

Freiheit und Gleichheit im Privatrecht

Herausgegeben von
MARTIN GEBAUER
und STEFAN HUBER

Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

*Rechtsvergleichung
und Rechtsvereinheitlichung*

82

Mohr Siebeck

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

Herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

82



Freiheit und Gleichheit im Privatrecht

Ergebnisse der 37. Tagung der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung
in Greifswald – Fachgruppe Zivilrecht

Herausgegeben von
Martin Gebauer und Stefan Huber

Mohr Siebeck

Martin Gebauer ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Eberhard Karls Universität Tübingen und Richter am Oberlandesgericht Stuttgart.

Stefan Huber ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilprozess- und Insolvenzrecht, Europäisches und Internationales Privat- und Verfahrensrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

Gedruckt mit Unterstützung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V., Freiburg i. Br.

ISBN 978-3-16-161684-6 / eISBN 978-3-16-161685-3

DOI 10.1628/978-3-16-161685-3

ISSN 1861-5449 / eISSN 2569-426X (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

Martin Gebauer/Stefan Huber

Freiheit und Gleichheit im Privatrecht: eine Einführung 1

Wouter Druwé

Gleichheit im Vertragsrecht des Ius Commune 9

Birke Häcker

Privatrechtliche Freiheit und Gleichheit im Zeitalter der Kodifikation.
Entwicklungen im englischen Common Law und auf dem
europäischen Kontinent 29

Dirk Looschelders

Gleichheit und Materialisierungstendenzen im Privatrecht
des 20. und 21. Jahrhunderts 63

Ralf Michaels

Gleichheit bei Rechtsvielfalt?
Rechtsvergleichung, Rechtsvereinheitlichung, Internationales Privatrecht . 119

Autorenverzeichnis 199

Freiheit und Gleichheit im Privatrecht: eine Einführung

Martin Gebauer/Stefan Huber

I.

Gleichheit ist von zentraler Bedeutung bei der Suche nach Gerechtigkeit.¹ Dabei stellt sich freilich die Vorfrage, wie Gleichheit zu verstehen ist. In der Ausprägung der formalen Gleichheit vor dem Gesetz ist sie Fundament des Rechtsstaates.² Bei der Französischen Revolution wurde sie zu einer tragenden Säule.³ Grundlegend war dabei die in der Aufklärung entwickelte Vorstellung, dass alle Menschen kraft ihrer menschlichen Natur, unabhängig von ihrem gesellschaftlichen Status, auf gleicher Stufe stehen.⁴ Konsequenz war die Anerkennung allgemeiner Rechtsfähigkeit unter Aufgabe von Sklaverei und Leibeigenschaft.⁵

Auch die so verstandene Gleichheit schützt allerdings nicht vor dem willkürlichen Gebrauch individueller Freiheit.⁶ Entscheidend sind die Bezugspunkte der Gleichheit. Im Ausgangspunkt sind dies (Freiheits-)Rechte; im Privatrecht

¹ Vgl. nur *Aristoteles*, Nikomachische Ethik (in deutscher Übersetzung von *Frede*, in: Grumach/Flashar/Rapp (Hrsg.), *Aristoteles Werke in deutscher Übersetzung*, Band 6, Erster Halbband (2020), Buch 5, Kapitel 2 und 6 bis 8; in Kapitel 2 bezeichnet *Aristoteles* als gerecht jemanden, „der auf Gleichheit aus ist“ (S. 80). Vgl. aber auch die Skepsis bei *Westen*, *The empty idea of equality*, 95 Harv. L. Rev. (1982), 537 (547: „equality is tautological“, 556 f.).

² *Wündisch*, in: Hilgendorf/Joerden (Hrsg.), *Handbuch der Rechtsphilosophie*, 2. Aufl. (2021), Abschnitt 57.6.

³ Vgl. das Leitmotiv der Französischen Revolution „liberté, égalité, fraternité“ sowie den Hinweis darauf bei *Wündisch* aaO. Der Hinweis auf das Leitbild der Französischen Revolution steht auch am Anfang des Beitrags von *Häcker* in diesem Band, S. 29; vgl. ebenfalls den Beitrag von *Michaels* in diesem Band, Abschnitt II.B.1, S. 137 f.

⁴ *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), Abschnitt über das „angeborene Recht“, S. 238 in der Akademieausgabe von Immanuel Kants *Gesammelten Werken*, Band VI.

⁵ Vgl. bspw. § 1 BGB; sehr deutlich § 16 ABGB von 1811: „Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Slavery oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet.“

⁶ Dazu hier in diesem Band *Häcker*, S. 29, 30, 51 ff. (Ende Abschnitt I sowie Abschnitt III.2).

ist hier vor allem das Recht zu nennen, durch Rechtsgeschäfte die eigene Lebensführung zu gestalten – Privatautonomie. Auch hier schützt rein formale Gleichheit nicht vor Übervorteilung und willkürlicher Ausnutzung faktischer Machtunterschiede – ja, mehr noch: *Birke Häcker* hebt in ihrem Beitrag über „Privatrechtliche Freiheit und Gleichheit im Zeitalter der Kodifikation“ hervor, dass selbst der Abschluss eines einseitig übervorteilenden Vertrags bei formaler Betrachtung für beide Seiten den Gebrauch ihrer positiven Freiheit zur Selbstbindung per Vertragsschluss ermögliche und damit der so verstandenen Freiheit zur Geltung ver helfe.⁷ So betrachtet, ergänzen sich die Ideen von Gleichheit und Freiheit: Die Freiheit lässt sich in ihrer positiven Komponente im Grunde erst dadurch ausüben, dass ein Mensch mit anderen formal gleichen Menschen eine vertragliche Selbstbindung eingeht. Der solchermaßen zustande gekommene Vertrag bindet anschließend beide Seiten in gleicher Weise.

Wie dieses Verständnis die Epoche der Kodifikation ab der Mitte des 18. Jahrhunderts bis zum Ende des 19. Jahrhunderts beherrscht und den Inhalt der Kodifikationen beeinflusst hat, untersucht *Birke Häcker* in ihrem Beitrag. Dabei beginnt sie ihre Analyse mit dem *Codex Maximilianeus* von 1756, nimmt anschließend den französischen *Code civil* von 1804 sowie das österreichische ABGB von 1811 in den Blick, betrachtet verschiedene einzelstaatliche Kodifikationen auf dem europäischen Kontinent im weiteren Verlauf des 19. Jahrhunderts und schließt ihren Beitrag mit dem Inkrafttreten des deutschen BGB im Jahre 1900. Die letztlich nicht erfolgreichen Kodifikationsüberlegungen auf der anderen Seite des Ärmelkanals finden ebenfalls Berücksichtigung.⁸

Birke Häcker arbeitet zugleich heraus, dass der fehlende rechtliche Schutz vor vertraglicher Übervorteilung bis hin zur wirtschaftlichen Ausbeutung im Laufe des 19. Jahrhunderts zunehmend als Problem empfunden wurde. Berühmter Protagonist war Otto von Gierke.⁹ Gegen das solchermaßen identifizierte Problem können wohl nur Regelungen helfen, welche die Vertragsfreiheit beschränken. Auf diese Weise wird der Gleichheitsgedanke insoweit materiell aufgeladen, als jedem die reale Chance eingeräumt werden soll, einen Vertrag zu schließen, der ein Mindestmaß an inhaltlicher Vertragsgerechtigkeit aufweist.¹⁰

So betrachtet, geht es bei der Gleichheit um gleiche und insoweit gerechte Verteilung realer Chancen.¹¹ Inwieweit es sich jeweils um eine reale Chance handelt,

⁷ Abschnitt II.1 aE., in diesem Band, S. 34.

⁸ Abschnitt II.2, in diesem Band, S. 35 ff.

⁹ Zu seiner Person etwa *Thiessen*, Otto von Gierke (1841–1921), ZEuP 2021, 892 ff.

¹⁰ Vgl. dazu *Looschelders*, Abschnitt II.1.g, in diesem Band, S. 73; dort spricht er von „Richtigkeitschance“ des Vertrags“.

¹¹ Grundlegend zur Idee der Chancengleichheit *Rawls*, A Theory of Justice (1971), S. 72 ff. („principle of fair equality of opportunity“) und S. 75 ff. in Kombination mit dem „difference principle“, konkretisierend auf den S. 265 ff.

hängt freilich eng mit den Fähigkeiten und Kenntnissen des Einzelnen zusammen. Je schwächer die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse einer Seite ausgeprägt sind, desto eher droht eine Situation, in der der Einzelne die eigene Vertragsfreiheit nicht real zur Wahrung der eigenen Interessen nutzen kann.

Dieses Problem hat nicht erst der europäische Gesetzgeber bei Erlass der Verbraucherregelungen erkannt; bereits vor Inkrafttreten des BGB hat der deutsche Gesetzgeber willkürlichem Missbrauch eines Machtgefälles im Kontext von Abzahlungskäufen durch Einschränkung der Vertragsinhaltsfreiheit Einhalt geboten.¹² Im BGB selbst fanden sich zunächst nur die sehr allgemein gehaltenen §§ 138 und 134, die allerdings weniger individualschützend als gemeinwohlschützend angelegt sind.¹³ Konkret geht es demgegenüber bei dem individualschützenden Ansatz darum, einer Seite ein Stück Vertragsfreiheit zu nehmen, um der anderen Seite ein Mehr an realer Vertragsfreiheit zu gewährleisten. *Dirk Looschelders* bezeichnet dies in seinem Beitrag über „Gleichheit und Materialisierungstendenzen im Privatrecht des 20. und 21. Jahrhunderts“ als „Prinzip der ‚gleichen Freiheit‘“. ¹⁴ Dieses Prinzip untersucht *Dirk Looschelders* für die deutsche, französische, englische und US-amerikanische Rechtsordnung sowie für das Sekundärrecht der EU und identifiziert dabei zwei verschiedene Zwecksetzungen: Zum einen gehe es darum, jedem Bürger einen freien, selbstbestimmten Vertragsschluss zu ermöglichen; zum anderen gehe es bei den positiv statuierten Diskriminierungsverböten vor allem aber um die Anerkennung jedes Einzelnen als gleichberechtigtes¹⁵ Mitglied der Gesellschaft. *Looschelders* sieht hier einen Bereich, in dem selbst auf zivilrechtlicher Ebene die *iustitia distributiva* angesprochen ist.¹⁶

Natürlich ist im Privatrecht primär die *iustitia commutativa* angesprochen. Die entsprechenden Ideen reichen weit bis vor das Kodifikationszeital-

¹² Vgl. zur damaligen Rechtslage *Brünneck*, Ueber den sogenannten Möbel-Leihvertrag, Gruchots Beiträge 1866, 339 ff. sowie *Hausmann*, Die Veräußerung beweglicher Sachen gegen Ratenzahlung (das sog. Abzahlungsgeschäft) (1891), zur Lage unter dem Allgemeinen Preussischen Landrecht dort S. 5 ff., zur Praxis der obersten Gerichtshöfe S. 13 ff.; zur Praxis in verschiedenen Gebieten des damaligen Deutschen Reiches vgl. die dort im Anhang abgedruckten Gutachten der damaligen Handelskammern, S. 103 ff. Zum wirtschaftlichen und politischen Hintergrund s. *Benöhr*, Konsumentenschutz vor 80 Jahren. Zur Entstehung des Abzahlungsgesetzes vom 16. Mai 1894, ZHR 138 (1974), 492, 494 ff. In diesem Band geht *Looschelders* auf die beschriebene Entwicklung ein, S. 67 f. (Abschnitt II.1.a).

¹³ *Dorn*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK), Band I: Allgemeiner Teil (2003), §§ 134–137, Rn. 7, 27; diese grundlegende Zwecksetzung ist nicht zu verwechseln mit den „nationalsozialistischen Gemeinwohlformen“ bei der Anwendung von § 138 unter dem Nationalsozialismus; dazu *Haferkamp*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK), Band I: Allgemeiner Teil (2003), § 138, Rn. 24 ff.

¹⁴ In diesem Band, S. 65 (Abschnitt I.1).

¹⁵ Zum Unterschied zwischen „gleich“ und „gleichberechtigt“ ausführlich *Häcker*, Abschnitt III.2, in diesem Band, S. 51 ff.

¹⁶ In diesem Band, S. 114 f. (Abschnitt III.4).

ter zurück; *Aristoteles* hat diesen Gerechtigkeitsgedanken bereits sehr klar formuliert.¹⁷ Konkret geht es im vertraglichen Kontext¹⁸ um das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Im Grundsatz sind die Parteien frei, die entsprechenden Inhalte auszuhandeln. Wo dieser Grundsatz an Grenzen stößt, untersucht *Wouter Druwé* in seinem Beitrag über „Gleichheit im Vertragsrecht des *Ius Commune*“. Ausgehend von der *laesio enormis* des römischen Rechts, die ausschließlich die Übervorteilung des Grundstücksverkäufers zum Gegenstand hatte, legt *Druwé* die Entwicklung dieses Instituts im *ius commune* für den Zeitraum vom Beginn des 14. Jahrhunderts bis zum Ende des 17. Jahrhunderts dar. *Druwé* schildert die Einflüsse von Persönlichkeiten wie Thomas von Aquin und Grotius, die den Gleichheitsgedanken auf den Vertragsgegenstand beziehen und somit einen allgemeinen Grundsatz der Tauschgerechtigkeit etablieren, der schließlich weit über Grundstückskaufverträge hinaus Bedeutung entfaltet – und dies zugunsten sämtlicher Vertragsparteien. Bei objektiver Übervorteilung um mehr als 50 % des gerechten Preises soll unabhängig von subjektiven Elementen eine unveränderte Vertragsdurchführung ausgeschlossen sein.¹⁹ Im Grunde geht es um die Idee unerträglicher Ungleichwertigkeit. Dies wirft freilich die Grundfrage nach dem gerechten Preis auf. Handelt es sich um einen allgemeinen Marktpreis, oder führt nicht grundsätzlich freie Vertragsverhandlung zum jeweils gerechten Preis? Letztere Annahme lässt dem Institut der *laesio enormis* letztlich keinen Raum. *Druwé* schließt seinen Beitrag mit diesem Ansatz der von *Thomasius* eingeleiteten Gegenbewegung.²⁰

So stehen sich am Ende des 17. Jahrhunderts die Idee der Vertragsinhaltskontrolle und die Idee der prozeduralen Gerechtigkeit gegenüber. In heutiger Zeit versucht sich der Gesetzgeber auf beiden Ebenen: inhaltskontrollierende Regelungen finden sich vor allem, aber nicht nur, im AGB-Recht.²¹ Die Idee der prozeduralen Gerechtigkeit verfolgt der Gesetzgeber flankierend mit Regelungen, die schwächere Marktakteure in die Lage versetzen sollen, frei, also wohlinformiert und ausreichend reflektierend, einen Vertrag zu schließen. Zu denken ist hier beispielsweise an die im BGB sowie EGBGB statuierten Informationspflichten und Widerrufsrechte.²²

¹⁷ Viele moderne Theorien der *iustitia commutativa* finden ihre Wurzeln in der aristotelischen Tauschgerechtigkeit: *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, Buch V, Kapitel 7 ab dem zweiten Absatz (1131b ff.) und Kapitel 8 (in der Übersetzung von *Frede, supra* Fn. 1); s. dazu *Gordon*, *Aristoteles über Gerechtigkeit – Das V. Buch der Nikomachischen Ethik* (2007), S. 165 ff.

¹⁸ Zum außervertraglichen Kontext s. bspw. *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie* (12. Aufl., 2022), Rn. 361.

¹⁹ In diesem Band, S. 25 f. (Abschnitt VI.).

²⁰ In diesem Band, S. 26 f. (Abschnitt VII.).

²¹ Dazu *Looschelders*, in diesem Band, S. 70 (Abschnitt II.1.d) und 110 (Abschnitt III.3.c).

²² Auch dazu *Looschelders*, in diesem Band, S. 75 (Abschnitt II.1.g) und S. 106 (Abschnitt III.3.c).

Am Ende dieses Bandes löst *Ralf Michaels* den Blick von einzelnen Rechtsordnungen und untersucht in seinem Beitrag „Gleichheit bei Rechtsvielfalt? – Rechtsvergleichung, Rechtsvereinheitlichung, Internationales Privatrecht“ das Verhältnis zwischen den Rechtsordnungen in diesen drei Disziplinen der Rechtsvielfalt. Hier stellt sich die Frage der Gleichheit nochmals auf einer ganz anderen Ebene als Gleichbehandlung der Rechtsordnungen. Entsprechend stellt *Michaels* der Gleichheit die Singularität gegenüber, verstanden als bestimmte Ausprägung von Differenz.²³ Pluralität erscheint als Ausgangspunkt von Rechtsvergleichung, Rechtsvereinheitlichung und Kollisionsrecht. Es geht im Grunde stets um das Verhältnis von Gleichheit und Differenz bzw. Singularität; und in der Tat verfolgt die Rechtsvergleichung auf einer ersten Stufe das Zwischenziel, zunächst einmal Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen verschiedenen Rechtsordnungen zu erkennen.²⁴ Die Überbrückung der Unterschiede ist Gegenstand der Rechtsvereinheitlichung.²⁵ Ob die transnationale Angleichung tatsächlich aus sich heraus dem Gerechtigkeitsideal entspricht, wie es häufig heißt, ist eine der Fragen, denen *Michaels* näher nachgeht.²⁶

Das Internationale Privatrecht koordiniert schließlich die anwendbaren und divergierenden Sachrechte für den grenzüberschreitenden Sachverhalt. Im Ausgangspunkt geht es zunächst um die Bestimmung des anwendbaren Rechts, für die die inhaltlichen Differenzen zwischen den jeweils in Betracht kommenden Rechtsordnungen grundsätzlich keine Rolle spielen.²⁷ *Michaels* arbeitet vor diesem Hintergrund heraus, dass die Rechtsordnungen auf diese Weise kollisionsrechtlich gleichbehandelt werden, was allerdings auch nur eine kollisionsrechtliche Gleichbehandlung der betroffenen Menschen, nicht jedoch deren inhaltliche Gleichbehandlung bedeutet.²⁸ So sieht *Michaels* zwischen der Gleichbehandlung der Rechtsordnungen und der Gleichbehandlung der Menschen ein gewisses Spannungsverhältnis.²⁹

Das Spannungsverhältnis zwischen Gleichheit und Singularität erfassen alle drei Disziplinen der Rechtsvielfalt nach *Michaels* durch Mechanismen, die sich unter der Überschrift „Gleichheit in Differenz“ zusammenfassen lassen. Zentraler Gedanke ist die Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen mit ihren

²³ *Michaels*, in diesem Band, S. 150 (Abschnitt III.).

²⁴ *S. Huber*, Prozessrechtsvergleichung heute, in: Hess (Hrsg.), Europäisches Insolvenzrecht – Grundsätzliche Fragen der Prozessrechtsvergleichung (2019), S. 77 (84).

²⁵ Dazu *Michaels*, in diesem Band, S. 167 (Abschnitt IV.B.); für den Bereich des transnationalen Kreditsicherungsrechts, vgl. *S. Huber*, Überregionale Privatrechtsangleichung: weiches *hard law* als modernes Erfolgsrezept, in: FS Kronke (2020), S. 907 ff.

²⁶ In diesem Band, S. 137 (Abschnitt II.B.).

²⁷ Hierzu und zu den Sachnormzwecken im IPR *Gebauer*, Zur sogenannten Wertneutralität des klassischen IPR, in: Gebauer/S. Huber (Hrsg.), Politisches Kollisionsrecht, Symposium zum 85. Geburtstag von Erik Jayme (2021), S. 36 ff., 61 ff.

²⁸ In diesem Band, S. 141 ff. (Abschnitt II.C.).

²⁹ In diesem Band, S. 143 (Abschnitt II.C.2.).

jeweils unterschiedlichen Inhalten, von *Michaels* als „Prinzip der Äquivalenz“ bezeichnet.³⁰ Auf der Ebene der Rechtsangleichung ist mit der Entwicklung von weichem *hard law* bereits ein Ansatz entstanden, der den Besonderheiten der einzelnen Rechtssysteme Rechnung trägt, zugleich aber als transnationales Grundgerüst eine Brücke zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen baut.³¹ Auf der Ebene der Rechtsvergleichung geht die funktionale Rechtsvergleichung in diese Richtung.³² Das Kollisionsrecht ordnet *Michaels* bereits im Ansatz dem Äquivalenzprinzip zu. Eine klassische Ausprägung sieht er in der funktionalen Qualifikation,³³ der Substitution und in der Behandlung des Statutenwechsels.³⁴ Abschließend sucht *Michaels* nach Wegen jenseits von Gleichheit und Singularität und gelangt in der Konsequenz für alle drei Disziplinen der Rechtsvielfalt zur Pluriversalität im Sinne des Akzeptierens einer Welt vieler Welten und zu einem sogenannten „Delinking“, das verschiedene Facetten aufweist, u.a. die rechtliche Verselbstständigung der auf der Südhalbkugel gelegenen Staaten³⁵ – und so führt die Betrachtung letztlich auch wieder zum Freiheitsgedanken.

II.

Sämtliche Beiträge dieses Bandes sind aus Vorträgen entstanden, die bei der 37. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in der zivilrechtlichen Fachgruppe zur Diskussion gestellt wurden. Das Generalthema der Tagung, die vom 19. bis zum 21. September 2019 an der Universität Greifswald stattfand, lautete „Gleichheit“. Vor diesem Hintergrund war es das Ziel der zivilrechtlichen Fachgruppe, die Entwicklung des Gleichheitsgedankens im Privatrecht sowie der dazu in einer komplexen Wechselbeziehung stehenden Freiheitsidee und das Verhältnis zwischen diesen beiden Grundsätzen über die Zeit hinweg rechtsvergleichend zu untersuchen.

³⁰ In diesem Band, S. 163 ff. (Abschnitt IV.).

³¹ Dazu S. Huber, Überregionale Privatrechtsangleichung: weiches *hard law* als modernes Erfolgsrezept, in: FS Kronke (2020), S. 907, 912 ff.

³² *Michaels*, in diesem Band, S. 164 (Abschnitt IV.A.); S. Huber, Prozessrechtsvergleiche heute, in: Hess (Hrsg.), Europäisches Insolvenzrecht – Grundsätzliche Fragen der Prozessrechtsvergleiche (2019), S. 77 (84); Gebauer, Zu den methodischen Ursprüngen funktionaler Rechtsvergleichung – Sachnorm, Kollisionsnorm und Qualifikation, in: FS Kronke (2020), S. 813 ff.

³³ Zu ihrer historischen Entwicklung am Ende des neunzehnten Jahrhunderts Gebauer, Zu den methodischen Ursprüngen funktionaler Rechtsvergleichung – Sachnorm, Kollisionsnorm und Qualifikation, in: FS Kronke (2020), S. 813, 817 ff.

³⁴ In diesem Band, S. 172 f. (Abschnitt IV.C.1.).

³⁵ In diesem Band, S. 187 f. (Abschnitt V.C.2.).

Wir danken allen Beitragenden für den reichen Ertrag des mündlichen Austauschs bei der Tagung selbst und für die vertiefende schriftliche Niederlegung ihrer Gedanken in diesem Band: *Wouter Druwé* von der KU Leuven, *Birke Häcker* von der Universität Oxford, *Dirk Looschelders* von der Universität Düsseldorf und *Ralf Michaels* vom Hamburger Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Unseren Mitarbeiterinnen *Elena Brückner*, *Katharina Haen*, *Nicola Martin*, *Linda Meister* und *Judith Meyer zu Uptrup* sowie unseren Mitarbeitern *Johannes Feuchter* und *Finn Hirschhoff* danken wir für die wertvolle Unterstützung bei der Editierung der Texte.

Tübingen, im Frühjahr 2022

Martin Gebauer und Stefan Huber

Gleichheit im Vertragsrecht des Ius Commune

Wouter Druwé¹

I. Einführung	9
II. In den Corpora Iuris	11
III. Die Deutung der mittelalterlichen Juristen und Kanonisten	13
IV. Die moraltheologische Lehre der ausgleichenden Gerechtigkeit	19
V. Aufnahme in der Rechtslehre, auch im externen Rechtsbereich	21
VI. Die Zentralität der aequalitas bei Grotius	24
VII. Gegenbewegung: Christian Thomasius	26
VIII. Einige Schlussfolgerungen	27

I. Einführung

„In contractibus aequalitas requiritur“, „In Verträgen ist Gleichheit Pflicht“, so schrieb der spätmittelalterliche Jurist Baldus de Ubaldis (1327–1400) in seinem Kommentar zum *Codex Justinianus*.² Baldus zielte dabei insbesondere auf zwei Fallgruppen ab.

So hatte er einerseits die Situation eines Vertrages zwischen einer öffentlichen Behörde – also einem Fürsten – und einer Privatperson vor Augen. Er bezog sich dabei vor allem auf den ersten großen Kommentator Cinus von Pistoia (1270–1336), der tatsächlich argumentiert hatte, dass auch ein Fürst seine vertraglichen Pflichten befolgen müsse. Cinus hatte dafür den Terminus *aequalitas* aber nicht benutzt.³ Baldus’ Aussage zu diesem Punkt wurde später u.a. in einem *consi-*

¹ Dieser Aufsatz kam zustande im Rahmen eines Projekts der Flämischen Forschungsgemeinschaft (FWO, nr. G0C4421N). Der Autor dankt den Organisatoren Martin Gebauer und Stefan Huber für die Einladung und Linda Meister für die sprachliche Hilfe. Selbstverständlich liegen alle verbliebenen Fehler ausschließlich in der Verantwortung des Autors.

² *Baldus de Ubaldis*, In Sextum Codicis Librum Commentaria (1599), ad C. 6.23.3, *Ex imperfecto*. Vgl. auch *ders.*, In usus feudorum commentaria doctissima (1578), ad *Libros feudorum* 1.7.1, *Natura feudi*.

³ *Cinus Pistoriensis*, In Codicem, et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, id est, Digesti veteris, doctissima Commentaria (1578), ad C. 1.14.4, *Digna vox*.

lium von Filippo Decio (1454–1535) zitiert,⁴ der wiederum von frühmodernen französischen Autoren des Gewohnheitsrechts, wie Pierre Rebuffi (1487–1557), angeführt wurde.

Andererseits bezog Baldus sich mit seiner Aussage, dass in Verträgen Gleichheit Pflicht sei, auch auf die Gleichheit der vertraglichen Leistungen.⁵ Vor allem die Erwägungen bezüglich der *laesio enormis* wurden für die frühmoderne Entwicklung eines allgemeinen vertragsrechtlichen Gleichheitsprinzips – nicht nur der Vertragsparteien, sondern auch der vertraglichen Leistungen – maßgebend. Baldus konnte sich auch diesbezüglich auf die Arbeiten seiner Vorgänger stützen. Auch nach seinem Tod wurde das Thema von vielen Juristen und Kanonisten weiterentwickelt.

In diesem Beitrag wird versucht, einige Hauptlinien der rechtshistorischen Entwicklung des Gleichheitsbegriffes im gelehrten Vertragsrecht zu skizzieren. (i) Erstens erfolgen dazu einige Überlegungen bezüglich des justinianischen Rechts, das als Basis der mittelalterlichen Diskussionen gedient hat. Auch die wichtigsten einschlägigen Fragmente des *Corpus iuris canonici*, insbesondere des *Liber Extra*, sollen wegen ihrer Bedeutung für die Entwicklung der Kanonistik kurz vorgestellt werden. (ii) Als zweites kommt die Interpretation der mittelalterlichen Glossatoren und Kommentatoren an die Reihe, insbesondere in Bezug auf die Zulassung einiger Übertreibungen im Verhandlungsprozess einerseits und in Bezug auf die *laesio enormis* andererseits. Die *laesio enormis* wurde nämlich von den italienischen Rechtsgelehrten des mittelalterlichen *ius commune* immer extensiver ausgelegt. (iii) Unter Einfluss der *Summa Theologiae* des Thomas von Aquin und später der Moralthologie der Schule von Salamanca rezipierten auch Juristen die aristotelische Idee einer ausgleichenden Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*), die auf einer *aequalitas* der gegenseitigen vertraglichen Verpflichtungen beruht. Wegen dieser Bedeutung für die juristische Entwicklung bezieht sich der dritte Teil dieses Aufsatzes auf die thomistische Lehre des gerechten Preises und der ausgleichenden Gerechtigkeit. (iv) Im vierten Schritt wird gezeigt, wie die gelehrten Juristen des ausgehenden fünfzehnten und des sechzehnten Jahrhunderts die thomistischen Prinzipien im Vertragsrecht anwendeten und Theorien des internen Rechtsbereichs oder des Wissensbereichs (*forum internum*) auch in den externen Rechtsbereich (*forum externum*) transponierten. (v) Der fünfte Teil fokussiert sich dann auf die Juristen der römisch-holländischen Schule, eine juristische Strömung die sich auf die Lehre des Hugo Grotius stützte. (vi) Am Ende wird die Entstehung einer Gegenbewegung beschrieben, mit einigen Vorläufern in der humanistischen Ju-

⁴ *Philippus Decius, Consiliorum sive responsorum tomus secundus* (1575), cons. 580.

⁵ Vgl. *Baldus de Ubaldis, In Quartum et Quintum Codicis Libros Commentaria* (1599), ad C. 4.44.2, *Rem maioris*.

risprudenz, aber vor allem ab dem späten 17. Jahrhundert in der Naturrechtstradition mit Christian Thomasius als dem wichtigsten Repräsentanten.

II. In den Corpora Iuris

Im römischen *Corpus iuris civilis* suggerieren einige Stellen, dass es den Parteien im Prinzip erlaubt sei, andere Vertragsparteien hinters Licht zu führen. Das ergab sich für die Glossatoren deutlich aus zwei Digestenstellen. Im § *Idem Pomponius* der *lex In causae cognitione* (D. 4.4.16.4), den Tribonianus und die anderen Kompilatoren aus dem Ediktcommentar über die *restitutio in integrum* des Ulpian exzerpierten, schrieb der berühmte römische Jurist und *praefectus praetorio* unter der severischen Dynastie Ulpian – mit Bezug auf seinen Vorgänger Pomponius – dass es im Kaufrecht naturgemäß (*naturaliter*) den Parteien gestattet sei, einander zu hintergehen (*invicem se circumscribere*).⁶ In einer im 19. Buch der Justinian'schen Digesten aufgenommenen Stelle wendete Julius Paulus diese Regelung auch auf das Recht der *locatio-conductio* an (D. 19.2.22.3).⁷

Bestimmte Kategorien von Personen wurden im römischen Recht von spezifischen Rechtsmitteln gegen ein solches Hintergehen geschützt. Das war unter anderem der Fall für Minderjährige. Im Falle einer *laesio* – auch wenn die Benachteiligung die Hälfte nicht überschritt (obwohl das nicht unstrittig war) – konnten Minderjährige eine *restitutio in integrum* fordern. Dieses Institut gab den Minderjährigen die Möglichkeit, die Wiederherstellung ihrer ursprünglichen Situation zu fordern. Die Benachteiligung oder *deceptio* konnte durch Betrug der Gegenpartei (*dolus adversarii*) verursacht sein, aber auch eine ungewollte *deceptio* in Folge der Schwäche (*facilitas*) des Minderjäh-

⁶ D. 4.4.16.4: „Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentes se circumvenire“. Laut dem Humanisten Arias Piñel gab Ulpian nur an, dass Minderjährige sich nicht auf eine *restitutio in integrum* berufen konnten, wenn der Vertrag ohnehin schon ungültig war. Eine einfache Ungleichheit – so wollte Ulpian verdeutlichen – zwischen den versprochenen Leistungen der Vertragsparteien deutete aber noch nicht auf einer Nichtigkeit des Vertrages hin. In diesen Fällen wäre also eine *restitutio in integrum* noch immer möglich. Siehe, für eine Analyse der Argumentation des Piñel: *Decock, Elegant Scholastic Humanism? Arias Piñel's (1515–1563) Critical Revision of Laesio Enormis*, in: du Plessis/Cairns (Hrsg.), *Reassessing Legal Humanism and its Claims: Petere Fontes?* (2016), 150. Siehe auch *Wacke*, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List*, ZRG RA 94 (1977), 184–246.

⁷ D. 19.2.22.3 (Paulus 34 ad edictum): „Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluri sit minoris emere, quod minoris sit pluri vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est“. Siehe auch *Kalb*, *Objektive Äquivalenzstörung und Arglist bei der laesio enormis*, ZRG KA 74 (1988), 285.

rigen genügte.⁸ In den Digesten war ja sowohl von *lapsi* wie auch von *circumscripti* die Rede.⁹

Eine weitere wichtige Grenze für dieses Hintergehen wurde von der sogenannten *lex secunda* gesetzt. Die *lex secunda*, auch bekannt als die *lex Rem maioris* (C. 4.44.2), enthält laut der Überschrift im *Codex Justinianus* eine Verordnung der Kaiser Diokletian und Maximian aus dem Jahre 285. Durch die *lex Si voluntate* (C. 4.44.8) von 293 haben dieselben Kaiser die Regelung der *lex secunda* bestätigt. Über den diokletianischen Ursprung dieser beiden *leges* wurde in der romanistischen Literatur jedoch öfters gestritten.¹⁰ Für den heutigen Beitrag ist diese Diskussion über den genauen Ursprung aber von geringerer Bedeutung. In den Fragmenten, wie sie im *Codex Justinianus* den Glossatoren überliefert wurden, ging es um die Klagemöglichkeit des Verkäufers eines Grundstücks, das zu einem zu niedrigen Preis (*minus pretium*) verkauft wurde. Mit einem „zu niedrigen Preis“ (*minus pretium*) war ein Preis von weniger als der Hälfte des „wahren Preises“ (*verum pretium*) gemeint. Nach Klage des Verkäufers wurde dem Käufer eine Wahlschuld auferlegt. Entweder er gab das Grundstück zurück gegen Zurückerstattung des bezahlten Geldes, oder der Käufer bezahlte den Rest des „gerechten Preises“ (*iustum pretium*).¹¹

Diese Regelung des römischen Kaufrechts wurde ab dem 12. Jahrhundert auch von kanonistischen Quellen unterstützt. In der Dekretale *Cum dilecti* (X. 3.17.3) von 1170 und in der Dekretale *Cum causa* (X. 3.17.6) von 1208 bestätigten die Päpste Alexander III. und Innocenz III. die Lehre der *laesio enormis*. Auch in diesen Fällen ging es um den Verkauf einiger Grundstücke und der Verkäufer wurde um mehr als die Hälfte benachteiligt. Dazu kommt noch, dass die kanonistischen Quellen die Lehre der *restitutio in integrum* für Minderjährige auch auf (immer für schutzwürdig gehaltene) Kirchen ausdehnten.¹²

⁸ Siehe z.B. *Glossa ordinaria* ad C. 2.22.5, *Minoribus*, in v° *capto: sui facilitate, vel dolo adversarii sui, ut* [D. 4.1.1].

⁹ D. 4.1.1 (Ulpianus 11 ad edictum): „Utilitas huius tituli non eget commendatione, ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive metu sive calliditate sive aetate sive absentia inciderunt in captionem“.

¹⁰ Siehe dazu in den letzten Jahrzehnten *inter alia*: *Platschek*, Bemerkung zur Datierung der *laesio enormis*, ZRG RA 128 (2011), 406–409; *Pennitz*, Zur Anfechtung wegen *laesio enormis* im römischen Recht, in: Schermaier et al. (Hrsg.), *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, 2002, 575–590; *Mayer-Maly*, Pactum, Tausch und *laesio enormis* in den sog. *leges Barbarorum*, ZRG RA 108 (1991), 226–231; *Sirkes*, La *laesio enormis* en droit romain et byzantin, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 53 (1985), 291–307; *Hackel*, Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen *laesio enormis*, ZRG RA 98 (1981), 147–161.

¹¹ *Langer*, *Laesio enormis*. Ein Korrektiv im Römischen Recht (2009), 19–44.

¹² Siehe z.B. *Abbas Panormitanus*, *Commentaria in Tertium Decretalium Librum* (1617), ad X. 3.17.3, *Cum dilecti*, nr. 4: „Et puto, quod licet competat remedium de iure communi, quando intervenit deceptio ultra dimidiam iusti pretii: nihilominus poterit ecclesia, vel minor petere restitutionem in integrum“.

III. Die Deutung der mittelalterlichen Juristen und Kanonisten

An den europäischen Universitäten des Mittelalters wurden die Stellen der justinianischen Sammlung und des *Liber Extra* gedeutet und interpretiert. Bezüglich des von den Digestenstellen erlaubten Hintergehens betonten die Glossatoren, dass diese grundsätzliche Erlaubnis keinen Freibrief für Betrug beinhaltet habe. Parteien durften einander nicht absichtlich missleiten. Auch das Wort *naturaliter* (naturgemäß) wurde strikt ausgelegt: *naturaliter* meinte für die Glossatoren nicht „laut des Naturrechts“, sondern nur „laut des *ius gentium*“, also laut des Rechts, das faktisch allen Völkern gemeinsam ist.¹³

Für die mittelalterlichen gelehrten Juristen stand fest: Bis zu einem bestimmten Punkt war es den Parteien erlaubt, einander zu benachteiligen, solange diese Benachteiligung nicht bewusst *dolos* geschah. Aus *laesio enormis* konnte nur bei Übervorteilung von mehr als der Hälfte des gerechten Preises eine Klage erhoben werden. Der berühmte Kanonist Nicolaus de Tudeschis (1386–1445), auch bekannt als Abbas Panormitanus, fasste die mittelalterliche Rechtslehre im fünfzehnten Jahrhundert so zusammen: „bis auf die Hälfte des gerechten Preises tolerieren das römische und das kanonische Recht eine Irreführung“ (*usque ad dimidiam enim iura tolerant deceptionem*).¹⁴ Es war erlaubt, selbst einen größeren Vorteil aus einem Vertrag zu bekommen, soweit die objektive Grenze der Benachteiligung von mehr als der Hälfte nicht überschritten wurde und auch sonst kein „Betrug“ vorlag.¹⁵ Erst bei einer Übervorteilung um mehr als die Hälfte wurde das Streben nach Wirksamkeit des Vertrages (*ratio favens contractui*) von einem „vertraglichen Mangel“ (*vitium*) übertroffen und konnte der Vertrag angefochten werden.¹⁶

¹³ *Glossa ordinaria* ad D. 4.4.16.4, v^o *naturaliter licere: id est de iure gentium* [...]; Hallebeek, Some Remarks on *laesio enormis* and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics, *Fundamina* 21 (2015), 22–23.

¹⁴ *Abbas Panormitanus* (Fn. 13), ad X. 3.17.3, *Cum dilecti*, nr. 2: „Si vero deceptio non esset ultra dimidiam, puta quia vendidi, pro quinque rem valentem 10 non competit remedium rescindendi contractum: usque ad dimidiam enim iura tolerant deceptionem [...]“.

¹⁵ *Bartolus de Saxoferrato*, In primam Codicis partem Commentaria (1577), ad C. 4.44.2; Grebieniow, Die *laesio enormis* und der *dolus re ipsa* heute: die Verschuldensfrage, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 85 (2017), 202–204; *Kalb* (Fn. 8), 285.

¹⁶ *Abbas Panormitanus* (Fn. 13), ad X. 3.17.6, nr. 3: „Quare autem requiratur deceptio ultra dimidiam, dic, quod ex eo, quia ubi vitium est potentius, quam ratio favens contractui, actus denominatur a potentiori [...]. unde contractus iste videtur vitiosus ex tanta deceptione: sed ubi ratio favens contractui est potentior, quia pretium est maius, quam deceptio, vel saltem aequivalens, tunc contractus sustinetur“. Siehe auch *Joannes de Anania*, Super Secundo et Tertio Decretalium (1553), ad X. 3.17.6: „Ratio autem huius capituli esse potest, quia cum actus participat de pluribus, regulatur a potentiori [...]. Ubi ergo ratio favens contractui est potentior, vel aequae potens, statur contractui: ubi vero est potentior ratio infringens contractum, quia excedit vitium, tunc potest peti quod tollatur vitium“.

Eine Überschreitung des gerechten Preises um mehr als die Hälfte wurde schon von den ersten Glossatoren, wie Irnerius (1050–1125), Vacarius (1120–1200), Rogerius (aktiv ca. 1150–1170), Azo (1150–1225) und Accursius (1182–1263) als „Betrug aus der Sache selbst“ (*dolus re ipsa*) definiert, als eine Art objektive Arglist.¹⁷ Die Inspiration für diese Deutung der Rechtsgelehrten – die immer auf die innere Kohärenz des *Corpus iuris civilis* vertrauten¹⁸ – kam aus einer anderen Digestenstelle, D. 45.1.36. Diese Digestenstelle enthielt die Möglichkeit, dass derjenige, der sich etwas habe versprochen lassen (*stipulans*), keinen Betrug begangen habe, sondern dass „*ipsa res in se dolum habet*“.¹⁹ Hieraus leiteten die Glossatoren und Kommentatoren, höchstwahrscheinlich aus einer klassischen römischen Perspektive völlig zu Unrecht,²⁰ die Möglichkeit eines Betruges aus der Sache selbst (*dolus re ipsa*) ab. Die Kanonisten desselben Zeitalters waren einer ähnlichen Meinung: Auch sie sprachen mit Verweis auf dieselbe Digestenstelle von einem *dolus re ipsa* und leiteten aus einer Übervorteilung um mehr als die Hälfte eine unwiderlegbare Verschuldensvermutung ab.²¹ Anders als die Legisten brauchten die Kanonisten aber keine längere Argumentation, um die Regelungen bezüglich der *laesio enormis* zu rechtfertigen: für sie war die Situation des *se invicem naturaliter circumvenire*, also des einander Hintergehens, auf jeden Fall die Ausnahme. Diese bedurfte einer Begründung; die Beschränkung der *laesio enormis* dagegen, also die Beschränkung eines derartigen Ungleichgewichts, erforderte eine solche Begründung – laut der

¹⁷ Grebieniow (Fn. 16), 209. Siehe z.B. Azo, *Summa super Codicem* (1557), ad C. 4.44: „Ubi autem decipitur quis re ipsa, non alterius proposito, tenet uenditio: sed deceptus ultra dimidium iusti precii, quod erat tempore venditionis, agit, ut non decipiatur“, ut [C. 4.44.2] [C. 4.44.8].

¹⁸ Ein weiterer Versuch zur Begründung dieser Analogie wurde von den Glossatoren daher nicht erwartet. Siehe Grebieniow (Fn. 16), 207.

¹⁹ D. 45.1.36 (Ulpianus 48 ad Sabinum): „Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem suptilitate iuris obstrictus, sed doli exceptione uti potest: quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. Idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit“. Siehe Hallebeek (Fn. 14), 17; Kalb (Fn. 8), 286–288.

²⁰ Die Humanisten kritisierten auch die Deutung der Ulpian'schen Digestenstelle scharf, die zum Begriff des *dolus re ipsa* geführt hatte. Arias Piñel (1515–1563), zum Beispiel, argumentierte überzeugend, dass Ulpian, der Verfasser der betroffenen Stelle, schon gestorben war vor der Herrschaft des Diokletian. Mit *ipsa res in se dolum habet* konnte also kein Verweis auf die Regelung der *laesio enormis* gemeint sein. Er schlug stattdessen vor, dass „*res*“ als Rechtsstreit gelesen werden sollte. In dem Fall ginge die Digestenstelle nicht um einen „Betrug aus der Sache selbst“, sondern mehr um das dolose Einreichen einer Klage, auch wenn zur Zeit des Vertrages die jetzt klagende Partei nicht arglistig gehandelt hatte. Siehe Decock, (Fn. 7), 137–138 und 146–147; Hallebeek (Fn. 14), 17–18.

²¹ Zum Beispiel Abbas Panormitanus (Fn. 13), ad X. 3.17.6, nr. 4: „Et licet iste venditor fuerit in culpa, ignorando pretium rei suae, emptor tamen, ita enormiter eum decipiendo, praesumitur in dolo fuisse, vel saltem intervenit dolus re ipsa; et dolus ex proposito et re ipsa aequiparantur [...]“. Vgl. auch Grebieniow (Fn. 16), 210–211.