

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg6>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 6 (2005)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg06/084-100>

Rg **6** 2005 84–100

Marie Theres Fögen

Zufälle, Fälle und Formeln

Zur Emergenz des synallagmatischen Vertrags

Abstract

The construction of the consensual contract in Roman law is certainly one of the most important achievements in the history of private law. But how and under which structural conditions did the consensual contract come into being? Its invention eliminated most of the characteristics of earlier forms of obligation, such as the ritualistic and formalistic elements. It thereby allowed totally new legal agreements and transactions. But at the same time the new type of consensual contract maintained one specific feature of private law: the *formula* or *actio*. With this observation, the present article discusses the possibilities and limitations of evolutionary processes in law.



Zufälle, Fälle und Formeln

Zur Emergenz des synallagmatischen Vertrags

1. Es gibt technische, intellektuelle, soziale Erfindungen, die ungewöhnlich großen Erfolg haben, so großen Erfolg, dass sie über Jahrhunderte und Jahrtausende beibehalten, gepflegt und ausgebaut werden, ja aus der Gesellschaft nicht mehr leicht wegzudenken sind. Zu solchen evolutionären Errungenschaften gehören das Rad, das Geld, die Schrift, das Eigentum, die Straßen und manches mehr, namentlich auch der Vertrag, ohne dessen Konstruktion und Gebrauch erhebliche Teile der Kommunikationen und Funktionen in der Gesellschaft zusammenbrächen. Ob Ehevertrag oder Kaufvertrag, ob Ausbildungs-, Arbeits-, Beförderungs-, Lizenz-, Tarif- oder Staatsvertrag – so gut wie nichts funktioniert in kleinsten bis hin zu großen sozialen Systemen ohne die Begründung wechselseitiger Rechte und Pflichten und ohne die in *pacta sunt servanda* zementierten normativen Erwartungen.

Eben dieser Vertrag in seiner synallagmatischen, streng reziproken Form scheint gegenwärtig aus den Fugen zu geraten. Die Wirtschaft praktiziert Vereinbarungen, die das Modell der Bilateralität hinter sich lassen und durch »Netzwerkverbindungen« ersetzen.¹ Dadurch entstehen merkwürdige, ungewohnte Verhältnisse. Die beteiligten Parteien befinden sich gleichzeitig im Vertrag und im Verbund, in Konkurrenz und in Kooperation, stehen unter dem doppelten Imperativ, die für Austauschbeziehungen typischen individuellen Interessen und zugleich den Verbandszweck zu verwirklichen. Konstituierte der Vertrag Jahrhunderte lang eine spezifische Differenz, und zwar »unter Indifferenz gegen alles andere, inclusive die Betroffenheit von am Vertrag nicht beteiligten Personen«,² so scheint eben diese Exklusivität in Netzwerken aufgeweicht zu werden. Noch ist die herkömmliche Zivilrechtsdogmatik kaum in der Lage, eine solche Abweichung vom klassischen Vertragsmodell adäquat zu verarbeiten. Noch reagiert das Zentrum des Rechtssystems, die Justiz, verhalten auf Netzwerkkonstruktionen und hält den Grundsatz der »Relativität der Schuldverhältnisse« hoch.³ Die säkulare Errungenschaft »Vertrag« ist in der Krise, ja entpuppt sich womöglich als Evolutionsblockade, über die das Recht nicht hinüberspringen kann und will.

1 Vgl. TEUBNER (1992 und 2004); AMSTUTZ (2004); CERUTTI, BALZLI (2004).

2 LUHMANN (1997) 459.

3 Ein schönes Beispiel (BGE 120 II 112 ff.) bei AMSTUTZ (2004) 58 f. zu Hauptvermieter-Mieter-Untermieter, deren Verhältnis zueinander zwar in »zwei hintereinandergeschaltete Mietverträge« zerlegt wird, wobei jedoch der »wirtschaftliche Verbund« »rechtliche

Lösungen erheischt«, die allein durch bipolare Rechtskonstruktionen nicht zu bewirken sind.

Wer und was hat uns das eingebracht? »Wer hat den Vertrag ... entworfen?«⁴ Eine geniale Person dafür zu benennen – zum Beispiel Labeo, »einen der größten Juristen aller Zeiten«⁵ – ist ebenso beliebt⁶ wie offenkundig verfehlt.⁷ Mit größerer Plausibilität wird für den synallagmatischen Vertrag, wie wir ihn im Prinzip kennen, eine »zweitausendjährige Evolution des römischen Zivilrechts« verantwortlich gemacht.⁸

Hohes Alter schützt vor Nachfragen nicht. Was war und was passierte vor 2000 Jahren? Nahm da der Vertrag seinen Anfang? Nach dem Ursprung zu suchen ist vergeblich. Eher gibt es eine Chance, die Emergenz⁹ des Vertrags zu beobachten. Emergenz bezeichnet das Benutzen oder Ausnutzen der Vergangenheit (in Form vorhandener Elemente), markiert jedoch zugleich den Bruch mit der Vergangenheit durch das Entstehen einer neuen Eigenschaft, die nicht in den ursprünglichen Elementen enthalten und nicht auf sie zurückzuführen ist.¹⁰ So vermögen die Reden zweier Personen, die für sich betrachtet nichts als Reden sind, doch ein *soziales* Ereignis hervorzubringen, dessen zwei Seiten Juristen dann »Verpflichtung« und »Berechtigung« nennen.¹¹ So können aus der Fülle von Handlungen und Gesten, aus der Masse alltäglichen Sprechens und Schreibens zweier oder mehrerer Personen im Wege einer hochgradigen Selektion bestimmte wechselseitige »Verbindlichkeiten« extrapoliert werden. Und so kam der Tag, an dem man sagte, zwei »Willen«, also die Zustände zweier psychischer Systeme, vermöchten etwas zu erschaffen, was in den zwei Elementen je einzeln nicht enthalten sein kann: Aus Zwei wird Eins¹² – durch »Vereinigung mehrerer Willen zu einem einzigen, ganzen, ungetheilten Willen«¹³ wird der Vertrag geboren.¹⁴

Diesem Augenblick der Emergenz des Konsensualvertrags¹⁵ sind die folgenden Ausführungen gewidmet. Thema ist also »nicht die Einheit der Geschichte als Entwicklung von einem Anfang bis heute«. Es geht vielmehr um eine Momentaufnahme, um die Rekonstruktion einer Situation in der systemeigenen Evolution, in der aus zwei oder mehreren (irgendwo, irgendwann und irgendwie erklärten) Willen jene Form von »Vertrag« entstand, welche das Recht bis heute prägt, bindet – und womöglich behindert.

Auch eine Momentaufnahme kommt nicht ohne Hintergrund aus, und Emergenz setzt Vergangenheit voraus: »Wie kommt das Neue in die Welt?« kann man nur fragen, wenn es die Welt bereits gibt. Der alten Welt sei deshalb ein Blick gegönnt:

4 AMSTUTZ (2003a) 161.

5 GALLO (1992) 77: »Grazie alla dedizione alla materia e alle sue capacità, divenne uno dei massimi giuristi di tutti i tempi.« Auf Labeo geht die berühmte Definition (D. 50.16.19) zurück: »contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant« – »Vertrag ist eine wechselseitige Verpflichtung, welche die Griechen Synallagma nennen.«

Nach eingehender Exegese dieser und anderer Äußerungen kommt GALLO, 246 ff., zu dem Schluss, dass Labeo mit seinem Vertragsverständnis die Privatautonomie gegen die politischen Ambitionen des Augustus verteidigt habe.

6 Vgl. auch CANNATA (1995): »In der Geschichte der Rechtswissenschaft ist der Aufbau des allgemeinen Vertragsbegriffs Labeo zuzuschreiben« (59); »So schuf

Labeo den allgemeinen Kontraktbegriff« (65). Dagegen betont YARON, 2004, 63, »the anonymity of it all«.

7 Schon weil Labeo auch nur kommentierte, was er vorfand. Die in der vorstehenden Anmerkung zitierte Stelle stammt aus seinem ersten Buch zum Edikt des Stadtprätors. Dass Labeo mit seinen Beiträgen die juristischen Kommunikationen seiner Zeit kräftig vorangetrieben hat, wird damit natürlich nicht geleugnet.

8 LUHMANN (1993) 459.

9 Der Begriff der »Emergenz« erfreut sich lebhafter Diskussionen. Grundlegend sind die Beiträge in KROHN/KÜPPERS (Hg.) (1992), BONABEAU, DESSALLES, GRUMBACH (1995), die wissenschaftsgeschichtliche Studie von STEPHAN (1999), die Sammelbände von HUBER (Hg.) (2000) und – besonders erhellend – von WÄGENBAUR (Hg.) (2000); ferner SAWYER (2001) sowie WÄGENBAUR (2003).

10 Ein solches Konzept ist der rechtshistorischen Forschung, auch ohne dass es theoretisch expliziert wurde, keineswegs unbekannt. Man vgl. zum Beispiel GALLO (1992) 250, zum römischen Konsensualvertrag: »Gli elementi preesistenti appaiono inseriti in una *combinazione nuova*. È risultata in particolare decisiva la combinazione dell'elemento convenzionale con quello della produzione di obbligazioni corrispettive (gli elementi di quest'ultima ... si trovano già congiunti in figure negoziali *preesistenti*); combinazione che ha dato luogo alla *nuova categoria* degli atti bilaterali o plurilaterali produttivi di tali obbligazioni« [Hervorh. MThF].

11 Präzise beschrieben bei MÜLLER (1997) 161: »Die Anschlussoperationen des Rechtssystems behandeln ein vertragliches Rechtsprogramm im Vergleich zu den Willensäußerungen der Beteiligten als *emergente Erscheinung*.«

12 Anschaulich ULPPIAN, D. 2.14.1.3, nach dem diejenigen einen Vertrag schließen, »welche aus *verschiedenen* Bewegungen des Geistes sich auf *ein und dasselbe* einigen, d. h. zu *einer* Ansicht gelangen« (qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est unam

2. Die römischen Juristen, allen voran Gaius in der Mitte des 2. Jahrhunderts n. Chr., haben sich ein recht genaues Bild von der Vergangenheit ihres Rechts gemacht.¹⁷ Danach gab es einst eine streng begrenzte Anzahl von Möglichkeiten, einen Rechtszustand herbeizuführen oder zu ändern. Diese wenigen Möglichkeiten waren durch strenge Formen – bestimmte Wörter und Gesten – gekennzeichnet. Ein Grundmodell war die Manzipation, durch welche Eigentum übertragen wurde. Mit dieser aufs Engste verwandt waren die Vindikation (die Klage auf Herausgabe von Eigentum), die Emanzipation (zur Freilassung von Gewaltunterworfenen) und die *in iure cessio* (als alternative Form der Eigentumsübertragung). Alle diese Akte waren an das Aussprechen von »Formeln« gebunden, andernfalls sie wirkungslos blieben.¹⁸

Während bei den genannten Akten deren Vollzug und die Rechtsänderung in einem Moment zusammenfielen – der Erwerber beispielsweise eines Rinds also dessen Eigentümer wurde, sobald er mit Stab und Hand auf dem Rind *meum esse aio* aussprach und keinen Widerspruch erfuhr –, gab es seit alters durchaus auch eine Möglichkeit, die *Zukunft* mit Mitteln der Rechtsbindung zu gestalten: die Stipulation. Was auch immer jemand begehrte – die zukünftige Handlung, Leistung, Zahlung eines anderen –, konnte er sich förmlich versprechen lassen. Voraussetzung der erwünschten Verpflichtung war, dass beide Parteien anwesend waren und ihre Erklärungen genau korrespondierten. Auf die Frage: »Versprichst du mir, das oder jenes zu tun oder zu leisten?« durfte die Antwort nur lauten: »Ich verspreche« – *spondesne? spondeo*.

Rechte waren also Rechte nur dann und nur deshalb, wenn und weil sie durch die genannten Rituale begründet und durch nicht weniger formale Klagen – die sog. Legisaktionen – geschützt wurden. Ob ein solcher Formalismus, wie Jhering meinte,¹⁹ »eine notwendige Phase in der Entwicklungsgeschichte des menschlichen Geistes« darstellt, können wir dahingestellt sein lassen. Leicht ersichtlich ist jedenfalls, dass ein derart strukturiertes Recht wenig einschließt und sehr viel ausschließt. Es sind höchst wenige Lebenssachverhalte, Wünsche, Konflikte und Pläne, die mit Mitteln des Rechts bearbeitet und gestaltet, gesichert und geschützt werden können. Der Radius der Verrechtlichung ist eng gezogen, und der Formzwang sorgt zudem dafür, dass er nicht leicht gesprengt werden kann. Das verheißt Stabilität, schließt Variation aus und verhindert die Expansion des Rechts. Der berühmte Formalismus

sententiam decurrunt). Zusammenfassend WUNNER (1964) 216: »In seinem übertragenen Gebrauch hat das vereinigende contrahere sehr oft die Wirkung, dass einzelne Objekte zu einer wesensmäßig neuen [i. e. »emergenten«, MThF] Einheit zusammengefasst werden.«

13 SAVIGNY, Bd. 3 (1840) 309.

14 So wörtlich GAIUS (D. 44.7.1 pr.): *Obligaciones aut ex contractu nascuntur ...*

15 Umfassend zu den Quellen und zur wissenschaftlichen Aufbereitung des Konsensualvertrags im 19. und 20. Jahrhundert CASCIONE (2003).

16 LUHMANN (1993) 240.

17 Die modernen Lehr- und Handbücher des römischen Rechts folgen diesem Bild weitgehend. Pars pro toto: WIEACKER (1988) 310 ff.; in schlanker Form jetzt z. B. HONSELL (2004). Zweifel an der Korrektheit dieser Vergangenheitsrekonstruktion äußerte jüngst MEYER (2004); sie postuliert, dass schon die ältesten Rechtsakte durch Schrift, festgehalten auf *tabulae*, präfiguriert waren. Manzi-

pation und Stipulation sind in der Tat ab dem 1. Jh. n. Chr. auch verschriftlicht worden. Dass beide Geschäfte ursprünglich Präsenz der Parteien und Mündlichkeit verlangten, wird von den römischen Juristen jedoch besonders betont. Von *tabulae* fehlt in republikanischer Zeit denn auch jegliche Spur.

18 Berühmt ist das Beispiel bei GAIUS (Gaius, Inst. 4.11): Ein Kläger ha-

be in alten Zeiten sein Verfahren nur deshalb verloren, weil er von beschädigten Weinstöcken (*vites*) sprach statt, wie die Formel dies verlangte, von beschädigten Bäumen (*arbores*); dazu FÖGEN (1999).

19 JHERING (1883) 505. Eine unübertroffene Gesamtdarstellung des juristischen Formalismus ebd. 420–674.

des altrömischen Rechts erscheint als ein Selbstschutz des Rechts vor Veränderung – als eine Evolutionsblockade.

3. Als die Römer begannen, über ihr altes Recht zu sprechen, da kannten sie allerdings längst andere Möglichkeiten, sich ein Rind zu verschaffen, in den Genuss der Früchte aus Nachbars Garten zu kommen, Liquiditätsprobleme zu überbrücken, in einem fremden Haus wohnen zu können, sich der bezahlten oder unbezahlten Dienste eines anderen zu bedienen oder in Gemeinschaft mit anderen über das Meer zu segeln und Handel zu treiben. All diese Anliegen des sozialen und wirtschaftlichen Lebens verwirklichten sie, ohne dafür bestimmte Namen und Worte, geschweige denn Gesten oder Schrift zu benötigen. Und obwohl keinerlei Form mehr erforderlich war, konnten sie darauf hoffen und zuweilen damit rechnen, dass im Streitfall ein Gerichtsherr und ein Gericht zur Verfügung stehen würden, um ihnen »Recht zu geben« – vorausgesetzt, dass eines stattgefunden hatte, dass nämlich zwei oder mehrere Personen sich einig gewesen waren, was sie wollten und wechselseitig tun oder leisten sollten. Eine Vertragsform, die auf Konsens baute,²⁰ war wohl im Lauf des 2. Jahrhunderts v. Chr., entstanden und trat ihre ungewöhnliche Erfolgsgeschichte an. *Pactum est duorum consensus atque conventio*:²¹ Ein Vertrag ist der Konsens und die Übereinkunft zweier Personen. So einfach war das nun.

Die alten Geschäfte und Formen gingen damit aber nicht unter:²² Manzipation, Vindikation und Stipulation sind bis weit in die Spätantike und darüber hinaus belegt. Um dieses Nebeneinander von Vorher und Nachher zu ordnen und zu erklären, sprachen schon die Römer vom *ius civile* einerseits, das auf altem Gesetzesrecht beruhte, und vom *ius honorarium*, welches das neuere, durch den Prätor geschaffene Recht bezeichnet.²³ Die Rechtsordnung wurde verdoppelt,²⁴ nicht zuletzt, um die Emergenz eben des Konsensualvertrags zu ermöglichen. Er ist ausschließlich Produkt des prätorischen Rechts.²⁵

4. Die Gabelung von prätorischem und zivilem Recht haben die Römer sorgfältig erklärt. »Das prätorische Recht«, sagten sie, ist dasjenige, »welches die Prätores zur Unterstützung, Ergänzung

²⁰ Zu den Konsensualverträgen rechnete man vor allem *emptio venditio* (Kauf), *locatio conductio* (Pacht, Miete, Werk- und Arbeitsvertrag), *mandatum* (Auftrag) und *societas* (Gesellschaft), während andere konsensuale Vereinbarungen entweder innominat blieben oder als *pactum nudum* galten (vgl. dazu unten bei Anm. 55). Die sog. Realverträge – Darlehen, Aufbewahrung, Leihe und Ver-

pfändung – unterscheiden sich vom Konsensualvertrag dadurch, dass sie erst perfekt werden, wenn eine Sache übergeben wurde, d. h. wenn eine Vertragspartei bereits zur Erfüllung der Vereinbarung geschritten war. Ob das Erfordernis der Übergabe einer Sache auf eine ältere Form des Vertrags deutet, als es der reine Konsensualvertrag ist, scheint mir nicht sicher. Da alle Realverträge unentgeltli-

che Verträge sind, könnte auch die Vorstellung zugrunde liegen, dass allein ein Versprechen »aus Freundlichkeit« und ohne Eigennutz keine bindende Wirkung haben sollte – wie die Römer dies stets auch für die Schenkung annahmen. Zumindest in klassischer Zeit setzt aber auch der Realvertrag ohnehin Konsens darüber voraus, zu welchem Zweck die Sache übergeben wird. Vgl. zum Beispiel zum Realkontrakt Darlehen D. 12.1.18 pr. (ULPIAN, JULIAN): »Wenn ich dir Geld gebe in der Absicht, es dir zu schenken, du es aber als Darlehen annimmst, so schreibt Julian, eine Schenkung habe nicht stattgefunden. Aber ob es ein Darlehen ist, muss man prüfen. Ich glaube, es ist auch kein Darlehen ...«

²¹ D. 50.12.3 pr.

²² So wie auch nicht damit zu rechnen ist, dass der klassische Konsensualvertrag in absehbarer Zeit durch Netzwerkverträge gänzlich verdrängt werden wird.

²³ Umfassend zu dieser Zweiteilung KASER (1984).

²⁴ Eine solche Dopplung der Rechtsordnung kann man z. B. auch im mittelalterlichen England beobachten, wo sie sich ebenfalls im Verfahren, nämlich in der Gerichtsbarkeit der Kaufleute, manifestierte. Die (neuen) Unterschiede zum Verfahren nach Common Law wurden dabei deutlich bezeichnet: »In What Way Mercantile Law Differs from the Common Law«; vgl. dazu LERCH (2004). Als eine Dopplung der Rechtsordnung könnte man vielleicht auch die gegenwärtige Parallelität von staatlicher Gerichtsbarkeit und privater Schiedsgerichtsbarkeit verstehen, wobei der Erfolg der Schiedsgerichtsbarkeit ebenfalls mit dem Aufkommen neuartiger, von der gewohnten Zivilrechtsdogmatik nicht leicht erfassbarer Verträge zu tun haben dürfte.

²⁵ Das kann nach langer Diskussion als *idée reçue* gelten, vgl. MAGDELAINE (1958) 179: »Dans son premier état le consensualisme est entièrement prétorien.«; ähnlich WIEACKER (1963).

26 D. 1.1.7.1.

27 BRETONE (1992) 110.

28 WIEACKER (1988) 474 [Hervorh. MThF]. Vgl. auch JÖRS, KUNKEL, WENGER (1987) 14: »Die theoretische Doppelung verdeckt jedoch, dass sich das Honorarrecht von allem Anfang an nicht völlig getrennt entwickelte, sondern das *ius civile* durchdrang, sich mit ihm verband.«29 Ältere Auffassungen, die die Umstellung auf *consensus* als »Denkform des zurückweichenden äußeren Rechtsformalismus« (WIEACKER), also gerade nicht als Strukturänderung, ansahen, stellte schon DULCKEIT (1951) in Frage, welcher »die Konstruktion der Konsensualverträge« als »einen wirklichen Bruch mit der urtümlichen Auffassung vom Wesen der Rechtshandlung« bezeichnete (163). Den Bruch mit den alten Strukturen versuchte WATSON (1964) zu verbergen, indem er den konsensualen (Kauf-)Vertrag als mehr oder minder mangelhaften Lückenbüßer der zuweilen unzureichenden Stipulation bezeichnete. Wenn aber der konsensuale Kaufvertrag nur eine ergänzende Funktion hatte, so sei es auch nicht nötig anzunehmen »that legal science took an enormous leap forward« (252). Es handelt sich dabei um eine altbekannte Strategie, Evolutionssprünge durch »long development ... becoming gradually more and more realised« (ebd.) zu kaschieren.

30 D. 45.1.83 pr.: »Das Rechtsgeschäft findet zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden statt. Deshalb wird nicht verpflichtet, wer für einen anderen verspricht, dass dieser etwas geben oder tun werde.«

31 D. 45.1.137 pr.: »[Die Stipulation] muss ein ununterbrochener Akt des Versprechensempfängers und

und Korrektur des *ius civile* für das Gemeinwohl eingeführt haben.«²⁶ Und so geht auch eine geläufige rechtshistorische Meinung davon aus, dass der Prätor das *ius civile* »entweder fortbildet, ergänzt oder berichtigt«. ²⁷ Beide, Römer wie Romanisten, äußern damit eine deutliche Präferenz, die neue Differenz unsichtbar zu machen. »Die geschichtliche Tragweite des Amtsrechts liegt darin, dass der Prätor, *unter Wahrung der Einheit und Kontinuität der überlieferten Rechtsordnung*, das Recht der römischen Frühzeit zu einem universalen Recht des Imperium Romanum entwickeln half.«²⁸ Doch führte diese »Entwicklungshilfe« zu einer unübersehbaren Sensation: Der Konsensualvertrag stellt im Vergleich zu der von den Römern beschriebenen Vergangenheit mit ihren Formalgeschäften einen evolutionären Sprung ohnegleichen dar.²⁹ Er brachte gänzlich neue Möglichkeiten der Gestaltung von Gegenwart und Zukunft und damit auch gänzlich neue kommunikative Anschlüsse und Verbindungen mit sich, von denen die wichtigsten aufgezeigt seien:

- Er ermöglichte das zeitliche Auseinanderfallen von vertraglicher Bindung und Wirkung dieser Bindung, von, wie man heute sagt, Verpflichtung und Erfüllung. Diese zeitliche Erstreckung konnte zwar auch schon die alte Stipulation bewirken, welche jedoch, weil formgebunden, die persönliche Präsenz³⁰ und unmittelbare Interaktion³¹ der Parteien voraussetzte. Der Konsensualvertrag hingegen
- ermöglichte, örtliche und zeitliche Distanzen zu überwinden, indem er den »Willen« der Parteien durch Schrift oder Boten oder Sklaven überbrachte.³² Rechtsgeschäfte unter Abwesenden hatte es bis dahin nicht gegeben.
- Mit der Befreiung des Willens vom Wort ermöglichte und erzwang der Konsensualvertrag eine bis dahin unbekannt Komplexität. Dissens, indiziert durch »Irrtum« – *error in negotio, in materia, in qualitate, in corpore* lauteten später die Distinktionen –, wurde eines der zentralen Probleme, die es zuvor nicht gegeben hatte. Der *voluntas* wurde eine Präferenz vor den *verba* eingeräumt.³³
- Die so geschaffene Komplexität spiegelt sich wider und wird aufgefangen in einer neuen Klageformel und insbesondere in deren Bestandteil, dass der Beklagte zu verurteilen sei, was er aufgrund von »Treu und Glauben«, *bona fides*, schulde.³⁴ Verurteilt wird er also nicht ohne weiteres auf das, was er gesagt

des Versprechenden sein ... Dem Versprechensempfänger muss sofort geantwortet werden. Wenn der befragte (Versprechende) nach der Frage etwas anderes tut, nützt es nichts, selbst wenn er noch am selben Tag verspricht.«

32 D. 2.14.2 pr.: »Labeo sagt, man könne entweder tatsächlich zusammenkommen (*convenire*) oder man könne dies auch unter Abwesenden tun, sei es durch Brief

oder durch Boten. Aber sogar stillschweigend kann man, wie man annimmt, durch Konsens zusammenkommen.«

33 »Bei Verträgen muss mehr der Wille der Vertragsschließenden als der Wortlaut beachtet werden«, PAPINIAN, D. 50.16.219.

34 Die Literatur zum Formularprozess und zur *bona fides* ist sehr groß, vgl. zusammenfassend KASER, HACKL (1996) 151 ff.

und erklärt hat zu geben und zu leisten, sondern auf das, was er nach Treu und Glauben geben und leisten muss. Damit wird die »Einrede«, wie man sie bis heute nennt, denkbar: Ich schulde zwar im Prinzip, *aber* – wegen verspäteter Lieferung, wegen schlechter Qualität, wegen unangemessen früher Forderung, wegen des Nichteintretens einer Bedingung, wegen eines Rücktrittsrechts, wegen eines Forderungsverzichts, wegen Aufrechnung, wegen Arglist des Gegners – schulde ich nicht jetzt oder nicht so viel oder gar nicht.

- Eine solche Vernetzung von Anspruch und Gegenanspruch bedeutet, dass der Konsensualvertrag ein reziproker, synallagmatischer, ein »vollkommen zweiseitiger« Vertrag ist.³⁵ Eine Stipulation begründet lediglich eine einseitige Verpflichtung. Und selbst wenn ihr eine zweite Stipulation einer Gegenleistung folgt, gibt es zwischen diesen beiden Stipulationen keine Brücke. Wer stipuliert, hat zu zahlen, zahlt, auch wenn der andere das seinerseits stipulierte Rind nicht geliefert hat.
- Mit der Abkopplung von rituellen Formen und Worten war der Konsensualvertrag – im Gegensatz zur Stipulation und allen anderen Geschäften des *ius civile* – für Nicht Römer zugänglich.

Waren die alten Rechtsgeschäfte gekennzeichnet durch Form und Ritual, Wortlaut und Erklärung, Präsenz der Parteien, Einseitigkeit der Bindung und »nationale« Zugehörigkeit, so brach der Konsensualvertrag mit fast allen diesen Prinzipien: statt Form und Ritual gänzliche Formfreiheit, statt purem Wortlaut der wirkliche Wille, statt Erklärung Treu und Glauben, statt Präsenz der Parteien auch jegliche Art der Übermittlung, statt Einseitigkeit der Bindung perfekte, verrechenbare Reziprozität der Rechte und statt »nationaler« Beschränkung Inklusion von Fremden. In einem Moment – er mag ein Jahrhundert in kalendarischer Zeitrechnung³⁶ gedauert haben, aber war doch nur ein Moment in der systemeigenen Zeit – wurden fast alle Elemente, wie es zu einer »Obligation« kommen kann, ausgewechselt oder neu kombiniert. Und diese Elemente sind größtenteils auch für den modernen Vertrag konstitutiv und unverzichtbar geblieben.

5. Die Emergenz des Konsensualvertrags war in der Evolution des römischen Rechts mehr als ein vorübergehender Schluckauf. Der neue Vertrag verlangte und erzeugte vielmehr außerordentlich

35 Bei zwei besonders wichtigen Typen des Konsensualvertrags, Kauf und Werk-/Pacht-/Arbeitsvertrag, wird dies bereits in der lateinischen Doppelbenennung – *emptio venditio*, *locatio conductio* – deutlich; vgl. JÖRS, KUNDEL, WENGER (1987) 255 f.

36 Die »Datierung« des Konsensualvertrags ist höchst umstritten: »One opts for a slow process, extending over a very prolonged

time« vs. »The change, we would suggest, was too sophisticated for a slow start« YARON (2004) 63.

wirksame, langfristige Strukturänderungen, so in der Gerichtsbarkeit und im Verfahren. Er provozierte darüber hinaus eine Flut von rechtsinternen dogmatischen Anstrengungen. Neue Distinktionen, welche Vereinbarungen Rechtsschutz und damit »Geltung« erlangen sollten, wurden erforderlich. Ein ganz erheblicher Teil der juristischen Kommunikationen der späten Republik und frühen Kaiserzeit war Ursache und Resultat der Umstellung des Rechts auf den konsensuellen, synallagmatischen Vertrag. So wie heutzutage die Umstellung von konsensuellen, synallagmatischen Verträgen auf Netzwerke für Unruhe in den juristischen Kommunikationen zu sorgen beginnt und man erst im Nachhinein wissen wird, welche altbewährten Strukturen des Privatrechts dabei erhalten oder auch geopfert, verändert, ergänzt sein werden. Sicher scheint nur, dass zwischen der Emergenz eines neuen Typus von Vereinbarung (sei es des Konsensualvertrags oder der Netzwerke) und der mitlaufenden Strukturen des Rechts eine Wechselwirkung von der Sorte Henne oder Ei besteht.

Deshalb stellt sich nicht nur die Frage: Wie kommt das Neue in die Welt?, sondern: Wie gelangt es in die Rechtswelt? Die erste Frage formuliert die rechtsexogenen Gegebenheiten und Gelegenheiten, die zweite die rechtsendogenen Möglichkeiten und strukturellen *constraints* des Rechts zur Nutzung oder Ablehnung exogener Gegebenheiten und Gelegenheiten. Mit beiden Fragen wird kein brandneues Forschungsprogramm entworfen. Sie reformulieren lediglich ein durchaus übliches Muster rechtshistorischer Arbeit. Zum Beispiel schrieb Hans Julius Wolff vor fast 50 Jahren in einem Aufsatz über den altgriechischen Vertrag: »Ethische, politische, soziale und wirtschaftliche Vorbedingungen und Zielsetzungen [also »Umwelt« des Rechts in systemtheoretischer Sprache] bestimmen den zeitlich und ... örtlich wechselnden institutionellen Inhalt eines ... Privatrechtssystems.« Was aber heißt: *bestimmen* den Inhalt? Ist die Umwelt des Rechts wirklich in der Lage, den Inhalt des Rechts zu bestimmen? Wolff fuhr fort: »Aber sie (die Vorbedingungen) können dies nur innerhalb der Grenzen tun, die ihnen durch die innere Struktur dieses Systems gezogen sind.«³⁷ Also gibt es rechtsintern erzeugte Strukturen, die (mit?)bestimmen, was das Recht tut. Wolff beschreibt das Verhältnis von, einfach gesprochen, Fremd- und Selbstbestimmung des Rechts. Näher besehen geht es um Koevolution von Umwelt und System, um die Frage also, ob und wie ein System Veränderungen, Ereignisse,

³⁷ WOLFF (1957) 71. »System« ist bei Wolff freilich nicht als »soziales System« zu verstehen, sondern als kohärente, »dogmatische« Ordnung von Rechtssätzen.

Katastrophen, Prozesse außerhalb seiner selbst wahrnimmt und nach Maßgabe seiner eigenen Strukturen verarbeitet.³⁸

6. Beginnen wir mit der Umwelt des Rechts, ohne welche es natürlich kein Recht gäbe und ohne deren Koevolution das Recht keine Chance hätte, seinerseits zu evolvieren. Diese Umwelt ist allerdings unermesslich groß, weil sie aus allen Kommunikationen besteht, die nicht Rechtskommunikationen sind. Ebenso infinit ist die Anzahl der Geschehnisse, die das Rechtssystem nicht hervor gebracht hat, die es nicht kontrollieren kann und die deshalb für das Recht »Zufälle« sind.³⁹ Das mögen die von Wolff erwähnten »ethischen, politischen, sozialen und wirtschaftlichen Vorbedingungen« sein, in Frage kommen ebenso Krieg und Erdbeben, Technik und Gebäude, Wetter und Diktatoren, Straßen und Völker. Ja, man kann, wenn man nach möglichen »Einflüssen der Umwelt« fragt, nicht einmal auf Großereignisse bauen, da bekanntlich der Flügelschlag eines Schmetterlings ebenso ungeahnte ökologische Folgen haben kann, wie das Auswechseln einer einzigen Karte beim Patiencelegen ein gänzlich neues Spiel macht. Wie also lassen sich die Zufälle identifizieren, die das Recht aufgegriffen und genutzt hat, um seine eigene Komplexität, durch Erfindung des Vertrags, zu steigern und seine Strukturen zu verändern?

Aufgegriffen werden solche Zufälle, welche Anpassung des Rechts verlangen, wäre eine erste These. Sie kann als unbrauchbar verworfen werden. Denn zum einen ist das Angepasstsein *Voraussetzung* (nicht Resultat) von Existenz und damit auch Evolution eines Systems – das Horn des Nashorns wird sich nicht heraus bilden, wenn das Nashorn als solches nicht schon der Umwelt angepasst ist.

Dem Adaptionismus heimlich verwandt sind sehr verbreitete Erklärungen sozialgeschichtlicher Art:⁴⁰ Weil es seit dem 3. Jahrhundert v. Chr. Münzgeld in Rom gab, weil sich der Stadtstaat auf ganz Italien auszudehnen begann, weil Nicht-Römer als Geschäftspartner zahlreicher wurden, weil Handel als Alternative zur Landwirtschaft aufkam, weil Freigelassene zu Ansehen und Vermögen kamen etc. – wurde der Konsensualvertrag erfunden. Daran scheint einiges evident richtig, einiges ungeklärt. So wird zum Beispiel das vermehrte Auftauchen von Nicht-Römern, sog. Peregrinen, im Handel gerne als Grund der Erfindung des Konsensual-

38 Eine knappe und präzise Darstellung der Luhmannschen Evolutionstheorie findet sich bei KUCHLER (2003).

39 Zum Folgenden LUHMANN (1997) 448 ff.

40 Zahlreiche solcher Faktoren nennt BRETONE (1992) 89–110. Zurückhaltend gegenüber den »Bedürfnissen des Handels« etwa YARON (2004).

vertrags Kauf angegeben. Die Konsensualverträge Gesellschaft und Pacht- oder Dienstvertrag hingegen entsprechen nach allgemeiner Meinung »innerrömischer Übung«,⁴¹ und auch der Konsensualvertrag Auftrag war »ursprünglich ein Kontrakt unter römischen Bürgern«, so dass »der Schutz des Vertrauens (*fides*) nicht auf den Verkehr mit Peregrinen allein zurückgeführt werden kann, sondern auch eine spezifisch römische Wurzel hat.«⁴² »Nicht allein, sondern auch«, die Mehrzahl von »Wurzeln«, gilt für alle weiteren Argumente und Gründe, etwa die Erfindung des Münzgelds, welches zwar Bedingung der Möglichkeit für entgeltliche Geschäfte ist, aber gewiss nicht reflexartig den Konsensualvertrag hervorbrachte, was man schon daran sieht, dass Münzgeld in Griechenland viel früher als in Rom geläufig war, ohne dort jemals zu einem Konsensualvertrag geführt zu haben.⁴³ Versuchen wir also, das Verhältnis von Umweltereignissen und Rechtsentwicklung genauer zu betrachten.

7. Anfang wie Ende aller Evolution ist Variation. Variation manifestiert sich in unerwarteten Erwartungen, überraschenden und sich verdichtenden Kommunikationen, in nicht antizipierten Begehren, in der Negation eines traditionellen Sinnangebots. Vorausgesetzt, und für das Rom des 2. Jahrhunderts v. Chr. können wir voraussetzen, dass der Code von Recht und Unrecht bereits etabliert ist, bedeutet Variation also, dass Recht für neue Pläne und neue Probleme, Streitigkeiten und Konflikte in Anspruch genommen wird, dass also die Umwelt des Rechts, etwa die Wirtschaft mit ihren Handel treibenden römischen und nicht-römischen Leuten, Landpächtern, Gutsverwaltern, am Recht, man könnte sagen, zu schmarotzen versucht. An einem Recht allerdings, das bis dahin nichts anderes als die alten Formeln und Legisaktionen bereithielt und weder Geldzahlungen noch Landverpachtung in der Ferne, weder die Existenz von Nicht-Römern noch Mietshäuser kannte und also auch keine Lösungen für aufkommende Probleme offerieren konnte. Wie kommunikative Zumutungen an das Recht von diesem ausgehalten oder verarbeitet werden, hängt wesentlich von den internen Strukturen und Institutionen des Rechts ab. Eine organisierte Gerichtsbarkeit und vor allem das Justizverweigerungsverbot machen das Recht heutzutage äußerst druckempfindlich: Über Klagen *muss* entschieden werden, auch wenn die ihnen zugrunde liegenden Sachverhalte bis dahin dem Recht unbekannt

41 WIEACKER (1988) 441 f.

42 HAUSMANINGER, SELB (2001) 224; zu inner-/außerrömischen

Anlässen der *bonae fidei iudicia* s. auch KASER (1984) 23 ff.

43 Der Versuch, das Evolutionsproblem zu lösen bzw. zu verschieben, indem man nach »Vorläufern« des Konsensualvertrags, in casu im griechischen Recht, fahndet, ist mehrfach gescheitert, vgl. umfassend WOLFF (1957) sowie PRINGSHEIM (1955). Zusammenfassend nun THÜR (2003) 237 f. – Dass die Griechen keinen Konsensualver-

trag kannten, heißt natürlich nicht, dass sie keine Rechtsgeschäfte abschließen konnten. Ihre alternativen Formen, dargestellt bei Wolff, zeigen vielmehr das Maß der Kontingenz bestimmter Typen von Vertrag und zeigen zudem, dass es sich beim Konsensualvertrag um alles andere als eine »doch so einfache (...) Denkfigur« (WOLFF, 32) handelt.

waren.⁴⁴ In Rom gab es weder eine organisierte Gerichtsbarkeit⁴⁵ noch das Verbot des Nichtentscheidens. Im Gegenteil: Es gab autoprotektionistische, Evolution abweisende Formalismen im Recht. Dass die neuen Erwartungen und Kommunikationen aus der Umwelt des Rechts gleichwohl in diesem gehört wurden, spricht für das erhebliche Ausmaß des Variationsdrucks.

Allein das Aufkommen von Münzgeld, die geopolitische Erweiterung Roms, der einsetzende Handel bedeuten für das Recht also herzlich wenig. Variation tritt erst ein, wenn solche Zufälle der Umwelt durch die Umwelt des Rechts dem Recht zugeführt, ihm oktroyiert, mit ihm verknüpft werden, wenn also in Form neuer Erwartungen der Versuch einer strukturellen Kopplung zwischen Wirtschaft oder Technik oder Politik und Recht unternommen wird.

Die Schienen, auf denen solche Erwartungen – insbesondere die der weitgehend schriftlosen Wirtschaft – an das Recht transportiert wurden, sind nicht mehr leicht erkennbar. Doch dürfte die Rhetorik ein wichtiger Produzent und Zulieferer von Variationsangeboten gewesen sein. Cicero war unermüdlich damit beschäftigt, das Recht mit Grenzfällen zu irritieren, es mit Offerten zur Änderung geradezu zu überhäufen und seine Leistungsfähigkeit auszureizen: »Müssen Verträge und Versprechungen immer eingehalten werden, die, wie die Prätores zu sagen pflegen, »weder durch Gewalt noch durch Arglist abgeschlossen worden sind.« Und sogleich folgen – recht bizarre – Beispiele, in denen das Nichteinhalten der Verträge geboten ist.⁴⁶ Muss man der Bitte eines Freundes auf dem Totenbett, die Erbschaft an dessen Tochter herauszugeben, Folge leisten oder doch eher das Gesetz beachten, das bestimmten Leuten verbietet, Frauen als Erben einzusetzen?⁴⁷ Was tun in der Konkurrenz zwischen Freundes- und Gesetzestreue, wie entscheiden in der Wahl zwischen Gesetzesumgehung und Gesetzesbefolgung? Nicht nur aporetische Fälle werden bei Cicero diskutiert. Ebenso verdient gemacht hat er sich darum, *fides* als *bona fides* und *dolus* als *malus dolus* zu beschreiben, womit er dem Recht zwar keine mundgerechten Happen, aber verarbeitungsfähiges Material zugeliefert hat.

8. Variation führt notwendig zur Selektion, wobei die Selektion auch Ablehnung, Zurückweisung bzw. Ignorieren der Aufforde-

44 Das gilt auch bei gänzlich neuen und deshalb »innominat« genannten Verträgen wie dem Leasing, dem Franchising etc. Zur Beschleunigung des Rechts durch das Rechtsverweigerungsverbot vgl. jetzt FÖGEN (2004).

45 Zur m. E. fiktiven bzw. hervorragend simulierten »Gerichtsbarkeit des Prätors« in der Republik und frühen Kaiserzeit s. FÖGEN (2002) 190 ff.

46 De officiis 3.24–25. Weitere Beispiele aus Cicero, Ad Herennium und Seneca bei MAGDELAIN (1958) 51 ff.

47 CICERO, De finibus 2.17.55.

rung zur Mutation bedeuten kann. Viel zu zahlreich pflegen die Überraschungen der Umwelt zu sein, als dass das Rechtssystem, das ohnehin seit alters auf Stabilität und Nicht-Lernen verpflichtet ist, sie auch nur zur Kenntnis nehmen, geschweige denn mit Änderungen seiner Strukturen beantworten könnte. Von einer solchen Selektion durch radikale Ablehnung haben die Römer selbst erzählt. Zu Beginn des 3. Jahrhunderts v. Chr., so lautet ihre Geschichte, sei das Recht noch exklusiv in den Händen der Priester gewesen, welche es gehütet und im Archiv verborgen hätten. Erst einem gewitzten Plebejer namens Gnaeus Flavius sei es in Kollaboration mit einem berühmten und innovationssüchtigen Patrizier namens Appius Claudius gelungen, den Priestern die Formeln, also das Recht in toto, zu entwenden. Renitenz gegenüber dem Begehren, das Recht der Variation auszusetzen und Selektionen treffen zu müssen, ist das Leitmotiv dieser Geschichte. Die Freigabe des Rechts erscheint als Preisgabe des Rechts.

Wie wir wissen, kam es anders: Das römische Recht erfand, was man den Konsensualvertrag nennen sollte, traf also eine Selektion, die stattfinden oder auch nicht stattfinden und die im Fall des Stattfindens so und auch anders, wenngleich nicht beliebig anders, ausfallen konnte. Will man sich dem So-und-nicht-anders-Ausfallen der Selektion gleichwohl analytisch annähern, so sind zunächst zwei Erklärungen auszuschließen: Der langfristige Erfolg der Strukturänderung, also der Umstand, dass der Vertrag zur evolutionären Errungenschaft wurde, trägt nichts zur Erklärung bei. Die Römer haben so wenig an die Bedürfnisse der Deutschen Bank gedacht, wie diese an die Römer zu denken pflegt. Ebenso wenig kann man gerade diese Form des Vertrags als Reflex auf die geschilderten Anliegen der Zeitgenossen begreifen. Nicht Peregrinen, nicht Kaufleute, nicht Landpächter, nicht einmal Cicero haben dem Prätor bzw. den Juristen in die Feder diktiert, was sie benötigen und praktisch finden. Es führt keine direkte Leitung von einem System zum anderen, kein Weg vom Gehirn eines Kaufmanns zum Gehirn des Prätors, keine Brücke von der Wirtschaft zum Recht.

Fragen lässt sich somit allenfalls, welche *rechtsendogenen* Faktoren die Emergenz des »Konsensualvertrags« möglich gemacht oder sogar begünstigt haben. Welche vorausgegangenen Selektionen im Recht könnten sich verstärkt, könnten sogar zu »Pfad« geführt haben, von denen abzuweichen schwierig und auf die zurückzukommen leichter gewesen wäre?⁴⁸ Wir wechseln

⁴⁸ Unter dem Stichwort »Pfadabhängigkeit« werden verschiedene Formen der Struktur determiniertheit diskutiert, so die geringfügig abweichende Selektion, deren Abweichung sich im Laufe der Zeit durch Wiederholung verstärkt, und die kurzfristige Unterbrechung eines »Pfades« bzw. eines Equilibriums mit rascher Rückkehr zur Stabilität. Das Maß an Determiniertheit bleibt dabei

weitgehend offen. Einen Überblick findet man bei HATHAWAY (2001).

mit dieser Frage von der Seite der »Gelegenheit« zur Evolution auf die Seite der »Beschränkung« durch die eigenen Strukturen – und stehen damit vor dem Paradox, Strukturänderungen durch Strukturen erklären zu wollen.

9. Die älteren Strukturen und damit die »selbstgeschaffene Ausgangslage« des Systems waren im Archiv abgelagert, genauer: »in den innersten Gemächern der Priester«⁴⁹ – eine großartige Metapher des Livius für die »als Gegenwart aufsummierte Vergangenheit« des Rechts.⁵⁰ Als Appius Claudius und Gnaeus Flavius sich Zugang zum Archiv verschafften, da fanden sie darin die Legisaktionen, also die Prozessformeln für die eingangs geschilderten alten Rechtsgeschäfte. Keineswegs fanden sie die *bona fides*, auch keinen *dolus*, keinen *consensus*, keinen *error*, keine *exceptio*. Das Archiv bot auf den ersten Blick nichts an, was den Konsensualvertrag auf den Weg hätte bringen können. Die Form-Wort-Ritual-Struktur des alten Rechts, so scheint es, hat nichts beigesteuert, um die Selektion der Elemente des neuen Rechts zu präformieren oder gar zu prädestinieren, ja, sie dürfte der Herausbildung der neuen, den Konsens fokussierenden Strukturen geradezu im Wege gestanden haben. Wenn dies richtig ist, so gäbe es keine Emergenz durch Rekombination vorhandener Elemente, gäbe es keinen evolutiven »Übergang« vom alten zum neuen Recht, gäbe es auch keine *Strukturänderung*, weil die Strukturen des alten mit den Strukturen des neuen Rechts so wenig miteinander zu tun haben, wie die Strukturen eines Nashorns mit denen einer Präriewüstenmaus, welcher nie und nimmer ein Horn wachsen wird.

Aber es gibt keine Stunde Null in der Evolution sozialer Systeme.⁵¹ Etwas sollte im Archiv des Rechts zu finden sein, das zur Weiterverwendung brauchbar und nützlich wurde, was anschluss- und ausbaufähig war, was seine Produktivität in der Wiederholung und in der Rekombination entfalten sollte, um eben damit zu einem emergenten Phänomen namens Konsensualvertrag zu führen, der mehr und jedenfalls etwas anderes ist als die Summe seiner Elemente. Betrachten wir deshalb etwas genauer den Bericht des Juristen Pomponius (2. Jh. n. Chr.; D. 1.2.2.6–7) über die Öffnung des Archivs. Aufgrund der XII Tafeln, sagt er, wurden feierliche Klageformeln entwickelt, die auch *ius legis actiones* hießen und sich im Besitz der Priester befanden. Appius Claudius

49 *repositum in penetralibus pontificum*, LIVIUS 9.46.5.

50 LUHMANN (1997) 504.

51 Eine Behauptung, von der alle rechtshistorische Forschung, wenn auch meist stillschweigend, ausgeht; ist ihr prominentestes Thema doch die Suche nach Ursprüngen und deren Ursprung, nach Wurzeln und deren Wurzel. Zu den Bemühungen, dem Ursprung des Konsensualvertrags auf die Spur

zu kommen, vergleiche man den wissenschaftsgeschichtlichen Teil des Kapitels »Problemi di origine« in CASCIONE (2003) 215 ff. sowie die Titel der Beiträge z. B. von PRINGSHEIM (1954): »L'origine des contrats consensuels«, WIEACKER (1963): »Zum Ursprung der bonae fidei iudicia« oder WATSON (1964): »The Origins of Consensual Sale«.

habe diese Formeln bearbeitet und zu einem Buch zusammengestellt, welches wiederum Gnaeus Flavius entwendet und dem Volk bekannt gemacht habe. Der Jurist Pomponius betont, es waren die *actiones*, also die für Klagen erforderlichen Worte, welche die Neugier des Appius Claudius erregten, den Diebstahl des Gnaeus Flavius motivierten und zu einem neuen Buch führten.

Das dadurch ermöglichte öffentliche Wissen von den Formeln bestimmt den Fortgang der Geschichte des römischen Rechts. In dieser taucht niemand auf, der den neuen Vertrag »entworfen« hätte – kein Gesetzgeber, kein genialer Jurist, nicht einmal eine zur herrschenden Meinung reifende Lehre. In dieser Geschichte tauchen vielmehr Formeln über Formeln auf, *actiones*, die im Vergleich zur *legisactio* beweglicher, variantenreicher erscheinen, aber eben doch auch Formeln sind, nach folgendem Muster gestrickt:

Der oder der soll Richter sein. Dass AA dem NN ein Rind verkauft hat, ist Thema des Prozesses. Was deswegen NN dem AA geben und leisten muss aufgrund von Treu und Glauben, auf den Betrag sollst du, Richter, den NN zugunsten des AA verurteilen. Wenn es sich nicht erweist, sollst du ihn freisprechen.

Das ganze Paket an sensationellen Innovationen, Treu und Glauben, Platz für Einreden, Konsens und Dissens, welches den Vertrag ausmacht, war also sehr eng eingeschnürt durch ein altes und festes Element: die Formel der *actio*. Formfrei war der neue Vertrag, aber keineswegs formelfrei. Im Gegenteil. Das alte Element »Formel« bestimmte weiterhin in höchstem Ausmaß die Struktur des Rechts, denn es bedeutete: Recht ist nur, wofür es eine Formel gibt, und verhandelt wird nur, was in der Formel steht. *Ubi remedium, ibi ius*⁵² – und nicht etwa umgekehrt.⁵³ Damit war seit alters und blieb in den folgenden Jahrhunderten die Formel der *actio* das Element, das stets repliziert und rekombiniert wurde und an dem sich die Evolution des Rechts entlanghangelte. Neue Zufälle und Gelegenheiten der Umwelt aufzugreifen hieß in der Sprache des Rechts, eine Formel zu geben oder eine neue Formel zu schaffen: *actionem dare*. Zufälle und Gelegenheiten zu überhören, Variation einzudämmen, positive Selektion zu verweigern hieß in der Sprache des Rechts: *actionem denegare*. Mehr Dynamik bei gleichzeitiger Temperierung hat kaum ein anderes Rechtssystem zustande gebracht.

»Temperierung« ging einher mit Retention und Restabilisierung. Denn die ein Mal geschaffenen neuen *actiones* wurden als

52 ZIMMERMANN (1990) 6.

53 Der Satz *ubi ius, ibi remedium* ist neuzeitlich, vgl. z. B. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Einleitung § 89: »Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welches dasselbe nicht ausgeübt werden kann.«

»Edikte« im *album* aufgeschrieben und, obgleich sie Gültigkeit nur für die einjährige Amtsdauer des erlassenden Prätors beanspruchen konnten, von dessen Nachfolgern grundsätzlich übernommen. Das *edictum tra(ns)laticium*, das »übertragene« Edikt, wurde über Jahrhunderte weitergeführt.⁵⁴ Die Edikte markierten so Selektionen, die durch ihre schriftliche Fixierung und Übertragung stabilisiert wurden, und boten damit zugleich eine ideale Plattform neuer Variation. Sie waren Ausgangs- und Zielpunkt intensiver juristischer Interpretationen. Die Differenz von Text und Sinn entfaltete sich in hoch produktiven Innovationen und neuen Kommunikationen im Recht.

10. Finden wir also in der Klageformel das Element der Rechtsstruktur, das den Anschluss des neuen an das alte Recht erlaubte und limitierte, so stellt sich die Frage nach der Genese einer evolutionären Errungenschaft anders. Die Formel erscheint als Bedingung der Möglichkeit kohärenter und gleichzeitig innovativer Operationen des Rechts. Welcher *Inhalt* in die Formel gegossen wurde, ist damit nicht gesagt und nicht zu begründen. Besteht doch der Witz einer Formel gerade darin, dass sie die Zufälle der Umwelt ebenso als Gefahren zurückweisen wie als Chancen aufgreifen kann.

Das römische Recht hat also nicht eine Rechtsfigur namens Konsensualvertrag erfunden. Es hat zwar im Laufe der Zeit zahlreiche Anstrengungen unternommen, zu reflektieren und zu beschreiben, was da in ihm und mit ihm geschah, hat sich mit Definitions- und Systematisierungsversuchen geplagt⁵⁵ und doch nie eine konsistente »Theorie« aller konsensualen Vereinbarungen entwickelt.⁵⁶ Das römische Recht hat nur – und doch erstaunlich genug – den durch die frühe *legis actio* vorgespurten Weg, wie man zu seinem Recht kommt, in die neue Formel verlängert. Die Einigung und die Redlichkeit bei Geschäften, welche die *Umwelt* des Rechts für wichtig und ausreichend hielt und worauf sie ihre normativen Erwartungen stützte, hat das Recht als Zufall genutzt, um seine Operationen in Form der Formeln in weiteren Formeln fortzusetzen. Die Einigung wurde darüber zum *consensus* und die »allgemeinmenschliche Rechtschaffenheit und Verlässlichkeit«⁵⁷ zur *bona fides*, deren Gegenteil der *dolus malus* bildete, welcher in Form der *exceptio* Eingang in die Formel finden konnte. Diese

54 Vgl. dazu BREONE (1992) 102 ff.

55 Die prominentesten dieser Versuche kreisen um die Abgrenzung klagbarer konsensualer Vereinbarungen und ebenfalls konsensualer, aber nicht-klagbarer (*pacta nuda*) Vereinbarungen (s. dazu insbesondere den Titel D. 2.14, *De pactis*, und dazu MEYER-PRITZL [1998]). Es stehen sich gegenüber die Grundsätze: »Aus der reinen Vereinbarung erwächst

keine Klage« (*ex pacto [nudo] actionem non nasci*, C. 2.3.10) bzw.

»Eine bloße formlose Abrede bringt keine Obligation hervor, bringt jedoch eine Einrede hervor« (*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*, D. 2.14.7.4) und »Der Prätor sagt: »Formlose Vereinbarungen, die weder arglistig noch unter Verstoß gegen Gesetze ... getroffen werden ... werde ich anerkennen.«

(*Pacta conventa, quae necque dolo malo, necque adversus leges ...*

facta erunt, servabo, D. 2.14.7.7).

Vgl. dazu MAGDELAIN (1958) insbesondere 67 ff., der den Widerspruch durch Historisierung auflöst: »Le conflit entre la formule »*ex pacto jus*« et l'adage »*ex pacto actio non nascitur*« met en évidence le point de départ et le point d'arrivée d'une évolution qui s'est produite dans le courant de l'époque classique. Sous la République, le *pactum* c'est le consensualisme lui-même. Au IIe siècle après Jésus-Christ, l'image dominante que s'en fait la jurisprudence, est celle de convention qui n'engendre pas d'action« (68).

56 So auch die neuere Literatur, vgl. insbesondere SARGENTI (1988) 73: »In sostanza, neppure nel diritto giustiniano si giunge a configurare ... una categoria generale del contratto, né a porvi a base, come requisito comune ed unificante, il consenso«. Siehe ebendort auch die schöne Beschreibung des evolutiven Prozesses im römischen Vertragsrecht: »In verità, non si può attribuire a questo processo il carattere di un'operazione deliberata e cosciente, né dire da quale idea sia guidata l'attribuzione della denominazione contrattuale a negozi come il mutuo e la stipulatio, da un lato, il deposito, il comodato, il pegno, dall'altro ...« (71). Dass Sargenti trotz dieser Beobachtung von Kontingenz und Verabschiedung von Planung betont, er schreibe über »Entwicklung« und nicht über »Evolution« (»e dico: svolgimento, non evoluzione«, 70), kann wohl nur damit erklärt werden, dass er mit »Evolution« die veraltete Idee von Zielgerichtetheit, Fortschritt etc. verbindet. – Sargentis Sicht stimmte im wesentlichen MARTINI (1991) zu, welcher m. E. über das Ziel hinausschießt bzw. die offenkundigen Besonderheiten des römischen Vertragsrechts vernachlässigt, indem er das römische aktionsrechtliche Denken mit dem des älteren common law parallelisiert (was noch angeht) und es mit dem altgriechischen Vertrag vergleicht (was nicht weiterführt).

57 WIEACKER (1963) 40.

Umwandlung von lebensweltlichen, oder besser: umweltlichen Erwartungen in für das Recht erkennbare, hantierbare, formelfähige und damit wiederholungsfähige Elemente ist eine system-spezifische Übertragungs- und Übersetzungsarbeit des Rechts,⁵⁸ eine Arbeit, die, stets entlang der Formel, fortgesetzt wurde in komplexeren Formeln, die zahlreichere Möglichkeiten verarbeiteten und einschlossen bis hin zu den *actiones praescriptis verbis, in factum, ad exemplum* und *utiles* – den »analogen« und für neue Fälle geschmeidig und nützlich gemachten Klageformeln.

Gelegenheit und Beschränkung – wenn dies die Zauberformel der Evolution ist, so können wir »Gelegenheit« als kommunikative Variation und normative Unruhe der Umwelt, aus der Sicht des Rechts also neue »Zufälle«, identifizieren und »Beschränkung« als Umwandlung der Zufälle in Fälle, wobei das, was der Fall ist, unausweichlich eine Formel ist.

Den Weg von der Formel zum Vertrag sind manche späteren Rechte gegangen.⁵⁹ Sie haben dabei die römischen Elemente – *consensus, fides, exceptio, dolus, error* – bereitwillig aufgegriffen, kopiert und neu vernetzt. Und sie haben, um zum modernen Vertrag zu gelangen, *das* Element, gerade das Element, das die Evolution des Privatrechts in Rom ermöglichte und limitierte: die Formel, eliminiert.⁶⁰ Ironie der Geschichte? Nein, ein ganz normaler Evolutionsprozess, der nie bei Null beginnt und nie auf nichts verzichtet.

Marie Theres Fögen

58 Siehe zu dieser Übersetzungsarbeit im Fall der *bona fides* WIEACKER (1963) 26: »In Wahrheit ist die Geschichte der *fides* ersichtlich nicht Geschichte eines Haftungszugriffs, sondern einer Verhaltensbindung, ursprünglich keine rechtliche, sondern zunächst »magische«, dann religiöse, endlich moralische gewesen«.

59 SARGENTI (1988), und ihm folgend MARTINI (1991) setzen den Zeitpunkt in Kontinentaleuropa zwischen dem 16. und 18. Jahrhundert an; abgeschlossen ist der Prozess in Europa erst im Laufe des 19. Jahrhunderts.

60 Die Verdrängung der Formel erkennt man z. B. bereits in der Etablierung einer zweiten Rechtsordnung der »Handelsgerichte« im 13. Jh. in England (dazu oben Anm. 24), vor denen »die Klagen

auch ohne das Erfordernis eines Writ vorgebracht werden konnten« (LERCH [2004] 118). Endgültig hat sich die Formel als Evolutionsblockade erwiesen bei der Umstellung auf »subjektives Recht« und »Vertragsautonomie«. Besonders deutlich machte dies noch WINDSCHEID (1856): »... das römische Recht, dessen wir nicht entrathen wollen und nicht entrathen können«, müsse

den gegenwärtigen Rechtsanschauungen angepasst werden: »Für das heutige Rechtsbewusstsein [aber] ist das Recht das Prius, die Klage [i.e. die actio / die Formel] das Spätere, das Recht das Erzeugende, die Klage das Erzeugte. Das Recht weist jedem Individuum den Herrschaftskreis zu, in welchem sein Wille Gesetz für die anderen Individuen ist ...« (IV und 3).

Literatur

- MARC AMSTUTZ (2003a): Vertragskollisionen. Fragmente für eine Lehre von der Vertragsbindung, in: Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts. Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich, 161–176.
- MARC AMSTUTZ (2003b): Zwischenwelten. Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, in: Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, hg. von CHRISTIAN JOERGES, GUNTHER TEUBNER, Baden-Baden, 213–237.
- MARC AMSTUTZ (2004): Die Verfassung von Vertragsverbindungen, in: Die vernetzte Wirtschaft. Netzwerke als Rechtsproblem. Symposien zum schweizerischen Recht, hg. von DEMS., Zürich, Basel, Genf, 45–86.
- ERIC BONABEAU, JEAN-LOUIS DESSALLES, ALAIN GRUMBACH (1995): Characterizing emergent phenomena (1): A critical review, in: *Revue internationale de systématique* 9, 327–346.
- MARIO BRETONE (1992): Geschichte des römischen Rechts, München.
- CARLO AUGUSTO CANNATA (1995): Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligationensgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit, in: *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire*, Amsterdam, I 59–70.
- COSIMO CASCIONE (2003): Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche, Napoli.
- ROMEO CERUTTI, TINA BALZLI (2004): Der Zahlungsverkehr der Banken (oder: gibt es den Netzvertrag?), in: Die vernetzte Wirtschaft. Netzwerke als Rechtsproblem. Symposien zum schweizerischen Recht, hg. von MARC AMSTUTZ, Zürich, Basel, Genf, 87–106.
- GERHARD DULCKEIT (1951): Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, in: Festschrift Fritz Schulz, 1. Band, Weimar, 148–190.
- MARIE THERES FÖGEN (1999): Ritual und Rechtsfindung, in: *Rituale heute. Theorien – Kontroversen – Entwürfe*, hg. von CORINA CA-DUFF und JOANNA PFAFF-CZARNECKA, Berlin, 149–163.
- MARIE THERES FÖGEN (2002): Römische Rechtsgeschichten. Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems, Göttingen.
- MARIE THERES FÖGEN (2004): Schrittmacher des Rechts. Anmerkungen zum Justiz- und Rechtsverweigerungsverbot, in: *Privatrecht und Methode*. Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel, Genf, München, 3–20.
- FILIPPO GALLO (1992): *Synallagma e conventio nel contratto*. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne, Torino.
- OONA A. HATHAWAY (2001): The Path Dependence of the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System, in: *Iowa Law Review* 86, 601–661.
- HERBERT HAUSMANINGER, WALTER SELB (2001): *Römisches Privatrecht*, 9. Auflage, Wien, Köln, Weimar.
- HEINRICH HONSELL (2004): Analogie und Restriktion im römischen Recht – Vom Wortlaut zum Sinn, in: *Privatrecht und Methode*. Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel, Genf, München, 193–209.
- LUDWIG HUBER (Hg.) (2000): *Wie das Neue in die Welt kommt*. Phasenübergänge in Natur und Kultur, Wien.
- RUDOLPH VON JHERING (1883): *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 2. Teil, 4. Auflage, Leipzig.
- PAUL JÖRS, WOLFGANG KUNKEL, LEOPOLD WENGER, HEINRICH HONSELL, THEO MAYER-MALY, WALTER SELB (1987): *Römisches Recht*, 4. Auflage, Heidelberg u. a. O.
- MAX KASER (1984): *Ius honorarium und ius civile*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, rom. Abt.* 100, 1–114.
- MAX KASER, KARL HACKL (1996): *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, München.
- WOLFGANG KROHN, GÜNTER KÜPPERS (Hg.) (1992): *Emergenz. Die Entstehung von Ordnung, Organisation und Bedeutung*, Frankfurt am Main.
- BARBARA KUCHLER (2003): Das Problem des Übergangs in Luhmanns Evolutionstheorie, in: *Soziale Systeme* 9, 27–53.
- GÜNTER KÜPPERS, WOLFGANG KROHN (1992): Zur Emergenz systemspezifischer Leistungen, in: KROHN (1992), 161–188.
- KENT LERCH (2004): Vom Kerbholz zur Konzernbilanz?, in: *Rg* 5, 107–127.
- NIKLAS LUHMANN (1993): *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main.
- NIKLAS LUHMANN (1997): *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main.
- ANDRÉ MAGDELAIN (1958): *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris.
- REMO MARTINI (1991): Il mito del consenso nella dottrina del contratto, in: *Iura* 42, 97–109.
- ELIZABETH A. MEYER (2004): *Legitimacy and Law in the Roman World*. *Tabulae in Roman Belief and Practice*, Cambridge.
- RUDOLF MEYER-PRITZL (1998): *Pactum, conventio, contractus*. Zum Vertrags- und Konsensverständnis im klassischen römischen Recht, in: *Pacte, convention, contrat. Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Basel, Frankfurt am Main, 99–120.
- THOMAS P. MÜLLER (1997): *Verwaltungsverträge im Spannungsfeld von Recht, Politik und Wirtschaft*, Basel, Frankfurt am Main.
- FRITZ PRINGSHEIM (1954): *L'origine des contrats consensuels*, in: DERS., *Gesammelte Abhandlungen*, 2. Band, Heidelberg 1961, 179–193.
- FRITZ PRINGSHEIM (1955): Gegen die Annahme von »Vorstufen« des konsensualen Kaufes im hellenistischen Recht, in: DERS., *Gesammelte Abhandlungen*, 2. Band, Heidelberg 1961, 373–381.
- MANLIO SARGENTI (1988): *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano II*, in: *Iura* 39, 24–74.
- FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY (1840): *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 3, Berlin (Ndr. Aalen 1981).

- R. KEITH SAWYER (2002): Emergence in Sociology: Contemporary Philosophy of Mind and Some Implications for Sociological Theory, in: *American Journal of Sociology* 107, 551–585.
- ACHIM STEPHAN (1999): *Emergenz. Von der Unvorhersagbarkeit zur Selbstorganisation*, Dresden, München.
- GUNTHER TEUBNER (1992): Die vielköpfige Hydra: Netzwerke als kollektive Akteure höherer Ordnung, in: KROHN (1992) 189–216.
- GUNTHER TEUBNER (2004): *Coincidentia oppositorum: Das Recht der Netzwerke jenseits von Vertrag und Organisation*, in: *Die vernetzte Wirtschaft. Netzwerke als Rechtsproblem. Symposien zum schweizerischen Recht*, hg. von MARC AMSTUTZ, Zürich, Basel, Genf, 9–42.
- GERHARD THÜR (2003): *Recht im antiken Griechenland*, in: *Rechtskulturen der Antike*, hg. von ULRICH MANTHE, München, 191 ff.
- THOMAS WÄGENBAUR (Hg.) (2000): *Blinde Emergenz? Interdisziplinäre Beiträge zu Fragen kultureller Evolution*, Heidelberg.
- THOMAS WÄGENBAUR (2003): *Emergenz. Der Sprung von der Evolution- in die Kommunikations- theorie und Ästhetik*, <http://paraplue.de/archiv/sprung/emergenz.html> (eingesehen Dez. 2004); vgl. auch DERS., *Emergenz der Kommunikation*, in: *Blinde Emergenz* (2000) 123–141.
- ALAN WATSON (1964): *The Origins of Consensual Sale: A Hypothesis*, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 32, 245–254.
- FRANZ WIEACKER (1963): *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, rom. Abt.* 80, 1–41.
- FRANZ WIEACKER (1988): *Römische Rechtsgeschichte. Erster Abschnitt*, München.
- BERNHARD WINDSCHEID (1856): *Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf (Ndr. Aalen 1969).
- HANS JULIUS WOLFF (1957): *Die Grundlagen des griechischen Vertragsrechts*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, rom. Abt.* 74, 26–72.
- SVEN ERIK WUNNER (1964): *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln, Graz.
- REUVEN YARON (2004): *Remarks on Consensual Sale (with special attention to *periculum emptoris*)*, in: *Law for All Times. Essays in Memory of David Daube*, ed. ERNEST METZGER = *Roman Legal Tradition* 2, 59–76.
- REINHARD ZIMMERMANN (1990): *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Johannesburg.