

Europäische Methodenlehre
Handbuch für Ausbildung und Praxis

Karl Riesenhuber (Hrsg.)

Europäische Methodenlehre

Handbuch für Ausbildung und Praxis



De Gruyter Recht · Berlin

Herausgeber:

Professor Dr. *Karl Riesenhuber*, M.C.J., Professur für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht an der Ruhr-Universität Bochum

© Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt

ISBN-13: 978-3-89949-345-0

ISBN-10: 3-89949-345-1

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Copyright 2006 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Umschlaggestaltung: Christopher Schneider, Berlin
Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen
Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Vorwort

Das hier vorgelegte Lehr- und Handbuch „Europäische Methodenlehre“ ist aus dem gleichnamigen Tagungsband hervorgegangen. Der Tagungsband stieß auf reges Interesse, es zeichnete sich schon kurz nach seinem Erscheinen ab, daß er bald vergriffen sein würde. Dem Interesse von Wissenschaft, Ausbildung und Praxis wollen Herausgeber und Autoren Rechnung tragen, wenn sie das Werk nun in einer erweiterten Fassung vorlegen. Die Beiträge aus dem Tagungsband wurden überarbeitet und teilweise auch ergänzt. Weitere Beiträge sind hinzugekommen, um das Gesamtbild abzurunden. Das sind zunächst Beiträge zu Aspekten der Rechtsgeschichte von Prof. Dr. *Christian Baldus* und Prof. Dr. *Jan Dirk Harke*. Neu eingefügt sind zudem Beiträge zur Vorwirkung von Richtlinien von Dr. *Christian Hofmann*, LL.M. oec.int. und zum Europäischen Kartellrecht von Prof. Dr. *Thomas Ackermann*, LL.M.

Auch an dieser Stelle ist noch einmal der *Fritz Thyssen Stiftung* zu danken, die die Tagung „Europäische Methodenlehre“ gefördert und so auch zur Erstellung des vorliegenden Bandes beigetragen hat. Ferner danke ich meinen Mitarbeitern an der Europa-Universität Viadrina und der Ruhr-Universität Bochum, die mich wiederum mit Freude und Engagement unterstützt haben, unter ihnen besonders Herrn Referendar *Frank Rosenkranz*, der mich bei der Fahndurchsicht und der Erstellung des Stichwortregisters gedankenreich unterstützt hat.

Berlin/Bochum, im August 2006

Karl Riesenhuber

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Autorenverzeichnis	XXVII
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	XXXV

§ 1 Europäische Methodenlehre – Einführung und Übersicht <i>Riesenhuber</i>	1
---	---

1. Teil: Grundlagen

§ 2 System und Auslegung im klassischen römischen Vertragsrecht <i>Harke</i>	5
§ 3 Auslegung und Analogie im 19. Jahrhundert <i>Baldus</i>	32
§ 4 Die Rechtsvergleichung <i>Schwartze</i>	75
§ 5 Die ökonomische Theorie <i>Kirchner</i>	93
§ 6 Zum Nutzen der ökonomischen Theorie für das Europäische Privatrecht <i>Franck</i>	120

2. Teil: Allgemeiner Teil

Abschnitt 1 Rechtsquellen

§ 7 Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts <i>Köndgen</i>	133
--	-----

Abschnitt 2 Primärrecht

§ 8 Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts <i>Pechstein/Drechsler</i>	159
§ 9 Die primärrechtskonforme Auslegung <i>Leible/Domröse</i>	184

Abschnitt 3 Sekundärrecht

§ 10 Systemdenken und Systembildung <i>Grundmann</i>	217
§ 11 Die Auslegung <i>Riesenhuber</i>	244
§ 12 Die Konkretisierung von Generalklauseln <i>Röthel</i>	273
§ 13 Die Rechtsfortbildung <i>Neuner</i>	292

Abschnitt 4 Mitgliedstaatliches Recht

§ 14 Die richtlinienkonforme Auslegung <i>Roth</i>	308
§ 15 Die Problematik der überschießenden Umsetzung <i>Habersack/Mayer</i>	334
§ 16 Die Vorwirkung von Richtlinien <i>Hofmann</i>	366

3. Teil: Besonderer Teil

Abschnitt 1 Methodenfragen in einzelnen Rechtsgebieten

§ 17	Europäisches Vertragsrecht	<i>Schmidt-Kessel</i>	389
§ 18	Europäisches Arbeitsrecht	<i>Rebhahn</i>	410
§ 19	Europäisches Gesellschaftsrecht	<i>Windbichler/Krolop</i>	448
§ 20	Europäisches Kapitalmarktrecht	<i>Kalss</i>	492
§ 21	Europäisches Kartellrecht	<i>Ackermann</i>	512

Abschnitt 2 Methodenfragen in der Rechtsprechung

§ 22	Die Rechtsprechung des EuGH	<i>Stotz</i>	532
§ 23	Die Rechtsprechung des BGH	<i>Schmidt-Räntsch</i>	552

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	XXVII
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	XXXV

§ 1 Europäische Methodenlehre – Einführung und Übersicht

Karl Riesenhuber

I. Europa und Methodenlehre	1
II. Inhalte der Europäischen Methodenlehre	2
III. Begriff der Europäischen Methodenlehre	4

1. Teil

§ 2 System und Auslegung im klassischen römischen Vertragsrecht

Jan Dirk Harke

I. Ein System des römischen Vertragsrechts?	6
1. Die herkömmliche Ansicht: Vom Typenzwang zur Vertragsfreiheit	6
2. Eine ‚unfruchtbare‘ Einteilung?	11
3. Die zeitliche Abfolge	13
4. Die Realverträge: Haftung aus Vorenthaltung	18
5. Die Stipulation: Verpflichtung aus Rechtsfolgenanordnung	20
6. Die Konsensualverträge: Verpflichtung aus Bestimmung des Geschäftsgegenstands	20
7. Ergebnis	24
II. Auslegung im römischen Vertragsrecht	25
1. <i>Quod actum est</i> und der Gegensatz von <i>verba</i> und <i>voluntas</i>	25
2. Auslegungsregeln	28
3. Funktion der Auslegung	29
4. Ergebnis	31

§ 3 Auslegung und Analogie im 19. Jahrhundert

Christian Baldus

I. Einführung	33
1. Problemstellung	33
2. Rechtsvergleichender Überblick	34
3. Zum Folgenden	36
II. Römische Tradition	38
1. Normbildung und <i>interpretatio</i>	38
2. Aussagen der klassischen Jurisprudenz	40

Inhaltsverzeichnis

III. Hermeneutische Positionen um 1800	42
1. Spätes Gemeines Recht	42
2. Veränderungen zwischen Aufklärung und Romantik	42
3. Überblick zu den Folgeentwicklungen im deutschen und französischen Rechts- denken	45
4. Kernpunkte der Methodenlehre Savignys	47
IV. Deutsche Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert	56
1. Voraussetzungen	56
2. Überblick zu einzelnen Autoren	56
3. Grundlinien	65
V. Französische Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert	66
VI. Überschneidungsbereiche	70
VII. Folgerungen für das Gemeinschaftsprivatrecht	71

§ 4 Die Rechtsvergleichung

Andreas Schwartze

I. Einleitung – Stellung und Funktionen der rechtsvergleichenden Methode	76
II. Der Einsatz der Rechtsvergleichung bei der Entstehung von Europäischem Privatrecht	78
1. Primärrechtliche Ebene	79
2. Sekundärrechtliche Ebene	80
a) Herkömmliche Rechtsangleichung	81
b) Neuartige Regelungsinstrumente	83
III. Der Einsatz der Rechtsvergleichung bei der Anwendung von Europäischem Privatrecht	85
1. Auslegung von Europäischem Privatrecht durch den EuGH	85
2. Auslegung von Europäischem Privatrecht durch nationale Gerichte	88
IV. Der Einsatz der Rechtsvergleichung in Forschung und Lehre zum Europäischen Privatrecht	89
1. Wissenschaftliche Projekte	90
2. Juristische Ausbildung	91
V. Zusammenfassung – Rechtsvergleichung in einem zunehmend integrierten Rechtsraum	92

§ 5 Die ökonomische Theorie

Christian Kirchner

I. Problemstellung und Gang der Darstellung	95
II. Grundüberlegungen zur Integration ökonomischer Theorieansätze in Inter- pretationsansätze rechtlicher Regelungen	96
III. Grundüberlegungen zur am Normzweck ausgerichteten Interpretationsmethode rechtlicher Regelungen	97
IV. Ökonomische Zielorientierung europäischen Gemeinschaftsrechts: Implikation für die Methodik der Interpretation	98
1. Ökonomische Zielorientierung europäischen Gemeinschaftsrechts	98

2. Methodische Implikationen der ökonomischen Zielorientierung des Gemeinschaftsrechts	99
3. Methodische Antworten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und in der Literatur	100
V. Methodische Defizite herkömmlicher Ansätze	102
1. Methodische Defizite des Zweck-Mittel-Paradigmas	102
2. Methodische Defizite von Wirkungsanalysen	103
3. Zwischenfazit	104
VI. Ein ökonomischer Ansatz für vergleichende Wirkungsanalysen	104
1. Hypothesenbildung	104
2. Unabhängige und abhängige ‚ökonomische‘ Variable	104
3. Wirkungsweise der Änderung von Restriktionen (unabhängigen Variablen)	104
4. Rechtliche Regelungen als unabhängige Variable	105
5. Änderung von Restriktionen bei Konstanz der Präferenzen	106
6. Annahme eigennutzorientierten Rationalverhaltens	106
7. Methodologischer Individualismus/Prinzipal-Agent-Verhältnis	106
8. Wirkungsanalyse auf der Grundlage des ökonomischen Theorieansatzes	107
VII. Integration des ökonomischen Ansatzes in den rechtswissenschaftlichen Interpretationsansatz	108
VIII. Wahl des ökonomischen Ansatzes	109
1. Vorüberlegungen	109
2. Ökonomische Analyse des Rechts: Verwendung des neoklassischen Ansatzes	109
3. Ökonomische Theorie des Rechts: Institutionenökonomischer Ansatz	111
a) Vorüberlegungen	111
b) Annahmen der Institutionenökonomik in der positiven Theorie	111
c) Unterschiedlicher normativer Ansatz	113
IX. Zwischenfazit: eine institutionenökonomische Interpretationsmethode für das europäische Gemeinschaftsrecht	115
X. Legislative Rechtsfortbildung: der Beitrag der ökonomischen Theorie	115
1. Vorüberlegungen	115
2. Positive Analyse von Normsetzungsverfahren	116
3. Normative Fragestellung aus institutionenökonomischer Sicht	117
4. Ökonomische Problematik von Komitologieverfahren	119
XI. Ausblick	119

§ 6 Zum Nutzen der ökonomischen Theorie für das Europäische Privatrecht

Jens-Uwe Franck

I. Ökonomische Theorie und Ausgestaltung von Privatrechtsregeln	121
II. Aussicht auf Wohlfahrtsgewinne und Binnenmarktkompetenz	123
III. Ökonomische Denkmuster als Schlüssel zum Verständnis der Grundfreiendogmatik	126
IV. Ökonomische Argumente und Auslegung privatrechtlicher Richtlinien	128
V. Zur Wahl des Regelungsinstruments	130
VI. Zusammenfassung	131

2. Teil: Allgemeiner Teil

Abschnitt 1 Rechtsquellen

§ 7 Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts

Johannes Köndgen

I. Grundlagen	134
1. Die Autonomie der europäischen Rechtsquellenlehre	134
2. Grundfragen einer Rechtsquellenlehre des Europäischen Privatrechts	137
a) Der Marktbürger als Adressat europäischer Rechtsquellen: Von der „Dritt- wirkung“ zur „Horizontalwirkung“	137
b) Vom klassischen zum „regulativen“ Privatrecht – und wieder zurück?	139
II. Das Primärrecht: Grundfreiheiten als Rechtsquellen des Privatrechts	141
1. Geltungsvorrang der Grundfreiheiten vor dem nationalen Privatrecht?	141
2. Die Geltung der Grundfreiheiten unter Privatrechtssubjekten (Horizontal- verhältnis)	143
III. Das Privatrecht in der sekundärrechtlichen Rechtsquellenproduktion	144
1. Richtlinien	144
a) Richtlinien als „unvollkommene“ Rechtsquelle	144
aa) Richtlinien als „medialisierte“ Rechtssetzung	144
bb) Richtlinien als fragmentarische Rechtssetzung	146
b) Die Unvollkommenheit des Richtlinienprivatrechts	146
aa) Mindestharmonisierung statt Vollharmonisierung	146
bb) Defizite bei den Sanktionen	147
cc) Unmittelbare Wirkung von Richtlinien als Ausnahme	147
c) Die Bedeutung der Erwägungsgründe	149
2. Verordnungen	151
a) Die Verordnung über Gebühren beim grenzüberschreitenden Geldtransfer	151
b) Die Verordnung über die Societas Europea	151
c) Ein Europäisches Vertragsgesetzbuch als Verordnung?	152
3. Gemeineuropäische Rechtsprinzipien des Privatrechts?	153
IV. „Indirekte“ Wirkungen von Gemeinschaftsrecht: primär- und sekundärrechts- konforme Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts	153
V. Europäisches Soft Law	155
1. Mitteilungen und Aktionspläne	155
a) „Interpretative“ Mitteilungen der Kommission	155
b) Empfehlungen und Aktionspläne	155
2. „Expertenrecht“	156
a) Delegation auf Fachleute: Ausführungsrichtlinien unter dem sog. Lam- falussy-Prozeß	156
b) „Koregulierung“: Codes of Best Practice	156
VI. Résumé und Ausblick	158

*Abschnitt 2 Primärrecht***§ 8 Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts***Matthias Pechstein/Carola Drechsler*

I. Einleitung	160
II. Rechtliche Unterscheidung zwischen Unions- und Gemeinschaftsrecht	161
1. Rechtsnatur des Gemeinschaftsrechts	161
2. Rechtsnatur des Unionsrechts	163
III. Anzuwendende Methodengrundsätze im Europarecht	164
IV. Auslegungsmethoden im Gemeinschaftsrecht	165
1. Stellung des EuGH im Rahmen von Auslegungsfragen	166
2. Einzelne Auslegungsmethoden	167
a) Grammatikalische Auslegung bzw. Wortlautauslegung	167
b) Systematische Auslegung	169
c) Teleologische Auslegung	171
d) Historische Auslegung	172
e) Rechtsvergleichende Methode	173
3. Verhältnis der Auslegungsmethoden zueinander	175
V. Auslegungsmethoden im Unionsrecht	175
1. Auslegung völkerrechtlicher Verträge	176
2. Auslegungsmethoden gem. Art. 31 WVK	176
a) Grammatikalische Auslegung bzw. Wortlautauslegung	177
b) Systematische Auslegung	177
c) Teleologische Auslegung	177
3. Ergänzende Auslegungsmittel Art. 32 WVK	178
a) Historische Auslegung	178
b) Rechtsvergleichende Auslegung	178
4. Verhältnis der Auslegungsmethoden zueinander	179
VI. Rechtsfortbildung	180
VII. Ausblick	182
VIII. Zusammenfassung	183

§ 9 Die primärrechtskonforme Auslegung*Stefan Leible/Ronny Domröse*

I. Funktion, Begriff und Spielarten der primärrechtskonformen Auslegung	186
II. Die primärrechtskonforme Auslegung des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts	187
1. Das primäre Gemeinschaftsrecht als Maßstab für die Auslegung abgeleiteten Gemeinschaftsrechts	188
a) Die möglichen Bezugspunkte im primären Gemeinschaftsrecht	188
b) Die Auswahl des richtigen Bezugspunkts im Primärrecht: grundfreiheiten- und grundrechtskonforme Auslegung	189
aa) Bindung der Gemeinschaft an die Grundfreiheiten	189
bb) Grundfreiheitenkonforme Auslegung und Mindestharmonisierung	190
cc) Grundfreiheitenkonforme Auslegung bei Totalharmonisierung	190
(1) Feststellung einer beschränkenden Wirkung totalharmonisierender Maßnahmen	190

(2) Unterscheidung zwischen grundfreiheiten- und grundrechts- konformer Auslegung	191
2. Der Geltungsgrund der primärrechtskonformen Auslegung abgeleiteten Gemeinschaftsrechts	194
a) Die Rechtmäßigkeitsvermutung abgeleiteten Gemeinschaftsrechts	194
b) Der Systemgedanke, der Vorrang des primären Gemeinschaftsrechts und die Respektierung der Autorität des Gemeinschaftsgesetzgebers	194
3. Das Verhältnis der primärrechtskonformen Auslegung zu den übrigen Aus- legungskriterien und ihre Stellung im System der juristischen Methodenlehre	197
4. Die Reichweite des Gebots primärrechtskonformer Auslegung abgeleiteten Gemeinschaftsrechts	197
5. Die methodologischen Grenzen des Gebots primärrechtskonformer Auslegung abgeleiteten Gemeinschaftsrechts	198
a) Zulässigkeit und Mittel der primärrechtskonformen Fortbildung abgeleite- ten Gemeinschaftsrechts	199
b) Das Verbot des <i>contra-legem</i> -Judizierens als Schranke der primärrechtskon- formen Fortbildung abgeleiteten Gemeinschaftsrechts	201
III. Die primärrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts	202
1. Das primäre Gemeinschaftsrecht als Maßstab für die Auslegung nationalen Rechts	202
a) Die möglichen Bezugspunkte im primären Gemeinschaftsrecht	202
b) Die Begrenzung des Gebots primärrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts auf den Anwendungsbereich des primären Gemeinschaftsrechts	203
2. Der Geltungsgrund der primärrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts	204
a) Der Wille des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers bei der „Umsetzung“ primärrechtlicher Vorgaben	205
b) Begründung auf der Grundlage des Systemdenkens?	206
c) Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und die Rücksicht- nahme auf die mitgliedstaatliche Souveränität	206
3. Das Verhältnis der primärrechtskonformen Auslegung zu den übrigen Aus- legungskriterien und ihre Stellung im System der juristischen Methodenlehre	207
4. Die Reichweite des Gebots primärrechtskonformer Auslegung abgeleiteten Gemeinschaftsrechts	208
a) Nationales Recht des <i>forum</i>	208
b) Nationales Recht anderer EG-Mitgliedstaaten	208
5. Die methodologischen Grenzen des Gebots primärrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts	209
a) Zulässigkeit und Mittel der primärrechtskonformen Fortbildung nationalen Rechts	209
b) Das Verbot des <i>contra-legem</i> -Judizierens als Schranke der primärrechts- konformen Fortbildung nationalen Rechts?	211
IV. Exkurs: Das primäre Gemeinschaftsrecht als Gegenstand der Konformauslegung?	213
1. Primärrechtskonforme Auslegung des Primärrechts	213
2. Sekundärrechtskonforme Auslegung des Primärrechts	214
3. National-verfassungskonforme Auslegung des Primärrechts	216

Abschnitt 3 Sekundärrecht

§ 10 Systemdenken und Systembildung

Stefan Grundmann

I. Einleitung	218
II. Gesamtsystem	219
1. Zweiebenensystem	219
a) Phänomen	219
b) Zuordnung zentrale und dezentrale Regelsetzung: Bewertung und Zukunft	220
2. Eckpunkte-, zunehmend auch Alternativmodell	222
a) Eckpunktemodell	222
b) Alternativmodell	223
3. Modell der materiellen Freiheit	224
a) Freiheit – vom liberalen Freiheitskonzept zum Konzept materieller Freiheit	224
b) Beispiele	225
4. Einführung zu den Einzelgebieten	228
III. Wichtige Systemfragen im Europäischen Vertragsrecht	228
1. Von der Vertragsrechtsregulierung zum flächendeckenden Vertragsrechtsansatz	228
a) Vertragsrechtsregulierung	228
b) Auf dem Weg zum flächendeckenden Vertragsrecht	229
2. Ausstrahlwirkung: Frage der Generalisierbarkeit	230
a) Vom Verbraucherrecht zum allgemeinen Vertragsrecht	230
b) Vom Besonderen Teil zum Allgemeinen Teil	230
c) Wettbewerb der Formen?	231
3. Einzelne Systemgedanken, vor allem: Besonderes Gewicht des Informationsmodells	232
a) Besonderes Gewicht des Informationsmodells	232
b) Überblick zu weiteren Systemgedanken	233
IV. Wichtige Systemfragen im Europäischen Gesellschaftsrecht	233
1. Leitidee: Standardisierung des Außenverhältnisses von Kapitalgesellschaften und Verbürgung von Verfassungsrechten in (Publikums-)Aktiengesellschaften	233
a) Standardisierung des Außenverhältnisses von Kapitalgesellschaften	233
b) Betonung des Außenverhältnisses auch durch prononcierte Kapitalmarkt-orientierung	235
c) Verbürgung von Verfassungsrechten in (Publikums-)Aktiengesellschaften	236
2. Ausstrahlwirkung: Wettbewerb und Kompatibilität der Formen	238
a) Wettbewerb der Formen	238
b) Kompatibilität der Formen	239
c) Generalisierbarkeit?	240
3. Besonderes Gewicht des Informationsmodells	241
V. Ausblick	242

§ 11 Die Auslegung

Karl Riesenhuber

I. Autonome Auslegung	245
II. Ziel der Auslegung	248
III. Kriterien der Auslegung	250

Inhaltsverzeichnis

1. Die grammatikalische Auslegung	250
a) Ausgangspunkt für die Auslegung	250
b) Wortlaut und Sprachenvielfalt	250
c) Relativität der Rechtsbegriffe	253
2. Die systematische Auslegung	253
a) Der sprachliche Bedeutungszusammenhang	253
b) Der rechtlich-systematische Bedeutungszusammenhang	254
c) Systematische Auslegung unter Berücksichtigung von Regelungs- vorschlägen und -entwürfen?	256
3. Die historische und genetische Auslegung	257
a) Der Gesetzgeber	257
b) Zugängliche Materialien	258
c) Exkurs: Die Rechtsnatur der Begründungserwägungen	260
d) Grundsätzliche Irrelevanz eines „Vorbildrechts“	260
e) Die Beachtung der vorbestehenden Regelungssituation in den Mitglied- staaten	260
4. Die teleologische Auslegung	261
a) Regelungszweck und Angleichungszweck	261
b) Die „Dynamik“ des Europäischen Privatrechts	262
c) Leitbilder als Hilfsmittel der teleologischen Auslegung	263
IV. Rangfolge der Auslegungskriterien	264
V. Einzelne Auslegungsregeln	267
1. „In dubio pro consumente“?	267
2. Sind Ausnahmeregeln „eng“ auszulegen?	269

§ 12 Die Konkretisierung von Generalklauseln

Anne Röthel

I. Methodengerechtigkeit und Kompetenzordnung	274
II. Konkretisierung in der gemeinschaftlichen Kompetenzordnung	276
1. Institutionelle Ordnung	276
a) Auslegungsbefugnis des EuGH	276
b) Rechtsfortbildungsbefugnis des EuGH	278
2. Materielle Begründung der Konkretisierungskompetenz	278
a) Begriffliche Verweisungen auf das mitgliedstaatliche Recht	280
b) Rechtsangleichungsintention	281
c) Anwendung auf die Klauselrichtlinie	281
III. Aufgabenwahrnehmung durch den EuGH	282
1. Océano	282
2. Freiburger Kommunalbauten	283
3. Grundannahmen der EuGH-Rechtsprechung	284
IV. Konkretisierung als Methodenproblem	285
1. Methodische Modellvorstellung der Konkretisierung	285
2. Konkretisierung durch Auslegung i.e.S.	285
3. Maßstäbe der Rechtsgestaltung	286
a) Referenzordnungen	287
aa) Erfordernis einer gemeinschaftsautonomen Regelung	287
bb) Sekundärrechtliche Referenzordnungen	289
b) Prinzipien und Leitbilder	289
V. Konkretisierung als Prozeß	290

§ 13 Die Rechtsfortbildung*Jörg Neuner*

I. Grundlagen	293
1. Zur Terminologie des Gemeinschaftsrechts	293
2. Zur Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts	294
3. Zur Besonderheit des Gemeinschaftsrechts	295
II. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung	296
1. Die rechtsprechende Gewalt	296
2. Die gesetzgebende Gewalt	296
3. Die faktische Gewalt	297
III. Die Schranken der Rechtsfortbildung	297
1. Die Bindung an das Gesetz	297
a) Die kompetentielle Dimension	297
aa) Das institutionelle Gleichgewicht	297
bb) Die konkurrierende Regelungszuständigkeit	298
b) Die inhaltliche Dimension	298
aa) Die Wortsinnngrenze	299
bb) Die gesetzgeberische Regelungsabsicht	299
c) Die zeitliche Dimension	300
aa) Die Vorwirkung	300
bb) Die Rückwirkung	300
2. Die Bindung an das Präjudiz	301
a) Der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit	301
b) Der Grundsatz des Vertrauensschutzes	301
IV. Die Methodik der Rechtsfortbildung	301
1. Die Rechtsfindung praeter legem	302
a) Die Lückenfeststellung	302
aa) Das externe System	302
bb) Das interne System	303
b) Die Maßstäbe der Lückenausfüllung	303
aa) Der Gleichheitssatz	303
bb) Das Primärrecht	304
c) Die Grenzen der Lückenausfüllung	305
aa) Analogieverbote	305
bb) Unausfüllbare Lücken	305
2. Die Rechtsfindung contra legem	306
a) Die Feststellung der Nichtigkeit	306
b) Die Folgen der Nichtigkeit	307
c) Die Einzelfallgerechtigkeit	307
V. Schlußbetrachtung	307

*Abschnitt 4 Mitgliedstaatliches Recht***§ 14 Die richtlinienkonforme Auslegung***Wulf-Henning Roth*

I. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	309
1. Grundlagen im Gemeinschaftsrecht	309
a) Auslegung der lex fori	309
b) Auslegung des Rechts eines anderen Mitgliedstaats	310

Inhaltsverzeichnis

2. Richtlinien- und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung	312
3. Zeitpunkt	313
4. Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Anwendbarkeit	314
5. Anwendungsbereich	315
6. „Auslegung“ und Rechtsfindung	316
7. Methodische Vorgaben für die nationalen Gerichte	318
a) „So weit wie möglich“	318
b) Umsetzungsgesetzgebung	319
c) Methodische Gleichbehandlung	320
8. Schranken einer richtlinienkonformen Auslegung	321
a) Allgemeine Rechtsgrundsätze	321
b) Richtlinienkonforme Auslegung auch zu Lasten des Einzelnen?	322
c) Schranken des nationalen (Verfassungs-) Rechts	322
II. Die Umsetzung im nationalen (deutschen) Recht	323
1. Richtlinienkonforme Auslegung kraft nationalen Rechts	323
a) Wille des deutschen Gesetzgebers	323
b) Art. 20 Abs. 3 GG	323
2. Berücksichtigung im Rahmen der klassischen Auslegungsmethoden	324
3. Die richtlinienkonforme Auslegung als Vorzugsregel	325
4. Richtlinienkonforme Auslegung und ihre Grenzen im nationalen Recht	326
5. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	326
a) Grundlage: Bindung an die Richtlinie über Art. 20 Abs. 3 GG	327
b) Lücke als Voraussetzung der Rechtsfortbildung?	328
c) Die Instrumente der Rechtsfortbildung	329
d) Die Grenzen der Rechtsfortbildung	330
e) Normenkollisionen	331
aa) Unmittelbar anwendbares Richtlinienrecht	331
bb) Nicht unmittelbar anwendbares Richtlinienrecht	331

§ 15 Die Problematik der überschießenden Umsetzung

Mathias Habersack/Christian Mayer

I. Einleitung	335
1. Der Grundtatbestand der überschießenden Umsetzung	335
2. Die überschießende Umsetzung als Rechtsproblem	337
II. Tatbestand und europarechtliche Zulässigkeit der überschießenden Umsetzung	338
1. Fallgruppen überschießender Umsetzung	338
a) Persönlicher Anwendungsbereich	338
aa) Verbraucherschutz	338
bb) Handels-, Bilanz- und Gesellschaftsrecht	339
cc) Lauterkeitsrecht	340
b) Sachlicher Anwendungsbereich	340
c) Örtlicher Anwendungsbereich	341
2. Abgrenzung der überschießenden Umsetzung gegenüber verwandten Konstellationen	342
a) Inhaltliche Übererfüllung von Richtlinien	342
b) Fakultative Umsetzung, opt-out	343
c) Textgleiche Normen	343
3. Zur europarechtlichen Zulässigkeit von überschießender Umsetzung und inhaltlicher Übererfüllung von Richtlinien	344
III. Die Auslegung des nationalen Rechts	346

1. Problemstellung	346
2. Pflicht zu einheitlicher Auslegung aus Gemeinschaftsrecht?	347
a) Unmittelbare gemeinschaftsrechtliche Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung auch im Überschubbereich?	347
b) Mittelbare gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung	348
c) Rechtsprechung des EuGH zu TRIPS	351
3. Keine Pflicht zu einheitlicher Auslegung aus nationalem Recht	353
4. Kriterien zur Auslegung der Norm im Überschubbereich	355
a) Auslegung als interpretatorische Gesamtabwägung	355
b) Bedeutung des gesetzgeberischen Willens	356
c) Vermutung für einheitliche Auslegung	357
d) Gründe für eine gespaltene Auslegung	357
aa) Verfassungskonforme Auslegung	358
bb) Überwiegende Bedeutung der Sachentscheidung und erhebliche Abweichung von dieser durch die richtlinienkonforme Auslegung	358
cc) Zusätzliche Auslegungsgesichtspunkte, die nur im überschießenden Bereich der Norm vorhanden sind	359
IV. Zur Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs	362
1. Rechtsprechung des EuGH	362
2. Die nach der hier vertretenen Methodik zur Auslegung des nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung entscheidende Frage	363
3. Vorlagemöglichkeit?	363
V. Zusammenfassung und Ausblick	364

§ 16 Die Vorwirkung von Richtlinien

Christian Hofmann

I. Rechtswirkung von Richtlinien im Umsetzungsstadium	367
II. Allgemeine Grundsätze zur Wirkung von Richtlinien	367
1. Umsetzungspflicht und Anwendungsvorrang erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist	367
2. Graduelle Entfaltung von Rechtswirkung	368
3. Keine Bindungswirkung durch Richtlinienvorschläge	369
III. Die Sperrwirkung erlassener Richtlinien für den nationalen Gesetzgeber	370
1. Die Vorgaben des EuGH	370
a) Die Vorgaben in der Rechtssache Inter-Environnement Wallonie	370
b) Die Vorgaben in der Rechtssache Mangold	372
2. Die Literaturansichten	373
3. Bewertung	374
4. Rechtsfolgen der Sperrwirkung	374
IV. Die Vorwirkung von Richtlinien im Hinblick auf die Rechtsauslegung nationaler Gerichte	375
1. Umsetzung durch den Gesetzgeber vor Ablauf der Umsetzungsfrist	375
2. Auslegung während des Laufs der Umsetzungsfrist vor legislativem Tätigwerden	376
a) Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Adeneler	376
b) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	377
c) Literaturansichten	378
3. Bewertung: Berechtigung und Verpflichtung der Rechtsprechung zu richtlinienkonformer Auslegung	380
a) Vorfrage: Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung	380

Inhaltsverzeichnis

b) Nationale Vorgaben	382
c) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	383
V. Die Vorwirkung von Richtlinien im Hinblick auf die Rechtsanwendung nationaler Verwaltungsstellen	385
VI. Zusammenfassung	387

3. Teil: Besonderer Teil

Abschnitt 1 Methodenfragen in einzelnen Rechtsgebieten

§ 17 Europäisches Vertragsrecht

Martin Schmidt-Kessel

I. Vertragsrecht als Topos im Europäischen Rechtssystem	391
1. Vertragsrecht statt Obligationenrecht	391
2. Begriffskern und Unschärfen am Begriffsrand	392
II. Methoden des Gemeinschaftsrechts im Vertragsrecht	393
III. Normative Besonderheiten des Vertragsrechts und deren Konsequenzen für das methodische Instrumentarium	396
1. Instrumentarium des Vertragsrechts	396
2. Ergänzungsfunktion des dispositiven Rechts	396
3. Zwingendes Recht als Grenze der Vertragsfreiheit	397
IV. Vertragsauslegung	398
1. Parteiwille als maßgebliches Kriterium	398
2. Objektivierungen	399
a) Bestimmung des Auslegungsmaterials	399
b) Risikozuweisungen	400
V. Zum Umgang mit dispositivem Vertragsrecht	400
1. Anpassung der Methodik	401
2. Beschränkte Bedeutung des klassischen Kanons	401
a) Wortlaut und Entstehungsgeschichte	401
b) Telos der Norm	402
c) Systemgestützte Erwägungen	403
3. Auswirkungen auf die Rechtsquellenlehre	404
4. Parteidispositives, aber staatenzwingendes Vertragsrecht	404
VI. Anwendungsfragen bei zwingendem Vertragsrecht	405
1. Vertragsfreiheit als Auslegungsdirektive	405
2. Anwendung des etablierten Kanons?	405
3. Zur Leitbildfunktion des dispositiven Rechts	406
4. Verbot der Analogie?	407
VII. Ausblick: Methodenfragen im Umgang mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen	407
1. Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens	408
2. Systembildung durch den Gemeinsamen Referenzrahmen	408
3. Zur künftigen Auslegung des Instruments	408

§ 18 Europäisches Arbeitsrecht

Robert Rebhahn

I. Einleitung	411
II. Allgemeines zu den Methoden der Entscheidungsfindung	413
1. Unterschiede je nach Rechtsquelle oder Rechtsgebiet?	413
2. Verweis auf Vorjudikatur	414
3. Schlußanträge der Generalanwälte	414
4. Einheitliche Auslegung?	415
5. Wichtige Argumente: Wortlaut, Rechtstextzusammenhang, Regelungszweck	417
a) Wortlaut	417
b) Rechtstextzusammenhang	418
c) Regelungszweck	420
6. Weniger wichtige Argumente: Entstehungsgeschichte und Rechtsvergleichung	423
7. Kompetenzkonforme Interpretation?	423
8. Inneres System und <i>favor laboris</i> als Argumente?	425
9. Pragmatische Schlüsse	429
10. Allgemeine Rechtsgrundsätze: Grundrechte, Verhältnismäßigkeit, Vertrauensschutz	430
a) Grundrechte	430
b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	432
c) Vertrauensschutz	432
11. Rechtsfortbildung	433
III. Ausgewählte Entscheidungen und Fragen	434
1. Begriff des Arbeitnehmers	434
2. Verbot der Diskriminierung	435
3. Grundfreiheiten und Arbeitsrecht	437
4. Individualarbeitsrecht: Arbeitszeit, Betriebsübergang, Nachweis	439
5. Kollektives Arbeitsrecht und Mitwirkung der Sozialpartner	441
6. Unmittelbare Wirkung von Richtlinien	442
IV. Richter und Urteilsstile	443
V. Schlußbemerkungen	446

§ 19 Europäisches Gesellschaftsrecht

Christine Windbichler/Kaspar Krolop

I. „Gesellschaftsrecht“ im europäischen Recht	449
1. Eingrenzung	449
2. Europäische Regelungsdichte	452
a) Primärrecht	452
b) Sekundärrecht	453
aa) Verordnungen	453
bb) Richtlinien	454
3. Dynamik der Rechtsentwicklung	456
a) Aktuelle Entwicklung	456
b) Allgemeine Tendenzen	457
c) Methodische Aspekte der aktuellen Entwicklung	458
4. Besonderheiten des Gesellschaftsrechts und die Frage der Systemkonvergenz	461
II. Anwendungsbeispiel: Die verdeckte Sacheinlage	462
1. Praktisches Ausgangsproblem	462

Inhaltsverzeichnis

a) Sachverhalt in BGHZ 110, 47 – IBH/Lemmerz	462
b) Interessenlage	462
aa) Inferent	463
bb) Die Gesellschaft selbst	463
cc) Gläubiger	463
dd) Übrige Gesellschafter	464
c) Ökonomische Implikationen	464
2. Rechtlicher Einstieg: Deutsches Gesellschaftsrecht	465
a) Forderungseinbringung als Sacheinlage	465
b) „Lästigkeit“ des Sacheinlageverfahrens und der Versuch der Vermeidung	465
c) Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage als Reaktion	466
3. Erschließung der europäischen Dimension	468
a) Vorlage beim EuGH	468
aa) 1. Fragenkreis: Mindest- oder Höchstnorm	470
bb) 2. Fragenkreis: Rechtfertigung allgemeinen Umgehungsschutzes	470
b) Methodische Erträge	473
III. Europäische und nationale Entwicklungsperspektive	474
1. Europäische Ebene	474
a) Gesellschaftsrecht allgemein	474
b) Kapitalaufbringungsschutz im Besonderen	475
2. Kollisionsrechtliche Ebene: Wahlfreiheit hinsichtlich des Gesellschaftsstatuts	478
a) Gewährleistung der Wahlfreiheit des Gesellschaftsstatuts	478
b) Bestimmung der Reichweite des Gesellschaftsstatuts	479
aa) Einordnung nach nationalem Kollisionsrecht: Fallbeispiel Insolvenz- verschleppungshaftung	479
bb) Die europarechtliche Dimension	481
cc) Folgerungen	482
3. Verzahnung von europäischer und nationaler Ebene: Methodenfragen bei der SE	483
a) Verhältnis der Vorgaben in der SE-VO zum nationalen Recht	483
b) Die doppelte Dimension von Satzungsstrenge und Satzungsautonomie bei der SE	484
c) Stellung der Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer bei der SE in der Normenhierarchie	486
4. Nationale Ebene	487
a) Gesellschaftsrecht allgemein	487
b) Kapitalaufbringungsschutz im Besonderen	487
c) SE als besondere Herausforderung im Wettbewerb der Rechtsordnungen	490

§ 20 Kapitalmarktrecht

Susanne Kalss

I. Einleitung	492
II. Junges dynamisches Rechtsgebiet	493
1. Dramatische Änderung des Marktes	493
2. Das neue kapitalmarktrechtliche Normsetzungsverfahren	494
3. Die Rolle von CESR bei Normsetzung und -auslegung	495
4. Besonderheiten für die Interpretation der Normen	497
5. CESR – Dritte Regelungsebene	502
III. Kapitalmarktrecht – Eine Querschnittsmaterie	504
1. Öffentliches – Privates Recht	504

2. Wohlverhaltensregeln – eine Doppelnatur	504
3. Auslegung der Regelungen mit Doppelnatur	507
4. Vertragliche Regelungen	507
5. Schutzgesetzcharakter von Normen	508
6. Gespaltene Interpretation	509
IV. Resümee	511

§ 21 Europäisches Kartellrecht

Thomas Ackermann

I. Die Quellen des Gemeinschaftskartellrechts	514
1. Primärrecht	514
2. Sekundärrecht	515
a) Die Kartellverordnung	515
b) Gruppenfreistellungsverordnungen	516
c) Die Fusionskontrollverordnung	516
3. Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission?	517
II. Die Interpretation EG-kartellrechtlicher Normen	518
1. Autonome Begrifflichkeit	519
2. Die Bedeutung ökonomischer Erkenntnisse für die Kartellrechtsanwendung	521
3. Das Verhältnis der gemeinschaftlichen zur nationalen Anwendungsebene: Das Kohärenzgebot	524
4. Die Rolle der gemeinschaftlichen Judikative: Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte durch Beurteilungsspielräume?	525
III. Die Ausstrahlung des Gemeinschaftskartellrechts auf das mitgliedstaatliche Kartellrecht	527
1. Vorrang des Gemeinschaftskartellrechts und autonome Anpassung des mitgliedstaatlichen Rechts	527
2. Die europarechtsorientierte Auslegung des deutschen Kartellrechts	529
a) Europarechtsorientierung als Resultat der Auslegung angeblicher GWB-Normen	529
b) Vorlagemöglichkeit?	530
3. Dynamische Verweisung auf Sekundärrecht	531

Abschnitt 2 Methodenfragen in der Rechtsprechung

§ 22 Die Rechtsprechung des EuGH

Rüdiger Stotz

I. Die Herausforderung – Über Heterogenität zur Einheitlichkeit	532
II. Die Auslegung nationalen Rechts	536
III. Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts	537
1. Der Auslegungskanon	537
2. „Auslegung“ durch den Gerichtshof und „Anwendung“ durch das nationale Gericht	540
3. Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung	547
IV. Die Bedeutung von Präjudizien	550
V. Ausblick	551

§ 23 Die Rechtsprechung des BGH

Jürgen Schmidt-Räntsch

I. Mögliche Gegenstände der Auslegung durch den BGH	554
1. Zivilrecht	554
2. Strafrecht	555
3. Öffentliches Recht	556
II. Auslegungskompetenz des BGH	556
1. Auslegungsmonopol des EuGH	556
a) Auslegung des Gemeinschaftsrechts	556
b) Anwendung des Gemeinschaftsrechts	557
2. Vorlagerecht	558
a) Entscheidungserhebliche Fragen	558
b) Vorlagezeitpunkt	558
c) Vorlageberechtigte Gerichte	559
d) Vorlageermessen	560
3. Vorlagepflicht des BGH gemäß Art. 234 Abs. 3 EG	560
a) Grundsatz	560
b) Ausnahmen von der Vorlagepflicht	561
aa) Klärung durch den EuGH	561
bb) Offenkundigkeit der Auslegung des EG-Rechts	562
cc) Klärung anhand der Rechtsprechung des EuGH	562
c) Verstöße gegen die Vorlagepflicht	563
4. Vorlageverfahren vor dem BGH	564
a) Form und Anlaß der Vorlage	564
b) Inhalt des Vorlagebeschlusses	565
aa) Tenor	565
bb) Begründung	565
cc) Praxis des BGH	566
c) Technische Abwicklung	566
5. Vorlageverfahren vor dem EuGH	566
a) Schriftliches Vorverfahren	566
b) Mündliche Verhandlung	567
c) Urteil des EuGH	567
III. Auslegungssituationen	567
1. Vorabentscheidungsersuchen	567
2. Abwehr von Vorabentscheidungsersuchen	568
3. Anwendung unmittelbar geltenden Gemeinschaftsrechts	569
a) Primäres Gemeinschaftsrecht	569
b) Verordnungsrecht	569
aa) Öffentliches Recht	569
bb) Zivilrecht	570
c) Richtlinien und Rahmenbeschlüsse	572
4. Anwendung von Umsetzungsvorschriften	572
a) Umsetzungspflicht	572
b) Auslegung von Umsetzungsvorschriften	573
aa) EG-konforme Auslegung	573
bb) Überschießende Umsetzung	574
c) Sonderfall: Umsetzung durch Generalklauseln	575
5. Anwendung ausfüllungsbedürftiger nationaler Vorschriften	576
6. Haftung für verspätete Umsetzung von EG-Recht	577
a) EG-rechtliche Haftung	577

b) Amtshaftung	578
7. Überbrückung von Umsetzungsdefiziten	578
a) Allgemeine Folgen von Umsetzungsdefiziten	578
b) Überbrückung durch Rechtsprechung	579
IV. Auslegungsmethoden	580
1. Vorbemerkung	580
2. Wortlautauslegung	580
3. Systematische Auslegung	580
4. Historische Auslegung	581
5. Teleologische Auslegung	581
V. Fazit	582

Autorenverzeichnis

<i>Thomas Ackermann</i>	Dr.iur., LL.M., Professor an der Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg
<i>Christian Baldus</i>	Dr.iur., Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
<i>Ronny Domröse</i>	Wiss. Mitarbeiter an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)
<i>Carola Drechsler</i>	Wiss. Mitarbeiterin an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)
<i>Jens-Uwe Franck</i>	Dr.iur., LL.M. oec., wiss. Mitarbeiter an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
<i>Stefan Grundmann</i>	Dr.iur. Dr.phil., LL.M., Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin
<i>Mathias Habersack</i>	Dr.iur., Professor an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz
<i>Jan Dirk Harke</i>	Dr.iur., Professor an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg
<i>Christian Hofmann</i>	Dr.iur., LL.M. oec.int., wiss. Assistent an der Humboldt-Universität zu Berlin
<i>Susanne Kalss</i>	Dr.iur., LL.M., Professorin an der Wirtschaftsuniversität Wien
<i>Christian Kirchner</i>	Dr.iur., Dr.rer.pol., LL.M., Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin
<i>Johannes Köndgen</i>	Dr.iur., Professor an der Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn
<i>Kaspar Krolop</i>	Dr.iur., wiss. Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin
<i>Stefan Leible</i>	Dr.iur., Professor an der Universität Bayreuth
<i>Christian Mayer</i>	M.Jur., wiss. Mitarbeiter an der Johannes Gutenberg Universität Mainz
<i>Jörg Neuner</i>	Dr.iur., Professor an der Universität Augsburg
<i>Matthias Pechstein</i>	Dr.iur., Professor an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)
<i>Robert Rebhahn</i>	Dr.iur., Professor an der Universität Wien
<i>Karl Riesenhuber</i>	Dr.iur., M.C.J., Professor an der Ruhr-Universität Bochum
<i>Wulf-Henning Roth</i>	Dr.iur., LL.M., Professor an der Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn

Autorenverzeichnis

<i>Anne Röthel</i>	Dr.iur., Professorin an der Bucerius Law School, Hamburg
<i>Martin Schmidt-Kessel</i>	Dr.iur., Professor am European Legal Studies Institute der Universität Osnabrück
<i>Jürgen Schmidt-Räntsch</i>	Dr.iur., Richter am Bundesgerichtshof
<i>Andreas Schwartze</i>	Dr.iur., LL.M., Professor an der Leopold-Franzens- Universität Innsbruck
<i>Rüdiger Stotz</i>	Dr. iur., LL.M., Honorarprofessor an der RWTH Aachen, Ministerialdirigent im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
<i>Christine Windbichler</i>	Dr.iur., LL.M., Professorin an der Humboldt- Universität zu Berlin

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
A.C.	Appeal Cases
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
a.M.	anderer Meinung
aaO	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AbzG	Abzahlungsgesetz
AE-EuVGB	Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler („Akademieentwurf“)
AGBG	Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
ähnl.	ähnlich/e
Am.J.Comp.L.	The American Journal of Comparative Law (Jahrgang [Jahr] Seite)
Abl.	Amtsblatt
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Jahrgang [Jahr] Seite)
ArbuR	Arbeit und Recht – Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis (Jahr, Seite)
Art.	Artikel
AStV	Ausschuß der Ständigen Vertreter (s. Art. 207 Abs. 1 EG), s.a. CoRePer
ausdr.	ausdrücklich
AWD	Außenwirtschaftsdienst (Jahr, Seite; später RIW)
B.U.L.Rev.	Boston University Law Review
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BB	Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
BE	Begründungserwägung; die Gründe, mit denen gem. Art. 253 EGV Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen zu versehen sind
BeckRS	Beck-Rechtsprechung, Beck Online
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH-Report	BGH-Report, Schnelldienst zur Rechtsprechung des BGH (Jahr, Seite)

Abkürzungsverzeichnis

BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (Jahr, Seite)
BLRev	Business Law Review (Jahr, Seite)
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
bzgl.	bezüglich
Cambr.L.J.	Cambridge Law Journal (Jahrgang [Jahr] Seite)
ch.	chapter
CISG	Convention on the International Sale of Goods
CMLR	Common Market Law Review (Jahr, Seite)
CMR	Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route
Code civil	Französischer Code civil von 1804
Col.J.Eur.L.	Columbia Journal of European Law (Jahrgang [Jahr] Seite)
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
CoRePer	Comité des Représentants Permanents, s.a. AStV
CR	Computer und Recht (Jahr, Seite)
Curr.Leg.Prob.	Current Legal Problems (Jahrgang [Jahr] Seite)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/n
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E.L.Rev.	European Law Review (Jahrgang [Jahr] Seite)
EB	Erläuternde Bemerkungen (Gesetzesbegründung, Österreich)
ebd.	ebenda
EBLR	European Business Law Review
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	1. Europäische Gemeinschaft; 2. Nach Bezeichnung eines Artikels: EG-Vertrag, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997
EGV	EG-Vertrag, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags über die Europäische Union vom 7.2.1992 (Maastrichter Fassung)
Einl.	Einleitung
ERCL	European Review of Contract Law (Jahrgang [Jahr] Seite)
ERPL	European Review of Private Law – Revue européenne de droit privé – Europäische Zeitschrift für Privatrecht (Jahr und Seite)
EU	1. Europäische Union; 2. Nach Bezeichnung eines Artikels: EU-Vertrag, Vertrag über die Europäische Union, Konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997
EuLF (UK)	The European Legal Forum – englische Ausgabe (Jahr, Seite)
EuLF	The European Legal Forum – deutsche Ausgabe (Jahr, Seite)
EuR	Europarecht
EUV	EU-Vertrag, Vertrag über die Europäische Union vom 7.2.1992 (Maastricht-Vertrag)

XXX

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
EWIV	Verordnung über die Schaffung einer europäischen Interessenvereinigung
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Jahr, Seite)
FG	Festgabe
FKVO	Fusionskontrollverordnung
Fordham Int'l LJ	Fordham International Law Journal
FS	Festschrift
GmbHR	GmbHRundschau
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Jahr, Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr, Seite)
GS	Gedächtnisschrift
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
Harv.Int.L.J.	Harvard International Law Journal (Jahrgang [Jahr] Seite)
h.M.	herrschende Meinung
HWiG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
i.e.	im einzelnen
i.E.	im Ergebnis
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly (Jahrgang [Jahr] Seite)
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinne
ILJ	The Industrial Law Journal (Jahr, Seite)
Int.Enc.Comp.L.	International Encyclopedia of Comparative Law
Int'l. Comp. Corp. LJ	International and Comparative Corporate Law Journal
i.O.	im Original
IPR	Internationales Privatrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts (Entscheidungssammlung; Jahr, lfd. Nr.)
iSd	im Sinne des/der
iSv	im Sinne von
Ius Commune	Ius Commune – Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a.M. (Band [Jahr] Seite)
iVm	in Verbindung mit
IVRA	Rivista internazionale di diritto romano e antico (Jahrgang [Jahr] Seite)
iwS	im weiteren Sinne
J. Law & Econ.	University of Chicago Press, Journal of Law & Economics (Jahrgang [Jahr] Seite)
J. Law, Econ., Organ.	Journal of Law, Economics and Organization
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies

Abkürzungsverzeichnis

J.Contract L.	Journal of Contract Law (Jahrgang [Jahr] Seite)
J.Crim.L.	The Journal of Criminal Law (Jahrgang [Jahr, Seite])
JbFfSt	Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht (Jahr, Seite)
JbJZ	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (Tagungsjahr, Seite)
JB1	Juristische Blätter (Jahr, Seite)
JBL	The Journal of Business Law (Jahr, Seite)
JCE	Journal of Comparative Economics
JCP	Journal of Consumer Policy (Jahrgang [Jahr], Seite)
JIBL	Journal of International Business Law (Jahrgang [Jahr] Seite)
JRP	Journal für Rechtspolitik (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
K&R	Kommunikation und Recht (Jahr, Seite)
krit.	kritisch
KWG	Kreditwesengesetz
l.Sp.	linke Spalte
Leg.Stud.	Legal Studies, The Journal of the Society of Public Teachers of Law (Jahrgang [Jahr] Seite)
LIEI	Legal Issues of European Integration
LQR	Law Quarterly Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
LRE	Lebensmittelrechtliche Entscheidungen (Jahr, Seite)
LS	Leitsatz
m.E.	meines Erachtens
maW	mit anderen Worten
Mich.L.R.	Michigan Law Review
MindestkapG	Gesetz zur Neuregelung des Mindestkapitals bei der GmbH
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law (Jahrgang [Jahr] Seite)
MLR	Modern Law Review (Jahrgang [Jahr] Seite)
mwN	mit weiteren Nachweisen
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht (Jahr, Seite)
Northw.J.In.L.Bus.	Northwestern Journal of International Law and Business
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Jahr, Seite)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Jahr, Seite)
Oxf.J.Leg.Stud.	Oxford Journal of Legal Studies (Jahrgang [Jahr] Seite)
Oxf.Rev.Econ.Pol.	Oxford Review of Economic Policy (Jahrgang [Jahr] Seite)
Pa.JIEL	University of Pennsylvania Journal of International Economic Law
Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review (Jahrgang [Jahr] Seite)

PECL	Principles of European Contract Law
pr.ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Proc.Brit.Acad.	Proceedings of the British Academy (Jahrgang [Jahr], Seite)
ProdHG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
r.Sp.	rechte Spalte
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Jahrgang [Jahr] Seite)
RdL	Recht der Landwirtschaft
Rev.trim.dr.civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Jahrgang [Jahr] Seite)
Rg	Rechtsgeschichte – Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte (Jahrgang [Jahr] Seite)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft – Betriebs-Berater International (Jahr, Seite)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer; im Zusammenhang mit Entscheidungen des EuGH regelmäßig (außer bei älteren Entscheidungen) zur Verweisung auf die Absätze der Entscheidungsgründe verwandt (s.a. Tz.)
Rs.	Rechtssache (Aktenzeichen des EuGH)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz
S./s.	Siehe/siehe
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
SchlA	Schlußanträge
SE	Societas Europea
SEEG	Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft
Slg.	Amtliche Sammlung des EuGH
Sps.	Spiegelstrich
Stud.Gen.	Studium Generale (Jahr, Seite)
StudZR	Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft (Jahr, Seite)
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (Jahrgang [Jahr] Seite)
TR	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Jahrgang [Jahr] Seite)
TranspR	Transportrecht (Jahr, Seite)
Tz.	Textziffer; im Zusammenhang mit Entscheidungen des EuGH regelmäßig zur Verweisung auf Ausführungen in den Schlußanträgen des Generalanwaltes verwandt (s.a. Rn.)
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
uam	und andere(s) mehr
umstr.	umstritten
UP	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
Urt.	Urteil
v.	vom
verb.Rs.	verbundene Rechtssachen (s.a. Rs.)
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz

Abkürzungsverzeichnis

vgl.	vergleiche
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Investitionsrecht (Jahr, Seite)
VuR	Verbraucher und Recht (Jahr, Seite)
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (Jahr, Seite)
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr, Seite)
WSA	Wirtschafts- und Sozialausschuß
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr, Seite)
Yale L.J.	Yale Law Journal
YEL	Yearbook of European Law (Jahrgang [Jahr], Seite)
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Jahrgang [Jahr] Seite)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Jahr, Seite)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (Jahr, Seite)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Jahr, Seite)
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Jahrgang [Jahr] Seite)

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- AnwaltKomm BGB
Dauner-Lieb/Heidell/Ring, Anwaltkommentar zum BGB, 2005
- v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht
Bar, Christian von, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Erster Band, Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnung, München 1996
- v. Bar, IPR I
Bar, Christian von, Internationales Privatrecht – Erster Band: Allgemeine Lehren, München 1987, Zweiter Band: Besonderer Teil, München 1991
- Basedow*, Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung
Basedow, Jürgen (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen 2000
- Bengoetxea*, Legal Reasoning
Bengoetxea, Joxerramon, The Legal Reasoning of the European Court of Justice – Towards a European Jurisprudence, Oxford 1993
- Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union
Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel, Die Europäische Union – Europarecht und Politik, 6. Auflage Baden-Baden 2005
- Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze
Bydlinski, Franz, Fundamentale Rechtsgrundsätze – Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät, Wien, New York 1988
- Bydlinski*, Juristische Methodenlehre
Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien, New York 1991
- Bydlinski*, System und Prinzipien
Bydlinski, Franz, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien, New York 1996
- Calliess/Ruffert-Bearbeiter*
Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Auflage Neuwied/Kriftel 2002
- Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz
Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz – Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Auflage Berlin 1983
- Canaris*, Systemdenken und Systembegriff
Canaris, Claus-Wilhelm, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Auflage Berlin 1983
- Canaris*, Iustitia distributiva
Canaris, Claus-Wilhelm, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, München 1997
- Coing*, Rechtsphilosophie
Coing, Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Auflage Berlin/New York 1993
- Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers
Drexl, Josef, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers – Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Tübingen 1998

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Dworkin*, Law's Empire *Dworkin Ronald*, Law's Empire, Cambridge/Massachusetts 1986
- Dworkin*, Taking Rights Seriously *Dworkin, Ronald*, Taking Rights Seriously, Cambridge/Massachusetts 1978
- Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip *Eidenmüller, Horst*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Auflage Tübingen 1998
- Engisch*, Einführung in das juristische Denken *Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, 7. Auflage Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1977
- Esser*, Grundsatz und Norm *Esser, Josef*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Auflage Tübingen 1990
- Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl *Esser, Josef*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1972
- Fikentscher*, Methoden des Rechts *Fikentscher, Wolfgang*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band I–V, Tübingen 1975–1977
- Flume*, Rechtsgeschäft *Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokyo/Hong Kong/Barcelona/Budapest 1992
- Franzen*, Privatrechtsangleichung *Franzen, Martin*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, Berlin 1999
- Fritsch/Wein/Ewers*, Marktversagen *Fritsch, Michael/Wein, Thomas/Ewers, Hans-Jürgen*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 4. Auflage München 2001
- Gebauer/Wiedmann-Bearbeiter*, Kap. Rn. *Gebauer, Martin/Wiedmann, Thomas* (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluß – Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze – Erläuterung der wichtigsten EG-Verordnungen, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2005
- Grabitz/Hilf-Bearbeiter*, Art. Rn. *Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblattsammlung, München Stand: März 2005, Band I und II: Meinhard Hilf (Hrsg.), EUV/EGV
- Groeben/Schwarze-Bearbeiter*, Art. Rn. *Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Auflage Baden-Baden 2003
- Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts *Gruber, Urs Peter*, Methoden des Internationalen Einheitsrechts, Tübingen 2004
- Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht *Grundmann, Stefan*, Europäisches Schuldvertragsrecht – Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte, Berlin/New York 1999
- Grundmann*, Systembildung und Systemlücken *Grundmann, Stefan* (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts – Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht, Tübingen 2000
- Grundmann/Kerber/Weatherill*, Party Autonomy *Grundmann, Stefan/Kerber, Wolfgang/Weatherill, Stephen* (Hrsg.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, Berlin/New York 2001
- Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht *Ipsen, Hans Peter*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972

- Jauernig-Bearbeiter, § Rn. *Jauernig, Othmar*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar, 11. Auflage 2004
- Kaufmann/Hassemer/Neumann*, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie *Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfried* (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Auflage 2004
- Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt – Studien zur Privatrechtskoordinierung in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts, Tübingen 2002
- Kilian*, Europäisches Wirtschaftsrecht *Kilian, Wolfgang*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, München 2003
- Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre *Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut*, Juristische Begründungslehre – Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982
- Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht *Körber, Torsten*, Grundfreiheiten und Privatrecht, Tübingen 2004
- Kötz*, Europäisches Vertragsrecht *Kötz, Hein*, Europäisches Vertragsrecht I – Abschluß, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages – Die Beteiligung Dritter, Tübingen 1996
- Kramer*, Methodenlehre *Kramer, Ernst A.*, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage Bern/Wien/München 2005
- Langenbucher-Bearbeiter, § Rn. *Langenbucher, Katja* (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, Baden-Baden 2005
- Larenz*, Methodenlehre *Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage Berlin, Heidelberg, New York usw. 1991
- Larenz*, Richtiges Recht *Larenz, Karl*, Richtiges Recht – Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979
- Larenz/Canaris*, Methodenlehre *Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienausgabe), 3. Auflage 1995
- Looschelders/Roth*, Juristische Methodik *Looschelders, Dirk/Roth, Wolfgang*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung – Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996
- Müller/Christensen*, Juristische Methodik I *Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, Juristische Methodik, Band I, Grundlagen, Öffentliches Recht, 9. Auflage Berlin 2004
- Müller/Christensen*, Juristische Methodik II *Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, Juristische Methodik, Band II, Europarecht, Berlin 2003
- Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem *Neuner, Jörg*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Auflage München 2005
- Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat *Neuner, Jörg*, Privatrecht und Sozialstaat, München 1999
- Oppermann*, Europarecht *Oppermann, Thomas*, Europarecht – ein Studienbuch, 3. Auflage München 2005
- Palandt-Bearbeiter, § Rn. *Palandt, Otto* (Begründer), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 64. Auflage München 2005
- Pawlowski*, Methodenlehre *Pawlowski, Hans-Martin*, Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage Heidelberg 1999

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Pechstein/Koenig*, Die Europäische Union
Posner, Economic Analysis of Law
Ranieri, Europäisches Obligationenrecht
Rawls, A Theory of Justice
Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht
Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik
Riesenhuber, System und Prinzipien
Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht
Röhl, Allgemeine Rechtslehre
Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung
Rüthers, Rechtstheorie
MünchKommBGB-Bearbeiter, Art./§ Gesetz Rn.
Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse
Schlechtriem-Bearbeiter, Art. CISG Rn.
Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Schuldrecht AT
Schneider, Gesetzgebung
Schwarze-Bearbeiter, Art. Rn.
Streinz-Bearbeiter, Art. Rn.
Streinz, Europarecht
Vogel, Juristische Methodik
Weatherill/Beaumont, EU Law
Pechstein, Matthias/Koenig, Christian, Die Europäische Union, 3. Auflage Tübingen 2000
Posner, Richard A., Economic Analysis of Law, 6. Auflage New York 2003
Ranieri, Filippo, Europäisches Obligationenrecht – ein Handbuch mit Texten und Materialien, 2. Auflage Wien 2003
Rawls, John, A Theory of Justice, Cambridge/Massachusetts 1971
Reich, Norbert/Micklitz, Hans-W., Europäisches Verbraucherrecht – Eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht, 4. Auflage Baden-Baden 2003
Richter, Rudolf/Furubotn, Eirik G., Neue Institutionenökonomik, 2. Auflage Tübingen 1999
Riesenhuber, Karl, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, Berlin 2003
Riesenhuber, Karl, Europäisches Vertragsrecht, 2. Auflage Berlin 2006
Röhl, Klaus F., Allgemeine Rechtslehre – Ein Lehrbuch, 2. Auflage Köln/Berlin/Bonn/München 2001
Rüthers, Bernd, Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 4. Auflage Heidelberg 1991
Rüthers, Bernd, Rechtstheorie – Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 2. Auflage München 2005
Säcker, Jürgen/Rebmann, Kurt/Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 4. Auflage München 2000–2005
Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage Berlin/Heidelberg/New York/Barcelona/Hongkong/London/Mailand/Paris/Singapur/Tokio 2005
Schlechtriem, Peter (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG –, 4. Auflage München 2004
Schlechtriem, Peter/Schmidt-Kessel, Martin, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage Tübingen 2005
Schneider, Hans, Gesetzgebung, 3. Auflage Heidelberg 2002
Schwarze, Jürgen, (Hrsg.), EU-Kommentar, 1. Auflage Baden-Baden 2000
Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, München 2003
Streinz, Rudolf, Europarecht, 7. Auflage Heidelberg 2005
Vogel, Joachim, Juristische Methodik, Berlin/New York 1998
Weatherill, Stephen/Beaumont, Paul, EU Law – The essential guide to the legal workings of the European Community, 3. Auflage London 1999

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

Weatherill, EC Consumer Law and Policy

Weatherill, Stephen, EC Consumer Law and Policy, 2. Auflage Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA 2005

Zimmermann, The Law of Obligations

Zimmermann, Reinhard, The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town/Wetton/Johannesburg 1990

Zippelius, Rechtsphilosophie

Zippelius, Reinhold, Rechtsphilosophie, 4. Auflage München 2003

Zippelius, Methodenlehre

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 9. Auflage München 2005

Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage Tübingen 1996

§ 1 Europäische Methodenlehre – Einführung und Übersicht

Karl Riesenhuber

Übersicht

	Rn.
I. Europa und Methodenlehre	1
II. Inhalte der Europäischen Methodenlehre	2–9
III. Begriff der Europäischen Methodenlehre	10

I. Europa und Methodenlehre

In vielen Lehrbüchern zum nationalen Recht sucht man das Stichwort Europa nach wie vor vergebens, ebenso in vielen Büchern zur Methodenlehre. Manchmal findet sich dort nicht mehr als ein Hinweis oder die Erörterung von Einzelfragen auf wenigen Seiten oder sogar nur in einer Fußnote. Auf der anderen Seite stoßen Lehre und vor allem die Praxis immer wieder auf Methodenfragen im Zusammenhang mit dem Europäischen Recht. Tatsächlich findet man in der Literatur zunehmend Hinweise auf eine spezifische Methodenlehre. So ist schon in den 1970er Jahren der „Beginn einer Methodenlehre des Rechts der EWG“ beobachtet worden.¹ Gerade auch im Hinblick auf die Rechtsangleichung in Europa ist von einer „harmonisierenden Auslegung“² sowie von einer „international brauchbaren Auslegung“³ gesprochen worden. Man hat ein „europäisches Gemeinrecht der Methode“⁴ gefordert. Eine „europarechtliche Methodenlehre“, zu der neben methodischen Fragen wie der Auslegung und Rechtsfortbildung auch materiell-rechtliche Fragen gerechnet werden, ist konzipiert und kürzlich näher ausgeführt worden.⁵ Man hat auf das Verhältnis von

1 *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. III, S. 784–786: „Es kann nicht ausbleiben, daß auch das Recht der EWG eine eigene Methodik entwickelt.“ Als Forderung formuliert von *Behrens*, *EuZW* 1994, 289; auch *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration (1999) (freilich weithin rechtspolitisch; zu Einzelfragen der Methodenlehre S. 66–76).

2 *Odersky*, *ZEuP* 1994, 1–4.

3 *Berger*, FS Sandrock (2000), S. 49–64.

4 *Berger*, *ZEuP* 2001, 4–29.

5 *Langenbacher*, *JbJZ* 2000, 65, 67; jetzt *dies.*, in: *dies.* (Hrsg.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts* (2005), S. 25–66; auch *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik II – Europarecht* (2003).

„juristischer Methode und Europäischem Privatrecht“ hingewiesen.⁶ Und schließlich ist die Ausbildung einer „gemeineuropäischen Methodenlehre“ gefordert und jüngst als Programm formuliert worden.⁷

II. Inhalte der Europäischen Methodenlehre

- 2 In der Tat wirft das Europäische Recht – wie jedes Recht – seine eigenen Methodenfragen auf.⁸ Bevor diese im einzelnen erörtert werden, sind zunächst einige Grundlagen zu legen. Nur in Einzelpunkten kann dabei freilich auf die reiche und vielfältige Geschichte des Rechtsdenkens in Europa eingegangen werden.⁹ Exemplarisch dafür stehen hier zwei Beiträge, die freilich grundlegende Fragen von andauernder Bedeutung betreffen. Zum einen wird System und Auslegung im römischen Recht erörtert (§ 2). Zum anderen wird dargelegt, wie sich das Verhältnis von Auslegung und Analogie im 19. Jahrhundert entwickelt hat. (§ 3).
- 3 Zu den Grundlagen der Methodenlehre des Gemeinschaftsrechts gehört weiterhin die Rechtsvergleichung (§ 4). In einem Rechtssystem das auf den vielfältigen Traditionen der Mitgliedstaaten aufbaut und an dessen gesetzgeberischer Gestaltung und richterlicher Anwendung und Fortbildung Juristen aus verschiedenen Ländern mitwirken, ist die Rechtsvergleichung ein naheliegendes Werkzeug. Doch ist umstritten, welche Rolle sie im Rahmen der Methodenlehre spielt. Ähnlich verhält es sich bei der ökonomischen Theorie (§§ 5, 6). Ist das Gemeinschaftsrecht primär auf die Herstellung eines Binnenmarktes ausgerichtet, so versteht sich, daß ökonomische Erwägungen eine verhältnismäßig größere Rolle spielen. Doch auch hier wird die Bedeutung für die Methodenlehre kontrovers diskutiert.
- 4 Nach diesen Grundlagen sind die Rechtsquellen des Europäischen (Privat-) Rechts zu bestimmen (§ 7). Sie finden sich im Primärrecht und im Sekundärrecht. Beide Bereiche weisen Besonderheiten auf und sind daher auch gesondert zu untersuchen. Zunächst ist die Auslegung und Fortbildung von primärem Unions- und Gemeinschaftsrecht zu erörtern (§ 8). Ebenfalls dem primärrechtlichen Bereich kann man auch die primärrechtskonforme Auslegung zurechnen (§ 9). Sie betrifft zwar nicht das Primärrecht selbst, sondern das Sekundärrecht und das nationale Recht, doch ist sie primärrechtlich determiniert.

6 *Flessner*, JZ 2002, 14–23. S. a. *Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts (2004).

7 *Häberle*, EuGRZ 1991, 261, 272; *ders.*, Europäische Rechtskultur (1994), S. 66; ähnlich *Kramer*, in: *Heinz-Dieter Assmann/Gert Brüggemeier/Rolf Sethe* (Hrsg.), Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens (2001), S. 31–47; jetzt *Vogenaier*, ZEuP 2005, 234–263.

8 *M. Schmidt*, *RebelsZ* 59 (1995), 569–597; jetzt *Vogenaier*, ZEuP 2005, 234, 235–240, mit Hinweis auf die Notwendigkeit einer *einheitlichen* Methodenlehre.

9 S. dazu noch *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung I (S. 375–586 – Romanischer Rechtskreis), II (S. 1–150 – Englischer Rechtskreis), III (Mitteleuropäischer Rechtskreis); *Larenz*, Methodenlehre, S. 9–185; *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl. 1967).

Das Europäische Privatrecht findet sich überwiegend im Sekundärrecht. Gerade für den Bereich des Privatrechts ist hier zunächst das grundlegende Thema der Systembildung zu untersuchen (§ 10), denn es ist nach wie vor umstritten, ob die Rechtsetzung der Gemeinschaft im Privatrecht als System begriffen werden kann. Zudem weist das System aber durch seine Verbindung mit dem nationalen Recht Besonderheiten auf. Und nicht zuletzt ist es geradezu andauernd in der Entwicklung befindlich. **5**

Für die Praxis stehen drei methodische Einzelfragen im Vordergrund. Praktisch jeder gemeinschaftsrechtlich beeinflusste Fall wirft Fragen der Auslegung des Sekundärrechts auf; sie sind in vielem ähnlich zu beantworten wie im nationalen Recht, doch gibt es schon hier Besonderheiten (§ 11). Öfter finden sich im Sekundärrecht Generalklauseln; prominente Beispiele sind die AGB-Richtlinie, die Handelsvertreter-Richtlinie und jetzt die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. Auch bei der Konkretisierung von Generalklauseln im Gemeinschaftsrecht stellen sich teilweise besondere Fragen, der EuGH beginnt hier, eine eigene Methodik zu entwickeln (§ 12). Und endlich wirft auch die Rechtsfortbildung im Sekundärrecht Fragen auf. Hier gilt es besonders, die Legitimation der Rechtsfortbildung zu ergründen (§ 13). **6**

Da es sich bei dem System des Europäischen (Privat-) Rechts um ein „Zwei-Ebenen-System“ handelt, bei dem das Gemeinschaftsrecht und die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zusammenwirken, wirft auch die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts im nationalen Recht spezifische Fragen auf. Das betrifft besonders die Umsetzung von Richtlinien. Vor allem stellt sich die Frage, ob und inwieweit das mitgliedstaatliche Recht richtlinienkonform ausgelegt werden kann und muß (§ 14). Hier wirken gemeinschaftsrechtliche Anforderungen und mitgliedstaatliche Methodenlehre zusammen. Darüber hinaus wirft aber auch die sogenannte überschießende Umsetzung von Gemeinschaftsrecht neben rechtlichen auch methodische Fragen auf (§ 15). Es geht insbesondere darum, ob die überschießende Umsetzung gemeinschaftsrechtskonform auszulegen ist und ob die mitgliedstaatlichen Gerichte dem EuGH Auslegungsfragen im Hinblick auf die überschießende Umsetzung vorlegen dürfen. Ein Querschnittsthema, das primär im nationalen Recht Bedeutung entfaltet, ist schließlich die Frage nach der Vorwirkung von Richtlinien (§ 16): Inwieweit sind sie schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist auch für die Rechtsfindung von Bedeutung? **7**

Fragen der Methodenlehre werden in diesem Band nicht nur theoretisch untersucht, sondern in einem Besonderen Teil auch exemplarisch für einzelne Teilgebiete des Privatrechts vertieft: für das Europäische Vertragsrecht (§ 17), das Europäische Arbeitsrecht (§ 18), das Europäische Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (§§ 19, 20) sowie das Europäische Kartellrecht (§ 21). Weiterhin wird erörtert, wie der Europäische Gerichtshof (§ 22) und der deutsche Bundesgerichtshof (§ 23) mit Methodenfragen des Europäischen Rechts umgehen. Das bietet nicht nur die Möglichkeit, Methodenaussagen zu überprüfen. Darüber hinaus stellt sich auch die Frage, inwieweit spezielle Rechtsgebiete spezielle Methodenfragen aufwerfen. Bei alledem geht es nicht nur darum, die die vorgefundene Praxis zu resümieren.¹⁰ Auch an dieser Stelle soll „der **8**

¹⁰ Das kritisiert mit Recht *Vogenaier*, ZEuP 2005, 234, 243.

Verzweigung der Rechtswissenschaft zur Rechtsprechungskunde“ entgegengewirkt werden.¹¹ Methodenlehre wird – wie aus dem nationalen Bereich bekannt – nicht als eine empirische Beschreibung verstanden, sondern vielmehr als eine Lehre von der rechtlich richtigen, rationalen, überzeugenden und vorhersehbaren Rechtsfindung.

- 9 Methodenlehre ist damit – ungeachtet mancher Vorurteile – eine ausgesprochen praktische Disziplin. Methodenfragen stellen sich schon den Gemeinschaftsorganen, wenn sie das Primärrecht anwenden, z.B. das Kartellrecht und die Grundfreiheiten. Methodenfragen stellen sich aber auch den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern, z.B. wenn sie Richtlinien umsetzen: Wie sind diese auszulegen? Welche Folgen hat eine überschießende Umsetzung? Vor allem muß der Rechtsanwender mit Methodenfragen umgehen. Welche Anforderungen stellt das Primärrecht, und sind Sekundärrecht oder mitgliedstaatliches Recht ggf. primärrechtskonform auszulegen? Was bedeutet das Sekundärrecht und ist das mitgliedstaatliche Recht etwa richtlinienkonform auszulegen? Wem steht die Befugnis zu, Generalklauseln zu konkretisieren: Kommt eine Vorlage an den EuGH in Betracht? Usf.

III. Begriff der Europäischen Methodenlehre

- 10 Diese Methodenfragen werden am besten mit dem Begriff der Europäischen Methodenlehre umschrieben.¹² Daß es dabei um eine Methodenlehre des Europäischen Rechts geht, wie der Begriff der „europarechtlichen Methodenlehre“ hervorheben soll, versteht sich hier so wie bei dem allgemeinen Begriff der Methodenlehre. Die Kennzeichnung als „gemeineuropäisch“ weist auf der anderen Seite eher auf die Gemeinsamkeiten der *nationalen Methoden* europäischer Staaten (oder auch der Mitgliedstaaten) hin.¹³ Das ist zwar insoweit treffend, als das Europäische Recht weithin¹⁴ eine einheitliche (all-„gemeine“) Methodenlehre verlangt. Indes könnte der Begriff zu der Fehlvorstellung verleiten, es ginge um eine in den europäischen (Mitglied-) Staaten einheitliche Methodenlehre, die auch für das autonom-nationale Recht Geltung beansprucht. Ist auch nicht auszuschließen, daß es zukünftig zu einer solchen Konvergenz der nationalen Methoden kommen wird, so ist das doch derzeit nicht abzu- sehen.

11 So für das nationale Schuldrecht *Canaris*, Schuldrecht II/2 (1994), S. Vf.

12 Ebenso *Häberle*, Europäische Verfassungslehre (4. Aufl. 2006), S. 270–272; *Köndgen*, GPR 2005, 105.

13 Ungeachtet weithin bestehender Übereinstimmung unterscheidet sich daher die von *Vogelbauer*, ZEuP 2004, 234–263 skizzierte „gemeineuropäischen“ Methodenlehre von dem vorliegenden Ansatz darin, daß dort Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte zentrale Bedeutung beigemessen wird (S. 246–252) und die „konstruktiv-dogmatischen“ Elemente erst „zu guter Letzt“ eine Rolle spielen (S. 253).

14 Bei der richtlinienkonformen Auslegung geht es hingegen um die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an die mitgliedstaatliche Methodenlehre.

1. Teil: Grundlagen

§ 2 System und Auslegung im klassischen römischen Vertragsrecht

Jan Dirk Harke

Übersicht

	Rn.
I. Ein System des römischen Vertragsrechts?	1–29
1. Die herkömmliche Ansicht: Vom Typenzwang zur Vertragsfreiheit	1–9
2. Eine ‚unfruchtbare‘ Einteilung?	10–12
3. Die zeitliche Abfolge	13–16
4. Die Realverträge: Haftung aus Vorenthaltung	17–20
5. Die Stipulation: Verpflichtung aus Rechtsfolgenanordnung	21–22
6. Die Konsensualverträge: Verpflichtung aus Bestimmung des Geschäftsgegenstands	23–27
7. Ergebnis	27–29
II. Auslegung im römischen Vertragsrecht	30–38
1. <i>Quod actum est</i> und der Gegensatz von <i>verba</i> und <i>voluntas</i>	30–33
2. Auslegungsregeln	34–35
3. Funktion der Auslegung	36–37
4. Ergebnis	38

Literatur: *Christian Baldus*, Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft, 1998; *Giuseppe Gandolfi*, Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano, Mailand 1966; *Max Kaser*, *Divisio obligationum*, in: Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, Köln u.a. 1986 S. 155–172; *Jan Dirk Harke*, *Si error aliquis intervenit* – Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht, Berlin 2005, *ders.*, *Societas* als Geschäftsführung und das römische Obligationensystem, TR 73 (2005) 43–66; *André Magdelain*, Le Consensualisme dans l'édit du prêteur, Paris 1958; *Alberto Maschi*, La categoria dei contratti reali, 1973; *Watson*, The origins of consensual sale, TR 32 (1964) 245–254; *Franz Wieacker*, Zum Ursprung der *bonae fidei iudicia*, SZ 80 (1963) 1–41; *Joseph Georg Wolf*, Per una storia della emptio venditio: l'acquisto in contanti quale sfondo della compravendita romana, IVRA 52 (2001) 29–56; *Hans Julius Wolff*, Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts, SZ 74 (1957) 26–72.

I. Ein System des römischen Vertragsrechts?

1. Die herkömmliche Ansicht: Vom Typenzwang zur Vertragsfreiheit

- 1 Das herkömmliche, ja ganz unumstrittene Bild der gemeineuropäischen Vertragsrechtentwicklung ist das einer Abfolge von Typenzwang und inhaltlicher Vertragsfreiheit:¹ Während das römische Recht die Parteien eines Schuldvertrags auf einen *numerus clausus* zulässiger Vertragstypen festgelegt habe, sei diese Bindung zunächst im Mittelalter gelockert,² in der Neuzeit durch die Herausbildung eines typenübergreifenden Vertragsbegriffs³ überwunden worden. Grundlage dieser Ansicht ist die römische Unterscheidung zwischen klagebewehrten *contractus* und einfachen *pacta*: Jene konnten von den Kontrahenten aktiv durch Erhebung einer Klage (*actio*), diese nur im Wege der Verteidigung mit einer Einrede (*exceptio*) durchgesetzt und daher nicht zum Träger einer Leistungspflicht werden.⁴ Sie war das Merkmal der *contractus*, die entsprechend ihrem Abschlußmodus wiederum in vier Gruppen, namentlich danach eingeteilt wurden, ob sie durch Sachhingabe (*re*), mündliche Wortformel (*verbis*), Schriftakt (*litteris*) oder einfache Einigung (*consensu*) zustande kamen. An diesen Kriterien orientiert sich zumindest der in der Mitte des 2. Jahrhunderts wirkende Schuljurist Gaius in seinem zur einzigen Originalquelle der römischen Rechtsliteratur gewordenen Anfängerlehrbuch, den *institutiones*:

Gai 3.88

Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. (89) Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.

(90) Re contrahitur obligatio velut mutui datione ... (91) Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest SI PARET EUM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. ... sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.

(92) Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO ... FACIES? FACIAM. ...

1 Vgl. nur Kaser, Das römische Privatrecht, Bd. 1 (2. Aufl. 1971), S. 477, Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. 1 (1985), S. 398ff., Honsell/Mayer-Maly/Selb, Römisches Recht (4. Aufl. 1987), S. 250, Zimmermann, The Law of Obligations, S. 508ff.

2 Vgl. hierzu vor allem Söllner, Die *causa* im Kondiktionen- und Vertragsrecht des Mittelalters, in: SZ 77 (1960) 182ff., Dilcher, Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht, SZ 77 (1960) 270 ff.

3 Vgl. hierzu vor allem Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert (1985).

4 Vgl. D 2.14.7 Ulp 4 ed: *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. (1) Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. (4)... igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

(128) Litteris obligatio fit veluti in nominibus transscripticiis. fit autem nomen transscripticum duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam. (129) A re in personam transscriptio fit, veluti si id quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. (130) A persona in personam transscriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero ... (131) Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur: in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valet, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae rei facit obligationem. qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere. ...

(135) Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. (136) ideo autem istis modis consensu dicimus obligationis contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur ... (137) Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur alius promittat ...⁵

-
- 5 „Wir wollen jetzt zu den Verpflichtungen übergehen, deren Haupteinteilung in zwei Kategorien erfolgt: Jede Verpflichtung entsteht nämlich entweder aus Vertrag oder aus Delikt. (89) Und zunächst wollen wir die Verpflichtungen betrachten, die aus Vertrag entstehen. Hiervon gibt es vier Arten: Eine Verpflichtung wird nämlich entweder durch Sachhingabe, durch Wortformel, Schriftakt oder Konsens begründet. (90) Eine Verpflichtung durch Sachhingabe kommt zum Beispiel durch Darlehensgewährung zustande ... (91) Durch Sachhingabe wird auch verpflichtet, wer von einem anderen aus Versehen eine Leistung auf eine Nichtschuld erhält. Denn die Kondiktion mit der Formel: „Stellt sich heraus, daß er zu geben verpflichtet ist“ kann gegen ihn so angestrengt werden, als ob er ein Darlehen empfangen hätte. ... Aber diese Verpflichtung scheint nicht auf einem Vertrag zu beruhen, weil eine Verpflichtung eher aufheben als begründen will, wer mit der Absicht zu erfüllen zahlt.“ (92) Durch Wortformel kommt eine Verpflichtung im Wege von Frage und Antwort zustande, wie zum Beispiel: „Versprichst du, daß gegeben wird?“ – „Ich verspreche.“, „Wirst du geben?“ – „Ich werde geben.“ ... „Wirst du tun?“ – „Ich werde tun.“ (128) Durch Schriftakt entsteht eine Verpflichtung beispielsweise bei Forderungsumbuchungen. Dies geschieht auf zweifache Weise, entweder von einer Sache auf eine Person oder von einer Person auf eine andere Person. (129) Von einer Sache auf eine Person geschieht die Umbuchung zum Beispiel, indem ich als an dich ausgezahlt eintrage, was du mir aufgrund eines Kaufs, einer Miete oder aus Gesellschaft schuldest. (130) Von einer Person auf eine andere geschieht die Umbuchung beispielsweise, indem ich als an dich ausgezahlt eintrage, was Titius mir schuldet ... (131) Von anderer Art sind die sogenannten Kassenforderungen: Bei ihnen entsteht nämlich eine Real- und keine Litteralverpflichtung, weil sie nicht eher zustande kommen, als das Geld ausgezahlt ist, und seine Auszahlung eine Realverpflichtung begründet. Daher sagt man zu Recht, daß die Eintragung von Kassenforderungen keine Verpflichtung schafft, sondern nur Zeugnis einer schon begründeten Verpflichtung ist. (135) Durch Konsens entstehen die Verpflichtungen beim Kauf, bei der Verdingung, bei der Gesellschaft und beim Auftrag. (136) Wir sagen, daß diese Verpflichtung durch Konsens begründet werden, weil sie weder einer wörtlichen noch einer schriftlichen Formalität bedürfen und es genügt, wenn die Geschäftspartner einig sind ... (137) Ferner werden bei diesen Verträgen beide Vertragspartner einander dazu verpflichtet, was jeder dem anderen nach Treu und Glauben zu leisten schuldig ist, während bei den Verbalverpflichtungen der eine sich versprechen läßt, der andere verspricht ...“

1. Teil: Grundlagen

- 2 Mit der bloßen Einigung der Parteien begnügen sich der der Kauf (*emptio venditio*), der Auftrag (*mandatum*), die Gesellschaft (*societas*) und die Verdingung (*locatio conductio*), die den Platz von vier modernen Vertragstypen, der Miete und Pacht sowie des Dienst- und Werkvertrags, einnimmt.⁶ Als Eigenheit dieser nur auf *consensus* angewiesenen Verträge gilt Gaius außer ihrer formlosen Begründung, daß sie die Parteien beiderseitig und umfassend zur Leistung all dessen verpflichten, was sie einander nach Treu und Glauben (*bona fides*) schuldig sind.
- 3 Das Gegenmodell zu den Konsensualverträgen ist der auf mündliche Wortformel angewiesene Vertrag, der im einseitigen Schuldversprechen durch Stipulation besteht. Er kann jeden erdenklichen Inhalt haben und setzt zu seiner Gültigkeit nur voraus, daß der Gläubiger den Schuldner fragt, ob er eine bestimmte Leistung verspricht, der Schuldner diese Frage bejaht.
- 4 Der Vertrag, der durch Schriftakt zustande kommt, bedarf, um wirksam zu werden, einer vom Schuldner genehmigten Eintragung in das Hausbuch des Gläubigers. Ihr kommt entweder reine Beweisfunktion oder lediglich die Wirkung zu, daß eine bereits vorhandene Verpflichtung von ihrem Schuldgrund abstrahiert (*transscriptio a re in personam*) oder von einem anderem Schuldner übernommen (*transscriptio a persona in personam*) wird.
- 5 Die Kategorie der durch Sachhingabe begründeten Verträge exemplifiziert Gaius in seinen Institutionen durch das zinslose Darlehen (*mutuum*) und die Leistung auf eine Nichtschuld (*non debitum*), bemerkt aber sogleich, daß diese eigentlich gar kein Vertrag sei, weil der Leistende statt seiner Verpflichtung deren Aufhebung bezwecke. Frucht dieser Einsicht ist eine Neuverortung dieser Konstellation in der zweiten Auflage der Institutionen, den *aurea* oder *res cottidianae*, die von Gaius selbst verfaßt⁷ und herausgegeben⁸ worden sein können, vielleicht aber auch erst nach seinem Tod entstanden ist. Die Leistung auf eine Nichtschuld erscheint hier zusammen mit den Verpflichtungen aus Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotiorum gestio*), Vormundschaft (*tutela*) und Vermächtnis (*legatum*) als Element einer Zwischengruppe von Verpflichtungen, die weder aus Vertrag noch aus Delikt entstehen:⁹

D 44.7.5 Gai 3 aur

Si quis absentis negotia gesserit ... si vero sine mandato, placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum ... sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur ... (1) Tutelae quoque iudi-

6 Daß Gaius und die anderen klassischen Juristen den *consensus* nicht als Grundelement aller Verträge begriffen haben, nimmt zu Unrecht *Sargenti*, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, IVRA 39 (1988) 24 ff. an, der sich, abgesehen von D 45.1.137.1 *Venul 1 stip*, mit den entscheidenden Fällen des Konsensmangels gar nicht beschäftigt.

7 So *Kaser*, *Divisio obligationum*, S. 155, 156 f.

8 So *Nelson/Manthe*, *Gai. Institutiones III.88–181, Die Kontraktobligationen* (1999) S. 461, 464 f.

9 Daß diese Neueinteilungen in den von Gaius bekundeten Zweifeln an der Zuordnung der rechtsgrundlosen Leistung zu den Realverträgen schon angelegt ist, stellt *Kaser*, *Divisio obligationum*, S. 168 heraus.

cio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur ... sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. (2) Heres quoque, qui legatum debet, neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur: ... (3) Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur.¹⁰

Die beiläufige Bemerkung, daß die Verpflichtung aus Vormundschaft *quasi ex contractu* entspringe, hat den Anstoß zur Bildung einer eigenen Kategorie gegeben: In der dritten Fassung von Gaius' Lehrbuch, den 533 als Gesetz erlassenen Institutionen Kaisers Justinians, erscheinen die in den *aurea* abgesonderten Zwischenfälle gemeinsam mit den Verpflichtungen zur Aufhebung einer Bruchteils- oder Erbgemeinschaft als *obligationes quasi ex contractu*, die zusammen mit der Gruppe der *obligationes quasi ex delicto* die herkömmliche Zweiteilung von deliktischen und vertraglichen Verpflichtungen zu einer Vierergruppe¹¹ ergänzen:

6

IJ 3.27

Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus quae non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur. (1) Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum ... (2) Tutores quoque, qui tutelae iudicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur ... sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur... (3) Item si inter aliquos communis sit res sine societate ... (4) Idem iuris est de eo qui coheredi suo familiae eriscundae iudicio ... obligatus est. (5) Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intellegitur ... (6) Item is cui quis per errorem non debitum solvit quasi ex contractu debere videtur.¹²

10 „Führt jemand die Geschäfte eines Abwesenden ohne Auftrag, sind beide gleichwohl untereinander verpflichtet, und aus diesem Grund sind die Klagen eingeführt, die wir Geschäftsbesorgungsklagen nennen ... (1) Auch die, die mit der Vormundschaftsklage haften, scheinen nicht eigentlich aus Vertrag verpflichtet ... aber weil sie sicherlich nicht aus Delikt haften, scheinen sie gleichsam aus Vertrag zu haften. (2) Auch der Erbe, der ein Vermächtnis schuldet, scheint weder aus Vertrag noch aus Delikt verpflichtet ... (3) Auch wer eine versehentliche Leistung auf eine Nichtschuld erhält, wird wie aus einer Darlehensgewährung verpflichtet und haftet mit derselben Klage wie die Kreditnehmer ihren Gläubigern. Aber wer aus diesem Grund haftet, kann nicht als aus Vertrag verpflichtet angesehen werden: wer nämlich versehentlich leistet, gibt eher mit dem Vorsatz, eine Verpflichtung aufzulösen, als mit der Absicht, sie zu begründen.“

11 IJ 3.13.2: *Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.*

12 „Nach Aufzählung der Vertragsarten wollen wir die Schuldverhältnisse betrachten, die eigentlich nicht aus Vertrag entstehen, aber dennoch, weil sie ihre Geltung nicht aus einem Delikt schöpfen, gleichsam aus Vertrag entstehen. (1) Daher entstehen, wenn jemand die Geschäfte eines Abwesenden führt, zwischen beiden untereinander Klagen, die Geschäftsbesorgungsklagen genannt werden. ... (2) Auch die Vormünder, die mit der Vormundschaftsklage haften, sind nicht aus Vertrag verpflichtet ... aber weil sie sicherlich nicht aus Delikt haften, scheinen sie gleichsam aus Vertrag zu haften. (3) Ebenso wenn eine Sache, ohne daß eine Gesellschaft abgeschlossen worden ist, im Miteigentum steht ... (4) Dasselbe gilt für den, der ... zur Erbteilung verpflichtet ist. (5) Auch der Erbe scheint wegen eines Vermächtnisses

- 7 Mit der Ausgliederung der ungerechtfertigten Bereicherung aus dem Kreis der Realverträge geht seine Erweiterung um drei Vertragstypen einher, die in der Urfassung von Gaius' Institutionen noch nicht erscheinen.¹³ Es sind Leihe (*commodatum*), Verwahrung (*depositum*) und Pfandvertrag (*pignus*):

D 44.7.3, 5-6 Gai 2 aur¹⁴

Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur. (5) Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur. ... (6) Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur.¹⁵

Gemeinsam ist diesen Verträgen eine Verpflichtung zur Rückgabe der verliehenen, niedergelegten oder verpfändeten Sache, die sie mit der Pflicht des Darlehensnehmers zur Rückerstattung der Darlehensvaluta vergleichbar macht.

- 8 Daß die Realverträge die Hingabe von Sachen erfordern und auf ihre Rückgewähr gerichtet sind, macht sie den Austauschgeschäften ähnlich, die außerhalb des viergliedrigen Systems der *contractus* stehen. Ihre Bewältigung läßt zwei verschiedene Phasen erkennen. In einer ersten wird die Partei, die auf eine unklagbare Vereinbarung geleistet hat, bei Ausfall der erwarteten Gegenleistung zur Rückforderung mit Hilfe der *condictio causa data causa non secuta* zugelassen. In einer zweiten Phase, deren Beginn in die erste Hälfte des 2. Jahrhunderts fällt, kommt zum bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückgewähr der eigenen Leistung eine Klage auf die Gegenleistung hinzu.¹⁶ Dem an der Wende des 2. zum 3. Jahrhunderts wirkenden Spätklassiker Paulus gelten sie als alternativ zuständige Rechtsbehelfe:

D 19.5.5pr., 1 Paul 5 quaest¹⁷

... in hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicit potest. qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur. (§ 1) Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in

nicht eigentlich aus Vertrag verpflichtet ... (6) Ebenso scheint gleichsam aus Vertrag zu schulden, wer versehentlich auf eine Nichtschuld geleistet hat.“

13 Ihre Nichterwähnung in den Institutionen ist mit *Kaser, Divisio obligationum*, S. 166 Fn. 55 aus dem Charakter dieses Werks als „unbekümmerte Weglassung“ leicht zu erklären; anders *Magdelain, Le Consensualisme dans l'édit du préteur*, S. 97 f.

14 Ähnlich IJ 3.14.2–4.

15 „Auch der, dem wir eine Sache leihen, wird uns durch Sachhingabe verpflichtet, aber er haftet für die Rückgewähr derselben Sache, die er erhalten hat. (5) Auch der, dem wir eine Sache zur Verwahrung gegeben haben, wird uns durch Sachhingabe verpflichtet, und auch er haftet für die Rückgewähr derselben Sache, die er empfangen hat. (6) Auch der Gläubiger, der ein Pfand erhalten hat, haftet aus Sachhingabe, und auch er haftet für die Rückgewähr derselben Sache, die er empfangen hat.“

16 Für die zeitliche Einordnung ist die Kontroverse zwischen Aristo und dem noch unter Hadrian tätigen *Celsus filius* maßgeblich, der die Klage auf die Gegenleistung offenbar noch nicht kennt; vgl. D 2.14.7.2 Ulp 4 ed: *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συναλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. ...*

17 Vgl. zu diesem Text *Schmidt-Ott, Pauli Quaestiones* (1993), S. 215 ff.

qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.¹⁸

Da beide Ansprüche die Vorleistung des Klägers voraussetzen, erhielten die mit ihrer Hilfe sanktionierten Geschäfte in nachrömischer Zeit den Namen Innominatrealverträge. Schon im Mittelalter wurden sie den anerkannten *contractus* an die Seite gestellt und gemeinsam mit diesen zu den bekleideten, nämlich klagebewehrten, *pacta* zusammengefaßt. So schreibt der 1192 verstorbene Glossator Placentinus:

Pacta induta modis quinque vestiuntur: rebus ut mutuum, verbis ut stipulatio, literis, ut chirographum, consensu formatio in nomen speciale transeunte, ut venditio locatio, sed et lege dicta in re sua tradenda vestiuntur pacta. ...¹⁹

In der gewandelten Begrifflichkeit war die Entwicklung zur vertraglichen Inhaltsfreiheit bereits angelegt: Steht *pactum* nicht mehr wie bei den römischen Juristen für eine unklagbare Vereinbarung, sondern ist Oberbegriff für jede Einigung einschließlich der hergebrachten *contractus*, muß deren Privilegierung fragwürdig werden. Die weltliche Jurisprudenz des Mittelalters tendierte daher zu einer steten Ausweitung des Katalogs klagbarer *pacta*; die kirchliche schaffte den Sprung zum Satz: *pacta sunt servanda*, indem sie jeden Bruch einer Vereinbarung zur Sünde erklärte.²⁰ Die römischen *contractus* blieben in der Folge als Vertragstypen erhalten, waren aber ihrer exklusiven Stellung als Grundlage gewillkürter Verpflichtung beraubt.

2. Eine ‚unfruchtbare‘ Einteilung?

Vor dem Hintergrund dieser Daten scheint die positive Antwort auf die Frage, ob das mittelalterliche Vertragsrecht ein Modell des Typenzwangs abgelöst hat, zu selbstverständlich, als daß sie überhaupt einer Untersuchung lohnte. Weniger banal klingt dagegen die Frage nach Herkunft und Sinn des viergliedrigen römischen Vertragschemas. Ist es die Erfindung des Schuljuristen Gaius, der mit seinem einfach struk-

18 „Bei dieser Gelegenheit kann das Thema der Leistung um einer Gegenleistung willen insgesamt untersucht werden. Es umfaßt folgende Fälle: Entweder gebe ich, damit du gibst, oder ich gebe, damit du etwas tust, oder ich tue etwas, damit du gibst, oder ich tue etwas, damit du etwas tust. In diesen Fällen stellt sich die Frage, welche Obligation entsteht. Gebe ich Geld, damit ich eine Sache erhalte, liegt ein Kauf vor. Gebe ich aber eine Sache, damit ich eine Sache erhalte, dann entsteht, da der Tausch von Sachen nicht als Kauf gilt, zweifellos ein zivilrechtliches Schuldverhältnis, und zwar eine Klage, die nicht auf Rückforderung dessen gerichtet ist, was du erhalten hast, sondern darauf, daß du in das Interesse verurteilt wirst, daß ich am Erhalt deiner vereinbarten Leistung habe. Will ich aber meine Leistung zurückerhalten, kann ich das Geleistete zurückfordern, weil es zu einem Zweck gegeben und dieser ausgefallen ist ...“

19 Summa Codicis, zu CJ 2.3, S. 44 der Ausg. Mainz 1586 (Nachdruck Turin 1962). („Angenommene *pacta* werden auf fünffache Weise bekleidet: durch Sachhingabe wie das Darlehen, durch Wortformel wie die Stipulation, durch Schriftakt wie das *chirographum*, durch Konsens, sofern er einem bestimmten Vertragstyp entspricht, wie Kauf oder Verdingung; aber auch durch eine Vereinbarung bei der Übergabe werden *pacta* bekleidet.“)

20 Vgl. Dilcher, SZ 77 (1960) 270, 281 ff.

turierten Anfängerlehrbuch gar nicht nach wissenschaftlicher Anerkennung strebte, sondern dem Anfänger eine eingängige Darstellung des Rechtsstoffs bieten wollte? Hiergegen spricht, daß wir Gaius' Einteilung der Sache und auch teilweise dem Namen nach schon 150 Jahre eher bei dem kurz nach der Zeitenwende verstorbenen Frühklassiker Labeo finden:²¹

D 50.16.19 Ulp11 ed

Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam ‚agantur‘, quaedam ‚gerantur‘, quaedam ‚contrahantur‘: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod graeci συναλλαγια vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.²²

Daß Labeo anders als Gaius auf eine Erwähnung des Litteralvertrags verzichtet, findet seinen guten Grund darin, daß dieser keine schuld begründende Wirkung und daher eigentlich auch keinen Platz zwischen den anderen *contractus* hat.²³ Kann Gaius insoweit durchaus der Vorwurf mangelnder Einsicht in die Struktur vertraglicher Verpflichtungen gemacht werden, trüfe er im übrigen auch den als echten Wissenschaftler bekannten Labeo. Denn dieser führt ebenso wie Gaius Verträge auf, die *verbis* und *re* abgeschlossen werden, und stellt sie gleichfalls den Geschäften gegenüber, die gegenseitige Verpflichtungen zeitigen und als deren Beispiele ihm Kauf, Gesellschaft und Verdingung gelten. Ein Unterschied zu Gaius besteht nur insofern, als Labeo noch nicht von einem *consensu* abgeschlossenen Vertrag, insofern vielmehr von *contractus* spricht²⁴ und damit den Terminus gebraucht, den Gaius später als Oberbegriff für alle klagbaren Vereinbarungen einsetzt.²⁵

21 Anders als Kaser, *Divisio obligationum*, S. 160 möchte ich D 46.3.80 Pomp 4 QM dagegen nicht als Beleg für eine Verwendung des gaianischen Schemas bei dem noch deutlichen älteren Quintus Mucius gelten lassen; dagegen auch Cascione, *Consensus*. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche (2003), S. 412 f.

22 „Labeo definiert im ersten Buch über den Stadtprätor, was bedeutet, daß ‚verhandelt‘, ‚gehandelt‘ oder ‚vereinbart‘ wird; und ‚verhandelt‘ sei der Oberbegriff, sei es, daß etwas durch Wortformel oder Sachhingabe bewirkt werde, wie bei der Stipulation oder der Auszahlung; ‚vereinbart‘ sei die gegenseitige Verpflichtung, was die Griechen Synallagma nennen, wie der Kauf, die Verdingung und die Gesellschaft; ‚gehandelt‘ bezeichne einen Rechtsakt ohne Spracheinsatz.“

23 Sargenti, Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano, IVRA 38 (1987) 25, 32.

24 Daß er deshalb dem *consensus* der Parteien keine rechtliche Bedeutung beigemessen hat, erscheint mir entgegen Sargenti, IVRA 38 (1987) 25, 30ff., 50ff. unwahrscheinlich. Richtig ist allerdings, daß nach dem Wortlaut von D 50.16.19 nicht die *conventio*, sondern die beiderseitige Verpflichtung der Parteien entscheidend ist; vgl. Talamanca, La tipicità dei contratti romani fra *conventio* e *stipulatio* fino a Labeone, in: Milazzo (Hg.), *Contractus e pactum*. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-republicana (1990), S. 35, 96 und Gallo, Synallagma e *conventio* nel contratto, Bd. 1 (1992), S. 153f. Die Beiderseitigkeit der Verpflichtung geht jedoch Hand in Hand mit dem formfreien Abschlußmodus, der anders als die Verbal- und Realverträge nicht auf eine einseitige Verpflichtung von Versprechendem oder Sachempfänger festgelegt ist (vgl. unten 4., 5.).

25 Richtig d'Ors, *Creditum* und *contractus*, SZ 74 (1957) 73, 73ff. und Nelson/Manthe, Gai. Institutiones III.88–181, Die Kontraktobligationen, S. 466.

Hat die Einteilung in Real-, Verbal- und Konsensualverträge demnach Tradition und keine Wurzel im individuellen intellektuellen Versagen eines Lehrbuchautors des 2. Jahrhunderts,²⁶ drängt sich ihre Erklärung aus dem kasuistischen Charakter der römischen Rechtswissenschaft auf. So glaubt *Max Kaser*, die römischen Juristen hätten wenig Neigung zu tiefgängiger Systematik verspürt und das Vertragsschema als Produkt praktischer Rechtsanschauung entwickelt.²⁷ Dieser Ansicht liegt ein abschätziges Urteil über den dogmatischen Wert der Einteilung nach dem Abschlußmodus zugrunde. *Kaser* erklärt das hieraus gewonnene Schema für äußerlich und „dogmatisch wenig fruchtbar“²⁸.

11

Wie unhistorisch dieses Urteil ist, zeigt das Verhältnis von Leihe und Miete, deren Zuordnung nach ihrem Abschlußmechanismus aus moderner Sicht geradezu als Musterbeispiel verfehlter Systematik gelten kann: Da Leihe heute als unentgeltliche Gebrauchsüberlassung definiert, die Miete ihr entgeltliches Gegenstück ist, sind beide Verträge in die Kategorie der Gebrauchsüberlassungsverträge einzureihen und nach Ein- oder Doppelseitigkeit des Vertragsnutzens zu unterscheiden. Ganz anders das römische Pärchen aus *commodatum* und *locatio conductio*: Selbst wenn man davon absieht, daß die Verdingung zugleich die Funktionen des modernen Pacht-, Dienst- und Werkvertrags übernahm, bleibt ein fundamentaler Unterschied: Die *locatio conductio* verpflichtete den Vermieter zur Gebrauchsüberlassung als Dauerleistung. Das *commodatum*, das erst durch Sachhingabe zustande kam, verpflichtete den Verleiher dagegen nur dazu, eine Schädigung des Vertragspartners zu unterlassen. Die Gebrauchsgewährung war schon im Akt des Vertragsschlusses aufgehoben und nicht als Gegenstand einer vom Verleiher auch noch danach erbrachten oder geschuldeten Dauerleistung begriffen.²⁹ *Commodatum* und *locatio conductio* waren in ihrer Struktur also völlig unähnlich; und der Vertragsschlußmechanismus hatte eine über das äußerliche Geschehen hinausreichende Bedeutung. Als Differenzierungskriterium war er demnach gar nicht so ungeeignet, wie es heute auf den ersten Blick erscheint.

12

3. Die zeitliche Abfolge

Noch mehr leuchtet die Einteilung in Verbal-, Real- und Konsensualverträge ein, wenn man die zeitliche Abfolge ihrer Entstehung betrachtet:³⁰ Der älteste Vertrag ist die *verbis* abgeschlossene Stipulation, die ihren Ursprung in einem magischen Ritual gehabt haben könnte.³¹ Daß sie schon zur Zeit des 450 v. Chr. erlassenen Zwölfartengesetzes Rechtsschutz erfuhr, wird dadurch belegt, daß dieses Gesetz nach *Gaius*

13

26 Dies ist noch die Ansicht von *Schulz*, *Classical Roman Law* (1951), S. 469.

27 *Kaser*, *Divisio obligationum*, S. 171.

28 *Kaser*, *Das römische Privatrecht*, Bd. 2 (2. Aufl. 1971), S. 477.

29 Dazu *Harke*, *Freigiebigkeit und Haftung* (2006), S. 15 ff.

30 Daß die Einteilung der Verträge mit dem Ablauf ihrer Genese zusammenhängt, vermutet auch *Melillo*, *Contrahere, pacisci, transigere* (1994), S. 123f., der der Frage jedoch nicht weiter nachgeht.

31 Spekulationen hierzu bei *Düll*, *Zur römischen stipulatio*, *SZ* 68 (1951) 191, 196ff.

1. Teil: Grundlagen

Zeugnis mit der *actio per iudicis arbitrive postulationem* eine besondere Klage für Ansprüche einföhrte, deren namentlich erwähnter Rechtsgrund eine *sponsio* war:³²

Gai 4.17a

Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex XII tabularum de eo quod ex stipulatione petitur, eaque res talis erat. qui agebat sic dicebat: EX SPONSIONE TE MIHI X MILIA SESTERTIUM DARE OPORTERE AIO: ID POSTULO AIAS AN NEGES.³³

- 14 Am anderen Ende der Zeitfolge stehen die Konsensualverträge. Die aus ihnen entspringenden Klagen sind erstmals durch ein Zitat des 95 v. Chr. zum Konsul ernannten und 82 v. Chr. ermordeten Quintus Mucius (pontifex) in Ciceros *De officiis* bezeugt:

Cic off 3.70

Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.³⁴

Kauf, Verdingung, Gesellschaft und Auftrag erscheinen hier zusammen mit Vormundschaft und Verwaltungs- oder Sicherungstreuhand (*fiducia*) als Auslöser für ein *bonae fidei iudicium*. Es erlaubt die Verurteilung zu, was auch immer die Parteien nach Treu und Glauben einander schuldig sind (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*), und gestattet dem Richter so, das Leistungsprogramm der Kontrahenten nach seinem Ermessen festzulegen. Der Ursprung dieser Verfahrensart ist ungewiß. Er wurde früher zuweilen in der seit 242 v. Chr. bestehenden Fremdenprätur, einer Einrichtung für Prozesse mit Ausländerbeteiligung, vermutet.³⁵ Die von Quintus Mucius

32 Vgl. hierzu *Waldstein*, Haftung und *dare oportere*, FS Wesener (1992), S. 519, 528f.

33 „Durch Anforderung eines Richters klagte man, wenn das Gesetz angeordnet hatte, daß man auf eine Sache derart klagen sollte, zum Beispiel das Zwölf Tafelgesetz für das, was aus einer Stipulation gefordert wurde. Und dies geschah ungefähr folgendermaßen: Wer klagte, sprach so: ‚ICH BEHAUPTE, DASS DU MIR AUS EINEM VERSPRECHEN ZEHNTAUSEND SESTERZEN GEBEN MUSST, ICH FORDERE DICH AUF, DIES ZUZUGESTEHEN ODER ZU LEUGNEN‘. Der Gegner sprach, er sei nicht verpflichtet. Der Kläger sprach: ‚WENN DU LEUGNEST, FORDERE ICH DICH, PRÄTOR, AUF, DASS DU EINEN RICHTER ODER EINEN SCHIEDSRICHTER BESTELLST.‘“

34 „Zwar sagte Q. Scaevola, der Pontifex maximus, daß höchste Kraft in den Prozessen liege, in deren Formel ‚NACH TREU UND GLAUBEN‘ eingefügt sei, und er vertrat die Ansicht, daß der Begriff ‚Treu und Glauben‘ sehr weit gehe und in Vormundschafts-, Gesellschafts-, Treuhandverhältnissen, bei Aufträgen, Kaufverträgen und Verdingungen beachtet werde, durch die die Gesellschaft des Lebens zusammengehalten werde; in diesen Prozessen sei es Sache eines bedeutenden Richters zu entscheiden, was der eine dem anderen leisten müsse, zumal meist auch eine Widerklage gegeben sei.“

35 So *Kaser*, *Mores maiorum* und Gewohnheitsrecht, SZ 59 (1939) 52, 69ff.; *Kunkel*, *Fides* als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht, FS Koschaker (1939), Bd. 2, S. 12ff., *Pringsheim*, L'origine des contrats consensuels, in: *ders.*, Gesammelte Abhandlungen (1961), Bd. 2, S. 179, 190; dagegen *Wieacker*, Zum Ursprung der *bonae fidei iudicia*, SZ 80 (1963) 1,

genannten Klagen aus Vormundschaft und Treuhand waren jedoch gerade für römische Bürger gedacht;³⁶ und auch der unentgeltliche und daher vom Handelsverkehr ausgenommene Auftrag sowie die ebenfalls mit *bona-fides*-Klausel ausgestatten und bei Cicero andernorts³⁷ erwähnten Klagen wegen Geschäftsführung ohne Auftrag (*actio negotiorum gestorum*) und auf Rückgewähr einer Mitgift (*actio rei uxoriae*) sind schwerlich aus dem rechtsgeschäftlichen Kontakt mit Ausländern entstanden.³⁸ Unterscheiden sich die Mitgift- und die Treuhandklage im Formelwortlaut³⁹ und damit vielleicht auch im Entstehungszeitraum noch von den sonstigen *bonae fidei iudicia*, sind diese im übrigen von derart einheitlicher Struktur,⁴⁰ daß sie insgesamt oder doch zum Großteil gleichzeitig oder in nur geringem zeitlichen Abstand im späten dritten⁴¹ oder frühen zweiten⁴² vorchristlichen Jahrhundert geschaffen worden sein müssen.⁴³

Erst im Prinzipat können dagegen die *bonae fidei iudicia* für Leihe und Verwahrung entstanden sein.⁴⁴ Cicero erwähnt sie noch nicht, und Gaius führt sie als Alternative zu den auf eine Tatsache (*factum*) gestellten Klagen auf, mit denen Verleiher oder

15

11 ff., Watson, The origins of consensual sale, TR 32 (1964) 245, 253 f. und Fögen, Zufälle, Fälle und Formeln, Rg 6 (2005) 84, 91 f.; zurückhaltend auch Kaser, Das altrömische Jus (1949), S. 297 ff.

36 Hierauf weist Wieacker, SZ 80 (1963) 1, 40 hin.

37 Cic top 66: *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agere oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt.*

38 Altvivile Vorbilder für den Schutz der hier obwaltenden *fides* könnten auch der Grund für die Rezeption der ohne gesetzliche Grundlage entstandenen *bonae fidei iudicia* in das *ius civile* gewesen sein; vgl. Wieacker, SZ 80 (1963) 1, 27 ff., 40.

39 Die *actio fiducia* lautete offenbar auf *ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*; vgl. Cic off 3.70; die *actio rei uxoriae* ging auf *quod eius melius aequius erit*; vgl. Cic top 66.

40 Daß gerade ihre Klageformel den Anschluß an die formalistische Tradition erlaubte, glaubt Fögen, Rg 6 (2005) 84, 97 f.

41 Auf das 3. Jahrhundert, für das auch Watson, TR 32 (1964) 245, 253 ist, verweist Celsus' Zitat von Sextus Aelius, Konsul des Jahres 198 v. Chr. in einer Entscheidung zum Annahmeverzug beim Kauf; vgl. D 19.1.38.1 Cels 8 dig: *Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.* Ausführlich zur Diskussion um die Bedeutung des Textes Cascione, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche* (2003), S. 305 ff.

42 Vorausgesetzt ist der consensuale Kauf offenbar bei den Vorschlägen zur Vertragsgestaltung in Catos *De re rustica* aus der Mitte des zweiten Jahrhunderts; vgl. zur Diskussion um diese Quelle Cascione, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche* (2003), S. 249 ff.

43 Wieacker, SZ 80 (1963) 1, 13, 34.

44 Maschi, La categoria dei contratti reali, S. 152 ff. Magdelain, Le Consensualisme dans l'édit du prêteur, S. 107 will ihre Einführung sogar erst nach Julian und damit in die Mitte des 2. Jahrhunderts datieren.

1. Teil: Grundlagen

Niederleger die Rückgabe der verliehenen oder in Verwahrung gegebenen Sachen verlangen konnten:⁴⁵

Gai 4.47

Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. illa enim formula, quae ita concepta est:

IUDEX ESTO.

QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEA DEPOSITA, QUA DE RE AGITUR,

QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA,

EIUS [IDEM] IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO.

SI NON PARET, ABSOLVITO,

in ius concepta est. at illa formula, quae ita concepta est:

IUDEX ESTO.

SI PARET AULO AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEA DEPOSITA DOLO MALO NUMERII NEGIDIUM AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE,

QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO.

SI NON PARET, ABSOLVITO,

in factum concepta est. similes etiam commodati formulae sunt.⁴⁶

Da die ‚Tatsachenklagen‘ neben den weitergehenden *bonae fidei iudicia* überflüssig waren, müssen sie die älteren und direkten Nachfahren der Strafklagen sein,⁴⁷ mit denen Leihe und Verwahrung ursprünglich sanktioniert wurden. Für die Verwahrung

45 Daß die fehlende Erwähnung der *actio commodati* in der Aufzählung der *bonae fidei iudicia* in Gai 4.62 nicht überzubewerten ist, zeigt *Maschi*, *La categoria dei contratti reali*, S. 229.

46 In manchen Fällen verkündet der Prätor sowohl eine auf eine Tatsache bezogene als auch eine auf das Recht bezogene Formel, wie zum Beispiel bei Verwahrung und Leihe. Die Formel, die so lautet:

„Du sollst Richter sein.

Was das anbelangt, daß Aulus Agerius dem Numerius Negidius einen silbernen Tisch in Verwahrung gegeben hat,

was auch immer Numerius Negidius wegen dieser Sache dem Aulus Agerius zu geben und zu leisten verpflichtet ist aus Treu und Glauben,

in dies sollst du, Richter, den Numerius Negidius dem Aulus Agerius verurteilen.

Wenn es sich nicht herausstellt, spricht ihn frei.“

ist auf das Recht bezogen. Die Formel, die so lautet:

„Du sollst Richter sein.

Wenn sich herausstellt, daß Aulus Agerius dem Numerius Negidius einen silbernen Tisch in Verwahrung gegeben hat und dieser aus Verschulden des Numerius Negidius dem Aulus Agerius noch nicht zurückgegeben worden ist,

verurteile du, Richter, den Numerius Negidius, dem Aulus Agerius zu so viel Geld, wie die Sache wert ist.

Wenn es sich nicht herausstellt, spricht ihn frei.“

ist auf eine Tatsache bezogen. Ähnlich sind die Formeln der Leiheklage.

47 *Magdelain*, *Les actions civiles* (1954), S. 48 Fn. 1, *Wieacker*, *SZ* 80 (1963) 1, 5.

ist eine solche Strafklage sogar schon als Gegenstand des Zwölf Tafelgesetzes belegt,⁴⁸ für die Leihe nur zu vermuten. Der Übergang zu den vom Strafgedanken befreiten und auf bloße Rückgabe des anvertrauten Guts gerichteten ‚Tatsachenklagen‘ kann einerseits erst nach Einführung des Formularprozesses durch die 242 v. Chr. geschaffene Fremdenprätur erfolgt sein. Denn erst mit dieser Einrichtung kam die im Zeitalter des älteren Legisaktionenprozesses unbekannte Schöpfung von ‚Tatsachenklagen‘ durch den Gerichtsmagistrat auf.⁴⁹ Andererseits muß deren Einführung für Leihe und Verwahrung aber noch vor der Welle der *bonae fidei iudicia* stattgefunden haben, weil ohne einen älteren Klageschutz für Leihe und Verwahrung durch ‚Tatsachenklagen‘ kein Anlaß bestanden hätte, diese Verträge von der Ausstattung mit einem *bonae fidei iudicium* auszunehmen. Hält man diesen *dies quo ante* und jenen *dies post quem* zusammen, ist die Entstehung der älteren ‚Tatsachenklagen‘ aus Leihe und Verwahrung in der zweiten Hälfte des 3. Jahrhunderts v. Chr. anzusetzen.⁵⁰ In dessen erste Hälfte fällt wahrscheinlich auch die *lex Silia* und mit ihr die Einführung der *legis actio per condictionem*, Urform der heute noch so genannten ‚Konditionen‘. Diese Klage war abstrakt gefaßt, kam also ohne Nennung des Schuldgrundes aus, und war daher geeignet, dem bislang unklagbaren, vielleicht nur indirekt über das Deliktsrecht⁵¹ zu verfolgenden Darlehen zur rechtlichen Durchsetzung zu verhelfen.⁵²

Die Realverträge stehen damit in der Mitte zwischen der verbalen Stipulation und den Konsensualverträgen. Zur Zwölf Tafelzeit, als die Stipulation schon als eigenständiger Verpflichtungsgrund anerkannt war, dienten sie allenfalls als Anknüpfungspunkt für eine deliktische Haftung. Noch vor der Einführung der Konsensualverträge, in deren Prozeßschema des *bonae fidei iudicium* sie nur teilweise und auch erst nachträglich eingefügt wurden, waren sie jedoch schon als außerdeliktische Schuldverhältnisse ausgebildet und mit Klagen bewehrt, die den unberechtigten Verbleib der Darlehensvaluta, Leih- oder niedergelegten Sachen beim Empfänger sanktionierten. Die vermeintlich unbedarfte Einteilung in Real-, Verbal- und Konsensualverträge ist demnach zumindest als historische sinnvoll. Denn sie sondert drei Gruppen von Verträgen nach ihrer Entstehungszeit. Ist diese auch für ihre jeweilige Struktur bestimmend, könnte das klassische Vertragsschema darüber hinaus auch den Anspruch erheben, von dogmatischem Wert zu sein.

16

48 XII T 8.19; vgl. Coll 10.7.11 Paul: *Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.*

49 Vgl. Gai inst 4.11: *Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur ...*

50 Ganz anders *Maschi*, *Contratti reali*, S. 154 ff., der sie aufgrund der *Tabula Heraclensis*, *Lex Iulia municipalis* sogar erst in die Zeit nach 45 v. Chr. einordnen will, aber nicht erklären kann, warum sie nicht schon im ersten Zuge mit *bonae fidei iudicia* ausgestattet wurden.

51 So *Kaser*, *Altrömisches Jus* (1949), S. 287.

52 *Kaser*, *Das römische Privatrecht*, Bd. 1 (2. Aufl. 1971), S. 170, *Maschi*, *La categoria dei contratti reali*, S. 138 ff.

4. Die Realverträge: Haftung aus Vorenthaltung

- 17 Gemeinsames Merkmal der Realverträge ist ihre Konzentration auf die Rückforderung von Sachen, die einer der Vertragspartner dem anderen überlassen hat:⁵³ Der einzige Anspruch, der aus einem Darlehen (*mutuum*) entstehen konnte, war stets der Anspruch des Darlehensgebers auf Rückgewähr der Darlehensvaluta. Daneben gab es weder ein Recht des Darlehensnehmers auf ihre Auszahlung noch einen Anspruch des Darlehensgebers auf Zinsen als Entgelt für die Überlassung. Ganz ähnlich verhält es sich mit Leihe (*commodatum*) und Verwahrung (*depositum*): Die ‚Tatsachenklage‘, mit der die Sanktion beider Verträge begann, läßt nur Raum für die Verurteilung des Entleihers und des Verwahrers, die eine ausgeliehene oder niedergelegte Sache nicht zurückgeben. Gegenansprüche, gerichtet auf den Ersatz von Aufwendungen oder des Schadens, den die überlassene Sache bei ihrem Empfänger angerichtet hatte, wurden erst mit der Einführung der *bonae fidei iudicia* für Leihe und Verwahrung im Prinzipat klagbar. Mit ihnen wurde der bisherige Vertragsmechanismus jedoch nur um ein Bereicherungs- und Schädigungsverbot erweitert und änderte sich nichts daran, daß Leihe und Verwahrung auf die Rückgewähr des anvertrauten Gutes fixiert waren: Da das *commodatum* erst mit Übergabe der Leihsache zustande kam, gab es nach wie vor keinen Anspruch des Entleihers auf ihre Überlassung; und der Verwahrer konnte allenfalls Aufwendungs- und Schadensersatz, aber kein Entgelt für die Aufbewahrung der niedergelegten Sache fordern.
- 18 Die Konzentration des Schuldverhältnisses auf die Rückgewähr überlassener Sachen verbindet die Realverträge mit dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, wie er aus der Zahlung einer Nichtschuld entsteht. Daß Gaius diesen Fall zunächst den Realverträgen zuordnet und die bei dieser Gelegenheit geäußerten Bedenken erst in der Neuauflage des Lehrbuchs zur Ausgliederung des Bereicherungsanspruchs aus dem Vertragsrecht führen, wirft ein Licht auf die Struktur der Ansprüche aus Realvertrag: Klagegrund ist jeweils nicht die Vereinbarung über Rückzahlung oder Rückgabe der überlassenen Valuta oder Sachen, sondern ebenso wie in den älteren Strafklagen die Unrechtmäßigkeit ihres weiteren Verbleibs bei ihrem Empfänger:⁵⁴ Wer ein Darlehen nicht rechtzeitig zurückzahlt, eine ausgeliehene oder in Verwahrung gegebene Sache länger behält, als er soll, steht so wie der Empfänger einer Leistung auf eine Nichtschuld. Er ist zur Rückgewähr verpflichtet, weil er ohne Rechtsgrund besitzt, sei es, daß die vorenthaltene Sache wie bei Leihe und Verwahrung fremd im sachenrechtlichen Sinn war, sei es, daß sie ihm wie beim Darlehen nicht mehr zusteht und für die Römer daher gleichfalls *aes alienum*, ‚fremdes Geld‘,⁵⁵ war.⁵⁶

53 Entgegen *d'Ors*, SZ 74 (1957) 73, 76, 82 f. ist ihre Gruppe daher keineswegs heterogen.

54 Diesen Zusammenhang deckt *Kaser*, Das altrömische Jus (1949), S. 286ff. auf.

55 Vgl. D 50.16.213.1 Ulp 1 reg: ‚*Aes alienum* est, quod nos aliis debemus: ‚*aes suum* est, quod alii nobis debent.

56 Insofern richtig *d'Ors*, SZ 74 (1957) 73, 84 ff. und *Magdelain*, Le consensualisme dans l'édit du prêteur, S. 103, die im Vertrag nicht den eigentlichen Haftungsgrund für die *obligationes re contractae* erkennen wollen.

Sind die Realverträge des römischen Rechts Instrumente zur Rückgewähr und Abwehr einer ungerechtfertigten Bereicherung, liegt nahe, sie als Ausprägung eines antiken Vertragsschemas anzusehen, wie es vor allem das Vertragsrecht im griechischen Rechtskreis bestimmte:⁵⁷ Diesem war die Vorstellung einer Verpflichtung aus Leistungszusage fremd. Ihre Funktion übernahm die ‚Zweckverfügung‘, eine wirkliche oder auch nur fiktive Zuwendung des einen Vertragspartners an den anderen, die im Fall seines vertragswidrigen Verhaltens als rechtsgrundlos zurückgefordert werden konnte. Der rechtsfolgenbewehrte Teil des griechischen Schuldvertrags beschränkte sich damit auf die Bestimmung der Vermögensgegenstände, deren Herausgabe der Vertragspartner, der Opfer einer Vertragsverletzung des anderen war, beanspruchen konnte. Da sie dem Schuldner vom späteren Gläubiger wirklich überlassen worden waren oder zumindest als von ihm überlassen angesehen wurden, war die aus dem Vertrag entspringende Verpflichtung stets auf Rückgewähr eines Gegenstands gerichtet, der dem Gläubigervermögen zugerechnet und diesem zu Unrecht vorenthalten wurde.

Im griechischen Rechtskreis diente diese Konstruktion auch und vor allem der Sanktion von Austauschverträgen, bei denen als Folge der Nichterfüllung eines Vertragspartners entweder die wirkliche Vorleistung der anderen Seite oder eine fiktive Zuwendung zurückverlangt wurde, die sich an dem Wert der ausgebliebenen Gegenleistung orientierte. Dem gleichen Schema unterlagen im klassischen römischen Recht noch die schon erwähnten⁵⁸ Innominatrealkontrakte: Wer aufgrund einer unklagbaren Vereinbarung im Vertrauen auf den Erhalt einer Gegenleistung einem anderen etwas zugewendet hatte, konnte seine Vorleistung bei Ausfall der Gegenleistung mit der *condictio* zurückfordern, weil der Verbleib beim Empfänger unberechtigt war. Bei den eigentlichen Realverträgen ist ein Austauschverhältnis nach griechischem Muster allenfalls insofern denkbar, als beim Darlehen die Zuwendung eines höheren als des tatsächlich ausbezahlten Kreditbetrags fingiert wurde. Eine solche Praxis ist nicht auszuschließen, aber nicht belegt und anders als im griechischen Recht auch keineswegs unumgänglich, weil das römische Recht mit der Stipulation von vornherein über ein Mittel verfügte, Gegenleistungen wie Darlehenszinsen oder ein Verwahrungsentgelt klagbar zu machen. Die Rezeption des griechischen Vertragsmodells konnte sich daher auf die freigiebigen Verhältnisse des zinslosen Darlehens, der Leihe und der unvergüteten Verwahrung beschränken. Die gewöhnlich mit der Freundschaftspflicht beantwortete⁵⁹ Frage nach dem Grund für die Unentgeltlichkeit dieser Verträge ist daher von vornherein falsch gestellt: Es gibt keinen Grund dafür, daß diese Verträge unentgeltlich waren, sondern nur dafür, daß man das griechische Vertragsschema lediglich für die Rückgewähr einsetzte. Wollte man nicht zu einer Fiktion greifen,

57 Dessen Struktur haben *Pringsheim*, *The Greek Law of Sale* (1950), S. 245 ff. und vor allem *H. J. Wolff*, *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*, SZ 74 (1957) 26 ff. aufgedeckt. Zur Wirkung des griechischen Vertragsrechts auf die Philosophie Aristoteles' *Harke*, *Vorenthaltung und Verpflichtung* (2005), S. 11 ff.

58 S.o. I.

59 So unlängst noch *Salazar Revuelta*, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano* (1999), S. 41 ff., 91 ff. mwN.

konnte bloß die Rückgabe einer schon erfolgten Leistung begehrt werden; und die Fiktion einer weiteren Leistung erübrigte sich wegen der Möglichkeit einer Stipulation.⁶⁰

5. Die Stipulation: Verpflichtung aus Rechtsfolgenanordnung

- 21** Anders als die Realverträge, deren Muster sich auf drei Konstellationen der Sachüberlassung beschränkt, läßt sich die Stipulation nicht als Vertragstyp bezeichnen. Wegen ihrer Definition durch die Abschlußform und der Unbestimmtheit ihres Gegenstands ist sie vielmehr selbst ein ganzes Vertragsrecht, das jeden denkbaren Leistungsaustausch und jede einseitige Verpflichtung erfaßt. Sie ist Grundform der verpflichtungsbegründenden Leistungszusage und zugleich das Instrument, von dem die Römer zunächst exklusiven und umfassenden Gebrauch machten, um die Vereinbarung einer Leistung mit Haftung zu bewahren.⁶¹ Daß sie heute nicht mehr als solches wahrgenommen wird, vielmehr vor allem als Mittel erscheint, um Ansprüche aus anderen Verträgen leichter durchsetzbar zu machen oder durch Bürgschaftsübernahme abzusichern, liegt nur an der späteren Einführung klagbarer Konsensualverträge. Ohne sie hätte die Stipulation auch im klassischen römischen Recht ihre Bedeutung als umfassendes Verpflichtungsinstrument bewahrt, das allen erdenklichen Leistungsvereinbarungen rechtliche Absicherung verleihen kann.
- 22** Eigenheit der Stipulation und zugleich der Grund für ihre Ergänzung durch die Konsensualverträge war neben ihrer Formgebundenheit vor allem die Pflicht zur Präzision der ausbedungenen Leistung: Im Wortlaut des Stipulationsversprechens hatte der zugesagte Leistungsinhalt genauso zu erscheinen, wie er später einzuklagen war. Das Übereignungsversprechen, das durch Klage auf *dare oportere* einer bestimmten Sache durchgesetzt werden sollte, mußte auf *dare oportere* dieser Sache lauten; und auch das Versprechen, das die Übereignung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache oder eine Handlung des Schuldners haftungsbewehren sollte, hatte (obwohl die Klagformel auf *quidquid dare facere oportet* lautete) die zugesagte Leistung genau zu benennen. Die Parteivereinbarung mußte also, modern gesprochen, schon einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben und verlangte den Kontrahenten die Aufstellung eines präzisen Rechtsfolgenprogramms ab.⁶²

6. Die Konsensualverträge: Verpflichtung aus Bestimmung des Geschäftsgegenstands

- 23** Die entscheidende Erleichterung, die der Rechtsverkehr durch die Konsensualverträge erfuhr, bestand demnach nicht in der Überwindung der leicht einzuhaltenden Stipulationsform, sondern vielmehr in der Befreiung von dem Zwang, sich auf kon-

60 Daher kann entgegen *Fögen*, Rg 6 (2005) 84, 87 Fn. 20 auch keine Rolle spielen, daß man fremdnützigen Versprechen keine bindende Wirkung zumessen wollte.

61 *Pringsheim*, L'origine des contrats consensuels, in: *ders.*, Gesammelte Abhandlungen (1961), Bd. 2, S. 179, 189. Entgegen *Fögen*, Rg 6 (2005) 84, 86 war vor der Einführung der Konsensualverträge also nicht „wenig eingeschlossen und sehr viel ausgeschlossen“.

62 Vgl. auch *Harke*, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Römisches Recht, BGB und Schuldrechtsmodernisierung, JbJZivRWiss 2001, S. 29 ff.

krete Rechtsfolgen festzulegen. Die weite Klageformel des *bonae fidei iudicium*, mit dem alle Konsensualverträge ausgestattet waren, nötigte den Richter nicht zur Entscheidung über eine bestimmte Leistung. Sie erlaubte ihm vielmehr, das Leistungsprogramm selbst festzulegen, indem er das Verhalten der Parteien auf seine Vereinbarkeit mit Treu und Glauben prüfte.⁶³ Die Parteien waren zu jedem Handeln und Unterlassen verpflichtet, das die *bona fides* unter Vertragspartnern gebot, und haften, wenn ihr tatsächliches Verhalten hinter deren Vorgaben zurückblieb.⁶⁴ Die Anforderungen an den Vertragsschluß sanken so erheblich. Statt sich auf bestimmte Rechtsfolgen einigen zu müssen, konnten sich die Kontrahenten auf die Bestimmung des Geschäftsgegenstands beschränken. Besonders deutlich kommt dies in den Einleitungssätzen der Kapitel über die einzelnen Konsensualverträge in Gaius' Institutionenlehrbuch zum Ausdruck: Der Kaufvertrag ist darin von der Vereinbarung eines Kaufpreises, die Verdingung von der Einigung über Mietzins oder Arbeitslohn, die Gesellschaft von der Bestimmung ihres Geschäftsbereichs, der Auftrag von der des zu besorgenden Geschäfts abhängig gemacht:

(139) *Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit ...*

(142) *Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi. ...*

(148) *Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii, veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum. ...*

(155) *Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena; itaque sive ut mea negotia geras sive ut alterius mandaverim, contrahitur mandati obligatio ...*⁶⁵

Will man in diesem Schema eine Systematik ausmachen, muß man bei der Gesellschaft ansetzen. Sie ist im römischen Recht anders als heute nicht auf den Begriff der Förderung eines gemeinsamen Zwecks festgelegt. Wie Gaius' Beispiele möglicher Gesellschaftsformen zeigen, ist die *societas* viel konkreter als die Einigung über eine gemeinnützige Geschäftsführung definiert.⁶⁶ So ergänzt sie sich mit dem Auftrag, der in der Vereinbarung einer fremdnützigen Geschäftsführung besteht, und der *negotiorum*

24

63 Kaser, SZ 59 (1939) 52, 69.

64 Daß hierin und nicht in der Gewinnung einer ethischen Grundlage die Bedeutung des Verweises auf die *bona fides* lag, nimmt zu Recht Wieacker SZ 80 (1963) 1, 32, 34 an. Ähnlich Watson, TR 32 (1964) 245, 249, der glaubt, die Klagen aus dem konsensualen Kauf hätten zunächst dazu gedient, die von den Stipulationsverpflichtungen gelassenen Lücken zu füllen.

65 „Ein Kaufvertrag ist geschlossen, sobald man sich über den Preis einig ist ... (142) Eine Verdingung wird nach ähnlichen Regeln begründet; nur wenn ein Entgelt festgesetzt ist, ist eine Verdingung zustande gekommen. (148) Eine Gesellschaft gehen wir gewöhnlich entweder zum ganzen Vermögen oder zum Betrieb eines Handelsgeschäfts wie zum Kauf und Verkauf von Sklaven ein. ... (155) Ein Auftrag kommt zustande, wenn wir jemanden entweder in unserem eigenen oder im fremden Interesse mit einem Geschäft betrauen; daher wird eine Verpflichtung aus Auftrag begründet, wenn ich dir aufgabe, meine oder die Geschäfte eines anderen zu führen ...“

66 Grundlegend Wieacker, Das Gesellschafterverhältnis des klassischen Rechts, SZ 69 (1952) 302ff. Neuerdings auch Harke, *Societas* als Geschäftsführung und das römische Obligationensystem, TR 73 (2005) 43ff.

gestio, der unbeauftragten Geschäftsbesorgung, die zur gleichen Zeit oder wenig später als die Konsensualverträge mit einem *bonae fidei iudicium* ausgestattet worden ist⁶⁷ und sogar von den spätklassischen Juristen zuweilen noch *contractus* genannt wird.⁶⁸ Alle diese Geschäftsbesorgungsverhältnisse sind unentgeltlich, nicht nur der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, sondern auch die Gesellschaft, deren Mitglieder zwar durchaus zum eigenen Vorteil, aber nicht tätig werden, um Leistungen auszutauschen. Da ferner die Schenkung im klassischen römischen Recht überhaupt nicht als Schuldvertrag angesehen wurde, erfassen *societas*, *mandatum* und *negotiorum gestio* den gesamten Bereich unentgeltlicher Schuldbeziehungen. Sie machen sogar die älteren Realverträge, die alle Platz im *mandatum* haben, überflüssig und formen damit ein abschließendes Teilsystem für alle Verträge und vertragsähnlichen Konstellationen jenseits der Vereinbarung eines Leistungsaustauschs.

- 25** Daß dieser mit den beiden verbleibenden Konsensualverträgen auf bestimmte Typen, nämlich Kauf, Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag, beschränkt war, ist erst das Produkt der späteren Zerlegung der Verdingung (*locatio conductio*) in die vier modernen Formen der Sachüberlassung und Arbeitsleistung. Zwar haben auch die römischen Juristen schon besondere Regeln für einzelne Konstellationen der *locatio conductio* ausgebildet.⁶⁹ Sie haben insbesondere den heute Werkvertrag genannten Fall der Zusage eines Arbeitserfolgs von der Vereinbarung über einfache Arbeitsleistung unterschieden, die jetzt Dienstvertrag heißt, und die Überlassung einer beweglichen Sache oder eines städtischen Grundstücks zum Gebrauch von der Überlassung eines landwirtschaftlichen Grundstücks zur Fruchtziehung gesondert. Gerade der zuletzt genannte Anwendungsfall der *locatio conductio* zeigt jedoch, wie weit deren Potential reicht. Statt den Verpächter, den die Römer *locator* nannten, einfach zur Grundstücksüberlassung und den Pächter, der in Rom *conductor* hieß, auf die Zahlung des Pachtzinses zu verpflichten, entwickelten die römischen Juristen für die Überlassung landwirtschaftlicher Grundstücke ein kompliziertes Regime:⁷⁰ Der *conductor* schuldet außer der Zinszahlung noch die ordnungsgemäße Bewirtschaftung der Pacht-

67 Ihm ging allerdings entgegen *Magdelain*, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, S. 185 ff. wohl eine *actio in factum* für die spontane Prozeßvertretung voraus; vgl. *Lenel*, *Das edictum perpetuum* (3. Aufl. 1927), S. 102, *Seiler*, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht* (1968), S. 316 ff. und *Finazzi*, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I. Azione pretoria ed azione civile* (1999), S. 421 ff. Eine umgekehrte Entwicklung nimmt jetzt *Cenderelli*, *La negotiorum gestio I. Struttura, origini, azioni* (1997), S. 140 ff. an. Für die Datierung des *bonae fidei iudicium* will *Kreller*, *Das Edikt de negotiis gestis in der Geschichte der Geschäftsbesorgung*, FS Koschaker, 1939, Bd. 2, S. 193, 196, seine Nichterwähnung in *de officiis* 3.70, *Finazzi*, S. 167 ff. Ciceros Rede *Pro Quinctio* 61 fruchtbar machen, so daß die Einführung der Klage erst in Ciceros Schaffenszeit fiel. Ich halte diese Schlußfolgerungen nicht für zwingend und die Ähnlichkeit der Klage aus *negotiorum gestio* mit den übrigen *bonae fidei iudicia* für einen starken Hinweis auf ihr höheres Alter.

68 Vgl. die Äußerung des an der Wende vom 2. zum 3. Jahrhundert wirkenden Paulus in D 3.5.15 (7 Plaut).

69 Zur Unterscheidung der Anwendungsfälle der *locatio conductio* durch Labeo in D 7.8.12.6 Ulp 17 Sab *Fiori*, *La definizione della locatio conductio* (1999), S. 174.

70 Hierzu eingehend *Harke*, *Locatio conductio*, Kolonat, Pacht, Landpacht (2005), S. 9 ff.

sache,⁷¹ der *locator* neben ihrer Überlassung noch einen mäßigen Fruchtziehungserfolg: Da er stets in den Genuß des Sacherhalts durch Bewirtschaftung kam, mußte er bei außergewöhnlichen Erntefehlschlägen auf einen dem Minderertrag entsprechenden Teil des Pachtzinses verzichten.⁷² Möglich wurde diese Kombination von Überlassungs- und Arbeitsvertrag, die weniger dem Pachtvertrag im heutigen Sinn als vielmehr einem Betriebsführungsvertrag entspricht, deshalb, weil die Rollen von geld- und sachleistender Partei im Rahmen der *locatio conductio* nicht festgelegt waren: Der *locator* war in den miet- und dienstvertraglichen Konstellationen der Vertragspartner, der durch Gebrauchsüberlassung oder Arbeit die Sachleistung erbrachte und vom *conductor* die Geldleistung erhielt. Beim Werkvertrag war es dagegen der *conductor*, der die Ausführung der Sachleistung übernahm und den *locator* so zur Erbringung der Geldleistung verpflichtete. Bei der Überlassung landwirtschaftlicher Grundstücke schließlich finden wir die Geldleistung zwar einseitig zugewiesen, die in Grundstücksüberlassung und -bewirtschaftung bestehende Sachleistung aber auf beide Seiten verteilt. Die hierin zum Ausdruck kommende Flexibilität der *locatio conductio* offenbart, daß sie statt Vertragstyp vielmehr ein umfassendes Gebilde zur Bewältigung jeglichen Austauschs von Geld- und Sachleistung war. Daß sie in der römischen Rechtspraxis keine hervorragende Rolle spielte, lag allein an zwei externen Faktoren:⁷³ Zum einen kam der freien Lohnarbeit nur eine untergeordnete wirtschaftliche Bedeutung zu, weil Arbeitsleistungen überwiegend von Sklaven erbracht und die *artes liberales* genannten höheren Dienste aus Anstandsgefühl nicht in den Austauschverkehr einbezogen, sondern freiwillig zu honorieren waren. Zum anderen war aus dem Anwendungsbereich der *locatio conductio* der Austausch von dauerhafter Sachherrschaft gegen Geld ausgenommen und einem anderen *contractus*, der *emptio venditio*, vorbehalten.

Diese ist im Unterschied zur *locatio conductio* ein regelrechter Vertragstyp, nämlich ein weitgehend unflexibles, von archaischen Vorstellungen auf ein bestimmtes Leistungsbild festgelegtes Schuldverhältnis. Ihr Fortwirken zeigt sich in den zahlreichen Eigenheiten des römischen Kaufs, die in der modernen Forschung mit den Begriffen „Veräußerungscharakter“⁷⁴ oder „Barkaufprinzip“⁷⁵ belegt werden: Daß der römische Käufer die Preisgefahr schon ab Vertragsschluß trug,⁷⁶ der Verkäufer im Gegenzug wie ein Sachentleiher für die Bewachung (*custodia*) der Kaufsache einzustehen hatte,⁷⁷ daß dem Käufer ihre Früchte schon ab Vertragsschluß gebührten,⁷⁸ der Ver-

26

71 D 19.2.25.3 Gai 10 ed prov.

72 D 19.2.15.2-5, 7 Ulp 32 ed.

73 Vgl. Kaser, Das römische Privatrecht, Bd. 1 (2. Aufl. 1971), S. 568f.

74 So Ernst, *Periculum emptoris*, SZ 99 (1982) 216, 244 im Anschluß an Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts (8. Aufl. 1900), § 390, Bd. 2, S. 616.

75 So Kaser, Das römische Privatrecht, S. 547, J. G. Wolf, Barkauf und Haftung, TR 45 (1977) 1, 13f., ders., Per una storia della emptio venditio: l'acquisto in contanti quale sfondo della compravendita romana, IVRA 52 (2001) 29 ff.

76 D 18.6.8pr. Paul 33 ed.

77 D 18.6.3 Paul 5 Sab.

78 D 22.1.4.1 Pap 27 quaest.

käufer aber nicht zur Eigentumsverschaffung, sondern lediglich zur Verstattung des ungestörten Besitzes verpflichtet war⁷⁹ – all dies findet seinen Grund darin, daß die Kaufsache ab Vertragsschluß schon dem Vermögen des Käufers zugerechnet wurde. Die *emptio venditio* war damit kein reiner Distanzkauf, sondern lediglich ein in mancherlei Hinsicht, aber keineswegs vollständig gestreckter Barkauf. Ihre Atavismen sind historisch ohne weiteres dadurch zu erklären, daß es schon lange vor Einführung der Klagen aus dem konsensualen Kauf, ja sogar schon vor den Zwölftafeln ein *mancipatio* genanntes Ritualgeschäft⁸⁰ gab, das in klassischer Zeit reine Verfügungsfunktion und eigentumsübertragende Wirkung hatte, ursprünglich aber ein Barkauf gewesen sein muß.⁸¹ Das Fortleben dieses vertraglichen Urgesteins in der Barkaufstruktur der späteren *emptio venditio* hat diese zu einem Vertragstyp mit vielen Eigenheiten gemacht, der den Blick für die Systematik der Konsensualverträge verstellt:

- 27** Erkennt man in der *emptio venditio* keine systemtragende Schöpfung, vielmehr nur eine der Tradition geschuldete Ausnahme aus dem Anwendungsbereich der für den Leistungsaustausch eigentlich allein zuständigen *locatio conductio*, fügen sich die Konsensualverträge zu einem geschlossenen Entwurf, der nahezu die gesamte Breite vertraglicher Verpflichtungen überspannt: Auf der einen Seite stehen die Geschäftsführungsverhältnisse: Gesellschaft, Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag, die den Bereich der unentgeltlichen Schuldverhältnisse abdecken, auf der anderen die *locatio conductio*, die für den Leistungsaustausch zuständig ist und auf alle Vereinbarungen paßt, bei denen eine Sach- gegen eine Geldleistung umgesetzt wird. Heraus fallen aus diesem System neben den der *emptio venditio* zugewiesenen Kaufverträgen lediglich die archaischen Tauschgeschäfte nach dem Muster: ‚*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*‘. Daß sie außerhalb des klassischen Vertragsschemas durch eine Kondiktion wegen Zweckverfehlung sanktioniert wurden, stellt nicht den Befund eines umfassenden Systems der Konsensualverträge in Frage, zeigt aber, daß es moderner als die Rechtspraxis war, die auf den primitiven Tauschhandel nicht verzichten wollte.

7. Ergebnis

- 28** Bei näherem Hinsehen erweisen sich sowohl das herabsetzende Urteil über das römische Vertragsschema als auch das herkömmliche Bild vom Typenzwang im römischen Vertragsrecht als korrekturbedürftig: Erkennt man, daß Real-, Verbal- und Konsensualverträge nicht Elemente eines einheitlichen Ganzen, vielmehr zeitlich und sachlich voneinander getrennte Phänomene sind, kann man gleich drei Systeme ausmachen, die jeweils den Anspruch haben, die gesamte Breite vertraglicher Schuld-

79 D 19.4.1pr. Paul 32 ed. Vgl. zur fehlenden Übereignungspflicht Harke, *Si error aliquis intervenit*, S. 199 f.

80 Zu seiner Struktur J. G. Wolf, Funktion und Struktur der *mancipatio*, *Mélanges Magdelain* (1998), S. 501 ff.

81 Pringsheim, L'origine des contrats consensuels, in: *ders.*, Gesammelte Abhandlungen (1961), Bd. 2, S. 179, 189 ff., der in der Umstellung von wirklicher Preiszahlung auf deren Andeutung im Ritual einen Schritt in Richtung auf den konsensualen Kauf sieht.