

JAN ULRICH

Der Erbvertrag  
als Problem von  
Rechtswissenschaft

*Grundlagen der  
Rechtswissenschaft*

33

---

**Mohr Siebeck**

# Grundlagen der Rechtswissenschaft

herausgegeben von

Horst Dreier, Ulrike Müßig und Michael Stolleis

33





Jan Ulrich

# Der Erbvertrag als Problem von Rechtswissenschaft

Eine rechtswissenschaftsgeschichtliche  
Untersuchung vor dem Hintergrund der Geschichte  
eines allgemeinen Vertragsbegriffs

Mohr Siebeck

*Jan Ulrich*, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg und Aberdeen; 2013 zweite juristische Staatsprüfung; 2013–14 wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Gießen; 2014–15 wissenschaftlicher Mitarbeiter und 2016–17 Rechtsanwalt in einer großen Wirtschaftskanzlei; 2017 Promotion in Bayreuth; seit 2017 Richter in Hessen.

ISBN 978-3-16-155471-1 \ eISBN 978-3-16-159741-1 unveränderte Ebookausgabe 2020  
ISSN 1614-8169 (Grundlagen der Rechtswissenschaft)

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth im Wintersemester 2016/17 als Dissertation angenommen. Sie wurde für die Veröffentlichung überarbeitet. Dabei wurde auch, zuletzt im April 2017, die zitierte gegenwärtige Literatur, soweit erforderlich, aktualisiert und Literatur, die mir nach Einreichen der Arbeit bekannt geworden ist, vereinzelt in den Fußnoten berücksichtigt. Im Wesentlichen ist die Arbeit unverändert geblieben.

Herr Professor Dr. Bernd Kannowski, an dessen Lehrstuhl an der Universität Freiburg ich als wissenschaftliche Hilfskraft während meiner Studienzeit arbeiten durfte, hat die Arbeit betreut. Ich danke ihm herzlich für die Annahme als externer Doktorand in Bayreuth, für die Freiheit, die er mir bei der Erstellung der Arbeit ließ, und für die Erstellung des Erstgutachtens. Herrn Professor Dr. Diethelm Klippel danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie für wertvolle Hinweise und Anregungen. Ich danke beiden Gutachtern für die gewinnbringende Möglichkeit, an dem von ihnen gemeinsam veranstalteten Doktorandenseminar in Bayreuth teilzunehmen, in dessen Rahmen ich während der Entstehung dieser Arbeit mein Konzept vorstellen konnte.

Frau Professor Dr. Marietta Auer danke ich für die Gelegenheit, während eines großen Teils der Entstehungszeit dieser Arbeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an ihrer Professur an der Universität in Gießen arbeiten zu können, und für den großzügigen Freiraum, den sie mir dabei für die Arbeit an meiner Dissertation gewährte. Die Beschäftigung mit ihren Studien zur Ideengeschichte des Privatrechts gab mir Anregungen für meine Arbeit.

Ich danke der Universitätsbibliothek Marburg, namentlich Herrn Dr. Bernd Reifenberg, dafür, mir Digitalisate von Savignys Manuskript zu seiner Erbrechtsvorlesung zur Verfügung gestellt zu haben, sowie für die freundliche Erlaubnis, die im Anhang abgedruckten Digitalisate eines Blatts dieses Manuskripts zu veröffentlichen.

Den Herausgebern der Schriftenreihe „Grundlagen der Rechtswissenschaft“, Herrn Professor Dr. Horst Dreier, Frau Professor Dr. Ulrike Müßig und Herrn Professor Dr. Michael Stolleis, sowie Herrn Dr. Franz-Peter Gillig und dem Verlag Mohr Siebeck danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Schriftenreihe.

Meinen Freunden Catharina Minners, Christine Mattes, Florian Matthey-Prakash, Katharina Engels und Sonja Miletzki danke ich herzlich dafür, Teile dieser Arbeit im Vorfeld der Veröffentlichung Korrektur gelesen zu haben.

Besonders dankbar bin ich meinem Freund Felix Hoff, der mir auch während der Entstehungszeit meiner Dissertation zur Seite gestanden hat.

Frankfurt am Main, im Juli 2017

Jan Ulrich

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XIII
Einleitung.....	1
Erster Teil: Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts.....	19
<i>I. Der Vertrag als Übertragung oder Erwerb eines Rechts.....</i>	<i>22</i>
1. Grotius .....	22
a) Rechtliche Wirkung durch Rechtsübertragung.....	23
b) Die Konstruktion der Rechtsübertragung .....	27
c) Zwei Versprechensalternativen, zwei unterschiedliche übertragene Rechte .....	29
2. Pufendorf .....	38
a) Die einflussreiche unzutreffende Interpretation vom „Doppelkonsens“ .....	39
b) Die unzutreffende These vom besonderen Vertragsparadigma Pufendorfs .....	49
c) Willensvereinigung und doch kein „normativer Wille“ .....	54
d) Das jeweils übertragene Recht .....	57
e) Ergebnis.....	59
3. Thomasius.....	60
4. Heineccius.....	66
5. Wolff .....	68
a) Willensvereinigung: „conventio“, nicht „consensus“ .....	69
b) Rechtsübertragung.....	74
c) Zwei Obligationsalternativen, zwei verschiedene übertragene Rechte .....	78
d) Das „jus ad actum“ und die „particula libertatis“ .....	81
e) Das „jus ad rem“.....	82

f) Ergebnis .....	89
6. Lehrbücher der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts bis Kant .....	90
a) Darjes .....	90
b) Achenwall.....	95
c) Martini.....	97
d) Höpfner .....	98
e) Hufeland .....	99
f) Ergebnis .....	101
7. Kant.....	101
a) Die Bedeutung der Willensvereinigung bei Kant.....	104
b) Die durch Vertrag erwerbbaaren Rechte.....	116
c) Kein Traditionsprinzip zum Erwerb des Eigentums an einer Sache .....	121
d) Keine strikte Trennung von schuldrechtlicher und sachenrechtlicher Ebene .....	130
e) Ergebnis.....	132
8. Zeiller.....	133
9. Ergebnis .....	135
 <i>II. Konstruktionsmodelle des Erbvertrags</i> .....	136
1. Das Problem der Begründung des Testaments im Naturrecht.....	138
a) Erörterung einer naturrechtlichen Begründung des Testaments bei Pufendorf .....	139
b) Naturrechtliche Begründung des Testaments bei Wolff .....	141
c) Ergebnis.....	142
2. Der Erbvertrag in den Naturrechtssystemen des 17. Jahrhunderts? .....	142
a) Das Testament als konsensuales Geschäft unter Lebenden bei Grotius? .....	144
b) Der Erbvertrag bei Pufendorf? .....	150
3. Der Erbvertrag als „obligatorischer“ Vertrag .....	154
a) Der Erbvertrag in der Erbrechtskonzeption Wolffs.....	154
b) Der Erbvertrag bei Darjes.....	162
4. Der Erbvertrag als aufschiebend bedingte Eigentumsübertragung.....	169
a) Heineccius .....	169
b) Achenwall.....	171
c) Martini .....	172
d) Höpfner .....	175
e) Hufeland .....	176
f) Zeiller.....	177
g) Ergebnis.....	178

5. Der Erbvertrag im Erbrecht Kants.....	179
a) Das Testament.....	180
b) Der Erbvertrag und die Eigenständigkeit des Erbrechts .....	187
<i>III. Ergebnis .....</i>	<i>193</i>
<b>Zweiter Teil: Historische Schule und Pandektenwissenschaft.....</b>	<b>196</b>
<i>I. Der allgemeine Vertrag im Konzept der juristischen Tatsachen .....</i>	<i>197</i>
1. Savigny: Der Vertrag als juristische Tatsache.....	198
a) Privatrecht als System von Rechtsverhältnissen bzw. subjektiven Rechten .....	200
b) Die juristischen Tatsachen und ihre zwei verschiedenen Funktionen .....	204
c) Das subjektive Recht als Sein .....	206
d) Erkenntnistheorie als Interpretationshintergrund.....	210
e) Die juristische Tatsache als Ursache einer Rechtswirkung .....	221
f) Zeitliche Unmittelbarkeit der Rechtswirkung .....	226
g) Der Vertrag als allgemeine juristische Tatsache.....	231
h) Ergebnis.....	236
2. Zitelmann: „Rechtswelt“ durch „juristische Erkenntnistheorie“ .....	237
3. Allgemeine Aufnahme der Lehre von den juristischen Tatsachen .....	243
a) Lehre von den juristischen Tatsachen allgemein.....	243
b) Zeitliche Unmittelbarkeit der Rechtswirkung.....	246
c) Der allgemeine Vertragsbegriff.....	249
4. Windscheid: Auflösungserscheinungen innerhalb der Rechtswelt.....	257
a) Das subjektive Recht als Grundbegriff des Rechtssystems.....	258
b) Der Wandel der Definition des Rechtsgeschäfts .....	260
c) Ablehnung eines Unmittelbarkeitszusammenhangs bezüglich subjektiver Rechte .....	262
d) Ähnliche Tendenzen in der sonstigen Literatur .....	264
5. Enneccerus: „Simultanitätsprinzip“ am Ende des 19. Jahrhunderts.....	265
6. Rechtsgeschäft als Normsetzung statt Ursache subjektiver Rechte .....	268
a) Schuppe: Angriff auf die „metaphysisch- naturwissenschaftliche“ Jurisprudenz.....	270
b) Bierling: Rechtsgeschäft als Normsetzung .....	272
c) Rechtsgeschäft als Normsetzung in der übrigen Zivilrechtswissenschaft .....	275

7. Ergebnis .....	281
<i>II. Die Diskussion um die Konstruktion des Erbvertrags</i> .....	283
1. Frühe historische Rechtsschule .....	285
2. Eine neue Lehre vom Erbvertrag bei Hasse .....	289
a) Anwendung des neuen allgemeinen Vertragsbegriffs.....	290
b) Das aus dem Erbvertrag erworbene Recht.....	292
c) Ergebnis.....	293
3. Aufgreifen der Lehre Hasses durch Beseler .....	295
4. Der Erbvertrag bei Savigny.....	302
a) Der Erbvertrag in der Erbrechtsvorlesung .....	302
b) Der Erbvertrag im ersten Band des Systems.....	305
c) Der Erbvertrag in den weiteren Bänden des Systems .....	306
d) Ergebnis.....	311
5. Aufnahme der neuen Lehre vom Erbvertrag in der Literatur.....	312
a) Vereinzelt noch aufschiebend bedingtes Vollrecht an der Erbschaft .....	312
b) Umfangreicher Erfolg der neuen Lehre .....	314
c) An der neuen Konstruktion zweifelnde Stimmen.....	321
d) Ergebnis.....	324
6. Hartmanns Kritik der etablierten Lehre.....	325
a) Kritik der herrschenden Meinung .....	326
b) Alternativmodell aufbauend auf der Lehre von den juristischen Tatsachen.....	330
c) Ergebnis.....	333
7. Anhänger der Lehre Hartmanns?.....	334
a) Arndts .....	335
b) Unger.....	336
c) Förster.....	338
d) Ergebnis.....	339
8. Ablehnung der Lehre Hartmanns ohne Erörterung des Vertragsbegriffs .....	340
9. Ablehnung der Lehre Hartmanns und seines Vertragsbegriffs.....	346
a) Kein sofortiges Recht ohne tiefgehende Erörterung des Vertragsbegriffs .....	347
b) Windscheid: Lockerung der Ausrichtung auf ein subjektives Recht .....	348
c) Hofmann: Erbvertrag und nachrangige Rolle des subjektiven Rechts.....	350
10. Bierling: der Erbvertrag als Normsetzung mit einem „doppelten Charakter“ .....	352

III. Ergebnis .....	353
---------------------	-----

Dritter Teil: Zivilrechtswissenschaft im 20. und frühen 21. Jahrhundert .....	356
--	-----

I. Zivilrechtswissenschaft im frühen 20. Jahrhundert .....	356
--	-----

1. Manigk: Reformator und Apologet einer kausal bewegten Rechtswelt .....	357
2. Kipp: Der Überwinder einer kausal bewegten Rechtswelt? .....	364
3. Reaktionen auf Kipp I: Die Rechtswelt als kausal bewegte „Geisteswelt“ .....	376
a) Henle .....	377
b) Von Tuhr .....	380
c) Oertmann .....	382
d) Fischer .....	383
e) Weitere Stellungnahmen .....	384
4. Reaktionen auf Kipp II: Leugnung einer Wirklichkeit des Rechts .....	387
a) Peter .....	387
b) Anschluss an Peter in der Zivilrechtswissenschaft .....	392
5. Zwischenergebnis .....	394
6. Die Konstruktion des Erbvertrags .....	395
a) Sofortiges subjektives Recht aus dem Erbvertrag bei der Erarbeitung des BGB .....	396
b) Abkehr vom sofortigen subjektiven Recht in der Literatur .....	400
c) Erörterungen zur Konstruktion des Erbvertrags in der Literatur .....	403
7. Ergebnis .....	414

II. Zivilrechtswissenschaft nach dem Zweiten Weltkrieg .....	415
--	-----

1. Larenz: Die Willenserklärung als „Geltungserklärung“ .....	416
a) Larenz' Habilitationsschrift von 1930 und national- sozialistische Zeit .....	417
b) Fortführung der Lehre von der Geltungserklärung in der Bundesrepublik .....	425
2. Flume: „Das Rechtsgeschäft“ und das Ende der juristischen Tatsachen .....	431
3. Die Lehre von der Geltungserklärung in der Lehre seit den 1960er Jahren .....	436
4. Rückblick .....	442

5. Die Konstruktion des Erbvertrags .....	446
a) Vereinzelt besondere Konstruktionsversuche in den 1980er Jahren .....	448
b) Vereinzelter Rückgriff auf einen allgemeinen Vertragsbegriff.....	451
c) Übriges Schrifttum, insbesondere die Lehre von der „Doppelnatur“ .....	453
6. Ergebnis .....	457
Schluss .....	459
<i>I. Zusammenfassung</i> .....	459
<i>II. Abschließende wissenschaftsgeschichtliche Einordnung</i> .....	464
Anhang .....	471
Quellen- und Literaturverzeichnis .....	475
Personen- und Sachregister .....	525

## Abkürzungsverzeichnis

Achtz. Jh.	Das achtzehnte Jahrhundert. Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für die Erforschung des achtzehnten Jahrhunderts
ADB	Allgemeine deutsche Biographie, hrsg. durch die Historische Commission bei der königl. Akademie der Wissenschaften
AGB	Archiv für Geschichte des Buchwesens
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Am. J. Juris.	The American Journal of Jurisprudence
Ann. Ph. ph. G.	Annalen der Philosophie und des philosophischen Geistes von einer Gesellschaft gelehrter Männer
BayAVZ	Zeitschrift des Anwaltvereins für Bayern
Beitr. Erl. dt. R.	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
Beitr. Erl. preuß. R. Th. Pr.	Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts durch Theorie und Praxis
BerWissGesch	Berichte zur Wissenschaftsgeschichte
Can. J. L. Juris.	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
Can. J. Nl. St.	Canadian Journal of Netherlandic Studies
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DGZ	Deutsche Gerichtszeitung
DJT-Verh.	Verhandlungen des Deutschen Juristentages
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DRW	Deutsches Rechtswörterbuch
fhi	forum historia iuris
Gött. Anz.	Göttingische Anzeigen von gelehrten Sachen
GrünhutZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
Inst.	Institutionen
Iur. Lit.-Z.	Iuristische Literatur-Zeitung
Jb. Dogm. heut. röm. dt. Privatr.	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
Jb. dt. Rw. Gesetzg.	Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung
Jb. gem. dt. R.	Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts
Jb. Hist. Koll.	Jahrbuch des Historischen Kollegs
Jb. Univ. Breslau	Jahrbuch der schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

JheringJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
Krit. Jb. dt. Rw.	Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KS	Kantstudien
Lit. Cbl.	Literarisches Centralblatt für Deutschland
NDB	Neue deutsche Biographie, hrsg. durch die Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften
Neu. Cr. Nachr.	Neueste Critische Nachrichten
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
Öst. Vjs. R.-Stw.	Österreichische Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft
Ox. J. L. St.	Oxford Journal of Legal Studies
Philos. Quart.	The Philosophical Quarterly
Quad. Fior.	Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
Rg	Rechtsgeschichte – Legal History, Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte
RhMJ	Rheinisches Museum für Jurisprudenz
RJ	Rechtshistorisches Journal
Rom. L. Trad.	Roman Legal Tradition
Sächs. Arch. Bürg. R. Pr.	Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß
Scientia Poetica	Scientia Poetica. Jahrbuch für Geschichte der Literatur und der Wissenschaften
Sc. St. L.	Scandinavian Studies in Law
South. J. Philos.	The Southern Journal of Philosophy
Suff. U. L. Rev.	Suffolk University Law Review
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TRG	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'Historie du Droit/The Legal History Review)
Wm. & Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
Z. dt. R. dt. Rw.	Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft

## Einleitung

„In der Nachfolge der heiligen Väter also lehren wir alle übereinstimmend, unseren Herrn Jesus Christus als ein und denselben Sohn zu bekennen: derselbe ist vollkommen in der Gottheit und derselbe ist vollkommen in der Menschheit; derselbe ist wahrhaft Gott und wahrhaft Mensch aus vernunftbegabter Seele und Leib; [...];

ein und derselbe ist Christus, der einziggeborene Sohn und Herr, der in zwei Naturen unvermischt, unveränderlich, ungetrennt und unteilbar erkannt wird, wobei nirgends wegen der Einung der Unterschied der Naturen aufgehoben ist, vielmehr die Eigentümlichkeit jeder der beiden Naturen gewahrt bleibt und sich in einer Person und einer Hypostase vereinigt; [...].“<sup>1</sup>

Das sind auszugsweise in deutscher Übersetzung die Worte der Glaubensformel des vierten ökumenischen Konzils von Chalkedon aus dem Jahr 451.<sup>2</sup> Die Glaubensformel unternimmt es, den erbitterten Streit um Jesus' Natur als Jesus Christus der christlichen Kirche zu lösen und festzusetzen, wie das Verhältnis der beiden Wesenszüge Gott und Mensch im Jesus Christus zu bestimmen ist.<sup>3</sup> In der Glaubensformel der „Zwei-Naturen-Lehre“<sup>4</sup> wird mit den beiden Konzepten *Gott einerseits* und *Mensch andererseits* offenbar versucht, zu verbinden, was sich zunächst eigentlich als gegensätzlich darstellt. Im Bereich des Glaubens scheint eine so geheimnisvolle, rational schwer nachvollziehbare Verbindung zweier Naturen in einer Einheit, die aber doch eben irgendwie

---

<sup>1</sup> Übersetzung der Glaubensformel des Konzils von Chalkedon in *Denzinger*, Enchiridion, \*301 f., dort auch mit griechischem Text.

<sup>2</sup> Knappe Informationen zu dem Konzil bei *Denzinger*, Enchiridion, vor \*300; siehe zu dem Konzil selbst auch *Wohlmuth*, Conciliorum Oecumenicorum Decreta I, S. 76 f. (dort, S. 85 ff., die Glaubensformel mit griechischem und lateinischem Text und deutscher Übersetzung); siehe auch die Literaturangaben in der folgenden Fn.

<sup>3</sup> Siehe dazu etwa *Clauss*, Der Kaiser und sein wahrer Gott; im Überblick *Lauster*, Verzauberung, S. 120 ff.; *Krause*, in: Gehrke/Schneider, Geschichte der Antike, S. 469 f.; detailliert zur Glaubensformel *Grillmeier*, Jesus I, S. 751 ff.; siehe auch die Darstellung der Geschichte des spätantiken christologischen Streits bei *Jenkins*, Jesus Wars, ferner etwa *Rubenstein*, Jesus, der sich vor allem mit dem Streit um den Arianismus beschäftigt; gerade die letzten beiden Schriften sind wohl auch Beleg für die Faszination, die dieser Streit in der Spätantike auch in heutiger Zeit noch besitzt.

<sup>4</sup> Siehe *Clauss*, Der Kaiser und sein wahrer Gott, S. 8, als Bezeichnung für die Lehre der „Dyophysiten“.

keine bloße *Vereinigung* sein soll,<sup>5</sup> für eine juristische Dissertation hinnehmbar. Ausgangspunkt für die vorliegende juristische Untersuchung soll nicht die theologisch-dogmatische *Zwei-Naturen-Lehre* der Christologie sein. Ausgangspunkt dieser Arbeit ist eine juristisch-dogmatische Lehre des Erbrechts, bei der aber eine gewisse Parallele zur *Zwei-Naturen-Lehre* der Christologie zu finden ist.<sup>6</sup> Dabei liegen ohne Zweifel Welten zwischen der Brisanz der in dieser Arbeit behandelten Frage und der, die für viele Menschen die Frage nach der Natur des Erlösers der Christen besaß<sup>7</sup> oder auch heute noch besitzen mag<sup>8</sup>. Zwar behandelt auch die vorliegende Arbeit Fragen der Beeinflussung der Verhältnisse nach dem Tod einer Person durch diese selbst, aber bloß in Bezug auf ‚die auf Erden gesammelten Schätze‘<sup>9</sup>: Gegenstand dieser Arbeit ist der Erbvertrag.

Dem Erbvertrag wird in der gegenwärtigen rechtswissenschaftlichen Literatur ganz verbreitet eine „Doppelnatur“ zugeschrieben.<sup>10</sup> Die einzelnen Formulierungen variieren im Detail, eine repräsentative, gleichzeitig aber auch besonders prägnante ist darunter die folgende:

„Es handelt sich heute nach ganz h.M. um ein einheitliches Rechtsgeschäft mit Doppelnatur: einerseits Verfügung von Todes wegen, andererseits echter Vertrag.“<sup>11</sup>

An anderer Stelle wird neben der Betonung, dass es sich um einen echten Vertrag handle, zudem noch bekräftigt, dass eine „echte Verfügung von Todes

<sup>5</sup> Siehe etwa *Krause*, in: Gehrke/Schneider, *Geschichte der Antike*, S. 470, zum wesentlichen Element, dass die beiden Naturen nicht zu einer „verschmolzen“ werden; vgl. auch *Clauss*, *Der Kaiser und sein wahrer Gott*, S. 97; vgl. auch die Darlegung bei *Ratzinger*, *Einführung*, S. 197 ff.

<sup>6</sup> *Ph. Hartmann*, *Vertragliche Erbfolgeregelung*, S. 233 f., sieht das offenbar ebenso, wenn er, ohne zwar ausdrücklich den christologischen Streit anzusprechen, doch aber unter Verwendung der entsprechenden Terminologie, formuliert: „Standen sich im Erbvertragsrecht des bayerischen Landrechts zwei gleichsam *monophysitische* Rechtsfiguren gegenüber, die sich entweder fast ausschließlich nach Vertragsrecht oder nach Testamentsrecht richteten, so besitzt der Erbeinsetzungsvertrag des ALR *zwei Rechtsnaturen*, eine testamentarische und eine vertragliche, die gleichermaßen maßgeblich für die legislatorische Ausgestaltung des Instituts sind“ (Hervorhebungen von Verfasser).

<sup>7</sup> Siehe *Clauss*, *Der Kaiser und sein wahrer Gott*, S. 97 f., knapp zur Bedeutung der Frage für die Erlösung in der Argumentation von Mia- und Dyophysiten; siehe überdies zu den heftigen Auseinandersetzungen um diese Frage in der Spätantike etwa, unter bezeichnendem Titel, *Jenkins*, *Jesus Wars*; *Lauster*, *Verzauberung*, S. 122, hält für diese Konflikte gerade auch den Titel von Jenkins’ Buch für treffend.

<sup>8</sup> Vgl. nur *Ratzinger*, *Einführung*, S. 197 ff., zu „Jesus Christus – wahrer Gott und wahrer Mensch“.

<sup>9</sup> Vgl. demgegenüber zur Bewertung der ‚auf Erden gesammelten Schätze‘ im Matthäusevangelium, Matthäus 6.19: „Ihr sollt euch nicht Schätze sammeln auf Erden, wo sie die Motten und der Rost fressen und wo die Diebe einbrechen und stehlen.“

<sup>10</sup> Siehe dazu eingehend unten, im Dritten Teil, II. 5. c).

<sup>11</sup> *Keim*, in: Hausmann/Hohloch, *Handbuch Erbrecht*, Kap. 8 Rn. 2.

wegen“ vorliege.<sup>12</sup> Es scheint hervorgehoben werden zu müssen, dass eine solche Verbindung überhaupt möglich ist. Der Begriff der „Doppelnatur“ wird nun zwar in der Rechtswissenschaft nicht nur beim Erbvertrag verwendet, sondern vor allem auch beim Prozessvergleich.<sup>13</sup> Dort beschreibt er aber den Umstand, dass ein Vergleichsvertrag sowohl im Prozessrecht als auch im materiellen Recht Rechtsfolgen herbeiführen kann.<sup>14</sup> Das bedeutet also, dass sich die „Doppelnatur“ des Prozessvergleichs daraus ergeben soll, dass er in zwei grundsätzlich voneinander getrennten Rechtsbereichen – gleichsam in zwei Welten – Rechtsfolgen herbeiführen soll. Treffender wird ein solcher Prozessvergleich auch schlicht „doppelfunktionelle[r] Vertrag“ genannt.<sup>15</sup> Der Begriff „Doppelnatur“ ist damit beim Prozessvergleich verzichtbar. Dagegen bezieht sich die angebliche „Doppelnatur“ des Erbvertrags auf zwei Konzepte, die beide dem materiellen Recht angehören, nämlich Verfügung von Todes wegen und (materiellrechtlicher) Vertrag. Der Ausdruck der „Doppelnatur“ ist damit hier nicht ebenso verzichtbar wie beim Prozessvergleich.

Der Begriff der „Doppelnatur“ scheint beim Erbvertrag auch auf eine grundlegende dogmatische Schwierigkeit hinzudeuten. Denn der Begriff der Doppelnatur impliziert zunächst mit der „Doppeltheit“, dass eine „Zweiheit“ auf derselben Bedeutungsebene vorliegen und daraus eine besondere Einheit hervorgehen soll<sup>16</sup>. Darüber hinaus bedeutet der Begriff der *Doppelnatur* aber auch, dass eine *spannungsgeladene* Einheit vorliegt, weil diese Dopplung auf der Ebene der „Natur“ vorliegen soll. Mit dem Verständnis von „Natur“ als dem Wesen der Sache<sup>17</sup>, das einen Gegenstand definiert,<sup>18</sup> ist eine Dopplung eigentlich gerade nicht vereinbar. Mit der Beschwörung einer „Doppelnatur“ des Erbvertrags soll offenbar – ähnlich wie bei dem Konzept der Christologie – in einer von der ‚h.M.‘ kanonisierten Formel festgehalten und über jeden Streit erhoben werden, was sich nicht von selbst versteht, weil zwei grundsätzlich gegensätzliche Konzepte in einer Einheit zusammengeführt werden

---

<sup>12</sup> *Ebenroth*, *Erbrecht*, Rn. 246.

<sup>13</sup> Siehe etwa nur *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, § 129 Rn. 32; *Baumbach/Hartmann*, *ZPO*, Anhang § 307 Rn. 4; *Jauernig/Hess*, *Zivilprozessrecht*, § 48 Rn. 4; *Palandt/Sprau*, § 779 Rn. 29.

<sup>14</sup> Siehe zu dieser Bedeutung der „Doppelnatur“ nur etwa noch einmal *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, § 129 Rn. 32; *Baumbach/Hartmann*, *ZPO*, Anhang § 307, Rn. 4; *Jauernig/Hess*, *Zivilprozessrecht*, § 48 Rn. 4; *Palandt/Sprau*, § 779 Rn. 29.

<sup>15</sup> So *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht*, § 129 Rn. 32.

<sup>16</sup> *G. Husserl*, in: *Recht und Welt*, S. 221 ff.; was man vielleicht aber auch schlicht für selbstverständlich halten kann.

<sup>17</sup> Siehe zu dieser – vielleicht auch eigentlich selbstverständlichen – Bedeutung von „Natur“ nur etwa *Regenbogen/U. Meyer*, *Philosophische Begriffe*, S. 440.

<sup>18</sup> Siehe zu dieser allgemeinen Bedeutung etwa nur *Regenbogen/U. Meyer*, *Philosophische Begriffe*, S. 731.

sollen. Das Bemühen um diese sonderbare „Doppelnatur“ lässt also vermuten, dass eine *vertragliche Verfügung von Todes wegen* als nicht ohne Weiteres in das System des Zivilrechts einzuordnen wahrgenommen wird.

Das erstaunt allerdings vor dem Hintergrund des wohl üblichen Verständnisses von der historischen Entwicklung des allgemeinen Vertragsbegriffs: Denn es wird doch von prominenten Stimmen gerade für das deutsche Zivilrecht seit Savigny die Allgemeinheit des Vertragsbegriffs im System des Zivilrechts betont, der aus seiner vorher bestehenden Bindung an das „Obligationenrecht“ – im heutigen Sinn von „Schuldrecht“<sup>19</sup> – herausgeführt worden sei.<sup>20</sup> Der allgemeine Vertragsbegriff sollte sich danach doch auch unproblematisch etwa auf ein erbrechtliches Verhältnis beziehen können.<sup>21</sup> Bei hinreichendem Bemühen, den Begriff des Vertrags nicht auf den schuldrechtlichen Bereich zu beschränken,<sup>22</sup> würde man vordergründig also eine unproblematische Konstruktion des Erbvertrags aufgrund der allgemeinen Konzepte des Privatrechtssystems erwarten. Dagegen wäre ausgehend von unseren allgemeinen zivilrechtlichen Kategorien eine Konstruktion des Erbvertrags mithilfe eines bloß *schuldrechtlichen* Vertragsmodells ohne systematische Brüche schwer vorstellbar: Man würde sich wohl eine – im heutigen Sinn schuldrechtliche – Verpflichtung des Erblassers gegenüber dem Eingesetzten vorstellen, die nach dem Tod des Ersteren auf dessen gesetzlichen Erben überginge, welcher sie

---

<sup>19</sup> Siehe *Bucher*, in: Wiegand-FS, S. 95 ff, insbes. S. 108 ff., zur Ersetzung des Begriffs „Obligationenrecht“ durch „Schuldrecht“ (konkret dazu insbes. S. 112) und v.a. auch „Obligation“ durch „Schuldverhältnis“ in Deutschland im Lauf der Gesetzgebungen des 19. Jahrhunderts, abschließend mit dem BGB, der auch eine Ausweitung des Begriffs des Schuldverhältnisses über den der „Obligation“ hinaus beschreibt; auf die Bedeutung des Begriffs der Obligation, etwa in der Naturrechtslehre, geht der Beitrag nicht ein (vgl. S. 104 ff., wo allerdings immerhin u.a. CMBC, ALR und der Code civil angesprochen werden).

<sup>20</sup> Siehe *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 601 ff.; ähnlich auch *Coing*, Europäisches Privatrecht II, S. 275 f., S. 279; beide verstehen an der jeweiligen Stelle „Obligationenrecht“ bzw. „obligatorisch“ offenbar im heutigen Sinn von „Schuldrecht“ oder „schuldrechtlich“; ähnlich auch *Staudinger*<sup>2015</sup>/*Bork*, Vorbem. zu §§ 145–156 Rn. 9 f., der auch ausdrücklich von einer „über das Schuldrecht hinausgreifende[n], allgemeine[n] Vertragslehre“, die von Savigny entwickelt worden sei, spricht; zu Savignys ‚Ausdehnung‘ des Vertragsbegriffs über das „Obligationenrecht“ eingehender noch im weiteren Text der vorliegenden Arbeit.

<sup>21</sup> Siehe so insbesondere etwa auch *Coing*, Europäisches Privatrecht II, S. 279.

<sup>22</sup> Das scheint allerdings selbst in juristischen Dissertationen nicht immer einwandfrei zu gelingen, wenn *Karpf*, Selbstanfechtungsrecht, S. 135, wie selbstverständlich bei der Erörterung eines lebzeitigen „subjektiven Anspruch[s]“ des Eingesetzten in einem Erbvertrag ohne nähere Darlegung dieses unorthodox erscheinenden Ansatzes von einem „schuldrechtliche[n] Vertragselement der Einigung zwischen Erblasser und Vertragspartner“ spricht, das nicht vernachlässigt werden dürfe; die Ausführungen bei *Karpf*, Selbstanfechtungsrecht, S. 135 ff., die sich danach, S. 137, wieder ausdrücklich gegen schuldrechtliche Verpflichtungen des Erblassers ausspricht, sind aber insgesamt unklar, möglicherweise nimmt sie hier Gedanken Stöckers auf (zu dessen Konstruktion des Erbvertrags später noch im Text der vorliegenden Arbeit).

dann gegenüber dem „Vertragserben“ erfüllen müsste, womit letzterer aber kaum als *Erbe* im heutigen Verständnis erschiene.<sup>23</sup>

Man würde nun bei einem Blick in die Rechtsgeschichte doch erwarten, dass die Konstruktion eines Erbvertrags als vertragliche Verfügung von Todes wegen vor Savignys allgemeinem Vertragsbegriff und seiner Herausführung des Vertrags aus dem „Obligationenrecht“ – verstanden als „Schuldrecht“ im heutigen Sinn – problematisch sein müsste, danach aber problemlos aus diesem allgemeinen Vertragsbegriff gelingen müsste.

Allerdings wird diese Erwartung schnell enttäuscht, denn bereits in den Motiven zum ersten Entwurf des BGB findet man noch am Ende des 19. Jahrhunderts einen Hinweis auf „erheblich[e] Schwierigkeiten in Ansehung der sehr bestrittenen juristischen Konstruktion“ des Erbvertrags.<sup>24</sup> Noch in der heutigen Darstellung des Erbvertrags, die die „Doppelnatur“ beschwört, finden sich Hinweise auf einen früheren Streit um die juristische Konstruktion des Erbvertrags.<sup>25</sup>

„Der Erbvertrag ist ein **einheitliches Rechtsgeschäft** (allg[emeine] M[einung], s[iehe] Mot[ive] V 311 ff; nicht – wie vor allem von *Hartmann* zum gemeinen Recht vertreten – ein ‚Doppelgeschäft‘, bestehend aus einer einseitigen Verfügung von Todes wegen und einem nur äußerlich damit verbundenen vertragsmäßigen Widerrufsverzicht).“<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Siehe zur Gegenüberstellung einer solchen im heutigen Sinn schuldrechtlichen Vorstellung eines Erbvertrags und einem im heutigen Sinn erbrechtlich wirkenden Erbvertrags nur etwa *Ph. Hartmann*, Vertragliche Erbfolgeregelung, S. 40 ff., der zunächst meint, bei der Regelung im CMBC liege „der Gedanke nahe, der Erbvertrag des Codex gewähre dem Vertragspartner einen obligatorischen Anspruch auf Übereignung des Nachlasses gegenüber den Erben“ (er nennt dort auch zeitgenössische Schriftsteller, die dies so vertreten hätten; er spricht auch von einer „obligatorischen Auffassung des Erbvertrages“, S. 41 Fn. 103), um aber für den CMBC doch zum Ergebnis zu kommen, dass „der Vertragspartner eines unversellen Erbvertrags“ im CMBC „nicht lediglich einen obligatorischen Anspruch auf den Nachlaß des Vertragserblassers“ erhalte, „sondern er [...] sowohl beim pactum successorium mixtum als auch beim pactum successorium simplex selbst Erbe“ werde.

<sup>24</sup> *Mugdan*, Materialien V, S. 164.

<sup>25</sup> Praktisch identisch wie die sogleich zitierte Stelle im Übrigen schon *Staudinger*<sup>10/11</sup>/*Dittmann*, Vorbem. vor § 2274 Rn. 6; vgl. auch ähnlich mit Hinweis auf eine frühere Meinung *MüKo-BGB/Musielak*, Vor § 2274 Rn. 2, der sich dagegen wendet, den Erbvertrag als besondere Art des Testaments zu verstehen, wobei er als Vertreter einer solchen Ansicht auf *Hellwig* und *Werneburg* verweist; auch *Mayer*, in: *Reimann/Bengel/Mayer*, Testament und Erbvertrag<sup>6</sup>, Vor §§ 2274 BGB Rn. 5, betont, dass der Erbvertrag kein „Doppelgeschäft“ sei, wie die „frühere Testamentstheorie“ angenommen habe, hier nennt er auch *Hellwig* und *Werneburg*; vgl. auch *Eckbrecht*, Rechtsstellung, S. 53, gegen eine Auffassung „im älteren Schrifttum“ als Testament und Widerrufsverzicht (er nennt *Hellwig*); auch *Bengel*, in: *Dittmann/Reimann/Bengel*, Testament und Erbvertrag<sup>2</sup>, Vorbem. §§ 2274 ff. Rn. 3, hält es für nötig, zu betonen, dass der Erbvertrag kein „Doppelgeschäft“ sei.

<sup>26</sup> *Staudinger*<sup>2014</sup>/*Kanzleiter*, Einl. zu §§ 2274 ff. Rn. 4.

Die Lehre vom „Doppelgeschäft“ erscheint hier als *Anathema* im heutigen Erbvertragsdogma.

Dagegen findet sich aber in Bezug auf das klassische Naturrecht – also bezogen auf die Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts<sup>27</sup> – die entschiedene Aussage:

„Die Naturrechtslehre hat [...] Erbverträge [...] grundsätzlich und allgemein anerkannt.“<sup>28</sup>

Es wurde auch schon vertreten, dass gerade die Vertragslehre des Naturrechts für die Herausbildung des Erbvertrags von besonderer Bedeutung war.<sup>29</sup>

Vor diesem zunächst überraschenden Ausgangsbefund, der auf eine unproblematische Konstruktion des Erbvertrags in der klassischen Naturrechtslehre, aber Probleme der Erklärung des Erbvertrags in der Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts und noch in der Gegenwart hindeutet, möchte die vorliegende Arbeit herausfinden, ob und gegebenenfalls wie sich der Erbvertrag in Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts, historischer Rechtsschule und Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts und der Zivilrechtswissenschaft des 20. und frühen 21. Jahrhunderts ausgehend von dem jeweiligen allgemeinen Vertragsbegriff darstellen, also in das jeweilige System des Privatrechts einordnen ließ.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Siehe etwa nur *Meder*, Rechtsgeschichte, S. 261, zu „Naturrecht“ als Bezeichnung „historisch“ für die Zeit „etwa von Hugo Grotius (1583–1645) bis mindestens Christian Wolff (1679–1754)“.

<sup>28</sup> *Wesener*, in: Kroeschell-FS, S. 622; inhaltlich ebenso noch einmal *ders.*, in: Actes à cause de mort 2, S. 290, und *ders.*, ZRG GA 124 (2007), S. 638; ähnlich auch *Sellert*, HRG I<sup>2</sup>, „Erbvertrag“, Sp. 1390; auch *Klippel*, ZRG GA 101 (1984), S. 130, stellt knapp fest, „daß bei den meisten Naturrechtlern Einigkeit über die naturrechtliche Möglichkeit des Erbvertrags“ bestehe.

<sup>29</sup> So meinte etwa schon *G. Hartmann*, Erbverträge, S. 25 f., die Aufnahme des „sog. Erbinsetzungsvertrags“ in das gemeine Recht hänge zusammen mit „dem steigenden Ansehen naturrechtlicher (Hugo Grotius † 1645) Theorien, nach welchen ja jedem erklärten Consens als solchem, ohne Rücksicht auf Zweck und Inhalt die von den Parteien beabsichtigte Rechtswirkung zukommen soll“; im direkten Anschluss an ihn so noch in einer Dissertation von 1969 *Schulz-Zabel*, Erbvertrag, S. 20; eine Verbindung zur „vom ‚Naturrecht‘ behauptete[n] Klagbarkeit aller Verträge“ stellte auch schon *Dahn*, Deutsches Privatrecht I, S. 291, her; *Leonhard*, Kommentar Erbrecht, § 2274 I, meinte, die „bedenklich[e] Behauptung, daß alle Verträge naturrechtlich bindend sein müßten“, sei der Grund für die gewohnheitsrechtliche Anerkennung des Erbvertrags gewesen; siehe auch noch *Sticherling*, Schenkungen, S. 65, S. 96.

<sup>30</sup> *Vollmar*, Erbvertrag, S. 24, hat in ihrer Dissertation schon zutreffend darauf hingewiesen, dass bei der Analyse des Erbvertrags die „Entwicklung des allgemeinen Vertragsbegriffs“ zu berücksichtigen sei, ohne sich dann aber im Anschluss daran tiefergehend eben mit dieser Geschichte eines allgemeinen Vertragsbegriffs auseinander zu setzen.

Von jeweiligen „Epochen“ wird bewusst nicht gesprochen, um nicht zu behaupten, dass zu den jeweils untersuchten Zeiträumen nicht auch andere rechtswissenschaftliche Strömungen vorhandenen gewesen sein mögen, wie insbesondere etwa *Klippel*, ZRG GA 101 (1984),

Neben historischer Rechtsschule und Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts und der Zivilrechtswissenschaft des 20. und 21. Jahrhunderts erscheint es dabei schon deshalb sinnvoll, die Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts in die Untersuchungen einzubeziehen, weil ihr eine besondere Bedeutung in der Herausbildung eines allgemeinen Vertragsbegriffs zugeschrieben wird.<sup>31</sup> Zudem erscheinen diese Strömungen des rechtswissenschaftlichen Denkens auch in zeitlicher Hinsicht besonders geeignet für eine solche Untersuchung, da in der Literatur weithin angenommen wird, dass das Institut des Erbvertrags seit dem 17. Jahrhundert, vor allem aber auch im 18. Jahrhundert, im gemeinen Recht Deutschlands anerkannt wurde,<sup>32</sup> und es jedenfalls

---

S. 153, *ders.*, in: Enzyklopädie der Neuzeit X, Sp. 717, Sp. 729 ff., betont, dass auch im 19. Jahrhundert naturrechtliches Denken vorhanden war und Naturrechtssysteme veröffentlicht wurden (siehe auch *Luig*, in: Enzyklopädie der Neuzeit X, Sp. 760 f.), was hier aber nicht untersucht werden soll, ebenso wenig wie der *Usus modernus pandectarum* im 17. und 18. Jahrhundert (siehe zu letzterem etwa nur *Luig*, in: Enzyklopädie der Neuzeit X, Sp. 761 ff.).

Die Arbeit von *Ph. Hartmann* erörtert den Erbvertrag schon als Institution in Gesetzbüchern in einem ähnlichen Zeitraum, nämlich im CMBC, im ALR und dem Redaktorenentwurf für das BGB.

<sup>31</sup> *Coing*, in: Gesammelte Aufsätze, S. 202 f., wies schon allgemein v.a für die Zeit ab dem 16. Jahrhundert auf die „Ausbildung allgemeiner Rechtsbegriffe“ hin, als deren Beispiel er gerade den Vertrag nannte, und hob im Weiteren für „systematische[s] Denken“ das Naturrecht der Aufklärung und die Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts hervor; allgemein die „Ausbildung der Allgemeinen Lehren des Privatrechts“ für die Naturrechtslehre insbesondere Pufendorfs und Wolffs hervorhebend auch *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte, S. 146; siehe zur Bedeutung des Naturrechts für die Herausbildung eines allgemeinen Vertragsbegriffs sonst auch *Zimmermann*, Law of Obligations, S. 561, S. 544 f.; auch *Nanz*, Vertragsbegriff, insbes. schon S. 135 und dann die Ausführungen S. 135 ff.; *Brenkamp*, Causa, S. 91; entschieden auch *Weller*, Vertragstreue, S. 74, und noch einmal *ders.*, in: Hübner-GS, S. 436; siehe auch *Grziwotz*, in: Schippel-FS, S. 16; siehe auch schon zu den „obligatorischen Verträgen“ *Seuffert*, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, S. 130, S. 166 f.; schon *Kohler*, ARWP 10 (1916/1917), S. 235 ff., betonte die Leistungen der spanischen Spätscholastik, insbesondere auch gegenüber Grotius, ohne aber auf das allgemeine Vertragsrecht einzugehen (siehe die knappen Ausführungen zum Zivilrecht S. 248 ff.).

<sup>32</sup> Siehe dazu insbesondere *Wesener*, in: Kroeschell-FS, S. 612 ff. (vgl. auch noch einmal *ders.*, in: Actes à cause de mort 2, S. 290, und *ders.*, ZRG GA 124 (2007), S. 638); allgemein die Anerkennung im „älteren gemeinen Recht“ bzw. „*Usus modernus*“ erwähnend auch *Wesenberg/Wesener*, Privatrechtsgeschichte, S. 135; siehe sonst auch *Ph. Hartmann*, Vertragliche Erbfolgeregelung, S. 40; *Finzel*, Struve, S. 114 (dort auch, S. 114 ff., zur Erörterung einer Anerkennung von Erbverträgen bei Struve); vgl. auch *Sellert*, HRG I<sup>2</sup>, Sp. 1390; siehe auch *Coing*, Europäisches Privatrecht II, S. 590 f., zur Anerkennung der Gültigkeit der Erbverträge in Deutschland im 18. Jahrhundert; in Bezug auf das 18. Jahrhundert als in *Usus modernus* und Germanistik anerkannt auch *Schäfer*, Germanistik, S. 280 f.; vgl. auch etwa *Plohm*, Höpfner, S. 138 f., zur Anerkennung des Erbvertrags durch die überwiegende Meinung im 18. Jahrhundert; siehe auch *Hagemann*, HRG I<sup>2</sup>, Sp. 1378, Anerkennung im 18. Jahrhundert als „Institut des *ius germanicum*“.

auch Gegenstand der Lehre des klassischen Naturrechts war.<sup>33</sup> Es handelt sich bei dem Ausdruck ‚Erbvertrag‘ im Übrigen schon für die Zeit der Naturrechtslehre nicht um einen Begriff, den die vorliegende Arbeit ahistorisch an die Quellen heranträgt, sondern grundsätzlich um einen Quellenbegriff, denn in der Naturrechtslehre wird der Erbvertrag insbesondere etwa mit dem Begriff „pactum successorium“ bezeichnet<sup>34</sup>. Damit wird dieses Institut direkt mit dem Begriff „pactum“ in Verbindung gesetzt, dem Begriff, der als derjenige genannt wird, welcher sich jedenfalls im niederländischen und deutschen Usus modernus als allgemeiner Begriff für einen Vertrag durchsetzte<sup>35</sup>.

Der Bedeutungsumfang des Begriffs „Erbvertrag“ bzw. seiner lateinischen Entsprechungen war im Verlauf der in dieser Arbeit betrachteten Zeiten erheblich weiter, als er es unter dem BGB ist,<sup>36</sup> das den Erbverzicht aus dem Begriffsumfang ausgeschlossen hat<sup>37</sup>. Gegenstand dieser Arbeit ist jedoch nur der

---

<sup>33</sup> Siehe etwa nur *Wesener*, in: Kroeschell-FS, S. 618 ff.; *Ogris*, HRG I<sup>2</sup>, Sp. 1390.

Daraus rechtfertigt sich auch der Ausschluss der Spätscholastik, deren Bedeutung für die Herausbildung eines allgemeinen Vertragsbegriffs immer wieder betont wird, siehe so etwa nur besonders vehement *Gordley*, *Philosophical Origins*, S. 3 ff., dann insbesondere auch S. 71 ff.; siehe sonst daran erinnernd etwa *Reppen*, ZRG GA 128 (2011), S. 1011; allgemein die Bedeutung für die Privatrechtslehre herausstellend etwa auch *Duve*, in: *Einfluss der Kanonistik*, S. 389 f., der zudem – mit Kritik an zu geringer Beachtung des kanonischen Rechts dabei – darauf hinweist, dass insbesondere der Einfluss auf die allgemeine Vertragslehre thematisiert wird (S. 395 f.).

<sup>34</sup> Siehe vorab etwa nur *Wesener*, in: Kroeschell-FS, S. 618 ff., aus dessen Ausführungen, S. 609 ff., sich auch ergibt, dass die Beziehung auf den pactum-Begriff schon seit dem Mittelalter bestand.

<sup>35</sup> *Zimmermann*, *Law of Obligations*, S. 565 f.; siehe auch *Nanz*, *Vertragsbegriff*, S. 78 f., mit noch stärkerer Betonung der Durchsetzung des „pactum“ in der humanistischen Jurisprudenz.

<sup>36</sup> Zur Untergliederung in vier Klassen des Erbvertrags aufgrund der Lehre des Bartolus und ihrer Fortführung in der Rechtslehre siehe nur etwa *Wesener*, in: Kroeschell-FS, S. 609 ff., wonach auch Erbverzicht, ein „Erberhaltungsvertrag“ und der Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten darin enthalten waren; siehe zu der auf die mittelalterliche Einteilung zurückgehenden Vierteilung des Begriffs des Erbvertrags mit ihrem weiten Bedeutungsumfang und ihrer Fortführung in der Lehre sonst auch schon *Beseler*, *Erbverträge II/1*, S. 9 ff.; siehe auch *Sticherling*, *Schenkungen*, S. 59 ff., der sich bei seiner Darstellung im Wesentlichen an Beseler hält.

<sup>37</sup> Der Erbverzicht ist in einem eigenen Titel in den §§ 2346 ff. BGB geregelt; siehe zum Ausschluss des Erbverzichts aus dem Bereich des Erbvertrags im BGB etwa nur *Schiffner*, *Erbvertrag*, S. 4 f., der dies befürwortete.

innerste Bedeutungskern des Begriffs „Erbvertrag“, nämlich die Einsetzung eines Erben durch Vertrag.<sup>38</sup> Das ist noch im ersten Entwurf des BGB als „Erb-einsetzungsvertrag“ bezeichnet worden.<sup>39</sup> Doch geht der Begriff des Erbvertrags im BGB darüber hinaus, da es insbesondere auch möglich ist, in einem Erbvertrag bloß ein Vermächtnis zu bestimmen.<sup>40</sup>

Wesentlicher Teil der vorliegenden Arbeit ist nach ihrem damit vorgestellten Ziel auch die Auseinandersetzung mit einem allgemeinen Vertragsbegriff in den ausgewählten historischen Strömungen rechtswissenschaftlichen Denkens. Die Entwicklung eines solchen Begriffs in der in dieser Arbeit untersuchten Zeit war schon Gegenstand eingehender rechtshistorischer Untersuchungen,<sup>41</sup> die teilweise auch einen dezidiert rechtsphilosophischen oder -theoretischen Ansatz verfolgen<sup>42</sup>. Dabei wurde etwa in einer für diese Arbeit besonders wichtigen Studie von Schmidlin gerade für die auch in dieser Arbeit betrachteten

---

<sup>38</sup> Vgl. dagegen etwa *Ph. Hartmann*, Vertragliche Erbfolgeregelung, S. 20 f., der umfangreicher noch Institute über das „des einsetzenden Erbvertrags“ hinaus in seine Studie einbezieht.

<sup>39</sup> *Mugdan*, Materialien V, S. XLIII, I § 1940 Abs. 1: „Erbeinsetzung kann auch durch einen von dem Erblasser zu schließenden Vertrag erfolgen (Erbeinsetzungsvertrag).“; siehe zu diesem Begriff insbesondere schon *Beseler*, Erbverträge II/1, S. 19, der unter Hinweis auf gelegentlichen Gebrauch dieses Wortes bei Hasse seine Verwendung für den Vertrag, durch den ein Erbrecht begründet wird, etablieren wollte; siehe auch etwa *Kern*, *Beseler*, S. 315, S. 333, der darauf hinweist, dass dieser Begriff von Beseler geprägt worden und noch in Motive und Protokolle zum BGB aufgenommen worden sei; auch *Sticherling*, *Schenkungen*, S. 71, betont, mit Hinweis auf eine Ähnlichkeit bei Hasse (Fn. 177), die Bedeutung Beselers; siehe auch *Ph. Hartmann*, Vertragliche Erbfolgeregelung, S. 263, der schon auf einen terminologischen Anschluss an Beseler beim Erbrechtsredaktor Schmitt hinweist.

<sup>40</sup> Siehe § 1941 Abs. 1 BGB; im ersten Entwurf wurde noch der besondere Begriff „Vermächtnisvertrag“ verwendet, siehe *Mugdan*, Materialien V, S. XLIX, zum Wortlaut von § 1962 Abs. 1 des ersten Entwurfs: „Ein Vertrag, durch welchen ein Vertragsschließender dem anderen Vertragsschließenden oder einem Dritten ein Vermächtniß zuwendet, kann auch unabhängig von einem Erbeinsetzungsvertrage als ein selbständiger Vertrag geschlossen werden (Vermächtnisvertrag).“

<sup>41</sup> So insbesondere die Arbeit von *Nanz*, Vertragsbegriff; vgl. auch die Arbeit von *Tosch*, Vertrag (siehe zu dieser Arbeit aber auch die Kritik in historischer Hinsicht unten, Zweiter Teil, Fn. 9); siehe sonst vorab insbesondere die Aufsätze von *Wieacker*, in: *Welzel-FS*, S. 7 ff.; *Mayer-Maly*, in: *Seidl-FS*, S. 118 ff.; *ders.*, in: *Rechtsgeltung und Konsens*, S. 91 ff.; *Kegel*, in: *Lüderitz-GS*, S. 347 ff.; siehe auch *Bremkamp*, *Causa*, S. 91 ff.; die Entwicklung ist zudem auch eingehender behandelte Gegenstand innerhalb von Arbeiten, die sich ihr nur als Grundlage weiterer Untersuchungen widmen, wie insbesondere etwa bei *Schulze*, *Naturalobligation*, S. 297 ff.; *Weller*, *Vertragstreue*, S. 74 ff. (siehe auch *ders.*, in: *Hübner-GS*, S. 443 ff.); *C. Hattenhauer*, *Rechtsgestaltung*, S. 65 ff., S. 78 ff. (eigentlich allgemeiner zur Geschichte des Rechtsgeschäfts, dabei aber auch zur Vertragslehre); praktisch unergiebig ist allerdings der knappe Eintrag „Vertrag (privatrechtlich)“ von *Mayer-Maly*, in: *HRG V*<sup>1</sup>, Sp. 841 f., der sich im Wesentlichen auf deutschrechtliche Quellen beschränkt.

<sup>42</sup> So insbesondere die Arbeit von *Ikadatsu*, Paradigmawechsel.

Strömungen rechtswissenschaftlichen Denkens die Vorstellung von zwei prinzipiell verschiedenen Modellen des Vertrags aufgestellt: Nämlich eines „naturrechtliche[n] Modell[s] der Versprechensübertragung“ einerseits und eines „pandektistische[n] Modell[s] der vereinigten Willenserklärungen“ andererseits.<sup>43</sup> Die vorliegende Arbeit will die Ergebnisse dieser Untersuchungen und solcher Modelle nicht einfach übernehmen, sondern anhand eigener Quellenarbeit kritisch untersuchen und erhofft sich von der Beziehung des jeweiligen allgemeinen Vertragsbegriffs auf den Erbvertrag und umgekehrt auch neue Erkenntnisse zum besseren Verständnis der Geschichte eines allgemeinen Vertragsbegriffs. Sie will damit auch einen Beitrag zur Geschichte eines allgemeinen Vertragsbegriffs leisten.

Sowohl bei der Untersuchung des jeweiligen allgemeinen Vertragsbegriffs als auch bei der Analyse der Konstruktion des Erbvertrags interessiert sich die Arbeit aber nur für die jeweilige rechtskonstruktive Frage, also nach dem *Wie* der rechtstechnischen Konstruktion, nicht jedoch für im weiteren Sinn rechtsphilosophische oder -politische Fragen nach dem *Warum* der rechtlichen Regelung; sie interessiert sich also nur für die „analytic question“, nicht aber für die „normative question“.<sup>44</sup> Die Arbeit untersucht daher in Bezug auf den allgemeinen Vertragsbegriff nicht die Frage nach der rechtsphilosophischen oder rechtspolitischen Rechtfertigung vertraglicher Bindung. Ebenso untersucht sie hinsichtlich des Erbvertrags nicht die Frage, aus welchen rechtspolitischen Gründen sich dieses Institut im deutschen Recht entwickelt hat, und bewertet nicht, ob es sich dabei um eine sinnvolle Entwicklung handelt<sup>45</sup>.

Diese Arbeit soll schließlich auch keine umfassende Dogmengeschichte bieten und strebt keine umfassende Darstellung der Entwicklung des Instituts des Erbvertrags an. Um eine möglichst genaue Untersuchung der ausgewählten

---

<sup>43</sup> Schmidlin, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 187 ff.; vgl. auch noch einmal *ders.*, in: Vertrag, S. 61 ff., mit einem modifizierten Abdruck der vorgenannten Untersuchung.

<sup>44</sup> Im Anschluss an die entsprechende Unterscheidung zur Theorie des Vertrages bei Smith, Contract Theory, S. 42 ff.

<sup>45</sup> Die umfassende Aufnahme des Erbvertrags in das BGB wurde mit rechtspolitischen Argumenten kritisiert, siehe etwa besonders eindringlich Ubbelohde, AcP 75 (1889), S. 54 ff., insbesondere S. 61 ff., der eine völlige Entfernung des Erbvertrags aus dem BGB forderte; zur Erörterung einer Beschränkung des Personenkreises auf Eheleute und Verlobte siehe Mugdan, Materialien V, S. 728 ff.; siehe auch zusammenfassend zu den Reaktionen auf den Entwurf in Reichs-Justizamt, Gutachterliche Äußerungen V, S. 54 f., zu ablehnen und auf Verlobte und Ehegatten beschränkende Stellungnahmen; siehe insgesamt insbesondere auch Battes, Gemeinschaftliches Testament, S. 43 f., und Christiansen, Bindungswirkung, S. 47 ff.; auch Sticherling, Schenkungen, S. 136 f. (vgl. auch schon S. 115 f. zu einem früheren Stadium); Staudinger<sup>2014</sup>/Kanzleiter, Einl. zu §§ 2014 ff. Rn. 2; vgl. sonst etwa auch Andres, Erbrechtsentwurf Mommsen, S. 424 f., die auf eine kritische Haltung Friedrich Mommsens zum Erbvertrag wegen mit der Unwiderruflichkeit verbundener Gefahr und Beschränkung auf Eheleute hinweist.

Quellen leisten zu können, nimmt sie es in Kauf, einen selektiven Blick auf das Rechtsdenken in den ausgewählten Strömungen der Rechtswissenschaft zu werfen. Sie bezieht daher insbesondere bei der Untersuchung der zeitlich am weitesten zurückliegenden – und allein deshalb vielleicht schon heutigem Rechtsdenken am fremdesten – Naturrechtslehre nur die besonders herausragenden Vertreter dieser Strömung ein.

Schließlich soll hier noch kurz auf die rechtshistorische Grundhaltung dieser Arbeit eingegangen werden. In einem neueren Aufsatz zum „Erkenntniswert“ der Geschichtswissenschaft – in ausdrücklicher Abgrenzung zu Disziplinen wie etwa der Philosophiegeschichte<sup>46</sup> – wird das bekannte Faust-Wort, wonach uns die Vergangenheit ein „Buch mit sieben Siegeln“ sei und das, was der „Geist der Zeiten“ genannt werde, oft der „der Herren eigener Geist“ sei,<sup>47</sup> erörtert und als Hinweis auf die „sogenannte ‚Standortgebundenheit‘ des Historikers“ gewertet.<sup>48</sup> In demselben Beitrag heißt es in Auseinandersetzung mit einer in der „objektive[n]‘ Geschichtsschreibung“ geforderten „Selbstaufgabe“ des Historikers“ aber auch, „[d]ie Forderung, vergangene Epochen aus sich selbst heraus zu verstehen“, führe „eher dazu, dass diese Epochen für uns bedeutungslos werden“.<sup>49</sup> Die vorliegende Arbeit will als rechtshistorische Arbeit jedoch versuchen, die vergangenen Rechtsauffassungen zunächst aus sich selbst zu verstehen.<sup>50</sup> Sie wendet sich gegen das historische Programm von Fausts Famulus Wagner, der ja meint, es sei

„[...] ein groß Ergetzen  
Sich in den Geist der Zeiten zu versetzen,  
Zu schauen wie vor uns ein weiser Mann gedacht,  
Und wie wir’s dann zuletzt so herrlich weit gebracht.“<sup>51</sup>

Die Geschichte der Rechtswissenschaft soll hier nicht als aufsteigende Entwicklung ausgehend von tieferstehenden Vorstufen hinauf zu unserem heutigen

---

<sup>46</sup> *Gabriel*, HZ 297 (2013), S. 2 f.

<sup>47</sup> *Goethe*, Faust, V. 575–579 (nur diese fünf Verse werden wörtlich zitiert).

<sup>48</sup> *Gabriel*, HZ 297 (2013), S. 24.

<sup>49</sup> *Gabriel*, HZ 297 (2013), S. 23 f.

<sup>50</sup> Die Arbeit möchte gewissermaßen, wie *Herberger*, RJ 3 (1984), S. 166, anhand eines Beispiels beschreibt, „das unsichtbare Baumuster des Textes rekonstruieren“; die Arbeit hat insoweit ein entsprechendes Interesse, wie *Stolleis*, in: *Ausgewählte Aufsätze (Rechtsgeschichte schreiben)*, S. 1109, es als „das generelle Interesse des Rechtshistorikers“ formuliert (zwar eingeleitet mit „Sieht man [...]“, aber doch wohl seine Haltung wiedergebend): „verstehen und beschreiben [...], wie vergangene Rechtsordnungen ‚funktionierten‘“, wenn sie sich auch eben nicht auf geltende „Rechtsordnungen“, sondern auf wissenschaftliche Lehrsysteme bezieht; siehe dezidiert mit einem solchen Ansatz auch *Eisfeld*, *Erkenntnis, Rechtserzeugung und Staat*, insbes. S. 17; vgl. auch *Kuhn*, *Structure*, S. 200 f., der die Aufgabe des (Natur-)Wissenschaftshistorikers als die eines Übersetzers beschreibt.

<sup>51</sup> *Goethe*, Faust, V. 572 ff.

*richtigen* Verständnis aufgefasst werden.<sup>52</sup> Es wird nicht vorausgesetzt, wir hätten es inzwischen „bis an die Sterne weit“ gebracht.<sup>53</sup>

In einer neueren Arbeit hat Eisfeld allerdings dargelegt, dass insbesondere in der Philosophiegeschichte eine „aktualisierende“ Methode angewendet wird, die die Fachgeschichte ausgehend von dem heutigen Grundverständnis als kontinuierliche, aufsteigende Entwicklung darstellt.<sup>54</sup> Er hat eine entsprechende Methode auch der Rechtswissenschaftsgeschichte zugeschrieben, die, ausgehend von der heutigen Grundhaltung, die Geschichte der Rechtswissenschaft als kontinuierliche „Entwicklung zu immer mehr Wissenschaftlichkeit“ verstehe.<sup>55</sup> Tatsächlich finden sich auch in der gegenwärtigen Rechtswis-

---

<sup>52</sup> Siehe *Eisfeld*, Erkenntnis, Rechtserzeugung und Staat, insbes. S. 24, der betont, dass die Ideengeschichte keine kontinuierliche Entwicklung sei, sondern aus der Rivalität von Ideen bestehe.

Vgl. *Stolleis*, in: Ausgewählte Aufsätze (Rechtsgeschichte schreiben), S. 1095 f., zu einem Legitimationsansatz für Rechtsdogmatikern „nahestehende Rechtshistoriker“ „an einem Kollektivwerk teilzunehmen, dessen Ziel es ist, eine dauerhafte und widerspruchsfreie Architektur von Begriffen für friedliche Konfliktlösung herauszuarbeiten“, bei dem es dann „Fortschritte“ und „Rückschritte“ oder „Stillstand“ gebe, wobei er die dahinterstehende „Hoffnung“ überzeugend auf „naiven Fortschrittsoptimismus“ zurückführt, vgl. auch S. 1094 f., wo, allerdings nur in Bezug auf die 60er und 70er Jahre des vergangenen Jahrhunderts bezogen, von einer rechtshistorischen Tendenz zur Beschreibung der „Vorgeschichte“ des geltenden Rechts berichtet wird, bei der man sich „nicht wirklich auf Text und Funktion eingelassen habe“, sondern u.a. „Vorformen der Gegenwart erforscht“ habe; vgl. auch *Kuhn*, Structure, S. 2, zu einem entsprechenden Ansatz einer (Natur-)Wissenschaftsgeschichte, zu seinem anderen Verständnis der (Natur-)Wissenschaftsgeschichte siehe insbes. S. 159 ff., und insbesondere auch im Postscript, S. 204 f. (zu seinem *The Structure of Scientific Revolutions* noch im Folgenden in Fußnoten und Text der Arbeit).

<sup>53</sup> Der erste Vers des Faust-Worts mit seinem Spott über den Glauben, wir hätten es inzwischen „bis an die Sterne weit“ gebracht (*Goethe*, Faust, V. 574), wird von *Gabriel*, HZ 297 (2013), S. 24, nicht wiedergegeben, der auch nicht die letzten beiden Verse von Wagners Teil zitiert. Dieselben Auslassungen finden sich etwa auch bei *Preisendörfer*, Als Deutschland noch nicht Deutschland war, S. 7, dessen Buch über die „Goethezeit“ der Wortwechsel zwischen Wagner und Faust als Motto voransteht – in merkwürdigem Kontrast dazu wird auf der vorderen Umschlag-Innenseite versprochen, man erlebe bei der Lektüre des Buchs, „wie das Leben damals wirklich war“.

<sup>54</sup> *Eisfeld*, Erkenntnis, Rechtserzeugung und Staat, siehe insbes. S. 24 ff., inhaltlich so auch an anderen Stellen des Buchs, siehe etwa S. 114 f. sowie S. 118, noch einmal S. 427 f.

<sup>55</sup> *Eisfeld*, Erkenntnis, Rechtserzeugung und Staat, S. 23, S. 429 f., ähnlich auch S. 131 f.

senschaft allgemeine Stellungnahmen, die eine solche Grundhaltung ausdrücken.<sup>56</sup> Gerade aber auch in den hier zu untersuchenden Bereichen des allgemeinen Vertragsbegriffs und des Erbvertrags ist sie anzutreffen.<sup>57</sup> Bemerkenswerte Formulierungen<sup>58</sup> finden sich zur Geschichte eines allgemeinen Vertragsbegriffs, wenn es etwa heißt:<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Gerade neuerdings hat aber *Auer*, AcP 216 (2016), S. 246, ausdrücklich gemeint, es könne „in der Rechtsdogmatik echten wissenschaftlichen Fortschritt geben“; vgl. ebenfalls in dieser Tendenz *Schwab*, ZGE 3 (2011), insbes. S. 6, siehe aber etwa auch S. 12 f. (dort, S. 12, v.a. etwa auch: „höhere Stufe der Einsicht in rechtliche Zusammenhänge“), S. 13 ff.; vgl. auch etwa noch einmal *Stolleis*, in: *Ausgewählte Aufsätze (Rechtsgeschichte schreiben)*, S. 1096, zur Rechtsgeschichte in den 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts und einer „Chance, sich vom 19. Jahrhundert zu befreien und zu einer ‚Rechtsgeschichte ohne Metaphysik‘ verstoßen zu können“, vgl. auch S. 1084 f., allgemein zu verschiedenen Ansätzen von Rechtshistorikern.

<sup>57</sup> Vgl. allgemein zu solchen Ansätzen im Zivilrecht *Stolleis*, in: *Ausgewählte Aufsätze (Rechtsgeschichte schreiben)*, S. 1008, der für die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg von einer „erneuerte[n] Verbindung mit dem geltenden Zivilrecht“ spricht mit „dem doppelten Motiv, die Dogmatik des geltenden Rechts an den reichen historischen Fundus heranzuführen, zugleich aber die Stellung der Rechtsgeschichte durch die enge Verbindung mit dem Zivilrecht zu sichern“.

<sup>58</sup> Siehe kritisch zu bestimmten Fortschritt anzeigenden Formulierungen auch bereits *Eisfeld*, *Erkenntnis, Rechtserzeugung und Staat*, S. 35, zu den Begriffen „Entdeckungen“, „Einsichten“, „Überwindungen“ im Bereich der Philosophiegeschichte, seinerseits mit Verweis (Fn. 42) auf entsprechende Kritik bei Panajotis Kondylis, in diesem Sinn siehe auch etwa S. 115, S. 118.

<sup>59</sup> Siehe neben dem Zitat sogleich aber etwa auch: *Nanz*, *Vertragsbegriff*, S. 139 (Unterstreichungen von Verfasser): „Ihm [Grotius] ist zugleich der Durchbruch zu wesentlichen Elementen des modernen Vertragsbegriffes zu verdanken“; vgl. sonst etwa auch die Darstellung von *Weller*, in: *Hübner-GS*, S. 453 ff., und schon *ders.*, *Vertragstreue*, S. 66 f., S. 70 ff.; siehe auch *Jessica Schmidt*, *Vertragsschluss*, S. 7 ff., wo „[d]ie historischen Wurzeln des Vertrags im BGB vom ‚römische[n] Recht‘ (zu diesem: „[...] zwar noch recht weit entfernt von der Entwicklung einer allgemeinen Vertragstheorie mit abstrakten Begriffen wie dem des Rechtsgeschäfts oder der Willenserklärung“) an gesucht werden, wo auch in der Darstellung etwa „Erkenntnis[s]“ (S. 9) oder „Errungenschaften“ (S. 11, S. 13) ausgemacht werden; in gewisser Weise gewinnt man einen solchen Eindruck auch gelegentlich bei *Zimmermann*, *Law of Obligations*, S. 560: „was already very clearly seen by the medieval lawyers“, S. 561: „did not start de novo“, „All that was needed [...]“, S. 567: „the development took a peculiar detour“; vgl. etwa auch die Bewertung des „Konsensprinzip[s]“ des Eigentumsübergangs gegenüber der „Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft“ bei *Bucher*, *ZEuP* 1998, S. 620, der in Bezug auf den Code Civil meint, dies komme „einem punktuellen Rückfall in altertümliche Verhältnisse einer vorwissenschaftlich Periode des Rechts gleich“; und ähnlich auch *Wieling*, *Sachenrecht I*, S. 27; auch *Schwab*, *ZGE* 3 (2011), S. 6, spricht von einer „Erkenntnis“, wenn er die Herausbildung eines allgemein Vertragsbegriffs beschreibt; siehe dagegen aber auch die nicht derart wertenden Darstellungen etwa bei *Schmidlin*, in: *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, S. 187 ff., oder *Schulze*, *Naturalobligation*, S. 296 ff.

„So bedeutsam die Hinwendung zum Vertrag als systematischem Zentralbegriff bei *Pufendorf* war, bedurfte doch die dogmatische Ausgestaltung noch einer grundlegenden Korrektur: Ausgangspunkt durfte nicht das einseitige Versprechen sein; vielmehr mußte der Vertrag wieder – wie in der römisch-rechtlichen Tradition – vom Konsens der Parteien her gedacht werden. Diese Wende, die letzte Metamorphose auf dem Weg zum modernen Vertragsbegriff, war das Verdienst von *Thomasius* und *Wolff*.“<sup>60</sup>

Im Bereich der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre scheint eine solche Grundhaltung mitzuschwingen, wenn es in Bezug auf Larenz’ „Geltungstheorie“ heißt, man dürfe „hier geradezu von einer ‚juristischen Entdeckung‘ sprechen“ und dagegen von Tuhrs Definition der Willenserklärung – fast 100 Jahre nach ihrer Formulierung – als defizitär beurteilt wird, wenngleich doch Ansätze für die *richtige* Lösung in der Vergangenheit ausgemacht werden.<sup>61</sup>

„Das ist in der Tat eine Formulierung, in welcher der Charakter der Willenserklärung als Geltungserklärung von Grund auf verkannt wird. Freilich gibt es auch Stellungnahmen, in denen dieser durchaus zutreffend anklingt.“<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> *Nanz*, Vertragsbegriff, S. 156 (Unterstreichungen von Verfasser); zwar handelt es sich bei Nanz’ Arbeit um eine aus den 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts, doch findet sich die Formulierung in wesentlichen Teilen wörtlich auch in der im Jahr 2008 veröffentlichten Arbeit von *Bremkamp*, Causa, S. 104 (Unterstreichungen von Verfasser): „So bedeutsam die Hinwendung *Pufendorfs* vom einseitigen Versprechen hin zum konsensualen Vertrag als systematischem Zentralbegriff war, bedurfte doch die dogmatische Ausgestaltung noch einer grundlegenden Korrektur: Der Konsens der Vertragsparteien musste wieder – wie schon im römischen Recht – als Willensübereinstimmung gedacht werden und nicht, wie noch bei *Pufendorf*, als einseitige Zustimmung zum Rechtsverlust. Diese Rückbesinnung, diese ‚letzte Metamorphose auf dem Weg zum modernen Vertragsbegriff‘ [hier Verweis auf Nanz], ist das Verdienst von *Christian Thomasius* (1655–1728) und *Christian Wolff* (1679–1754).“

<sup>61</sup> *Canaris*, in: Zivilrechtslehrer, S. 266 f., verweist für den Ausdruck der „juristischen Entdeckung“ auf Dölle und den von Hoeren herausgegebenen Sammelband: *Dölle*, in: DJT-Verh. 42 II, S. B 1 ff., der von „juristische[n] Entdeckungen“ sprach, hatte das „Wesentliche der Entdeckung“ beschrieben in einer „das bisherige geistige Dunkel erhellenden Leuchtkraft“ (S. B 2); *Hoeren*, in: Entdecker, S. 2 f., schreibt im Vorwort zu dem von ihm herausgegebenen Sammelband, der von Dölles Beitrag ausgeht, es glaube „heute kaum noch jemand an die ewige Wahrheit oder die der Jurisprudenz inhärente Gerechtigkeit“ und Juristen seien „weder Entdecker noch Erfinder“, man könne sie „allenfalls für die Zwecke eines hoffentlich unterhaltsamen Büchleins als solche beschreiben“, in dem Buch gebe es, den beiden anderen Ausdrücken entsprechend „Sammler und Jäger“, doch ist es eben wohl bezeichnend (und sei es nur für die Erwartung an das zu unterhaltende Publikum), dass es die „Entdecker“ (als Entsprechung der „Sammler“) in den Titel des Bandes und auch des Einleitungsbeitrags („Juristische Entdeckungen – eine Einführung“, *Hoeren*, in: Entdecker, S. 1) geschafft haben, nicht aber die „Erfinder“ (als Entsprechung der „Jäger“), obwohl es doch diese mit ihrem angeblichen „Geistesblitz“ (*Hoeren*, in: Entdecker, S. 3) sind, die der von Dölle beschriebenen „Entdeckung“ eher entsprechen würden.

<sup>62</sup> *Canaris*, in: Zivilrechtslehrer, S. 267 (Unterstreichungen von Verfasser).

Im Bereich des Erbvertrags wird noch in jüngerer Zeit davon gesprochen, Hasse und Beseler hätten im 19. Jahrhundert etwas *erkannt*.<sup>63</sup>

Im (An-)Erkennen vergangener Rechtskonzeptionen als *anders* und dennoch nicht notwendig *defizitär* gegenüber den aktuellen besteht die Grundhaltung dieser Arbeit.<sup>64</sup> Sie versteht sich ausdrücklich als *wissenschaftsgeschichtliche* Untersuchung,<sup>65</sup> konkret als Beitrag zur „Rechtswissenschaftsgeschichte“.<sup>66</sup> Als solche erhofft sie sich von dem Bemühen, das eigene Verständnis nicht vorschnell in den Quellen der Vergangenheit wiederentdecken zu wollen,<sup>67</sup> einen Beitrag zu einem verbesserten Erkennen der Beziehung des heutigen Verständnisses zu dem vergangener Zeiten und damit einen Beitrag zur

---

<sup>63</sup> Siehe *Christiansen*, Bindungswirkung, S. 40 f.; vgl. auch bei *Mayer*, DNotZ 2012, S. 93, der in Bezug auf das Grundverständnis des Erbvertrags von einer „Erkenntnis“ spricht, die sich „erst im Anschluss an *Hasse*“ durchgesetzt habe (wobei aber auch eine andere „geschichtliche Entwicklung“ für möglich gehalten wird); vgl. auch schon Hasses Beitrag als Fortschritt wertend – im 19. Jahrhundert allerdings – *Beseler*, Erbverträge II/1, S. 17 ff.; siehe dagegen die nicht derart wertenden Darstellungen etwa bei *Coing*, Europäisches Privatrecht I, S. 589 f., S. 591 f., und *ders.*, Europäisches Privatrecht II, S. 606 f.

<sup>64</sup> In dieser historischen Grundhaltung sieht sie sich grundsätzlich in Übereinstimmung mit *Kuhn*, *Structure*, S. 204 f., der in Bezug auf die Geschichte der Naturwissenschaften seine Grundhaltung dahingehend formulierte, dass unter den historisch entstandenen wissenschaftlichen Theorien keine einer absoluten Erkenntnis der Natur näher komme („better representation what nature is really like“), sondern eine Theorie nur besser als eine andere darin sein kann, Probleme zu lösen, die sich aus einer konkreten Situation ergeben („Later scientific theories are better than earlier ones for solving puzzles in the often quite different environments to which they are applied.“), siehe zu dieser Grundhaltung im Bereich der Naturwissenschaften auch *ders.*, *Structure*, S. 107 f., S. 119 ff., S. 148 ff., S. 159 ff., (insbes. auch S. 169 ff.); siehe besonders prägnant zu diesem Standpunkt Kuhns *Musgrave*, in: *Dictionary of Philosophy*, S. 333 f. („Are later paradigms better than earlier ones? No, Kuhn suggests, they are just different.“).

<sup>65</sup> Zur Wissenschaftsgeschichte allgemein siehe *Krohn*, in: *Enzyklopädie Philosophie*, S. 3030 ff.

<sup>66</sup> Siehe *Herberger*, RJ 3 (1984), S. 150 ff., zur Konturierung einer „Rechtswissenschaftsgeschichte“ als eigener „Disziplin“, der von der „Rechtsgeschichte“ abgrenzt; ob eine solche Verselbständigung und Abgrenzung möglich und wünschenswert ist, kann hier dahinstehen; auch *Eisfeld*, *Erkenntnis, Rechtserzeugung und Staat*, S. 17, hat eine „ideengeschichtlich[e] und rechtswissenschaftsgeschichtlich[e] Untersuchung“ vorgelegt (vgl. auch S. 12).

<sup>67</sup> Diese Gefahr hebt *Stolleis*, in: *Ausgewählte Aufsätze (Rechtsgeschichte schreiben)*, S. 1108, hervor; vgl. auch *Krohn*, in: *Enzyklopädie Philosophie*, S. 3031, der vom Standpunkt der Wissenschaftsgeschichte allgemein von einer „die eigene Geschichte konstruierende[n] Tätigkeit“ spricht.

„Standortbestimmung“<sup>68</sup> der heutigen Rechtswissenschaft.<sup>69</sup> Dabei ist sich die Arbeit ihrer zwangsläufigen „Standortbindung“ bewusst.<sup>70</sup> Ihr Ausgangspunkt ist ja gerade auch die Verwunderung über eine Lehre der gegenwärtigen Rechtswissenschaft.<sup>71</sup> Vor diesem Hintergrund soll in der vorliegenden Arbeit auf den Wortlaut der untersuchten Quellen und seine Analyse besonderes Gewicht gelegt werden.<sup>72</sup> Dem dient das relativ umfangreiche Zitieren der für relevant gehaltenen Stellen.<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> Vgl. *Koselleck*, in: *Vergangene Zukunft (Standortbindung)*, S. 181 f., zu einem neuzeitlichen Geschichtsbegriff als einem „Reflexionsbegriff“ mit einer erforderlichen „Standortbestimmung inmitten geschichtlicher Bewegung“, und auch S. 195, wo die Notwendigkeit der Reflexion des „eigenen Standort[s]“ betont wird, der „sich in und mit der geschichtlichen Bewegung“ verändere.

<sup>69</sup> Vgl. *Krohn*, in: *Enzyklopädie Philosophie*, S. 3031, wo eine „Rückwirkung“ von Wissenschaftsgeschichte allgemein auf ihren Gegenstand angesprochen wird; insoweit ist die Arbeit also von dem von *Stolleis*, *Ausgewählte Aufsätze (Rechtsgeschichte schreiben)*, S. 1107, angesprochenen „doppelte[n] Wunsch“ getragen, „nicht nur die Vergangenheit, sondern auch die eigene Gegenwart besser zu verstehen“, ihr Interesse ist aber nicht einfach darauf beschränkt, verstehen zu wollen, „wie vergangene Rechtsordnungen ‚funktionierten‘“, worin *Stolleis*, in: *Ausgewählte Aufsätze (Rechtsgeschichte schreiben)*, S. 1109, eben „das generelle Interesse des Rechtshistorikers“ beschreibt (wenn auch nicht recht dezidiert: „Sieht man [...]“); ihr Ziel entspricht insoweit wohl der von *Herberger*, *RJ* 3 (1984), S. 167 in die „Rechtswissenschaftsgeschichte“ gesetzten „Hoffnung“ (als eine von dreien) einer „stärkere[n] ‚Historisierung‘ des Ausgangspunktes der Theoriebildung für die Evolution der juristischen Wissensformen“; vgl. im Übrigen auch *Klippel*, *Scientia Poetica* 4 (2000), S. 184 ff.), der einen Beitrag zur heutigen Rechtswissenschaft als einen Teil der „doppelte[n] Aufgabe“ der Rechtsgeschichte dargestellt hat, wenn er dies auch insbesondere auf einen Beitrag zum geltenden Recht, offenbar insbesondere auch die Rechtsanwendung, bezogen hat.

<sup>70</sup> Siehe schon *Koselleck*, in: *Vergangene Zukunft (Standortbindung)*, S. 176 ff., zur „Standortbindung“ des Historikers und zur historischen Entwicklung eines solchen Verständnisses; siehe für die Rechtsgeschichte auch *Stolleis*, in: *Gesammelte Aufsätze (Rechtsgeschichte schreiben)*, S. 1098, der von „Bindung an die Gegenwart“ spricht (siehe auch noch S. 1108).

<sup>71</sup> *Stolleis*, in: *Ausgewählte Aufsätze (Rechtsgeschichte schreiben)*, S. 1098, hebt hervor, dass schon die „Frage“, die „an die Vergangenheit“ gestellt wird, von der Gegenwart bestimmt ist.

<sup>72</sup> *Stolleis*, in: *Ausgewählte Aufsätze (Rechtsgeschichte schreiben)*, S. 1108, spricht davon, „die Rechtssprache älterer Zeiten erst einmal so zu beobachten, als verstünden wir die Sprache nicht, als würden wir nur aus dem Gebrauch im Kontext ermitteln, was das Wort ‚bedeutete‘.“

*Gabriel*, *HZ* 297 (2013), S. 24 f., weist zutreffend darauf hin, dass aus der „Standortgebundenheit“ ein „Perspektivismus“ folgt und dass „[d]ie Wahl der Perspektive“ auch „die Auswahl der Tatsachen, die zu einem Gesamtbild neu verbunden werden“ bedingt; daraus folgt natürlich, dass auch derart die Auswahl der in der vorliegenden Arbeit untersuchten Quellen bedingt ist.

<sup>73</sup> Zum wörtlichen Zitat seien hier die Grundsätze des Zitierens, die in dieser Arbeit angewendet wurden, dargelegt: Zitate sind alle in der Schriftart der Arbeit wiedergegeben, was

---

insbesondere auch für Texte, die im Original in gebrochener Schrift gesetzt sind, gilt. Hinsichtlich des Zeichensatzes im Allgemeinen wurde weitgehend versucht, den des jeweiligen Originals zu übernehmen, so dass es etwa „jus“ heißt, wo „jus“ im Original steht, und auch „conuentio“, wo im Original „conuentio“ steht (wobei gerade bei der folgenden Verwendung im Fließtext zu „conventio“ gewechselt wird, um die Lesbarkeit nicht zu beeinträchtigen). Ligaturen wurden nicht übernommen, wenn sie nicht als im Schriftbild wesentlich – praktisch als eigener Buchstabe – erscheinen, sodass letztlich nur „&“ und „æ“ übernommen wurden, nicht aber etwa Ligaturen der Buchstaben „c“ und „t“, „t“ und „z“ etc. Bei dem Buchstaben „f“ wurde der besseren Lesbarkeit wegen immer „s“ gesetzt. Der Gebrauch der Satzzeichen wurde übernommen, also Semikolon oder Doppelpunkt gesetzt, wo solche stehen, auch wenn das vom heutigen Gebrauch abweicht (zum früheren Gebrauch siehe etwa *Schöne*, Faust Kommentare, S. 112 ff.). Der Gebrauch von Leerzeichen wurde allerdings der besseren Lesbarkeit halber stillschweigend an den gängigen Gebrauch angeglichen (etwa kein Leerzeichen vor Komma). Hervorhebungen des Originals durch Kursivdruck, aber auch durch Sperrung oder Fettdruck, sind übernommen. Bei Texten, die im Original grundsätzlich in gebrochener Schriftart gedruckt sind, ist Kursivdruck verwendet, wo diese Antiqua verwenden. Hervorhebungen durch den Verfasser der vorliegenden Arbeit sind in Zitaten durch Unterstreichungen vorgenommen (d.h. Unterstreichungen stammen grundsätzlich von Verfasser, der Deutlichkeit halber wird darauf bei den Zitaten jeweils noch einmal hingewiesen).



## Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts

Eine besonders einflussreiche Studie zum allgemeinen Vertragsbegriff des Naturrechts mit Bezug auf die anschließende Entwicklung in historischer Rechtsschule und Pandektenwissenschaft hat am Ende des letzten Jahrhunderts Schmidlin vorgelegt.<sup>1</sup> Der Einfluss dieses Aufsatzes dürfte wohl auch in der prägnanten Herausarbeitung zweier grundlegend verschiedener Vertragsmodelle für Naturrechtslehre und Pandektenwissenschaft begründet sein.<sup>2</sup> Diese Darstellung soll deshalb Ausgangspunkt der hier vorgenommenen Untersuchung von Naturrechtslehre und Pandektenwissenschaft sein.

Schmidlin unterscheidet das „naturrechtliche Modell der Versprechensübertragung“ einerseits und das „pandektistische Modell der vereinigten Willenserklärungen“ andererseits.<sup>3</sup> Als wesentliches Kennzeichen des naturrechtlichen Vertragsmodells stellt er die Rechtsübertragung unmittelbar durch den Vertrag heraus und spricht deshalb auch von einem „Modell des translativen Versprechensvertrags“.<sup>4</sup> Das jeweils übertragene Recht unterscheide sich danach, ob sich das Versprechen auf ein „*dare*“, also ein Geben, oder ein „*facere*“, also ein Tun, beziehe. Bei einem *dare*-Versprechen werde Eigentum „dem Konsensprinzip gemäß“ an der Sache übertragen, bei einem *facere*-Versprechen dagegen „ein vertragliches Schuldversprechen“.<sup>5</sup> Es sei bereits hier kurz darauf hingewiesen, dass das damit angesprochene sog. naturrechtliche Konsensprinzip

---

<sup>1</sup> Schmidlin, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 187 ff. (siehe auch noch einmal *ders.*, in: Vertrag im europäischen Zivilrecht, S. 61 ff.); Schmidlins Aufsatz wird häufig in der Literatur zitiert – ungeachtet eventueller Kritik oder Abweichung im Einzelnen –, etwa: Götz, Naturalobligation, S. 300, 303 ff.; HKK/Thier, § 311 I, schon vor Rn. 1 unter „Wichtige Literatur“, Rn. 19; HKK/Hofer, vor § 145 schon vor Rn. 1 unter „Wichtige Literatur“, Rn. 25 f.; Illmer, in: Handbuch Europäisches Privatrecht II, S. 1672.

<sup>2</sup> Zwei kategorial unterschiedene Modelle europäischer „Vertragstheorie“ für denselben Themenkreis bietet freilich auch Ikadatsu, Paradigmawechsel, siehe nur etwa die „These“ S. 1 f., dessen Arbeit aber bislang keine vergleichbare Aufnahme in die Wissenschaft gefunden hat (siehe zu der Arbeit aber die positive Rezension von Bürge, ZRG GA 122 (2005), S. 662 ff., die gerade auch diese Zweiteilung der europäischen Vertragstheorien hervorhebt, S. 666).

<sup>3</sup> Schmidlin, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 187.

<sup>4</sup> Schmidlin, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 189.

<sup>5</sup> Schmidlin, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 188, von Grotius ausgehend, aber offenbar maßgeblich für sein naturrechtliches Modell insgesamt.

der Eigentumsübertragung, dem zufolge in der naturrechtlichen Lehre schon unmittelbar etwa durch den Kaufvertrag das Eigentum an der Kaufsache übergehen kann,<sup>6</sup> unmittelbar für die vorliegende Fragestellung interessant erscheint: Die Annahme, vor dem allgemeinen Vertragsbegriff Savignys sei der Vertrag auf den „obligatorischen Vertrag“ beschränkt gewesen,<sup>7</sup> scheint doch wohl jedenfalls im Hinblick auf das Naturrecht mit einem Eigentum übertragenden Kaufvertrag ein schiefes Bild zu vermitteln, wenn „obligatorisch“ als „schuldrechtlich“ im heutigen Sinn verstanden wird.<sup>8</sup> Die Konstruktion eines Erbvertrags in der Zeit vor Savignys allgemeinem Vertragsbegriff erscheint schon angesichts dieses sog. naturrechtlichen Konsensprinzips nicht völlig abwegig, ohne dass man das problematische Modell einer Verpflichtung des Erblassers gegenüber dem im Erbvertrag Eingesetzten, die letztlich den gesetzlichen Erben trifft, bemühen müsste.<sup>9</sup>

Als wesentliches Kennzeichen des zweiten, vom ersten kategorial unterschiedenen Vertragsmodells sieht Schmidlin die „Vereinigung der übereinstimmenden Willenserklärungen“.<sup>10</sup> Die „Willenseinigung“ sei hier als „gesetzgebender“ oder „normativer Wille“ die Grundlage des Vertrages.<sup>11</sup> In der Vereinigung der beiden Willen sieht er eine grundlegende Neuerung gegenüber dem

---

<sup>6</sup> Zum „Konsensprinzip“ und der Annahme seiner Entwicklung in der Naturrechtslehre siehe etwa nur *Wesener*, in: Grass-FS, S. 435 mit weiteren Nachweisen; siehe auch *Coing*, Europäisches Privatrecht I, S. 455, der allgemein für das Naturrecht ein Konsensprinzip annahm, nach dem „durch bloßen Vertrag“ das Eigentum übergeht, weshalb das „obligatorische Kaufgeschäft und die Übereignung zu einem einheitlichen Geschäft“ hätten verbunden werden können; allgemein zum sog. „Konsensprinzip“ des Naturrechts insbesondere beim Kauf sonst etwa auch *Michaels*, Sachzuordnung, S. 127 ff.; siehe auch schon *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 293, der für Grotius das „Konsensprinzip“ beschreibt als „Übereignung durch (obligatorischen) Vertrag“ (im Original eckige statt runder Klammern); vgl. zum sog. naturrechtlichen Konsensprinzip auch *Bucher*, ZEuP 1998, S. 622 f., S. 624 ff., S. 635 ff. (in allgemeiner Hinsicht zu einem solchen Prinzip auch schon S. 620 f.), jedoch kritisch zum Ursprung des Prinzips in der Naturrechtslehre; siehe allgemein zu einer zusammenfassenden historisch orientierten Analyse von Konsens- und Traditionsprinzip *HKK/Ernst*, § 433 Rn. 1 ff. (die Bedeutung des Konsensprinzips im Naturrecht relativierend, Rn. 8).

<sup>7</sup> Siehe insbesondere noch einmal *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 601 f., der offenbar auch „obligatorisch“ mit „schuldrechtlich“ im heutigen Sinn gleichsetzte; ähnlich *Nanz*, Vertragsbegriff, S. 1.

<sup>8</sup> Zu Savignys ‚Ausdehnung‘ des Vertragsbegriffs über das „Obligationenrecht“ hinaus siehe noch ausführlicher unten, S. 244 ff.

<sup>9</sup> Auch *Sellert*, in HRG P, Sp. 1390, spricht ja wie selbstverständlich von der „Übertragung des Nachlasses“ als „zentrale[m] Gegenstand“ des Erbvertrags im 18. Jahrhundert; vgl. auch *Coing*, Europäisches Privatrecht I, S. 589 f., zur Vorstellung des Erbvertrags als Vermögensübertragungsgeschäft im gemeinen Recht vor dem 19. Jahrhundert.

<sup>10</sup> *Schmidlin*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 189.

<sup>11</sup> *Schmidlin*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 198 ff., insbes. S. 201.

Versprechenübertragungsmodell.<sup>12</sup> Die eigentliche Grundlage dieses zweiten Modells meint Schmidlin schon in der Vertragslehre Kants zu finden, die von Savigny „in scharf geschnittene juristische Begriffe“ gebracht worden und von der Pandektenwissenschaft übernommen worden sei.<sup>13</sup>

Es ist zwar umstritten, ob Kant der Naturrechtslehre zugeordnet werden sollte, oder als ihr Überwinder gerade nicht mehr zu dieser gerechnet werden darf.<sup>14</sup> Wenn hier Kants Rechtslehre noch im Rahmen der Naturrechtslehre dargestellt wird,<sup>15</sup> dann scheint sich aber mit dem von Schmidlin beschriebenen Willensvereinigungsmodell und seinem „normative[n] Willen“<sup>16</sup> eine weitere denkbare Konstruktionsmöglichkeit des Erbvertrags aus einem naturrechtlichen allgemeinen Vertragsmodell zu eröffnen: Denn es erscheint doch auf den ersten Blick plausibel, dass ein solcher *normativer Wille* als eine eine Regelung

---

<sup>12</sup> Schmidlin, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 198.

<sup>13</sup> Schmidlin, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 200 f.

<sup>14</sup> Siehe etwa nur *Ikadatsu*, Paradigmawechsel, S. 76, zur Frage, ob Kants Lehre „primär als Vervollkommnung der Naturrechtslehre oder als Revolution gegen diese einzuordnen“ sei, wobei *Ikadatsu* ihn als einen „genuine[n] Revolutionär des Rechtsdenkens“ sieht; *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 21 f. (14), meinte auch schon, Kant habe „den entscheidenden Schlag gegen das Naturrecht getan“ (darauf weist auch *Dedek*, *Can. J. L. Juris.* 25 (2012), S. 314 f., im Rahmen seines Unternehmens der ‚Konzeptualisierung‘ der Rechtslehre Kants); *Radbruch* stellte dabei aber offenbar eher bloß auf die allgemeine Denkbarkeit eines absolut-gültigen Naturrechts, erkennbar aus Vernunft, ab und weniger auf die Naturrechtslehre als historisches Phänomen mit ihren charakteristischen rechtlichen Instituten und ihren typischen rechtlichem Argumentationslinien; entschieden gegen die Lesart, Kant habe das Naturrecht beendet, neuerdings *Eisfeld*, Erkenntnis, Rechtserzeugung und Staat, insbes. S. 227, S. 92 f., sonst etwa auch S. 81, S. 46; zur Einordnung von Kants Rechtslehre in den Diskurs der Naturrechtslehre seiner Zeit siehe auch schon *Klippel*, *Jb. Hist. Koll.* 2001, S. 77 ff., der sogar zu dem Ergebnis kommt, Kants Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre habe in diesem Diskurs „antiquiert“ gewirkt (S. 103 f., S. 105).

<sup>15</sup> Siehe auch v.a. *Eisfeld*, Erkenntnis, Rechtserzeugung und Staat, insbes. S. 232 mit einer ausdrücklichen „historische[n] Einordnung Kants als Vertreter eines naturrechtlichen Denkens“, auch etwa S. 111 f.; siehe auch noch einmal *Klippel*, *Jb. Hist. Koll.* 2001, S. 77 ff., zur Einordnung der Rechtslehre Kants in den Diskurs der Naturrechtslehre seiner Zeit; für die Betonung einer gewissen naturrechtlichen Kontinuität bei Kant siehe etwa *W. Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, S. 148, der die Rechtslehre Kants hinsichtlich ihres Charakters als „Pflichtenlehre“ jedenfalls „in den Kreis der naturrechtlichen Pflichtenlehren des 18. Jahrhunderts“ stellt; ihn diesbezüglich lobend *Auer*, *AcP* 208 (2008), S. 619 mit Fn. 153; zum Verhältnis von Kants Rechtslehre zum Naturrecht siehe auch *Dedek*, *Can. J. L. Juris.* 25 (2012), S. 314 f., der auch eine historische „Konzeptualisierung“ von Kants Rechtslehre vor dem Hintergrund des Naturrechts unternimmt.

Die vorliegende Arbeit strebt keine Gesamteinordnung von Kants Rechtslehre an, doch schien in der hier untersuchten Frage die Einordnung Kants im Kapitel zur Naturrechtslehre passend, wie sich im weiteren Text der Arbeit zeigen wird; auch hier wird die Rechtslehre also historisch „konzeptualisiert“.

<sup>16</sup> Schmidlin, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 201.

setzender Wille ohne Weiteres die Setzung einer Regelung durch Vertrag in Bezug auf die Erbfolge ermöglichen sollte.

Im Folgenden soll der allgemeine Vertragsbegriff in den zentralen Werken der klassischen Naturrechtslehre – unter Einschluss der Rechtslehre Kants – im Detail untersucht werden. Anschließend daran soll untersucht werden, ob und gegebenenfalls wie, ausgehend von dem jeweiligen allgemeinen Vertragsbegriff, die Konstruktion des Erbvertrags möglich war.

## I. Der Vertrag als Übertragung oder Erwerb eines Rechts

Es soll vorab noch einmal betont werden, dass bei der Untersuchung eines allgemeinen Vertragsbegriffs in naturrechtlichen Entwürfen des 17. und 18. Jahrhunderts hier die „analytic question“, nicht aber die „normative question“ untersucht wird. Die vorliegende Arbeit analysiert also, wie in den jeweiligen Entwürfen ein allgemeiner Vertragsbegriff rechtlich-konstruktiv dargestellt wurde. Von dieser Frage unterschieden und ausgeklammert wird die darüberhinausgehende Frage nach dem „Warum“, die rechtsphilosophische oder auch rechtspolitische Frage der Begründbarkeit der Vertragsbindung.<sup>17</sup>

### 1. Grotius

Die Versprechenslehre Grotius' als Ausgangspunkt seiner allgemeinen Vertragslehre ist besonders häufig Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen gewesen.<sup>18</sup> Sie wird auch in Diskussionen zu gegenwärtigen Fragen aufgegriffen, insbesondere in der Diskussion in der englischsprachigen Welt um eine

---

<sup>17</sup> Vgl. dazu aus der in diesem Teil untersuchten Zeit etwa auch schon *Darjes*, Discours, S. 551 f., der von der Frage, warum es gesellschaftlich wünschenswert ist, dass Verträge eingehalten werden, die Frage nach der Herleitung, dass aus ihnen ein Zwangsrecht entsteht, unterscheidet, und schließlich auch *Kant*, MS-RL, AA VI, S. 273.

<sup>18</sup> In der deutschen Rechtswissenschaft dazu grundlegend *Dießelhorst*, Lehre vom Versprechen; ausführliche Interpretation auch bei *Lipp*, Bedeutung des Naturrechts, S. 136 ff.; *Nanz*, Vertragsbegriff, S. 139 ff.; außerdem etwa *Behrends*, in: Christentum und modernes Recht, S. 257 ff.; *Bremkamp*, Causa, S. 92 ff.; *Weller*, Vertragstreue, S. 75 ff.; vgl. auch im Rahmen umfassenderer Darstellungen etwa: *Schmidlin*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 190 ff.; im anglo-amerikanischen Rechtskreis insbesondere *Benson*, Can. J. Nl. St. 6 (1985), S. 1 ff.; außerdem auch die schwedischen Arbeiten zur Naturrechtslehre vom Versprechen von Hägerström und Olivecrona, insbesondere auch zu diesen sogleich im Text der Arbeit.

Vertragstheorie des geltenden Rechts.<sup>19</sup> Zwar definiert Grotius seinen allgemeinen Vertragsbegriff nicht ausdrücklich.<sup>20</sup> Es wird jedoch in seinen Ausführungen zum Versprechen deutlich,<sup>21</sup> dass für ihn ein Vertrag aus mindestens einem Versprechen besteht und er damit das Versprechen als entscheidendes Element eines Vertrages auffasst.<sup>22</sup>

#### a) Rechtliche Wirkung durch Rechtsübertragung

Berühmt ist vor allem Grotius' Darstellung der Entstehung der Bindungswirkung des vertraglichen Versprechens – offenbar im Anschluss an spätscholastische Vorbilder<sup>23</sup> – in Form einer dreistufigen Versprechenslehre, in der er drei verschiedene Arten der Rede über Zukünftiges in Bezug auf Vermögensgegenstände unterscheidet: Eine erste Stufe, auf der nur eine Absicht für die Zukunft geäußert wird; eine zweite Stufe, auf der zudem der Wille geäußert wird, bei diesem Plan verbleiben zu wollen; und eine dritte Stufe, auf der zusätzlich der Wille geäußert wird, dem Anderen ein Recht zum Zwang auf den geäußerten Plan zu übertragen.<sup>24</sup> Erst bei einem Versprechen auf der dritten Stufe kann

---

<sup>19</sup> Zusammenfassend zu dieser Diskussion etwa *Benson*, in: *Companion Philosophy of Law*, S. 24 ff., bemerkenswert erscheint dabei auch, dass Grotius sowohl von Vertretern einer Versprechenstheorie in Anspruch genommen wird, etwa *Fried*, *Contract*, S. 21, als auch von Seiten der Verfechter einer Übertragungstheorie, siehe etwa *Benson*, in: *Companion Philosophy of Law*, S. 42, *ders.*, in: *Theory of Contract Law*, S. 149 mit Fn. 37, und *Smith*, *Contract Theory*, S. 97.

<sup>20</sup> So auch *Hammen*, *Bedeutung Savignys*, S. 91; in dieser Richtung ebenso *Weller*, *Vertragstreue*, S. 77 Fn. 163; *Tosch*, *Vertrag*, S. 16 f., S. 23; dagegen scheint *Nanz*, *Vertragsbegriff*, S. 148, „contractus“ als Oberbegriff aufzufassen.

<sup>21</sup> *Weller*, *Vertragstreue*, S. 77 Fn. 163, meint, ein Zusammenhang ergebe sich nur aus dem systematischen Aufbau.

<sup>22</sup> Siehe aus der Literatur dazu nur etwa: *Nanz*, *Vertragsbegriff*, S. 140; *Wieacker*, in: *Wetzel-FS*, S. 17.

<sup>23</sup> Siehe etwa nur *Dießelhorst*, *Lehre vom Versprechen*, S. 34 ff., insbes. S. 44 ff.; siehe auch *Gordley*, *Philosophical Origins*, insbes. S. 71 ff.; *Decock*, *Theologians*, S. 208 ff.; *Hartung*, in: *Ordnung des Versprechens*, S. 287; *Van Oven*, in: *Koschaker-GS*, S. 282 ff., betonte dagegen für Grotius (auch für das Naturrecht und das *De iure belli ac pacis*) einen Anschluss an das römische Recht, insbesondere das der Stipulation.

<sup>24</sup> *Grotius*, *De Iure Belli ac Pacis*, II 11 §§ 1 ff.

Von Grotius' Werk gibt es einige Übersetzungen in moderne Sprachen, die den Zugang zum lateinischen Text erleichtern, oder im Fall von älteren Übersetzungen auch Rückschlüsse auf das Verständnis dieser Zeit ermöglichen, so etwa: eine deutsche Übersetzung aus dem frühen 18. Jahrhundert mit Anmerkungen, *Grotius*, *Kriegs- und Friedens-Rechte*; eine englische Übersetzung aus der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts mit den Anmerkungen *Barbeyracs*, *ders.*, *Rights of War and Peace*; eine deutsche Übersetzung *Kirchmanns* aus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, *ders.*, *Kirchmann-Übersetzung I*; eine Übersetzung aus der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg, *ders.*, *Recht des Krieges und des Friedens*, die für sich in Anspruch nimmt einen „[n]eue[n] deutsche[n] Text“ zu bieten, aber gerade an den in die-

dem anderen ein Zwangsrecht in Bezug auf die versprochene Leistung entstehen. Bekanntlich besteht damit die Besonderheit dieser Vertragskonstruktion darin, dass unmittelbar beim Vertragsschluss ein Recht übertragen wird und es sich also um die Konstruktion einer „Rechtsübertragung“ handelt.<sup>25</sup> Die Bezeichnung als „Modell des translativen Versprechensvertrags“<sup>26</sup> ist treffend: Schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geht in dieser Konzeption ein Recht auf den anderen über, aus dem heraus er den Versprechenden in dem zukünftigen Zeitpunkt zur Leistung zwingen kann.<sup>27</sup>

In neuerer Zeit wurde besonders klar herausgestellt, dass dieses Modell des Vertrages als (Rechts-)Übertragungsakt wesentlich auf die Vorstellung der Übergabe einer physischen Sache zurückgreift und auf der Annahme aufbaut, dass dadurch das Recht an dieser Sache übertragen wird.<sup>28</sup>

---

ser Arbeit bemängelten Stellen der Kirchmann-Übersetzung im Wesentlichen bloß diese wiederholt; eine stark gekürzte englische Übersetzung aus dem neuen Jahrhundert, *ders.*, On the Law of War and Peace.

Bei den Zitaten aus Grotius' Werk ist nicht jedes Mal ausdrücklich auf die Übersetzungen verwiesen; sie sind explizit nur genannt, wo direkt auf ihren Wortlaut Bezug genommen wird.

<sup>25</sup> Schon im 19. Jahrhundert stellte *Hofmann*, Entstehungsgründe, S. 90 ff., diese Besonderheit für das naturrechtliche Vertragsrecht allgemein und dabei auch Grotius dar; aus der neueren Literatur siehe etwa nur: *Dießelhorst*, Lehre vom Versprechen, insbes. etwa S. 51, aber siehe auch die Überschrift des 1. Kapitels „Grotius' Lehre vom Versprechen als Rechtsübertragung“; *Olivecrona*, in: *Germann-FS*, S. 184; *Hägerström*, Bindende Kraft des Vertrages, S. 71; *Schmidlin*, in: *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, insbes. S. 189; *Nanz*, Vertragsbegriff, S. 140 f.; *Illmer*, in: *Handbuch Europäisches Privatrecht II*, S. 1668 f.; auch *Rehberg*, Rechtfertigungsprinzip, S. 547 Fn. 410, nennt v.a. Grotius als Vertreter der „Übertragungstheorie“; vgl. auch entsprechend zu sog. „transfer theories“ in der gegenwärtigen anglo-amerikanischen Diskussion: Überblick bei *Smith*, Contract Theory, S. 97 ff.; vgl. dagegen *Rehberg*, Rechtfertigungsprinzip, S. 547 f., sehr kritisch zu Übertragungstheorien; auch in der sog. Spätscholastik findet sich schon eine enge Verbindung von Güterrecht und Vertragsrecht, so *Decock*, *fhi* 2013, Rz. 11; *ders.*, *Theologians*, 2012, insbes. S. 164 f., zur Ausbildung des Übertragungsmodells in der Spätscholastik.

Bei dieser Vertragskonstruktion als Übertragung eines Rechts läge es wohl nahe, „Rechtswirkungsdanken“ im Sinn von *Gmür*, Rechtswirkungsdanken, etwa S. 19 ff., als nicht auf imperative Rechtsfolgen sondern auf nicht-imperativische Wirkungs-Rechtsfolgen abstellend zu sehen, *Gmür* ging aber, S. 151 ff., nur ganz knapp auf die Naturrechtssysteme ein und stellte nur allgemein eine bedeutende Rolle solchen „Rechtswirkungsdankens“ fest, auch im Hinblick auf Ausbildung allgemeiner Begriffe wie dem des Vertrages (zum „Rechtswirkungsdanken“ *Gmürs* in Bezug auf das 19. Jahrhundert noch später in dieser Arbeit).

<sup>26</sup> *Schmidlin*, in: *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, S. 189.

<sup>27</sup> Vgl. zu dieser bekannten Konzeption *Dießelhorst*, Lehre vom Versprechen, S. 51; zu diesem Konzept auch *Dedek*, *Can. J. L. Juris.* 25 (2012), S. 328 f.

<sup>28</sup> *Dedek*, *Can. J. L. Juris.* 25 (2012), S. 322 ff., insbesondere auch S. 331 ff., der auch darauf hinweist, S. 331, dass ebenso moderne Transfer-Theorien des Vertrages auf die Überzeugungskraft des Modells eines unmittelbar übergebenen Geschenks als Rechtsübertragungsakt abstellen; ausdrücklich von einer „Analogy of a Physical Transfer of Owner-

Bereits vor längerem betonte Olivecrona zu Recht, dass bei Grotius damit in Bezug auf das Zwangsrecht des Gläubigers aus dem Vertrag gar nicht ein Versprechen als solches im Zentrum steht, sondern die Durchsetzung desjenigen Rechts, das der andere bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erworben hat.<sup>29</sup> Von den beiden von Grotius herausgestellten zentralen Pflichten des Naturrechts, einmal das Verbot der Verletzung des anderen in seinen Rechten, zum anderen, das Gebot, Versprechungen zu halten, ist bei der juristischen Zwangswirkung des Versprechens<sup>30</sup> gerade das zweite nicht wesentlich.<sup>31</sup> Denn Grotius begründet mit dieser Rechtsübertragungsfigur eben zunächst nur den Erwerb eines Zwangsrechts des Anderen und nicht so sehr die Verhaltenspflicht des Versprechenden.<sup>32</sup> Damit ist bei Grotius die juristische Verbindlichkeit des Vertrages als Begründung eines Zwangsrechts im Vertrag als rechtstechnische Übertragungskonstruktion angelegt und insoweit muss nicht auf eine positive Pflicht, das Versprechen zu halten, zurückgegriffen werden.<sup>33</sup> Diese technische Bedeutung der Rechtsübertragung *allein* als unmittelbarer Grund für das Zwangsrecht des Gläubigers, also die im heutigen Sinn juristische und nicht bloß ethische Verbindlichkeit des Vertrags, wurde und wird allerdings in der rechtswissenschaftlichen Literatur nicht immer mit hinreichender Klarheit beachtet, sondern etwa auch von einer religiösen Begründung des

---

ship“ spricht auch *Benson*, Wm. & Mary L. Rev. 48 (2007), S. 1694 ff., bei der Begründung seiner Theorie des „Contract as a Transfer of Ownership“ (S. 1693).

<sup>29</sup> *Olivecrona*, in: Germann-FS, S. 183 f.; diese Erkenntnis wurde in der englischsprachigen Rechtswissenschaft insbesondere auch deutlich von *Benson*, Can. J. Nl. St. 6 (1985), S. 1 ff., herausgearbeitet; vgl. auch *Dedek*, Can. J. L. Juris. 25 (2012), S. 328 f.; auch *Behrends*, in: Christentum und modernes Recht, S. 259 (siehe auch S. 262), meinte offenbar in dieser Tendenz, dass bei Grotius für die Begründung der Vertragsverbindlichkeit eine „analytisch-konstruktiv[e]“ Argumentationsschicht und eine, die auf „einer spezifisch-christlichen Anthropologie“ beruhe, vorhanden seien, wovon die zweite aber nur „bekräftigend“ zu der ersten trete, die „die eigentlich tragende“ sei.

<sup>30</sup> So nennt *Olivecrona*, ARSP 63 (1977), S. 89, die Begründung der Zwangswirkung trefend nach heutiger Terminologie.

<sup>31</sup> *Olivecrona*, ARSP 63 (1977), S. 89, S. 93; *ders.*, in: Germann-FS, S. 190; vgl. im Übrigen auch *Decock*, in: fhi 2013, Rz. 19, der ausführt, dass auch in der Spätscholastik die Rechtsübertragung nicht direkt mit Gott oder moralischen Geboten verbunden ist.

<sup>32</sup> *Olivecrona*, in: Germann-FS, S. 184, vgl. auch S. 190; *Schmidlin*, in: Berner Kommentar OR, Vorbemerkungen zu Art. 3–10, meint, es werde ein Zweifaches übertragen, einmal materiell die Verpflichtung zu einem künftigen Handeln, was die *particula libertatis* sei, und formell das Zwangsrecht des Gläubigers.

<sup>33</sup> *Olivecrona*, in: Germann-FS, S. 190 ff., dort auch gegen *Dießelhorst*, Lehre vom Versprechen, S. 39 f., der von einer religiösen Begründung bei Grotius ausgeht (auch etwa *Jørgensen*, Sc. St. L. 13 (1969), S. 112, stellte eine religiöse Fundierung heraus); treffend hat *Olivecrona*, Germann-FS, S. 190, auch gesagt, das „promise“ werde „self-sufficient“ (unklarer, aber vielleicht mit ähnlicher Tendenz sagt *Unberath*, in: Hruschka-FS, S. 728 f., Kant begründe „die Bindung an den Vertrag aus der Natur des Vertrages selbst“, nicht aber aus dem „Lügeverbot“).

Vertrages gesprochen.<sup>34</sup> Tatsächlich scheint eine solche Berücksichtigung bei Grotius auch deshalb nahezuliegen, weil er – erst auf der dritten Stufe seines Versprechensmodells – als Argument anführt, göttliche Offenbarungen lehrten, dass Gott selbst gegen seine Natur handeln würde, wenn er Versprechen nicht hielte.<sup>35</sup> Jedoch kann das nur eine Begründung für die Verhaltenspflicht des Versprechenden sein, ein Versprechen zu halten, nicht jedoch ohne weiteres erklären, warum ein anderer ein *Recht* haben sollte, die Einhaltung des Versprechens zu erzwingen.<sup>36</sup> Eine Pflicht, das Versprechen zu halten, entsteht schon auf der zweiten Versprechensstufe, allein aus der Versprechensäußerung.<sup>37</sup> Gerade hier also liegt eine Selbstbindung aus dem bloßen Wort vor und ist demnach die religiöse Begründung der Verbindlichkeit des Versprechens passend.<sup>38</sup> Nach heutigem Verständnis wäre eine solche positive Handlungspflicht ohne notwendig entsprechendes Zwangsrecht eines anderen wohl als bloß ethische Pflicht zu beschreiben.<sup>39</sup> Auch wenn für Grotius selbst offenbar

---

<sup>34</sup> *Dießelhorst*, Lehre vom Versprechen, S. 39 f., etwa betont eine religiöse Begründung des Vertrages; zu dieser Konzeption insoweit zu Recht kritisch schon *Olivecrona*, in: *Germann-FS*, S. 188 Fn. 20; *Wieacker*, in: *Welzel-FS*, S. 16, spricht von dem „moralischen Grund der Bindung an das Versprechen“; *Hartung*, in: *Ordnung des Versprechens*, S. 288, spricht von Verankerung der Vertragsbindung in der natürlichen Sozialität, auf S. 290, von „Gewissensbindung“; *Cairns*, *Legal Philosophy*, S. 424, meint, es handele sich um eine ethische Versprechenstheorie; vgl. auch *Ehmann*, in: *Stathopoulos-FS*, S. 601, der allgemein zur Naturrechtslehre meint, „Gottähnlichkeit“ begründe die Verbindlichkeit des Versprechens (vorher, S. 588 ff., zu Grotius konkret nicht ganz klar).

<sup>35</sup> *Grotius*, *De Iure Belli ac Pacis*, II 11 § 4.

<sup>36</sup> So deutlich schon *Olivecrona*, in: *Germann-FS*, S. 191 f.

<sup>37</sup> So etwa auch *Schmidlin*, in: *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, S. 191.

<sup>38</sup> Auch *Schmidlin*, in: *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, S. 191 f., bezieht die religiöse Begründung der Bindung an das eigene Wort auf die zweite Stufe des Versprechens, unplausibel meint er im Weiteren aber, diese Selbstbindung mache die *particula libertatis* aus.

<sup>39</sup> Häufig wird auch, wohl von heutigem Verständnis ausgehend, von moralischer Pflicht gesprochen, so wohl *Dedek*, *Can. J. L. Juris*. 25 (2012), S. 324, der betont, dass gerade die *promissio* rechtlich bindend ist („legally binding“); auch *Meyer-Pritzl*, in: *200 Jahre Badisches Landrecht*, S. 80, spricht zwar bei der *pollicitatio* von „Selbstbindung“, betont aber dann dagegen bei der *perfecta promissio*, dass diese „rechtlich verbindlich“ sei und so das „Wollen des Versprechenden juristische Qualität“ erhalte; auch *Dießelhorst*, *Lehre vom Versprechen*, S. 49, S. 71 f., spricht nicht von Rechtspflicht, sondern lediglich von „rechtlich noch nicht bindend“ und „sozialethische Pflicht“; *Olivecrona*, in: *Germann-FS*, S. 191, spricht von „purely moral duties“; ähnlich *Neff*, *Hugo Grotius*, S. 188 mit Fn. 13, in seiner Übersetzung: „moral obligation“; ähnlich wohl auch *Buckle*, *Property*, S. 31; ähnlich spricht *Schmidlin*, in: *Berner Kommentar OR, Vorbemerkungen zu Art. 3–10*, Rn. 8, vom „moralisch bindenden und geäußerten Vorsatz“ im Gegensatz zum „rechtsverbindlichen Willensentschluss im vollendeten Versprechen“; deutlich nur moralische Bindung der *pollicitatio* bei *ders.*, in: *Vertrag im europäischen Zivilrecht*, S. 68, und zuvor schon *ders.*, in: *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, S. 191; unklar *Michaels*, *Sachzuordnung*, S. 130, der von „moralische[r] Verpflichtung“ spricht, die „in diesem Sinne schuldrechtlich“ sei.

die positive Pflicht des Versprechenden und das Zwangsrecht wohl selbstverständlich zusammengehören, ist doch festzuhalten, dass eine juristische Wirkung des Vertrags im heutigen Sinn eben gerade durch die *Rechtsübertragung* begründet wird<sup>40</sup> und daher sein Vertragsmodell zu Recht regelmäßig als Übertragungskonstruktion charakterisiert wird.

### b) Die Konstruktion der Rechtsübertragung

Die Übertragung des Rechts im Vertragsschluss wird bei Grotius in der Konstruktion grundsätzlich der Übertragung des Eigentums gleichgestellt.<sup>41</sup> Dabei wird die Rechtsübertragung bei der Eigentumsübertragung vom Veräußerer auf den Empfänger wesentlich aus Sicht des Veräußernden dargestellt.<sup>42</sup> Grotius spricht von der Veräußerung eines Rechts („*alienatio*“) als in der Macht *des Eigentümers* stehend.<sup>43</sup> Erst in Bezug auf die wirksame Erwerbung wird die Annahmeerklärung des Empfängers gefordert.<sup>44</sup> Diese Willensübereinstim-

---

In Grotius' Konzept dürfte es dennoch eine Art *rechtlicher* Pflicht sein, wie dies wohl auch *MacCormack*, Am. J. Juris. 22 (1977), S. 160, annimmt; auch *C. Hattenhauer*, Rechtsgestaltung, S. 67, spricht vielleicht in dieser Tendenz von einseitig bindendem Versprechen; siehe *Schneewind*, *Autonomy*, S. 79 f., allgemein dazu, dass bei Grotius Recht im heutigen Sinn und Moral zusammen Teil eines Bereichs des Rechts sind; ähnlich auch *Schneiders*, *Naturrecht*, S. 81 ff.; vgl. auch *Auer*, AcP 208 (2008), S. 604 f., zu Pufendorf und seiner Gleichbehandlung von Rechtspflichten im heutigen Sinn und Pflichten der Menschlichkeit; zur Moral als Teil des Rechts bei den Spätscholastikern siehe auch *Decock*, *Theologians*, S. 197.

<sup>40</sup> Siehe so die entsprechende, soeben in der vorangehenden Fn., zitierte Literatur in Abgrenzung zu einer bloß ethischen Pflicht auf der zweiten Stufe.

<sup>41</sup> Siehe *Grotius*, *De Iure Belli ac Pacis*, II 6 § 2; siehe in der Literatur dazu etwa: *Wieacker*, in: *Welzel-FS*, S. 11 f.; *Olivecrona*, in: *Germann-FS*, S. 185 f.

<sup>42</sup> Siehe dazu in der Literatur, insbesondere zur Rechtsübertragung beim Versprechen, wo schon das Übergewicht der Erklärung des Versprechenden betont wird: *Dießelhorst*, *Lehre vom Versprechen*, S. 50, der feststellte, dass Grotius dieses vom Versprechenden aus denkt; *Wieacker*, in: *Welzel-FS*, S. 16 f.; *Schmidlin*, in: *Berner Kommentar OR, Vorbemerkungen zu Art. 3–10 Rn. 13*; *Nanz*, *Vertragsbegriff*, S. 145; *Bremkamp*, *Causa*, S. 95; *Weller*, *Vertragstreue*, S. 77; auch *Meyer-Pritzl*, in: *200 Jahre Badisches Landrecht*, S. 80, betont, dass es bei der Rechtsübertragung durch Versprechen wesentlich auf den Willen des Versprechenden ankommt; dagegen wurde ein solches Übergewicht des Veräußernden bei *Hägerström*, *Bindende Kraft des Vertrages*, S. 68 ff., offenbar nicht gesehen, der auf die Bedeutung des Willens für die Rechtswirkung hinweist, aber nur allgemein vom übereinstimmenden Willen spricht; ähnlich auch, ein eher gleichberechtigtes Zusammenwirken darstellend, *Olivecrona*, *ARSP* 63 (1977), S. 87.

<sup>43</sup> *Grotius*, *De Iure Belli ac Pacis*, II 6 § 1.

<sup>44</sup> *Grotius*, *De Iure Belli ac Pacis*, II 6 § 2.

mung von Veräußerer und Erwerber ist bei Grotius für einen Eigentumsübergang ausreichend.<sup>45</sup> Grotius unterscheidet nicht deutlich zwischen der Bezeichnung der dominanten Erklärung des Veräußernden und der Bezeichnung des Gesamtgeschäfts als solchem und spricht allgemein von *alienare* bzw. *alienatio*.<sup>46</sup> Entsprechend ist dann auch die Rechtsübertragung beim Versprechen wesentlich als Akt des Versprechenden ausgebildet.<sup>47</sup> Auch hier wird unter *promissio* einmal die Erklärung allein des Versprechenden und einmal das gesamte Übertragungsgeschäft als solches verstanden.<sup>48</sup> Dabei braucht aber auch die Versprechenserklärung als Rechtsübertragungsakt die Annahme durch den Empfänger, um die Rechtsübertragung zu bewirken.<sup>49</sup> Die Rechtsübertragung stellt sich also bei Grotius als Abfolge zweier Willenserklärungen dar. Sie kann

---

<sup>45</sup> Grotius, *De Iure Belli ac Pacis*, II 6 § 1, mit ausdrücklicher Abkehr vom römisch-germanischen Traditionserfordernis; zu diesem bekannten sog. Konsensprinzip der Eigentumsübertragung im Naturrecht siehe in der Literatur noch einmal nur: Wesener, in: Grass-FS, S. 433 ff.; auf Vorläufer Grotius' auch in diesem Punkt in der Spätscholastik wird in der Literatur hingewiesen, etwa: Wesener, in: Grass-FS, S. 436 f.; Michaels, Sachzuordnung, S. 127 f.; Gordon, *Traditio*, S. 172 ff.

<sup>46</sup> Siehe Grotius, *De Iure Belli ac Pacis*, II 6 §§ 1 ff.; siehe auch Decock, *Theologians*, S. 177, der auf eine vergleichbare Mehrdeutigkeit des Begriffs „*promissio*“ in der Spätscholastik bei Oñate hinweist.

<sup>47</sup> Das Übergewicht des Versprechenden wird in der Literatur weithin herausgestellt: siehe etwa noch einmal Dießelhorst, *Lehre vom Versprechen*, S. 50; Schmidlin, in: Berner Kommentar OR, Vorbemerkungen zu Art. 3–10, Rn. 13; Nanz, *Vertragsbegriff*, S. 145; Kegel, in: Lüderitz-FS, S. 361 f., mit weiteren Nachweisen; Weller, *Vertragstreue*, S. 77; siehe auch soeben oben Fn. 42; vgl. auch Wieacker, in: Welzel-FS, S. 16 f.; Hägerström, *Bindende Kraft des Vertrages*, S. 68 ff., sprach dagegen nur allgemein vom übereinstimmenden Willen.

Schon im 19. Jahrhundert meinte Siegel, *Versprechen*, S. 4 f., allgemein, die Naturrechtslehre habe den Vertrag wesentlich vom Versprechenden her gedacht – was sich in dieser Allgemeinheit in dieser Arbeit nicht bestätigen wird – und darin ein germanisch-deutsches Element gegenüber der römischen Stipulation gesehen (S. 1 ff.); zu dem angeblichen Gegensatz zwischen germanisch-deutschem und römischem Recht in den Literaturmeinungen des 19. Jahrhunderts siehe schon Hofmann, *Entstehungsgründe*, S. 15 ff.

<sup>48</sup> Siehe noch einmal Decock, *Theologians*, S. 177, der auf eine solche Mehrdeutigkeit auch bei Oñate hinweist; diese Mehrdeutigkeit des Ausdrucks *promissio* in der Naturrechtslehre wird ansonsten in der Literatur häufig übersehen und führt zu Missverständnissen, vgl. etwa Nanz, *Vertragsbegriff*, S. 166; siehe auch Ikadatsu, *Paradigmawechsel*, S. 69 f., der einen Bedeutungswandel entdecken will, wo nur die schon hier angelegten zwei Möglichkeiten in Rede stehen; dies aufgreifend auch HKK/Thier, § 311 Rn. 19 Fn. 147; auch bei HKK/Oestmann, §§ 145–156 Rn. 28, scheint diese Bedeutungsmehrheit nicht beachtet, wo der „*promissio*“, hier offenbar als einseitige Erklärung verstanden, rechtliche Wirkung („naturrechtlich wirksame“) zugeschrieben und nicht auf das Annahmeerfordernis bei Grotius eingegangen wird.

<sup>49</sup> Grotius, *De Iure Belli ac Pacis*, II 11 § 14.

daher als stark ‚zweiaktig‘ ausgeprägt bezeichnet werden und eine Willensvereinigung oder gar ein eigenständiger Vertragswille sind nicht wesentlich.<sup>50</sup>

c) *Zwei Versprechensalternativen, zwei unterschiedliche übertragene Rechte*

Grotius unterscheidet zwei Formen des vertraglichen Versprechens, nämlich *promissio dandi* und *promissio faciendi*.<sup>51</sup> Damit übernimmt er mit *facere* und *dare* die Terminologie des römischen Rechts, wo der Unterscheidung aber nur nachgeordnete Bedeutung zukam.<sup>52</sup> Dagegen ist die Unterscheidung bei Grotius zentral, wie bereits Olivecrona hervorgehoben hat.<sup>53</sup> Denn den beiden verschiedenen Versprechensarten entsprechen auch zwei verschiedene Arten des jeweils übertragenen Rechts.<sup>54</sup>

„Tertius gradus est, ubi ad determinationem talem accedit signum volendi jus proprium alteri conferre: quæ perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii. Est enim aut via ad alienationem rei, aut alienatio particulæ cujusdam nostræ libertatis. Illuc pertinent promissa dandi, huc promissa faciendi.“<sup>55</sup>

---

<sup>50</sup> Vgl. zu dieser „Zweiaktigkeit“ insbes. Mayer-Maly, in: Seidl-FS, S. 123, allgemein in Bezug auf das naturrechtliche Vertragsmodell; im Anschluss an ihn, konkret auf Grotius bezogen, Weller, Vertragstreue, S. 77; die ‚Zweiaktigkeit‘ betont auch Schmidlin, in: Berner Kommentar OR, Vorbemerkungen zu Art. 3–10, Rn. 13, der außerdem auch zutreffend hervorhebt, dass die Verpflichtungskraft nicht so sehr aus dem gemeinsamen Willen folgt als vielmehr aus dem einseitigen Willensakt des Versprechenden; wenn Benson, Can. J. Nl. St. 6 (1985), S. 11, von einem „united will“ spricht, meint auch er aber offenbar nicht mehr als die Entsprechung der beiden Erklärungen.

<sup>51</sup> Grotius, De Iure Belli ac Pacis, II 11 § 4; zu der Stelle sogleich im Text der Arbeit.

<sup>52</sup> Siehe Wieacker, in: Welzel-FS, S. 19 f.; auf die Übernahme des römischen *dare facere* wies auch Hägerström, Bindende Kraft des Vertrages, S. 71, hin.

<sup>53</sup> Olivecrona, ARSP 63 (1977), S. 89 ff.; siehe schon ders., in: Germann-FS, S. 186 f.; auch Wieacker, in: Welzel-FS, S. 19 f., wies schon auf die wesentliche Bedeutung der Trennung für das Naturrecht hin (nach hier vertretener Ansicht aber unzutreffend mit Verweis darauf, dass bei der *promissio dandi* sofort das Eigentum übergehe, dazu im weiteren Text der Arbeit).

<sup>54</sup> Siehe so schon sehr deutlich eben Olivecrona, Germann-FS, S. 186 f.; ders., ARSP 63 (1977), S. 89 ff.

<sup>55</sup> Grotius, De Iure Belli ac Pacis, II 11 § 4 (Unterstreichungen von Verfasser).

Der hier gebotenen Übersetzung liegt die Übersetzung von Dießelhorst, Lehre vom Versprechen, S. 49 f., zugrunde, Abweichungen sind im Text angemerkt und danach erläutert:

„Der dritte Versprechensgrad liegt dann vor, wenn zu einer Willensentschließung der eben erwähnten Art das Zeichen der Absicht hinzutritt, einem anderen ein Recht<sup>(1)</sup> zu übertragen. Dies ist das vollkommene<sup>(2)</sup> Versprechen, das die gleiche<sup>(3)</sup> Wirkung wie eine Eigentumsübertragung nach sich zieht. Es ist nämlich entweder die Vorstufe<sup>(4)</sup> zur Veräußerung einer Sache, oder aber die Veräußerung eines gewissen Teils unserer Freiheit<sup>(5)</sup>. Zu Ersterem gehören die auf ein Geben gerichteten, zu Letzterem die auf ein Tun gerichteten Versprechen.“<sup>(6)</sup>

Einmal wird bei der *promissio faciendi* also ein Teil der Freiheit übertragen. Das übertragene Recht bei der *promissio dandi* ist nach Grotius' Konzeption dagegen kein Freiheitsteilchen, sondern offenbar etwas anderes.<sup>56</sup> Beide Arten des Versprechensvertrags mit den jeweils unterschiedenen übertragenen Rechte spricht er auch kurz zuvor schon an:

---

Zu (1): Diebelhorst übersetzt „*jus proprium alteri conferre*“ hier mit „einem anderen ein Recht auf eigenes künftiges Handeln zu übertragen“, was jedoch den wesentlichen Unterschied zwischen *dare* und *facere* als je eigenständiger Obligationsvariante verwischt und ersteres als Unterfall des letzteren erscheinen lässt; sinngemäß wie hier in diesem Punkt siehe etwa *Behrends*, in: *Christentum und modernes Recht*, S. 258; *Grotius*, *Kirchmann-Übersetzung I*, S. 392; *ders.*, *On the Law of War and Peace*, S. 189.

Zu (2): Diebelhorst übersetzt „*perfecta promissio*“ hier mit „das vollendete Versprechen“, passender erscheint aber „vollkommen“, wie bei *Grotius*, *Kirchmann-Übersetzung I*, S. 392, weil damit besser zur Ausdruck kommt, dass es nicht auf die Abfolge von Akten, sondern auf die Qualität eines Aktes ankommt.

Zu (3): Diebelhorst übersetzt „*similem habens effectum*“ mit „[...] ähnliche Wirkung [...]“, die Übertragung mit „gleich“ statt „ähnlich“, wie etwa bei *Behrends*, in: *Christentum und modernes Recht*, S. 258, drückt aber die Analogie besser aus.

Zu (4): Diebelhorst übersetzt „*via ad alienationem*“ mit „eine Vorstufe zur Veräußerung einer Sache“, „Vorstufe“ ist dabei an dieser Stelle eine treffende Übersetzung des „*via*“, indem darin besonders gut zum Ausdruck kommt, dass ein Recht aus dem neben dem Bereich der Handlungen selbständigen Bereich des Eigentums übertragen wird und nicht etwa ein Recht auf die Vornahme einer Handlung; um diese kategoriale Bedeutung zu unterstreichen, ist hier auch entgegen Diebelhorst der bestimmte Artikel gesetzt; ausdrücklich für eine Übertragung von „*via*“ mit „Weg“ und gegen „Vorstufe“ dagegen *Behrends*, in: *Christentum und modernes Recht*, S. 258 Anm. 18 (S. 287), der aber auch unzutreffend meint, dass bei der *obligatio dandi* irgendwie implizit die Übertragung einer *particula libertatis* angelegt sei (siehe neben der Anm. 18 auch S. 259 f., wo er zwar anerkennt, dass bei Grotius von der *particula libertatis* ausdrücklich nur bei der *promissio faciendi* die Rede ist, aber meint, „*implicite*“ sei dies allgemein beim „*ius in personam*“ angelegt); mit „Weg“ übersetzt auch von *Kirchmann*, in *Grotius*, *Kirchmann-Übersetzung I*, S. 392, der aber ebenfalls die Bedeutung der *obligatio dandi* und *obligatio faciendi* hier nicht richtig einordnet und etwa „*promissa faciendi*“ mit „die [Versprechen], etwas zu leisten“ übersetzt.

Zu (5): Diebelhorst übersetzt hier „*particulam nostræ cujusdam libertatis*“ mit „einer eigenen Freiheitspartikel“, hier wird grundsätzlich der gefälligeren Übersetzung von *Behrends*, in: *Christentum und modernes Recht*, S. 258, gefolgt, keinesfalls aber sein einschränkendes „lediglich“ übernommen, das er, siehe Anm. 18 (S. 287), in Verkennung der eigenständigen Bedeutung der *promissio dandi* einfügt, um das Verhältnis zu dieser zu klären und damit offenbar die Veräußerung der *particula libertatis* als allgemeinen Oberbegriff zu etablieren.

Zu (6): Die Übersetzung von Diebelhorst von „*Illuc*“ mit „Dorthin“ und „*huc*“ mit „hierhin“ ist hier sprachlich gefälliger gestaltet, ähnlich siehe auch *Grotius*, *Rights of War and Peace*, S. 704: „*To the former*“ und „*to the latter*“; außerdem ist statt bei „*promissa faciendi*“ entgegen Diebelhorst, der hier mit „die auf ein Tun abzielenden Versprechen“ übersetzt, dieselbe Terminologie gewählt wie bei den „auf ein Geben gerichteten [Versprechen]“ um die Parallelität der beiden Varianten deutlicher zu machen.

<sup>56</sup> Besonders deutlich *Olivecrona*, *ARSP* 63 (1977), S. 92.

„Adde quod voluntate sufficienter significata transferri rei dominium potest, ut ante diximus[,] quid ni ergo possit transferri & jus in personam, aut ad transferendum dominium (quod jus ipso dominio minus est) aut ad aliquid agendum, quippe cum in actiones nostras par jus habeamus atque in res nostras?“<sup>57</sup>

Einmal wird also ein Recht auf Übertragung des Eigentums und einmal ein Recht auf Vornahme einer Handlung übertragen.<sup>58</sup> Diese Trennung der beiden Versprechensarten wurde von Hägerström als widersinnig kritisiert, da doch

<sup>57</sup> Grotius, De Iure Belli ac Pacis, II 11 § 1 (Unterstreichungen von Verfasser).

Der hier gebotenen Übersetzung liegt die Übersetzung Kirchmanns, Grotius, Kirchmann-Übersetzung I, S. 388 f., zugrunde, Abweichungen sind im Text angemerkt und im Anschluss erläutert, die Rechtschreibung ist modernisiert:

„Dazu kommt, dass, wie oben erwähnt, das Eigentum durch eine genügend kennbar gemachte Willenserklärung übertragen werden kann. Weshalb sollte da nicht auch auf jemanden ein Recht<sup>(1)</sup> auf diese Weise übertragen werden können, was auf Übertragung des Eigentums (also ein geringeres Recht als das Eigentum selbst) oder auf eine Handlung<sup>(2)</sup> geht, da doch das Recht auf unsere Handlungen<sup>(3)</sup> dem Rechte auf unsere Sachen gleich steht?“

Erläuterung zu den Abweichungen von der Kirchmann-Übersetzung:

Zu (1): Kirchmann übersetzt „transferri [...] jus in personam“ mit „ein persönliches Recht übertragen werden“, was in der Formulierung zu stark an jüngere Rechtsvorstellungen im Sinn des heutigen Schuldrechts erinnert; sinngemäß wie hier dagegen: Grotius, Kriegs- und Friedens-Rechte, S. 242, „ein Recht auf eine Person übereignen“; ders., Rights of War and Peace, S. 701, „transfer to one the Right“; ders., On the Law of War and Peace, S. 187, „be transferred to a person [...] the right“; für die hier gewählte Übersetzung spricht auch die Formulierung einer – sogleich im Text der Arbeit auch noch näher angesprochenen – vergleichbaren Stelle bei ders., Jurisprudence of Holland, III 1 § 12, S. 294 f., wo von der Übertragung auf eine Person („aen een ander [...] over te draghen“) die Rede ist (die englische Übersetzung benennt das Ergebnis dann als „jus in personam“, wo es im Niederländischen „inschuld“ heißt); dagegen auch im Sinn von „persönliches Recht“ versteht den Ausdruck aber offenbar Behrends, in: Christentum und modernes Recht, Anm. 18 S. 258 (S. 287), wo er meint, Grotius spreche hier „technischer von einem ius in personam“, siehe auch S. 259 f., wo er dieses „ius in personam“ offenbar als „Forderungsrecht“ versteht und von einer impliziten Gleichsetzung desselben mit dem „Recht an einer particula libertatis“ spricht.

Zu (2): Kirchmann übersetzt „aut ad aliquid agendum“ mit „oder auf sonst eine Handlung“ (Hervorhebung von Verfasser), was jedoch den im Text angelegten grundlegenden Unterschied zwischen dem (Sach-)Eigentum und seiner Übertragung einerseits und Handlungen andererseits verwischt; sinngemäß wie hier dagegen: Grotius, Kriegs- und Friedens-Rechte, S. 242, „oder etwas zu thun“; ders., Rights of War and Peace, S. 701, „or of requiring us to do something in his Favour“; ders., Law of War and Peace, S. 187, „or the right to do something“.

Zu (3): Kirchmann übersetzt „actiones“ mit „Klagen“, was hier aber sicherlich den mehrdeutigen lateinischen Begriff falsch wiedergibt; sinngemäß wie hier auch etwa Grotius, Kriegs- und Friedens-Rechte, S. 242.

<sup>58</sup> Deutlich herausgearbeitet schon von Hägerström, Bindende Kraft des Vertrages, S. 70 f.; siehe insbesondere auch Olivecrona, in: Germann-FS, S. 186 f., vgl. auch ders., ARSP 63 (1977), S. 92 f., inhaltlich ebenso; auf diese Stelle in der Lehre Grotius' wurde auch schon bei Dießelhorst, Lehre vom Versprechen, S. 44, hingewiesen.

auch das Geben ein *Tun* sei.<sup>59</sup> Olivecrona hat aber zutreffend dagegen gesetzt, dass die Unterscheidung im Vermögenssystem Grotius' begründet ist.<sup>60</sup> Wie schon in der oben zitierten Stelle deutlich wird, soll es sich nach Grotius bei freien Handlungen und Eigentum um *zwei* analoge Bereiche des Vermögens des Individuums handeln und sollen einem Menschen an seinen freien Handlungen eigentumsähnliche Rechte zustehen.<sup>61</sup> Auch in der vor dem *De iure belli ac pacis* geschriebenen *Inleidinge*<sup>62</sup> wird diese Analogie des Rechts an den Handlungen zum Eigentum schon zur Begründung der Vertragsverbindlichkeit genutzt, denn in einer an die Formulierung des *De Iure Belli ac Pacis* erinnernden Stelle heißt es – in englischer Übersetzung:<sup>63</sup>

„The reason of this consists in a man's free disposal of his acts: for just as the power which a man has over his own property, whether in complete or incomplete ownership, enables him by delivery or sufferance to make another person owner, as has been explained above, so too a man may make over to another who accepts the same, a portion, or rather a consequence,

---

<sup>59</sup> Hägerström, Bindende Kraft des Vertrages, S. 73.

<sup>60</sup> Olivecrona, ARSP 63 (1977), S. 92 f.; auch schon *ders.*, in: Germann-FS, S. 186 f.

<sup>61</sup> Deutlich herausgestellt ist diese Parallelität von Sacheigentum und der analogen Sphäre in Bezug auf Handlungen im Werk Grotius' in neuester Zeit insbesondere bei *Dedek*, Can. J. L. Juris. 25 (2012), S. 325 f., der auch betont, dass die Sphäre der Freiheit der des Eigentums nicht unter- sondern gleichgeordnet ist und der auch auf Wurzeln eines solchen eigentumsanalogen Verständnisses der Handlungsfreiheit in der Spätscholastik verweist; siehe auch *ders.*, Ox. J. L. St. 32 (2012), S. 730; siehe aber eben auch schon *Olivecrona*, ARSP 63 (1977), S. 90 ff.; *ders.*, in: Germann-FS, S. 185; *ders.*, Philos. Quart. 24 (1974), S. 226; vgl. auch *ders.*, ARSP 59 (1973), S. 198 f. (insbes. dazu, dass die „eigenen Handlungen“ zum „Seinige[n], *suum*“ gehören); siehe auch schon *Hägerström*, Bindende Kraft des Vertrages, S. 71, zur Eigentumsanalogie in Bezug auf die Handlungen; *Dießelhorst*, Lehre vom Versprechen, S. 51, sprach bei Grotius von einer „[eigentümlich] vergegenständlichende[n] Auffassung von der Freiheit der Person“; siehe auch *Tuck*, Natural Rights, S. 60, S. 69, zu einem solchen Verständnis eines Eigentumsrechts an den eigenen Handlungen in Grotius' früheren Werken; vgl. auch *Decock*, TRG 77 (2009), insbes. S. 437, zur Idee des „Eigentums“ an den freien Handlungen in der Spätscholastik; auch *ders.*, Theologians, S. 167, zu der Idee des „self-ownership“; an letzterer Stelle ist auch auf *Schüßler*, in: Transformations, S. 149 ff., verwiesen, wo dieser beschreibt, wie in frühneuzeitlicher Moralthologie Zweifelsfragen des erlaubten Handelns mit Konzepten des Eigentums- oder Besitzrechts behandelt wurden (er spricht von „moral self-ownership“); auf die Idee eines Konzepts des Eigentums an Handlungen wird auch in der gegenwärtigen englischsprachigen Literatur zur Frage des Vertragsverständnisses verwiesen, siehe *Gold*, Nw. U. L. Rev. 103 (2009), S. 13 ff., der für die „Idea of Self-Ownership“ zunächst auf Locke, aber auch Grotius für die Vorstellung einer Eigentumsanalogie in Bezug auf Handlungen verweist (S. 16, auch schon S. 14 Fn. 58, wo auf Zitate aus Grotius' *De iure praedae commentarius* verwiesen wird).

<sup>62</sup> Siehe etwa nur *Dovring/Fischer/Meijers*, in: Grotius, *Inleidinge*, S. XIX, die einen Zeitraum der Abfassung von 1619 bis 1621 und eine Erstveröffentlichung im Jahr 1631 angeben.

<sup>63</sup> Insbesondere *Tuck*, Natural Rights, S. 69, geht schon auf diese Stelle ein.

of his own freedom, so that the other acquires a right over it, which right is termed a personal right or *jus in personam*.<sup>64</sup>

Die Parallelität zwischen Eigentum und dem Recht an den eigenen Handlungen wurde von Grotius zudem auch schon in seinem *De iure praedae commentarius*<sup>65</sup> verwendet.<sup>66</sup>

„Quid enim est aliud naturalis illa libertas, quam id quod cuique libitum est faciendi facultas? Et quod *Libertas* in actionibus idem est *Dominum* in rebus. Unde illud: *Suae quisque rei moderator et arbiter*.“<sup>67</sup>

Besonders interessant an dieser Stelle erscheint, dass offenbar die Parallelität zwischen Eigentum und Handlungen gegenüber der Argumentation im *De iure belli ac pacis* und der *Inleidinge* in der entgegengesetzten Richtung genutzt wird: Es wird von den Handlungen, der Handlungsfreiheit, ein Schluss für das Eigentum gezogen: Es wird von der Handlungsfreiheit auf die freie Verfügungsgewalt im Eigentum geschlossen.<sup>68</sup> Das bestätigt noch einmal, dass es

---

<sup>64</sup> Grotius, *Jurisprudence of Holland*, III 1 § 12, S. 295, der niederländische Text (S. 294) lautet: „Den grond hier van bestaet in des mensches vrije macht over sijne daden: want ghelijckerwijs de macht die iemand heeft over sijn eighen goed, 't zy in vollen ofte gebreckelicken eigendom, zoo veel werckt dat hy door levering ofte toelating een ander mag eigenaer maecken, ghelijck hier vooren is verklaert, alzo oock vermag een mensch een deel, ofte veel eer een gevolg, sijns vrijheids aen een ander zulcks aanneemende over te draghen, zoo dat die andere eenig recht daer over werd geboren, welck recht inschuld werd genoemt.“ (es gibt noch eine weitere englische Übersetzung der *Inleidinge*, *ders.*, Introduction, die bei der Erstellung der vorliegenden Arbeit ergänzend herangezogen wurde).

<sup>65</sup> Siehe etwa nur *van Ittersum*, in: Grotius, *Law of Prize and Booty*, S. xx f., dazu, dass Grotius das Werk im Jahr 1606 abschloss, es aber mit Ausnahme des 12. Kapitels, das 1609 als „*Mare Librum*“ veröffentlicht wurde, bis ins 19. Jahrhundert unveröffentlicht blieb; siehe auch dort *dies.*, S. xxiii, zur Auffindung des Werks im Jahr 1864 und der erstmaligen Veröffentlichung 1868.

<sup>66</sup> *Tuck*, *Natural Rights*, S. 60, hebt schon die Gleichsetzung von Eigentum und dem Recht an Handlungen bereits in diesem Werk hervor; zuvor hatte auch schon *Feenstra*, in: *Wieacker-FS*, S. 227 mit Fn. 120, auf diese Parallele zum *De iure belli ac pacis* hingewiesen; auch etwa *Gold*, *Nw. U. L. Rev.* 103 (2009), S. 16 mit Fn. 70 und Fn. 58 S. 14, stellt im Anschluss an das Zitat bei *Tuck* diese Stelle im Werk Grotius' für die Annahme eines eigentumsgleichen Rechts an Handlungen in der Naturrechtslehre heraus.

<sup>67</sup> Grotius, *De Jure Praedae*, S. 18; vgl. die englische Übersetzung, *ders.*, *Law of Prize and Booty*, S. 33 f.: „For what is that well-known concept, ‚natural liberty,‘ other than the power of the individual to act in accordance with his own will. And liberty in regard to actions is equivalent to ownership in regard to property. Hence the saying: ‚Every man is the governor and arbiter of affairs relative to his own property.‘“

<sup>68</sup> Die Verbindlichkeit des Vertrages wird bei Grotius, *De Jure Praedae*, S. 18 f. (vgl. *ders.*, *Law of Prize and Booty*, S. 34 f.), nur aus der Verpflichtung des Worthaltens begründet.

sich bei Eigentum und dem entsprechenden Recht an Handlungen um *gleichgeordnete* eigenständige Rechtsbereiche handelt.<sup>69</sup>

Bei dem Versprechen wird bei Grotius nun offenbar ein Teil des *jeweiligen* Vollrechts selbst – Freiheit *oder* Eigentum – übertragen.<sup>70</sup> Während diese Unterscheidung in der *Inleidinge* nicht so klar wird,<sup>71</sup> zeigt sie sich doch an den zuvor zitierten Stellen des *De iure belli ac pacis* deutlich und erscheint eben auch vor dem Hintergrund der Gleichordnung der Rechtsbereiche Eigentum und Rechte an Handlungen schlüssig. Die Übereignungshandlung in Erfüllung eines *dare*-Versprechens stellt sich damit nicht eigentlich als Vornahme einer versprochenen *Handlung* dar, sondern nur als Konsequenz daraus, dass das *Eigentum* als versprochenes Vollrecht irgendwie übertragen werden muss.<sup>72</sup> Bei der *obligatio dandi* steht also gerade nicht – wie nach heutigem Verständnis – die Übereignungshandlung des Veräußerers im Zentrum, sondern das Eigentum an der Sache selbst.<sup>73</sup> Versprochen wird nicht die Übereignungshandlung, sondern das Eigentum. Zentral ist die Übertragung des Eigentums, die als untergeordnetes Vehikel die Übereignungshandlung erfordert. Übertragen wird im *dare*-Versprechen damit nicht ein Recht auf die Übereignungshandlung,

---

<sup>69</sup> Insbesondere *Dedek*, Can. J. L. Juris. 25 (2012), S. 326, stellt eben diese Gleichordnung ohne Unterordnung heraus; siehe aber auch schon *Olivecrona*, ARSP 63 (1977), S. 90, der die „Handlungen“ als „Bestandteile des *suum*“ darstellte als „mit den Gegenständen des Eigentumsrechts koordiniert“; vgl. auch *ders.*, Philos. Quart. 24 (1974), S. 223, S. 226, wo die Handlungen als eigenständiger Teil des „*suum*“ dargestellt werden; ähnlich auch *ders.*, in: Germann-FS, S. 180.

<sup>70</sup> So deutlich eben schon *Olivecrona*, ARSP 63 (1977), S. 92, hier deutlich insbesondere zur *promissio dandi*, und auch *ders.*, in: Germann-FS, S. 186 f.; vgl. davor auch schon *Hägerström*, Bindende Kraft des Vertrages, S. 70 f.

Vgl. auch zur Idee der Übertragung eines Stellvertreters des Vollrechts im Vertrag in der Spätscholastik *Decock*, TRG 77 (2009), S. 456, und *ders.*, Theologians, S. 169.

<sup>71</sup> Vgl. aber doch auch *Grotius*, Jurisprudence of Holland, III 1 § 13, S. 294 f., wo das erlangte Recht in zwei Alternativen unterschieden wird (auch mit den lateinischen Begriffen „*Ad dandum*“ und „*Ad faciendum*“).

<sup>72</sup> Deutlich schon *Olivecrona*, ARSP 63 (1977), S. 92 f.; vgl. auch schon *ders.*, in: Germann-FS, S. 186; vgl. im Übrigen auch *Grotius*, Jurisprudence of Holland, III 1 § 13, S. 294 f., wo es zum Inhalt des erlangten Rechts heißt „[...] it gives the right to demand from a person ownership or free possession; [...]“ („[...] het recht gheeft om von iemand den eighendom ofte vrij bezit af te vorderen, [...]“), wo also auch nicht auf eine Übereignungshandlung, sondern das Eigentum selbst abgestellt wird.

<sup>73</sup> Vgl. eben noch einmal das Zitat in der vorangehenden Fn.; *Sutschet*, Garantiehaftung, S. 36 f., hat – ohne direkten Bezug auf die Naturrechtslehre – den Gegensatz des heutigen Verständnisses der Obligation als allein auf eine Handlung gerichtet (dazu deutlich schon *ders.*, Garantiehaftung, S. 17 f.) zu einem Verständnis, das diese Beschränkung auf die Handlung nicht kennt, besonders deutlich dargestellt; vgl. auch *HKK/Michaels*, vor § 241 Rn. 32, der ausgehend vom römischen Recht den Unterschied betont, der für *dare* und *facere* entsteht, wenn auf den Gegenstand der Obligation abgestellt wird und überblicksartig u.a. auch auf das 18. Jahrhundert und die Naturrechtslehre eingeht.

sondern ein Recht auf das Eigentum an der Sache. Die Wesentlichkeit dieser Unterscheidung bei Grotius wird trotz Olivecronas deutlicher Analyse in der Rechtswissenschaft nicht immer hinreichend beachtet: Es ist verbreitet, bei dem Versprechensmodell Grotius' allgemein nur davon zu sprechen, es werde ein *Freiheitsteilchen* übertragen, ohne auf die selbständige andere Art des Versprechens einzugehen.<sup>74</sup> Manchmal wird auch – offenbar in Anlehnung an die Terminologie Kants<sup>75</sup> – pauschal davon gesprochen, das „Versprechen“ werde übertragen, und dies mit dem Begriff „Versprechenstranslation“ bezeichnet.<sup>76</sup>

Wenn doch zwischen *promissio faciendi* und *promissio dandi* unterschieden wird, wird häufig aber in der *promissio dandi* eine direkte Vollrechtsübertragung, also eine Eigentumsübertragung gesehen.<sup>77</sup> Es sollen also *promissio dandi* und *alienatio* zusammenfallen und daher mit dem Versprechen des Eigentums, insbesondere im Kaufvertrag, direkt das Vollrecht des Eigentums

---

<sup>74</sup> Siehe etwa *Lipp*, Bedeutung des Naturrechts, S. 140; *Nanz*, Vertragsbegriff, S. 140 f., S. 142; *Meyer-Pritzl*, in: 200 Jahre Badisches Landrecht, S. 80; *Zimmermann*, in: Heldrich-FS, S. 468; *Dedek*, Can. J. L. Juris. 25 (2012), S. 324 ff.; *ders.*, Ox. J. L. St. 32 (2012), S. 730; *Luig*, in: Rechts- und Verfassungsgeschichte, S. 109; *ders.*, in: S. Pufendorf, Über die Pflicht, S. 230; *C. Hattenhauer*, Rechtsgestaltung, S. 67; *Jørgensen*, Sc. St. L. 13 (1969), S. 114; *Bremkamp*, Causa, S. 93; *Schmidlin*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 192, spricht allgemein bei der Verbindlichkeit des Vertrags die Übertragung des Freiheitsteilchens an, auch wenn er kurz darauf dann *promissio dandi* und *faciendi* unterscheidet; Übertragung des Freiheitsteilchens als allgemeines Konzept auch dargestellt bei *ders.*, in: Berner Kommentar OR, Vorbemerkungen zu Art. 3–10, Rn. 9 ff.; siehe auch *Coing*, Europäisches Privatrecht I, S. 393; siehe auch *Behrends*, in: Christentum und modernes Recht, S. 258 mit Fn. 18 (S. 287), der das Verhältnis zwischen *promissio dandi* und *promissio faciendi* nicht recht klären kann (siehe schon oben, S. 30, Fn. 55, und S. 32, Fn. 57) und meint, dass Grotius, wenn er „an die schuldrechtliche Eigentumsverschaffungspflicht – und nicht an den Vertrag als unmittelbare Methode der Eigentumsverschaffung – gedacht hätte, ihr [offenbar der *promissio dandi*] eigentlich die *alienatio libertatis* nicht hätte absprechen können“ und der wohl die *promissio faciendi* als allgemeinen Oberbegriff, dem die *promissio dandi* als spezielle Art untergeordnet ist, darstellt; vgl. schließlich auch *Moosheimer*, in: Kleinheyer/Schröder, Juristen, S. 187, der nur „ein Recht auf ein zukünftiges Handeln“, das übertragen werde, erwähnt.

<sup>75</sup> Vgl. *Kant*, AA VI, S. 274, Rechtslehre § 20 („Durch den Vertrag also erwerbe ich das Versprechen eines Anderen [...]“); zu Kant später im Text der Arbeit.

<sup>76</sup> *Schmidlin*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, insbes. S. 189, S. 192 f., ein Anschluss an Kants Terminologie liegt bei ihm angesichts der Aussage des Artikels, die eine zentrale Stellung Kants behauptet, nah.

<sup>77</sup> Insbesondere *Schmidlin*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 192; im Übrigen insbes. auch *Wieacker*, in: Welzel-FS, S. 19 f., und *ders.*, in: *Secunda Scolastica*, S. 227 ff., der die beiden Arten deutlich trennt, aber nur in der *promissio faciendi* mit dem Freiheitsteilchen ein Schuldverhältnis im heutigen Sinn sehen will.

selbst übergehen.<sup>78</sup> Dagegen ist nach Grotius' Text zwar im Zweifel davon auszugehen, dass sofort bei Kaufvertragsschluss das Eigentum übergehen soll, doch ist dies nicht der einzige Weg.<sup>79</sup> Besonders deutlich wird der Unterschied zwischen *promissio dandi*, die das Eigentum nicht übergehen lässt, und der wirklichen Übereignung in Grotius' Darstellung zum Problem des Doppelverkaufs<sup>80</sup>:

„Illud quoque sciendum, si res bis fit vendita, ex duabus venditionibus eam valituram quæ in se continuit præsentem dominii translationem, sive per traditionem, sive aliter. Per hanc enim facultas moralis in rem abiit à venditore: quod no fit per solam promissionem.“<sup>81</sup>

Wenn also eine Sache zweimal verkauft worden ist, soll der Käufer sie erhalten, dem sie übereignet wurde – durch Überlieferung *oder* auf andere Weise. Denn der Verkäufer verliere erst dadurch und nicht schon durch das Versprechen seine Herrschaft über die Sache. Diese Stelle brachte Grotius bereits von Pufendorf den Vorwurf ein, sich nicht an sein Konsensprinzip beim Eigentumserwerb gehalten zu haben.<sup>82</sup> Auch in neuerer Zeit hieß es schon, Grotius stelle

---

<sup>78</sup> Siehe etwa *Michaels*, Sachzuordnung, S. 129; auch *Wieacker*, in: Welzel-FS, S. 12 f., S. 13, S. 20 f., deutlich etwa „übereignende Zuwendung *ad dandum*“; *ders.*, in: *Secunda Scolastica*, S. 229, „Gleichstellung der *obligatio ad dandum* [...] mit der Eigentumsübertragung“; auch *Wieling*, Sachenrecht I, S. 30; für den Kaufvertrag auch *Bergfeld*, in: *Gesellschaftliche Freiheit*, S. 116; auch in der gegenwärtigen englischsprachigen Literatur findet sich die pauschale Behauptung, bei Grotius werde im Vertrag unmittelbar das Eigentum übertragen: *Benson*, *Wm. & Mary L. Rev.* 48 (2007), S. 1723 (auch für Pufendorf und Hegel); *Weinrib*, *Chi.-Kent L. Rev.* 78 (2003), S. 67 Fn. 39, weist dagegen lediglich darauf hin, dass u.a. Grotius das römisch-rechtliche Prinzip, wonach der Vertrag kein Eigentum übertrage, abgelehnt habe.

<sup>79</sup> Siehe *Grotius*, *De Iure Belli ac Pacis*, II 12 § 15, wo es heißt, es sei dies das „einfachste“ („simplicissimum“), aber doch wohl offenbar nicht die einzige Möglichkeit, da danach die Lage angesprochen wird, wenn das Eigentum nicht sofort übertragen wird; auch schon *H. Brandt*, *Eigentumserwerb*, S. 54 f., hatte beide Möglichkeiten nach Grotius beachtet; dagegen spricht *Michaels*, *Sachzuordnung*, S. 128, die Argumentation mit der Einfachheit an, ohne sich allerdings mit dem Rest des Textes bei Grotius vertieft auseinanderzusetzen.

<sup>80</sup> Zum Doppelverkauf bei Grotius detailliert auch schon *Wenn*, *Schuldrecht Pufendorfs*, S. 159 ff.; auch *Ikadatsu*, *Paradigmawechsel*, S. 63.

<sup>81</sup> *Grotius*, *De Iure Belli ac Pacis*, II 12 § 15 (Unterstreichungen von Verfasser).

Vgl. *ders.*, *Kirchmann-Übersetzung* I, S. 418: „Ist die Sache zweimal verkauft worden, so gilt derjenige Kauf, welcher zugleich die Eigentumsübertragung in sich enthält, sei es durch Uebergabe oder sonst. Denn dadurch hat der Verkäufer die rechtliche Fähigkeit auf die Sache verloren, was durch das blosses Versprechen nicht geschieht.“

<sup>82</sup> *S. Pufendorf*, *De jure naturæ et gentium*, *Gesammelte Werke* IV/2, V 5 § 5, S. 486: „Ubi nescio, an Is satis sibi constet. Equidem *promissio de vendendo* venditio non est. Ipse tamen d. l. asseruerat, *dominii translationem fieri posse ipso contractus momenta, etiam citra traditionem.*“; vgl. die englische Übersetzung, *ders.*, *Law of Nature and Nations*, S. 496: „But here Grotius does not seem to be consistent with himself; indeed the Promise to sell is

wesentlich auf die *Besitzerlangung* zur Entscheidung der Frage ab, welcher Käufer obsiegt und das Eigentum erhalte.<sup>83</sup> Gegen die Kritik Pufendorfs wurde Grotius aber bereits im 18. Jahrhundert von Barbeyrac in Schutz genommen.<sup>84</sup> Zu Recht wies dieser darauf hin, dass zwei verschiedene Arten des Kaufs bei Grotius zu beachten sind. Einmal nämlich ein Kauf, bei dem direkt das Eigentum übertragen wird, und einmal ein Kauf, bei dem das Eigentum nicht direkt im Kaufvertrag übergehen soll.<sup>85</sup> Er verweist darauf, dass Grotius von Übereignung durch Ablieferung *oder andere Weise* spricht,<sup>86</sup> sodass der Ablieferung selbst keine tragende Rolle zukommen kann. Demnach kann in der von Grotius erwähnten Ablieferung also nur eine Art konkludente konsensuale Übereignung gesehen werden.<sup>87</sup> Das Konzept Grotius' muss danach so verstanden werden, dass durch das bloße Versprechen, die *promissio dandi*, das Vollrecht des Eigentums nicht übergeht, sondern nur durch eine konsensuale Übertragung des Vollrechts, beispielsweise bei der Ablieferung mit implizitem Übereignungskonsens. Es gibt demnach einen Kaufvertrag als Versprechensvertrag, bei dem das Eigentum nicht übergeht, selbst wenn es möglich ist, dass der Kauf-

---

not selling, but yet he had asserted, that the Property is made over at the very Moment of Contract, altho' the Thing be not delivered: [...]“.

<sup>83</sup> *Ikadatsu*, Paradigmawechsel, S. 63, dort, S. 63 ff., insgesamt auch zum Problem des Doppelverkaufs bei Grotius, Pufendorf und Wolff, allerdings mit hier auch sonst nicht umfassend geteilter Bewertung, dazu in den Fällen von Pufendorf und Wolff noch später im Text der Arbeit.

*Michaels*, Sachzuordnung, S. 131 f., geht dagegen offenbar davon aus, dass bei Grotius wegen stets erfolgenden Eigentumsübergangs aus dem Kaufvertrag auf den ersten Käufer auch stets der zweite Käufer das Nachsehen habe, was offensichtlich dem Text Grotius' widerspricht (so offenbar noch *HKK/ders.*, vor § 241 Rn. 46 mit Fn. 349); auch schon *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 297, meinte aber schon gegen den Text bei Grotius (er missversteht offenbar den Text und bezieht die „*dominii translatio*“ unmittelbar allein auf den ersten Kauf), Grotius lasse stets den ersten Käufer vorgehen (diese Stelle bei *Wieacker* wird i.Ü. auch von *Michaels*, in Fn. 463, bei seiner Interpretation genannt, wenn auch bloß mit einem Hinweis auf einen Einfluss Grotius' auf das „*ius ad rem*“, was *Wieacker* dort auch anspricht, doch mag *Wieackers* Verständnis die ebenso fehlgehende Interpretation *Michaels'* vielleicht begünstigt haben); ebenso unzutreffend einen „*zwangsläufig[n]*“ Vorzug für den Erstkäufer“ annehmend auch *Ernst*, in: *Heldrich-FS*, S. 116 mit Fn. 19.

<sup>84</sup> Auch *Wenn*, Schuldrecht Pufendorfs, S. 161 f., hat *Barbeyracs* Erwidrerung schon berücksichtigt, aber hat sie inhaltlich nicht verwertet; siehe auch *ders.*, Schuldrecht Pufendorfs, S. 164 Fn. 2, ausdrücklich gegen die Kritik Pufendorfs an Grotius.

<sup>85</sup> Siehe *Barbeyrac*, in: *Grotius*, Rights of War and Peace, II 12 § 15 Anm. 7, S. 748; siehe auch *C. Wolff*, *Jus Naturæ* IV, § 1148 Anm., ohne direkte Erwähnung Pufendorfs; zu *Wolffs* Konzeption später in dieser Arbeit.

<sup>86</sup> Das wird auch von *Wenn*, Schuldrecht Pufendorfs, S. 160 f., als entscheidend betont.

<sup>87</sup> So schon *Barbeyrac*, in: *Grotius*, Rights of War and Peace, II 12 § 15 Anm. 7, „*Delivery implying a present Translation of Property*“; *Wenn*, Schuldrecht Pufendorfs, S. 160 f., meint dagegen, Grotius habe hier auch die Übereignung nach Zivilrecht berücksichtigt.

vertrag nicht als Versprechensvertrag ausgestaltet wird, sondern als unmittelbare konsensuale Eigentumsübertragung ohne vorgeschaltetes Versprechen. Bei diesem Versprechen geht ein vom Vollrecht verschiedenes anderes Recht über. Es ist daher konsequent, dass nach Grotius der Käufer obsiegt, dem zuerst das Volleigentum übertragen wurde, selbst wenn zuvor die Sache einem anderen *versprochen* worden ist.<sup>88</sup> Damit wird klar: Auch bei der *promissio dandi* geht zwar ein Teil des Vollrechts Eigentum über als Zwangsrecht zur Eigentumsverschaffung, nicht aber das Eigentum als Vollrecht selbst.<sup>89</sup>

## 2. Pufendorf

Herkömmlicherweise ist Pufendorfs allgemeine Vertragslehre<sup>90</sup> als Fortführung der Konzeption Grotius' betrachtet worden.<sup>91</sup> In neuerer Zeit wurde dem Vertragsmodell Pufendorfs aber in zweierlei Hinsicht eine besondere Bedeutung beigemessen: Zunächst meint Schmidlin bei Pufendorfs Vertragslehre, ein für sein Vertragsmodell des Naturrechts kennzeichnendes und gegenüber seinem kantisch-pandektistischen Willensvereinigungsmodell abgrenzendes Ele-

---

<sup>88</sup> So hat das auch schon *C. Wolff*, *Jus Naturæ* IV, §§ 1147 f., jeweils mit Anm., verstanden; zu Wolff siehe im weiteren Text der Arbeit.

<sup>89</sup> *Wenn*, *Schuldrecht Pufendorfs*, S. 161, meinte dagegen, ausgehend von dem Fehlverständnis, „*promissio*“ bedeute bei Grotius nur eine einseitige Willenserklärung, offenbar, es werde dabei gar kein Recht erworben.

<sup>90</sup> Nicht näher erörtert werden soll die Meinung von *Dießelhorst*, *Vermögensrechtssystem Pufendorfs*, 58 f., S. 67 mit Fn. 41, der meinte, Pufendorf habe keine wirkliche allgemeine Vertragslehre entwickelt, was, wie sich auch im weiteren Text dieser Arbeit zeigen wird, deutlich unzutreffend ist und, soweit ersichtlich, auch nicht aufgegriffen wurde. Ausdrücklich gegen *Dießelhorst* etwa *Lipp*, *Bedeutung des Naturrechts*, S. 145; eine allgemeine Vertragslehre bei Pufendorf nimmt etwa auch schon *Wenn*, *Schuldrecht Pufendorfs*, etwa S. 36 f., wie selbstverständlich an; siehe auch *Ikadatsu*, *Paradigmawechsel*, S. 34 Fn. 90, mit Kritik an *Dießelhorsts* Behandlung von Pufendorf, aber ausgehend von seinem noch zu besprechenden eigenwilligen Verständnis von Pufendorfs allgemeiner Vertragslehre, das in dieser Arbeit nicht geteilt wird.

<sup>91</sup> So etwa *Olivecrona*, in: *Ger mann-FS*, S. 187 f.; *Nanz*, *Vertragsbegriff*, S. 149, S. 152 ff.; *Hartung*, in: *HWP XI*, Sp. 969; *Bremkamp*, *Causa*, S. 100 f.; *Dedek*, *Can. J. L. Juris*. 25 (2012), S. 326 ff.; auch *Wenn*, *Schuldrecht Pufendorfs*, S. 45, der sich aber im Übrigen, siehe S. 2, nicht näher mit dem allgemeinen Vertragsrecht befassen will; siehe auch schon *Wieacker*, in: *Secunda Scolastica*, S. 230; vgl. auch *ders.*, in: *Welzel-FS*, S. 14; auch *Schmidlin*, in: *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, S. 192, vor dem Hintergrund seiner gleich zu besprechenden besonderen Interpretation eines Doppelkonsenses, den er aber bei beiden sehen will; im Anschluss an ihn auch *C. Hattenhauer*, *Rechtsgestaltung*, S. 67; auch *Ehmann*, in: *Stathopoulos-FS*, S. 593, ebenfalls unter Bezug auf den angeblichen Doppelkonsens; siehe schließlich hinsichtlich der Versprechenslehre auch *Dießelhorst*, *Vermögensrechtssystem Pufendorfs*, S. 58 ff., abgesehen davon, dass er meint, Pufendorf entwickle dabei keine allgemeine Vertragslehre.

ment zu entdecken: den sog. „Doppelkonsens“. Danach wurde noch in der Dissertation von Ikadatsu zu Beginn des 21. Jahrhunderts behauptet, Pufendorfs Vertragslehre stelle den reinen Typus eines ganz eigenen Paradigmas in der europäischen Rechtsgeschichte dar. Beide Thesen sollen hier näher untersucht werden.

a) Die einflussreiche unzutreffende Interpretation vom „Doppelkonsens“

In der grundlegenden Studie zur Entwicklung des allgemeinen Vertragsbegriffs aus den 1980er Jahren des vergangenen Jahrhunderts wurde zunächst einmal zutreffend – insoweit jedenfalls, als man „consensus“ mit „Konsens“ übersetzen will – darauf hingewiesen, dass Pufendorf für den Rechtsübergang beim Versprechen zwei „Konsense“ erfordert, nämlich einmal den des Versprechenden und einmal den des Annehmenden.<sup>92</sup> In Pufendorfs eigenen Worten heißt es:

„Caeterum & hoc addendum est, ut promissio sit valida, requiri non solum consensum ejus, qui promittit, sed & ejus, cui promittitur [...]“<sup>93</sup>

Neben der erwähnten Übersetzung mit „Konsense“<sup>94</sup> wurde in derselben Arbeit aber festgestellt, man müsse hier eigentlich mit „Willenserklärung“ übersetzen<sup>95</sup>. Insbesondere Schmidlin interpretiert das Erfordernis der beiden *consen-*

<sup>92</sup> Nanz, Vertragsbegriff, S. 152 ff.

<sup>93</sup> S. Pufendorf, De jure naturae et gentium, Gesammelte Werke IV/1, III 6 § 15, S. 284.

Vgl. die englische Übersetzung, *ders.*, Law of Nature and Nations, S. 283: „We are farther to observe, That to the rendring of a Promise good and valid, there is required, not only the Consent of the Person who makes it, but likewise of him to whom it is made [...]“

Vgl. auch die zeitgenössische deutsche Übersetzung, *ders.*, Natur- und Völker-Recht I, S. 697: „Wir haben hier noch beyzufügen/ wie zur Gültigkeit einer Zusage erfordert werde/ daß nicht nur der drein willige/ welcher sie zu thun hat/ sondern auch der andere dem sie geschehen ist [...]“

Die hier zitierten Übersetzungen aus dem 17./18. Jahrhundert können (siehe auch den zweiten Band bei *ders.*, Natur- und Völker-Recht II) den Zugang zum lateinischen Text Pufendorfs erleichtern, sie werden wiederum nur zitiert, wenn ausdrücklich auf ihren Wortlaut abgestellt wird. Von den weiteren in dieser Arbeit zitierten Arbeiten, den *Elementa* und *De Officio*, erleichtern ebenfalls Übersetzungen (moderne und solche des 17./18. Jahrhunderts) ins Englische bzw. Deutsche den Zugang zum lateinischen Text; auch diese werden nur zitiert, wenn gerade auf ihren Wortlaut abgestellt wird: S. Pufendorf, Elements; *ders.*, Über die Pflicht; *ders.*, Whole Duty of Man; *ders.*, Einleitung zur Sitten- und Stats-Lehre, Gesammelte Werke II.

<sup>94</sup> Nanz, Vertragsbegriff, S. 153; ähnlich auch Zimmermann/Hellwege, ZfRV 1998, S. 133 f.

<sup>95</sup> Nanz, Vertragsbegriff, S. 153.

*sus* in seiner einflussreichen Studie in neuerer Zeit jedoch so, dass ein „innerer“ und ein „äußerer“ „Konsens“ von Pufendorf gefordert werde.<sup>96</sup> Dabei versteht er „Konsens“ als „Übereinstimmung“ von zwei Willensäußerungen.<sup>97</sup> Der „innere Konsens“ soll die Übereinstimmung dessen sein, was der Versprechende eigentlich will, mit dem, was er äußert; der „äußere Konsens“ dagegen soll die Übereinstimmung der Erklärung des Versprechenden mit der Erklärung des Vertragspartners sein.<sup>98</sup> Es wurde in diesem Zusammenhang der zwei „Konsense“ in Bezug auf den inneren Konsens sogar schon von „intrapersonalem Konsensverständnis“ gesprochen.<sup>99</sup> Hier scheint sich der Versprechende mit sich selbst einigen zu sollen.<sup>100</sup> Eine solche Interpretation, insbesondere auch in Bezug auf die angebliche Innerlich- und Äußerlichkeit, der zwei „*consensus*“ überzeugt aber nicht.<sup>101</sup>

Sie findet schon keine Stütze im richtig gelesenen Text Pufendorfs und dürfte wesentlich von einem Missverständnis des lateinischen Ausdrucks *consensus* bzw. der deutschen Entsprechung „Konsens“ im hier relevanten Kontext

---

<sup>96</sup> *Schmidlin*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 192 f., und auch *ders.*, in: Vertrag im europäischen Zivilrecht, S. 69 f., der dies auch auf Grotius bezieht; im Anschluss an ihn offenbar *C. Hattenhauer*, Rechtsgestaltung, S. 66 ff.; im Anschluss an Schmidlin auch *HKK/Hofer*, vor § 145 Rn. 25; *Illmer*, in: Handbuch Europäisches Privatrecht II, S. 1668 f. und offenbar auch *Schulze*, Naturalobligation, S. 300; siehe auch *Jessica Schmidt*, Vertragsschluss, S. 21 f., die mit Verweis auf Schmidlin den angeblichen „doppelten Konsens“ schon bei Grotius einführt und dann meint, Pufendorf habe „das Erfordernis des Doppelkonsenses“ „akzentuiert“; insoweit Schmidlin offenbar zustimmend auch *Ehmann*, in: Stathopoulos-FS, S. 592; ähnlich schließlich auch *Weller*, Vertragstreue, S. 78 f., sich allerdings nur auf Nanz und seine „Konsense“ beziehend.

<sup>97</sup> *Schmidlin*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 192, wörtlich „Übereinstimmung“, aber auch sonst in dem Aufsatz; vgl. auch schon *ders.*, in: Berner Kommentar OR, Vorbemerkungen zu Art. 3–10 Rn. 18, wo er in allgemeineren Ausführungen zum Vertragsrecht der Aufklärungszeit „*mutuus consensus*“ mit „Willensübereinstimmung“ oder „Willenseinigung“ gleichsetzt.

<sup>98</sup> *Schmidlin*, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 192; siehe deutlich auch etwa *Jessica Schmidt*, Vertragsschluss, S. 21.

<sup>99</sup> *Weller*, Vertragstreue, S. 78, Hervorhebung im Original (er spricht vom „erste[n]“ Konsens“ statt vom „inneren Konsens“); von „intrapersonaler Rechtsspaltung“ spricht auch *Schulze*, Naturalobligation, S. 300, bzgl. des „innerlichen Konsenses in der Person des Versprechenden“.

<sup>100</sup> *Schulze*, Naturalobligation, S. 300 f. mit Fn. 66 f., problematisiert ausdrücklich die Identität von „Wollende[m]“ und „Versprechende[m]“ und meint, es handele sich „*tatsächlich* nicht um einen Konsens, sondern um das Erfordernis der Irrtumsfreiheit“ (Hervorhebung von Verfasser), und spricht schließlich sogar aber vom „inneren Versprechenskonsens des Versprechenden mit sich selbst“.

<sup>101</sup> In der Literatur wurde und wird auch unabhängig von Schmidlins Interpretation des ‚Doppelkonsenses‘ bei Pufendorf ‚*consensus*‘ schlicht als einseitige Zustimmung verstanden, siehe sogleich die unten, S. 48, aufgeführten Meinungen, die den ‚*consensus*‘ bei Pufendorf als Zustimmung verstehen.