



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Historische Grundlagen des schweizerischen Privatrechts

Vertragsbegriff und Vertragstypenlehre I

Prof. Dr. iur. Ulrike Babusiaux

7. März 2024



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Thema 1 Vertragsbegriff und Vertragstypenlehre



Heute: Vertragsfreiheit und Privatautonomie

1. Abschlussfreiheit
2. Freiheit der Partnerwahl
3. Aufhebungsfreiheit
4. Inhaltsfreiheit
5. Typenfreiheit

Im Gesetz: Art. 1 Abs. 1 OR

Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäußerung der Parteien erforderlich.

Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein.



Überblick

- (1) Vertragslehre der römischen Juristen und bei Justinian → Text 1**
- (2) Verarbeitung der Vertragslehre in der Glosse (Vestiturtheorie) → Text 2**
- (3) Kanonistische Theorie des Versprechens → Texte 3 und 4
- (4) Usus modernus pandectarum → Text 5
- (5) Deutsches und französisches Recht im 19. Jahrhundert → Texte 6 und 7
- (6) Schweizerisches Recht → Text 8



Historisch: Vertragsfreiheit als Abschluss einer Entwicklung, die beim Typenzwang begann...

- **Typenzwang** = verpflichtend ist nur der Abschluss bestimmter Vertragstypen; ein genereller Konsens aber nicht
- Typenbindung durch Form (z.B. Darlehensvertrag: Realvertrag; Stipulation: Verbalvertrag etc.) oder durch essentialia negotii (Konsensualkontrakte mit definiertem Inhalt, z.B. beim Kaufvertrag: Kaufsache und Kaufpreis etc.)
- Abschluss einer nicht typisierten formlosen Vereinbarung gilt nur als «*pactum*» (= keine Klage entsteht)



(1) Vertragslehre Justinians (= römisches Recht)/1

1. Typengebundene Verträge

- Realverträge: Darlehen, Leihe, Hinterlegung, Pfandvertrag
- Verbalverträge: Stipulation, bes. Bürgschaft
- Litteralvertrag (Hausbuch des Hausvaters; Form: Eintragung)
- Konsensualverträge: Kauf, *locatio conductio*, Auftrag, Gesellschaft

2. Anerkannte (= ausnahmsweise klagbare) *pacta*

- *pacta legitima* (aus Gesetz): Versprechen einer Mitgift; Schenkung
- *pacta praetoria* (durch Edikt): *Constitutum debiti*, Recepta-Haftung (Fälle der Haftungsübernahme durch Leistungsversprechen)
- [*pacta adiecta*: Nebenabreden zum Hauptvertrag aus *bona fides*, s.u.]



(1) Vertragslehre Justinians (= römisches Recht)/2

3. Innominatkontrakte (nur klagbar nach Vorleistung)

- *do ut des* = ich gebe, damit du gibst
- *do ut facias* = ich gebe, damit du tust
- *facio ut des* = ich mache, damit du gibst
- *facio ut facias* = ich mache, damit du machst

4. *pollicitatio* = einseitiges formloses Versprechen einer Werkleistung, das ein Bürger anlässlich seiner Kandidatur für ein Amt oder eine Priesterschaft erteilt (im Kaiserrecht anerkannt)

→ Alle Vereinbarungen, die nicht in diese Kategorie fallen, können keine Klage hervorbringen.



(1) Vertragslehre Justinians (= römisches Recht)/3

Vereinbarungen, die nicht in die anerkannten Typologie fallen, sind sog.:

pacta nuda (Sg.: *pactum nudum*), welche nur als Einrede (*exceptio*) wirken können, z.B. «Stundungspactum» oder «Aufhebungspactum»

- Der Schuldner kann gegen die Klage (z.B. *condictio*/Kondiktion) die Einrede erheben und wird dann – wenn die *exceptio* in die Klage eingebaut wird – nicht verurteilt, wenn er das *pactum* beweisen kann.

Grundsatz: Aus einem nackten *pactum* entsteht keine Klage, sondern nur eine Einrede.



(1) Vertragslehre Justinians (= römisches Recht)/4

Ausnahmsweise können auch *pacta* eine Klage «ausgestalten», nämlich, wenn;

1. es sich um *pacta adiecta* (Nebenabreden zu einem Vertrag) handelt.
2. der Vertrag, auf den sich das *pactum* bezieht, ein *bonae fidei iudicium* (=Vertrag nach Treu und Glauben, z.B. Kaufvertrag, *locatio conductio*, Auftrag, Gesellschaft) ist.
3. das *pactum* bei Vertragsschluss abgeschlossen wird (= zusammen mit dem Konsens über die *essentiali negotii*).

➔ Im Rahmen der Prüfung, was die Parteien gegenseitig aus Treu und Glauben (*ex fide bona*) schulden, berücksichtigt der Richter auch die Nebenabreden und setzt sie im Urteil (als Einrede und als Forderung) durch.



Text 1: D. 2.14.7pr.-2 Ulp. 4 ad ed

- Auszug aus Ulpian's Kommentar zum prätorischen Edikt
- Im Ediktstext verspricht der Prätor, dass er alle Vereinbarungen (*pacta*) schützen werde (*pacta ... servabo*); dies wird von den Juristen als «Schutz» des Schuldners interpretiert (= Zulassung einer *exceptio*, s.o.) und als Aussage zu den Nebenabreden (= Klagbarkeit der *pacta adiecta*, s.o.)
- Ulpian's Kommentar des Edikts wird grundsätzlicher
 - § 1 Konsens als gemeinsame Grundlage von *pactum* und Vertrag nach *ius gentium* (= auf Treu und Glauben gestellter Vertrag)
 - § 2 auch der Innominatkontrakt (= Verpflichtungswirkung durch Vorleistung) wird als *obligatio* (Schuldverhältnis) angesehen, aus dem geklagt werden kann

Frage: Wie verhält sich Ulpian's Kommentierung zu Justinian's Vertragslehre?

Buzz Groups (Murmelgruppen):

Diskussion der Frage anhand von Text 1 und dem bisherigen Input in 3er Gruppe (3 Minuten), dann Einigung auf Antwort (1 Minute) und Vorbereitung der Antwort (1 Minute)



(2) Die Vertragstheorie der Glossatoren /1

- Glossa ordinaria (des Accursius von 1230 n. Chr.)
 - Zusammenführung der bisherigen Arbeiten an den (im 11. Jh.) wiederentdeckten justinianischen Digesten
 - Kommentierung einzelner Wörter/Begrifflichkeiten «am Rand» des Digestentextes
 - Diskussion der Kommentierung durch nachfolgende Glossatoren und Kommentatoren
- Zitiert nach Anfangswort, hier: «*Quin immo*» = «Manchmal»



(2) Die Vertragstheorie der Glossatoren/2

Ausgangspunkt ist der Ulpianentext D. 2.14.7.5.1 (Text 2), der in der heutigen (kritischen) Edition lautet:

- «Manchmal (*Quin immo*) gestaltet die formlose Vereinbarung (*pactum*) jedoch den Klageinhalt unmittelbar wie bei den Klagen nach Treu und Glauben. Wir pflegen nämlich zu sagen, dass formlose Vereinbarungen in den Klagen nach Treu und Glauben enthalten sind. Aber dass ist so zu verstehen, dass Vereinbarungen nur dann, wenn sie mit dem Vertrag in unmittelbarem Zusammenhang (*in continenti*) getroffen werden, auch auf Seiten des Klägers Inhalt der Klage werden; wenn sie dagegen erst nach einer Zwischenzeit (*ex intervallo*) [getroffen werden], werden sie nicht mehr Inhalt der Klage und, wenn er klagt, erlangen sie keine Geltung, damit aus einer formlosen Vereinbarung keine Klage entsteht.»
- Ulpian erklärt die Theorie der *pacta adiecta* (s.o.)
- Ulpian grenzt diese Lehre von der Vorgabe ab, dass aus einem nackten *pactum* keine Klage entstehen kann (s.o.)



(2) Die Vertragstheorie der Glossatoren/3

Inhalt der Glosse zum Ulpiantext «*Quinimmo*»:

1. Hervorhebung, dass Ulpian im Text eine Ausnahme von der Nichtklagbarkeit der *pacta* behandelt.
2. Betonung des Regelfalls der Wirkung des *pactum* als *exceptio*.
3. Wirkung des *pactum in continenti*: Es gestaltet die Klage; «der *actio* wird ihr Inhalt durch das *pactum* gegeben, wie einem Kleidungsstück sein Inhalt durch das menschliche Wesen gegeben wird.» (Kleidung = *vestis*)
4. Betonung der Klagegestaltung aus Treu und Glauben und Vergleich zur *actio praescriptis verbis* (vgl. Text 1) aus dem Innominatkontrakt, die als Klage ohne Treu und Glauben gilt.



(2) Die Vertragstheorie der Glossatoren/4

5. Ausnahmecharakter der *pacta adiecta* zeigt sich auch darin, dass ein *pactum nudum*, welches nicht mit dem Vertragsschluss abgeschlossen wird, sondern nachträglich (*ex intervallo*) nicht zur Ausgestaltung der Klage dient. Auch hier Kleidvergleich: «Aber du solltest sagen, dass diese Vereinbarung ihrem Wesen nach nackt ist, aber wenn sie vorkommt, es Bekleidung gibt, sie zu kleiden, welche sie dann annimmt.»
6. [F: Bekleidungsmöglichkeiten des *pactum* («Vestiturtheorie») s.u.]
7. Andere Arten der «Bekleidung»: Gesetz (s.o. *pacta legitima*) und Edikt (s.o. *pacta praetoria*)
8. Warum ist ein *pactum* kein Konsens im Sinne der Konsensualverträge? «Konsens ist ein elegantes und dünnes Kleid, das nur in bestimmten benannten Verträgen gegeben ist (...).» (= nur wenn die typisierten *essentialia negotii* vorliegen, liegt ein Konsensualkontrakt vor)



(2) Die Vertragstheorie der Glossatoren/5

- Zur Vestimenta-Lehre der Glossatoren (vgl. H von Text 2): *vestimenta pactorum* = «Kleider der formlosen Vereinbarung»
 - Systematisierung der aus dem justinianischen Recht bekannten anerkannten Vertragstypen: Realkontrakt, Verbalkontrakt, Litteralkontrakt, Konsensualkontrakt
 - Einbeziehung der *pacta adiecta* = «Verbindung mit dem Vertrag» (5)
 - Einbeziehung der Innominatkontrakte = Verpflichtung aus Vorleistung (6)
- Baldus (de Ubaldis) in *Super Decretalibus*, Lyon 1564, führt die Idee an, dass nackte *pacta* genauso dysfunktional sind wie nackte Menschen: der nackte Mensch wird vor Kälte steif und verliert an Kraft; er braucht Kleider, um wieder warm zu werden; das nackte *pactum* braucht ein Kleid, um in Kraft gesetzt zu werden.



(2) Die Vertragstheorie der Glossatoren/6

- *Vestimenta*-Lehre erlaubt Ausbau der Ausnahmen zur Regel, dass aus einem nackten *pactum* keine Klage entsteht, vgl. G: Hinzunahme des Eides (hier noch als Sonderfall, später als weiteres *vestimentum*)
- spätere Kommentatoren (Jason de Maino, 1435-1519 und Andrea Alciatus 1492-1550) kennen schon 16 Ausnahmen zum Prinzip; dennoch hält man am Prinzip fest, um leichtfertige Vertragsverpflichtungen (*levitas*) und Fülle an Klagen (Überlastung der Gerichte) zu vermeiden!
- 16. Jh.: Kritik am römischen Modell überwiegt
 - Prinzip ist zur Ausnahme geworden
 - Argument der Leichtfertigkeit überzeugt nicht, weil ja auch *exceptiones* gewährt werden; andere Möglichkeiten, Prozessflut zu verhindern
 - im kanonischen Recht (das vielen Gelehrten des *ius civile* natürlich ebenfalls bekannt ist) gilt die Verbindlichkeit des Versprechens