbar richtig ist, dass *Grotius* und *Pufendorf* und die auf ihre Lehren gestützten Naturrechtsgesetzbücher nicht bloß einen *äußeren* Konsens des Willens des Versprechenden mit dem Versprechensempfänger, sondern auch einen *inneren* Konsens des erklärten Willens mit dem eigentlichen Willen des Erklärenden forderten, so muss auch - gegen *Schmidlin* - anerkannt werden, dass in deren System schon dem erklärten Versprechen selbst (der *pollicitatio*, nicht erst der *alienatio*) eine hinreichende *causa*, ein tragfähiger, vernünftiger Grund - wie immer man ihn nennen mag - zu Grunde liegen muss, sofern nicht ein Fall der Geisteskrankheit gegeben ist.

Windscheid nannte diesem Grund "Voraussetzung", die er definierte als Übereinstimmung des erklärten ("wirklichen") Willen mit dem "eigentlichen" Willen³⁴:

„Zur *Voraussetzung* wird der Beweggrund dadurch, dass er Grundlage des Willens, auch nachdem er ihn hervorgebracht hat, bleibt und Bestandtheil desselben wird, so daß sein Inhalt sich nicht in der Formel: ich will, weil ..., sondern in der darstellt: ich will, würde aber nicht wollen, wenn nicht Sobald ein solcher Grund sich als nicht vorhanden ausweist, oder wegfällt, kann derjenige, welcher den Willen erklärt hat, zwar nicht sagen: ich habe nicht gewollt, aber doch: ich will nicht mehr.“

Damit ein Beweggrund so zur „Voraussetzung“ wird, sollte jedoch die bloße *Nennung* des Beweggrundes *nicht* genügen, eine *ausdrückliche Erklärung* aber auch *nicht* erforderlich sein, es im allgemeinen aber genügen, dass für den Erklärungs- oder Leistungsempfänger *erkennbar* geworden ist, dass der erklärte Wille unter einer derartigen Voraussetzung stand. Diese Rechtsfigur *Windscheids* hat der Kritik *Lenels* u.a. nicht standgehalten und ist auf allgemeine Ablehnung gestoßen, weil sie zu großer Rechtsunsicherheit hinsichtlich des Bestands von Verträgen geführt und den zum Schlagwort gewordenen Grundsatz *pacta sunt servanda* sehr gefährdet hätte. Allgemein hat sich daher die schon von *Windscheids* Schüler *Theodor Kipp*³⁵ entwickelte Ansicht durchgesetzt, dass eine derartige "Voraussetzung" rechtlich nur verbindlich sein könne, wenn sie zwischen den Vertragspartnern vereinbart worden ist (*Zweckvereinbarung*). Ein Motiv ("Voraussetzung", unentwickelte Bedingung) wird demnach zum rechtlich erheblichen Zweck (*causa*) oder zur Bedingung (*conditio*) erhoben, wenn die Parteien den "Umstand" als Zweck oder Bedingung *vereinbart* haben.

Die Vorstellung von *Schmidlin*, dass "das Willensvermögen sich selbst zu binden" zur Wirksamkeit der *pollicitatio* genügen soll, ist letztlich schon deswegen (auch "naturrechtlich") unhaltbar, weil ein gänzlich abstraktes Versprechen, dessen Wirksamkeit von jeder Verfolgung, Vereinbarung und Erreichung irgendeines Zwecks völlig abstrahiert ist, schlicht *contra naturam*³⁶ und auch praktisch kaum vorstellbar ist³⁷. Die römische *stipulatio* und das heutige abs-

³³ Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Bd: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979, § 12 I 5; *Ehmann*, Gesamtschuld, Berlin 1972, S. 141; *ders.* FS Beuthien (Fn. 21a), II 5 a.

³⁴ *Windscheid* (Code, Fn. 22), S. 286; dazu *Klinke*, Causa und genetische Synallagma, Berlin 183, 35 f; *Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 21a), I 3.

³⁵ *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl. 1900, § 97 Note 1 a.E.; § 423 a. E. in eckiger Klammer; *Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 21a), II 3 b.

³⁶ Gegen die Natur des Menschen, *Kreß*, Allgemeines Schuldrecht, S. 49 Fn. 36; *ders.*, Natürliche Grundlagen des Privatrechts, Rektoratsrede 1931, abgedruckt als "Einführung" des Nachdrucks, Aalen 1974, S. XXXV – XLVII.

trakte Schuldversprechen (§ 780 BGB) kam/kommt zwar wirksam zu Stande ohne eine Einigung über ihren Zweck (*causa*) und ohne dessen Erreichung, sie unterliegt im Falle des Dissens über den Zweck oder dessen Verfehlung aber der Kondiktion. Schon im römischen Recht und auch heute noch ist also ein abstraktes Versprechen ohne zureichenden Grund (*causa*, Zweck) insofern nicht dauerhaft wirksam als es der Kondiktion unterliegt. Das ist auch nicht bloß eine positivrechtliche Regelung, das muss vielmehr so sein, weil eine andere Regelung unvernünftig wäre.

b) causa der alienatio

Wie oben dargelegt erkennt auch *Schmidlin* für die *alienatio* das Erfordernis einer *causa* in Analogie zur Eigentumsübertragung (*traditio*) und wohl auch zum abstrakten Schuldversprechen (*stipulatio*) an. Die Frage bleibt, was diese *causa* ist und in welcher Weise die Wirksamkeit des Vertrags oder Versprechens von dieser *causa* abhängig sein soll. *Schmidlin* meint in Übereinstimmung mit anderen, das Naturrecht kenne dafür nur zwei Gründe: um eine *Gegenleistung* zu erhalten oder aus reiner *Liberalität*; die *causa aquirendi* und die *causa donandi* also. Hinter dieses Verständnis des Naturrechts ist jedoch ein Fragezeichen zu setzen. Allerdings ergibt sich die Zweiteilung menschlicher Absichten in Austausch- und Liberalitätszweck aus der Natur des Menschen, der entweder *egoistisch* oder *altruistisch* handelt; ein Drittes ist von Natur aus nicht gegeben. Mit der Anerkennung der Wirksamkeit eines Versprechens, mit der Entwicklung des Begriffs des Schuldverhältnisses als einer Verpflichtung, die erfüllt werden muss, eines Bandes (*obligatio*), von dem sich der Schuldner wieder lösen (*solvere*) muss, ist jedoch notwendigerweise auch der Erfüllungszweck (*causa solvendi*) in die Welt gesetzt worden, denn der Schuldner muss die versprochene Leistung zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens (der Verpflichtung) erbringen³⁸. Wenn die Naturrechtslehre trotzdem, obwohl sie wirksame Leistungsversprechen anerkennt, den Erfüllungszweck nicht kennt, so ist dies ohne Zweifel einfach ein Mangel dieser Lehre, der umso erstaunlicher ist, als das römische Recht mit der *causa solvendi* diesen Gedanken längst erfasst hatte. Eine Erklärung könnte der Erkenntnisverlust in der empirischen Tatsache finden, dass auf der Versprechens- oder Verpflichtungsebene der Austauschzweck praktisch völlig im Vordergrund steht und zusammen mit dem Liberalitätszweck zunächst (d.h. ohne ein wirksames Leistungsversprechen) ein geschlossenes System bildet; teilweise ist wohl – jedenfalls später – auch gedacht worden, dass eine Leistung oder ein Leistungsversprechen *solvendi causa* zur „Erlangung eines besondern Gegenvorteils“ (*Dernburg*) erfolge, die *causa solvendi* also eine besondere Art von *causa credendi* sei. Versprechen zur Erfüllung oder sonstigen Abwicklung (z. B. Sicherung, *causa fiduciae*) eines anderen Schuldverhältnisses treten auch heute noch in der Praxis in der Regel (große Ausnahme: Bürgschaftversprechen) nur in der Form abstrakter Schuldversprechen (Wechsel, Scheck) in Erscheinung.

Offen lässt nicht nur *Schmidlin* aber auch die Frage, wie diese *causa transferendi* zustande kommen soll, deren Mangel offenbar nicht nur – wie bei abstrakten Versprechen – die Kondiktion auslösen, sondern die Unwirksamkeit der Übertragung bewirken soll. Die Versprechen dieses naturrechtlichen Modells werden offenbar als *kausal* abhängig von ihrer *causa* gedacht. Wer aber setzt diese *causa*, der Versprechende allein oder muss sie mit dem Versprechensempfänger vereinbart werden? Wenn A dem B 100 verspricht damit dieser ihm eine bestimmte Sache zu Eigentum verspricht, der B aber das Versprechen als Geschenk annimmt, so ist doch wohl nach allen Rechtsvorstellungen weder ein Kauf- noch ein Schenkungsvertrag zu Stande gekommen und also bedarf die *causa* der *Vereinbarung* der Vertragsparteien; denn

³⁷ *Windscheid* und *Capitant* können sich einen menschlichen Willen *ohne Grund* nur in Fällen der Geisteskrankheit vorstellen, vgl. unten II 3 b. Ein derartig abstrakter Wille ist psychologisch ein Unding und rechtlich Unsinn.

³⁸ *Ehmann*, FS *Beuthien* (Fn. 21a), II 3 e.

wenn ein Dissens möglich und einen Konsens nötig, so ist eine Vereinbarung erforderlich. Das Angebot zu dieser *causa*-Vereinbarung muss dann in der *pollicitatio* stecken und die Annahme in der *acceptatio*; denn nur eine Erklärung des dritten Grads (*pollicitatio*) hat die Qualität eines Angebots im heutigen Sinne, das im Falle der unbedingten Annahme (*acceptatio*) durch den Versprechensempfänger zur vertraglichen Bindung führt. Einer wirksame *pollicitatio* setzt also auch voraus, dass für den Versprechensempfänger erkennbar ist, ob sie zum Zwecke einer Gegenleistung (*Austauschzweck*) oder *donandi causa* oder auch *solvendi causa* abgegeben wurde und der erforderliche „äußere Konsens“ erfordert, dass der Annehmende auch den Zweck des Versprechenden akzeptiert.

c) Die Besonderheit des Austauschzwecks im gegenseitigen Vertrag

Im einseitigen Versprechen, das die Grundlage der Lehre von *Grotius* bildet, bereitet die Vorstellung dieser *causa* und ihrer Vereinbarung keine besonderen Schwierigkeiten. Der Versprechende muss klar zum Ausdruck bringen, aus welchem Grunde, zu welchem Zwecke er die Leistung versprechen will und der Versprechensempfänger muss diesen Zweck akzeptieren. Das gilt gleichermaßen für Schenkungs- und sonstige unentgeltliche Versprechen, wie für abstrakte einseitige Versprechen, aber auch für Versprechen zu atypischer Gegenleistung, die - wie im römischen Recht die "Gegenleistungen" sog. *Innominatscontracte* - nicht wirksam versprochen werden können, aber *causa* (Voraussetzung, Zweck, „Bedingung“) des Leistungsversprechens oder der Leistung des Versprechenden sind, die daher kondiziert werden können (sofern sie nicht wegen Verfehlung des kausalen Austauschzwecks [funktionelles *Synallagma*] oder wegen Ausfall einer echten Bedingung gemäß § 158 *ipso iure* unwirksam sind), wenn der andere die von ihm versprochene Handlung ("Gegenleistung") nicht vornimmt; z.B. die vom Gutsherren geschwängerte Magd nicht heiratet, wofür jener 3000 Mark versprochen hatte³⁹.

Viel komplizierter ist dagegen die Erscheinung und Erklärung des *Austauschzwecks* (*quod Graeci σύναλλαγμα vocant*⁴⁰) im gegenseitigen Vertrag, welcher Leistung und Gegenleistung der beiden Vertragspartner miteinander verbindet und im Falle der Unwirksamkeit des Leistungsversprechens des einen grundsätzlich auch die Unwirksamkeit des Leistungsversprechens des anderen zur Folge hat (*funktionelles Synallagma*). Der Austauschzweck ist zunächst - wie der Zweck eines einseitigen Leistungsversprechens - die Absicht (*causa*, Bedingung) des Versprechenden, für sein Leistungsversprechen das Leistungsversprechen des anderen Teils und die daraus entstehende Forderung gegen den anderen zu erwerben. Der Austauschzweck ist aber nicht nur dieser Zweck des *einen* (z.B. des Käufers, der den Kaufpreis unter der "Bedingung" verspricht, dass der Verkäufer die Kaufsache verspricht), sondern auch der Zweck des anderen (des Verkäufers, der die Sache zu dem Zweck verspricht, dass der Käufer den Kaufpreis verspricht); der Austauschzweck ist also ein *gemeinsamer* Zweck, der durch die *Zweckvereinbarung* zustande kommt, weil jeder den Zweck des anderen akzeptieren muss. Der (Austausch-) Zweck eines jeden ist also sowohl Rechtsgrund (*causa*) des eigenen Leistungsversprechens (oder der eigenen Leistung) als auch in Form des davon getragenen Leistungsversprechens (oder der Leistung) "Bedingung" (*causa*, Rechtsgrund, Zweck) des Gegenleistungsversprechens oder der Gegenleistung des anderen. Im gegenseitigen Vertrag enthält die Annahme des Leistungsversprechens daher notwendigerweise gleichzeitig das Versprechen der Gegenleistung, dessen Annahme allerdings schon im Voraus mit dem Leistungsversprechen unter der Bedingung dessen Annahme erklärt wurde. Wenn der Austauschzweck vorstehend als „gemeinsamer Zweck“ bezeichnet wird, so ist damit nicht nur gemeint, dass er ein *vereinbarter* Zweck sei. Auch der Schenkungs- oder sonstige Zweck einseitiger Leis-

³⁹ RGZ 62, 273; dazu *Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 21a), II 5 c (4) und II 5 d, cc (4) ; ferner unten II 3 e zu *Arndts*.

⁴⁰ D.2.14.7.2; D.50.16.19; dazu unten II 4 d, cc; ferner *Klinke* (Fn. 34), 100; *Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 21a), I 2 Fn. 5.

tungsversprechen muss ein *vereinbarter* Zweck sein, bleibt aber der einseitig verfolgte Zweck des einseitig Versprechenden. Der Austauschzweck ist demgegenüber ein *gemeinsamer Zweck* insofern, als in ihm die verschiedenen Leistungszwecke der beiden gegenseitig Versprechenden (Ware gegen Geld) zu *einem* Austauschzweck verschmolzen sind⁴¹.

II. Säkularer Paradigmenwechsel zu einem Willensvereinigungsmodell ?

1. Die Behauptungen Schmidlins

Schmidlin behauptet, auf der Grundlage der kritischen Philosophie *Kants* und Äußerungen *Savignys* habe in der deutschen Pandektistik ein "Paradigmenwechsel" stattgefunden, in welchem das oben dargestellte naturrechtliche Versprechensmodell durch ein "Willensvereinigungsmodell" ersetzt wurde. In diesem *Willensvereinigungsmodell* hätten die Willenserklärungen nicht mehr die Funktion eines Versprechens und dessen Annahme (promissio-pollicitatio-acceptatio), zielten vielmehr auf die Entstehung eines Rechtsverhältnisses, eines Vertrags, in welchem sich die Willenserklärungen der Parteien zu „einem einzigen, ganzen ungetheilten Willen“ (*Savigny*) vereinigten (fusionierten) und diesen „Vertragswillen“ zur *lex contractus* machen würden, welcher unmittelbar die vertraglichen Rechtswirkungen, also die Rechtspflichten der Parteien erzeuge. Die Willenserklärung (das Versprechen) habe daher keine Übertragungsfunktion mehr, weil sie nur auf die Entstehung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sei; mit dem Wegfall der Übertragungsfunktion der Willenserklärung (des Versprechens) sei auch die Funktion der *causa* entfallen⁴²:

„... so bedarf es auch keiner Übertragungscausa mehr. Es ist die Einigung im gemeinsamen Willen, die den Vertrag entstehen lässt und dieser gemeinsame Wille ist sich selbst *causa* genug. ... Die Lehre vom Versprechen weicht der Lehre von der Willenserklärung, an die Stelle der Versprechensübergabe tritt die Willenseinigung, der Konsens, der als *gesetzgebender* (Hervorh. von *Schmidlin*), das heißt normativer Wille keiner Übertragungscausa mehr bedarf, sondern direkt in der Einigung besteht.... Die rechtsgeschäftlich normative Willenseinigung erzeugt unmittelbar die vertragliche Rechtswirkung, sie erhebt den Vertragswillen zur *lex contractus*, die ursprüngliche Funktion der *causa* ist obsolet. Einer Übertragungscausa bedarf es nicht.“

Die Behauptungen, Vorstellungen dieser Art seien auf der Grundlage der Rechtslehre *Kants* "zum beherrschenden Vertragsmodell des Pandektenrechts" und in den §§ 145 ff. BGB Gesetz geworden⁴³, sind völlig unbegründet und nachweisbar falsch.

2. *Kants* Rechtslehre zur Entstehung eines Versprechensvertrags

*Schmidlin*⁴⁴ behauptet, diese Neukonzeption des Vertrags als "Willensvereinigungsmodell" sei ein Werk der Aufklärung und stehe unter dem Zeichen der kritischen Philosophie *Kants*, dessen "metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre" hätten auf die Vertragslehre unmittelbar eingewirkt⁴⁵. Zur *sedes materiae* dieser Behauptungen erklärt *Schmidlin* § 19 der

⁴¹ Diese Verschiedenheit des Austauschzwecks von anderen *causae* wird in der Literatur im Allgemeinen unter dem Begriff des (genetischen und funktionellen) Synallagmas, freilich in nicht ganz einheitlicher Weise, erfasst und erörtert; vgl. *Erman/Westermann*, 12. Aufl. vor § 320 Rz 12; grundlegend *Klinke* (Fn. 34), 94 ff mit umfangr. Nachw.; dazu *Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 21a), II 3 c.

⁴² *Schmidlin* (Fn. 2), 199, 201.

⁴³ *Schmidlin* (Fn.1), 202.

⁴⁴ *Schmidlin* (Fn.1), 199 ff.

⁴⁵ *Kants* Metaphysik der Sitten mit seinen metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre sind in 1. Auflage im Jahre 1797 und in 2. Auflage 1798 erschienen. Zum Zeitvergleich: Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten (ALR) ist am 20. März 1791 vorläufig bekannt gemacht worden

Rechtslehre und zitiert daraus im übrigen Stellen aus §§ 18 und 20, die aber sämtlich seine Behauptungen nicht rechtfertigen, vielmehr folgt *Kant* im wesentlichen der naturrechtlichen Versprechenslehre und erklärt lediglich die Gebundenheit des Versprechenden an sein Versprechen nicht aus der Gottähnlichkeit des Menschen, sondern aus dem „kategorischen Imperativ“. Im Anschluss an die von *Schmidlin* zitierte Stelle aus § 19 stellt *Kant* die für die Versprechenslehre grundlegende Frage: "Soll ich mein Versprechen halten?" Und antwortet darauf selbst,

"dass ich es soll, begreift ein jeder von selbst. Es ist schlechterdings unmöglich, von diesem kategorischen Imperativ noch einen Beweis zu führen. ... Es ist ein Postulat der reinen (...) Vernunft und ... ist selbst die Deduktion des Begriffs der Erwerbung durch Vertrag; so wie es in dem vorigen Titel der Lehre von der Erwerbung durch Bemächtigung der äußeren Sache⁴⁶ war.

Damit ist klargestellt, dass *Kant* im *Versprechen* den *Grund für die Verpflichtung* des Versprechenden und den Erwerb des entsprechenden persönlichen Rechts (der Forderung) des Versprechensempfängers erkennt. Das Versprechen aber ist vom Versprechenden zu halten, wenn der Versprechensempfänger es angenommen hat, weil die Möglichkeit der Willkür (Freiheit) des Versprechenden, sein Wort nicht zu halten, in der Willkür (Freiheit) des anderen seine Grenze hat. Das "allgemeine Gesetz der Freiheit", das die Willkür des einen und des anderen miteinander vereinigt (vgl. § B der Einleitung in die Rechtslehre), ist der *Vertrag* oder wie *Kant* sagt (§ 19), "meine Besitznehmung der Willkür eines anderen (und so wechselseitig)". In diesem Sinne bezeichnet *Kant* (§ 18 a.E.) die „vereinigte Willkür“ zweier Personen als Vertrag, „wodurch überhaupt das Seine des einen auf den anderen übergeht“. In § 18 ist diese Definition allerdings auf die Übertragung des Eigentums bezogen, in der oben zitierten Stelle wird darauf zur Erklärung der Entstehung eines persönlichen Rechts (der Forderung) aufgrund eines Versprechens jedoch Bezug genommen.

Diese Parallele zwischen dem Erwerb des Eigentums an einer Sache und dem Erwerb des persönlichen Rechts auf die Sache (*alienatio particulae nostrae libertatis*^{46a}), die völlig in der Tradition des *naturrechtlichen Versprechensmodells* steht, verdeutlicht *Kant* in den §§ 21 und 31 seiner Rechtslehre. In § 31 bezeichnet er den Kaufvertrag als "belästigten Vertrag"⁴⁷ und versteht ihn als Tausch von Ware gegen Geld. In § 21 Satz 1 stellt *Kant* klar, dass die (Kauf-) Sache nicht schon durch Annehmung (*acceptatio*) des Versprechens, sondern nur durch Übergabe (*traditio*) erworben werde: "Denn alles Versprechen geht (nur) auf eine Leistung, ...". Das Recht aus dem Vertrag sei daher nur ein *persönliches* und werde erst durch die Übergabe zu einem *dinglichen* Recht. *Kant* erläutert diese Sätze an folgendem Beispiel:

"Wenn ich einen Vertrag über eine Sache, z.B. über ein Pferd, das ich erwerben will, schließe, ..., lasse ich es aber in den Händen des Verkäufers ..., so ist dieses Pferd noch nicht mein, und mein Recht, was ich erwerbe, ist nur ein Recht gegen eine bestimmte Person, nämlich den Verkäufer, von ihm in den Besitz gesetzt zu werden (poscendi traditionem), ..., d.i. mein Recht ist nur ein persönliches Recht, von jenem die Leistung des Versprechens (praestatio), mich in den Besitz der Sache zu setzen, zu fordern."

⁴⁶ Damit wird wie in der Naturrechtslehre die Entstehung eines persönlichen Rechts (einer Forderung) aus einem Versprechen des Schuldners in ähnlicher Weise erklärt wie die Eigentumsübertragung durch Tradition. In § 18 heißt es dazu bei *Kant*: Erwerbung von einem anderen kann nicht allein durch dessen Verzicht, "sondern allein durch Übertragung (*translatio*) geschehen, welche nur durch einen gemeinschaftlichen Willen möglich ist, vermittelst dessen der Gegenstand immer in die Gewalt des einen oder des anderen kommt, alsdann einer seinem Anteile an dieser Gemeinschaft entsagt, und so das Objekt durch Annahme desselben (mithin einen positiven Akt der Willkür) das Seine wird. - Die Übertragung eines Eigentums an einen anderen ist die Veräußerung. Der Akt der vereinigten Willkür zweier Personen, wodurch überhaupt das Seine des einen auf den anderen übergeht, ist der Vertrag."

^{46a} Vgl. oben Fn. 15.

⁴⁷ *Kant* unterscheidet in § 31 ebenso wie *Pufendorf* (vgl. oben I 3) und wie ALR I 5 §§ 7 und 8 zwischen wohlthätigen und lästigen (belästigten) Verträgen.

Wenn aber alles Versprechen nur auf eine Leistung geht, das in der dargelegten Weise durch die Annahme des Versprechens, also durch einen Vertrag zwischen den beiden verbindlich wird und durch ein kaufrechtliches Versprechen zunächst eine Verpflichtung des Verkäufers und ein dementsprechendes Forderungsrecht des Käufers gegen den Verkäufer entsteht, das durch die *traditio* erfüllt werden muss, so entspricht dies dem naturrechtlichen Versprechensmodell, das im *Allgemeinen Preußischen Landrecht* (vgl. ALR I 9 § 6; I 10 § 1) Gesetz geworden ist. Es ist nicht zu erkennen, wie aus der Rechtslehre *Kants* und den daraus von *Schmidlin* zitierten Stellen ein „säkularer Paradigmenwechsel“ zu einem „Willensvereinigungsmodell“ in dem von ihm dargelegten Sinne entnommen werden könnte.

3. Das Vertragsmodell des Pandektenrechts

Schmidlin beruft sich jedoch nicht nur zu Unrecht auf *Kant*, sondern behauptet darüber hinaus, das sog. „Willensvereinigungsmodell“ sei zum „beherrschenden Vertragsmodell des Pandektenrechts“ geworden, was gleichfalls einer kritischen Überprüfung nicht standhält.

a) *Puchta* (1798- 1846)

Puchta, Zeitgenosse, Schüler und Freund *Savignys*, der nach *Wieackers*⁴⁸ Urteil auf die Methode der Zivilrechtswissenschaft stärkeren Einfluss gehabt hat als *Savigny* selbst und wohl als der bedeutendste Pandektist neben *Windscheid* zu betrachten ist, verstand unter "Veräußerungsgeschäften"⁴⁹:

„nicht bloß die, wodurch die Veräußerung unmittelbar ins Werk gesetzt wird z.B. Übertragung des Eigenthums,..., Erlaß der Forderung, sondern auch die, welche sie begründen, daher die Verträge, wodurch sich jemand zur Veräußerung verpflichtet. Diese Verträge lassen sich übrigens nicht bloß als Vorbereitungen einer Veräußerung, sondern auch zugleich selbst als Veräußerungen auffassen; wenn ich mich gegen jemanden verpflichte, ihm meine Sachen zu geben, so ist dieser Vertrag der Grund der künftigen Veräußerung, insofern wir darunter die Veräußerung des Eigenthums verstehen; sofern aber sein Vermögen durch die Forderung gegen mich schon vermehrt, und das meinige durch das Passivum, das ich übernommen, in der That schon vermindert ist (da das, was ich schulde, nur noch nominell zu meinem Vermögen gehört), enthält jener Vertrag selbst schon eine wirkliche Veräußerung. Die Veräußerung kann nun in doppelter Art geschehen:

- 1) Der Veräußernde erhält ein Äquivalent gegen das, was er aufgibt, ...
- 2) Der Veräußernde soll kein Äquivalent erhalten, ...“

Das in diesem einzigen Zitat deutlich genug sichtbar werdende Vertragsmodell *Puchtas* steht in völligem Einklang mit dem naturrechtlichen Vertragsmodell, das sich aus der Versprechenslehre von *Grotius* entwickelt hat und insoweit auch von *Schmidlin* zutreffend dargestellt wird⁵⁰. Wegen der Verschiedenheit des Zwecks einer Darstellung der „Institutionen“ von dem des Pandektenrechts sollen nachstehend aber auch *Puchtas* einschlägige Äußerungen in seinem Pandektenrecht⁵¹ angeführt werden. *Puchta* erklärt in seinen Pandekten die Verträge als Rechtsgeschäfte (§ 249) und diese als juristische Handlungen (§ 49). Das Zustandekommen der Rechtsgeschäfte setze allgemein "einen auf den Gegenstand und Zweck desselben gerichteten Willen und die Erklärung desselben voraus" (§ 65). Diese allgemeinen Erfordernisse werden für Verträge ergänzt in § 250 wie folgt:

⁴⁸ (Fn. 5), 399.

⁴⁹ *Cursus der Institutionen*, 2. Band, 1. Aufl. 1842; 5. Aufl. 1857 (nach dem Tode des Verfassers besorgt von *Rudorff*), § 205, S. 373.

⁵⁰ (Fn. 2), S. 190 ff.; vgl. dazu vor allen auch *Nanz* (Fn.2), 135 ff.

⁵¹ *Pandekten*, 1. Auflage 1838, 5. Auflage 1856; nach dem Tode des Verfassers (1846) ab der 4. Auflage (1847) besorgt von *Rudorff*; im folgenden wird zitiert aus der 8. Auflage, 1856.

„Zur Existenz eines Vertrags gehört die Übereinstimmung der Willen beider Parteien (Paciscenten, Contrahenten), und die Erklärung derselben, welche von beiden Seiten (Versprechen - Acceptation) erfolgen muß. Für diese Erklärung kommt im römischen Recht eine doppelte Art von gesetzlichen Formen vor: 1) Formen, welche die Gültigkeit des Vertrags bedingen, diese sind auch auf das heutige Recht übergegangen, und in diesem noch sehr vermehrt worden; 2) Formen, die zur Klagbarkeit des Vertrags nothwendig sind. Das R.R. geht nämlich von dem Grundsatz aus, daß eine bloße Übereinkunft, *pactum*, die auf irgendeine Art erklärte Uebereinstimmung der Willen, nicht hinreichen soll, eine klagbare Obligatio hervorzubringen, es muß noch eine besondere *causa obligationis* hinzukommen, wodurch die Uebereinkunft zum *contractus* wird.“

Diesen Ausführungen *Puchtas* folgt eine kurze Darstellung des römischen Vertragssystems (Real-, Verbal-, Litteral- und Consensualcontracte), die hier nicht wiederholt werden soll, dann heißt es weiter:

„Diese ganze Beschränkung der Klagbarkeit ist in dem heutigen Recht weggefallen, eine gewöhnliche Uebereinkunft bringt (wenn sie nur gültig ist) in allen Fällen eine klagbare Obligatio hervor, so gut als in den wenigen Fällen der römischen Consensualcontracte und der ausnahmsweise durch Civil- oder prätorisches Recht klagbar gemachten Pacta. Damit ist alles, was wesentlich mit jener Beschränkung zusammenhängt, namentlich die Theorie der s.g. unbenannten Contracte und das dabey stattfindende Jus Pönitendi (§ 308 Note c) antiquirt. Dieses heutige Recht erklärt sich daraus, daß die wirkliche Anwendung der römischen Contractsformen, namentlich der Stipulationen, unthunlich war, und man entweder nicht das Geschick oder die Macht, oder nicht die Einsicht des Bedürfnisses hatte, eine zeitgemäße Form an ihre Stelle zu setzen.“

Auf dieser Grundlage wird das Zustandekommen eines Kaufcontracts in § 360 wie folgt beschrieben:

„Das Unterscheidende des Kaufcontracts liegt in dem verschiedenen Charakter der Leistungen, zu welchen sich die Contrahenten gegenseitig verpflichten. Der Gegenstand, welchen der Verkäufer in das Vermögen des Käufers zu bringen *verspricht*, hat die Bedeutung einer Waare, für welche der Käufer seine Leistung als Preis *verspricht*.... Der Kaufcontract ist geschlossen, wenn die Contrahenten über den Gegenstand und über den Preis übereingekommen (*convenire*) sind.“

Zur *causa*-Frage heißt es in § 257 des Pandektenrechts schließlich:

„Zur Entstehung einer Obligatio durch Vertrag ist die formelle Rechtsbeständigkeit des Versprechens und der Acceptation keineswegs hinreichend, es muss auch ein *materieller Grund* für die Obligation (*causa* in diesem materiellen Sinne) vorhanden seyn... Ohne eine solche materielle *causa debendi*, die entweder Schenkung oder Vergeltung oder Erfüllung einer schon bestehenden Verbindlichkeit seyn kann, ist der Vertrag unwirksam⁵²“.

b) Windscheid (1817-1892)

Sämtliche vorstehend zitierten Stellen und auch die Gesamtdarstellung von *Puchta* ist mit den Behauptungen *Schmidlins* nicht zu vereinbaren. *Schmidlin* aber ignoriert *Puchtas* Ansicht völlig und zitiert zum Beweis seiner Behauptung, das "Willensvereinigungsmodell" sei zur herrschenden Lehre des Pandektenrechts geworden, lediglich zwei von *Flume* übernommene Stellen⁵³ von *Windscheid* und *Regelsberger*; von *Windscheid*⁵⁴ den Satz: „Der Vertrag ist

⁵² In der an „unwirksam“ angehängten Fußnote g wird von *Puchta* hinzugefügt: "Diese Unwirksamkeit ist aber keine Nichtigkeit, sondern besteht bloß in einer Gegenwirkung (nämlich der *condictio*). ...Es ist durchaus nicht abzusehen, weshalb der nackte Wille, Schuldner zu werden, nach Beseitigung der Stipulation zur Begründung einer Obligatio nicht genügen sollte, der für jede andere Vermögenszuwendung genügt. Vgl. auch *Windscheid*, Voraussetzung 1850 S. 198.“

⁵³ *Schmidlin* (Fn.1), 201 Fn. 36 zitiert *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 618; *Flume* zitiert an der angegebenen Stelle in der Tat *Windscheid* Pandektenrecht I § 69 N. 1 und *Regelsberger*, Pandekten § 149 I 1 mit dem Satz: „Man kann sagen: durch den Zusammenschluss der Willen entsteht ein neuer Wille, der Vertragswille“.

⁵⁴ Pandekten I, § 69 Note 2.

nicht bloß Willensübereinstimmung, sondern Willensvereinigung“. *Windscheid* verweist zur Erklärung dieses Satzes jedoch auf § 305 seines Lehrbuchs und dort heißt es:

„ Der obligatorische Vertrag besteht, wie jeder Vertrag, in der Vereinigung zweier Willenserklärungen. Die Erklärung des einen Vertragschließenden ist darauf gerichtet, daß er zu einer Leistung verpflichtet sein wolle, die des anderen Vertragschließenden darauf, daß er diesen Verpflichtungswillen ergreife, sich aneigene - ohne Bild ausgedrückt: daß für ihn auf die Leistung, zu welcher der andere Theil verpflichtet sein zu wollen erklärt, ein Forderungsrecht entstanden sein solle.“

Die Erklärung des einen, dass er verpflichtet sein wolle, ist aber nichts anderes als ein Leistungsversprechen und die Erklärung des anderen, dass er diesen Verpflichtungswillen ergreife, sich aneigne, doch nichts anderes als die *Annahme dieses Versprechens*, zumeist verbunden mit einem Gegenleistungsversprechen, worin dann zugleich eine Einigung über den *Austauschzweck (causa aquirendi)* liegt. Zu der nach *Schmidlin* im "Willensvereinigungsmodell" nicht mehr erforderlichen *causa* äußert sich *Windscheid* schwerpunktmäßig jedoch weder in § 69, noch in § 305, sondern in § 318 seines Lehrbuchs unter der Überschrift "Grund des Vertrags", wo es heißt: „So wenig wie irgendeine menschliche Handlung ohne Bestimmungsgrund vorgenommen wird, so wenig wird ein Versprechen ohne causa abgegeben.“ In der Fußnote dazu heißt es bei *Windscheid*: "Vom Falle der Geistesstörung wird hier natürlich abgesehen"⁵⁵. Im übrigen unterzieht *Windscheid* in § 318 seines Lehrbuchs die Bedeutung des Begriffs Verpflichtungsgrund (*causa*) einer sehr differenzierten Betrachtung, die letztlich in den Problemen seiner Voraussetzungslehre⁵⁶, also in die Fragen münden, ob der "Verpflichtungsgrund" (*causa*) bloßer Beweggrund oder als "Voraussetzung" im dem Sinne zu verstehen ist, dass sein Nichtbestehen oder sein Wegfall die *condictio* oder die *exceptio doli* begründet oder ob er zur *Bedingung* der Wirksamkeit des Vertrags erhoben ist. Alle diese Fragen bleiben bei *Schmidlin* in dem Nebel des "einigen, ganz ungetheilten Willen" (*Savigny*) verborgen, in dessen normativer (gesetzgebender) Wirkung sich die besonderen Rechtsverhältnisse materialisieren und die Pflichten und Rechte der Vertragspartner hervorbringen sollen. Welche Rechte? Welche Pflichten? Und unter welchen Voraussetzungen? Alles bleibt offen. Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass die Behauptung, das sog. *Willensvereinigungsmodell* sei im Pandektenrecht zur herrschenden Lehre geworden, weder auf *Puchta* noch auf *Windscheid* gestützt werden kann. Ob es gegen *Puchta* und gegen *Windscheid* eine herrschende Lehre des Pandektenrechts geben kann, mag offen bleiben, schauen wir, was andere Pandektisten zu diesem Thema zu sagen hatten.

c) *Regelsberger (1827-1916)*

Bei *Regelsberger*⁵⁷, den *Schmidlin* auch nur über *Flume* zitiert, heißt es in der Tat: "Man kann sagen: durch den Zusammenschluss der Willen entsteht ein neuer Wille, der Vertragswille". Zur Begründung verweist *Regelsberger* in der Fußnote auf D. 14.2.1.3⁵⁸, womit klargestellt

⁵⁵ Ebenso sagt *Capitant* (*De la cause des obligations*, 3. Aufl. 1927, S. 17): „S'obliger sans but ne pourrait être que l'acte d'un fou“; ebenso schon *Jhering*, *Geist* (Fn. 12), S. 216; dazu *Klinke* (Fn. 34), S. 18; *Stathopoulos*, *AcP* 195 (1994), 543, 549; *Ehmann*, *FS Beuthien* (Fn. 21a), I 2.

⁵⁶ Vgl. dazu *Ehmann*, *FS Beuthien* (Fn. 21a), S. 3 ff.

⁵⁷ *Regelsberger*, *Pandekten*, Bd 1, 1893, § 149 I, 1.

⁵⁸ *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et diversis animi motibus in unum consentiunt, id est unam sententiam decurrunt.* In der Übersetzung von *Behrends/Knütel* u.a. (*Corpus Iuris Civilis - Text und Übersetzung* -, Bd. I-IV, ab 1990) heißt das: „Das Wort conventio, Übereinkommen, Einigung, Vertrag ist ein allgemeines und erfasst alle Fälle, in denen diejenigen, die miteinander rechtlich zu tun haben, im Anschluss oder in der Erledigung eines Rechtsgeschäfts übereinstimmen. Denn wie man bei denen von convenire, zusammenkommen, spricht, die sich von verschiedenen Orten

wird, dass unter dem Vertragswillen nichts anderes verstanden wird als die *conventio* des römischen Rechts. Die dem vorstehenden Zitat voranstehenden Sätze *Regelsbergers* bestätigen dieses Verständnis:

„Von Willenseinigung kann nur gesprochen werden, wo mehrere bewußt dasselbe wollen, um durch ihr Zusammenwirken ein gemeinsames Ergebnis zu erzeugen. Das ist selbst bei den gegenseitigen Schuldverträgen der Fall: beim Kaufvertrag ist der Wille jedes Teils auf die doppelte Verpflichtung sowohl des Verkäufers zur Leistung der Ware als des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises gerichtet; denn die eigene Verpflichtung ist der Preis für die erwünschte Verpflichtung des Gegners.“

Aus diesen Sätzen ergibt sich klar, dass *Regelsberger* mit dem aus der *conventio*, dem Zusammenschluss (Zusammenwirken) der verschiedenen Willen der Vertragsparteien zu einem neuen (gemeinsamen) Vertragswillen letztlich nichts anderes zum Ausdruck bringen wollte, als dass mit dem Zusammenkommen (Übereinkunft, Einigung, Einverständnis, Vertrag) der Käufer nicht mehr nur die Sache haben, sondern auch den Kaufpreis zahlen will und andererseits der Verkäufer nicht bloß den Kaufpreis haben, sondern auch die Sache leisten will. So ist aus den gegenseitigen Willenserklärungen des gegenseitigen Vertrags ein übereinstimmender Wille der Vertragsparteien geworden, was aber nicht der Ansicht entgegensteht, dass der Käufer dem Verkäufer durch sein von diesem angenommenes Kaufpreisversprechen eine Forderung auf den Kaufpreis verschafft hat und dass dieser Forderung nicht der Schenkungs- oder ein sonstiger oder gar kein Zweck, sondern der Austauschzweck (*quod Graeci σύναλλαγμα vocant*⁵⁹) zugrunde liegt; entsprechendes gilt für das Leistungsversprechen des Verkäufers. Auch die "Willensvereinigung" *Windscheids* ist ebenso wie der (gemeinsame) "Vertragswille" *Regelsbergers* also nichts anderes als die im Vertrag zustande gekommene Übereinstimmung der Willenserklärungen beider Parteien, die nichts anderes voraussetzt, als dass jeder Vertragspartner den Willen des anderen akzeptiert und ihn damit auch zu seinem eigenen Willen macht. Anders haben auch weder *Flume* noch *v. Tuhr* die Sache verstanden⁶⁰.

d) *Dernburg* (1829- 1907)

Auch bei *Dernburg*, den *Wieacker*⁶¹ zu den Klassikern der Pandektistik zählt und ihm besonderen praktischen Rechtsverstand bescheinigt, ist von dem behaupteten säkularen Paradigmenwechsel zu einem Willensvereinigungsmodell nichts zu erkennen, vielmehr kommen für *Dernburg*⁶² die Verträge zustande durch "die Erklärung zweier Teile, die sich hierdurch zur Begründung, Veränderung, Bestärkung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses vereinigen. Erforderlich ist hierzu das Begehren des einen und das Bewilligen des anderen." Die Verträge werden als zweiseitige Rechtsgeschäfte bezeichnet, können aber *einseitige* (z.B. Schenkung) oder *zweiseitige* (gegenseitige) *Verträge* (z. B. Kauf) sein. Vertragliche Geschäfte, welche das Vermögen eines Beteiligten vermindern bezeichnete *Dernburg* als "vermögensmindernde Geschäfte", die in der Veräußerung von Vermögensbestandteilen und der Übernahme von Verbindlichkeiten bestehen können. Eine derartige Vermögensminderung sei niemals Selbstzweck, "*vielmehr nothwendig zur Erreichung von Zwecken bestimmt, welche ihren Grund - ihre causa - bilden*". Der Grund kann "Erlangung eines Gegenvorteils" (*causa credendi*) oder Erweisung einer Liberalität (*causa donandi*) sein. In der Tilgung einer Schuld (*solvendi causa*) sieht *Dernburg* auch die Erlangung eines Gegenvorteils. In den drei *causae* (*solvendi*,

aus an einem Ort versammeln und dort zusammenkommen, so spricht man von Zusammenkommen auch bei denen, die anfangs von verschiedenen Absichten bewegt am Ende in ein- und demselben übereinstimmen.“

⁵⁹ Vgl. oben Fn. 39 und den Text von I 4 c sowie unten Fn. 118, 130.

⁶⁰ Vgl. *Flume* (Fn. 33), 618; *v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1914, Nachdruck Berlin 1957, Bd. II 1, § 53 II 5, S. 225.

⁶¹ (Fn. 5), 445.

⁶² *Dernburg*, Pandekten Bd. 1, 2. Auflage 1888, § um 92.

credendi, donandi) sieht er die häufigsten aber nicht die einzigen Zwecke einer Veräußerung oder eines Leistungsversprechens⁶³:

„Eine Vermögenszuwendung ohne Zwecke der einen oder anderen Art wäre ein sinn- und gedankenloses Handeln. Das Setzen von Zwecken bei vermögensmindernden Geschäften ist also nichts Zufälliges, sondern im Wesen der Dinge begründet. Es ist eine psychologische Nothwendigkeit.“

Hinsichtlich von Vermögenszuwendungen durch Leistungsversprechen unterscheidet *Dernburg* klar zwischen abstrakten Versprechen und kausalen Versprechungsverträgen: „Bei kausalen Geschäften gehört die Verwirklichung des sie bestimmenden Zwecks zum Wesen und Bestande des Geschäfts“. Bei abstrakten Geschäften unterscheidet *Dernburg* auch schon zwischen "notwendig" abstrakten Geschäften (z.B. Wechsel) und "gewöhnlich" abstrakten (z.B. Eigentumsübertragung), die unter eine Bedingung gestellt werden können. Eine besondere Art der kausalen Geschäfte bilden die *gegenseitig verpflichtenden Geschäfte*, die *Dernburg* in § 20 seines Obligationenrechts behandelt⁶⁴:

„Den synallagmatischen Geschäften ist wesentlich, daß Versprechen gegen Versprechen ausgetauscht wird. Es besteht auch eine gewisse gegenseitige Abhängigkeit der aus ihnen entspringenden gegenseitigen Obligationen. Wie weit? Dies ist eine feine und wichtige Frage. Denn es kreuzen sich die Erwägungen. Je selbstständiger die beiderseitigen Obligationen sind, desto größer ist ihr besonderer Wert, desto leichter ihre Realisierung und prozessualische Durchführung, desto näher liegt aber auch die Gefahr, daß der eine Teil sich auf Kosten des anderen bereichere.“

Die nachstehenden Ausführungen *Dernburgs* betreffen das Zug-um-Zug-Problem, also die Frage, ob jeder auf die vom anderen versprochene Leistung klagen kann oder nur auf Austausch der Leistungen, was in § 320 BGB mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags seine Regelung gefunden hat. In der Begründung seiner im Wesentlichen dem heutigen § 320 BGB entsprechenden Ansicht beruft sich *Dernburg* auch auf *Bechmann*⁶⁵, der von der "genetischen Zweiseitigkeit" des gegenseitigen (Kauf-)Vertrags ausgehe, der Austausch und Umsatz zweier gegenseitiger Verträge sei, also auf der Begründung von Gegenforderungen beruhe, die bei ihrer Entstehung „konnex“ sind. Zu dem klaren Satz, dass im gegenseitigen Vertrag das Leistungsversprechen des einen (stillschweigende) *Bedingung* des Leistungsversprechens des anderen ist, den zu dieser Zeit *Windscheid*⁶⁶ schon längst ausgesprochen hatte, kommt *Dernburg* zwar nicht, aber der Satz ist ganz offenbar völlig im Sinne seiner Ausführungen. In der Frage der *causa* der Stipulation (des abstrakten Schuldversprechens) folgt auch *Dernburg*⁶⁷, der im wesentlichen von *Liebe* entwickelten und von *Bähr*⁶⁸ ausgebauten Lehre, die zwar von *Savigny* abgelehnt wurde, aber gemäß § 780 BGB in dieser Form im Jahre 1900 Gesetz geworden ist und bis heute unbestritten die Praxis beherrscht^{68a}. Von einem „Willensvereinigungsmodus“

⁶³ Pandekten I, § 95: "Die causa der vermögensmindernden Geschäfte" (2. Aufl. 1888); in der 5. Aufl. 1896 lautete die Überschrift: "Die Zwecke der Vermögenszuwendungen"; unter "Vermögenszuwendungen" versteht *Dernburg* jedoch nichts anderes als unter "vermögensmindernden Geschäften", nämlich alle Geschäfte, welche das Vermögen des Zuwendenden vermindern, gleichgültig, ob diese Minderung durch ein Äquivalent ausgeglichen wird oder nicht, insbes. also Veräußerungen von Vermögensbestandteilen oder die Übernahme von Verbindlichkeiten. Auch *Bähr* (Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, [1. Aufl. 1855], 3. Aufl. 1894, S. 122) bezeichnet ein abstraktes Schuldverhältnis als „etwas psychologisch Unvollendetes“, das nach *Bähr* (S. 124) aber klagbar sein kann, wenn der Wille des Versprechenden darauf gerichtet ist, "ein Forderungsrecht unter Abstraction von seinem Rechtsgrund zu begründen"; was in § 781 BGB Gesetz wurde, wenn in der Weise versprochen wird, "dass das Versprechen die Verpflichtung selbstständig begründen soll".

⁶⁴ *Dernburg*, Pandekten, Bd.2: Obligationenrecht, 7. Aufl. 1903, § 20, S.56.

⁶⁵ *Bechmann*, Der Kauf nach gemeinem Recht, 1. Teil: Geschichte des Kaufs im römischen Recht, Erlangen 1876, S. 540.

⁶⁶ Voraussetzungslehre, 1850, S. 88, 144, 163; dazu *Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 21a), um Fn. 6, 135.

⁶⁷ (Fn. 64), § 22.

⁶⁸ (Fn. 63), insbes. §§ 5 und 6.

dell“ oder derartigen Vorstellungen einer *lex contractus*, aus der (quasi gesetzliche) Schuldverhältnisse entspringen, die (wie Deliktobligationen?) einer *causa* nicht mehr bedürfen, ist auch bei *Dernburg* an keiner Stelle nur andeutungsweise die Rede.

e) *Arndts* (1822-1878)

Schließlich soll noch die Auffassung *Arndts* dargelegt werden, dessen Pandekten-Lehrbuch in 14 Auflagen erschienen ist⁶⁹. *Arndts* definiert zunächst in § 63 den allgemeinen Vertragbegriff als Rechtsgeschäft wie folgt:

„Rechtsgeschäfte sind Willenserklärungen, deren Zweck und Absicht wesentlich auf die rechtliche Wirkung, Entstehung, Endigung oder Änderung eines Rechtsverhältnisses, gerichtet ist. Das Rechtsgeschäft ist einseitig (*negotium unilaterale*), wenn Dasein und Inhalt desselben wesentlich nur Ausfluss *eines* Willens ist; es ist zweiseitig (*bilaterale*) oder mehrseitig, wenn zu seiner Entstehung die Einigung verschiedener einander gegenüberstehender Willen erforderlich ist. Die gegenseitig erklärte Einigung des Willens verschiedener Personen aber, bezüglich auf Rechtsverhältnisse, welche dadurch begründet, geändert oder aufgehoben werden sollen, ist ein Vertrag, *pactio, conventio*⁷⁰.

Die „Eingehung von Schuldverträgen“ behandelt *Arndts* erst in § 231 und schreibt dazu:

„Ein Schuldvertrag ist die gegenseitig erklärte Einigung des Willens verschiedener Personen, welche auf Begründung einer Verpflichtung der einen oder beider zu einer obligatorischen Leistung gerichtet ist. Wesentlich also ist dazu ein *Versprechen* von der einen, und die *Annahme* desselben (*Acceptation*) von der anderen Seite (einseitiger Schuldvertrag), oder gegenseitiges Versprechen und dessen Annahme von beiden Seiten (zweiseitiger oder gegenseitiger Schuldvertrag).“

Zu der Frage der *causa* dieser Schuldversprechen schreibt *Arndts* in § 233:

„Bei der Eingehung einer Schuldverbindlichkeit ist übrigens immer, wie bei jeder absichtlichen Änderung in Vermögensverhältnissen, eine gewisse rechtliche Absicht vorzusetzen, ein Bestimmungsgrund, aus welchem die Verpflichtung eingegangen wird (Verpflichtungsgrund, *causa obligandi*⁷¹) wodurch denn zugleich der juristische Charakter des Rechtsgeschäfts näher bestimmt wird⁷². Die Verpflichtung kann zu einer Begünstigung eines anderen (aus Liberalität) eingegangen werden, in der Absicht namentlich, diesem unentgeltlich einen Gewinn zu gewähren (Schenkung, *donandi causa*), oder in der Absicht, einem bestehenden Rechtsansprüche zu genügen (*solvendi causa*), oder dessen künftige Geltendmachung zu erleichtern und zu sichern⁷³, oder für eine Leistung von der anderen Seite eine Rückleistung oder Gegenleistung zu gewähren, für eine Verpflichtung des anderen Theils eine Gegenverpflichtung zu übernehmen (*credendi causa*), oder auch ohne eine Gegenverpflich-

^{68a} Vgl. Statt aller *Staudinger/Marburger*, 15. Aufl. 2009, Vorbem zu §§ 780 ff. Rz. 1 ff.

⁶⁹ *Arndts*, Lehrbuch der Pandekten, 1. Aufl. 1852, ehrfurchtsvoll und dankbar gewidmet dem großen Rechtslehrer *Friedrich Karl von Savigny*; ich zitiere im folgenden aus der mir vorliegenden 10. Auflage von 1879, die nach dem Tod *Arndts* (1878) von *Pfaff* und *Hofmann* besorgt wurde, die alle Änderungen und Zusätze in eckige Klammern gesetzt und das Werk ansonsten unverändert ließen.

⁷⁰ In dem wie hier an den Begriff *conventio* angefügten Fußnote verweist *Arndts* ebenso wie *Regelsberger* auf D.14.2.1.3; im Übrigen auch auf *Vangerow* (Pandekten I § 350; III § 621), der als Vertrag nicht jede Einigung, sondern nur aus Versprechen bestehende verstehen will, die erfüllt werden müssen.

⁷¹ In der an den Begriff *causa obligandi* angeknüpften Fußnote verweist *Arndts* auf *Meyerfeld, Liebe, Windscheid, Savigny* (OR II § 78) ohne zu erkennen zu geben, dass er einen dieser Schriftsteller dahingehend verstehen will, dass eine *causa obligandi* („Übertragungscausa“) nicht erforderlich sei. Damit hat *Arndts* allerdings *Savigny* missverstanden (dazu unten II 4 d) oder wollte ihn nicht verstehen, jedenfalls seine Lehre nicht akzeptieren.

⁷² In der an dieser Stelle angefügten Fußnote schreibt *Arndts*: „Voigt (Über die *conditiones ob causam* und über *causa* und *titulus* im Allgemeinen, 1862, S.498) tadelt diesen Satz als dem römischen Recht widersprechend; es bleibe für das Wesen der *Stipulatio* durchaus gleichgültig, ob dieselbe *donandi* oder *solvendi* oder *credendi causa* erfolge. Aber ist es für das Rechtsgeschäft, das sich in der *Stipulatio* abschließt, auch gleichgültig? Die *Stipulatio* kann nichtig sein, weil sie *donandi causa* geschieht, während sie *solvendi causa* usw. vollkommen gültig wäre.“

⁷³ In der an dieser Stelle eingefügten Fußnote verweist *Arndts* u.a. auf *Bähr*, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Cassel 1855.

tungen Jemanden doch wenigstens mittelbar durch Bedingung des Versprechens zu einer Handlung oder Unterlassung zu bestimmen, oder sonst irgendwie einen rechtlichen Zweck zu erreichen⁷⁴, z.B. *conditionis implendae* oder *dotis constituendi causa*. Ohne solche Absicht und solchen Bestimmungsgrund ist ein ernstlicher Wille, sich zu verpflichten, nicht denkbar; ist dieser Verpflichtungswille gewiss, ein anderer Verpflichtungsgrund aber nicht ersichtlich, so muss die Absicht, eine Liberalität zu üben, zu Grunde liegen^{75c}.

f) Fazit

Es ist nach alledem einfach nicht richtig, dass in der deutschen Pandektistik eine Meinung zur Herrschaft gekommen sei, die auch nur annähernd dem entspricht, was *Schmidlin* unter "Willensvereinigungsmodell" verstehen will. Auch verwundert die "rechtswissenschaftliche Methode", aus beiläufigen Bemerkungen *Flumes* über zwei Pandektisten und von ihm übernommene, aus dem Zusammenhang gerissene Zitate eine solche Behauptung abzuleiten, ohne auch nur ein einziges Werk eines bekannten Pandektisten zur Hand zu nehmen. *Flume* selbst misst der Ansicht, „dass aus dem Zusammenschluss des Willens der beiden Kontrahenten ein einheitlicher Wille - der Vertragswille – entsteht“, keinen grundlegenden Paradigmenwechsel zu, versteht sie vielmehr nur dahin, dass der Wille eines jeden Kontrahenten auf denjenigen des anderen bezogen sei und durch diese gegenseitige Bezogenheit ein Einverständnis in Hinsicht auf die vertragliche Regelung entstehe, was man als "Willensvereinigung" verstehen könne ohne einem Mystizismus zu huldigen; weist aber auch daraufhin, dass v. *Tuhr* die Vorstellung eines „einheitlichen Vertragswillens“ als "mystische Anschauung" bezeichnet und ablehnt⁷⁶:

„Der Konsens wird oft so aufgefaßt⁷⁷, als ob aus dem Zusammenschluss des Willens der beiden Kontrahenten ein einheitlicher Wille - der Vertragswille - entstehe. Diese, ich möchte fast sagen, mystische Anschauung ist meines Erachtens abzulehnen: was wir Willen nennen, ist nur als Vorgang in der Seele eines Menschen bekannt. Wenn zwei Menschen dasselbe wollen und zu wollen erklären, so entsteht daraus, wenn man die Tatsachen unbefangen betrachtet, kein über den Parteien schwebender und nirgends zu lokalisierender psychischer Vorgang, wohl aber, nach Vorschrift des Gesetzes⁷⁸, ein für beide Parteien gemeinsam geltender, weil von jedem von ihnen gewollter Rechtszustand.“

Noch etwas näher zu betrachten sind dennoch die von *Schmidlin* zitierten Bemerkungen von *Savigny* und deren Bedeutung.

⁷⁴ In der an dieser Stelle angefügten Fußnote schreibt *Arndts*: Dagegen *Sintenis* (II § 96 A. 25) sonst mit dem Hauptsatze einverstanden, will die den dreien *solvere, credere, donare*, hinzugefügte vierte Alternative, "oder sonst irgend einen rechtlichen Zweck zu erreichen," nicht in der Eigenschaft als Verpflichtungsgrund neben jenen anerkennen, indem er in gezwungener und ungenügender Weise auch dem *dotem constituere* und *conditionem implere* eine *solutio* oder *donatio* unterstellt; dazu *Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 21a), II, 4.

⁷⁵ In der Fußnote hierzu verweist *Arndts* auf die entgegenstehende Ansichten von *Voigt* und *Sintenis*, für welche der Satz streitet, *donatio non praesumitur*; vgl. *Wacke*, AcP 191 (1991), S. 1ff.

⁷⁶ v. *Tuhr* (Fn. 60), S. 225.

⁷⁷ v. *Tuhr* zitiert: *Windscheid* § 69 Anm. 2; *Regelsberger* § 149 I 1; *Staudinger* Erl. 1 vor § 145; *Planck* Erl. 2 vor § 145, dort heißt es: "Der rechtsgeschäftliche Wille von mindestens zwei Personen muß sich zu einem auf Hervorbringung derselben rechtlichen Wirkung gerichteten Willen zusammenschließen und diese Zusammenschließung der beiden Willen zu einem Willen - dem Vertragswillen - einen genügenden Ausdruck erhalten." Auch diese Formulierung kann durchaus im herkömmlichen Sinne der Naturrechtslehre und der Pandektenwissenschaft verstanden werden und stellt keinesfalls einen säkularen Paradigmenwechsel dar.

⁷⁸ Mit dem Satzteil "nach Vorschrift des Gesetzes" nimmt v. *Tuhr* die Definition des Rechtsgeschäfts in Bezug: "Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfs (des BGB) ist eine Willenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt weil er gewollt ist" (Motive I, 126 = Mugdan I, 421). Der private Wille bringt die Rechtswirkung hervor, aber nur, weil die Rechtsordnung der Privatperson diese Autonomie grundsätzlich eingeräumt hat. Der private Wille wird dadurch aber nicht zu einem "normativen Willen", denn die Privatperson bestimmt, was sie will und was von Rechts wegen eintreten soll.

4. Savignys Vertrags- und Obligationsverständnis

Im wesentlichen stützt *Schmidlin* seine These vom säkularen Paradigmenwechsel, die - wie dargelegt - weder in der Rechtslehre *Kants* noch in den Darstellungen der großen Pandektisten die geringste Bestätigung findet, auf zwei Zitate von *Savigny* (1779-1861) aus dessen „System des heutigen Römischen Rechts“:

a) Die allgemeinste Vertragsdefinition

„Vertrag ist die Vereinigung mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden. ... Er (dieser Begriff) unterscheidet sich als einzelne Art von dieser seiner Gattung durch das Merkmal der Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganz ungetheilten Willen, anstatt daß die Willenserklärung überhaupt auch von einer einzelnen Person ausgehen kann.“

Diese Definition des Vertragsbegriffs ist System III, S. 309 entnommen, wo *Savigny* den allgemeinen Vertragsbegriff definiert, der aus übereinstimmenden Willenserklärungen entsteht und schlechthin alle Verträge erfassen soll, nicht bloß solche des Privatrechts, sondern auch die des Völker- und Staatsrechts⁷⁹. Im Privatrecht soll diese Definition nicht nur den *obligatorischen* Vertrag, sondern auch die Vereinbarungen des Sachenrechts⁸⁰ (Tradition) und des Familienrechts⁸¹ (Ehe, Adoption) erfassen. Dieser allgemeine Vertragsbegriff, der mit dem Einschluss von staats- und völkerrechtlichen Verträgen weiter gefasst ist als der Vertragsbegriff der §§ 145 ff. BGB muss selbstverständlich von den Besonderheiten obligatorischer Verträge abstrahieren, deren wesentliches Ziel darauf gerichtet ist, aus dessen ein- oder gegenseitigen Versprechen, Obligationen, Schuldverhältnisse, Forderungen entstehen zu lassen, aufgrund deren ein oder beide Vertragspartner vom jeweils anderen eine (reale) Leistung verlangen können. Diese besondere Art des obligatorischen Vertrags soll zwar in der zitierten allgemeinen Definition (System III, 309) eingeschlossen sein, wird aber erst im Obligationenrecht II (Theil des Systems des heutigen Römischen Rechts, ursprünglich als dessen 5. Buch geplant) in dessen §§ 52 ff. speziell definiert und im Einzelnen entwickelt. Dass die allgemeine Definition in System III, 309 nicht die Entstehung und Zuwendung von Forderungen bestimmen kann, folgt schon daraus, dass *Savigny* mit dem so definierten Vertragsbegriff auch die sachenrechtliche Tradition erfassen will, die er nicht bloß als Besitzübergabe versteht, sondern als "dinglichen" Vertrag, aus dem aber *keine Forderungen* entstehen; wonach vielmehr mit der Besitzübertragung (anders als bei Miete oder Leihe) das Eigentum der Sache übertragen wird, was die *justa causa* bewirken soll, die *Savigny* als den "dinglichen Vertrag" (heute: dingliche Einigung im Sinne des § 929 BGB) versteht. *Savigny* kritisiert ferner ausdrücklich andere juristische Schriftsteller⁸², die den Vertragsbegriff enger verstehen wollen,

⁷⁹ Vgl. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, 3. Bd. 1840 (im Folgenden zitiert: System III), S. 310; *Savigny*, Das Obligationenrecht - als Theil des heutigen Römischen Rechts -, 2. Bd., Berlin 1853 (im Folgenden zitiert: OR II), S. 7 und öfters. Zu dieser Herauslösung des Vertragsbegriffs aus dem Obligationenrecht durch *Savigny* vgl. auch *Flume* (Fn. 33), § 33 I; dazu unten II, 5.

⁸⁰ System III, 312, OR II, 257.

⁸¹ System III, 311 ff.

⁸² Gegen *Savigny* hat *Vangerow* (Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1, 2. Abt, § 350 Anm. 1) stets daran festgehalten, dass ein Vertrag - sei es *pactio* oder *stipulatio* - stets in einem Versprechen bestehe, das eine Obligation erzeuge; die Eigentumsübertragung und die Begründung einer Servitut erfolge daher nicht durch Vertrag. *Dernburg* (Pandekten I, § 92 N. 4) sagt dazu, dass die neueren Juristen den Vertragsbegriff weiter fassen. Trotzdem hat der BGB-Gesetzgeber den „dinglichen Vertrag“ iS Savignys „Einigung“ genannt. *Schmidlin* ist gewissermaßen das „letzte Opfer“ eines von der Naturrechtslehre ausgehenden und von *Savigny* zu weit gefassten Vertragsbegriffs, der freilich allein in ihm den Gedanken hat entstehen lassen, dass eine vertragliche Forderung anders als durch ein Versprechen des Schuldners entstehe.

darunter auch *Kant*⁸³, dessen (oben teilweise zitierte) Ausführungen er so versteht, dass *Kant* nur auf Veräußerungen gerichtete Vereinbarungen oder gar nur solche als "Verträge" verstehen will, in denen diese Veräußerung vorbereitet wird (Versprechensverträge also), da ihre Vollendung erst in der Tradition stattfindet. Schärfer kritisiert *Savigny*, dass *Kant* auch die Ehe als *obligatorischen* Vertrag verstehen will, in welchem sich zwei Menschen verschiedenen Geschlechts wechselseitig den Gebrauch ihrer Geschlechtsorgane versprechen⁸⁴:

„Wenn der Geistliche die Verlobten fragt, ob sie einander Liebe und Treue beweisen wollen bis in den Tod und sie diese Frage bejahen, so hat ihre Erklärung *nicht den Sinn eines Versprechens bestimmter Handlungen* (Hervorh.v.Verf.), noch der Unterwerfung unter den gerichtlichen Zwang, für den Fall dass diese Handlungen nicht geleistet würden; wohl aber hat sie den Sinn, daß sie sich der von dem Christenthum⁸⁵ geforderten Gestalt der Ehe bewußt sind, und daß sie den übereinstimmenden Willen haben, in dieser Weise ihr gemeinsames Leben zu führen. Weil von dieser Willenserklärung die Anerkennung der Ehe als eines Rechtsverhältnisses abhängt, nennen wir sie mit gutem Grund einen Vertrag.“

Es ist nicht der Sinn dieser Zitate, *Kants* merkwürdige Vorstellungen über den Zweck der Ehe⁸⁶ zu verteidigen, vielmehr soll hier nur darauf hingewiesen werden, dass der allgemeine Vertragsbegriff *Savignys* zwar auch obligatorische Verträge, nicht aber notwendigerweise das Versprechen irgendeiner Leistung (*dare* oder *facere*) und die Entstehung der Forderung des Gläubigers auf deren Erfüllung einschließt, was mit dem Hinweis auf die *Tradition* und die *Eheschließung* bewiesen werden sollte (vgl. §§ 925, 1310 BGB). Schon deswegen ist die zitierte allgemeine Definition des Vertragsbegriffs nicht geeignet, einen „säkularen Paradigmenwechsel“ im Verständnis des *obligatorischen* Versprechensvertrags zu begründen.

b) Das obligatorische „Rechtsverhältnis“ zwischen Gläubiger und Schuldner

Das zweite Zitat entnimmt *Schmidlin* § 53 des ersten Bandes des „Systems“, wo *Savigny* das "Wesen" und die "Arten der Rechtsverhältnisse" beschreibt, in denen der Mensch mit anderen Menschen zusammen in der "äußeren Welt" lebt, deren rechtliche Regelungen seine Freiheit und die Grenzen seiner Willensmacht bestimmen (§ 52). In § 53 unterscheidet *Savigny* drei derartige Rechtsverhältnisse: 1. das Verhältnis einer Person zu sich selbst und das *Urrecht* an sich selbst, das heute „Allgemeines Persönlichkeitsrecht“ genannt, von *Savigny* aber abgelehnt wird, weil es u.a. zur Anerkennung eines Rechts zum Selbstmord führe; 2. das Rechtsverhältnis zur "unfreyen Natur", die von uns nicht als Ganzes, sondern nur in bestimmter räumlicher Begrenzung, also hinsichtlich Sachen beherrscht werden könne, woraus sich die erste Art möglicher Rechte ergäbe: "*das Recht an einer Sache*, welches in seiner reinsten und vollständigsten Gestalt Eigentum heißt". Das dritte Rechtsverhältnis bestehe zu anderen Personen, wobei zu unterscheiden sei zwischen durch Obligationen vermittelten Beziehungen und den durch Ehe und Familie (väterliche Gewalt) vermittelten Beziehungen. In Bezug auf das Obligationsverhältnis sagt *Savigny*, die anderen Personen (Schuldner) würden

„auf ähnliche Weise wie eine Sache "in das Gebiet unserer Willkür herein gezogen, also unserer Herrschaft unterworfen. Wäre nun diese Herrschaft eine absolute, so würde dadurch in dem Anderen der Begriff der Freyheit und Persönlichkeit aufgehoben; wir würden nicht mehr über eine Person herrschen, sondern über eine Sache, unser Recht wäre Eigentum an einem Menschen, so wie es das Römische Sklavenverhältnis in der That ist. Soll dieses nicht seyn, *wollen wir uns vielmehr ein besonderes Rechtsverhältniß denken, welches in der Herrschaft über eine fremde Person, ohne Zerstörung ihrer Freyheit, besteht, so daß es dem Eigentum ähnlich, und doch von ihm verschieden ist, so muss die Herrschaft nicht auf die fremde Personen im Ganzen, sondern nur auf eine*

⁸³ *Savigny*, System III, 318 zitiert MdS- Rechtslehre, S. 98, 103, also aus §§ 18-20.

⁸⁴ *Savigny*, System III, 320.

⁸⁵ Vgl. dazu *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1823, §§ 380-383 mit einer sachlichen, staatlichen und kirchliches Recht rational trennenden Darstellung der Voraussetzungen einer Eheschließung.

⁸⁶ Gegen *Kants* Vorstellungen vom Zweck der Ehe vgl. auch *Hegel*, Rechtsphilosophie, §§ 161 ff.

*einzelne Handlung derselben bezogen werden; diese Handlung wird dann, als aus der Freyheit des Handelnden ausgeschieden, und unserem Willen unterworfen gedacht*⁸⁷“

Savigny geht es an dieser Stelle offensichtlich darum, den „Teil unserer Freiheit“ (*particulae nostrae libertatis*) im Sinne von *Grotius* zu beschreiben, an welcher ein Gläubiger durch das von ihm angenommene Versprechen des Schuldners ein (Forderungs-) Recht gegen diesen erwirbt und dadurch - in der Sprache *Kants*⁸⁸ - einen entsprechenden Teil der Freiheit des anderen aus dessen Willkür ausscheidet und in Besitz nimmt. *Schmidlin*⁸⁹ missversteht offenbar an dieser Stelle den Text *Savignys*, reißt den kursiv gesetzten Teil des vorstehenden Zitats unvermittelt aus seinem Zusammenhang und benutzt ihn in Verbindung mit der oben wiedergegebenen allgemeinen Vertragsdefinition als Belegstelle für folgende Behauptungen, die durch das Zitat und die Auffassung *Savignys* nicht gedeckt sind:

1. „Die Elemente des translativen Versprechensvertrag können in dieses Modell (das Willensvereinigungsmodell) nicht mehr eingefügt werden; die Lehre vom Versprechen weicht der Lehre von der Willenserklärung, an die Stelle der Versprechensübergabe tritt die Willenseinigung, der Konsens, der als gesetzgebender, das heißt normativer Wille keiner Übertragungscausa mehr bedarf, sondern direkt in der Einigung besteht.“

2. „Der Erwerb der vertraglichen Pflicht des Schuldners erfolgt in der einverständlichen Einräumung der Herrschaftsgewalt über ein bestimmtes Handeln des Schuldners: das Abhängigkeitsverhältnis, das jeder Obligation innewohnt, ist in der gemeinsamen Willenseinigung aufgehoben, die als *lex contractus*, als normativer Wille, dem vertraglichen Rechtsverhältnis Geltung verleiht. Darin liegt die Bedeutung des von *Savigny* so ausdrücklich hervorgehobenen gemeinschaftlichen Willens: ‚das Merkmal der Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen ungetheilten Willen‘.“

Es ist nicht einfach, eindeutig und klar zu verstehen, worin der „säkulare Paradigmenwechsel“ dieses sog. Willensvereinigungsmodells bestehen soll, aber doch wohl darin, dass nicht mehr das rechtlich wirksame Versprechen des Schuldners mit der Annahme durch den Gläubiger, dessen klagbare Forderung auf die versprochene Leistung (*dare* oder *facere*) begründet, dass vielmehr die Einigung der Parteien (worüber? beim Kaufvertrag wohl über Ware und Preis) ein (gesetzliches?) Rechtsverhältnis (*lex contractus*) entstehen lässt, aus dem sich, wie aus einem Gesetz („normativer Wille“), die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien ergeben: und zwar nicht nur die *Nebenpflichten* des dispositiven Rechts gesetzlich typisierter Schuldverhältnisse, sondern wohl auch die *Hauptpflichten*, welche den gesetzlichen Typus dieses Vertrags bestimmen⁹⁰. Welche Haupt- und Nebenpflichten erwachsen aber aus dieser *lex contractus*, wenn der Wille der Parteien nicht auf den Abschluss eines gesetzlich *vertypen* Schuldverhältnisses gerichtet ist? Ist mit diesem Willensvereinigungsmodell der Typenzwang des römischen Rechts oder irgendeiner sozialistischen oder sonstigen utopischen Rechtsvorstellung verbunden? Sind im Falle eines typischen Kaufvertrags die Ansprüche des Käufers auf die Kaufsache und des Verkäufers auf den Kaufpreis als Ansprüche *aus* § 433 BGB zu verstehen, entsprechend den Ansprüchen *aus* § 823 BGB, wenn einer dem anderen auf den Kopf haut? Eine solche Hinwendung zu einer extremen *Grundfolgentheorie*⁹¹ könnte in der Tat als „säkularer Paradigmenwechsel“ verstanden werden, ist in solch extremer Form zwar auch denkbar, mit unserer Rechts- und Gesellschaftsordnung aber nicht zu vereinbaren, kann jedenfalls auf *Savigny* nicht gestützt werden. Es ist zwar verschiedentlich schon bemerkt wor-

⁸⁷ System I, 338 f.

⁸⁸ MdS- Rechtslehre § 19.

⁸⁹ (Fn. 2), 201.

⁹⁰ Welche Rechten und Pflichten sollen aber entstehen, wenn die Vertragsparteien sich atypische Leistungen zu atypischen Zwecken gegenseitig versprechen, für welche im Gesetz weder für die Haupt- noch für die Nebenpflichten irgendwelche Vorschriften gegeben sind?

⁹¹ Die prinzipiellen Unterschiede zwischen den Vorstellungen der Rechts- und Grundfolgentheorie können in diesem Rahmen nicht dargelegt werden, vgl. dazu v. *Tuhr*, (Fn. 60), § 50 V, S. 161 ff; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil II, 14. Aufl. 1955 § 145 II A 1; *Flume* (Fn. 33), § 4, 5.

den, dass die Rechtslehre *Savignys*, abweichend von der Naturrechtslehre und den Auffassungen anderer Pandektisten, vermittelt durch seinen Begriff des "Rechtsverhältnisses" an "institutionellen Ordnungen" ausgerichtet ist⁹². Eine genauere Betrachtung der Obligationenlehre *Savignys* lässt jedoch einen derart weitgehenden Paradigmenwechsel nicht erkennen.

c) Zum Obligationenbegriff *Savignys*

Savigny definiert den obligatorischen Vertrag in Anlehnung an den allgemeinen Vertragsbegriff als "Vertrag Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung", mit dem Nachsatz⁹³: "wodurch unter ihnen eine Obligation entstehen soll". Er unterscheidet dabei wie damals üblich zwischen einseitigen und zwei- oder gegenseitigen Verträgen⁹⁴. Dass das Wesen der auf die Entstehung einer Obligation gerichteten Willenserklärung das *Versprechen* einer Leistung ist, ist dabei auch für *Savigny* so selbstverständlich, dass es zwar nirgends ausdrücklich hervorgehoben wird, aber vielfach zum Ausdruck kommt, nicht nur für das formelhafte mündliche Versprechen der *stipulatio*⁹⁵ (*spondes-spondeo*), sondern auch für Schenkungsversprechen⁹⁶, das Darlehensversprechen⁹⁷, für das Versprechen des Verkäufers sein Haus verkaufen zu wollen⁹⁸, für das Zinsversprechen⁹⁹ (auch als formloses [Neben-] Versprechen im Rahmen von Konsensualverträgen) und schließlich auch für alle anderen im Laufe der Zeit anerkannten formlosen Versprechen¹⁰⁰.

Durchliest man die gesamte Darstellung des Obligationenrechts von *Savigny*, so fällt vor allem auf, dass er den gesamten Beitrag der mittelalterlichen Juristen, der Naturrechtslehre und des *Usus modernus* zur Weiterentwicklung des römischen Obligationenrechts bis zur Anerkennung auch formloser Versprechen und damit zur allgemeinen Vertragsfreiheit in seinem "heutigen System" nur beiläufig und nebenher erwähnt und weder dem kanonischen Recht noch *Grotius* oder *Pufendorf* oder einem anderen Schriftsteller besonderen Einfluss auf diese Entwicklungen beimisst. Ausdrücklich weist er auch die These zurück, dass das römische Obligationenrecht nicht mit dem übrigen römischen Recht rezipiert worden sei¹⁰¹, erklärt die rechtliche Geltung formloser Versprechen vielmehr so: das Rechtsinstitut der Stipulation sei bedingt durch die "Thatsache der Stipulation" (das förmliche Versprechen *spondes-spondeo*), „also durch ihre wirkliche Übung, begründet in einer herrschenden Volkssitte, so wie sie bei den Römern in der That erscheint". Eine solche Volkssitte habe in Deutschland aber weder zur Zeit der Rezeption noch früher oder später je bestanden, „und es konnte also auch nicht das Recht der Stipulation in Deutschland Anwendung finden¹⁰²". Die Formen der römischen Stipulation hätten zwar in Deutschland durch Gesetz eingeführt werden können, was aber nicht geschehen sei. Daher hätten wir in Deutschland den Grundsatz der klagbaren Stipulation erhalten, ohne die eigentümliche Form derselben, die mündliche Frage und Antwort¹⁰³:

⁹² Dazu unten II 4 d, cc nach Fn. 124 c; ferner *Wieacker* (Fn.4), 398; *Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958, S. 46 ff.

⁹³ OR II, 8.

⁹⁴ OR II, 12.

⁹⁵ OR II, 14, 206, 220 f, 240 und öfters.

⁹⁶ System IV, 145 ff.; OR II, 230.

⁹⁷ OR II, 246.

⁹⁸ OR II, 245.

⁹⁹ OR II, 238, 241.

¹⁰⁰ OR II, 212, 230, 239 ff.

¹⁰¹ OR II, 239.

¹⁰² Mit dieser Begründung folgt *Savigny* (mit Hinweis in OR II, § 77 Note a) im Wesentlichen der Darstellung von *Eichhorn*, Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluss des Lehenrechts, 1823, § 92; ähnlich auch schon *Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, aus dessen Nachlass hrsg. von *Rudorff*, Bd. 2, 2. Aufl. 1894, § 250.

¹⁰³ OR II, 240, 241.

„Durch die von selbst eintretende Abstraction von dieser Form verwandelte sich also für uns die Stipulation unvermerkt, unter unseren Händen, in den formlosen Vertrag, und so kamen wir durch unabwendbare Nothwendigkeit, und ohne Zuthun eines Gesetzgebers, zu dem Grundsatz: Jeder formlose Vertrag ist klagbar. Die Stipulation war nun zusammengefallen mit den Consensualcontracten und dem *nudum pactum*“.

Savigny sieht die Vorteile dieser Entwicklung, aber auch deren Nachteile¹⁰⁴. Ohne die Dreistufenlehre von *Grotius* auch nur zu erwähnen, legt er dar, dass in der Entstehungsgeschichte jedes einzelnen Vertrags zwischen dem ersten Gedanken daran und dem "völligen Abschluss" eine "Reihe von zweifelhaften unentschiedenen Gedanken in der Mitte liegen", die mit dem endgültigen Abschluss leicht verwechselt werden könnten, so dass der Richter hierin zweifeln oder fehl greifen könnte; deshalb sei es ein großer Vorteil für die Rechtssicherheit, wenn ein "untrügliches Kennzeichen" vorhanden wäre, durch welches der vollendete Entschluss von den erwähnten Vorbereitungen und Übergängen unterschieden werden könnte¹⁰⁵. Diesen Bedenken knüpft *Savigny* eine weitere damit zusammenhängende Betrachtung an, die einst für *Baldus* und die Juristen des *Usus modernus* Anlass waren als "Seriösitätsindiz" für "bedächtige Zusagen" eine *causa* als Wirksamkeitsvoraussetzung zu fordern¹⁰⁶:

„Für das Gedeihen des Rechtsverkehrs ist es wünschenswerth, dass Verträge nicht übereilt, sondern in besonnener Ueberlegung der daraus entspringenden Folgen, geschlossen werden. Die Natur des formellen Vertrags (wie der Römischen Stipulation) führt dahin, die besonnene Ueberlegung zu wecken, also jenen wünschenswerthen Zustand zu befördern¹⁰⁷“.

Die Art, in der sich *Savigny* in Überwindung dieser Nachteile trotzdem zur Anerkennung formloser Versprechensverträge bekennt, erscheint allerdings nicht ohne Ironie¹⁰⁸:

„Wir entbehren also den Vortheil, welchen die Römer in der Form der Stipulation fanden für die sichere Unterscheidung des vollendeten Vertrags von den bloßen Vorbereitungen und Uebergängen zu einem solchen (§ 74), und wir überlassen es lediglich dem Richter, in jedem einzelnen Fall diese Unterscheidung zu treffen. Eben so entbehren wir den vortheilhaften Einfluss, den die feierliche Form der Stipulation auf die Besonnenheit der Parteien üben konnte, indem wir es den Parteien überlassen, durch besonnene Ueberlegung sich selbst vor Schaden zu wahren“.

Das erst in neuerer Zeit eingeführte Widerrufsrecht (§ 355 BGB) für Verbraucherverträge bestätigt zumindest für diese Fälle die Berechtigung der von *Savigny* aufrechterhaltenen Bedenken gegen völlig formfreie Versprechen aller Art. Gegen den Erwerb mehr oder weniger wertloser "Schrottimmobilien" hat das Verbraucherschutzrecht in der Vergangenheit allerdings nur selten und wenig geholfen¹⁰⁹ und gegen den Erwerb wertlos gewordener Zertifikate von *Lehman Brothers* und anderen Brüdern, denen es die Rechtsprechung erlaubt, übergangslos von ihrer Beraterrolle (als Beraterbank) in eine Verkäuferrolle zu wechseln und den Beratern zu übervorteilen (*circumvenire*), wird es auch nicht helfen¹¹⁰. Trotzdem kann kein

¹⁰⁴ Vgl. OR II, 217 ff.

¹⁰⁵ OR II, 219.

¹⁰⁶ Dazu oben I 1.

¹⁰⁷ *Savigny*, OR II, 219.

¹⁰⁸ OR II, 242

¹⁰⁹ Vgl. *Erman/Ehmann*, Handkommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 675 Rz 67-97. Zum Zusammenhang von causa- Erfordernis und Verbraucherschutzrecht vgl. auch *Stathopoulos*, AcP 194 (1994), 543, 552 f.

¹¹⁰ Vgl. D.4.4.16.4 - *Ulpian* : *Idem Pomponius ait, in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contraheantibus se circumvenire*. D.19.2.22.3 - *Paulus*: *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod pluris sit minoris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est*.

Übersetzung von *Behrends/Knütel* u.a. (Fn. 58): „*Ulpian*: Pomponius sagt ferner, beim Kaufen und Verkaufen sei es den Vertragsparteien hinsichtlich des Kaufpreises natürlich erlaubt, einander zu übervorteilen (umgehen, hintergehen). – *Paulus*: Wie es beim Kaufen und Verkaufen natürlicherweise erlaubt ist, etwas, das mehr wert ist, billiger zu kaufen, oder etwas, das weniger Wert ist, teurer zu verkaufen und so jeweils den anderen zu

Zweifel darüber bestehen, dass *Savigny* die Entwicklung formloser Versprechensverträge in Form eines "Zusammenfallens" der Stipulation mit den Konsensalkontrakten anerkannt hat, so wie sie sich im Zeitpunkt des Erscheinens seines Obligationenrechts (Band 2: 1853) entwickelt hatte. So erkennt er z.B. ausdrücklich die Klagbarkeit eines Vertrags an, "worin ein Darlehen zu geben *versprochen* wird¹¹¹", also eines Darlehensversprechensvertrags; bekanntlich hat der BGB-Gesetzgeber (1900) den Darlehensvertrag jedoch noch als *Realvertrag* gestaltet^{111a}, was freilich nach überwiegender Lehre den Darlehensversprechensvertrags über § 305 BGB a.F. nicht unmöglich machen sollte, der aber erst durch den Modernisierungsgesetzgeber (2002) in § 488 BGB n.F. zum gesetzlichen Typus erhoben wurde.

Im Zentrum der Darstellung *Savignys* zur Entwicklung des Obligationenbegriff steht die Frage¹¹², wie es zu erklären ist, dass trotz der Rezeption des römischen Rechts im Ganzen, welche die des römischen Vertragssystems einschließt, dessen Form- und Typenzwang in Deutschland nicht gelten soll, vielmehr *formlose* Versprechensverträge anzuerkennen seien. Seine eigene Beantwortung dieser Frage beginnt *Savigny* mit dem Satz: "Die Antwort auf diese Frage wird aus folgender Betrachtung hervorgehen", und er hängt an diesen Satz eine Fußnote an, in welcher es heißt: „Im Wesentlichen stimmen mit der hier aufgestellten Ansicht überein: *Eichhorn* Deutsches Recht § 92. *Puchta* Pandekten § 250, und Vorlesungen: § 250“. Die Pandekten *Puchtas* sind in 1. Auflage 1838 und in 7. Auflage 1852 also vor *Savignys* Obligationenrecht (Bd. I: 1851, Bd. II: 1853) erschienen. Die Kernsätze *Puchtas* aus § 250 seiner Pandekten sind oben I 3 a zitiert. Ein "säkularer Paradigmenwechsel" zwischen der Ansicht *Puchtas* und *Savignys* kann daher auch aus diesem Grunde nicht angenommen werden, vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass *Savigny* mit der Ansicht *Puchtas*, seines Schülers und Friends, im Wesentlichen übereinstimmte.

d) Zur causa der Leistungsversprechen

aa) Die herrschende Pandekten-Lehre

In der Frage der *causa* der Leistungsversprechen gibt es allerdings einen wesentlichen Unterschied zwischen den Ansichten *Savignys* und denen *Puchtas*, *Windscheids*, *Dernburgs*, *Arndts* und anderer Pandektisten. Wie dargelegt ist nach *Puchta* außer dem Leistungsversprechen eine *causa obligationis* erforderlich, damit die Übereinkunft zum *contractus* wird; die *causa obligationis* kann in der Vereinbarung einer Gegenleistung (*causa aquirendi*, Austauschzweck, Synallagma) bestehen oder *causa donandi* (Liberalitätzweck), aber auch *causa solvendi* (Erfüllungs- oder sonstiger Abwicklungszweck) sein¹¹³. Für *Windscheid* ist eine *causa* notwendige Voraussetzung eines jeden Leistungsversprechens, nur ein Geisteskranker kann

übertreten, so ist dies auch bei Miete, Pacht, Dienst- und Werkverträgen rechtens.“ - Auffallend und interessant ist, dass *Ulpian* und *Paulus* im Falle eines Mandats (Geschäftsbesorgung, Beratung) das „circumvenire“ - anders als der 11. Senat des BGH - nicht erlauben, obwohl auch nach dem Recht des BGB der Geschäftsbesorger verpflichtet ist, die Interessen des Auftraggebers zu wahren, das gilt nicht nur für den unentgeltlichen Auftrag, sondern auch für die entgeltliche Geschäftsbesorgung; vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 109), § 662 Rz 16,17; § 675 Rz 6 a, 35- 40 f; 41-63.

¹¹¹ OR II, 246.

^{111a} Vgl. *Kreß*, Besonderes Schuldrecht, S. 138, 145; *ders*, Allgemeines Schuldrecht, S. 95 f; dazu *Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 21a), Fußn. 89a.

¹¹² OR II, 217 ff., 239.

¹¹³ Vgl. oben I 3 a. Im Pandektenrecht (§ 250) begreift *Puchta* die römischen Kontraktformen (res, verba, litterae, consensus) als *causae*; in den Institutionen (§ 205) befreit er sich dagegen von diesem Erfordernis des so rezipierten römischen Rechts und erkennt, dass das Versprechen - ebenso wie die Tradition - entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen kann; allerdings auch zur Erfüllung oder Sicherung einer bestehenden Schuld (Abwicklungszweck), z.B. zur Sicherung oder zur Leistung an Erfüllung Statt gegebene abstrakte Schuldversprechen (meist in Form eines Schecks oder Wechsels).

nach Windscheids Ansicht etwas versprechen ohne Grund¹¹⁴. Auch für Arndts ist eine *causa obligationis* ("ebenso wie für jede Änderung in Vermögensverhältnissen") notwendige Voraussetzung einer durch Leistungsversprechen entstandenen "Schuldverbindlichkeit"; diese kann *causa credendi*, *donandi* oder *solvendi* sein. Das ist die herrschende Lehre des Pandektenrechts.

bb) Savignys Übereignungs- und causa-Lehre: auf falscher Spur?

Savigny folgt dieser Lehre jedoch nicht, wendet sich vielmehr gegen eine "neuerlich" aufgestellte "größtentheils abweichende Lehre, deren scharfsinnige und gelehrte Vertheidigung ihr nicht wenig Anerkennung zugewendet hat". Savigny meint und zitiert für diese abweichende Lehre die Schrift von Liebe¹¹⁵ über die Stipulation, der sich, wie Savigny in der Fußnote vermerkt, Puchta und Gneist angeschlossen hätten, nicht aber Windscheid. Diese Streitfrage ist aber wohl die einzige, in welcher Windscheid eine in seiner Voraussetzungslehre aufgestellte Rechtsansicht später selbst als irrig bezeichnet und ausdrücklich wieder aufgegeben hat¹¹⁶. So ist Liebes Ansicht vor allem aufgrund ihrer Bestätigung durch Otto Bähr auch gegen Savigny im Pandektenrecht zur herrschenden Auffassung geworden. Heute ist allgemein anerkannt, dass ein abstraktes Schuldversprechen eine "Leistung" (Zuwendung einer Forderung an den Versprechensempfänger, § 812 II BGB) ist, die kondiziert werden kann, wenn der rechtliche Grund im Sinne des § 812 I 1 BGB fehlt oder später wegfällt. Savigny kennzeichnet die von ihm abgelehnte Lehre Liebes dahingehend, dass die Stipulation als Voraussetzung ihrer Klagbarkeit (heute: Wirksamkeit) einer *causa* bedürfe, die *credendi*¹¹⁷, *donandi* oder *solvendi* sein könne. Savigny meint jedoch zu Unrecht, diese Lehre könne weder mit den Quellen des römischen Rechts¹¹⁸ noch mit einer Analogie zur *traditio* begründet werden.

Die *Tradition* (im Sinne von Besitzübergabe) bedarf nach ganz allgemeiner Meinung der Pandektistik, wenn sie Eigentum übertragen soll, einer *justa causa*, wie gemäß § 929 BGB die Besitzübertragung einer „dinglichen Einigung“ bedarf. Ebenso allgemein wird in der Pandektistik analog dazu als Wirksamkeitsvoraussetzung der Stipulation eine *causa* gefordert. Dieser Analogieschluss wird von Savigny aus zwei Gründen abgelehnt. Der erste Ablehnungsgrund ist wiederum in der Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts begründet: Danach sei eine Analogie hinsichtlich der Voraussetzungen der *stipulatio* auf die *traditio* nicht gerechtfertigt, weil diese keine "civile Handlung" sei, gerechtfertigt sei daher nur eine Analogie zur Mancipation, diese bedürfe aber keiner *justa causa*^{119, 120}.

¹¹⁴ Vgl. oben I 3 b.

¹¹⁵ Liebe, Die Stipulation, 1840.

¹¹⁶ Vgl. Windscheid, Voraussetzungslehre (Fn. 22), S. 198; ders. (Pandekten II § 318 Note 4), wo er sich wohl vor allem aufgrund der Schrift von Otto Bähr (Fn. 63) der Ansicht von Liebe und Gneist ausdrücklich anschließt.

¹¹⁷ *Credendi causa* ist in diesem Sinne nicht als Darlehenszweck, sondern als Austauschzweck zu verstehen, dazu Ehmann, FS Beuthien (Fn. 21a), II 1 c (3).

¹¹⁸ Savigny (OR II, 253) zitiert dafür Ulpian D. 2.14.7. §§ 2, 4, in der deutschen Übersetzung von Behrends, Knüttel u.a. (Fn. 58) lauten diese Stellen: § 2: „Aber auch wenn ein Geschäft nicht unter einen besonderen Vertragsbegriff fällt, jedoch eine zweckbestimmte Leistung vorliegt, sei, so hat Aristo dem Celsius treffend geantwortet, ein Schuldverhältnis gegeben. Wie zum Beispiel, wenn ich dir eine Sache gegeben habe, damit du mir eine andere gibst, oder wenn ich etwas gegeben habe, damit du etwas tust. Dies sei (in griechischer Sprache) ein *Synallagma*, ein Vertrag, und hieraus entstehe ein zivilrechtliches Schuldverhältnis.“ - § 4: „Wenn aber keine zweckbestimmte Leistung vorliegt, steht fest, dass dann durch ein bloßes Übereinkommen (*conventionem*) ein Schuldverhältnis nicht begründet werden kann. Eine bloße formlose Abrede (*nuda pactio*) bringt also kein Schuldverhältnis hervor, aber sie bringt eine Einrede hervor.“ Savigny räumt selbst ein, dass die zitierten Stellen "auf den ersten Blick" als Bestätigung der von ihm abgelehnten Lehre begriffen werden könnten, lehnt dieses Verständnis aber mit in der römischen Entwicklungsgeschichte begründeten Argumenten, nämlich der Unterscheidung von *legitimae* und *juris gentium conventiones* ab, die jedenfalls heute keine Bedeutung mehr haben.

¹¹⁹ Die *mancipatio* ist eine andere Rechtsform der Übereignung, die für *res Mancipi* (Sklaven, Großvieh) erforderlich ist. Die Rechtsform ging im Laufe der Zeit verloren (vgl. Gaius D. 41.1.9.3). Savignys diesbezügliches Argument hat daher jedenfalls heute keine Bedeutung mehr. Außerdem sei bemerkt, dass die Mancipation ur-

Zweitens begründet Savigny seine Ablehnung der Analogie von der *causa traditionis* zur *causa stipulationis* mit deren wesensmäßiger Verschiedenheit. Die Tradition (Besitzübergabe) könne zu verschiedenen Zwecken erfolgen: zur Miete, zur Verwahrung, als Pfand, und in diesen Fällen gehe gewiss kein Eigentum über; aber die Tradition könne auch infolge eines Verkaufs, eines Tausches oder als Geschenk oder als Darlehen geschehen, und in diesen Fällen gehe Eigentum über. Aus der Verschiedenheit dieser Fälle folge, „*dass die Tradition das Eigentum überträgt durch den übereinstimmenden Willen beider handelnden Personen, ohne diesen Willen aber nicht.*“ In der an diesen Satz angehängten Fußnote heißt es: „*Die Tradition selbst ist daher ein wahrer Vertrag, nur nicht ein obligatorischer, sondern ein dinglicher; und wohl zu unterscheiden von dem obligatorischen Vertrag (Kauf, Tausch usw.), der ihr zum Grunde liegen kann, und meist wirklich zum Grunde liegt und vorher zu gehen pflegt. Vgl. System B. 3 § 140.*“

Dieser Satz mit seiner Fußnote ist der Kern und der Schlusspunkt der Savigny'schen Übereignungslehre¹²¹, also der Erfindung des *dinglichen Vertrags*, der als "dingliche Einigung" in §§ 873, 925, 929 BGB in Deutschland zum Gesetz wurde. Zur Verstärkung seiner Begründung bezieht sich Savigny noch auf die Gaius-Stelle D. 41.1.9.3: „Die Sachen, die durch formfreie Übergabe unser Eigentum werden, erwerben wir nach *iure gentium*: Nichts entspricht so sehr der natürlichen Billigkeit, als dass der Wille des Eigentümers, der auf Übertragung der ihm gehörigen Sache auf einen anderen gerichtet ist, rechtswirksam sein soll¹²²“, und bemerkt dazu, dass diese Stelle mit seiner Ansicht nahezu wörtlich übereinstimme und darin auch von einer *justa causa* kein Wort gesagt werde. Savigny ist also der Ansicht, dass die Besitzübergabe und die nackte dingliche Einigung das Eigentum übertragen und dazu nicht eine Absicht oder Abrede (Vereinbarung) über den Grund (*causa*) erforderlich sei. Dass der mangelnde Grund (sei es *causa credendi*, *donandi* oder *solvendi*) die Kondiktion auslöst, wird selbstverständlich von Savigny nicht verkannt und auch nicht bestritten, aber in einer solchen „negativen Bedingung“ - ebenso wie in einem Irrtum oder sonstigen Anfechtungsgrund, dessen Geltendmachung zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führt, - keine Voraussetzung der Übereignung gesehen¹²³. Auf Grund dieser Abstraktion der Übereignung nicht bloß von der Zweckerreichung (*äußere causa*), sondern auch von der Zweckvereinbarung (*innere causa*) hat für Savigny die *causa* (im Sinne des schuldrechtlichen Geschäfts: Austausch, Liberalität oder Abwicklung) nur noch die Funktion eines *Indizes* für den (nackten) Übereignungswillen: beim Kauf, Tausch, Schenkung, Erfüllung indiziert; bei Miete, Verwahrung, Pfand nicht indiziert:

„Wenn es bei der Tradition üblich wäre, - ebenso wie bei der Mancipation - ausdrücklich zu sagen: durch diese Handlung soll Eigentum übergehen (oder: nicht übergehen), so bedürfte es keiner weiteren Prüfung, der Übergang (oder Nichtübergang) des Eigentums wäre dadurch allein völlig und sicher entschieden.“

sprüchlich die Zahlung des Kaufpreises und später noch die symbolische Übergabe eines Stück Kupfers voraussetzte, wodurch in plastischer Form auch nichts anderes als der Austauschzweck zum Ausdruck gebracht wurde.

¹²⁰ Der jahrtausende alte Streit um die *justa causa* ist gekennzeichnet durch die Antinomie zwischen *Julian* D. 41.1.36 und *Ulpian* D. 12.1.18. Wenn Geldstücke *credendi causa* gegeben, aber *donandi causa* angenommen wurden, so war *Julian* der Auffassung, dass das Eigentum an den Geldstücken übergehe trotz des Dissenses über den Rechtsgrund; dagegen war *Ulpian* der Auffassung, dass wegen dieses Dissenses über den Rechtsgrund auch das Eigentum nicht übergehe; dazu unten Fn. 123, 126.

¹²¹ Vgl. dazu insbes. *Felgentraeger*, Friedrich Carl v. Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre, Leipzig 1927 mit Auswertung von Vorlesungsnachschriften u. a. der *Gebrüder Grimm* vom Wintersemester 1803/1804.

¹²² Übersetzung von *Behrends*, *Knütel* u. a. (Fn. 58). Lateinisch: „... *Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.*“

¹²³ OR II, 261 f; die Auffassung von Savigny steht in Einklang mit *Julian* D. 41.1.36 und in Widerspruch zu *Ulpian* D. 12.1.18; dazu Fn. 120, 126.

Nur weil ein solcher Ausdruck des Übereignungswillens bei der Tradition nicht üblich sei, bleibe "nichts anderes übrig, als auf die umgebenden Umstände, Absichten, Zwecke zu sehen, auf dasjenige Rechtsgeschäft, mit welchem die Tradition in Verbindung steht, wodurch sie herbeigeführt worden ist." Die *causa traditionis* ist für Savigny also nur noch *Auslegungshilfe* für den (völlig abstrakten) Übereignungswillen.

Eine solche Auslegungshilfe sei aber für die Stipulation nicht erforderlich, weil bei dieser die "Absicht der Verpflichtung" nicht erst künstlich durch Schlussfolgerungen begründet, sondern in den Worten: *centum dare spondes? – Spondeo!* ganz ausdrücklich zum Ausdruck komme. Daher bedürfe es zur Begründung der Verpflichtung aus einer Stipulation keiner *causa*, vielmehr nur des (nackten) Verpflichtungswillens¹²⁴. Das mag ja richtig gewesen sein für das antike römische Recht; nach Savignys eigener Ansicht ist jedoch die förmliche mündliche Frage und Antwort in Deutschland nie üblich gewesen und daher für das zu seiner Zeit geltende Recht schon nicht mehr richtig, also auch seine Argumentation in sich selbst unschlüssig.

Liebe hatte schließlich das Erfordernis einer *causa stipulationis* auch damit begründet, dass der Mangel einer *causa* die Kondiktion auslöst. Auch dieses Argument lässt Savigny nicht gelten, es wäre mit der "wahren Natur der Rechtsverhältnisse" nicht zu vereinbaren, wenn man jede "negative Bedingung" (Anfechtungs-, Unwirksamkeits-, Kondiktionsgründe) zur Voraussetzung des Zustandekommens der Rechtsgeschäfte erklären wolle. Deshalb wirft er den Verteidigern dieser Lehre, die er anfänglich noch großherzig als scharfsinnig bezeichnet hat, zum Schluss die Fehlschlüsse seines eigenen Denkens als mangelnde Logik vor:

"Ein solches unlogisches Verfahren muss ich den Vertheidigern der hier vorliegenden Lehre vorwerfen, indem sie die möglichen Conditionen (indebiti usw.) gegen eine Stipulation als Grund geltend machen, weshalb die Stipulation, als ein bloß formales Geschäft, nur unter der Voraussetzung einer *causa* als vollständig und vollgültig angesehen werden könne."

cc) Kritische Betrachtung der Prämissen Savignys

Savigny abstrahiert die Wirksamkeit eines Vertrags vor allem deswegen zu weit von den damit verfolgten Absichten (Zwecken, *causae*) der Parteien, weil dieser Vertragsbegriff nicht nur schuldrechtliche Versprechensverträge (Kauf, Miete, Dienst- und Werkvertrag etc.) umfasst, sondern auch *familien-* und sogar *völkerrechtliche Vereinbarungen*, für welche eine derartige Abstraktion richtig sein kann. Ein Ehevertrag ist nicht nur bedingungsfeindlich (§ 1311 S. 2 BGB), sondern soll auch nicht abhängig sein von den damit verfolgten Zwecken, er ist nicht kondizierbar, wenn der Zweck verfehlt wird, kann vielmehr nur bei Vorliegen von Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen oder durch Scheidung aufgelöst werden^{124a}. In verstärktem Maße gilt dies für die Wirksamkeitsvoraussetzungen völkerrechtlicher Verträge^{124b}. Der allgemeine Vertragsbegriff Savignys ist daher notwendigerweise diffus geblieben und erfasst jedenfalls nicht die typischen Voraussetzungen schuldrechtlicher Versprechensverträge. Auch bezüglich atypischer sonstiger Arten von Vereinbarungen offenbart Savigny selbst eine tiefe Unsicherheit, wie das folgende von ihm gebildete Beispiel zeigt^{124c}:

¹²⁴ Dagegen vor allem klar *Dernburg*, Pandekten II, § 22; dazu oben II 3 d.

^{124a} Dazu *Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 21a), II 5 d, cc (1).

^{124b} Vgl. *Steinberger*, Völkerrechtliche Aspekte des deutsch-sowjetischen Vertragswerks v. 12. 8. 1970, ZaöRV Bd. 31 (1971), S. 68 ff.

^{124c} System III (Fn. 79), S. 308; dazu unten Fn. 150 b.

^{124d} Zu den Begriffen "Rechtsverhältnis" und "Rechtsinstitut" im System und Rechtsdenkens Savignys vgl. *Wilhelm* (Fn. 92), S. 46 ff.

^{124e} Dazu oben II 4 c.

„Kommen zwey Menschen mit einander überein, sich gegenseitig in Tugend, Wissenschaft, Kunst, durch Rath und Beyspiel zu fördern, so würde das nur sehr uneigentlich ein Vertrag genannt werden. Der Unterschied von dem beispielsweise angeführten Kaufcontract, der wirklich ein Vertrag ist, liegt aber darin, dass in diesem der Wille auf ein Rechtsverhältniß als Zweck gerichtet ist, in jenen Fällen auf andere Zwecke.“

Das ist nur schwer zu verstehen, eine Vereinbarung soll also nur dann ein wirksamer Vertrag sein, wenn in dieser "der Wille auf ein Rechtsverhältniß^{124d} (wie einen Kaufvertrag) als Zweck gerichtet ist". Damit bleibt Savigny - wie es sich auch in einigen anderen Stellen seines Obligationenrechts zeigt^{124e} - letztlich beim römischen Vertragssystem stehen und will im Zweifel Vereinbarungen nur als wirksame („eigentliche“) Verträge anerkennen, wenn sie wie die römischen Konsensualverträge als Rechtsverhältnis vertypt oder als formlose Verträge von einem hinreichenden *Seriositätsprinzip* beherrscht sind, dessen Voraussetzungen aber nicht näher konkretisiert werden, vielmehr sollen formlose atypische Vereinbarungen, die nicht auf ein vertyptes Rechtsverhältnis bezogen sind, nur unklar "uneigentliche Verträge" genannt werden.

Diese Ansichten Savignys sind in der Pandektistik daher auch vereinzelt geblieben. Seine *Übereignungslehre* ist zwar in den §§ 873, 925, 929 BGB insofern allgemein anerkannt worden als damit durch das Erfordernis einer dinglichen Einigung das Trennungs- und Abstraktionsprinzip zum Gesetz erhoben wurden. Im Übrigen sind aber die Prämissen Savignys von der romanistischen Forschung im Wesentlichen widerlegt worden. Auch hinsichtlich des *Abstraktionsprinzips* ist man sich heute im Wesentlichen darüber einig, dass im Falle einer kaufweisen Übereignung grundsätzlich nur eine Abstrahierung von der Wirksamkeit des Kaufvertrags (der *äußeren causa*, der Zweckerreichung) stattfinden sollte, nicht aber eine Abstraktion von der *inneren causa* (dem Konsens über die *causa solvendi* oder *causa donandi* oder *quod Graeci σύναλλαγμα vocant*¹²⁵)¹²⁶. Wenn aber der Dissens über den Zweck der Eigentumsübertragung (gleichgültig ob über: *causa solvendi*, *donandi*, *credendi*) den Eigentumsübergang hindert¹²⁷, so kann nicht mehr gesagt werden, dass der Mangel der *causa* nur eine "negative Bedingung" sei, deren Mangel nur die Kondiktion auslöst, vielmehr ist die Einigung über die *innere causa* dann auch echte Wirksamkeitsvoraussetzungen der Eigentumsübertragung. Aber auch wenn man dieser Auffassung nicht folgt und meint, die dingliche Einigung sei grundsätzlich auch von der Zweckvereinbarung (*inneren causa*) abstrahiert, so bedarf die Eigentumsübertragung doch einer *causa*, weil sie ansonsten kondizierbar und also ihr Fortbestand nicht gesichert ist.

Völlig unhaltbar ist schließlich die These der „Wesensverschiedenheit“ der *Tradition* von der *Stipulation* und die daraus abgeleitete Behauptung, das abstrakte Schuldversprechen bedürfe -

¹²⁵ Vgl. den Beispielsfall RGZ 119,12; dazu Ehmman, Gesamtschuld, 156.

¹²⁶ Vgl. Strohal, JherJb 27, 335; Krückmann, ArchfBürgRecht, S. 4 ff; Siber, JherJb70, 235; Breyhan, Abstrakte Übereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung, Leipzig 1929; Kreß, Allgemeines Schuldrecht, S. 49; Brandt, Eigentumserwerb und Austauschgeschäft - Der abstrakte dingliche Vertrag und das System des deutschen Rechts im Licht der Rechtswirklichkeit - Leipzig 1940; Jahr, SavZ (Rom.Abt.) 80, 141 ff, 157, 167, 174 u. öfters; ders, AcP 168 (1968), 9 ff; Oeckinghaus, Kaufvertrag und Übereignung beim Kauf beweglicher Sachen im dt. und frz. Recht, Berlin 1973, S. 15 ff.; Ehmman, Gesamtschuld, S. 155 ff; ders., JZ 2003, 702, 707 m.w.N; Kegel, FS Mann, 73 f; zum dürftigen Stand der verbreiteten andersartigen Repetitorenauffassung vgl. Jauernig, Jus 1994, 721.

¹²⁷ Wie schon *Ulpian* D. 12.1.18; *Paulus* D. 41.1.31 und *Gaius* Inst. II § 20 angenommen haben; zur abweichenden Auffassung von *Julian* D. 41.1.36 vgl. die Nachweise in vorstehender Fn. 126, insbes. die Darstellungen von Strohal und Jahr. Das „praecesserit“ in D. 41.1.31, aus dem abgeleitet wird, dass jedem Zuwendungsgeschäft notwendigerweise ein Verpflichtungsgeschäft als *causa vorausgehen* müsse, ist wahrscheinlich ein mechanischer Abschreibfehler und müßte processerit heißen, vgl. Juan Miquel, SavZ 80, 237; anders Savigny, OR II, 259.

anders als die Eigentumsübertragung - keiner *causa*¹²⁸. Die Zuwendung einer Forderung geschieht - ebenso wie jede andere Vermögenszuwendung - grundsätzlich *nicht ohne Grund* (Ausnahme: Geisteskrankheit) und ist daher mangels einer rechtlich hinreichenden *causa* stets kondizierbar. Wenn eine Vermögensverschiebung (Eigentumsübertragung oder Zuwendung einer Forderung) im Falle des Fehlens oder des Wegfalls der *causa* zwar zunächst wirksam zustande kommt, aber kondizierbar bleibt, so ist dies – jedenfalls unter den heute bestehenden Voraussetzungen des geltenden Rechts¹²⁹ - eine *Rechtsfolge der Abstraktion* des Zustandekommens des Rechtsgeschäfts von seiner *causa*, nicht aber ein Beweis für das mangelnde Erfordernis einer *causa*; die Kondizierbarkeit des rechtsgrundlosen Geschäfts beweist vielmehr, dass nur das *Zustandekommen* des Rechtsgeschäfts von der *causa* abstrahiert ist, der *Fortbestand* des Geschäfts aber einer wirksamen *causa* bedarf. Das gilt ungeachtet deren Verschiedenheit gleichermaßen für die Übereignung wie für ein abstraktes Schuldversprechen; allerdings nicht für den Ehevertrag, der aber auch nach heutiger Ansicht noch ein Vertrag im Sinne der §§ 145 ff. BGB ist.

Das gilt aber auch und sogar erst recht für *kausale* Leistungsversprechen, die deswegen *kausale* Versprechen heißen und *sind*, weil schon ihr *Zustandekommen* von der Vereinbarung und Erreichung der *causa*, in der Regel des Austauschzwecks (*causa aquirendi*) abhängig ist; die Römer haben dazu von den Griechen die Bezeichnung synallagmatische Versprechen übernommen¹³⁰, z.B. für Kauf-, Dienst- und Mietverträge. In diesen Verträgen verspricht der *eine* eine Leistung damit der *andere* dafür eine Gegenleistung verspricht, in der Regel Ware gegen Geld oder Dienstleistungen gegen Geld. In solchen Verträgen sind die ausgetauschten Leistungsversprechen nicht nur unwirksam, wenn kein *Konsens* über die auszutauschenden Leistungsversprechen zustande kommt, oder wenn der Zweck des *einen* (ein wirksames Gegenleistungsversprechen zu erhalten) oder des *anderen* (ein wirksames Leistungsversprechen zu erhalten) nicht erreicht wird, z.B. ein Leistungsversprechen wegen Geschäftsunfähigkeit des Versprechenden oder wegen anfänglicher Unmöglichkeit der versprochenen Leistung unwirksam ist (*genetisches Synallagma*, vgl. u.a. §§ 104 ff, 154, 155, 275, 320 ff. BGB), sondern auch dann, wenn die Erfüllung des einen oder anderen Leistungsversprechens nachträglich unmöglich wird (*funktionelles Synallagma*, §§ 275, 320 ff. BGB)¹³¹. Die Darstellung der besonderen Probleme des genetischen und funktionellen Synallagmas gegenseitiger Versprechensverträge wird bei *Savigny* stark vernachlässigt und war bei den meisten Pandektisten viel weiter entwickelt¹³². Weil der *Austauschzweck* in der Regel jedoch *causa tacita*, d.h. konkludent (stillschweigend) mit der Einigung über Ware (Dienstleistung) und Preis vereinbart wird, ist aber irgendwann die Auffassung entstanden und verbreitet worden, nur die "reinen Zuwendungsgeschäfte" bedürften einer *causa*, zweiseitig *verpflichtende* Verträge hätten dagegen keinen vom Geschäftsinhalt sich unterscheidenden Rechtsgrund: "Ihr Inhalt ist zugleich ihr Rechtsgrund¹³³". Wohl auf der Grundlage solcher Vorstellungen, dass die anerkannten

¹²⁸ Vgl. *Wolf*, *Causa Stipulationis*, 1970, S. 26, 34.

¹²⁹ Wonach der Wille und nicht eine feierliche Form die Rechtswirkung hervorbringt und dieser Wille eines hinreichenden rechtlichen Grundes bedarf. Diese Voraussetzungen waren aber auch schon zur Zeit *Savignys* herrschende Lehre des Pandektenrechts.

¹³⁰ Vgl. D.2.14.7.2; D.50.16.19: „*quod Graeci συναλλαγμα vocant*“; dazu Fn. 40, 118; ferner *Klinke* (Fn.34), 100; *Ehmann*, FS *Beuthien* (Fn. 21a), I 2 Fn. 4.

¹³¹ Zum genetischen und funktionellen Synallagma vgl. vor allem *Klinke* (Fn. 34), 94 ff mit umfangr. Nachw ferner *Erman/Westermann*, 12. Aufl. vor § 320 Rz 10 ff.; dazu oben I 4 c; ferner *Ehmann*, FS *Beuthien* (Fn. 21a), II 3 c.

¹³² Das gilt nicht nur für die Darstellungen von *Windscheid*, *Puchta*, *Regelsberger*, *Dernburg* und *Arndts* (dazu oben II 3), sondern auch für das viel früher erschienene System des Pandekten-Rechts von *Anton Friedrich Justus Thibaut* (1772-1840), 1. Aufl. 1803, 6. Aufl. 1823, Bd. 1: §§ 141 ff, insbes. § 168 ff; Bd. 2: §§ 853 ff.

¹³³ So *Sohm/Mitteis/Wenger*, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*, 17. Aufl. 1926, § 42 II 3, S. 223. Eine Begründung für diese Behauptung wird nicht gegeben, habe ich auch anderswo nicht gefunden, wohl deswegen, weil eine solche Ansicht allenfalls behauptet, nicht aber begründet werden kann, weil

(gegenseitigen) Konsensualkontrakte (Kauf, Miete usw.) *causalose Geschäfte* seien, hat *Liebe* das Erfordernis einer *causa* für (abstrakte) Stipulationen mit der "formalen Natur" dieser Leistungsversprechen begründet. Diesen verfehlten Gegenschluss *Liebes* glaubt *Savigny* mit Hinweis auf D. 19.1.5.1 widerlegen zu können, wonach derjenige, der aufgrund einer vermeintlichen testamentarischen Verpflichtung (Auflage) einem anderen eine Sache verkauft oder stipuliert, sowohl die Klage aus Kauf als auch aus der Stipulation mit der Arglistenrede abwehren kann, wenn die testamentarische Verpflichtung nicht besteht. *Savigny* entnimmt daraus, dass die "alten Juristen" Stipulationen und Consensualcontracte hinsichtlich der *causa* und der *doli exceptio* "auf die gleiche Linie" gestellt hätten und schließt daraus (in die falsche Richtung):

"Damit fällt also auch die *causa*, als angebliche Eigenthümlichkeit des in der Stipulation enthaltenen formalen Geschäfts, hinweg, und so verschwindet auch noch der letzte Anhaltspunkt für die hier besprochene Lehre."

Genau das Gegenteil wird aber jedenfalls heute allgemein für richtig gehalten. Wenn der Erbe aufgrund einer vermeintlichen testamentarischen Verpflichtung einem anderen einen bestimmten Gegenstand versprochen hat, so kann er im Falle der Unwirksamkeit des Testaments die Leistung nicht nur im Falle eines abstrakten Versprechens verweigern, sondern auch im Falle eines kaufweisen Versprechens, allerdings nur, wenn der Kaufvertrag und die darin versprochene Gegenleistung des anderen keinen hinreichenden Rechtsgrund für das Leistungsversprechen bildet, wenn also der Zweck der Erfüllung der testamentarischen Verpflichtung dem Zweck des Verkäuferversprechens (die Gegenleistung zu erhalten) "angestaffelt" oder zu dessen *Bedingung* gemacht worden ist¹³⁴. Das zeigt und beweist aber nur, dass das Kausalgeschäft des Kaufvertrags auch eine *causa* hat, die typischerweise aber allein in dessen Austauschzweck (*Synallagma*) besteht, also darin, dass der Verkäufer für sein Versprechen das Gegenleistungsversprechen des Käufers und dass gleichzeitig der Käufer für sein Versprechen das Leistungsversprechen des Verkäufers zugewendet erhält. Durch Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer können diesem typischen und hinreichenden Austauschzweck aber noch weitere atypische Zwecke angefügt werden, z.B. die Erfüllung einer testamentarischen Verpflichtung oder die Verwendbarkeit der Kaufsache für einen bestimmten Verwendungszweck; in solchem Falle ist der Kaufvertrag auch von der Erreichung dieser vereinbarten weiteren Zwecke abhängig. Die Annahme, der Kaufvertrag und andere Consensualcontracte hätten keine *causa*, abstrakte Schuldversprechen auch nicht, ist daher jedenfalls heute unrichtig und war auch schon zu Zeiten *Savignys* rechtlich nicht haltbar und keinesfalls herrschende Ansicht der Pandektisten.

Nicht zuletzt ist zu beachten, dass der zweite Band von *Savignys* Obligationenrecht erst 1853 erschienen ist, und daher nicht nur ein Spätwerk *Savignys* (1779 bis 1861) ist, sondern auch erst nach dem Tode *Puchtas* (1798-1846) auf den Markt kam, zu einem Zeitpunkt also, als *Puchtas* Pandekten- Lehrbuch schon in der 7. Auflage (1852) erschienen war. Selbst *Arndts* Pandekten- Lehrbuch erschien in der ersten Auflage schon 1852. *Savignys* Obligationenrecht konnte daher schon aus Gründen des späten Zeitpunkts seines Erscheinens die herrschende

sie offensichtlich falsch ist. In der 5. noch von *Sohm* selbst besorgten Auflage (1894) dieses Werkes ist diese Behauptung auch nicht enthalten. Selbstverständlich muss die Absicht des Versprechenden, dafür eine Gegenleistung zu wollen (oder der sonstige Zweck seines Leistungsversprechens), zum Inhalt des Vertrages gemacht werden, weil sie sonst bloßes Motiv bleibt (dazu *Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 21a), II 5). Leistungsgegenstand und Leistungszweck bilden den wesentlichen Inhalt eines gegenseitigen Vertrags, sie sind die *essentialia negotii* über die ein Konsens unbedingt erforderlich ist, um einen wirksamen Vertrag zu Stande zu bringen.

¹³⁴ Vgl. dazu *Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 21a), II 4. Im Falle D. 19.1.5.1 war die testamentarische Verpflichtung nicht auf unentgeltliche, sondern auf kaufweise Übertragung der Sache gerichtet. Wenn der Erbe die Sache aufgrund der testamentarischen Verpflichtung durch Stipulation dem anderen versprochen hatte, musste er sich also die Gegenleistung gleichfalls stipulieren lassen.

Meinung der Pandektisten zu diesen Fragen überhaupt nicht mehr bilden. Die erste Auflage von Windscheids Pandektenrecht erschien zwar erst 1862 blieb aber - wie dargelegt - auch von den erörterten Auffassungen Savignys unbeeinflusst. Windscheid schloss sich diesbezüglich vielmehr im Wesentlichen der in erster Auflage 1855 erschienenen Schrift von Otto Bähr (Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund) an, die auch zur herrschenden Meinung und im BGB zum Gesetz wurde. Es ist daher nicht bloß unwahr, sondern auch unmöglich, dass auf Grund von Äußerungen Savignys in der deutschen Pandektistik ein "säkularer Paradigmenwechsel" aus dem naturrechtlichen Versprechensmodells zu einem "Willensvereinigungsmodell" entwickelt worden sei.

5. Die gesetzliche Regelung des BGB

a) Der allgemeine Vertragsbegriff der §§ 145 ff. BGB

Unrichtig ist schließlich auch die Behauptung Schmidlins, das sog. Willensvereinigungsmodell sei im 3. Titel des Allgemeinen Teil des BGB in den §§ 145 ff. in Deutschland Gesetz geworden. Das Prinzip der Regelung des 3. Titels des Allgemeinen Teils, der mit den §§ 145-157 BGB Gesetz geworden ist, war im 1. Entwurf in § 77 formuliert worden, welcher lautete: „Zur Schließung eines Vertrags wird erfordert, dass die Vertragsschließenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären.“ Die 1. Kommission hatte geglaubt diese Vorschrift, die lediglich ein Prinzip aussprach, aber keinen Rechtssatz enthielt, als Grundlage der nachfolgenden Vorschriften (heute: §§ 145-157 BGB) ins Gesetz schreiben zu müssen und dabei in den Motiven darauf verwiesen, dass ähnliche Vorschriften sich wohl in allen Gesetzgebungen und Entwürfen finden¹³⁵. § 77 E 1 ist zwar nicht Gesetz geworden, weil die 2. Kommission eine gesetzliche Regelung des Prinzips nicht für erforderlich hielt¹³⁶. Die Begründung der 1. Kommission für ihren Gesetzesvorschlag beweist jedoch, dass man sich mit den Gesetz gewordenen Regelungen der §§ 145- 157 BGB im wesentlichen im Einklang mit dem ALR, dem französischen Code, dem österr. ABGB sowie den sonstigen zitierten Gesetzen und Entwürfen wusste, deren Regelungen auch nach der Ansicht von Schmidlin vom naturrechtlichen Versprechensmodell geprägt wurden.

Die Einfügung dieser allgemeinen Vertragsregelungen vor die Klammer des Schuld-, Sachen-, Familien- und Erbrechts beruhte auch auf dem Vorbild des ALR, das gleichfalls im 4. Titel des I. Teils §§ 1-169 allgemeine Regelungen „Von Willenserklärungen“ aufstellte und dem im 5. Titel ein allgemeines Vertragsrecht („Von Verträgen“) folgen ließ, wo es in § 78 heißt: "Alles, was zur Rechtsgültigkeit einer Willenserklärung überhaupt gehört, wird auch zur Gültigkeit der Annahme eines Versprechens erfordert". Die Aufspaltung des Vertrags in die Willenserklärung des Versprechenden und die des Annehmenden ist nicht Ausfluss eines sog. Willensvereinigungsmodells, sondern folgt dem naturrechtlichen Verständnis der *pollicitatio* und der *acceptatio*; die Vorschriften der §§ 104 ff., 116 ff., 134, 138 BGB sind daher nichts anderes als detaillierte Regelungen des naturrechtlich erforderlichen „inneren Konsenses“ zwischen dem wirklichen (eigentlichen) und dem erklärten Willen des Versprechenden.

Neu in den allgemeinen Vertragsvorschriften des BGB war damals lediglich die Regelung, dass der Erklärende bei Angeboten an Abwesende gemäß § 147 II BGB an sein Angebot bis zu dem Zeitpunkt gebunden bleibt, an dem unter regelmäßigen Umständen eine Antwort erwartet werden darf. Damit sollten die Schwierigkeiten beseitigt werden, die darin begründet waren, dass nach den Naturrechtslehren und auch noch im gemeinen Recht der Erklärende

¹³⁵ Motive I, 162 = Mugdan I, 441. Verwiesen wurde auf ALR I, 5 §§ 1, 2, 4; Code 1101; sächs. GB. § 82; bay-er. Entw. II 7; hess. Entw. IV Art. 61, 77; dresd. Entw. 42; öst. GB. § 861; zür. GB. § 930; schw. ObligR 1.

¹³⁶ Mugdan II, 688; dazu Nanz (Fn. 2), 201; dazu Bremkamp (Fn. 2), 166 f.

seinen Willen bis zum Zugang der Antwort ändern konnte. Vorbild der Regelung des § 147 II BGB war Art. 319 des alten HGB¹³⁷. Auch diese Neuerung des BGB ist also - entgegen der Behauptung *Schmidlins*¹³⁸ - nicht eine Folge des sog. Willensvereinigungsmodells.

b) Kausale und abstrakte vertragliche Zuwendungen

Eine dem Willensvereinigungsmodell *Schmidlins* entsprechende Vorstellung ist also weder in der Pandektistik zur herrschenden Lehre noch in den §§ 145 ff. BGB zum Gesetz geworden. Einzüräumen ist allerdings, dass vor allem aufgrund von Repetitorskripten und sonstiger Trialliteratur in Deutschland die Meinung verbreitet ist, ein (gegenseitiger) Versprechensvertrag bedürfe keiner *causa*, der Vertrag komme vielmehr zustande durch "übereinstimmende Willenserklärungen von mindestens zwei Personen¹³⁹", also durch *bloßen Konsens*¹⁴⁰. In diesem Sinne könnte auch folgende Definition verstanden werden¹⁴¹:

"Der Vertrag ist die erklärte Willensübereinstimmung (Konsens) zweier oder mehrerer Beteiligten über die Herbeiführung eines bestimmten rechtlichen Erfolges. Er besteht aus inhaltlich verschiedenen, aber einander entsprechenden, korrespondierenden Willenserklärungen, die in Bezug auf einen einheitlichen Erfolg übereinstimmen müssen."

Zwar nicht in der Lehre vom Vertrag, sondern vorausgeschickt in der Rechtsgeschäftslehre im Kapitel über "kausale und abstrakte Rechtsgeschäfte" heißt es aber auch bei *Hübner* klar¹⁴²:

„Entsprechend diesen tatsächlichen Gegebenheiten des Wirtschaftslebens sieht auch die Rechtsordnung jede rechtsgeschäftliche Zuwendung durch einen sogenannten *Rechtsgrund* - nach römisch-rechtlicher Bezeichnung: *causa* - begründet.“

Als herkömmliche Rechtsgründe (*causae*) werden auch von *Hübner* genannt: *causa aquirendi*, *causa donandi*, *causa solvendi*. Selbst im *Palandt* heißt es¹⁴³: "*Zuwendungsgeschäfte können*

¹³⁷ v. *Tuhr* (Fn. 60), § 62 III, S. 466. Im Übrigen wollte auch schon *Windscheid* (Pandekten II § 307 N.5) den Erklärungsempfänger dadurch schützen, dass er ihm einen Ersatzanspruch auf das negative Interesse gegen den Widerrufenden einräumte.

¹³⁸ S. 202. Richtig ist allein, dass auch *Kant* (MdS- Rechtslehre, § 19) die Schwierigkeit erkannte hatte, dass sich die Parteien - wegen der Widerrufsmöglichkeit beider Seiten - möglichst gleichzeitig („zugleich“) ihren Willen erklären und darüber einigen müssen. Er nahm deshalb an, dass die Rechtswirkungen des Vertrags nicht aus den (unverbindlichen) Akten des Versprechens und der Annehmung, sondern nur aus dem durch die vertragliche Einigung entstandenen "einzigem gemeinsamen Willen" ("welcher durch das Wort *zugleich* ausgedrückt wird") hervorgehen könne. Der BGB-Gesetzgeber hat mit § 147 II die bessere Lösung gefunden.

¹³⁹ Vgl. *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil, 30. Aufl. 2006, § 4 Rz 77; § 8 Rz 165. Das Erfordernis einer *causa* des Versprechensvertrags und sonstiger Zuwendungsgeschäfte wird von diesen Autoren aber in § 5 II dargestellt. Für Anfänger ist der innere Zusammenhang dieser Darstellungen aber schwer verständlich. Manchmal ist fast zweifelhaft, ob die Verfasser selbst die Zusammenhänge noch verstehen; das beruht jedoch nicht auf dem sog. Willensvereinigungsmodell, sondern auf zu weit gehender Verallgemeinerung und Auflösung der Problemzusammenhänge; vgl. aber auch *Larenz/Wolf* (Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1997), für die der Vertrag ein "zweiseitiger Akt rechtlicher Geltungserzeugung" sein soll, der durch die übereinstimmenden Willenserklärungen der Vertragspartner zu Stande kommt (§ 29 XII aaO); auch *Larenz/Wolf* unterscheiden aber kausale und abstrakte Rechtsgeschäfte: "Bei den Kausalgeschäften bildet der von den Parteien festgelegte und rechtlich anerkannte Geschäftszweck (*causa*) den wesentlichen Kern und Inhalt, dessen Erreichung über Bestand und Inhalt der Rechte und Pflichten entscheidet" (§ 23 IV, 1, Rz 62 aaO).

¹⁴⁰ Dagegen *Stathopoulos* (Fn. 1); *Erik Ehmman*, Schuldanerkenntnis und Vergleich, 2005, 39 f; *Bremkamp* (Fn. 2), 165 f.

¹⁴¹ *Hübner*, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1996, § 40 B I 1; ähnlich schon *Lehmann*, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1955, § 33 I, dazu aber auch § 25 III über abstrakte und kausale Geschäfte.

¹⁴² (Fn. 141), § 31 B IV 1, Rz 635 f. In ähnlicher Weise sind andere Lehrbuchdarstellungen des Allgemeinen Teils des BGB gegliedert, allen voran *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil II, 14. Auflage 1955, § 161: Erfordernisse des Vertrags; § 148 I: abstrakte und kausale Geschäfte. Selbst v. *Tuhr* trennt die Darstellungen des Vertragschluss (AT II, 1: § 62) und die der "rechtlichen Zwecke der Zuwendung" (AT II, 2: § 72), wobei er aber die Zusammenhänge klarstellt, z.B. zum Austauschvertrag eines gegenseitigen Vertrags in § 72 II 2 c, S. 71 f.

¹⁴³ *Palandt/Heinrichs*, 60. Aufl. 2001, Vor § 104 Rz 19.

sowohl Verpflichtungsgeschäfte als auch Verfügungen sein. Jede rechtsgeschäftliche Zuwendung bedarf eines Rechtsgrundes (,causa').“ Im wissenschaftlichen Schrifttum kommt allenfalls Flume den Vorstellungen Schmidlins nahe, dessen im Wesentlichen an Savignys Lehren ausgerichteter Darstellung er nicht nur seine Zitate zum Pandektenrecht, sondern auch manche Formulierung entnommen hat, unter anderem die, dass die Vertragspartner durch den Vertragsschluss die "lex contractus in Geltung setzen"¹⁴⁴. Auch zum Verständnis dieser und anderer Bemerkungen Flumes zum Vertragsbegriff ist aber zu beachten, dass diese den von Savigny aus dem Obligationenrecht herausgelösten ganz *allgemeinen* Vertragsbegriff betreffen, wozu Flume selbst sagt, es gebe "den" Vertrag nicht, sondern nur "die" Verträge^{144a}. Zu den Verträgen aber, welche Vermögensverschiebungen (Zuwendungen) begründen sagt auch Flume¹⁴⁵: "Alle rechtsgeschäftlichen Zuwendungen bedürfen eines Rechtsgrundes, einer causa, durch welche die Zuwendung als Zuwendung im Verhältnis der Partner des Rechtsgeschäfts gerechtfertigt wird." Zuwendungen in diesem Sinne sind auch für Flume "Leistungen" oder "Forderungen auf eine Leistung", also auch die Leistungsversprechen, die diese Forderungen begründen.

Nach alledem sind es also nicht Vorstellungen nach Art des sog. Willensvereinigungsmodells, sondern die Herauslösung des Vertragsbegriffs aus dem Obligationenrecht und dessen weit getriebene Verallgemeinerung, welche die "Zuwendung einer Forderung" durch ein Leistungsversprechen und deren causa aus dem (*allgemeinen*) Vertragsbegriff herausgelöst haben. Deswegen hat auch der BGB-Gesetzgeber das causa- Problem nicht im Zusammenhang mit der Regelung der §§ 145 – 157 BGB (\approx §§ 77 – 90 E 1), sondern bei der Frage erörtert, ob *abstrakte Schuldversprechen* als rechtswirksam anzuerkennen sind, was in der Form der §§ 780, 781 BGB erfolgte und im Gesetzgebungsverfahren zu den §§ 683, 684 E 1 ausführlich beraten und in bewusster Abweichung zu Art 1131 CC beschlossen wurde. Im Ergebnis war man sich dabei völlig darüber einig, dass jedes Leistungsversprechen ebenso wie jede Leistung einer causa bedarf, dass nur ausnahmsweise auch *abstrakte* Schuldversprechen (vor allem in Form von Wechseln und sonstigen kaufmännischen Papieren) als wirksam anzuerkennen sind, wenn die Leistung in der Weise *schriftlich* versprochen wird, "dass das Versprechen die Verpflichtung selbstständig begründen soll"; wenn also ganz bewusst zur Entstehung der Verpflichtung auf die Voraussetzung einer causa von beiden Parteien schriftlich verzichtet wurde. Diese Beratungen und ihr Ergebnis waren vor allem durch die Schriften von Liebe, Gneist und Bähr¹⁴⁶ sowie die Beratungen des 8. und 9. Deutschen Juristentages (1869 und 1871) bestens vorbereitet. Referent des 8. DJT war kein geringerer als Rudolf von Jhering (1818-1892), der in seinem Plädoyer für das abstrakte Schuldversprechen daran erinnerte, dass zu seiner Studienzeit kein Jurist es gewagt hätte, sich zur Anerkennung eines bloßen Schuldversprechens ohne causa zu bekennen, man habe ein solches als zivilrechtliche Missgeburt angesehen, wie einen Menschen ohne Geschlecht¹⁴⁷. Daraus erhellt, dass Windscheid (1817 - 1892) in seiner Habilitationsschrift und seiner Voraussetzungslehre^{147a} nicht nur gegen Art 1131 CC und die französische Lehre, sondern auch gegen die zu seiner Studienzeit in Deutschland herrschende Lehre wettete. In dieser Auseinandersetzung setzte sich aber nicht Savignys Auffassung durch, sondern vielmehr die von Savigny bekämpfte Ansicht von Liebe, in der Form, die sie bei Otto Bähr gefunden hat, der auch Windscheid beigetreten ist.

¹⁴⁴ Flume (Fn. 33), § 33 Nr. 2, S. 602.

^{144a} Flume (Fn. 33, § 33 Nr. 2, S. 602) wirft damit (unbewusst?) Fragen des Universalienstreits auf.

¹⁴⁵ (Fn. 33), § 12 I 1.

¹⁴⁶ Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen, 1840; Gneist, Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griechischen Rechts, 1845, Neudruck Aalen 1970; Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 1855, 3. Aufl. 1894.

¹⁴⁷ 8. DJT (1871), III, Jhering, S. 88; dazu Breckamp (Fn. 2), 148, 154 ff. mit umfangr. Nachweisen zur Entwicklung der causa der (abstrakten) Verpflichtungsgeschäfte.

^{147a} Nachweise oben Fn.22; dazu ausführlich Ehmann, FS Beuthien (Fn. 21a), I 3.

Auch wenn die Entstehung eines abstrakten Schuldversprechens sowohl *inhaltlich* (von der Zweckvereinbarung) als auch *äußerlich* (von der Zweckerreichung) völlig abstrahiert ist, so bedarf ihr *Fortbestand* doch der Vereinbarung eines hinreichenden Leistungszwecks und dessen Erreichung, weil im Falle eines Dissenses über den Zweck oder dessen Nichterreichung die Kondiktion gegeben ist; was im ersten Entwurf in § 684 geregelt war und im BGB in § 124 Abs. 2 Ausdruck gefunden hat. Im Wesentlichen verschiebt die Abstraktion des Schuldversprechens - jedenfalls im Zweipersonenverhältnis - also nur die *Beweislast*¹⁴⁸ hinsichtlich des Zwecks des Leistungsversprechens vom Gläubiger auf den Schuldner; in Dreipersonenverhältnissen kann allerdings die Kondiktion des abstrakt Versprechenden gegen den Dritten ebenso ausgeschlossen sein, wie im Falle einer Zahlung die Kondiktion des Angewiesenen gegen den Anweisungsempfänger¹⁴⁹. Von einem Denken, Beurteilen und Richten all dieser Fragen nach den Vorstellungen des sog. Willensvereinigungsmodells ist nirgends die Rede, es wüsste wohl auch niemanden zu sagen, wie das funktionieren soll.

III. Schluß: Abstrakte und kausale Versprechungsverträge bedürfen einer *causa*

1. Der Versprechensvertrag hat sich in einem mühsamen Prozess aus den vielfältigen Vertragsformen des römischen Rechts entwickelt und in diesem Entwicklungsprozess deren Form- und Typenzwang (*vestmentum*) abgestreift. Dabei ist zunehmend gedacht worden, dass der Wille des Menschen und nicht die Magie einer feierlichen Form die rechtliche Bindung an das gesprochene Wort erzeuge; gleichzeitig ist aber auch zum Bewusstsein gekommen, dass kein menschlicher Wille ist ohne (vernünftigen) Grund¹⁵⁰. Damit entstand das Problem, ob und unter welchen Voraussetzungen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von diesem Grund (*causa*) des Wollens abhängig sein soll, also das Problem der Abgrenzung von Motiv, *causa* und Bedingung (*conditio*)^{150a}. Die Befreiung vom Form- und Typenzwang des römischen Rechts warf aber auch das Problem der Abgrenzung zwischen unverbindlichem Gerede und rechtlich verbindlichen Erklärungen auf, für welche daher ein "deutliches Zeichen", ein "Seriositätsindiz" (*signum*) gefordert wurde, welches auch als *causa* bezeichnet wurde, aber nicht der Grund des Wollens (*causa credendi, donandi, solvendi*) sein sollte, sondern nur der Grund für die Wohlüberlegtheit, "Bedächtigkeit" des gesprochenen Wortes. Dieses Problem der Voraussetzung des erforderlichen *Rechtsbindungswillens* eines schuldrechtlichen Versprechens fand auf der Grundlage der Quellen des römischen Rechts im naturrechtlichen Versprechensmodell seine Lösung darin, dass ein Leistungsversprechen analog zur *traditio* als Zuwendung einer Vermögensposition (Forderung) verstanden wurde, die als rechtlich verbindlich betrachtet wurde, wenn der erklärte Wille mit dem wirklichen Willen (*innerer Konsens*) und dem Willen des Versprechensempfängers übereinstimmte (*äußerer Konsens*), also wenn das ohne wesentlichen Irrtum erklärte ernsthafte Versprechen (*pollicitatio*) vom Versprechensempfänger angenommen wurde (*acceptatio*). Das Erfordernis der Ernsthaftigkeit, Bedächtigkeit des Versprechens verwandelte sich im Laufe der Zeit zu einer *causa* der Zuwendung der Forderung (*Übertragungscausa*, analog zur *causa* der Tradition) und steht im Falle eines *Austauschzwecks* grundsätzlich^{150b} außer Zweifel; beim *Schenkungs*zweck jedoch nur in Fällen der realen Handschenkung (§ 516 BGB) oder der notariellen Beurkundung des Schenkungsversprechens (§ 518 I BGB) oder dessen Erfüllung (§ 518 II BGB). Zur Verbindlichkeit sonstiger unentgeltlicher Leistungsversprechen, die weder ein reales Moment (Leis-

¹⁴⁸ Dazu Erik Ehmann (Fn. 141), 51 f.

¹⁴⁹ Zu diesen und allen anderen dogmatischen Fragen des Mangels einer Zweckvereinbarung oder Zweckerreichung bei abstrakten Schuldversprechen ausführlich Erik Ehmann (Fn. 141), 49 ff.

¹⁵⁰ Vgl. Eduard Wahl, RvglHwB VI, 289 ff, 294 ff.

^{150a} Dazu ausführlich Ehmann, FS Beuthien (Fn. 21a), II 5.

tung oder Anzahlung) noch eine bestimmte Form zur Voraussetzung haben (Leihe, unentgeltliches Darlehen, Auftrag), wird grundsätzlich ein „Rechtsbindungswille“ gefordert, den die Rechtsprechung nur anzunehmen bereit ist, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung der Tätigkeit den Beteiligten erkennbar ist^{150c}. In dieser „Seriositätsfunktion“ der *causa* liegt die Verwandtschaft der *consideration*- Lehre zur *causa*- Lehre^{150d}.

2. So wurde im *Pandektenrecht* schließlich einhellig gelehrt, dass ein Leistungsversprechen eine entsprechende Forderung des Versprechensempfängers begründet, wenn sie von diesem angenommen und von einer *causa* getragen ist, die in der Regel in der Absicht der Erlangung einer Gegenleistung oder eines Gegenleistungsversprechens besteht und nur ausnahmsweise *causa donandi* ist. Erst später wurde vor allem in Bezug auf abstrakte Schuldversprechen klar, dass Leistungsversprechen auch *zur Erfüllung* (meist an Erfüllungs Statt) oder *zur Sicherung* (z.B. Bürgschaftsversprechen) oder zur vergleichsweisen Erledigung¹⁵¹, also zur Abwicklung eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses abgegeben werden können. Die Dreiteilung der denkbaren Gründe (Zwecke, *causae*) der Leistungen oder Leistungsversprechen in *causa credendi*, *donandi* und *solvendi* erfolgte wohl erst im Pandektenrecht, ist aber zunächst nicht als *numerus clausus* typischer Zwecke verstanden worden. Auch die verschiedenen atypischen Zwecke (*implendae causae*) sollten eine *hinreichende causa* eines Versprechensvertrags bilden können.

3. Das *naturrechtliche Versprechensmodell* ist also nicht nur im *Allgemeinen Preußischen Landrecht* und im *Code Napoleon* Gesetz geworden, sondern auch von den deutschen Pandektisten übernommen und weiterentwickelt worden. Entgegen *Schmidlins* Behauptungen zeigt auch der von *Kant* in seiner Rechtslehre dargestellte Vertragsbegriff keine prinzipielle Abweichung von den in die Regelungen des ALR eingegangenen naturrechtlichen Vorstellungen. *Windscheid* hat sich allerdings mit seiner vor allem gegen Art 1131 CC und dessen *causa*-Begriff entwickelten Voraussetzungslehre etwas verrannt, aber auch nicht in dem von *Schmidlin* behaupteten Sinne; in seinem Pandektenrecht wird vielmehr völlig klar zum Ausdruck gebracht, dass es kein Versprechen gibt ohne *causa* ("vom Falle der Geistesstörung abgesehen").

4. *Savigny* weicht allerdings nicht nur mit seiner Übereignungslehre, sondern auch mit seiner Behauptung, eine Stipulation bedürfe keiner *causa*, von der in der Pandektistik herrschend gewordenen Lehre ab (bleibt damit aber vereinzelt), die zunehmend die Stipulation als ein von seiner *causa* abstrahiertes, also abstraktes Schuldversprechen versteht¹⁵². Auch *Savignys* Definition des Vertrags als "Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen ungetheilten Willen" kann daher nicht als der behauptete *säkulare Paradigmenwechsel* verstan-

^{150b} Nicht aber im obigen Beispiel (Fn. 124b) *Savignys*, in welchem schon die Leistungspflichten nicht hinreichend klar bestimmt sind, wie fördert man einen anderen in Tugend, Wissenschaft und Kunst durch Rath und Beispiel, soll der Erfolg oder nur ein Handlungsbemühen geschuldet sein? Obligation de moyen ou de résultat? Was soll mit diesen Pflichten sein, wenn der Gläubiger nicht mehr förderungsfähig ist oder der Verpflichtete nicht mehr fähig ist, den anderen zu fördern? Da sie sich gegenseitig fördern sollen, liegt den Versprechen wohl der Austauschzweck zu Grunde, aber soll wenn die Verpflichtung des einen unmöglich geworden ist, auch die Verpflichtung des anderen entfallen? Diese Vereinbarung kann schon deswegen kein wirksamer Vertrag sein, weil sowohl die Leistungspflichten als auch der Leistungszweck im Unklaren verschwimmen und rechtlich nicht fassbar sind. Das Beispiel zeigt aber auch, dass eine Vereinbarung, die sich sehr weit vom Typus gesetzlich geregelter Verträge entfernt, sowohl Gegenstand als auch Zweck der versprochenen Leistungen sehr genau beschreiben muss, um als rechtswirksamer Vertrag gelten zu können. Nicht zuletzt ist bei Vereinbarungen solcher Art im Allgemeinen am erforderlichen Rechtsbindungswillen zu zweifeln.

^{150c} Vgl. *Erman/Ehmann* (Fn. 109), § 662 Rz 4.

^{150d} Vgl. *Klinke* (Fn. 34), S 28, 88 mwN; dazu *Ehmann*, FS Beuthien (Fn. 21a), um Fn. 89a.

¹⁵¹ Dazu *Stathopoulos* AcP 194 (1994), 543, 553; *Erik Ehmann* (Fn. 141), 197 ff.

¹⁵² Vgl. *Dernburg*, Pandekten II § 22; dazu oben II 3d.

den werden, weil mit dieser Definition ganz offensichtlich nur ein ganz allgemeiner Vertragsbegriff geprägt werden sollte, der auch sachen-, familien- und erbrechtliche, darüber hinaus sogar staats- und völkerrechtliche Verträge erfasst. Die Regelungen der §§ 145 ff. BGB gelten in entsprechender Weise jedenfalls für alle zivilrechtlichen Verträge, auch für die dingliche Einigung und den Ehevertrag. Alle schuldrechtlichen Versprechensverträge bedürfen jedoch ebenso wie die dingliche Einigung grundsätzlich einer *causa*, die *Begründung* schuldrechtlicher Versprechensverträge kann allerdings gemäß § 780 BGB von ihrer *causa* abstrahiert sein; im Falle eines Dissenses über die *causa* oder deren Nichterreicherung unterliegt das abstrakte Versprechen jedoch der Kondiktion, weshalb es nicht richtig, zumindest missverständlich ist zu behaupten, abstrakte Versprechen bedürften keiner *causa*. Die Behauptung *Schmidlins*, es habe im Pandektenrecht ein säkularer Paradigmenwechsel zu einem Willensvereinigungsmodell stattgefunden, der mit den §§ 145 ff. BGB Gesetz geworden sei, entbehrt demnach jeder verständlichen Grundlage.