

Simon Laimer • Christoph Kronthaler •
Bernhard A. Koch (Hrsg)

Europäische und internationale Dimensionen des Privatrechts

Festschrift für Andreas Schwartze

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische
Daten stehen unter <<http://dnb.d-nb.de>> zur Verfügung.

Mit freundlicher Unterstützung

CHG Czernich Rechtsanwälte, Land Tirol, Land Vorarlberg,
P|E|H|B Rechtsanwälte, Rechtsanwaltssozietät Christoph Perathoner & Partner,
Stiftung Fürstlicher Kommerzienrat Guido Feger, Vizerektorat für Forschung und
die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Innsbruck.



Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Sämtliche daraus abzuleitenden Rechte sind vorbehalten. Dies gilt insbesondere, aber nicht ausschließlich, für das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung des gesamten Werkes oder von Teilen desselben durch druck- und fotomechanische Verfahren, zur elektronischen Speicherung insbesondere in Datenverarbeitungsanlagen oder auf maschinenlesbaren Datenträgern oder das Recht zur Übersetzung in sämtliche Sprachen.

Für Abdruckgenehmigungen odgl. wenden Sie sich bitte unter
<www.jan-sramek-verlag.at> an den Verlag.

Produkthaftung:

Trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle kann keine Garantie für die
Vollständigkeit, Aktualität oder Fehlerlosigkeit des Werkes gegeben werden.
Eine Haftung des Verlages, der Herausgeber und/oder Autoren aus dem Inhalt
dieses Werkes ist ausgeschlossen.

Eigensatz des Verlages

Schrift: Arnhem Pro

Druck und Bindung: Prime Rate Kft

Gedruckt auf: Munken Premium Cream 90 g 1,5 vol.

DOI <https://doi.org/10.52018/INKB-00276-B000>

ISBN 978-3-7097-0276-5

© Wien 2021, Jan Sramek Verlag KG

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	XXVII
<i>Apostolos Anthimos</i> GRIECHISCH-DEUTSCHER UND ÖSTERREICHISCHER ZUSTELLUNGSVERKEHR IN ZIVILSACHEN	3
<i>Heinz Barta</i> DIE GRUNDLINIEN DES GRIECHISCHEN UND MODERNEN VERTRAGES – SOLONS HOMOLOGIE	19
<i>Bernhard Eccher</i> LIEGENSCHAFTSVERMÄCHTNISSE ZWISCHEN ÖSTERREICH UND ITALIEN	49
<i>Wolfgang Faber</i> ZUR IDEE EINES OPTIONALEN INSTRUMENTS FÜR MOBILIARSICHERHEITEN	61
<i>Hilmar Fenge</i> ZUR PROBLEMATIK DURCH ÄUSSERE UMSTÄNDE BEGRÜNDETER UNZUTRÄGLICHKEITEN BEIM SACHKAUF	97
<i>Michael Ganner</i> ASPEKTE DER HANDLUNGSFÄHIGKEIT IN ÖSTERREICH UND DEUTSCHLAND	113
<i>Anabela Susana de Sousa Gonçalves</i> THE NEW BRUSSELS IIB REGULATION ON MATRIMONIAL AND PARENTAL RESPONSIBILITY MATTERS	133
<i>Martin Häublein • Christoph Kronthaler</i> DURCHGANGS- ODER DIREKTERWERB BEIM EINFACHEN STRECKENGESCHÄFT? – ZUGLEICH EIN BEITRAG ZUR LEHRE VOM VERFÜGUNGSGESCHÄFT	157

Eva Maria Huber • Simon Jetzinger

**DIE KOLLISIONSRECHTLICHE ANKNÜPFUNG VON
MOBILIARSICHERHEITEN IM LICHT DER JÜNGEREN OGH-JUDIKATUR** 181

Wulf A. Kaal

DECENTRALIZATION – PAST, PRESENT, AND FUTURE 195

Bernhard A. Koch

**SIND DIE EUROPÄISCHEN DELIKTSRECHTE GERÜSTET FÜR SCHÄDEN
DURCH KÜNSTLICHE INTELLIGENZ?** 223

Simon Laimer

**DER VERBRAUCHERRÜCKTRITT BEI VERZUG DES UNTERNEHMERS
NACH DEM NEUEN § 7C KSCHG** 239

Peter G. Mayr

**DIE UMSETZUNG DER ADR-RICHTLINIE IN ÖSTERREICH
UND IN DEUTSCHLAND** 255

Georg Miribung

DAS TIER ALS SACHE, ALS FÜHLENDES WESEN UND ALS KREATUR 287

Kristin Nemeth

**DIE ABGRENZUNG VON ERB-, SACHENRECHTS- UND REGISTERSTATUT –
EIN BLICK AUF NATIONALE UND EUROPÄISCHE RECHTSPRECHUNG** 303

Monika Niedermayr

**VON LEGITIMIERTEN VENEZIANISCHEN SALAMIWÜRSTEN, VERSTORBENEN
REICHEN ENGLÄNDERN, SALZBURGER (EX)NONNEN UND ANDEREN
AUSLÄNDERN** 327

Christoph Perathoner

**DER SELBSTSTÄNDIGE GARANTIEVERTRAG IN DER INTERNATIONALEN
RECHTSPRAXIS** 339

Raimund Pittl

**SCHIKANÖSE RECHTSAUSÜBUNG IM ÖSTERREICHISCHEN PRIVATRECHT –
VERSUCH EINER ANNÄHERUNG AUS ANLASS EINER AKTUELLEN
ENTSCHEIDUNG DES OGH** 355

J. Michael Rainer

**ZUR NOTWENDIGKEIT EINER REFORM DER ERBRECHTLICHEN
BESTIMMUNGEN ZUGUNSTEN DER LEBENSGEFÄHRTEN IM ABGB** 367

Alexander Schopper

ZUR ÜBERWÄLZUNG UNKALKULIERBARER RISIKEN IN BAUVERTRÄGEN 377

<i>Hubertus Schumacher</i>	
DIE KOMPETENZ-KOMPETENZ DES SCHIEDSGERICHTS	395
<i>Francesco A. Schurr</i>	
SMART CONTRACTS IM LICHT DES VERBRAUCHERSCHUTZRECHTS	403
<i>Mathijs H. ten Wolde</i>	
LISTED SHARES, FINANCIAL LOSS AND JURISDICTION UNDER THE BRUSSELS IA REGULATION – A MATTER OF TWO PRINCIPLES	427
<i>Martin Trenker</i>	
ANWENDBARES RECHT BEI GRENZÜBERSCHREITENDER INSOLVENZANFECHTUNG, INSBESONDERE AUS DEUTSCH-ÖSTERREICHISCHER PERSPEKTIVE	443
<i>Sandra Viertler • Karolina Maier</i>	
STILL ALIVE? ZIVILRECHTLICHE AUSWIRKUNGEN DER TODESERKLÄRUNG.....	487
<i>Caroline Voithofer</i>	
PRIVATRECHTSANGLEICHUNG DURCH INTERNATIONALE MENSCHENRECHTSÜBEREINKOMMEN	505
<i>Andreas Vonkilch</i>	
COVID-19 UND DAS BESTANDRECHT – EIN ÖSTERREICHISCH-DEUTSCHER RECHTSVERGLEICH	525
<i>Mathias Walch</i>	
DO WE NEED A SMARTER PRIVATE LAW IN AUSTRIA?	541
<i>Stephan Wolf</i>	
DER EHEVERTRAG UND INSBESONDERE SEIN INHALT IN DEUTSCHLAND, ÖSTERREICH UND DER SCHWEIZ – EINE RECHTSVERGLEICHENDE ÜBERSICHT	551
EPILOG	565
Über Andreas Schwartz	567
Schriftenverzeichnis Andreas Schwartz	571

□

HEINZ BARTA

Die Grundlinien des griechischen und modernen Vertrages – Solons Homologie

Zum rechtlichen Zusammenwirken von ›Schuld‹ und ›Haftung‹

DOI: <https://doi.org/10.52018/INKB-00276-B002>

»The carving out of the concept of an ›obligatio‹ and the development of a law of obligations was one of the great contributions of classical Roman jurisprudence to the science of law. Fritz Schulz refers to it as ›[a] unique achievement in the history of human civilisation‹.¹ Indeed, the concept of ›obligatio‹ is a very advanced and refined one which was not part of the primitive thinking patters of archaic Roman law [...], but which stood at the end of a long evolution.«

Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town ua, 1990) 1 f

Inhaltsüberblick: I. Das Entstehen ›moderner‹ Haftung, II. Charondas und die staatliche Haftungsbegründung, III. Wie entstand deliktische Haftung?, IV. Zur sogenannten ›Unterwerfung des Schuldners‹ (unter die Vollstreckungsmacht des Gläubigers) und dessen ›Zugriffsrecht‹ auf den Schuldner, V. Exkurs: Frühzeit und Haftung, VI. Wolfgang Waldsteins ›Haftung und *dare oportere*‹, VII. Roman foundations of the Civilian Tradition in ›The Law of Obligations‹?

Lieber *Andreas*, ich bin im Rahmen meines ›Graeca‹-Projekts auch auf die Frage des Entstehens und Zusammenwirkens von ›Schuld‹ und ›Haftung‹ im griechischen und römischen Recht gestoßen und kam zu einem anderen Ergebnis als die ›hL‹ des römischen Rechts, die bis heute die moderne (Privat)Rechtsdogma-

¹ F. Schulz, *Classical Roman Law* 1951, 463 und Max Kaser 1971, I 478 ff: Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht (München, 1971²).

tik bestimmt. Es war, wie von mir in ›Jurisprudenz und griechische Klassik‹ (2020 und 2021)² erstmals angedeutet, das griechische Rechtsdenken, das Kontinentaleuropas künftigen Weg durch ›große‹ Ideen – und nicht wie Rom durch ein elaboriertes Fallrecht – bestimmt hat. Das zeigt sich im Vertragsrecht auf besondere Weise. Auch das Verständnis des Zivilrechts beruht immer noch, wenn auch meist unbewusst und unausgesprochen auf dem römischen Recht und teilt mit diesem ein mangelhaftes Verständnis des Zusammenwirkens von ›Schuld‹ und ›Haftung‹. – Die – hier zusammengefassten – Überlegungen möchte ich Dir als Dank für Deine langjährige Tätigkeit als Institutsvorstand widmen, und Dir noch viele Jahre der Schaffenskraft und des Wohlergehens und Glücks wünschen.

Eberhard *Ruschenbusch* hat 1968 die Fragmente des Solonischen Gesetzeswerkes als ΣΟΛΩΝΟΣ ΝΟΜΟΙ³ veröffentlicht und noch vor seinem Tod damit begonnen diese Fragmente erneut zu übersetzen und zu kommentieren. Der Tod hat ihn daran gehindert, diese Arbeit zu vollenden und bedauerlicherweise kam er mit seiner Arbeit nicht mehr bis zu Fragment/F 76a mit dem ich mich in der Folge befasse. In seiner Publikation von 1968 hat Ruschenbusch dieses Fragment inhaltlich mit »Vereinsautonomie« (im Sinne von ›Vereinsfreiheit‹) gekennzeichnet. Klaus *Bringmann* hat Ruschenbuschs bereits weit vorangekommene neue Arbeit 2010 publiziert, Fehlendes aber nicht ergänzt und eine zweite unveränderte Auflage erschien 2014.⁴

Fragment/F 76a ist über den Zwölftafelgesetz-Kommentar des *Gaius* (~ 150 n.) auf uns gekommen und belegt, dass Solons Gesetze von den decemviri legibus scribundis im Rahmen der römischen *Zwölftafel-Gesetzgebung* von ~ 450 v. verwendet worden waren.⁵ Das für die hier behandelte Frage relevante Fragment 76a wurde – wenngleich vom Griechischen ins Lateinische übertragen und aufgeteilt auf zwei Tafeln; Tabula VI (Düll: Nr. 1 und 2: Gültigkeit der mündlichen Vereinbarung/Homologie) und Tabula VIII (Düll: Nr. 27: Vereinsfreiheit) – in das Zwölftafel-Gesetz aufgenommen.

2 Barta Heinz 2020: ›Jurisprudenz und griechische Klassik‹, Beilage der Zeitschrift: Antike Welt 51 (2020) Heft 4 und Barta Heinz 2021 (überarbeitete Fassung): ›Jurisprudenz und griechische Klassik‹, in: ΑΚΑΔΗΜΙΑ ΑΘΗΝΩΝ, ΕΠΙΘΗΠΙΣ ΤΟΥ ΚΕΝΤΡΟΥ ΕΡΕΤΝΗΣ ΤΗΣ ΙΣΤΟΡΙΑΣ ΤΟΥ ΕΛΛΗΝΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ 50 (2020/2021) 9–35.

3 Eberhard Ruschenbusch, ΣΟΛΩΝΟΣ ΝΟΜΟΙ/Solonos Nomoi. Die Fragmente des solonischen Gesetzeswerkes. Mit einer Text- und Überlieferungsgeschichte (Wiesbaden, 1968, unveränderter Nachdruck 1983).

4 Eberhard Ruschenbusch, Solon: Das Gesetzeswerk – Fragmente. Übersetzung und Kommentar. Hg. von K. Bringmann (Stuttgart, 2010/2014²).

5 Vgl. Rudolf Düll (Hg.), Das Zwölftafelgesetz. Texte, Übersetzungen und Erläuterungen (Darmstadt, 1995) 17 und Dieter Flach, Das Zwölftafelgesetz. Hg., übersetzt und kommentiert von D. Flach in Zusammenarbeit mit A. Flach (Darmstadt, 2004), etwa 15: Solon und andere Satzungen griechischer Gemeinden und Unteritaliens.

Düll⁶ bringt das klarer zum Ausdruck als Flach,⁷ der zu Tafel VIII Ruschenbuschs F 76a zwar erwähnt, jedoch ohne Verständnis für dessen Bedeutung und die Tatsache der Rezeption (und zwar weder für die Vereins-, noch für die Vertragsfreiheit). Ruschenbuschs einschlägige Publikation (1968/1983) wird von Flach weder erwähnt, noch berücksichtigt. Bei Flach fehlt auch ein Hinweis darauf,⁸ dass die Abschaffung der leiblichen Haftung in Rom offenbar nach griechisch-solonischem Vorbild erfolgt war, wenngleich noch nicht im Zwölftafel-Gesetz, sondern erst deutlich später.⁹

Bei dem von Ruschenbusch als F 76a bezeichneten und wiedergegebenen Text handelt es sich nicht um den Originaltext aus Solons Gesetzgebung, sondern – dem wohlbegründeten Vorschlag der US-Philologin *Adele C. Scafuro* (2006) folgend¹⁰ – um einen sprachlich überarbeiteten griechischen und lateinischen Text, »with a Solonian kernel«. – In Band III/2 von ›Graeca‹, der demnächst erscheinen soll, gehe ich auf die (von Ruschenbusch behandelte) Überlieferungsgeschichte dieses Textes ein und führe weitere Belege für die ›sinngemäße‹ Echtheit dieses Textes an. – Der überlieferte Text von F 76a wurde von Ruschenbusch inhaltlich als Regelung der sogenannten ›Vereinsfreiheit‹ (durch Solon) gekennzeichnet und ich habe in ›Graeca‹ zu belegen versucht, dass der überlieferte Wortlaut über die Regelung der ›Vereinsfreiheit‹ hinaus, auch die ›Vertragsfreiheit‹ – die Griechen nannten das später ›Homologie‹ – enthielt. Meine Argumentation (zum Verhältnis von Vereins- und Vertragsfreiheit in F 76 a) ist folgende: Hinter der Formulierung in F 76a steht meines Erachtens eine Art *Größenschluss*:¹¹ Wenn Bürger alle möglichen Arten von Vereinigungen und Gesellschaften rechtsgültig gründen konnten,¹² mussten sie auch in der Lage (gewesen) sein, unter denselben Voraussetzungen und Wirkungen (nämlich ›konsensueller Einigung‹ und daraus entstehender ›Schuld‹), einfache Verträge – wie Kauf, Tausch, Miet- oder Arbeitsverträge – zu schließen, zumal solche Verträge nach erfolgter Vereins- oder Gesellschaftsgründung auch von diesen Rechtskörpern (durch ihre Mitglieder) geschlossen werden sollten. Bei diesem Größenschluss handelt es sich um einen ›Schluss vom Kleineren auf's Größere‹, also ein *argumentum a minori ad maius*,

6 Düll 1995, 38 f und 55. – Während die in Tafel VIII geregelte ›Vereinsfreiheit‹ einen Hinweis auf das Solonische Vorbild enthält, fehlt ein solcher in Tafel VI.

7 Flach 2004, 136 f.

8 Flach 2004, 30 f.

9 Zur lex Poetelia in/bei Anm. 69.

10 Adele C. Scafuro, Identifying Solonian Laws, in: Blok/Lardinois (Ed.), Solon of Athens (2006) 175–196.

11 Zu den Größenschlüssen: mein Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken, 2 Bde. (Wien, 2004²): Buch- und Internetauflage (<<http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>>), II 728 f.

12 Vgl. die Aufzählung der verschiedenen Vereinigungen gleich anschließend am Beginn von Pkt. I: ›Das Entstehen ›moderner‹ Haftung‹.

was besagt: Ordnet das Gesetz etwas als Rechtsfolge schon für einen – dem Gesetzeszweck nach – weniger wichtigen oder besonderen (Teil)Sachverhalt an, muß diese Anordnung erst recht für allgemeinere, wichtigere Fälle/Sachverhalte gelten. Es handelt sich um einen (Rück)Schluss vom Besonderen (= Vereinsfreiheit) auf's Allgemeine (= Vertragsfreiheit)! – Dieser knappe Vorspann soll das Verständnis der folgenden Ausführungen erleichtern.

I. Das Entstehen ›moderner‹ Haftung

Es war dann ein naheliegender Gedanke mit der in Fragment 76a entdeckten *Homologieformel* nicht nur das Zustandekommen von Vereinbarungen und Verträgen, sondern in der in die Formel integrierten *Kyriaklausel* (dem ›κύριον εἶναι‹) auch die neu geschaffene *staatliche Haftung* (*sanzeige*) zu erkennen. – In F 76a heißt es:¹³ ›Was eine Gemeinde oder Phratriemitglieder oder Orgeonen oder Genetai oder Gastmahlbrüder oder ein Begräbnisverein oder Thiasotai oder Leute, die auf Beute oder Handel ausgehen, untereinander abmachen [... ὅτι ἄν τούτων διαδίδονται πρὸς ἀλλήλους, /hóti an touton diathóntai prós alléous], das soll rechtens sein [κύριον εἶναι/kýrion éinai], wenn es nicht durch staatliche Verordnung untersagt ist [εἰάν μὴ ἀπαγορεύσῃ δημόσια γράμματα/eán mé apagoreúse demósia grámmata].‹

Dabei galt es zu bedenken, dass ›Vertragshaftung‹ bis zu Solons Gesetzgebung (594/593 v.) nur durch eine ergänzende vertragliche Vereinbarung, nämlich einen Bürgschaftsvertrag oder (nach Partsch: 1909) auch durch Selbstverbürgung zustande kam: In homerischer Zeit wurde – wie in ›Graeca‹ gezeigt¹⁴ – auch deliktisch entstandene Schuld durch Bürgschaftsvertrag ›haftungsmäßig‹ ergänzt.¹⁵

Erst die Thesmotheten *Drakon* und *Solon* setzten, mit dem von ihnen bewirkten Erstarken des Staates, die nötigen, bereits gesetzlichen Schritte zur *Anordnung staatlicher Haftung*: Drakon für Tötungsdelikte – also den deliktischen Bereich (dessen Haftung dabei erstmals individualisiert wurde), Solon mit der Regelung von F 76a für das Vertragswesen der Polis; und zwar für das öffentliche

13 Übersetzung: Ruschenbusch 2014, 145 (s. Anm. 4): Vereinsautonomie.

14 Es handelt sich um den von Homer (Odyssee VIII 344–360) geschilderten Ehebruchsfall von Ares und Aphrodite, betroffen war Hephaistos; dazu Josef Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht, I. Teil: Das Recht des altgriechischen Gemeindestaats (Leipzig/Berlin, 1909) 9 ff und meine Ausführungen in ›Graeca non leguntur?‹, Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland, Bd. III/2: in Druck (2022), Pkt. 4 f. ›Die Welt Homers‹ – Homerisches Recht ...‹.

15 Dazu anschließend, in Pkt. III: ›Wie entstand deliktische Haftung?‹.

und das private Recht. In beiden Fällen setzte die geschaffene staatliche ›Haftung‹ entstandene Schuld voraus, deliktische oder vertragliche. Haftung musste nun, um zu entstehen, nicht mehr privatautonom begründet werden und wenn zusätzlich ein Bürgschaftsvertrag abgeschlossen oder eine Haftungsklausel in einen Vertrag aufgenommen wurde, was kautelarjuristisch sinnvoll sein konnte, sollte es die Vertragsparteien auf die neue Rechtslage aufmerksam machen oder staatliche Haftung ergänzen. – Haftung war nunmehr *gesetzlich* eingeführt und wirkte mit gültigem Vertragsschluss, unabhängig davon, ob in einen Vertragstext eine Haftungsformel aufgenommen oder ein Bürgschaftsvertrag abgeschlossen worden war. Die Durchsetzbarkeit des Gläubigeranspruchs vor staatlichen Gerichten war nun (aufgrund fortgeschrittener Institutionalisierung) gesetzlich ›garantiert‹. Ausgedrückt wurde dies mit der Kyriaklausel (in F 76a). – Für den Bereich der Verträge bedeutete dies (seit Solon): ›Wer schuldet, haftete auch‹.

Das ›κῦριον εἶναι/kyrion einai der Solonischen Homologieformel, das im Zwölftafel-Gesetz zu ›ita ius esto‹ wurde, und mit ›so soll das rechtens sein‹ zu übersetzen ist, indizierte und bezog sich (bestätigend) sowohl auf die Gültigkeit des von den Vertragsparteien (mündlich!) Vereinbarten (und damit den *privatautonom* Teil der ›Homologie‹), als auch auf die *staatlich* angeordnete Haftung und bewirkte die prozessuale Durchsetzbarkeit vertraglich begründeter Ansprüche.

Drakons und Solons Reformgesetze bildeten für das Entstehen von ›Homologie‹ und ›Haftung‹ einen geeigneten historischen Anlass, um diese normativ und gesellschaftlich bedeutenden Entwicklungsschritte zu setzen und verständlich zu machen! Ein früheres Begründen ›staatlicher‹ Haftung wäre mangels entwickelter Staatlichkeit kaum möglich gewesen; und vertragsrechtlich fehlte bis Solon die klare Aussage, dass alles, was die Parteien eines Vertrages im Rahmen des gesetzlich Erlaubten (wenn auch nur mündlich) vereinbarten, als rechtlich verbindlich und gültig anzusehen war. – Erst Drakons und Solons justizielle Reformen eröffneten die legistische Chance eines Entwicklungsschritts im Haftungsbereich; denn staatliche *Haftungsanordnung* setzte eine funktionierende Staatsgewalt voraus. Nur so konnte die Kyriaklausel im Homologiekonzept die bisher übliche Haftungsbegründung durch Bürgschaft ersetzen.

Von *Haftung in einem ›modernem‹ Sinn* sollte daher erst ab staatlich angeordneter (Schuldner)Haftung, dem gesetzlichen ›Eintretenmüssen‹ für entstandene Schuld, und dem Gläubiger parallel dazu ermöglichter und zugesicherter gerichtlicher Anspruchsdurchsetzung gesprochen werden. Davor handelte es sich um Entwicklungsschritte auf dem Weg zu ›moderner‹ Haftung.¹⁶ – Aber schon

16 Dazu in Bd. II/1 von ›Graeca‹ (2011), Kapitel II 9, S. 427 ff (unter Hinweis auf Egon Weiss, Griechisches Privatrecht. Auf rechtsvergleichender Grundlage, I. Allgemeine Lehren, Leipzig: 1923; siehe auch J. Partsch 1909, 198, siehe Anm. 14). – Einen knappen historischen Überblick

bei Drakons individualisierender Haftungsanordnung für Mord und Totschlag stand die anordnende Macht des Staates im Vordergrund; was nötig war, um die noch mit Blutrachekompetenz ausgestatteten Familienklans (nach den Wirren des Kylonischen Frevels) in die Schranken zu weisen und deren Selbsthilfe- und Eigenmachtansprüche (im Rahmen der Errichtung des staatlichen Gewaltmonopols) zurückzudrängen. – § 19 ABGB beschreibt diese Entwicklung und die Folgen davon vorbildlich, was Karl Anton v. Martinis Weitblick zu danken ist.

Die Haftungs begründung der Frühzeit war umständlich und hatte bei Vertragschlüssen – getrennt von diesen und sie ergänzend – zu erfolgen: bei den Griechen der homerischen Zeit (und wohl noch bis Solon) durch Abschluss eines Bürgschaftsvertrags und nach Partsch (1909) schließlich auch durch Selbstverbürgung, worüber man wenig weiß. – Die Souveränität der solonischen Lösung bestand darin, dass die Haftungs begründung für Verträge damit generell und ein für alle Mal durch Gesetz (Solons F 76a) angeordnet worden war; also nicht mehr durch einen eigenen Begründungsakt bei Vertragsabschluss erfolgen musste. Darin lag eine namhafte Vereinfachung.¹⁷

II. Charondas und die staatliche Haftungs begründung

Ich biete mein Verständnis von ›Homologie‹ als Gegenthese zur ›hA‹ an und verweise als ›Probe‹ und historischen Beleg für die Richtigkeit der vorgelegten Erklärung (einer staatlichen Haftungs begründung) auf die *Regelung des Charondas*, dessen Anordnung nur eine mögliche legistische Haltung gegenüber dem Kreditkauf darstellte:¹⁸ Nach Theophrasts Bericht¹⁹ versagte der Gesetzgeber von Katane dem *Kreditkauf*²⁰ die prozessuale Durchsetzung vor staatlichen Gerichten, die sogenannte Justiziabilität: »[...] μὴ εἶναι δίκην« (›me einai díken‹

der exekutiven Entwicklung bei Griechen und Römern gibt: Leopold Wenger, *Das Recht der Griechen und Römer*, in: Kohler/Wenger, *Allgemeine Rechtsgeschichte*, Erste Hälfte: *Orientalisches Recht und Recht der Griechen und Römer* (1914) 291 f.

17 Das bedeutete auch gegenüber der germanistischen Lösung einen Vorteil; dazu in Bd. III/2, Kapitel VI 2b von ›Graeca‹: ›Zur germanistischen Haftungstheorie‹.

18 Dazu Franz Hofmann, *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts*: Wien, 1870; siehe Anm. 19.

19 Erhalten in Stobaios *Florilegium* XLIV 22, 7.

20 Zum Kreditkauf, den auch Platon für Athen ablehnte (›Nomoi‹ XI 915de), wo jedoch eine andere Regelung gegolten hat: s. Bd. II/2, Kapitel II 13, S. 91 ff von ›Graeca‹ (s. Anm. 14). – Zu Charondas: Hofmann 1870, 107 und 111 f.

ist zu übersetzen mit: ›steht keine Klage zu‹),²¹ erklärte jedoch den (Kredit)Kauf selbst nicht für unwirksam.

Das zeigt – und das ist hier von entscheidender Bedeutung: *So wie der Staat* – in Athen waren es Drakon und Solon – *durch staatlichen Rechtsakt, nämlich Gesetz/Thesmos, das Entstehen deliktischer und vertraglicher Haftung mit der Begründung von Schuld* (aus Delikt oder aus Vertrag/Homologie) *anordnen konnte, konnte er auch den Eintritt von Haftung* (hier verstanden als rechtlich-prozessuale Durchsetzbarkeit vertraglicher Ansprüche) *versagen!* – Nichts anderes hat Charondas in Katane getan!

Nicht alle Poleis – vor allem offenbar nicht Athen (!) – sind dem Beispiel des Charondas gefolgt. Die Haltung griechischer Poleis gegenüber dem Kreditkauf bestimmte sich offenbar nach ihrer wirtschaftlichen Entwicklung; wirtschaftlich rege (Klein)Staaten versagten dem Kreditkauf die Anerkennung nicht, rückständige Poleis dagegen schon.

Es oblag nach archaischem Rechtsverständnis weder den Vertragsparteien gemeinsam, noch dem Gläubiger allein, ›Haftung‹ zu bewirken: ›Haftung‹, verstanden als justiziell garantiertes Entstehenmüssen des Schuldners für gültig begründete Schuld und entsprechend dazu auf Gläubigerseite die gerichtliche Durchsetzbarkeit seines Anspruchs. Die Voraussetzungen dafür waren – im Interesse beider Vertragsparteien – bei einem Rechtsgang von staatlichen Gerichten zu prüfen. Dem Gläubiger wurde damit die Möglichkeit eröffnet, seine vertraglich erworbenen und gerichtlich überprüften Rechte/Ansprüche durchzusetzen: zunächst noch im Wege der Selbsthilfe, später unter Zuhilfenahme staatlicher Behörden; Zwangsvollstreckung. Nur *staatliche Macht* konnte das bewirken, nicht privatautonome Vereinbarung der Vertragsparteien! – Hier liegt die Bruchstelle für das mit dem Zwölftafel-Gesetz übernommene griechisch-solonische Recht durch die Römer und in der Folge die Romanistik und das moderne Zivilrecht.

Die entstehende Polis schuf mit diesen Schritten für ihre Bürger – im zentralen Bereich des Vertragswesens – den bis heute wichtigen Rechtswert *Rechtssicherheit*, den ihre Justizorganisation zu verwirklichen hatte! Die mit Fragment 76a geschaffene *Vertragsfreiheit* konnte und sollte auch *Vertragssicherheit* schaffen, wodurch *Rechts-* und *Vertragstreue* betont und privates wie unternehmerisches Planen gesichert wurde. – Der bekannte Merksatz Henry Sumner Maines ›*From status to contract*‹ erhält damit eine historisch-legistische Grundlage und ist erst mit F 76a in voller Bedeutung zu verstehen!²²

In Band III/2 von ›*Graeca*‹ gehe ich auf diese für die griechische Gesellschaftsentwicklung wichtige Formel ein, die eine *soziale Funktion des Vertrages* sowie

21 Das.

22 Henry Sumner Maine, *Ancient Law* (London, 1861, Reprint 1950).

soziale Durchlässigkeit bewirkte. – Durch Vertrag sollte die alte *Statusgesellschaft* Schritt für Schritt gelockert und schließlich aufgebrochen werden. Ein genialer Plan.

Die hohe Wertschätzung des ›Nomos‹, die das griechische Rechtsdenken noch in den Jahrhunderten nach Drakon und Solon auszeichnete, hatte wohl auch darin ihren Grund: *Pindars* und *Herodots* ›Νόμος βασιλεύς‹/Nómos basileús ist nicht vom Himmel gefallen, sondern hatte handfeste historische – drakontisch-solonische – Wurzeln.

Als Nachtrag zu Charondas sei erwähnt: F 76a lehrt, dass Vorschriften, die sich später gegen den *Kreditkauf* richteten, zu Solons Zeit noch nicht bestanden haben; oder anders gewendet: Zur Zeit Solons war in Athen nicht nur der Barkauf (vornehmlich als Marktkauf), sondern auch der Kreditkauf rechtlich nicht eingeschränkt, also gerichtlich durchsetzbar. – Damit ergibt sich mittelbar ein Hinweis auf die Datierung der Regelung des Charondas; als *dies post quem* ist Solons Gesetzgebung: 594/593 v. anzunehmen.

Nach *Theophrasts* Bericht hat der Gesetzgeber von Katane Kreditkäufen die Durchsetzung vor staatlichen Gerichten versagt, eine Lösung, die *Platon* in den ›Nómoi‹ übernahm.²³ *Aristoteles* ging in anderem Zusammenhang – nämlich beim Behandeln von Freundschaft in der ›Nikomachischen Ethik‹²⁴ auf diese Frage ein und führte aus:²⁵

»Wie es nun beim Recht zwei Arten gibt, das ungeschriebene und das Satzungsrecht [= das Geschriebene], so läßt sich auch wohl bei der Nutzfreundschaft eine Gesinnungs- [ἡθικὴ φιλία] und eine Satzungsfreundschaft [gesetzliche F., νομικὴ φιλία] unterscheiden. Und so kommt es zu gegenseitigen Vorwürfen dann vor allem, wenn die Partner ihre Beziehung nicht im Sinne derselben Freundschaftsart beginnen und lösen. Satzungsfreundschaft ist die auf (genaue) Festlegungen [ἐπι ῥητοῦς]²⁶ gegründete. Und zwar gibt es da einen ganz geschäftsmäßigen Typus, ein Markten ›aus der Hand in die Hand‹ [ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα im Sinne von Zug um Zug],²⁷ und einen großzügigeren Typus mit längeren Terminen [ἀναβολή

23 ›Nómoi‹ 849e 8–850a 1; ähnlich ›Nómoi‹ 742c 3–6. – Ich zitiere Platons Werke nach der Ausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft 2001 (acht Bände).

24 VIII 15, 1162b (Partsch zitiert: NE IX 1162b, lin 21); am Rande auch in der ›Eudemischen Ethik‹: VII 10, 1243a.

25 Die Übersetzung und Kommentierung des geschätzten Franz Dirlmeier, *Nikomachische Ethik* (Berlin, 1999¹⁰) 190 ist hier (rechtlich) nicht optimal, was auf fehlende Interdisziplinarität zurückzuführen ist.

26 Dazu Dirlmeier 1999, 532 Fn 190, 5.

27 Zum Marktkauf (als typischem Zug um Zug-Geschäft): Partsch 1921, 84ff: Die griechische Publizität der Grundstücksverträge im Ptolemäerrechte, in: FS für O. Lenel zum fünfzigjährigen Doctorjubiläum, Leipzig, 1921, Nachdruck: Frankfurt am Main: 1987, 77–203 sowie in Pkt. 2d von ›Graeca‹, Band III/2: ›Kauf‹. – Zur ›Gefahrtragung‹ beim Kredit- und Lieferungskauf: Pkt. 2d von ›Graeca‹, Band III/2: ›Kauf und Übereignung‹.

= Terminverlängerung im Sinne von vereinbarter späterer Zahlung], doch nicht ohne ein Übereinkommen [*καθ' ὁμολογίαν*] bezüglich Leistung [*ὁ ὀφειλόμενον* = das Geschuldete] und Gegenleistung [*καὶ ἀμφοτέρωθεν*, sc. das Nichtumstrittene]. Bei diesem Typus ist die Verbindlichkeit durchaus klar umrissen und nicht zweifelhaft, doch ist durch die Möglichkeit einer Terminverlängerung ein freundschaftliches Element gegeben [*φιλικὸν δὲ ἦν ἀναβολὴν ἔχει*]. Daher ist mancherorts [*ἰὸ παρ' ἐνίοις*] keine Rechtsentscheidung [besser: keine Klage] für solche Fälle vorgesehen [*οὐκ εἰσὶν τούτων δίκαι*]. Man ist vielmehr der Meinung: wer auf Treu und Glauben [1] eine Geschäftsbeziehung eingegangen ist [*τοὺς κατὰ πίστιν συναλλάξαντας*], müsse sich dann auch damit abfinden.«²⁸

Die sich aus der Erwähnung des Aristoteles ergebende unterschiedliche Rechtslage in griechischen Poleis wurde von Josef Partsch zwar erwähnt, aber nicht reflektiert. Auch nicht die Rechtslage Athens, das von Aristoteles nicht erwähnt wird, aber nach Platons rechtspolitischen Vorschlag zu schließen zu jenen Poleis zählte, in denen die Rechtslage eine andere war, als die von Platon bevorzugte. Dennoch meinte Partsch zur Rechtslage Griechenlands sinngemäß, diese sei generell eine kreditkauffeindliche gewesen.²⁹

Was ist aus der Erwähnung des Kreditkaufs durch Aristoteles zu schließen? Der Kreditkauf war im antiken Griechenland nicht überall in gleicher Weise rechtlich verpönt! Ein Ergebnis, das zeigt, dass die Annahme von Josef Partsch, die zur ›hA‹ wurde, teilweise unzutreffend war, während Franz Hofmanns Ausführungen (1870) der historischen Wirklichkeit entsprachen. Die kreditkauffeindliche Lösung des Charondas war wohl nur – wie erwähnt – von jenen Poleis aufgegriffen worden, in denen der Handel noch keine wichtige Rolle spielte, wozu Athen seit Solon nicht mehr zählte. Und der Kreditkauf war schon damals weniger eine ›Angelegenheit unter Freunden‹ (im Sinne von Aristoteles), sondern ein wirtschaftliches Erfordernis unter Kauf- und Handelsleuten.

Es entspricht somit nicht der historischen Entwicklung, die Lösung des Charondas zur einzigen oder auch nur überwiegenden Griechenlands zu machen und damit Kreditkäufe zu stigmatisieren. Es gab diese Anordnung des Charondas, aber sie war nicht die einzige oder auch nur die überwiegende Form und sie galt, wie Platons ›Nomoi‹ zu entnehmen, nicht in Athen. – Auch Charondas hat den Vertrag nicht im Sinne der ›hL‹, als sogenanntes ›Unterwerfungsgeschäft‹ des Schuldners unter die Vollstreckungsmacht des Gläubigers verstanden.³⁰

28 Damit ist nicht gesagt, dass Charondas (und dann Platon) nicht auch noch andere Gründe für ihre Lösung gekannt haben; etwa häufigen Streit, Belastung der Gerichte, Gefahr der Überschuldung oder ethische Bedenken.

29 Und Partsch folgten die namhaftesten Vertreter der Disziplin.

30 Dazu anschließend in Pkt. IV: ›Zur sogenannten Unterwerfung des Schuldners (unter die Vollstreckungsmacht des Gläubigers) und dessen Zugriffsrecht auf den Schuldner‹ sowie in

Die weite Verbreitung des Barkaufs und die versuchte Stigmatisierung des Kreditkaufs in manchen griechischen Poleis, hatte andere als die von H. J. Wolff behaupteten Gründe: nämlich neben der Bevorzugung des öffentlichen Marktkaufs,³¹ vornehmlich wirtschaftlich-psychologische (Gefahr der Überschuldung) und prozessuale.³² Auch das (erst nach-solonisch anzunehmende) Entstehen vertraglicher Formvorschriften minderte diese Bedenken nur zum Teil, was sowohl Platons Ablehnung des Kreditkaufs, als auch die dafür kautelarjuristisch gefundene Darlehens-Umdeutungs-Konstruktion³³ zu erklären vermag.

III. Wie entstand deliktische Haftung?

Hier noch ein Hinweis, wie *Haftung aus deliktischer Schuld(begründung)* entstanden ist: Solon war für Verträge der von Drakon (621/620 v.) für deliktisch begründete Schuld geschaffenen Lösung gefolgt, dass mit dem Entstehen von Schuld (Begehung eines Tötungsdelikts) Haftung – staatlich angeordnet – eintrat. Es wäre kaum verständlich und zu begründen gewesen, für deliktisch und vertraglich entstandene Schuld eine unterschiedliche Haftungsanknüpfung zu wählen; und eine andere rechtliche Anknüpfung bot sich auch nicht an.

Die Lösung individuellen Einstehenmüssens (für Delikte), stammte danach bereits aus vor-solonischer Zeit.³⁴ Mit Drakons Unterscheidung der Tötungsdelikte (in *φόνος ἐκούσιος*/phónos hekoúsios = vorsätzliche und *φόνος ἀκούσιος*/phónos akoúsios = unvorsätzliche Tötung) wurde Haftung erstmals auch *individualisiert*. Davor galt Kollektivhaftung.³⁵ – So läßt sich ab Solons F 76a (594/593 v.) sagen: Die Haftung aus Vertrag und aus Delikt verlief künftig parallel; gehaftet wurde kraft staatlicher Anordnung – jeweils ohne weiteres Zutun der beteiligten/betroffenen Personen.

Das hat zur Folge, dass die ›hM‹ – vertreten von Max Weber³⁶ und dem diesem folgenden H. J. Wolff (aber auch Reinhard Zimmermann: 1990) – auf den

Punkten V: ›Exkurs: Frühzeit und Haftung‹ und VI: ›Wolfgang Waldsteins ›Haftung und *dare oportere*‹.
 31 Dazu in ›Graeca‹, Band III/2, Kapitel VI 2d.: ›Der Marktkauf‹ unter Hinweis auf J. Partsch: 1921.
 32 Partsch 1921, 85 f.
 33 Dazu in Band II/2, Kapitel II 13, S. 94 von ›Graeca‹: Der Kreditkauf wurde dort, wo ihm die Durchsetzbarkeit genommen wurde, als Darlehen behandelt.
 34 Dazu in Band II/1, Kapitel II 3, S. 77 ff von ›Graeca‹ (s. Anm. 16).
 35 Zur Entwicklung der ›Verschuldenshaftung‹: Band II/1, Kapitel II 4–6 von ›Graeca‹.
 36 Siehe Anm. 41 und dazu in ›Graeca‹, Band III/2, Kapitel VI 2b (am Ende dieses Punktes): ›Was bleibt von Max Webers Vertragsverständnis?‹.

Kopf gestellt werden muß:³⁷ *Nicht die Vertragshaftung hatte einen deliktischen Ursprung, sondern beide Haftungstypen (die vertragliche und die deliktische) waren staatlich angeordnet worden und hatten, geschaffen durch Drakon und Solon, einen gesetzlichen Ursprung.* Vor Drakons ›Tötungsgesetz‹³⁸ konnte ›Haftung‹ – wie erwähnt – aus Delikt nur vertraglich durch *Bürgschaft* erreicht werden.

Die Sühnevereinbarung/*Aidesis* bot (im deliktischen Bereich) eine alternative Lösungsmöglichkeit, die jedoch nicht als Haftung, sondern als eine der Bürgschaft verwandte Form vertraglich-vergleichsweiser Sicherung (zur Abwendung der Blutrache) anzusehen war.³⁹ Diese Praxis gründete in Gewohnheitsrecht und Rechtssitte des Alten *Nomos*.

Der *Unterwerfungsgedanke*, den Max Kaser, Hans J. Wolff und die ›hL‹ des römischen Rechts bemühen mußten – um Haftung zu erklären,⁴⁰ wurde im Zusammenhang mit Haftung zu wenig reflektiert! Die offenbar von Max Webers⁴¹ und Josef Partschs⁴² Denken beeinflusste Wolffsche ›Zweckverfügung‹, welche Haftung als (staatlich unkontrollierte und) privatautonom geschaffene Unterwerfung des Schuldners unter die Vollstreckungsgewalt des Gläubigers annahm, erweist sich als rechtshistorische Fehlannahme.⁴³

IV. Zur sogenannten ›Unterwerfung des Schuldners‹ (unter die ›Vollstreckungsmacht des Gläubigers‹) und dessen ›Zugriffsrecht‹ auf den Schuldner

Der Vertrag war früh ein Hort rechtlicher Gleichheit, trotz seiner auch mißbräuchlichen Verwendung. Kam er doch durch rechtlich gleichwertige Versprechen

37 Dazu schon, wenn auch noch mit unvollständiger Begründung: Band II/1, Kapitel II 9, S. 399 ff von ›Graeca‹: ›Deliktischer Ursprung der Vertragshaftung?‹.

38 Zu Drakons Gesetzgebung: Band II/1, Kapitel II 3 und 4 von ›Graeca‹.

39 Dazu in ›Graeca‹, Band III/2, Kapitel VI 4: ›Homerisches Recht – ›Recht und Staat sind Homer bereits bekannt‹: R. Köstler. – Die Sühnevereinbarung/*Aidesis* beruhte noch auf (kollektiver) Sippenhaftung!

40 Dazu anschließend in Punkt IV: ›Zur sogenannten Unterwerfung des Schuldners ...‹. – Das gilt auch für Reinhard Zimmermann; siehe Punkt VI: ›Wolfgang Waldstein und *dare oportere*‹. Etwa 1967, 28: ›Rechtssozilogie‹.

42 Vgl. schon Hässler 1960, 12 f uH auf J. Partsch 1924, 273. – Auch in diesem Punkt folgte Wolff seinem Vorbild J. Partsch (1924): ›Juristische Literatur Übersicht (1912–1923)‹, in: Archiv für Papyrusforschung 7 (1924) 258–287; darin auf den Seiten 269–274 die Besprechung von Ego Weiß, Griechisches Privatrecht, Bd. I (1923).

43 Ich gehe darauf in Band III/2 von ›Graeca‹ näher ein.

der Vertragsparteien – die Griechen sprachen von ›Homologie‹ – und dadurch erreichten Konsens zustande.⁴⁴ – In Zeiten eines (noch) schwachen Staates, der weder Eigenmacht und Selbsthilfe zu untersagen, noch Haftung anzuordnen vermochte, weil der Rechtsgang noch nicht hinreichend entwickelt war, war ein Überprüfen der im Vertrag vereinbarten Rechte und Pflichten kaum möglich. Unter solchen Bedingungen konnte eine missbräuchliche (Gläubiger)Praxis – wie eine zu weitgehende ›Unterwerfung des Schuldners unter die Vollstreckungsgewalt des Gläubigers‹ – entstehen. Missbrauch war eine der Ursachen der Bestellung Solons zum Aisymneten (594/3 v.) gewesen und zuvor auch Dracons (nach dem Kylonischen Frevel) und in der Folge ebenso Anlass für das römische Zwölftafel-Gesetz (~ 450 v.).⁴⁵

Das *Rechtsbewusstsein* in gesellschaftlicher Frühzeit war in mancher Hinsicht noch wenig entwickelt und musste sich erst herausbilden. Aber dennoch ist keine *zeitlich* und *inhaltlich unbegrenzte* und *unspezifizierte Unterwerfung von Schuldnern* unter die Vollstreckungsmacht von Gläubigern (als gesellschaftlich akzeptiertes Verhalten) anzunehmen, wie das von Reinhard Zimmermann (1990) hingestellt wurde:⁴⁶ »Thus, if one party« – Das lehrt die historische Entwicklung Griechenlands und Roms Zwölftafel-Gesetzgebung, die zeigen, dass das ›Volk‹ auf Übergriffe – auch solche der Schuldnerbehandlung – reagierte; Ständekämpfe etc. In Griechenland betraf dies die *Versklavung von Schuldnern und ihren Verkauf ins Ausland*, Rom war mit dem *Tötungsrecht von Schuldnern* durch ihre Gläubiger noch weiter gegangen.⁴⁷ Aber auch eine *zeitlich* und *inhaltlich unbestimmte Schuldknechtschaft* stellte ein Problem dar. – Dass gesellschaftliche Kräfte in Griechenland und Rom versucht haben, (auch) die Gläubiger-Schuldner-Beziehung zu ihren Gunsten zu gestalten, steht außer Frage; aber ebenso die evolutionsbiologische Einsicht, dass die ›Gruppe‹ (als Ganze) auf Machtansprüche Einzelner (oder von Gruppen) reagierte und diese, wenn möglich, zurückwies.⁴⁸

Die Unterwerfungs-Praxis war auch in der Frühzeit nicht nur eine Angelegenheit von ›Gläubiger und Schuldner‹, mag ein solcher Anschein auch erweckt worden sein, sondern blieb eine der Gemeinschaft, die als Gestalterin und Hüterin ihrer Werte und Normen, gesellschaftliche Praxis zu entwickeln und zu ›billigen‹ hatte! Im Nichtbeachten dieser ›Gemeinschaftskompetenz‹ und bestehender

44 Zur ›Homologie‹ eingehend in Band III/2, Kapitel VI 2b von ›Graeca‹ sowie der Monographie ›Homologie‹ (2021).

45 Dazu anschließend in Punkt VI: ›Wolfgang Waldsteins ›Haftung und *dare oportere*‹. 1990, 4; vollständiger Text bei Anm. 102. – Vgl. anschließend: ›Exkurs: Frühzeit und Haftung‹ (bei Anm. 64).

47 Dazu anschließend in Punkt V: ›Frühzeit und Haftung‹ unter Hinweis auf Max Kaser, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer* (Göttingen, 1949).

48 Dazu in meiner Monographie: ›Demokratie als kulturelles Lernen‹, 2017, 55 ff (58 ff); siehe auch bei Anm. 81: Hammurapi.

gesellschaftlicher Werte durch (mächtige) Gesellschaftsmitglieder, lag die Gefahr normativer Übergriffe. – Im wissenschaftlichen Übersehen oder bewusstem Übergehen dieser (gesamt)gesellschaftlichen Kompetenz und des Zusammenhangs mit dem Vertragswesen, lag seit jeher eine mögliche Fehlerquelle für das Beurteilen damit zusammenhängender Fragen! Römischrechtliches ›Isolierungsdenken‹⁴⁹ – der Begriff stammt von Fritz Schulz und wurde von Franz Wieacker salonfähig gemacht – leugnete den Zusammenhang von Rechtsfragen mit sozialen, politischen oder wirtschaftlichen Gegebenheiten und begründete vermeintlich eine ›eigenständige, autonome Rechtswelt‹, die gesellschaftlich nie existiert hat. Auch nicht in Rom!⁵⁰

Der ›Vertrag‹ – und seine vielfältigen Fragen und Verknüpfungen – war daher nicht zufällig ein Tummelplatz problematischer, ideologisch kontaminierter Ansichten; hier jener, wonach ›Haftung‹ privatautonom (also durch Vereinbarung der Vertragsparteien) oder – nach H. J. Wolff und G. Thür – zugespitzt durch einseitigen Rechtsakt des Gläubigers, die sogenannte (fiktive) Zweckverfügung, begründet werden konnte.⁵¹

Es kann daher nicht unbeachtet bleiben, dass der problematische und eigenmächtige Umgang von Gläubigern mit ihren Schuldnern ein wesentlicher Anstoß dafür war, dass das Volk Attikas Solon zum Aisymneten berief.⁵² Die Behandlung von Schuldnern durch ihre Gläubiger wurde auch in Attika als eine Angelegenheit der Gemeinschaft betrachtet und fiel nicht ins Belieben mächtiger Gesellschaftsmitglieder. Die einseitige ›Unterwerfung von Schuldnern‹ unter eine beliebige ›Vollstreckungsmacht von Gläubigern‹ (und deren beanspruchtes ›Zugriffsrecht‹ auf Schuldner), beruhten (auch im frühen Rom) weitgehend auf *rechtlicher Anmaßung*.⁵³ – Das wurde bisher zu wenig beachtet!

Solons Gesetzgebung beendete diese Übergriffe, womit das Ende ›privater‹ Unterwerfung von Schuldnern unter Gläubigergewalt ohne vorangehende staatlich-gerichtliche Prüfung erreicht war. Das Modell dafür dürfte Drakons Behandlung der Tötungsdelikte geliefert haben; diese Regelung sah bei φόνος ἐκούσιος/phónos hekoúsios, also vorsätzlicher Tötung, als rechtspolitischen Zwischenschritt (bis zur vollständigen Übernahme der exekutiven Rechtsdurchsetzung durch den Staat) vor, nach (grundsätzlicher) staatlicher Anspruchsprüfung die weitere

49 Zum sogenannten ›legal isolationism‹: Band I, Kapitel I 3, S. 123 ff von ›Graeca‹.

50 Es war Hans Erich Trojes Verdienst, sich in ›Europa und griechisches Recht‹ (1971a) gegen solch ideologisierende Ideen gewandt zu haben; dazu in: Band I, Kapitel I 3, S. 122 ff von ›Graeca‹: ›Legal isolationism – Juristen als ›Priester‹?‹; vgl. auch meine Widmung, in: ›Jurisprudenz und griechische Klassik‹ (2020, siehe Anm. 2).

51 Dazu anschließend in Punkt VI: ›Wolfgang Waldsteins ›Haftung und dare oportere‹.

52 Dazu in Band II/1, Kapitel II 1, S. 33 f von ›Graeca‹: ›Der Aisymnet Solon‹.

53 Auch in Rom setzte sich diese Ansicht schließlich durch. – Dazu anschließend, in Punkt V: ›Frühzeit und Haftung‹.

Rechtsdurchsetzung der Familie und Verwandtschaft Betroffener zu überlassen.⁵⁴ – Die griechische Entwicklung war diesbezüglich beispielgebend.

Die mit F 76a geschaffene *Homologie* zeigt, wie spekulativ H. J. Wolffs und anderer Rechtshistoriker juristisches Denken war. Weder Wolff selbst, noch seine Dissertanten⁵⁵ und Gefolgsleute haben sich die Mühe gemacht, die (durch Ruschenbusch aufbereitete) Gesetzgebung Solons im Hinblick auf das Vertrags- und Haftungsverständnis durchzusehen und das Vertragswesen in einen gesellschaftlichen Kontext zu stellen. – Aber das hätte nicht das Vorurteil bestätigt, dass das griechische Recht stets ›primitiv‹ oder ›naiv‹ geblieben war.

Wolff isolierte den Vertrag und das diesen tragende Recht *positivistisch*, indem er deren *Einbettung in das historisch-gesellschaftliche Ambiente* übergang, wie es etwa von Steven Spitzer (1984)⁵⁶ vorbildlich in seiner Besprechung von St. Lukes & A. Scull ›Durkheim and the Law‹ (1983) überschaubar aufbereitet worden war: ›The Embeddedness of Law: Reflections on Lukes and Scull's Durkheim and the Law‹. Rechtsdogmatisches Isolieren des Vertrages war nicht nur (rechts)soziologisch und allgemein juristisch, sondern auch rechtshistorisch zurzeit von Wolffs Niederschrift überholt. – Man muß deshalb nicht so weit gehen wie Durkheim, und dem Recht seine ›Besonderheit/specificity‹ und ›Autonomie‹ (gegenüber der Gesellschaft) absprechen.⁵⁷

Die *gesellschaftliche Dimension des Vertragswesens* wurde in der Rechtsgeschichte häufig verkannt. Ich verweise dazu auf meine ›Einleitung‹ zur 6. Innsbrucker Tagung ›Lebend(ig)e Rechtsgeschichte‹ 2011,⁵⁸ wo ich auf die von Emile Durkheim (und seinem Kreis) vertretene soziologische *Lehre eines »nicht-kontraktuellen Elements im Kontrakt«* (so Talcot Parsons)⁵⁹ hingewiesen habe, womit die Einbettung des Vertragschlusses in das kollektive Bewußtsein einer Gemeinschaft/Gesellschaft, ihre Glaubens- und Wertvorstellungen gemeint ist, die mitbedacht werden müssen, um Verträge und Vertragszuhaltung (in frühen Gesellschaften) zu verstehen.⁶⁰ – Auch Michael Gagarin (1986)⁶¹ hat nachdrücklich auf die Rolle

54 Dazu Band II/1, Kapitel II 3, S. 77 ff (insbesondere S. 103 ff) von ›Graeca‹: ›Früher Rechtsgang und Selbsthilfe‹.

55 M. Hässler (›Die Bedeutung der Kyria-Klausel in den Papyrusrakunden‹: Berlin, 1960) und H. v. Soden (›Untersuchungen zur Homologie in den griechischen Papyri Ägyptens bis Diokletian‹: Köln, 1973, Dissertation Freiburg im Breisgau).

56 ›The Embeddedness of Law: Reflections on Lukes and Scull's Durkheim and the Law‹. Besprechung von St. Lukes/A. Scull, Durkheim and the Law, in: American Bar Foundation Research Journal 9 (1984) 859–868.

57 Vgl. Spitzer 1984, 861 mWH.

58 2015, 5 Anm. 19 iVm Anm. 17: ›Verfahrensrecht als frühes Zivilisierungsprojekt – Zur Teleologie rechtlicher Verfahren; Einführung in die 6. Innsbrucker Tagung ›Lebend(ig)e Rechtsgeschichte‹ 2011, in: Barta/Lang/Röllinger (Hg.) ›Prozeßrecht und Eid. Recht und Rechtsfindung in antiken Kulturen‹ – Teil I (Wiesbaden, 2015) 1–18.

59 1949, 311 ff, 319: The Structure of Social Action (Glencoe/Illinois, 1949²).

60 In diesem Sinne auch R. König, 1961/1980, 33 f: ›Einleitung‹ zu E. Durkheim, Die Regeln der soziologischen Methode, Darmstadt/Neuwied, 1980⁶.

61 Gagarin Michael 1986/89: Early Greek Law (Berkeley/Los Angeles/London, 1986; Taschenbuch 1989).

der ›*öffentlichen Meinung*‹ (›the pressure of public opinion‹) in der Zeit der frühen Polis hingewiesen. – Wolff und Thür haben das mit ihrem Vertragsverständnis nicht beachtet und Thür hat Gagarins Hinweis auf die Bedeutung einer anthropologischen Einbindung rechtlicher Phänomene, als ›armchair anthropology‹ abgetan und an deren Stelle ein rechtsdogmatisches Kunstprodukt gesetzt, was Jason G. Hawke als ›unfairly‹ bezeichnete.⁶²

›Privatrechtlich‹ war der Schritt zu staatlicher Haftungs begründung von besonderer Bedeutung: Haftung konnte sinnvoll nur angeordnet werden, wenn dafür ein hinreichender rechtlicher Grund vorlag; und ein solcher Grund lag im Vertragsschluß selbst, der ›Homologie‹, als konsensuell gültig begründeter Schuld, auf deren Bestand und Durchsetzbarkeit man sich verlassen können musste: Zu ›*schulden*‹ bedeutete daher künftig auch, zu ›*haften*‹, wenngleich staatlich-rechtlich kontrolliert!⁶³

V. Exkurs: Frühzeit und Haftung

Das Thema ›Frühzeit und Haftung‹ braucht eine Einbegleitung, um Missverständnisse möglichst auszuschließen; wurde es doch bislang kaum untersucht. Das zeigen die Meinungen, die zur Frage der ›*Unterwerfung des Schuldners*‹ und korrespondierend damit zum ›*Zugriffsrecht des Gläubigers*‹ auf den Schuldner geäußert wurden:⁶⁴ Übergangen wurde dabei Grundsätzliches, nämlich die Frage, woher dieses dem Gläubiger zugesprochene Recht denn stammen soll? Von den beiden Erklärungsmöglichkeiten der Haftungs begründung – der bisher (offenbar ausschließ lich) präferierten *privatautonom*en Begründung durch Gläubiger und Schuldner und der bislang nicht erwogenen, dass ein solches Recht nur aus dem Norm-Fundus der Gemeinschaft stammen konnte, also *heteronom*en *Ursprungs* ist – wurde bisher nur die erste Variante verfolgt und ohne (ausreichende) Begründung angenommen; so von Max Kaser (1949)⁶⁵ und Hans J. Wolff,⁶⁶ aber auch von Reinhard Zimmermann.

62 2009, 457; Hawke Jason G. 2009: Rezension von M. Gagarin, *Writing Greek Law* (2008), in: *American Journal of Philology* 130 (2009) 457–460.

63 Das Erreichen des sogenannten ›Gerichtszwangs‹ durch Solon bedeutete justiziell und staatsrechtlich einen bedeutenden Fortschritt. – Zur rechtlichen ›Individualisierung‹: ›*Graeca*‹, Band III/2, Kapitel VI 2b.

64 Dazu oben Punkt IV: ›Zur sogenannten Unterwerfung des Schuldners ...‹ (bei Anm. 46); R. Zimmermann: 1990.

65 Dazu auch anschließend in Punkt VI: ›Wolfgang Waldsteins ›Haftung und *dare oportere*‹.

66 Zur Kritik an H. J. Wolff: in ›*Graeca*‹, Band III/2, Kapitel VI 3. – Die Besonderheit von Wolffs Lösung liegt darin, dass er meinte, der Gläubiger allein könne durch seine realkontraktliche Vorleistung Haftung begründen.

Die Geschichte Griechenlands und Roms lehrt jedoch, dass dies der falsche Lösungsansatz ist: Zeigen doch Athens und Roms Geschichte, dass es das ›Volk‹ auch als seine ›Kompetenz‹ ansah, wie weit Gläubiger im Zugriff auf ihre Schuldner gehen konnten und dass eine Grenze in der historisch bestehenden ›Grauzone‹ zu ziehen war.⁶⁷ – In Athen war es in der zweiten Hälfte des 7. Jahrhunderts v. zu Unruhen (Adels- und Ständekämpfen) gekommen, auf die zunächst Drakon (621/620 v.) und bald danach Solon (594/593 v.) als Gesetzgeber geantwortet hatten. Man war unter anderem mit dem Gläubigerzugriff zu weit gegangen und hatte viele kleine und mittlere Bauern Attikas in Not und Unglück gestürzt.⁶⁸ Ähnliches ereignete sich 150–200 Jahre später in Rom; ~ 450 v.: Zwölf Tafel-Gesetzgebung.⁶⁹ Rom war – wie Kaser (1949) ausführt – mit dem Tötungsrecht des Gläubigers weitergegangen als Athen, wo Schuldner aber auch versklavt und ›ins Ausland‹ verkauft worden waren.⁷⁰ Solon hatte attische ›Bürger‹ mit Staatsgeldern zurückgekauft und derartigen Gläubigerzugriff künftig untersagt.⁷¹ Damit war ein neuer schuld- und haftungsrechtlicher Beziehungsrahmen geschaffen worden.

Diese historische Situation und den hier nur angedeuteten gesellschaftlichen Hintergrund berücksichtigend gehen meine Überlegungen über bisher geäußerte Meinungen (für Athen und Rom) hinaus.⁷² – Die den Entwicklungen Athens und Roms vorangegangene *Praxis und Entwicklung des Alten Orients*, welche die zweite der genannten Möglichkeiten stützt, war von den erwähnten Autoren nicht herangezogen worden. Im Alten Orient waren aber ›Korrekturen‹ der Gläubiger-Schuldner-Beziehung, vom Herrscher vorgenommen worden, nicht etwa von den Vertragsparteien. Aber so weit ist man bisher nicht vorgedrungen, man begnügte sich mit spekulativen Annahmen; siehe R. Zimmermann: 1990.

Dass es in der Frühzeit eine – von den jeweiligen Gemeinschaften geduldete und von Sitte und wohl auch Gewohnheitsrecht mitgetragene – ›Unterwerfung des Schuldners‹ und parallel dazu ein ›Zugriffsrecht des Gläubigers auf den Schuldner‹ (im römischen Recht das magistratisch genehmigte sogenannte Handan-

67 Evolutionsbiologische Einsichten unterstützen diese Annahme; siehe meine Monographie ›Demokratie als kulturelles Lernen‹: 2017, 55 ff. – Zur ›Grauzone‹ auch anschließend bei Anm. 85.

68 Es war zu frühem ›Bauernlegen‹ gekommen, um den Grundbesitz Mächtiger zu vergrößern; und dies war über den ›Zugriff auf die Person‹ erfolgt; siehe Band II/1, Kapitel II 3, S. 97 von ›Graeca‹: unter Hinweis auf Ruschenbusch.

69 Die ›Humanisierung‹ der Schuldnerbehandlung in Rom verlief – trotz des übernommenen Solonischen Vorbilds (im Zwölf Tafel-Gesetz) – zögerlich; so sollen der Verkauf von Schuldnern in die Sklaverei und das Tötungsrecht von Gläubigern erst durch eine *lex Poetelia* (~ 320 v.) untersagt worden sein; siehe anschließend.

70 Zur Rechtslage auch noch nach dem Zwölf Tafel-Gesetz (siehe Tafel III 5 und 6) und dazu R. Düll 1995, 33 f.

71 Dazu in Band II/1, Kapitel II 9, S. 327 ff und 10, S. 449 f von ›Graeca‹.

72 Dazu auch Waldstein (1992) und anschließend ab Anm. 101.

legen/*manus iniectio*) gegeben hat, zeigt Max Kasers Untersuchung: ›Das altrömische ius‹ (1949). – Die römische Praxis folgte darin der griechischen (Rechts)Entwicklung mit einem Abstand von etwa zwei Jahrhunderten nach. Der Rückgriff auf Solon und andere griechische Gesetzgebungen bei den Arbeiten am Zwölftafel-Gesetz von ~ 450 v.⁷³ sollte daher wohl nicht nur der Aufzeichnung eigenen (Gewohnheits)Rechts dienen, sondern auch einen Modernisierungsschritt des römischen Rechts einleiten. Allein die harte Behandlung von Schuldnern blieb in Rom (auch nach ~ 450 v.) davon zunächst unberührt; denn erst die erwähnte *lex Poetelia* (~313/326 v.) »hat durch das Verbot von Verkauf und Tötung des Schuldners die Schuldknechtschaft gemildert, aber fortbestanden hat sie bis tief in die Kaiserzeit.«⁷⁴ Übernommen wurde vom Zwölftafel-Gesetz jedoch, wie erwähnt, Solons ›Homologie‹: F 76a.⁷⁵

Nach Solons Gesetzgebung konnte von einem beliebigen Zugriffsrecht von Gläubigern auf ihre Schuldner nicht mehr die Rede sein. Solon hatte die Darlehenshaftung mit dem eigenen Körper für alle Zukunft untersagt und Schuldner hafteten nun nicht mehr im wörtlichen Sinne ›persönlich‹ für entstandene (Darlehens)Schuld.⁷⁶ Genauer betrachtet begann das Zurückdrängen eines rechtlich unvermittelten Haftungszugriffs von Gläubigern (auf ihre Schuldner) – bedingt durch ein Erstarken des Staates – für den deliktischen Bereich bereits mit Dracon (gegen Ende des 7. Jahrhunderts v.: 621/620 v.). Solon vollzog diesen Entwicklungsschritt für den Vertragsbereich am Beginn des 6. Jahrhunderts v. nach. An die Stelle einer gewohnheitsrechtlich vagen Unterwerfung des Schuldners und eines ebensolchen Gläubigerzugriffs, trat nun die Kompetenz des Staates; dies mit der Konsequenz grundsätzlicher rechtlicher Gleichordnung der Delikts- und Vertragsparteien und (vor einem allfälligen zunächst noch exekutiven Selbsthilfe-Zugriff) rechtlicher Prüfung der Gläubiger-Schuldner-Beziehung durch staatliche Gerichte: Es herrschte *Gerichtszwang*.

Wenn gegen rechtlich (gültig) Vereinbartes – etwa einen Vertrag – verstoßen wurde, war das ein *Rechtsverstoß* und diese Rechtsverletzung konnte (seit Solon) über die staatlichen Gerichte ebenso durchgesetzt werden, wie die widerrechtliche Tötung eines Menschen, die ebenfalls einen Rechtsverstoß und damit *Un-Recht* darstellte. Was später ›*Haftung*‹ genannt wurde, bedeutete in der Frühzeit die ›*rechtliche Durchsetzbarkeit*‹ (eines Anspruchs) aus einem Rechtsverstoß. Der Begriff ›*Haftung*‹ existierte lange nicht. In beiden Fällen – der Tötung eines Menschen, wie einem Vertragsbruch – lag ein Verstoß gegen geltendes Recht vor.

73 Siehe etwa R. Düll: 1995, 17 ff.

74 L. Wenger 1914, 291; siehe auch Kaser/Knütel/Lohsse 2021²², 289.

75 Dazu oben bei Anm. 5.

76 Den römischen Zwölftafel-Gesetzgebern musste diese griechische Entwicklung bekannt gewesen sein.

Man unterschied zunächst nur *Recht* von *Un-Recht*. Auch eine begriffliche Unterscheidung zwischen *deliktischer* und *vertraglicher* Schuldbegründung existierte noch nicht. – Dem *Einstehenmüssen* auf Schuldnerseite entsprach die *Durchsetzbarkeit des Anspruchs* (vor staatlichen Gerichten) auf Gläubigerseite.

Dieses Verwirklichen einer bereits weitgehend der Staatsgewalt überantworteten Rechtsdurchsetzung erfolgte im Rahmen der *Herstellung des staatlichen Gewaltmonopols*. Mit Erreichen des *Gerichtszwangs* durch Solon, erfüllte dieser den ihm erteilten Auftrag als Aisymnet.

Die großen Entwicklungsschritte dieses langen Prozesses der Genese der rechtlichen Gläubiger-Schuldner-Beziehung waren nach Max Kaser (1949) folgende: Am Beginn stand in Rom das → *Tötungsrecht* von Gläubigern,⁷⁷ wenn ein Schuldner die geschuldete Leistung nicht zu erbringen vermochte; dem folgte die → *Versklavung von Schuldnern* (Verkauf trans Tiberim)⁷⁸ und dieser Möglichkeit die → *Schuldknechtschaft* (im Sinne eines Abarbeitens des Geschuldeten beim Gläubiger)⁷⁹ → sowie schließlich (wohl ebenfalls unter griechischem Einfluss) die *Abschaffung der persönlichen Haftung* des Schuldners mit seinem Körper und das Entwickeln einer *Vermögenshaftung* (in Verbindung mit zunehmender *Staatskompetenz* in der Rechtsdurchsetzung).⁸⁰

Die griechische Entwicklung scheint danach – cum grano salis – wie die römische verlaufen zu sein; ein Tötungsrecht des Gläubigers ist jedoch für Griechenland nicht nachgewiesen. – Für die Gläubiger-Schuldner-Beziehung existierten jedoch – wie erwähnt – alt-orientalische Vorbilder, während für Rom die griechische Entwicklung von Bedeutung war. – Korošec berichtet,⁸¹ dass schon Hammurapi die Schuldklaverei auf drei Jahre beschränkt habe.⁸²

Die normative Akzeptanz früherer Gesellschaften ging, was schwere Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit von Gemeinschaftsmitgliedern betraf, unterschiedlich weit und blieb offenbar lange vage. In Zeiten schwacher oder entstehender Staatlichkeit ›überließen‹ Gemeinschaften ihre ›Zuständigkeit‹ gleichsam ihren Mitgliedern und ›tolerierten‹ deren Handeln. Ein akzeptabler rechtlicher

77 Das vom Zwölftafel-Gesetz beibehalten, danach aber offenbar nicht mehr angewandt wurde und nur der Abschreckung diene.

78 Damit kam es zu einer wirtschaftlichen Betrachtung der Schuldnerhaftung; wann es dazu in Rom kam, scheint unbekannt zu sein.

79 Zur altgriechischen Schuldknechtschaft: H. Swoboda 1905, 190 ff.

80 Wann es dazu in Rom gekommen ist, scheint unklar; siehe Kaser/Knütel/Lohsse: Schuld-knechtschaft (vgl. aber L. Wenger 1914, 291 f).

81 1964, 100: ›Keilschriftrecht‹: Korošec Victor 1964, Keilschriftrecht, in: Orientalisches Recht, Handbuch der Orientalistik I: Der Nahe und der Mittlere Osten, hg. von B. Spuler, Ergänzungsband III (Leiden/Köln, 1964) 49–219.

82 Zur Entwicklung der Schuldentilgung und Zwangsvollstreckung: Band II/1, Kapitel II 9, S. 427 ff (unter Hinweis auf Egon Weiss: 1923) von ›Graeca‹.

Rahmen (durch Verkehrssitte oder Gewohnheitsrecht) mußte erst geschaffen werden. Wie das griechische und dann das römische Beispiel zeigen, reagierte jedoch das Volk als Betroffener auf solche Praxis, wenn diese als ›übergriffig‹ empfunden wurde! Mag das auch zeitlich verzögert geschehen sein. Das bestätigt noch Quintilian, der jedoch (wie andere späte römische Autoren) mit der Annahme des Zerstückelns von Schuldnern zu weit gegangen war:⁸³

»[...] z. B. hat das Zwölf-Tafel-Gesetz es gestattet, den Leib des Schuldners unter die Gläubiger zu verteilen, ein Gesetz, das der Volksbrauch abgelehnt hat.«⁸⁴

Das ›Überlassen‹ des Gläubigerzugriffs von Gemeinschaften an ihre Mitglieder hatte das Entstehen einer *Grauzone normativer Unsicherheit* zur Folge,⁸⁵ die es Gläubigern ermöglichte, Schuldner unterschiedlich zu behandeln. So ging man in Rom – wie Kaser berichtet – bis zur Tötung von Schuldnern, während man in Griechenland weniger weit ging und offenbar dem Vorbild der orientalischen Schuldknechtschaft gefolgt war.⁸⁶

Kaser beschränkte sich in seiner Untersuchung aus dem 1949 auf das römische Recht, was deren Wert mindert. Denn auch damals erfolgten Entwicklungen nicht isoliert von Nachbarvölkern; so kannte Griechenland altorientalische Vorbilder und Rom (spätestens seit den Arbeiten am Zwölf-Tafel-Gesetz) griechische. Der Einfluss aus der Megále Hellás war aber wohl älter. – Es gibt bei Kaser, auch noch in seiner späten Schaffensperiode, keine Seitenblicke auf das etruskische und griechische Recht oder auf zugängliche rechtssoziologische (Max Weber, Eugen Ehrlich) oder ethnologisch-völkerkundliche Literatur (etwa Richard Thurnwald,⁸⁷ Bronislaw Malinowski⁸⁸), die um diese Zeit vorlagen. – Die Tendenz, das römische Recht nur aus sich selbst heraus zu erklären, wird deutlich; auch noch bei Kaser/Knütel/Lohsse: 2021²².

Es ist noch auf eine weitere – bisher zurückgestellte – grundlegende Frage der Gläubiger-Schuldner-Beziehung einzugehen: Kaser (und ihm folgend viele andere) spricht in ›Das altrömische ius,‹⁸⁹ mehrfach von ›Haftung und Schuld‹, geht

83 III 6, 84. – Flach, 2004, 31, erwähnt auch noch Aulus Gellius, Tertullian und Cassius Dio.

84 Zur Fehlannahme des Zerstückelns von Schuldnern: Flach 2004, 31 unter Hinweis auf Kaser/Hackl 1996², 143 f. Das ›partis secanto‹ im Zwölf-Tafel-Gesetz bedeutete danach nicht das Zerstückeln des Schuldners durch mehrere Gläubiger, sondern die Teilung des Erlöses beim Verkauf von Schuldnern in die Sklaverei. – Hackl und andere Autoren zweifeln auch am Tötungsrecht von Gläubigern, das jedoch durch Kaser und Mommsen gesichert erscheint.

85 Vgl. oben bei Anm. 67.

86 Zur altgriechischen Schuldknechtschaft: H. Swoboda 1905, 190 ff.; Swoboda Heinrich 1905; Beiträge zur griechischen Rechtsgeschichte, in: SZ/RA 26 (1905) 149–284 (I. Kritisches zur Ächtung 149 ff.; II. Über die altgriechische Schuldknechtschaft 190 ff).

87 Siehe das Inhaltsverzeichnis von ›Graeca‹, Band III/2.

88 Siehe das Inhaltsverzeichnis von ›Graeca‹, Band III/2.

89 Etwa 1949, 189: das war ›hM‹.

also, was das Entstehen von ›Schuld‹ und ›Haftung‹ anlangt, von einer *Priorität der ›Haftung‹* aus. Das wäre jedoch näher zu untersuchen gewesen, zumal dies weder durch die griechische, noch andere Entwicklungen belegt ist.⁹⁰ – Zu Wolfgang Waldsteins Ablehnung dieses Verständnisses – auch für das römische Recht, gleich anschließend.

Anzunehmen ist jedoch eher ein etwa *gleichzeitiges Entstehen von ›Schuld‹ und ›Haftung‹*, und zwar in dem Sinne, dass ursprünglich nicht zwischen ›Schuld‹ (als privatautonom begründetes Leistensollen) und ›Haftung‹ (als von der Gemeinschaft gefordertes und später vom Staat verordnetes Einstehenmüssen für eingegangene Schuld) unterschieden wurde, sondern mit dem ›Bild‹ des Schuldner und Gläubiger zusammenschnürenden ›Bandes‹ oder der ›Fessel‹, – des *vinculum iuris*, ein ›Schuld‹ und ›Haftung‹ umfassendes Verständnis zum Ausdruck gebracht wurde.⁹¹ – ›Schuld‹ und ›Haftung‹ bildeten zunächst wohl ein *normatives Amalgam* und trennten sich erst allmählich im Rahmen der Ausdifferenzierung vertraglichen und schuldrechtlichen Denkens voneinander.

In Band I von ›Graeca‹ erwähne ich frühe orientalischesymbolische Rechtsformen des Vertragsschlusses:⁹² – sogenanntes *Eseltöten*, – *den Rocksäum (der Vertragsschließenden) zusammenbinden*, – *sich (selbst) an die Kehle fassen*.⁹³ – Diese frühen symbolischen Formen und Zeichen sprechen dafür, dass beim ursprünglichen Vertragsschluss (personelle) ›Bindung‹, (gesellschaftliche) ›Verpflichtung‹ im Sinne von Schuld begründung und ›Leistensollen‹ und ›Haftung‹ (im Sinne eines zunächst von der Gemeinschaft tolerierten und schließlich vom Staate verordneten ›Einstehenmüssens‹ für das Vereinbarte) eins waren und ihre Unterscheidung und Trennung erst später und nur allmählich erfolgte. Beim frühen Vertragsschluss wurden offenbar ›Schuld‹ und ›Haftung‹ gemeinsam begründet. ›Haftung‹ (im Sinne von früher Anspruchsdurchsetzung mittels Selbsthilfe) war jedoch mitunter schwer zu verwirklichen, da sie mehr von der gesellschaftlichen

90 Vgl. etwa die Ausführungen in Pkt. 4f (von ›Graeca‹: Band III/2) im Rahmen des Eingehens auf das ›Homerische Recht – R. Köstler/Bekräftigung von Schuldverhältnissen. – R. Zimmermann folgte der ›hL‹ (M. Kaser) und auch Lohsse geht in der 22. Auflage des Kaser/Knütel (2021, 243) davon aus: »Aber schon früh tritt neben der *Haftung*, also dem Unterworfensein unter die Zugriffsgewalt [sc. des Gläubigers], auch der Gedanke der *Schuld*, des *Leistensollens*, hervor«.

91 Dazu in Band III/2, Kapitel VI 6a von ›Graeca‹: ›Vinculum iuris‹.

92 Kapitel I 9, S. 462 ff: ›Graeca non leguntur? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland. Perspektiven, Band I (Wiesbaden, 2010).

93 Nachweise bei Moshe Weinfeld: ›The common heritage of covenantal traditions in the ancient world‹, 1990, 175 ff, in: Canfora/Liverani/Zaccagnini (Eds.), *I trattati nel mondo antico forma ideologia funzione* (1990) 175–191 und derselbe: ›Covenant terminology in the ancient near East and its influence on the West‹, in: *Journal of the American Oriental Society* 93 (1973) 190–199.

Position des Schuldners und Gläubigers abhing und weniger von der Stärke des Rechts. Verkehrssitte und Gewohnheitsrecht mussten sich entwickeln.

Statt ›Schuld‹ und ›Haftung‹ – nach deren anfänglicher Amalgamierung – begrifflich wie inhaltlich zu trennen⁹⁴ und dennoch in eine funktionale Beziehung zu setzen, stopfte man im römischrechtlichen Denken ›dogmatisch‹ beides in den Begriff der ›obligatio‹ und überlud diesen. Die Folge war Unklarheit – bis in die Gegenwart.⁹⁵

Als *Merkformel zur Unterscheidung von ›Schuld‹ und ›Haftung‹* erbringt dieser Ausflug in die Frühzeit römischer und griechischer Rechtsentwicklung folgendes: ›Schuld‹ – und nur Schuld allein – wird *privatautonom* (von den Vertragsparteien) begründet; ›Haftung‹ dagegen (als gesellschaftlich-normatives Einstehenmüssen für gültig begründete Schuld) war stets von *Gemeinschaftswerten* getragen; auch dann, wenn sie – wie noch in homerischer Zeit – durch Bürgerschaftsvertrag (also einen eigenen Begründungsakt) rechtlich erzeugt werden musste oder (wie im Alten Orient) vom Herrscher angeordnet war. – Der *Eingriff in die existenzielle Rechtsstellung eines Gemeinschaftsmitglieds*, sei es in dessen Person (Körper/Leben, Freiheit, Arbeitskraft) oder Vermögen, war keine Privat-, sondern eine Gemeinschaftsangelegenheit und wird bis heute von der Gemeinschaft wertmässig getragen.⁹⁶ – *Gestaltung und Verständnis von ›Schuld‹ und ›Haftung‹ spiegeln danach den Entwicklungsstand von ›Gesellschaften‹ zu ihren ›Mitgliedern‹ wider.*⁹⁷

Solon und Drakon brachten für die griechische Antike eine Klarstellung; und zwar für die gesamte Rechtsordnung: das öffentliche und das private Recht sowie das Delikts- und das Vertragsrecht. – Das römische Zwölftafel-Gesetz hat den Wortlaut von Solons Homologie (F 76a: Ruschenbusch) übernommen,⁹⁸ ist also dem griechischen Vorbild legislativ gefolgt. Aber offenbar wurden Sinn, Funktion und Konsequenz des ›ὅτι ἂν τούτων διαθόνται πρὸς ἀλλήλους/hóti an tóuton diathóntai prós alléλους‹, in Verbindung mit dem ›κύριον εἶναι‹/kýrion éinai (in Solons Homologieformel) nicht mehr (voll) verstanden. Oder glaubte man, es besser machen zu können und bei der Anwendung des Zwölftafel-Gesetzes

94 Wie es die ›germanistische Kritik‹ nahegelegt hätte; dazu in Band III/2, Kapitel VI 2b von ›Graeca‹: ›Zur germanistischen Haftungstheorie‹.

95 So noch für das römische Recht und dessen Rechtsgeschichte: Kaser/Knütel/Lohsse 2021: 22. Auflage. – Worin eine Lösung für das römische Recht bestanden hätte, behandle ich in Band III/2, Kapitel VI 2b von ›Graeca‹: ›Homologie – Zusammenfassung‹.

96 Dazu auch unten ab Anm. 121.

97 Dazu allgemein: Norbert Elias, *Die Gesellschaft der Individuen* (1987/2003) und zu Elias meinen Beitrag in der FS Christian Huber: 2020.

98 Dazu ›Graeca‹, Band III/2, Kapitel VI 2b: ›Zu Ruschenbuschs F 76a – Zur Echtheit des Fragments‹.

(trotz Rezeption von F 76a und angeblichem Reformwillen), ›Schuld‹ und ›Haftung‹ im Begriff der ›obligatio‹ als Folge privatautonomer Parteienvereinbarung unterbringen zu können? Es ist nämlich – wie erwähnt – nicht auszuschließen, dass die römischen Pontifices gerade in dieser Frage Einfluss auf das Verständnis des Zwölftafel-Gesetzes genommen haben⁹⁹

Wie auch immer: Künftig sollte auch im römischen Recht und in der modernen Privatrechtsdogmatik klar zwischen privatautonom begründeter *Schuld*, der ›Obligation‹ und staatlich angeordneter *Haftung* unterschieden und zugleich deren funktionales und aufeinander aufbauendes Zusammenwirken verstanden werden! Dies im Sinne von Solons Homologieformel: ›Wer schuldet, haftet auch‹.¹⁰⁰ – Dabei gilt es zu bedenken, dass ›Schuld‹ und ›Haftung‹ aus unterschiedlichen Rechtssphären stammen.

Der Zusammenhang und funktionale Bezug der Formelteile von F 76a (Ruschenbusch) zueinander wurde neben der ›Kyriaklausel‹ auch durch den ›letzten Teil von Solons Homologieformel‹ hergestellt, der (durch seine Anordnung, dass das Vereinbarte nicht gegen geltendes staatliches Recht verstoßen dürfe) deutlich machte, dass es sich bei F 76a nicht nur um das Festschreiben der Voraussetzungen für die Gültigkeit von Vertragsschlüssen handelte, sondern auch um deren staatlich-gerichtliche Durchsetzung, also ›Haftung‹. – Auch damals wurde also bereits zwischen einem ›staatlichen Rechtskreis‹ und ›Parteivereinbarungen‹ unterschieden. Parteivereinbarungen sollten nur gelten und rechtlich durchsetzbar sein, wenn sie nicht gegen staatliches Recht verstießen. Eine Rangordnung beider Rechtssphären war gegeben.

Ich gehe nun noch auf Wolfgang Waldsteins kritischen Beitrag gegen die ›hL‹ des römischen Rechts ein, der eine rühmliche Ausnahme in der Flut gleichgeschalteter romanistischer Publikationen darstellt; mag Waldsteins Beitrag bislang auch nicht die gebührende Aufmerksamkeit und Anerkennung gefunden haben.

99 Dazu allgemein U. Manthe, *Geschichte des römischen Rechts* 57 ff (München, 2000) und dazu in Band III/2, Kapitel VI 2b von ›Graeca‹: ›Zu Ruschenbuschs F 76a – Zur Echtheit des Fragments‹.

100 Diese Regel kennt auch in der Moderne nur wenige Ausnahmen, nämlich ›Gefährdungshaftung‹ und ›Naturalobligationen‹; sie verbirgt jedoch in ihrer Kürze, einem Eisberg vergleichbar, den ihr inhärenten historischen Prozess und das umfangreiche historische Material, die gleichsam unter der Wasseroberfläche liegen.

VI. Wolfgang Waldsteins ›Haftung und dare oportere‹

»Die bestechende Klarheit dieser Darstellung [sc. R. Zimmermanns, *The Law of Obligations: 1990*] läßt an sich keinen Wunsch offen, es sei denn nach Anhaltspunkten für dieses Bild in den Quellen. Diese Frage hat mich schon lange beschäftigt. Das ›create the same type of liability by artificial means‹ wie die Haftung aus Delikt, um ein Schuldversprechen durchsetzbar zu machen, erschien mir immer allzu ›artificial‹. Bedenkt man die Bedeutung der fides im römischen Selbstverständnis, so fällt es schwer zu glauben, daß ein vertragliches Versprechen in einer historisch noch greifbaren Zeit – wenn überhaupt jemals – erst über eine künstlich begründete Deliktshaftung durchsetzbar gemacht werden konnte.«

Wolfgang Waldstein, Haftung und dare oportere 519 (1992)

Waldstein beginnt seinen Beitrag in der Festschrift für Gunter Wesener¹⁰¹ mit einer mutigen, elegant-substantiellen *Kritik an Reinhard Zimmermanns römischem Obligationsverständnis* (1990), worauf ich nicht näher eingehe, da meine Ausführungen zeigen, dass Zimmermanns Verständnis von Anfang an überholt war und von problematischen Prämissen ausging. Waldsteins Beitrag bestärkt dies, denn er legte den Finger auf den wunden Punkt in Zimmermanns Argumentation: deren unkritische, dogmatische Künstlichkeit und Quellenferne sowie – das sei hinzugefügt, fehlendes juristisches Einfühlungsvermögen. Die ›bestechende Klarheit‹ von der Waldstein im vorangestellten Motto spricht, lautet bei Zimmermann (für die von der ›hL‹ des römischen Rechts seit Langem angenommene, jedoch problematische ›Unterwerfung des Schuldners unter die Vollstreckungsmacht des Gläubigers) so:¹⁰²

»Thus, if one party wanted to obligate another to make a specific performance, as well, would ask the latter to subject himself to his power of seizure in case he failed to perform. This he did entering into a transaction with the other party; the object of this transaction was to create the same type of liability by artificial means (i. e. by asking the other party to subject himself to it voluntarily) which arose ›ex lege‹ in case of delict.«

Die Unterwerfung des Vertragspartners war danach die einfachste Sache der Welt. Zimmermann vertrat damit keine originelle Meinung, sondern ›wandelte‹ (mit dem Rückenwind einer verbreiteten, jedoch wenig durchdachten Lehre, die vielfach als ›hL‹ angesehen wurde) auf herkömmlichen rechtsdogmatischen

101 Wolfgang Waldstein, Haftung und dare oportere, in: *Vestigia iuris Romani*, FS für Gunter Wesener (1992) 519–530.

102 Ich gehe auf Waldsteins Beitrag ausführlich ein, weil auch ich den Vertrag für ein rechtlich zu wichtiges Instrument halte, als dass man derartige Fehlvorstellungen länger tolerieren könnte. Waldstein hat seine Zweifel als Romanist (!) angebracht. Beachtet wurden seine Argumente nicht.

Pfaden. Dies ohne zu erwähnen, was eine ›Unterwerfung‹ damals bedeutete. – Waldstein widersetzte sich darüber hinaus zurecht, der auch von Zimmermann vertretenen Mutmaßung, es bedürfe einer »*Haftung aus Delikt*, um ein [sc. vertragliches] Schuldversprechen durchsetzbar machen« zu können und ergänzte: dass ihm dies schon »immer allzu ›*artificial*« erschienen sei.¹⁰³

Es handelt sich dabei um die alte, – vornehmlich auf Max Weber zurückgehende (von H. J. Wolff übernommene und auch von R. Zimmermann vertretene) – dogmatisch hochgepuschte Meinung, die insbesondere im deutschen Sprachraum, meist ohne eigene Recherche, vertreten worden war. Ich verweise dazu auf meine Ausführungen in Band III/2, Kapitel VI 2b von ›Graeca‹ und die dort in: ›Zum Entstehen eines geregelten Vertragsschlusses durch ›Homologie‹ und dem angeblich ›deliktischen‹ Ursprung der Vertragshaftung‹ ausgesprochene Vermutung. Ich habe in Band II/1, Kapitel II 9, S. 399 ff von ›Graeca‹ ›Deliktischer Ursprung der Vertragshaftung?‹ und ebendort S. 405 ff: ›Blabe βλάβη‹ zu dieser ›alten‹ Streitfrage Stellung genommen und verweise dort auf die auffallende Kumulierung dieser Meinung bei deutschen Rechtshistorikern, was meines Erachtens nicht am historischen Material, sondern darin seinen Grund hat, dass das dtBGB von 1900, anders als das ABGB von 1811/1812, nur ein deliktisches Schadensrecht kannte und diese Wissenschaftler, am dtBGB sozialisiert, auch in der Rechtsgeschichte an andere Möglichkeiten nicht dachten.

Zimmermanns Aussage lässt keine Zweifel zu:¹⁰⁴

»Thus, the early roots of liability in private law lie in what we today call delict.«

Diese (wie andere) Aussage/n war/en nur möglich, weil Zimmermanns thematischer Zugang ein beschränkter, spät-römischrechtlicher war. Es gibt bei ihm keinen Seitenblick auf alles, was vor der römischen Klassik lag. Und Vorläufer auf diesem Weg kennt er nicht mehr oder wollte sie nicht nennen. Auch nicht das Zwölftafel-Gesetz, das einen weniger engen rechtshistorischen Ansatz erfordert hätte. Denn das Zwölftafel-Gesetz hatte – wie erwähnt – jene Norm aus Solons Gesetzgebung rezipiert,¹⁰⁵ die historisch den ›modernen‹ Vertrag und vieles, was damit zusammenhängt, geschaffen und nach Rom gebracht hatte. Eberhard Ruschenbusch bezeichnete diese Norm in seinen Publikationen zur Gesetzgebung Solons¹⁰⁶ mit Fragment/F 76a: ›Vereinsautonomie.¹⁰⁷ Aber auch ›das‹ ist in Vergessenheit geraten!

103 Hervorhebungen von mir.

104 1990, 2.

105 Dazu in Band III/2, Kapitel VI 2b von ›Graeca‹ (wie Anm. 107).

106 Das betrifft die 1966 veranstaltete 1. Auflage der ›ΣΟΛΩΝΟΣ ΝΟΜΟΙ‹, die 1983 unverändert nachgedruckt wurde und Ruschenbuschs ›Solon: Das Gesetzeswerk – Fragmente, Übersetzung und Kommentar‹: 1. Auflage 2010 und 2., inhaltlich unveränderte Auflage 2014.

107 Dazu ausführlich in Punkt 2b (von Band III/2 von ›Graeca‹), wo ich auf mögliche Echtheitszweifel eingehe; s. dort: ›Zu Ruschenbuschs F 76a – Zur Echtheit des Fragments‹.

Um Reinhard Zimmermanns problematischen Ansatz darzustellen, lasse ich ihn selbst zu Wort kommen, da seine Äußerungen die Einseitigkeit und Enge seines rechtshistorischen Denkens besser belegen als Umschreibungen:¹⁰⁸

- ▷ »On the other hand, however, and more importantly, our way of thinking about law (in the present context, more specifically about the law of obligations) has been decisively moulded by the Roman lawyers. The *contract-delict dichotomy*; [...]; the *concept of a consensual contract*; or even the *basic notion of an obligation*: these are only some of the fundamental ingredients which have shaped the civilian tradition.«¹⁰⁹
- ▷ »The idea that a codification should be able to sever all ties with the past, and thus entirely cut off the continuity of historical development, has proved to be a rather simplistic illusion. [...] The contents of that treasure house, however, are largely of Roman provenance.«¹¹⁰
- ▷ »Underlying both the form and content of the present book is therefore the belief that for a proper understanding of modern law one needs to know about the origin of its rules and institutions: why and how they have been developed, in which form they have been received, why and how they have been retained, changed, adapted or rejected. [...] The study of legal history tends to become a rather sapless, purely ›academic‹ affair, and is in danger of losing much of its legitimacy as an essential part of an educated lawyer's intellectual equipment if one omits to ask what a particular idea has contributed to the development of modern institutions.«¹¹¹
- ▷ »Roman law has made a particularly significant contribution, and the modern lawyer may thus legitimately expect a professor of Roman law to describe and analyse the details of this impact. Or, to put the matter slightly more pointedly: suretyship transactions in Babylonian law are a matter for the specialist; ›alterum non laedere‹, ›ex nudo consensus oritur actio‹ or ›neminem ex alterius detrimento locupletiozem facere‹, on the other hand, do not concern only the professional legal historian, but every modern lawyer.«¹¹²

Ich beende das Anführen von Beispielen, die für sich sprechen und keiner weiteren Interpretation – über das von mir Ausgeführte hinaus – bedürfen, mit folgender Ergänzung: Zimmermanns Aussagen, rechtshistorisch gewendet, belegen, dass die wahren historischen ›foundations of the civilian tradition‹ keine

108 Erstaunlich ist es, dass Zimmermanns Darstellung in der englischsprachigen Welt offenbar keinen Widerspruch erfahren hat, was zeigt, dass auch dort rechtshistorische Kenntnisse rar geworden sind.

109 1990, VIII; Hervorhebung von mir. – Ich verweise auf bisher Gesagtes.

110 1990, VIII. – Dazu nur so viel: Gerade den hier betonten Fehler begeht Zimmermann (mit seiner ausschließlich auf das römische Recht abstellenden Darstellung) auf exemplarische Weise!

111 1990, VIII f: Auch dies benötigt – nach den bisherigen Ausführungen – keinen Kommentar, zumal Zimmermann seine Forderungen selber nicht erfüllt.

112 1990, IX.

römischen sind. Sie sind griechischen Ursprungs und mit dem Zwölftafel-Gesetz (~ 450 v.) nach Rom gelangt, wo ihr ›Gehalt‹ offenbar kaum genutzt (vielleicht auch nicht mehr hinreichend verstanden oder bewußt geändert) wurde. 150 Jahre davor (594/593 v.) waren sie Teil von Solons Gesetzgebung und Ursprung des modernen, auf dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner beruhenden Vertrages gewesen – samt eines funktionalen Zusammenwirkens von ›Schuld‹ und ›Haftung‹. Und überdies legte Solons F 76a die Grundlagen zu *Vertrags- und Vereinsfreiheit, Formfreiheit, Freiheit von Typenzwang* (und zwar im Sachen- und im Schuldrecht) und ermöglichte *Innominatkontrakte* und eine kreative *Kautelarjurisprudenz*.

Und dieser griechisch-europäische Ursprung wurde mehr als ein halbes Jahrtausend vor der römischen Klassik geschaffen. Das gilt auch für die (vornehmlich von deutschen, am BGB von 1900 sozialisierten, Rechtshistorikern vertretene) Lehre, der ›*contract-delict dichotomy*‹ mit der vermeintlichen Konsequenz, die Vertragshaftung sei deliktischen Ursprungs. Das sind (rechts)historische Positionen, die eine verfehlte ›hL‹ – unhinterfragt – weitertragen. Näher begründet wird meine Kritik (über diesen Beitrag hinaus) in Punkt 2b des Bandes III/2 von ›*Graeca*‹: ›Die Grundlinien des griechischen Vertrages – Solons ›Homologie‹.

Waldsteins Ausführungen – und die von ihm erwähnten Autoren – sind für die Rechtsgeschichte auch insofern wertvoll, weil sie zeigen, wie verworren und uneinheitlich die Meinungen im römischen Recht und der Romanistik in der zentralen Frage von ›Schuld und Haftung‹ sind. Mag das auch gerne überspielt werden. Das herrschende Verständnis im römischen Recht scheint weithin darauf hinauszulaufen, *nexum* und/oder *stipulatio* »für die historisch erfaßbare Zeit [... nach wie vor] als ›*Haftungsgeschäft*‹ [zu verstehen]«. ¹¹³ – Waldstein zweifelte daran, weil er der Ansicht war, dass erst dann, »wenn alle Versuche gescheitert waren, die Erfüllung dessen zu erreichen, was den Inhalt des *dare oportere* bildete«, Haftung eintrat. ¹¹⁴ Haftung sei aber »nicht die Folge eines Unterwerfungsvertrages, den man als ›*Haftungsgeschäft*‹ begreifen könnte, sondern des gesetzlich geordneten Vollstreckungsverfahrens. Die *manus iniectio* (als behördlich gestattetes ›Handanlegen‹ an den Schuldner und Einleitung der Exekution) trat – so Waldstein – nicht als Folge vorausgehender vertraglicher Unterwerfung ein, sondern als gesetzliche Folge der Nichtleistung dessen, was geschuldet wurde«. Insofern schließe jede vertragliche Bindung »natürlich auch die mögliche Folge der Haftung ein«. – Daher stelle sich die Frage, »ob

¹¹³ Ablehnend zur *sponsio-stipulatio*: Kaser/Knütel/Lohsse 2021, 242, für die nur das *nexum* als Haftungsgeschäft in Frage kommt.

¹¹⁴ 1992, 528 f.

es den historischen Gegebenheiten gerecht wird, den Vertragszweck *primär* in der Begründung dieser Haftung zu sehen, das *dare* dagegen lediglich *sekundär* als Mittel der Haftungslösung gelten zu lassen«. Der erkennbare Vertragszweck dürfte doch – so Waldstein – »jedenfalls in der historisch erfaßbaren Zeit die *Leistung* gewesen sein«:¹¹⁵

»Aus der Verpflichtung zur Leistung folgte im Falle ihres Ausbleibens das *dare oportere* der zuständigen Klagen. Erst wenn die Leistung definitiv ausblieb, kam die persönliche Haftung für dieses Ausbleiben der Leistung zum Zuge. Sie erscheint demnach als das Sekundäre. Noch in der Zwölftafelzeit trägt sie zugegebenermaßen überaus harte Züge. Aber gerade diese Tatsache spricht dagegen, daß die Haftung primärer Vertragszweck gewesen sein sollte.«

Durchaus realistisch meinte Waldstein, dass angesichts »der *Autorität der herrschenden Lehre*«¹¹⁶ seine »Überlegungen zunächst wohl zumindest auf Verwunderung stoßen« würden und er verweist deshalb darauf, dass er mit »diesen Gedanken nicht mehr allein« stehe, sondern auch *Selb* und *Zlinszky* zu ähnlichen Ergebnissen kämen und auch *Kunkel/Honsell* und *Mayer-Maly* den Begriff des »Haftungsgeschäftes« mieden und letzterer »völlig unabhängig von den hier vorgelegten Überlegungen« nicht mehr »auf die Hypothesen über den Ursprung des Obligationenbegriffes aus der Haftung« eingegangen sei.¹¹⁷

Waldstein wandte sich zurecht auch gegen die Annahme eines »*Haftungsgeschäfts*« (etwa bei der Stipulation) und gegen die damit vertretene Ansicht, der »Vertragszweck [bestehe] primär in der Begründung [von] Haftung [...], das *dare* dagegen [sei] lediglich sekundär [ein] Mittel der Haftungslösung«. – Waldstein war auf dem richtigen Weg und sein Rechtsgefühl trog ihn nicht, denn es fehlte nur wenig zur endgültigen Problemlösung.

Der *Fehler des römischen Rechts und seiner Bearbeiter* (bis herauf in die Gegenwart: etwa bei Reinhard Zimmermann, Max Kaser, Rolf Knütel und Simon Lohsse) liegt darin, dass man meint/e, Haftung werde durch Parteiabrede (»obligatio«), also privatautonom und vertraglich, *bewirkt*. – So ausdrücklich Zimmermann:¹¹⁸

»Thus, obligatio in classical Roman law implied both »duty« and »liability««.

Allein damit wurde das durch Vertrag erzeugte schuldrechtliche Leistensollen mit dem – außerhalb von Parteien- und Gläubigermacht liegenden – Leisten-

115 Waldstein 1992, 529; Hervorhebung von mir. – Diesen Ausführungen fehlt nur noch der Hinweis, woher das römische Recht diese »Lösung« bezogen hat.

116 Der sich Reinhard Zimmermann unterordnete.

117 Nachweise bei Waldstein, aaO. – Aber auch bei den von Waldstein erwähnten Autoren fehlt der Hinweis, woher ihr Verständnis von Haftung stammt und worin es besteht.

118 1990, 5.

müssen der Haftung identifiziert und Haftung einer falschen Norm-Quelle zugeordnet.¹¹⁹ Aber dieses ursprüngliche Leistenmüssen, das die rechtliche Durchsetzung des vertraglich Vereinbarten im Rechtsweg (schließlich mittels Klage) sicherte, konnte nur von der Rechtsgemeinschaft (und nach seinem Entstehen, vom Staate) kommen, nicht von Vertragsparteien oder allein vom Gläubiger, wie H. J. Wolff meinte. Haftung hat ihren Entstehungsgrund nicht im Vertrag – im römischen Recht: der obligatio oder wie von Wolff für das griechische Recht meinte in der ›besonderen Kraft der Homologie‹, sondern in den normativen Werten der Gemeinschaft und schließlich des Staates. Die vertraglich-homologe Begründung von *Schuld ist nur Voraussetzung für das Entstehen von Haftung*, die mit Schuldbegründung eintritt, nicht erst später! – Die in F 76a (Ruschenbusch) enthaltene Kyriaklausel hätte das erkennen lassen.¹²⁰

Haftung, als ein in der Frühzeit *existenziell-personeller Zugriff auf ein Gemeinschaftsmitglied*, konnte nur aus den Werten der Gesellschaft/Gemeinschaft als Ganzer (und schließlich des Staates) kommen und musste von diesen akzeptiert oder doch toleriert werden. Wie Waldstein für das römische Recht betonte, trugen diese Werte noch in der Zwölftafelzeit »überaus harte Züge«. ¹²¹ Aber es handelte sich dabei um (vermeintliche) Gemeinschaftswerte, nicht solche von Gläubigern oder den Vertragsparteien. Reste davon kennen wir noch heute, fehlt Einzelnen doch in existenziellen Fragen immer noch die ›Kompetenz‹, über den eigenen Körper und das eigene Leben zu verfügen!¹²² – An dieser Einsicht fehlte es Max Weber ebenso, wie in dessen Spuren etwa Hans Julius Wolff; und sie fehlt auch noch Reinhard Zimmermann¹²³ und Sebastian Lohsse in der Nachfolge Max Kasers und Rolf Knütels.

119 Zur privatautonom vereinbarten *Haftungsminderung*, dem sogenannten ›*Haftungsausschluß*‹ im modernen Privatrecht, der am Ausgeführten nichts ändert: ›*Graeca*‹, Band III/2, Kapitel VI 2b: ›Homologie: Zusammenfassung‹.

120 Das Zwölftafel-Gesetz hat die *Kyriaklausel* übernommen und man hat das *κρίσιον εἶναι* mit ›*ita ius esto*‹ übersetzt. Als Haftungsanordnung verstanden wurde das aber offenbar nicht mehr (?). – Hier besteht Aufklärungsbedarf!

121 Das sah auch Zimmermann, ohne jedoch Konsequenzen zu ziehen; 1990, 2 f.

122 Und noch weniger steht dies anderen zu, Gemeinschaft und Staat ausgenommen; siehe deren Strafkompetenz.

123 Vgl. das diesem Beitrag vorangestellte Motto aus Zimmermanns ›*The Law of Obligations*‹: 1990.

VII. Roman foundations of the Civilian Tradition in ›The Law of Obligations‹?

Gegen das von Reinhard Zimmermann skizzierte – nur scheinbar souveräne – ausschließlich römischrechtliche Verständnis des *Schuldrechts* und der *Obligation*, hebt sich – seit Solon – das Zusammenwirken von privatautonom begründeter ›Schuld‹ (Homologie) und staatlich angeordnetem Einstehenmüssen (als ›Haftung‹) in griechischer Einfachheit ab. Das römische Recht und seine stolzen Vertreter – und mit ihnen weithin die moderne Zivilrechtsdogmatik – sind nicht zu solcher Einfachheit und Klarheit des Zusammenwirkens von ›Schuld‹ und ›Haftung‹ vorgezogen. Bis heute nicht. Das Verdienst, ›Schuld‹ und ›Haftung‹ auf bis heute ›gültige‹ Weise unterschieden und dennoch zu einem funktionalen Ganzen geführt zu haben, gebührt dem griechischen Recht und dessen Thesmotheten Solon. Das war – wie die bis heute herrschende Unklarheit zeigt – keine Kleinigkeit. Verglichen mit dem griechischen Ergebnis ist die römische Lösung, die – eher unbewusst als bewusst – noch vielen rechtsdogmatischen Konzepten der Gegenwart zugrunde liegt, in einem frühen Entwicklungsstadium ›stecken-geblieben‹; dies, obwohl man im Zwölftafel-Gesetz das griechische Vorbild ›Homologie‹ übernommen hatte. Die Romanistik vermochte das bis heute nicht zu klären und zu erkennen. – Von ›Roman Foundations of the Civilian Tradition‹ in ›The Law of Obligations‹ kann entgegen Zimmermanns Annahme (aber auch jener der ›hL‹ des römischen Rechts) keine Rede sein.¹²⁴

Solons Anordnung, dass ›rechtens sein‹ soll (›κέρειον εἶναι‹), was Vertragschließende untereinander ›abmachen‹ (›ὅτι ἂν τούτων διαθῶνται πρὸς ἀλλήλους‹), blieb über die Zeit hinweg gültig, mögen seither auch mehr als zweieinhalb Jahrtausende verstrichen sein. Und auch dem Ende von Solons ›Homologie-Formel‹ kommt Bedeutung zu, zumal dadurch klargestellt wird, dass sich die gewährten Freiheiten – Vereins- und Vertragsfreiheit samt der daraus abzuleitenden Privatautonomie – so wichtig diese Prinzipien für jede freie Gesellschaft sind, innerhalb der Grenzen der Rechtsordnung zu bewegen haben, deren Werte nicht von den Vertragsparteien, sondern von Staat und Gesellschaft bestimmt werden. Damit war klargestellt, dass diese Werte rangmäßig nicht über dem staatlichen Recht (und dem Gemeinwohl der Polis) stehen. – Und zwischen dem damals Erreichten und heute liegt kein (rechts)historischer Bruch, vielmehr gelten die hier dargelegten ›Grundlinien des griechischen Vertrages‹ ohne Einschränkung noch heute.

¹²⁴ Das wird durch Zimmermanns These vom europäischen Charakter des englischen Rechts noch verstärkt; s. dessen Beitrag in: ZEuP 1 (1993) 4 ff.

Mit Solons ›Homologie‹ wurde der Sinn des Vertrages und seiner Wirkungen im Grundsätzlichen erfaßt. Sollten jemals davon Abstriche gemacht werden, wäre das suboptimal. Diese Einsicht erweist die Lösung des römischen Rechts als rechtsdogmatische Verirrung; denn *Unklarheit* zeigt sich bis heute im *römischen Verständnis* der ›obligatio‹ und damit noch im *geltenden Recht* in einem begrifflichen und verständnismäßigen *Verschwimmen von ›Schuld‹ und ›Haftung‹* und dem damit einhergehenden *Vermengen der Sphären von Privatautonomie und staatlichem Recht*. Eine befriedigende Antwort hält – jenseits rechtshistorischer und geltendrechtlicher Zweifel – Solons ›Homologie‹ bereit.¹²⁵

Die Unklarheit des römischen Rechts wirkt – über die Romanistik – noch auf das Vertragsdenken der Gegenwart ein, wodurch bestehende Unklarheiten – unausgesprochen und vielfach unbewusst – weitergetragen werden. – Mit dieser Schwäche behaftet ist offenbar nicht nur das *kontinentaleuropäische Privatrecht*, sondern – über das römische Erbe – auch das *anglo-amerikanische Rechtssystem*, was ich durch meine Kritik an Reinhard Zimmermanns ›Law of Obligations‹ (1990) zu zeigen versuche. Als hilfreich dabei hat sich eine Arbeit Wolfgang Waldsteins aus dem Jahre 1992 erwiesen. – Das griechische Vertragsverständnis offenbart, dass Privatautonomie nicht so weit reicht, wie Römer und Romanisten und noch heute viele Juristen glaub(t)en.

125 Eine klare Unterscheidung zwischen privatautonom begründeter *Schuld* (durch die Vertragsparteien) und darauf aufbauender, staatlich angeordneter *Haftung* (in Griechenland bereits durch Gesetz!), war auch noch den *Keilschriftrechten* sowie dem *ägyptischen Recht* und dem *Rechtsdenken Israels* fremd, wie mir von namhaften Fachleuten versichert wurde.