

ACTA

DIE BEDEUTUNG DER LAUDATIONES EDICTI
AM BEISPIEL DES KOMMENTARS ULPIANUS ZUR RUBRIK
DES PRÄTORISCHE EDIKTS „DE PACTIS”

EL-BEHEIRI NADJA
universitäts dozentin (PPKE JÁK)

I. Einleitung

In den Kommentaren der Juristen zu den Edikten der Prätores findet sich häufig der Hinweis auf die Gerechtigkeit, den Nutzen und die Grundlegung in der *aequitas* des jeweiligen Edikts.¹ Diese einleitenden Worte haben in der Fachliteratur die Bezeichnung *Laudationes Edicti* erhalten. Besonders häufig finden sich solche Kommentare bei Ulpian. Honoré stellt fest, dass Ulpian in seinem Ediktskommentar große Anstrengungen unternommen hat, um darzulegen, dass das dort enthaltene Recht „*reasonable, useful, sensible and appropriate to all*” ist.² Die in der Fußnote angeführten Digstenstellen zeigen, daß Honoré dabei zumindest auch an die Ediktslaudationen denkt.

Der juristischen Bedeutung der *Laudationes Edicti* hat Gerhard Ries in seiner Untersuchung „Prolog und Epilog in Gesetzen des Altertums” einen Abschnitt gewidmet. Unter Berufung vor allem auf Max Kaser und Theo Mayer-Maly spricht er sich zwar für die Echtheit der *Laudationes* aus,³ was ihre inhaltliche Bedeutung betrifft, so ist Ries in Anschluss an Dieter Nörr der Ansicht, dass es sich bei der Fundamentierung einer konkreten Regelung in nichtpositiven Elementen um eine Bemühung seitens der Juristen handelte, die darauf gerichtet war „durch die Bezugnahme auf philosophische, meist stoische Phraseologie, dem römischen Recht

¹ Eine Aufzählung findet sich z.B. bei Ries, *Prolog und Epilog in Gesetzen des Altertums*, Münchner Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte, 76. Heft, C.H. Beck München, 1983, S. 155 ergänzt etwa noch durch D.3.1.1pr., D. 37.9.1.1, D. 37.11.12., D. 44.4.1.1. und D. 48.20.7 pr. Zur Verwendung von *aequissimus*, *aequissimum erit* und *aequissimum est* bei Ulpian vgl. Honoré, Calderon Press, Oxford, 1982, Ulpian, S. 78 f.

² Tony Honoré, Ulpian, S. 28 FN 208.

³ Gerhard Ries, *Prolog und Epilog*, S. 156 und Anm. 121 mit weiteren Nachweisen.

eine Basis in der Gerechtigkeitsidee zu geben und es aus seiner blossen Positivität zu lösen”.⁴ Nörr seinerseits bringt die Grundlegung des Rechts in der Gerechtigkeit mit dem Versuch in Verbindung, jenen Vorwurf zu entkräften, der die Gesetze der Unfähigkeit bezichtigte, ethisches Verhalten durchzusetzen. Aus den Ausführungen Nörrs zum Bedürfnis der Verwirklichung der Ethik durch das Recht geht hervor, dass für ihn Ethik und Recht zwei von einander getrennte Kategorien darstellen, deren Verbindung vor allem von Seite der Philosophen und Pädagogen gefordert wurde, während die Rechtswissenschaft sich für eine „ethische Neutralität der Gesetze” auszusprechen schien.⁵

Eine andere Ansicht vertritt Wolfgang Waldstein, der an zahlreichen Stellen unter Berufung auf Cicero die Bedeutung der Gerechtigkeit als Maßstab für das positive Recht, das *ius civile* betont.⁶ Für Aldo Schiavone ist Ulpian der erste Jurist, der nachdrücklich für ein auf Grundlage der Philosophie formuliertes Recht eintritt. Während das *bonum et aequum* – bei dem von Ulpian in der Gerechtigkeitsdefinition zitierten Celsus – als Mittel zur Abkehr von einer durch leere Begriffe, Regeln und starre Konstruktionen bestimmten Rechtswissenschaft diente, die – frei von dogmatischen Vorurteilen – der Durchsetzung der jeweiligen Parteiinteressen dienen sollte,⁷ hat, so Schiavone, Ulpian als erster Jurist die Rechtswissenschaft im Bereich der (wahren) Philosophie angesiedelt.⁸

⁴ Dieter Nörr, Rechtskritik in der römischen Antike, München, 1974, S. 137 und Ries, Prolog und Epilog, S. 155, wo er schreibt: Es ging Ulpian offenbar darum, das geltende Recht gegen den Vorwurf der Wertlosigkeit bei der Regelung des mitmenschlichen Zusammenlebens in Schutz zu nehmen, ein Vorwurf, der zu jener Zeit besonders von stoischer, kynischer und später auch von christlicher Seite vorgebracht wurde”.

⁵ Vgl. Nörr, Rechtskritik, S. 40–42.

⁶ So gerade auch in Hinblick auf die Bewertung der Ediktlaudationen in „Aequitas” e „summum ius”, in Wolfgang Waldstein, Saggi sul Diritto non scritto, CEDAM, 2002, S. 151s. Bei den dort zitierten Cicerostellen handelt es sich um Cic. rep. 5,5, Cic. leg. 1,18 s. und Cic. leg. 1,42.

⁷ Aldo Schiavone, Ius, L’invenzione del diritto in Occidente, Einaudi, 2005, S. 382. Da in der vorliegenden Arbeit der Ulpianustext als Ausgangspunkt dienen soll, würde eine eingehende Erörterung des Begriffes von *bonum et aequum* bei Celsus Filius den hier gesetzten Rahmen sprengen. In diesem Zusammenhang besteht wohl ein Unterschied zwischen den Auffassungen von Waldstein und Schiavone, wie dies etwa anhand der Beurteilung des Celsustextes D. 12.4.3.7 zum Ausdruck kommt. In dem Text zitiert Ulpianus – wie auch in Zusammenhang mit der Gerechtigkeitsdefinition Celsus und führt eine von diesem – in Abkehr zum älteren Celsus – gefällte Entscheidung auf die *naturalis aequitas* zurück. Während Waldstein die von Ulpian angeführten Gerechtigkeitsüberlegungen bereits als Motivation bei Celsus gelten lässt – er sieht die Entscheidung vor dem Hintergrund der Entwicklung eines humanen Ethos, die zur Zeit des Celsus unter dem Einfluss Senecas eingesetzt hat, ist für Schiavone die Bezugnahme auf die *naturalis aequitas* ausschliesslich Ergebnis der Interpretation des severianischen Juristen. Die Wende, die der jüngere Celsus in Vergleich zur Auffassung des älteren Celsus durch das Wiederaufgreifen des von Cicero stammenden Gedanken des *bonum et aequum* vollzogen hat, wird von Schiavone als Antwort auf die Kontingenz und die Relativität der gesellschaftlichen Entwicklungen und der Geschichte gesehen. Vgl. zur Auffassung Waldsteins, Wolfgang Waldstein, Aequitas und summum ius in Tradition und Fortentwicklung im Recht, FS zum 90. Geburtstag von Ulrich von Lübtow, S. 30 und Operae libertorum, Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven (Forschungen zur antiken Sklaverei 19), Stuttgart, 1986, S. 362 f. und zur Auffassung von Schiavone, Ius, S. 384.

⁸ Schiavone, Ius S. 370.

Mit diesem Gegensatz in den Lehrmeinungen ist daher das viel diskutierte Problem des Verhältnisses zwischen Philosophie und Recht angesprochen. Was das römische Recht betrifft, so wird ein konkreter Einfluss bestimmter Autoren, wie etwa Aristoteles oder Cicero auf Ulpian wohl schwerlich nachzuweisen sein,⁹ auf der anderen Seite ist allgemein anerkannt, dass Ulpian mit den philosophischen Strömungen seiner Zeit vertraut war und dass diese einen Einfluss auf seine Arbeit hatten. Es stellt sich vielmehr die Frage, wie der Einfluss der Philosophie auf das Recht zu bewerten ist, insbesondere ob der Rückgriff auf philosophische Kategorien durch die Juristen nur zu den politischen Kunstgriffen im weiteren Sinne gehört oder ob diesen auch ein konkret bestimmbarer materieller Inhalt zugemessen wurde.

Als Grundlage für diese Untersuchung wollen wir den Kommentar Ulpians zur Rubrik des Edikts „De pactis“ heranziehen. Diese Laudatio stellt ein Musterbeispiel für die lobende Einführung eines prätorischen Edikts durch Ulpian dar, andererseits bietet sie durch die Bezugnahme auf die „*aequitas naturalis*“ einen ausdrücklichen Bezug zum Naturrechtsgedanken. Die Laudatio findet sich in D. 2.14.1. pr. und hat folgenden Wortlaut:

„Huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare.“

Es ist wohl allgemein anerkannt, dass die Forderung, wonach einmal getroffene Abmachungen zu halten sind, zu den grundlegendsten Verhaltensregeln des menschlichen Zusammenlebens gehört, trotzdem hielt Ulpian es für angebracht, ausdrücklich auf die Grundlegung des diesbezüglichen Edikts in der *aequitas naturalis* hinzuweisen. Dies ist auch deshalb bemerkenswert, da der Jurist selbst an einer anderen Stelle feststellt, dass ein Edikt für sich selbst spricht und „*non eget commendationem*“ keiner weiteren Empfehlung bedarf¹⁰ und somit einen Unterschied zwischen solchen Regelungen, die einer weiteren Erklärung bedürfen zu machen scheint und anderen bei denen dies nicht der Fall ist. Andererseits fällt gerade im Zusammenhang mit den Ausführungen Ulpians zu den formlosen Vereinbarungen auf, dass der Jurist zwar in der Laudatio festhält, dass das Edikt über die Pacta seine Grundlage in der *naturalis aequitas* habe und es nichts gibt, was der *fides humana* so sehr entsprechen würde wie das Einhalten der pacta, im Anschluss an den ersten Teil seines Kommentars der Rubrik, noch bevor er den Text des Edikts selbst wiedergibt, dennoch zu dem Ergebnis kommt, dass in jenen Fällen, in denen keine *causa* vorliegt auch keine Verbindlichkeit zustande kommt, wobei er den Satz „*ex nudo pacto actio non nascitur*“ ausdrücklich als Regula bezeichnet.¹¹ Auf der anderen Seite wissen wir,

⁹ So auch Waldstein, Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian in „Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts, FS für Theo Mayer-Maly, Hrsg. M. Beck-Mannagetta, H. Böhm, G. Graf, Rechtsethik Bd. 3, Springer Wien/New York 1996, S. 60.

¹⁰ So im Zusammenhang mit der „In integrum restitutio“ in D. 4.1.1.

¹¹ Dazu und zur Verankerung der Regula im nachklassischen Recht, Bruno Schmidlin, Die Römischen Rechtsregeln, Versuch einer Typologie, Köln, Wien; Böhlau, 1970, S. 98. Einen Versuch den zwischen Widerspruch

dass im Mittelalter zumindest für den Bereich des kanonischen Rechts der Grundsatz „*ex nudo pacto actio oritur de iure Canonico*“ formuliert wurde.¹² Das Spannungsverhältnis, das sich hier ergibt, scheint somit auf den ersten Blick jenen Recht zu geben, die sich gegen einen materiellen Inhalt dieser und ähnlicher Laudationes aussprechen.

II. Der Kommentar Ulpianus zur Rubrik des Edikt „De pactis“.

Zwischen der Laudatio und dem Text des Edikts, in dem der Prätor verspricht „*pacta conventa [...] servabo*“ findet sich eine Kommentierung der Rubrik des Edikts, in dessen Mittelpunkt die *conventio* – die Willensübereinstimmung der Parteien – steht. Der Wechsel vom Begriff der *pacta* zu jenem der *conventio* und umgekehrt charakterisiert die gesamten Ausführungen des severianischen Juristen. Auch wenn es sich in der Überschrift zum Edikt zunächst um eine asyndetische Formulierung gehandelt haben mag, so hat die Entwicklung der Begriffe *pacta* und *conventa* bereits bei Ulpianus einen unterschiedlichen Verlauf genommen.¹³

Es sticht sofort ins Auge, dass Ulpian bei seiner Begriffsdefinition, ähnlich wie er es auch in Zusammenhang mit der Gerechtigkeitsdefinition tut, eine Umkehrung der Ethymologie vorgenommen hat. Ulpian leitet *pactum* von *pactio* ab und fügt noch hinzu „*inde etiam „pactis nomen appellatum*“. In § 2 stellt er die Verbindung von *pactio* zu *consensus* her – *et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*. Sowohl der Begriff *pactio* wie auch jener der *conventio* legen das Schwergewicht auf das (rechtsgeschäftliche) Handeln als solches, einmal auf jenes,

Sdieser Regula und der Formulierung „*ex pacta ius*“, die sich vor allem bei Cicero sehr häufig findet, hat bereits im Jahre Magdelain unternommen, S. 59 ff. So wurde z.B. darauf hingewiesen, dass Cicero die *pacta* unter die *partes iuris* zählt, diese Tatsache hat Magdelain dazu geführt im Edikt „*De pactis*“ ein grundlegendes Edictum generelle für alle *bonae fidei iudicia* zu sehen. Das ursprünglich freie auf der *bona fides* beruhende Paktieren zur Zeit des Prinzipats soll durch den erst später aufkommenden Typenzwang eingeschränkt worden sein (André Magdelain, *Le consensualisme dans L’edict du préteur, Publications de l’institut de droit romain de l’université de Paris*, Sirey 1958, S. 59–93). Vgl. auch Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln*, 1970, S. 103 und Anm. 72 mit weiteren Hinweisen zur Kritik an der These Magdelains. Zur Regel „*ex pacta ius*“ bei nichtjuristischen Schriftstellern vgl. auch Zoltán Végh, *Ex pacto ius*“, SZ 110 (1993), 184–295.

¹² Zur Bewertung der *pacta nuda* im kanonischen Recht vgl. ausführlich die Monographie von Francios Spies, *De l’observation des simples conventions en droit canonique*, Librairie du Recueil Sirey, 1928. Zur Formulierung des Grundsatzes „*ex nudo pacto actio oritur*“ in den Dekretalien Gregor IX., Spies, *De l’observation*, S. 26.

¹³ So auch Schiavone, *Ius* S. 348. Lenel entscheidet sich für die Formulierung „*De pactis et conventionibus*“ vgl. Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927, S. 65 und Anm. 6. Es wurde jedoch auch die Meinung vertreten, dass der Wortlaut der Rubrik „*De pactis et conventis*“ oder „*De pactis conventis*“ gelautet haben könnte (vgl. Lenel *aoO.* S. 65). Zum Meinungsstand vgl. auch Alvaro D’Ors, *Conventiones y Contractus in Anuario de historia del derecho español*, 1976/46, S. 131. In Hinblick auf die im Edikttext selbst gebrauchte Wendung, vgl. Magdelain, *Le consensualisme*, S. 10 und R.E. Paulys *Real-Encyclopädie der Classischen Altertumswissenschaften*, Hrsg. von Wilhelm Kroll, Stuttgart, 1939, Bd. 18 „*Pactum*“, S. 2131. Die Frage hängt auch damit zusammen, ob das Edikt zu den *Pacta* im hadrianischen Edikt vor oder nach den Bestimmungen zur Ladung gestanden hat.

das nach einem Streit als Ergebnis den Frieden *pax* hat¹⁴ dann auch auf jenes allgemeinere, das zum *consensus* als Formulierung eines gemeinsamen Willens führt. Das juristische Gebilde, das dabei entsteht, wird von Ulpian als *pactum* bezeichnet, ein Begriff, der im archaischen römischen Recht zunächst wohl nur in einem sehr eng umschriebenen Zusammenhang gebraucht worden war und dessen Verwendung im Laufe der Zeit immer weiter ausgedehnt wurde. Der Text weist somit in verschiedener Hinsicht eine Doppelgleisigkeit auf, diese kommt einerseits in der Verwendung des Begriffspaars *pacta conventa*, andererseits aber auch in der unterschiedlichen Perspektive, die dadurch zum Ausdruck kommt, dass einmal die Rechtshandlung, sodann das Ergebnis dieser Handlung im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit steht. Dieser Wechsel des Blickwinkels ist auch in Hinblick auf die Verankerung des Edikts in der *naturalis aequitas* von Bedeutung. Vom Standpunkt des handelnden Subjekts aus gesehen, liegt der Einwand auf der Hand, dass das Schliessen von Abkommen gerade nicht zu der allen Lebewesen gemeinsamen Natur gehört, wie sie die Definition des Ulpian in D. 1.1.1.3 anzudeuten scheint, auf der anderen Seite stellt sich in Zusammenhang mit einer Untersuchung rechtlicher Gebilde, die als solche keine physische Natur haben, die Frage, inwiefern diese naturrechtlichen Überlegungen zugänglich sind.¹⁵

Im Anschluss an die einführenden Überlegungen steht sodann die *conventio* – als *nomen generale* – im Mittelpunkt der Betrachtungen.¹⁶ Der allgemeine Begriff wird von Ulpian dann in verschiedene Kategorien unterteilt. So unterscheidet er zwischen *conventiones*, die mit einem eigenen Namen versehen wurden und solchen, bei denen

¹⁴ Die Friedensfunktion, die der *pactio* ursprünglich zugrunde gelegen haben wird, tritt deutlich in der Formulierung des Zwölfartafelgesetzes (tab. 8.2) – *si membrum rupsit ni cum eo pacit, talio esto* – zu Tage. Die *pacisci* im Sinne des Zwölfartafelgesetzes beinhaltet eine auch für das Recht massgebliche formlose Abmachung zur Vermeidung der Privatrache (vgl. Schiavone, *Ius*, S. 278). Einer der Gründe für das Spannungsfeld, das in Zusammenhang mit dem Rechtsschutz der *pacta nuda* entstanden ist, liegt wohl auch in dem Bedeutungswandel, den der Begriff der *pacta* durchlaufen ist. Das *pactum*, dem ursprünglich die rein negative Funktion der Streitbeilegung zukam, wurde als Ausgangspunkt für die Formulierung einer Vertragstheorie herangezogen. Zur Wandlung der ursprünglichen Natur des Begriffes vgl. Alvaro D’Ors, *Derecho Romano Privado* 10 ed., Pamplona, 2004, § 98 und Rafael Domingo *Principios de Derecho Global*, Aranzadi, 2003, Regula Nr. 211 (*Ex pacto actio nulla nascitur*).

¹⁵ Zu den erkenntnistheoretischen Problemen im Zusammenhang mit der Natur juristischer Gebilde vgl. mit zahlreichen weiteren Nachweisen Wolfgang Waldstein, *Entscheidungsgrundlagen der römischen Juristen in Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, hrsg von H. Temporini und W. Haase (ANRW) II 15, Walter de Gruyter, 1976, S. 51–55.

¹⁶ D. 2.14.1.3: „[...] *nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt.*“ Ulpian verwendet eine rhetorische similitudo und gibt sich offensichtlich besondere Mühe das Wesen der *conventio* klar hervortreten zu lassen. Der Satzteil „*id est in unam sententiam decurrunt*“ in D. 2.14.1.3 ist für interpoliert gehalten worden, wobei die Interpolationsannahme damit beründet wurde, dass die Erklärung von „*consentire*“ unnötig sein, da das Wort unmittelbar vorher bereits verwendet worden war, ohne dass dort eine nähere Ausführung notwendig gewesen sei. (F. Eisele, *Beiträge zu Erkenntnis der Digesteninterpolationen* in SZ 13/1892). Die Wiederholung in dem Satz könnte jedoch auch als Beleg für das Bestreben Ulpians eine klare Darlegung zu erreichen gesehen werden. Was dieses Anliegen des Juristen betrifft vgl. auch Honoré, Ulpian, S. 50.

dies nicht der Fall war, sodann in öffentlichrechtliche Vereinbarungen und solche *ex privata causa*, diese wurden dann wiederum in *conventiones legitimae* und *conventiones iuris gentium* unterteilt. Was die *conventiones iuris gentium* betrifft, so führen einige von diesen zu *actiones*, andere können nur im Wege des Rechtsmittels der *exceptio* geltend gemacht werden. Die Klagbarkeit einer *conventio* wurde dabei grundsätzlich an zwei Elemente gebunden, entweder sie trägt einen eigenen Namen im Sinne des Typenzwangs des klassischen römischen Rechts und kann somit mittels einer spezifischen *actio* geltend gemacht werden, ist dies nicht der Fall verlangt Ulpian das Vorliegen einer *causa*, sonst gilt der Satz „*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*”¹⁷ Die Verträge, deren Durchsetzbarkeit im Rahmen des Typenzwangs gewährleistet war, weisen im vorliegenden Zusammenhang keine weiteren dogmatischen Probleme auf. Anderes gilt für die Abmachungen, deren Klagbarkeit durch das Vorliegen einer *causa* bestimmt wurde. Konnte bei einem Vertrag keine rechtliche relevante *causa* ausgemacht werden, so galt der Satz „*ex nudo pacto actio non oritur*”, eine *regula*, die Ulpian in unmittelbarem Anschluss an seine Formulierung gleich dreimal wiederholt.

An dieser Stelle kann festgehalten werden, dass der Text, weit davon entfernt einen allgemeinen Aufruf zur Vertragstreue zu sein, wie dies der programmatische Text der *Laudatio* vermuten liesse, durch die Verwendung eines fachjuristischen Instrumentariums durch den Juristen geprägt ist. Der Begriff der *pacta* wird ausgedehnt, jener der *conventio* unterteilt, die Klagbarkeit der Abmachungen wird im Wege der Bindung an das Erfordernis der *causa* nur in eingeschränktem Masse anerkannt. In welchem Verhältnis der allgemeine Grundsatz und seine praktische juristische Verwirklichung zueinanderstehen, soll im folgenden durch eine Gegenüberstellung mit dem Überlegungen der mittelalterlichen Bearbeiter des Textes untersucht werden.

III. Die Rubrik zum Edikt „De pactis” und die Gerechtigkeitsdefinition

Die Verbindung zwischen der Gerechtigkeitsidee und dem Edikt über die formlosen Vereinbarungen beschränkt sich nicht auf die Erwähnung der *naturalis aequitas* in der *Laudatio*. Die Gedankenstruktur bei der Formulierung der Gerechtigkeitsdefinition und des ersten Fragments in Anschluss an die Einführung des prätorischen Edikts weist eine auffallende Parallele auf.

Ulpian D. 1.1.1. pr.	Ulpian D. 2.14.1.1 - 4
Iuris operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum.	pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.
nam, ut eleganter Celsus definit	§ 3: ut eleganter dicat Pedius
ius est ars boni et aequi.	§ 3: nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habet in se conventionem.

¹⁷ D. 2.14.7.4.

Der erste Satz enthält jeweils eine Definition von *ius* bzw. von *pactum*, wobei es einerseits die bereits erwähnte Umkehrung der Etymologie zu erwähnen gilt, andererseits fällt auf, dass der Jurist jeweils vom *nomen iuris* bzw. *pacis*, nicht von *ius* oder *pax* schlechthin spricht.¹⁸ Der mittlere Satz enthält einmal die Berufung auf Celsus,¹⁹ zum anderen Mal auf Pedius, deren Formulierungen jeweils als elegant²⁰ bezeichnet werden. Der dritte Satz enthält dann ein als Definition formuliertes Ergebnis. Es handelt sich um die berühmte Definition des *ius* als *ars boni et aequi*, es scheint als ob Ulpianus diesen allgemeinen Grundsatz auf den Fall der *pacta* anwendet und feststellt, dass es eben zu den Erfordernissen der Gerechtigkeit gehöre, dass es keinen Vertrag, keine Verbindlichkeit gibt, die nicht eine *conventio* in sich tragen würden. Auf der einen Seite stellt diese Gegenüberstellung wohl auch ein formelles Argument dafür dar, dass für Ulpianus der Begriff der *aequitas naturalis* gleichbedeutend mit jenem der Gerechtigkeit war, denn die *iustitia* erfüllt hier die gleiche Funktion wie die *aequitas* in der Laudatio, sie beinhaltet ein Programm. Die Formulierungen sind in beiden Fällen allgemein und allumfassend gleichzeitig, auf der anderen Seite sind sie jedoch auch offensichtlich konkretisierungsbedürftig. Ulpian wollte ein System von allgemein gültigen und unveränderlichen Werten schaffen,²¹ die parallele Formulierung kann als Hinweis darauf ausgelegt werden, dass die Beschreibung von *ius* als *ars* und das Erfordernis der Vertragstreue zu Eckpfeilern dieses Systems gehörten. Hält man sich die Anforderung vor Augen, die

¹⁸ Rein grammatikalisch gesehen gehört *iustitia* in die Gruppe der Eigenschaftsabstrakta und *pactio* in jene der Verbalabstrakta. Die Gerechtigkeit verwirklicht sich nicht als Ergebnis einer einzelnen Handlung, sondern ist die Folge der *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Im Gegensatz dazu besteht die *pactio* in der einmaligen Handlung des Zusammenführens der verschiedenen Willen, die als Ergebnis zu einer einheitlichen Meinung, dem *consensus*, führt. Die Abstraktion des Verbs und jene des Adjektivs weisen auf den Unterschied zwischen der Gerechtigkeit als Tugend und dem *pactum* als Ergebnis einer einmaligen Handlung hin.

¹⁹ Es wird angenommen, dass Ulpian ein von Sex. Pedius verfasster Ediktskommentar zur Verfügung gestanden haben könnte (vgl. Honoré, Ulpianus S. 219) und dass die *Digesta* des Celsus zu einer der hauptsächlichsten Quellen Ulpian gehört haben (Honoré, Ulpianus S. 206). Die Tatsache, dass Ulpian einen Juristen zitiert, muss nicht unbedingt eine vollkommene Identifizierung mit diesem bedeuten. Zu dieser komplexen Frage vgl. auch oben Anm. 7. Ulpian zitiert Pedius insgesamt 40 mal (Honoré, Ulpianus, S. 219). Hier tut er dies ohne die Verwendung von *inquit, ait, probat, refert* oder anderen Verben, wie er dies an zahlreichen anderen Stellen tut. Honoré hat darauf hingewiesen, dass etwa der Gebrauch von *inquit* darauf hinweist, dass der Autor sein Zitat direkt aus einer Originalquelle übernommen zu haben behauptet (S. 213). Es findet sich ein weiterer Beleg (D.15,1,9.4), in dem Ulpian eine Aussage des Pedius mit dem Adverb „*eleganter*“ versieht. Im vorliegenden Fall ging es Ulpian bei seiner Berufung auf einen anderen Juristen darum, seiner Aussage besonderes Gewicht zu verleihen.

²⁰ Gemäss Honoré stammen 39 der insgesamt 42 Stellen in denen das Adverb vorkommt von Ulpian. Auf die parallele Verwendung des Begriffes weist auch Wolfgang Waldstein hin, *Entscheidungsgrundlagen der römischen Juristen*, in ANRW 15 II, S. 58.

²¹ Vgl. Schiavone, *Ius*, S. 384 und auch Javier Hervada, der die oben angeführten Definitionen von Recht und Gerechtigkeit als Ergebnis der Beobachtung der sozialen Wirklichkeit durch die Römer verstand und anhand dieser Definitionen eine Darlegung des Naturrechts auf Grundlage einer realistischen Philosophie unternimmt, Javier Hervada, *Introducción crítica al Derecho Natural*, EUNSA, Pamplona, 1993, S. 15ff.

Ulpian offensichtlich an die Rechtswissenschaft stellt, eine Verwirklichung der Tugend der Gerechtigkeit zu sein, bedeutet dies aber im vorliegenden Zusammenhang auch, dass Ulpian der Meinung war, durch seine die *pacta*, die *conventio* und die *causa* betreffenden Aussagen, dem von ihm selbst aufgestellten Maßstab entsprochen zu haben.

IV. Die naturrechtliche Einordnung des Edikts „De pactis“ in der Glossa ordinaria

IV. 1. Die Glossa ordinaria des Accursius zu „Huius edicti“ in D. 2.14.1.1 pr. lautet:

Huius edicti. Quod est infra e. l. iurisdictionum, § praetor ait. sic et alias laudat Ulpianus. edictum sequens, ut supra quod quisque iuris in prin. et quod dicit naturalis, dic, id est a naturali ingenio vel industria hominum introducta, quod est iurisdictionum. et sic ponitur ius naturale. Instit. de re. diu. § singulorum. proprie autem non significatur, nisi ea aequitas, quae communis est omnium animantium, ut supra de iustitia et de iure. l. j. § ius naturale (D. 1.1.1.3). Et quia est hic naturalis aequitas, inducit naturalis obligatio per pactum, ut supra de fideius. l. heres a debitore (D. 46.1.21.2). § servo. et l. fideiussor. § fideiussor (D. 46.1.21.2).²²

Im Text der Glosse kommt die zentrale Schwierigkeit in Zusammenhang mit der Zuordnung des Edikts über die *pacta* zum Ausdruck, die darin besteht, dass es einerseits zu den spezifischen menschlichen Tätigkeiten gehört Abkommen zu schließen, das Edikt diese jedoch dem Naturrecht im Sinne eines *instinctus naturae*, wie er in der ulpianischen Definition beinhaltet ist, zuordnet. Anfänglich scheint sich der Autor der Glosse für die Zuordnung des Edikts zum *ius gentium* zu entscheiden, im nächsten Satz konkretisiert er jedoch und schreibt, dass der Hinweis auf die Natur im Zusammenhang mit dem Edikt *proprie* keine andere *aequitas* meint, als jene „*quae communis est omnium animantium*“ und damit verweist er nun doch wiederum auf den von Ulpian formulierten und in D. 1.1.1.3 wiedergegebenen Naturrechtsbegriff hin.

In diesem Zusammenhang wurde die Ansicht vertreten, dass Accursius die Stelle zunächst richtig im Hinblick auf die menschliche Vernunft dem „Völkerrecht“ zuordnet, das „Überwiegen der Ulpian’schen Naturrechtsvorstellung“ ihn jedoch schliesslich dazu führt, die *aequitas naturalis* in der Laudatio des Edikts nur im Sinne der allen Lebewesen gemeinsamen *aequitas* anzuerkennen. Diese Unsicherheit hinsichtlich der Zuordnung, die sich beim Verfasser der Glosse bemerkbar macht, wurde sodann mit der immer „stärkeren Auffächerung“ des Naturrechtsbegriffes im Mittelalter in Zusammenhang gebracht. Die Entwicklung soll sich dabei von einem Mensch und Tier gemeinsamen Naturrecht im Sinne der ulpianischen Definition zu

²² Wenn nichts anderes angegeben ist, so wird die Glosse in der Ausgabe von Johannes Fehi zitiert. (Corpus Iuris Civilis Justinianei cum Accursii commentariis. Studio et opera J. Fehi. (Repr. ed. 1627). Osnabrück, O. Zeller, 1965).

einem einem „rationalen Naturrecht, das wenigstens zum Teil mit dem „Völkerrecht“, d.h. mit dem *ius gentium* identisch ist, bewegt haben.“²³

Die Unsicherheit in der Zuordnung ist jedoch nicht nur durch eine stärkere Auf-fächerung des Naturrechtsbegriffes bedingt, sondern sie hat ihren Ursprung auch in der Tatsache, dass während Ulpian die *conventio* als *verbum generale* zum Ausgangspunkt seiner Erörterungen nimmt, die Glosse bei dem Begriff der *pacta* ansetzt, der bei Ulpian im Zusammenhang mit dem vom ihm formulierten Ergebnis und ausschliesslich in Verbindung mit dem Adjektiv *nuda* vorkommt. Die Glosse stimmt Ulpian darin zu, dass die *conventio* im Verhältnis zu den *pacta* der allgemeinere Begriff ist,²⁴ was die Behandlung der Stelle betrifft, so lässt sie sich jedoch gänzlich von der formellen Vorrangstellung des Begriffes *pactum* gegenüber jenem der *conventio* vereinnahmen, die ja sowohl in der Rubrik wie in auch im Text vorzufinden ist. In diesem Sinne steht auch die Schlussfolgerung der die vorliegende Problematik einführende Glosse bereits ganz im Zeichen der Problematik der *pacta nuda*, die Glosse stellt abschliessend fest: „*et quia est hic naturalis aequitas, inducit naturalis obligatio per pactum*“ und stellt damit eine direkte Verbindung zwischen der *naturalis aequitas* und dem Begriff der *pacta* her. In einem nächsten Schritt widmet sie sich sodann der Untersuchung des Begriffes „*naturalis*“.

Was mit dem Adjektiv *naturalis* gemeint ist, erörtert die Glosse zu „*omnium animalium*“. Auch die Glosse nimmt zum Ausgangspunkt ihrer Abhandlung die von Ulpian aus der Menschen und Tieren gemeinsamen Natur abgeleiteten „*maris atque feminae coniunctio*“. Der Autor der Glosse nimmt jedoch eine entscheidende Präzisierung vor, angesichts der Tatsache, dass die von Ulpian angeführte Art der Fortpflanzung sich auch nicht bei allen Tierarten uneingeschränkt verwirklicht – es wird das Beispiel der Würmer und des Kukuks angeführt – weist er darauf hin, dass dieses Beispiel in einem artspezifischen Zusammenhang zu verstehen ist: „*quod hic loquitur in generibus singulorum, sed non in singulis generum.*“ Die Bezugnahme auf den Instinkt der Natur bedeutet nicht, dass diese undifferenziert auf alle Lebewesen anzuwenden ist, sondern dass die Natur der jeweiligen Art als richtungsweisend zu betrachten ist. Die Natur übt ihre Regierung vielmehr dadurch aus, dass die Vögel fliegen und die Fische schwimmen.²⁵ Es gehört nun aber zur vernünftigen Natur des Menschen und zu seiner wesenhaften Ausrichtung auf ein Leben in Gemeinschaft,

²³ Rudolf Weigand, Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irenaeus bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus, Münchner Theologische Schriften im Auftrag der Theologischen Fakultät München hrsg. von Joseph Pascher, Klaus Mörsdorf, Hermann Tüchle, III. Kanonistische Abteilung 26. Band, Max Hueber Verlag München, 1967, S. 61f.

²⁴ Glosse „*generale*“ *magis, quam pactionis*.

²⁵ Glosse *omnium animalium*: „*fallit secundum quosdam in vermibus, qui non ex aliis, sed ex terra gignuntur: idem in cucula. et dicunt, quod hic loquitur in generibus singulorum animalium, et non in singulis generum. sic Inst de suspect. tut § 1. Sed puto, hoc, quod sic sit, naturae esse instinctum: nec hic dicitur quod omnia animalia per coitum procreantur, sed iure naturali regi: quod regimen est in eo quod avis volat: quod piscis natat: et sic de aliis.*“ Die von der Glosse angeführten Beispiele sind als Zeugnis mangelndes Scharfsinnes angeprangert worden. (Guido Fasso, La Legge della ragione, Ristampa a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, Milano – Dott. A Giuffrè editore, 1999, S. 54). Die Auseinandersetzung mit Vögeln, Fischen und anderen Lebewesen in Hinblick auf die Erfassung der Gesetzmässigkeit der Natur hat jedoch bereits eine lange Tradition. Sie lässt sich bereits bei Philon von Alexandria beobachten und wurde

dass er Abkommen schliesst und diese einzuhalten hat. Insofern kann die Feststellung Ulpian's, dass die Regelungen die den Abschluss von Abkommen betreffen in der *naturalis aequitas* ihre Grundlage hat, doch als sinnvoll bezeichnet werden. Gleichzeitig weisen auch diese Gedanken der Glosse darauf hin, dass in Zusammenhang mit der zur Untersuchung stehenden Stelle verschiedene Ebenen zu unterscheiden sind, jene der Formulierung und jene der konkreten positivrechtlichen Umsetzung des allgemeinen Grundsatzes.²⁶ Aus der artspezifische Differenzierung zwischen vernunftbegabter und die unvernünftiger Natur kann somit auch eine Differenzierung der Konkretisierungsebenen abgeleitet werden. Es ist nun die Aufgabe der Vernunft den allgemeinen in der Natur begründeten Grundsatz ins praktische Rechtsleben umzusetzen.²⁷ Die Frage, ob sich diese Überlegungen auch aus der Perspektive der *pacta* als juristische Gebilde erhärten lassen, soll anhand der Vestimenta-Theorie auf deren Grundlage die Klagbarkeit der *pacta* im Mittelalter erörtert wurde, behandelt werden, untersucht werden. An dieser Stelle soll lediglich festgehalten werden, dass bei einer Betrachtungsweise, welche die *pacta* als solche in den Mittelpunkt stellt, der Bereich der vernünftigen Natur verlassen wird und die Prüfung, ob ein rechtliches Gebilde naturrechtlich begründet werden kann, durch die Frage danach gekennzeichnet sein muss, ob das Gebilde eine sinnvolle Antwort auf in der Natur vorgegebenen und Lebensverhältnisse darstellt. In der Sprache der Glosse wurden diese Zugangsweise durch den Hinweis auf das Fliegen der Vögel und das Schwimmen der Fische ausgedrückt.²⁸

Einen besonderen Gesichtspunkt zur Untersuchung der Unterscheidung zwischen vernünftiger und vernunftloser Natur bietet die Wendung „*natura, idest ipse deus*“, die

von Ambrosius über den Kirchenvater Basileios von der griechischen Welt in die westliche vermittelt. Die Fische besäßen zwar keine eigene Sprache, das in ihnen festgeschriebene Naturgesetz zeigt ihnen an, was sie zu tun hätten. (Wolfgang Kullmann, Antike Vorstufen des modernen Begriffes des Naturgesetzes in Nomos und Gesetz, Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens, 6. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart Herausgegeben von Okko Behrends und Wolfgang Sellert, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1995, S. 93).

²⁶ So unterscheidet Javier Hervada zwischen originären (*originarios*) und nachfolgenden (*subsiguientes*) Naturrechten. Unter originären Naturrechten versteht er dabei jene Rechte, die aus der menschlichen Natur als solche entspringen, unter nachfolgenden Naturrechten versteht er jene Rechte, die aus der menschlichen Natur in Beziehung zu vom Menschen geschaffene Situationen folgen. *Introducción critica*, S. 92f.

²⁷ Die Problematik im Zusammenhang mit einem Menschen und Tieren gemeinsamen Verständnis des Naturrechts und einem nur auf den Menschen bezogenes Recht behandelt auch Weigand anhand von Quellenbeispielen von Placentin bis Accursius. Das letzte in diesem Zusammenhang angeführte Quellenzitat stellt die im Text behandelte Stelle zu den *pacta* dar. Weigand, *Die Naturrechtslehre*, S. 43–64.

²⁸ In Hinblick auf die Formulierung der Fragestellung auch Waldstein, *Entscheidungsgrundlagen der römischen Juristen*, ANRW, II 15, wo er etwa anhand von Quellenzeugnissen zu belegen sucht, dass das Rechtsinstitut der Servitut eine Antwort auf „in sich verständliche Gegebenheiten darstellt“ (S. 56), davon dass die konkrete Ausgestaltung des *Ususfructus* aus dem „Sinn und Zweck des Rechtsinstituts“ gefolgert werden kann (S. 57), weiters davon dass der Begriff des *Depositum* sich aus „in sich verständlichen Lebensverhältnissen, aus dem sich typische Zwecke und Begleitumstände“ ergibt (S.63).

von den Glossatoren gerade in Zusammenhang mit dem *ius naturale* als *instinctus naturae* gebraucht wurde und die ein deutliches Beispiel für das im Mittelalter entscheidende Zusammenspiel von christlicher Theologie, Philosophie und Rechtswissenschaft bildet.²⁹

IV.2. Natura, idest³⁰ ipse deus

Die enge Verbindung von Natur und Gott kommt bei den mittelalterlichen Autoren häufig und in verschiedenen Formulierungen vor.³¹ Eine ausführliche Variante der Wendung findet sich bei Azo in der Institutionensumme:

*Ius autem naturale pluribus modis dicitur. Primus (!) est ut dicatur a natura animati (!) motus quidam instinctu nature proveniens quo singula animalia ad aliquid faciendum inducuntur: ius naturale est quod natura, idest ipse deus, docuit omnia animalia: et ita istud nomen „quod“ erit accusativi casus et hoc nomen „natura“ erit casus nominativi. Vel dic quod nomen „quod“ sit casus nominativi: ut sic dicat quod docuit omnia animalia natura, id est per instinctum nature quod et ita hoc nomen „natura“ erit casus ablativi ut in eodem in principio et hoc est dicitur primi motus non sunt in nostra potestate. Secundi vero sunt.*³²

Die Stelle ist eine Erläuterung der Naturrechtsdefinition des Ulpian aus christlicher Sicht und ist vor dem Hintergrund der verschiedenen Arten des Naturrechts³³, die die Glossatoren herausgearbeitet haben, zu sehen. Die Wendung „natura, idest ipse deus“ bezieht sich dabei auf das *ius naturale* im Sinne eines *instinctus naturae*, also auf das Menschen und Tieren gemeinsame Naturrecht. Der Ausdruck findet sich auch bei Accursius in der Glosse „natura“ zu D. 1.1.1.3, bei der Aufzählung der Arten des Naturrechts gehen Azo und Accursius jeweils in einer anderen Reihenfolge vor, was auch damit zusammenhängen wird, dass Azo die Institutionen und Accursius die Digesten bearbeiten. Azo weist ausdrücklich auf eine Unterscheidung von *motus sensualitatis* und *motus rationis* hin. Dem *motus rationis* ordnet er das *ius gentium*,

²⁹ Brian Tierney, *Natura id est Deus: A case of juristic pantheism?* Journal of the History of Ideas 24 (1963), S. 308.

³⁰ Zitiert nach dem Text der Glosse, wo „idest“ zusammen geschrieben wird.

³¹ Zusammenfassend, Weigand, *Die Naturrechtslehre*, S. 63.

³² Weigand, *Die Naturrechtslehre*, Nr. 76. Der Autor beendet das Zitat allerdings bereits mit den Worten „[...] *primi motus non sint in nostra potestate* [...]“. Der nächste Satz: „*secundi vero sunt*“ lässt den Zusammenhang zwischen ersten und zweiten Regungen deutlich hervortreten.

³³ Bei diesen Unterscheidungen handelt es sich wohl nicht um die Definition verschiedener Sinnbedeutungen des Rechts, sondern um die Erfassung und Konkretisierung der allgemeinen Erfahrung einer Realität, wobei das Recht die Funktion eines Ordnungskriteriums erfüllte. Zur Funktion der juristischen Erfahrung als ordnungskriterium in Hinblick auf die historische Wirklichkeit in ihren verschiedenen Formen vgl. Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, 2005, S. 30. Eine etwas andere Zugangsweise klingt bei Brian Tierney an: „*Rather they began their discussions by defining all the different senses in which ius naturale was used in their legal sources*“, *Natura id est Deus*, S. 311.

sodann jenes Recht, das im Gesetz des Moses und im Evangelium enthalten ist, weiters das *ius naturale aequissimum*, zu dem etwa die Regelungen zum Schutz des *minor* gehören und das *ius civile*.³⁴ Der Glossator geht damit zuerst von einem sehr weiten Begriff des Naturrechts aus, den er sodann durch eine allmähliche Einschränkung des Anwendungsbereiches immer enger fasst. Es gibt also ein Naturrecht, das allen Lebewesen gemeinsam ist, dann eines, das sich auf alle *gentes* bezieht, das Naturrecht im Sinne der Offenbarung, Bereiche des Naturrechts, in denen aufgrund sachlicher Kriterien Differenzierungen getroffen werden, an letzter Stelle nennt er das *ius civile*. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist, dass Azo das Naturrecht des Alten und Neuen Testaments nur auf die vernünftige Natur beschränkt. Bei Accursius lässt sich ein anderes Ordnungskriterium ausmachen, er scheint sich für eine hierarchische Aufzählung nach der Stellung der „rechtssetzenden Organe“ entschieden zu haben. An erster Stelle steht Gott als Quelle der im mosaischen Gesetz enthaltenen Offenbarung, an zweiter Stelle der *instinctus naturae* als *motus*, der zum Handeln antreibt, an dritter Stelle die Gemeinschaft der Völker als Rechtssetzer des *ius gentium*, an letzter Stelle steht das *ius praetorium*, bei dem der Prätor als ziviler Gesetzgeber verstanden wird.³⁵ Der Verbindung *natura* mit *Deus* werden von den Glossatoren zwei verschiedene grammatikalische Interpretationsmöglichkeiten gegeben. Einmal wird *natura* im Nominativ gesehen und *quod* im Akkusativ, was auf

³⁴ Die Texte des Azo zu den Arten des *ius naturale* werden bei Weigand, Die Naturrechtslehre unter den Nr. 76 – 80 wiedergegeben. Im Anschluss an die in Nr. 76 angeführte und im Text zitierte Stelle, wo von an erster Stelle von einer „*natura animati motus quidam instinctu naturae [...]*“ die Rede ist, finden sich unter Nr. 77 Erörterungen zur Gerechtigkeit. Hier werden die bei Weigand unter den Nummern 78 – 80 angeführten Texte wiedergegeben: „[...] *Dicitur etiam quandoque ius naturale ius commune hominum industria statutum: et ita ius gentium potest dici ius naturale ut infra de rerum div. § Singulorum. Item dicitur ius naturale quod in lege mosaica vel in evangelio continetur ut legitur in decretis.* (79) *Item dicitur ius naturale equissimum ut cum dicitur lapsos minores secundum equitatem restituī, ut ff de mino. l. i. princ. Et tamen contra ius naturale quod tuetur pacta, ut ff de pactis l. i. princ. et in hac significatione ius naturale potest dici civile.* (80) *Prima autem definitio data est secundum motus sensualitatis, alie autem assignate sunt secundum motum rationis [...]*“

³⁵ Weigand Nr. 89 Glosse „*natura*“ zu D. 1.1.1.3: „*id est Deus et sic nominativi; vel dic quod sit ablativi casus. Item nota ius naturale quattuor modis dici. Primo lex Mosaica, ut instit. de obl. ex del. § i. Secundo instinctus nature ut hic. Tertio ius gentium ut instit. de rer. devi. § Singulorum. Quarto ius praetorium, ut infra de minor. l. i. et facit, inst. de iure natu. in princ.*“ Das Zitat von Weigand ist der Ausg. Lugdunni (1550 Sp.13) entnommen. Weigand (S. 57 Anm. 39) weist darauf hin, dass in den meisten Handschriften (in acht, wobei in drei der Zusatz nicht von Accursius stammt, sondern später von anderer Hand hinzugefügt worden ist) noch die Naturrechtsdefinition des Paulus in D. 1.1.11 (*cum id quod semper aequum ac bonum est*) angeführt wird. Im Ergebnis scheint er sich eher dafür auszusprechen, dass der Zusatz von Accursius selbst stammt, der ihn in eine 2. Rezension des Digestenapparates einarbeiten wollte, wozu es aber nicht mehr gekommen ist. Das *ius naturale* als *ius aequum ac bonum* lässt sich in das Schema bei dem die Hierarchie der „Gesetzgeber“ als Ordnungskriterium verwendet wird, nur schwer einordnen, dies könnte auch ein Grund dafür gewesen sein, warum diese Variante bei Accursius in einer ersten Fassung nicht vorgekommen ist. Um einen Abschreibfehler handelt es sich zweifellos in der Ausgabe der Glosse von Johannes Fehi, der im Zusammenhang mit dem Naturrecht als *lex mosaica* die *Inst. de iur. nat. gent. § 1*, also die Definition des Ulpian anführt).

einen vernünftigen, aktiven Gesetzgeber hinweist, zum anderen wird *natura* im Ablativ und *quod* im Nominativ gelesen, diese Auslegung sieht die Ordnung der Natur als solche als Lehrmeisterin an. Die Wendung „*natura id est ipse Deus*“ ist auch auf einen etwaigen pantheistischen Ansatz hin untersucht worden, ein solcher Ansatz wurde – für die Zeit aus der die Formulierung stammt – allgemein verneint.³⁶ Vorläufer für die Verbindung von Natur und Gott in Zusammenhang mit einer Naturrechtslehre finden sich jedoch bereits in der stoischen Philosophie, wobei das Bedürfnis einer genauen Trennung von Natur und Gott durch den grundsätzlich pantheistischen Ansatz der Stoa weniger stark im Vordergrund stand, dass dem Menschen dabei eine ganz besondere Rolle zukam, wurde auch von den antiken Autoren betont.³⁷ Insgesamt entsteht der Eindruck, dass in der Antike die Richtlinienfunktion der ***Natur stärker betont wurde als dies im Mittelalter der Fall war.³⁸ Die Beschreibung der Natur als vernünftiger Gesetzgeber einerseits und als Ordnung der Natur im Sinne einer Lehrmeisterin andererseits findet eine Parallele in den verschiedenen Auslegungen, die das Edikts über die *pacta* in Zusammenhang mit der *naturalis aequitas* erfahren hat. Einmal wird die Handlung eines Subjekts in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit gestellt, die zweite Auslegungsform stellt auf die and den tatsächlichen Lebensverhältnissen gemessene zweckgerechte Ausrichtung eines juristischen Gebildes ab.

³⁶ Tierney, *Natura id est Deus*, S. 316 ff. und Weigand, *Die Naturrechtslehre*, S. 93. Thomas von Aquin hat diese Frage im Rahmen der Partizipationstheorie behandelt. Bei Thomas haben nun sowohl die mit Verstand ausgestatteten Lebewesen als auch die irrationalen Lebewesen Anteil an der *lex aeterna*. Ihre Teilhabe erfolgt jedoch auf jeweils unterschiedliche Art und Weise. Der Mensch hat jedoch die Fähigkeit sein eigenes Funktionieren zu regieren, seine Teilhabe verwirklicht sich durch die natürliche Erkenntnis der Ziele und Güter – der ersten Prinzipien. In den irrationalen Lebewesen ist das Naturgesetz in der gleichen Weise gegenwärtig wie die Gebrauchsanweisung in einer Maschine, die nichts von dieser weiss und ihr Funktionieren nicht selbst bestimmen kann. In Zusammenhang mit der Partizipationstheorie weist Wolfgang Waldstein auf Cic. off. 1,11 hin: „*Homo autem, quod rationis est particeps, per quam consequentia cernit [...]*“. Wolfgang Waldstein, *Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit*, S. 55. Anm. 120.

³⁷ Vgl. Kullmann, *Antike Vorstufen*, S. 59–62.

³⁸ In diesem Sinne hat Wolfgang Waldstein mehrfach die Ansicht vertreten, dass die Übersetzung des Wortes *ratio*, wie es etwa in Cic. De leg. 1,42 vorkommt, mit „Vernunft“ eine Verengung des Begriffes bedeutet, die zu Missverständnissen führt. Er meint, dass *ratio* in der von Cicero verwendeten Bedeutung „eine vorgegebene Ordnung bedeuten muss, die der Mensch mit seiner Vernunft erfassen kann. Die *communis intelligentia* hat demnach die Aufgabe uns die Kriterien zur Unterscheidung von dem was ehrenhaft und dem was ein Laster ist bekannt zu machen: „*nam ut communis intelligentia nobis nota res efficit easque in animis nostris inchoavit, honesta in virtute ponuntur, in vitis turpia*“ (Cic. De leg. 1,44). Wolfgang Waldstein, *Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit*, S. 55 und Anm. 120. Eine weniger deutliche Trennung von *recta ratio* und *communis intelligentia* führt etwa Ulrich Knoche durch, wenn er in Zusammenhang mit der hier angeführten Cicerostelle festhält: „Richtige Vernunft, *recta ratio*: Was ist denn da der Maßstab für die Erkenntnis des Richtigen? Es ist die urteilende Erkenntnis des an und für sich sittlich-Wertvollen und des Wertwidrigen, der *honestas* und *turpia*, der *virtus* und der *vitia*.“ Ulrich Knoche, *Naturrecht und römisches Recht und Gesetz in Gerhard Radke, Cicero ein Mensch seiner Zeit*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, S. 51.

V. Von der causa des klassischen römischen Rechts zu den vestimenta des Mittelalters.

Nach allgemeinen Erörterungen zu den Begriffen pactum und conventio, befasst sich Ulpian mit verschiedenen Einteilungen der *conventiones*, wobei er diese in *conventiones ex publica* und *ex privata causa*, die *conventiones ex privata causa* unterteilt er wiederum in *conventiones legitima* und *conventiones iuris gentium*. Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich auf die privatrechtlichen *conventiones iuris gentium*, einiger dieser *conventiones* führen nun, wie Ulpian feststellt, zu einer *actio* andere sind nur durch das Rechtsmittel der *exceptio* geschützt.

*„Sed et in alium contractum res non transeat. subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc synallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo synallagma dicit, unde haec nascitur actio.“*³⁹

Im ersten Satz finden wir zunächst die Feststellung, dass bei *conventiones*, die zwar nicht mit einem eigenen Namen versehen wurden, denen aber eine *causa* zugrunde liegt, eine *obligatio* gegeben ist. Ulpian trifft diese Aussage durch die Berufung auf Aristo: „*eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem*“. Der Halbsatz erinnert in seiner äusseren Form an den in D. 2.14.1.3 zu Beginn der Abhandlung über die *pacta* formulierten Grundsatz, wo Ulpian unter Berufung auf Pedius gesagt hatte: „*nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habet in se conventionem*. In beiden Fällen wird das Begriffspaar *contractus/obligatio* auf die *conventio* bezogen, im ersten Fall handelt es sich um die *conventio* allgemein, im nun zur Untersuchung stehenden Fragment behandelt Ulpian die mit einer Klage versehenen *conventio*. Bei dem entstandenen Schuldverhältnis handelt es sich – wie Ulpian betont um ein Synallagma und zwar um eines bei dem im Sinne des Aristo auf die Austauschbarkeit der Leistung abgestellt wird. Das Responsum des Aristo an Celsus ist im Vergleich mit der allgemeinen, auf alle Verträge und Obligationen bezogenen, Regula des Pedius speziellerer Natur, es ist die konkrete Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, wobei das auf die tatsächliche Leistung abgestellte Synallagma zu einer Materialisierung geführt hat. Der Begriff des Synallagma war von Labeo in die Rechtssprache eingeführt worden⁴⁰, durch

³⁹ Vgl. eine ausführliche Behandlung der Stelle, Filippo Gallo, Dalla sinallagmaticita delle obbligazioni a quella delle prestazioni, in Letizia Vacca, Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, II Congresso Internazionale ARISTEC Palermo-Trapani, Torino, 1997, S. 65-75 mit weiteren Hinweisen, insb. auch auf Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne (Corso di diritto romano) II, Torino, 1995 und Schiavone, Ius, S. 356-359.

⁴⁰ Vgl. dazu Schiavone, Ius, S. 282. Die Stelle, in der Labeo von dem Synallagma spricht wird von Ulpian im 11. Buch ad Edictum wiedergegeben.

die Bindung der Klagbarkeit an das Vorliegen einer *datio* wurde es nunmehr von der Ebene der Obligation auf jene der (tatsächlichen, materiellen) Leistung versetzt, was gleichzeitig auch bedeutete, dass die Voraussetzungen für die Entstehung einer Klage verschoben wurden.⁴¹ Die Bindung der Klage an einen Namen, wie dies etwa typischerweise bei den Konsensualverträgen der Fall war, liess diese im Moment des Zustandekommens der *conventio*, der Willensübereinstimmung entstehen, die Bindung der Klagbarkeit an die *causa* erforderte hingegen ein zusätzliches äusseres Element, nämlich die tatsächliche Sachhingabe.⁴² Grundsätzlich ist hiermit eine Spannweite vorgezeichnet, die von der Klagbarkeit der blossen *conventio*, die zur Beginn der Entwicklung auch das *pactum* mitumfasst haben wird, zur Einschränkung der Klagbarkeit einmal durch die Bindung an einen Namen, zum anderen durch das Erfordernis der *datio*, auf diesem Weg wird dann auch das *pactum* zu einem spezifischen Begriff, der neben die einem eigenen Namen versehenen Verträgen gesellt wird.

Die Klagbarkeit der formlosen Vereinbarungen wurde von Ulpian an das Vorliegen einer *causa* gebunden, was er sowohl positiv „*subsit tamen causa*“⁴³ wie auch negativ „*sed cum nulla subest causa*“⁴⁴ ausdrückt. Der Begriff der *causa* ist von den römischen Juristen in sehr verschiedenen Zusammenhängen und mit sehr verschiedenem Bedeutungsinhalt verwendet worden⁴⁵, und so sind ihm auch in der vorliegenden Wendung sehr unterschiedliche Auslegungen zu teil geworden. Die Bemühungen betreffen dabei allesamt drei Elemente, die Willensübereinstimmung, deren Finalität – die im Text durch die Beispiele des *do ut des* und *do ut facias* ausgedrückt ist – und das Effektivwerden der *conventio*. So wurde *causa* als „ausreichender Grund“ als „Faktum“, das zum Auslösen von Folgen geeignet war, der somit auch das Synallagma wirksam werden lassen konnte, verstanden.⁴⁶ Angesichts des engen Zusammenhanges, der zwischen Synallagma und *causa* besteht, wurde zwischen *causa* in Hinblick auf den von Aristo geprägten Verständnis des Synallagma als eine Funktion der *datio* gesehen, die dieser obligatorische Wirksamkeit verlieh

⁴¹ Schiavone (Ius, S. 359) bezeichnet dies als Verschiebung von der virtuellen auf die materielle Ebene. Filippo Gallo sieht in der Bindung der Klagbarkeit an die *datio* eine Verlagerung von der juristischen Ebene auf die wirtschaftliche. Dalla sinallagmaticita, S. 70.

⁴² Gallo nimmt an, dass in der Antwort des Aristo an Celsus statt „...*hinc nasci civilem obligationem*“ „*hinc nascitur civilis actio*“ gestanden haben soll. Er begründet dies damit, dass es sich bei den im Text angeführten Beispielen (*dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*) nicht um Rechtsverhältnisse, sondern um Rechtsakte handelt, die in weiterer Folge zum Entstehen der Klagbarkeit führen, Gallo, Dalla sinallagmaticita, S. 68. Gallo lässt die *conventio*, die ja auch der Sachhingabe vorhergegangen war gänzlich in den Hintergrund treten.

⁴³ D. 2.14.7.2.

⁴⁴ D. 2.14.7.4. Diese Stelle klingt wie eine Zusammenfassung der zuvor getroffenen Feststellungen.

⁴⁵ Georgescu Valentin, *Le mot causa dans le latin juridique in Introduction a la theorie generale de la cause en droit romain, Etude de philologie et de droit romain I: Le rapports de la philologie classique et du droit romain*, Bucarest-Paris, 1940. Nach einer kurzen Erläuterung der Verwendung des Terminus „*causa*“ mit nichtjuristischen Bedeutungsinhalt (S. 132-141), wobei der Autor die *causa efficiens* und die *causa* im Sinne einer Zielsetzung eingeht, widmet er sich ausführlich der Verwendung von „*causa*“ in der Rechtssprache (S. 142-239).

⁴⁶ Schiavone, Ius, S. 357.

oder vor dem Hingergrund der Bedeutung die Ulpian dem Synallagma beigemessen hatte, wurde *causa* im Sinne einer *causa ob rem* als die Zielsetzung der *datio*, der Erbringung der Gegenleistung verstanden.⁴⁷ Die Ansicht, welche die *causa* mit der *datio* oder auch mit der Gegenleistung in Verbindung bringt, ist jedoch auch gänzlich abgelehnt worden und die *causa* wurde als der rechtsgeschäftliche Zweck der *conventio* interpretiert.⁴⁸ Die *causa* wurde jedoch auch, wie dies in der deutschen Digestenübersetzung zum Ausdruck, kommt als zweckbestimmte Leistung gesehen.⁴⁹ In der *causa* wurde auch der Ursprung der Verbindlichkeit gesehen, da die Verbindlichkeit nicht durch die vorhergegangene blosse Vereinbarung zustande kommen konnte, wurde in der tatsächlichen Sachhingabe das entscheidende Element gesehen, das entweder eine klagbare oder eine nur mittels einer *exceptio* durchsetzbaren Obligation bewirkte.⁵⁰ Ein Problem, das bei diesen Interpretationen zum Ausdruck kommt, besteht in der dogmatischen Einordnung des Verhältnisses zwischen Finalität und Effektivität der *conventio*. Diese Schwierigkeit wird noch dadurch verstärkt, dass die römischen Juristen in Anschluss an die stoischen Philosophen nur das Konzept der *causa efficiens* anerkannten, worunter sie eine Wirkursache verstanden, die, wie dies im Anschluss an die Stoa formuliert wurde ein Ergebnis so herbeiführte, wie die Wunde den Tod, die Härte des Klimas die Krankheit oder das Feuer den Brand bewirkte.⁵¹ Finalität und *causa efficiens* können jedoch auch in der *datio* zusammenfallen. Besonders deutlich zeigt dies der in D. 2. 14.7.3 geschilderten Fall, wo eine Leistung in Hinblick darauf versprochen wird, dass die Begehung ein Verbrechen unterbleibt – *si ob maleficium ne fiat promissum sit*. Da die Nichtbegehung eines Verbrechens ein negatives Faktum darstellt, das bereits im Moment der Willensübereinkunft vorhanden ist, leistet die Partei, die das diesbezügliche Versprechen abgegeben hat, vom Augenblick des Zustandekommens der *conventio* fortwährend, die zum Wirksamwerden der Verbindlichkeit erforderliche *datio* ist (wäre, wenn diese nicht eine iniusta causa wäre) also vorhanden, die Unterlassung des Verbrechens ist aber auch Zielsetzung der *conventio*.⁵²

⁴⁷ Gallo, Dalla sinallagmatica, S. 78-79.

⁴⁸ Raimondo Santoro, La causa delle convenzioni atipiche in Vacca Letizzia, Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, S. 87 und S. 90.

⁴⁹ Die Übersetzung des ersten Satzes von D. 2.14.7.2 lautet: „Aber auch wenn ein Geschäft nicht unter einen besonderen Vertragsbegriff fällt, jedoch eine zweckbestimmte Leistung vorliegt, sei so hat Aristo dem Celsus treffend geantwortet, ein Schuldverhältnis gegeben.“ Zu den Übersetzungen des Begriffes *causa* ins Spanische, Italienische, Englische, Holländische und zur „alten Digestenübersetzung“ vgl. Rolf Knütel, La causa nella dottrina dei patti, S. 132. Kritisch zur neuen deutschen Digestenübersetzung Mayer-Maly, SZ 113 (1996), S. 453.

⁵⁰ Alejandro Guzmán Brito, Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y moderno y en la codificación europea y americana in Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XXIII, 201, S. 243, Anm. 85.

⁵¹ „*quae id efficit, cuius est causa, ut vulnus mortis, cruditas morbi, ignis ardoris. Itaque non sic causa intellegi debet, ut, quodque cuique antecedit, id ei causa sit, sed quod cuique efficienter antecedit*“, Cic. De fat. 34 Weitere Quellennachweise, Guzmán, Causa del contrato, Anm. 45-50.

⁵² Guzmán, Causa del contrato, S. 281, Anm. 234.

V.1. Die datio vel factio in den Lehren der Glossatoren

Die Glossatoren wandelten das auf der *causa* aufgebaute ulpianische System in ein durch den Begriff der *vestimenta* geprägtes Lehrgebäude um. Im Mittelpunkt der Erwägungen stand dabei weiterhin die Suche nach jenem Element, das dem blossen *consensus* eine konkrete juristische Gestalt verlieh. Die Glossatoren setzten nun dort an wo die Erörterungen der römischen Juristen, in der Form wie sie in den Text des *Corpus Iuris* aufgenommen worden waren, aufgehört hatten. Ein erster wesentlicher Punkt in diesem Zusammenhang besteht darin, dass sie in den Mittelpunkt ihrer Theorie nicht die *conventio*, sondern die *pacta* stellten, was dazu führte, dass ihre Erörterungen nicht mehr durch das Rechtssubjekt, das in Hinblick auf die Herbeiführung einer Willensübereinstimmung handelt, sondern durch die *pacta* als juristisches Gebilde geprägt wurden. Die Glossatoren wählten dabei in Weiterführung des von den römischen Juristen für die nicht mit einer Klage versehenen *pacta nuda*, den Begriff der *vestimenta*, der für die gesamte Diskussion prägend werden sollte.⁵³ Der Vergleich mit dem Gewand wurde noch von anderen Autoren des Mittelalters verwendet und als jenes durch den Verstand erzeugte, auf das Gemeinwohl ausgerichtete Konstrukt angesehen, durch das es dem Verstand unter Berücksichtigung der konkreten historischen Umstände aufgetragen war, für Bereiche, die nicht durch konkrete *inclinationes* der Natur geprägt waren und denen somit eine gewisse Unbestimmtheit und Passivität zukam, sachgerechte Lösungen zu finden.⁵⁴ In einer Zeit der entwickelten *vestimenta*-Theorie formulierte Bartolus folgendermassen: "*pactum seu conventio dicitur vestitum cui post originem vel in suo origine aliquid superadiicitur. Illud quod superadiicitur dicitur vestimentum*".⁵⁵ Unter einem mit einem *vestimentum* versehenen *pactum* wurde somit ein solches verstanden, dem nach seinem Zustandekommen oder aber auch bei seinem Entstehen ein weiterer Bestandteil hinzugefügt wurde. Der Begriff des *vestimentum* steht also auch noch bei Bartolus für ein von aussen hinzugekommenes Element.

Grundsätzlich kannten Glossatoren und Kommentatoren in Anschluss an Azo sechs verschiedene *vestimenta*, wobei sie im Wesentlichen dem im *Corpus Iuris* vorgezeichneten dogmatischen Ansatz folgten. Bei den sechs *vestimenta* handelte es sich um die *vestimenta re, verbis, consensu, literis contractus*, die den vier Vertragstypen Justinians entsprachen, sodann um die *vestimenta coherentia rei* und *rei interventus* als Vorleistung. Als erster Glossator hatte sich auch Azo mit den *pacta praetoria* und *legitima* auseinandergesetzt. Ihre Einordnung in das vorgezeichnete System bereitet den Glossatoren jedoch offensichtliche Schwierigkeiten, denn

⁵³ Dies sagt Azo, *Summa super Codicem, de pactis* (C1.2,3) ausdrücklich: „...*Si autem non fuerit nudum sed vestitum actionem parit sic enim ei nomen recte impono quia si aliquid est nudum ex eo quod actionem non dat...ergo aliquid est vestitum quia actionem indulget*“.

⁵⁴ In diesem Sinne rechte der Hl. Thomas etwa die Güterverteilung und die Sklaverei zum Naturrecht. Dazu Ana Martes Gonzales, *Moral, Razón y Naturaleza, Una investigación sobre Tomás de Aquino*, Eunsa, 2. Auflage 2006, S. 302-303.

⁵⁵ Bartolus, *Commentaria ad D. 2.14.7.5,quin immo*“. Dazu auch Guzmán, *Causa del Contrato*, S. 274.

während die eben dargestellten sechs Arten sich zwanglos in das von den römischen Juristen aufgestellte Schema einfügen lassen, gelingt. Die Einordnung der beiden zuletzt genannten Fälle nicht. Die *pacta nuda* können, so sagt Azo, aufgrund der grossen Kälte, der sie ausgesetzt sind, keine *actio* hervorbringen.⁵⁶ Das Problem ihrer Klagbarkeit löst er schliesslich, in dem er diese *pacta* schlicht als *mirabiliter* klagbar bezeichnet. Damit wurde der Begriff der *pacta nuda*, der im *Corpus Iuris* ausschliesslich auf effektiv unklagbare Abmachungen beschränkt gewesen war, die gedankliche Konstruktion der *pacta vestita* war ja als solche im *Corpus Iuris* nicht vorgegeben, auch in den Bereich der klagbaren *pacta* übertragen. Durch den Verweis auf die wunderbare Entstehung der Klage entging Azo der Notwendigkeit die klagbaren *pacta nuda* in sein System eingliedern zu müssen.⁵⁷ Die Schwierigkeiten die klagbaren *pacta nuda* in die *vestimenta*-Theorie einzugliedern kommen auch in der *Glossa ordinaria* zum Ausdruck.

*Sed haec regula, quod pactum nudum non parit actionem, fallit in casibus, qui in his legibus inveniuntur: ut C. de do promi. l. ad exactionem (C. 5.11.6); C. de dona l. si quis argentum (C. 8.53.35); Inst. de act. § de constituta (I. 4.6.9); et inf. de nau. foe.l. periculi (D.22.2.5) et inf. de usur.l. etiam (D. 22.1.30) et C. de usur. l. frumenti (C. 4.32.11) et inf. de polli. l. pactum (D. 50.12.3). His enim casibus ex nudo pacta nascitur actio, sed potest dici vestimentum legis auxilio ut sup. eod. l. legitima (D.2.14.6), cum nudum pactum pariens actionem tale sit ac si prorsus sterilis mulier generaret, vel virgo pareret. Sed dicitur nudum ab aliis vestimentis, quae habent pacta, ut iam dicam. Sic et dici potest venditio nudum pactum, ab aliis vestimentis praeterquam a consensu. Accursius.*⁵⁸

Die Glosse stellt fest, dass der Grundsatz, wonach aus einem *pactum nudum* keine Klage entsteht durch die Anerkennung der *pacta legitima* durchbrochen wird, das *vestimentum*, durch das diese *pacta* bekleidet werden, wird als *vestimentum legis auxilio* bezeichnet. Die Glosse vergleicht das Phänomen mit dem Fall, in dem eine unfruchtbare Frau bzw. eine Jungfrau ein Kind zur Welt bringt. Dies bildlichen Kommentare lassen einen Rückschluss auf die verschiedenen Ebenen zu, auf denen die Glosse die Frage der *vestimenta* ansiedelt. Zum einen ordnet sie jene *pacta*, deren Klagbarkeit durch ein konkret fassbares Element bewirkt wird, der natürlichen Ebene zu, mit der Anerkennung der ausschliesslich auf den Willen des Gesetzgebers zurückzuführenden Klagbarkeit scheint es ihr als ob sie den Bereich des Natürlichen verlassen würde. Das Problem wird dadurch überbrückt, dass in diesen Fällen der consensus selbst als *vestimentum* bezeichnet wird. Die Anwendung dieses Gewandes soll jedoch auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben, auf Vereinbarungen, die über genügend ausreichende Wärme verfügen, sodass ihre Klagbarkeit auch ohne das Hinzutreten eines weiteren Element zugelassen werden kann.

⁵⁶ Azo, *Summa super Codicem, de pactis* (CI. 2,3): „*Et si quidem pactum fuerit nudum, propter nimiam frigiditatem parere actionem non potest...*”

⁵⁷ Hermann Dilcher, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, SZ 77 (1960) S. 278-279.

⁵⁸ Gl. *igitur* zu D. 2.14.7.4.

„*Sed videtur, quod nullum pactum sit nudum, cum quodlibet habeat in se consensum, unde vestire consensu videtur. Resp. Elegans et tenuis vestis est consensus, quae non datur nisi certis contractibus enumeratis ut Inst. de oblig. ex consensu in princ. (l. 3,22 pr.), qui cum sint favorabiles et pingues et calidi, levi veste vestiuntur. sed quidam dicuntur non vestiri nisi rei interventu, cum alia vestita nascantur. sed contra eos est quod dicit Job. pelle et carnibus vestsiti me, etc.*”⁵⁹

Am Ende der Glosse wird nochmals der Gegensatz zwischen dem *vestmentum* als Vorleistung und der Anerkennung des blossen Konsens als *vestmentum* hervorgehoben. Der Konsensus soll in jenem Sinne als *vestmentum* dienen, in dem Job im Alten Testament sagt, dass er durch Haut und Knochen bekleidet wird. Die hier dargestellten Ausführungen der Glosse ergeben im Hinblick auf ihr Verhältnis zur *natura* folgendes Bild: Dass die mittelalterlichen Autoren wohl auch über ein solches Verhältnis nachgedacht haben, lässt sich aus den sehr naturalistischen Vergleichen, die sie im Zusammenhang mit der Einordnung der *pacta nuda* verwenden, schliessen. Die sechs *vestimenta* des Azo lassen sich dabei reibungslos in das System einfügen. Zur Erklärung der Fälle, in denen das *vestmentum* durch Gesetz erzeugt wurde, verweist die Glosse einerseits auf den Gegensatz zwischen kalt und warm, andererseits auf die wundersame Geburt aus einer Jungfrau. Anders formuliert kann wohl gesagt werden, dass man die ersten sechs *vestimenta* als für in der Natur vorgegeben betrachtet hat, während die *vestimenta legis auxilio* ohne Vorlage in der Natur entstanden sind. Die Vorgabe in der Natur fällt dabei mit den durch den Typenzwang bestimmten Erfordernissen und mit der Vorleistung zusammen.

Bartolus unternimmt einen weiteren Versuch, eine in sich geschlossene Theorie der klagbaren Vereinbarungen zu erstellen. Dabei ordnete er die Fälle der Klagbarkeit *nomine, rei interventu* oder *cohaerentia contractus* dem *ius gentium* zu, die Klagbarkeit aufgrund des *ius civile*, bezieht er auf die Gruppe der *pacta praetoria* und *legitima*, wobei er eine Unterscheidung zwischen einer Vestitur *nomine* und *forma* einführt.⁶⁰

Innerhalb der dem *ius gentium* die Klagbarkeit von Verträgen bewirkenden *vestimenta* unterscheidet Baldus nun das *vestmentum nativum seu naturale* und in diese Gruppe reiht er die dem Typenzwang entsprechenden Real-, Verbal- und Konsensualverträge ein. Bei diesen Verträgen wird die Klagbarkeit als zum Wesen des Vertrages gehörend angesehen. Die Fälle der Vorleistung und jene der Verbindung einer Nebenabrede mit einem anerkannten Vertrag bilden die Gruppe der *pacta* mit einem *vestmentum dativum seu accidentale*. Das *vestmentum nativum seu naturale* bekleidet die *pacta* im Sinne einer Wesenszugehörigkeit, so wie beim Menschen der Körper die Seele bekleidet.⁶¹ Die hier verwendeten Begriffe schliessen an die

⁵⁹ Gl. „*quinimmo*“ zu D. 2.14.7.5.

⁶⁰ Dilcher, Typenzwang, S. 293f.

⁶¹ Der Text des Baldus stammt aus dem Kommentar zu C. 2.3.10 und lautet: „.....*Et ideo considera duplex est vestimentum. quoddam ex quo actio oritur quoddam ex quo efficax redditur. Vestimentum ex quo actio oritur est duplex scilicet nativum seu naturale et hoc modo contractus vestitur re: verbis et consensu.*“

scholastischen Unterteilung in Substanz und Akzidentien an, nur am Rande angemerkt sei, dass diese Kategorien dabei nicht als Aussageweisen, sondern als Seinstufen verstanden wurden.⁶² Die *pacta legitima* standen weiterhin abseits des Systems und bildeten mit dem *vestimentum legis auxilio* eine eigene Gruppe.

VI. Der Weg zur Klagbarkeit der *pacta nuda*

Die Entwicklung der Klagbarkeit der *pacta nuda* vollzog sich weiterhin im Spannungsfeld zwischen dem Bedürfnis nach einer vollen Umsetzbarkeit der Vertragsfreiheit und der Realität eines aus römischer Zeit übernommenen Typenzwanges, auch wenn dieser Typenzwang mit der Zeit immer schwächer geworden war. Während zur Zeit der klassischen römischen Rechtswissenschaft dem durch die wirtschaftliche Entwicklung hervorgerufenen gesellschaftlichen Bedürfnis nach Vertragsfreiheit die notwendige politische Unterstützung fehlte, um sich endgültig durchsetzen zu können, sollten die geänderten gesellschaftlichen Verhältnisse des Mittelalters eine solche Durchsetzung schliesslich ermöglichen. Treibende Kraft war bei dieser Entwicklung einerseits die Praxis der Handelsgerichte, entscheidend war aber das kanonische Recht, das über die erforderliche Kraft verfügte, den Typenzwang auch auf dogmatischer Ebene zu überwinden.⁶³ Der Begriff der *pacta* wie ihn die Autoren des Mittelalters verstanden haben, war dabei zum Ansatzpunkt für Ausarbeitung der Lehre von der Klagbarkeit formloser Vereinbarungen geworden. Die Loslösung vom Formzwang machte es notwendig, nach anderen Kriterien zu suchen, auf die in Hinblick auf die klagsweise Durchsetzbarkeit der *pacta* abgestellt werden konnte. Baldus leitete die Zulässigkeit der Klagbarkeit eines *pactum nudum* in Anlehnung an die mit einem *vestimentum legis auxilio* versehenen *pacta* ab und verwendete für diese, solange es sich ausschliesslich um *pacta* des kanonischen Rechts handelte, das *vestimentum canonis suffragio*.⁶⁴ Baldus vollzog schliesslich den entscheidenden Schritt zur Klagbarkeit der *pacta nuda* und ersetzt die klassische Formulierung „*subsit tamen causa*“ durch die Wendung „*impulsiva causa subsistente*“, wobei er gleichzeitig festhält, dass in diesen Fällen die *aequitas naturalis* zur Bestärkung der *pacta* ausreichte. An die Qualität der *pacta* selbst wurden dabei keine Anforderungen gestellt, ihre Klagbarkeit hing ausschliesslich von der *aequitas naturalis* und der *causa impulsiva* ab. Es fällt auf, dass Baldus bei seinen Erörterungen ganz anderes als es durch die Tradition des Mittelalters

Istud vestimentum est inseparabile et est idem quod propria essentia contractus sicut corpus vestiens animam est idem quod propria substantia hominis. Quoddam vestimentum est dativum seu accidentale. quodest sub predicamento accidentis. istud vestimentum pactum non habet ex se sed accomodatus sibi extrinsecus. Quot ergo modis istud vestimentum accomodat tot modis pactum vestit. Accommodat autem rei interventu significationem omnes. Item cohaerentia contractus significationem glo. Non obstantibus questionibus tunc vestitum oritur. Quae ista vestis non est naturalis ex intrinseco principio ipsius pacti: sed dativa et accidentalis“.

⁶² Johannes Hirschberger, *Geschichte der Philosophie, Altertum und Mittelalter*, 1960, Herder, S. 488.

⁶³ Überlegungen dazu zu der Frage, warum sich die Vertragsfreiheit in Rom nicht durchsetzen konnte finden sich bei Schiavone, *Ius*, S 281.

⁶⁴ Norbert Horn, *Aequitas in den Lehren des Baldus*, Böhlau, Köln-Graz, 1968, S. 187-188.

vorgegeben war, den Bereich der *pacta nuda* verliess und wieder an die Systematik des Ulpian anschloss. Daraus ergibt sich aber auch, dass Baldus wieder mit einem allgemein gefassten Begriff der *pacta* arbeitete; der Unterschied zu Ulpian bestand im *causa*-Verständnis.

Den Hintergrund für die diesbezüglichen Überlegungen des Baldus bildete das auf dem ersten Konzil von Karthago verfasste c. Antigonus, das in Zusammenhang mit einem Rechtsstreit zweier Bischöfe rund um eine schriftliche Vereinbarung hinsichtlich der Grenzen ihrer Diözese verfasst wurde. Die Entscheidung des Streites wurde mit den Worten „*Pax servetur, pacta custodiantur*“ bekräftigt.⁶⁵ Als Begründung dafür, warum *pacta* einzuhalten seien, wurde in diesem Fall also die Friedensfunktion genannt. Der Satz mit dem sich Baldus für eine allgemeine Klagbarkeit der *pacta nuda* aussprach lautete folgendermassen:

„*secundum communem opinionem canonistarum et veram ad roborandum pactum sufficit aequitas naturalis, impulsiva causa subsistente.*“⁶⁶

In welchem Verhältnis die *causa impulsiva* zur *aequitas naturalis* gestanden hat, wird in der Literatur nicht einheitlich beantwortet. So ist der Begriff der *causa impulsiva* gänzlich vernachlässigt worden und die Befestigung der *pacta* ist ausschliesslich an den Inhalt der *aequitas naturalis* gebunden worden⁶⁷, wobei die *aequitas naturalis* in der Gestalt der *aequitas canonica* gesehen wurde. Die *aequitas canonica* steht dabei für eine juristische Mentalität und wurde als wahre ungeschriebene verfassungsrechtliche Norm angesehen, deren Angelpunkte im ständigen Bewusstsein der Vergänglichkeit des menschlichen Rechts, mit der daraus folgenden Elastizität und in der hervorragenden Stellung des rechtsanwendenden Richters zu sehen sind.⁶⁸ Diese Sicht vom Recht ist mit der Zeit aus dem geschlossenen Bereich der kirchlichen Gesellschaft ausgebrochen und hat auch die juristische Ordnung der zivilien Gesellschaft durchdrungen.⁶⁹ Der umfassende Schutz der *pacta nuda* kann in diesem Zusammenhang nicht als der Schutz des Parteiwillens im Sinne einer aufgeklärten Vertragstheorie verstanden werden, im Mittelpunkt stand vielmehr die Einforderung

⁶⁵ E. Friedberg, *Corpus Iuris Canonici*, Teil 2 (Leipzig 1881), Sp. 203. Vgl. auch Alfred Söllner, *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten* in SZ 77 (1960), S. 240.

⁶⁶ Baldus de Ubaldis, *Commentaria super Decretalibus*, 1503, *Lectura ad c. I.X.I*, 35, v. *pacta custodiantur*, n. 8.

⁶⁷ Grossi zitiert die Baldusstelle in einer verkürzten Form und lässt den letzten Satz, „*impulsiva causa subsistente*“ einfach weg. Bei Francois Spies (*De l'observation des simples conventions en droit canonique*, S. 82 f), von dem Grossi das Zitat übernommen hatte, findet sich der Baldus-Text in seiner ungekürzten Form, Spies setzt sich dabei durchaus mit dem Erfordernis der *causa* in Hinblick auf die Klagbarkeit auseinander.

⁶⁸ zit. Grossi

⁶⁹ Grossi, S. 216. Die Rolle des kanonischen Rechts in Hinblick auf die Entwicklung der mittelalterlichen Rechtswissenschaft betont Ennio Cortese, *La „mondanizzazione“ del diritto canonico e la genesi della scienza civilistica* in *Il patrimonio comune del cristianesimo nella cultura giuridico-canonica medioevale* S. 123-155.

der – zunächst moralischen, dann juristischen – Verantwortung für das gegebene Wort.⁷⁰ In dem von Baldus erwähnten Erfordernis der *causa* für die Klagbarkeit der *pacta nuda* im *ius canonicum* ist aber auch eine Einschränkung der Verbindlichkeit des blossen *consensus* nach *ius naturale* und *ius gentium* gesehen worden.⁷¹ Die Verbindung der Klagbarkeit mit der *causa impulsiva* konnte jedoch auch als Einschränkung des Begriffes der *pacta nuda*, etwa im Sinne eines Zugeständnisses der Dekretisten an die Legisten gesehen werden. Diese Ansicht ist Ergebnis einer formellen Betrachtungsweise.⁷² Fragt man dennoch nach einem materiellen Begriff der *causa impulsiva* so kann dieser mit Baldus, der die *causae liberalitatis, pacis* und *concordiae* aufzählt, mit im Gewissen formulierten Motiven identifiziert werden.⁷³ Diese Motive fallen nun aber gerade mit jenen Haltungen zusammen, die auch zur inhaltlichen Beschreibung der *aequitas canonica* verwendet wurden. Der Beweggrund der Friedenserhaltung kann auch als ein äusseres Motiv dargestellt werden, das dazu führt das gegebene Wort zu halten. Das Abstellen auf die *aequitas* in Hinblick auf die Klagbarkeit führte dazu, dass der Inhalt der *aequitas* nach aussen hin in Erscheinung treten musste und dies geschah auf dem Wege der *causa impulsiva*, die das Motiv damit auch in den für die Rechtsordnung bedeutsamen Bereich überführte. Das Erfordernis der *causa impulsiva* bedeutete somit keine Einschränkung der Klagbarkeit der *pacta nuda*, sondern vielmehr eine Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes. Die Freigiebigkeit und das Bestreben nach Frieden und Eintracht sind Motive, die zur Verwirklichung der Gerechtigkeit antreiben.⁷⁴

Auch im Mittelalter wurde die Diskussion um die Klagbarkeit der *pacta nuda* um den *causa*-Begriff abgewickelt, der nun aber im Vergleich zu jenem des klassischen römischen Rechts erweitert wurde, die Abgrenzungsprobleme stellten sich nun zwischen *causa finalis* und *causa efficiens*, wobei sich die *causa efficiens* in einem bestimmten Entwicklungsstadium von der *causa impulsiva* begrifflich löste. So wurde darauf abgestellt, ob die *causa* bei der Hingabe der Leistung zum Ausdruck gebracht worden ist oder nicht, im ersten Fall lag eine *causa finalis* im zweiten eine *causa impulsiva* vor.⁷⁵ Eine beachtliche *causa finalis* (als *causa de futuro*) wurde dann als

⁷⁰ Grossi, loc. cit., S. 218.

⁷¹ Horn, *Aequitas*, S. 188. Spies legt das Zitat dabei nicht im Sinne einer allgemeinen Klagbarkeit der *pacta nuda* aus, er betont vielmehr die Bindung der Klagbarkeit der *pacta nuda* im kanonischen Recht an eine *causa extrinseca*. Söllner, *Die causa* (S. 251) formuliert verbindlich, wenn er meint, dass das Balduszitat „immerhin die Deutung zulässt, dass die Kanonisten die Verbindlichkeit der *pacta nuda* schlechthin aus der *aequitas naturalis* folgerten“.

⁷² Söllner, *Die causa*, S. 250. Das Söllner den Begriff der *causa* formell interpretiert sagt er an mehreren Stellen ausdrücklich. So in Zusammenhang mit der Distinktion *causa finalis* – *causa impulsiva*, S. 236 und S. 239.

⁷³ In diesem Sinne auch die Aussage des Baldus „*Non distinguunt inter nuda et vestita quia nec Deus nec bona conscientia distinguunt*“.

⁷⁴ Die *causae liberalitatis, pacis* et *concordiae* können wohl auch als Folge der sozialen Natur des Menschen gesehen werden.

⁷⁵ Söllner, *Die causa*, S. 198 unter Hinweis auf die Glosse des Azo zu C. 2.3.1, wo Azo von einer *causa finalis sive expressa* spricht: „*Respondeo, quod dicitur in legibus illis est intelligendum de causa finali sive expressa, hic autem non erat finalis, immo impulsiva et ideo cessat repetitio*“.

vorhanden angesehen, wenn der Bestand der Leistung von dieser *causa* abhängig gemacht wurde, während die *causa efficiens* ein Motiv auf Seiten des Leistenden darstellte, dessen Nichteintreten keinerlei Auswirkung auf den Bestand des Vertrages hatte.⁷⁶ Bei der Abgrenzung zwischen *causa finalis* und *causa efficiens* wurde auf die subjektive Einstellung des Leistenden⁷⁷ oder auch auf den objektiven Vorteil für die Vertragsparteien abgestellt.⁷⁸ Es wurde eine *causa finalis* angenommen, wenn diese „*ad substantiam actus*“ gehörte oder als „*causa favorabilis et pia*“ angesehen wurde.⁷⁹ Während Azo auf die Art und Weise abstellte, wie die *causa* nach aussen hin in Erscheinung trat, prüften die anderen Autoren – wiederum unter verschiedenen Gesichtspunkten –, ob die *causa* für den Abschluss des Rechtsgeschäfts wesentlich war. Eine Trennung der Begriffe *causa efficiens* und *causa impulsiva* kann ab Jakobus Butrigrarius, dem auch Baldus folgt, beobachtet werden. Als Beispiel für eine *causa efficiens* wird die Geschäftsfähigkeit herangezogen, diese ist in dem von den Autoren zitierten Fall zum Abschluss der Ehe erforderlich, ihr Wegfall bewirkt jedoch nicht das Ungültigwerden einer einmal geschlossenen Ehe. Im Gegensatz dazu wird die *causa impulsiva* als andere Kategorie betrachtet, bei der sich das Problem in dieser Form nicht stellt.⁸⁰ Der Unterschied zwischen der *causa efficiens* und der *causa impulsiva* kann anhand der hier angeführten Beispiel dahingehend festgehalten werden, dass die *causa efficiens* auf nach aussen messbare Kriterien abstellt, während die *causa impulsiva* auf innere Haltungen abstellt, die sich einer empirischen Messung entziehen. Ein weiteres Abgrenzungskriterium ergibt sich aus der Gegenüberstellung der *causa efficiens* als Geschäftsfähigkeit und der Wirkursache wie sie im Ausgangsfall einer bereits geleisteten Vorleistung verlangt wurde. Das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit ist unabhängig vom Parteiwillen, während die Vorleistung durch eine vom Willen der Parteien bestimmte Handlung durchgeführt wird. Ein Vergleich zwischen *causa* als *datio* und jener als *liberalitas* ergibt noch, dass die *datio* tatsächlich geleistet werden muss, während die Freigiebigkeit an keine vollzogenen Leistungen gebunden ist.⁸¹ Die *causa impulsiva* steht also für Elemente, deren Einhaltung typischerweise mit einem nicht materialisierten Bereich der *aequitas* verbunden wird. Hatte bei Ulpian die *causa* als Vorleistung der in der Gerechtigkeit

⁷⁶ Accursius, Quellennachweise bei Söllner, *Die causa*, S. 200.

⁷⁷ Odofredus, Quellennachweise bei Söllner, *Die causa*, S. 202. Dem Vorteil des Leistenden wird bei Bartolus das öffentliche Wohl gleichgestellt. Söllner, *Die causa*, S. 207 mit Quellennachweisen.

⁷⁸ Guido de Guninis, Quellennachweise bei Söllner, *Die causa*, S. 202.

⁷⁹ Bartolus, Quellennachweise bei Söllner, *Die causa*, S. 205. Das Erfordernis „*ad substantiam actus*“ wird von Söllner mit „zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts gehörend“ wiedergegeben, was eine Übersetzung von der Seite der Rechtsfolge her bedeutet, eine wörtliche Übersetzung würde wohl zum „Wesen des Rechtsgeschäfts gehörend“ lauten.

⁸⁰ Söllner, *Die causa*, S. 209. Baldus verwendet zur Verdeutlichung der *causa efficiens* ein einen Minor betreffendes Beispiel, also ebenfalls einen die Geschäftsfähigkeit betreffenden Fall (Söllner, *Die causa*, S. 210).

⁸¹ Dies bezeichnet Guzmán als den entscheidenden Unterschied zwischen der *causa* im Sinne des Zivilrechts und jener des kanonischen Rechts. Guzmán, *Causa del contrato*, S. 285. Unter Wirkursache im Zivilrecht ist hier die *causa efficiens* zu verstehen, während die Wirkursache im kanonischen Recht als *causa impulsiva* bezeichnet wird.

begründeten materiellen Konkretisierung des Synallagmas gedient, erfüllte die die *causa impulsiva* den Zweck, Teilaspekte der *aequitas* in das Rechtsleben umzusetzen.

VII. Zusammenfassung und Ergebnisse

Vor dem Hintergrund der in der Einleitung gestellten Frage, ob die Verankerung einer Regelung in der *aequitas* bloss das Ergebnis einer Bezugnahme auf stoische Phraseologie darstelle, oder ob in diesen Fällen auf die Gerechtigkeit als materiellem Maßstab für eine konkrete Lösung hingewiesen wird, lässt sich nun zusammenfassend folgender Befund festhalten:

1. In dem als Ausgangspunkt für die vorliegende Arbeit gewählten Edikt über die *pacta* ist bereits bei Ulpian eine Doppelgleisigkeit im Hinblick auf den konkreten Untersuchungsgegenstand vorgezeichnet, die zwischen den Begriffen der *conventio* als Ergebnis einer Rechtshandlung und jenem der *pacta* als juristisches Gebilde wechselt. Während die römischen Juristen die *conventio* in den Mittelpunkt ihrer Ausführungen stellte, konzentriert sich die Aufmerksamkeit der mittelalterlichen Juristen in erster Linie auf die *pacta*. Baldus, der die volle Klagbarkeit der *pacta nuda* dogmatisch ausgearbeitet hat, kehrt wieder zur römischrechtlichen Systematik zurück.

2. Es besteht eine auffallende äussere Parallele in der Gedankenstruktur zwischen der Gerechtigkeitsdefinition und der Formulierung des Grundsatzes, wonach es keine *obligatio* gibt, die keine *conventio* in sich trage, diese Rechtsregel kann als Ergebnis des *ius* als *ars boni et aequi* angesehen werden.

3. Im Text der Glosse spiegelt sich eine Unsicherheit dahingehend wieder, ob das Edikt nun dem *ius naturale* im Sinne der Naturrechtsdefinition des Ulpian oder dem *ius gentium* zuzuordnen ist. Diese Schwierigkeiten sind zum Teil auch auf die Tatsache zurückzuführen, dass die Glosse im Unterschied zum Text des *Corpus Iuris* von den *pacta* in der konkretisierten Form der *pacta nuda* ausgeht. In der Glosse findet sich im Ansatz bereits die Unterscheidung zwischen der mit *ratio* ausgestatteten vernünftigen Natur und die Ordnung der Natur als Richtungsweisung. Das von einer „vernünftigen“ Natur ausgehende Naturrecht ist als Maßstab dem handelnden Rechtssubjekt zuzuordnen, die Ordnung der Natur kann zur Ausgestaltung juristischer Gebilde herangezogen werden. Ein Beispiel dafür sind die Überlegungen der mittelalterlichen Autoren zu den *pacta*.

4. Die Wendung „*natura, id est ipse Deus*“ wird von den mittelalterlichen Autoren in der oben genannten zweifachen Bedeutung interpretiert. Sie stellte ein Beispiel für das das Mittelalter kennzeichnende Zusammenspiel zwischen Theologie, Philosophie und Rechtswissenschaften dar.

5. Sowohl im klassischen römischen Recht wie auch im Mittelalter war die *causa* das für die Klagbarkeit einer formlosen Verabredung entscheidende Element. Der Begriff

durchlief verschiedene, durch einen jeweils unterschiedlichen Grad der „Materialisierung“ gekennzeichnete, Entwicklungsstadien. Zunächst wurde er von Aristo von der Ebene der Obligation auf jene der tatsächlichen Leistung übertragen, was sich auch auf eine materielle Konzeption der *causa* als *datio* im Sinne einer Vorleistung niederschlagen sollte. Dieses Verständnis von *causa* entsprach der *causa efficiens* im philosophischen Sinn. Baldus übertrug den Begriff in Form der *causa impulsiva* wieder auf die nichtmaterielle Ebene.

6. Der zentrale Begriff für die mittelalterliche Diskussion zur Klagbarkeit formloser Abkommen war jener der *vestimenta*. Unter *vestimenta* verstand man ein von aussen hinzukommendes Element, das die Klagbarkeit des jeweiligen *pactum* bewirkte. Dieses Element wurde als in der Natur vorgezeichnet angesehen, was sich auch durch die Schwierigkeiten hinsichtlich der Einordnung der *pacta legitima* belegen lässt.

7. Der Widerspruch, der zwischen der Grundlegung des Edikts über die *pacta* in der *aequitas naturalis* und der Regula „*ex nudo pacto actio non nascitur*“ zu bestehen schein, lässt sich auflösen, wenn man beachtet, dass Ulpian in der Einleitung einen allgemeinen „naturrechtlichen“ Grundsatz formulieren wollte, während es sich bei der Entscheidung hinsichtlich der Klagbarkeit der *pacta nuda* um eine positivrechtliche Ausgestaltung des *ius gentium* handelt.

