

**KURZE UNTERSUCHUNG ZUM
“*VERTRAGSBEGRIFF AUS HISTO-
RISCH-RECHTSVERGLEICHENDER
SICHT*” ***

Im Laufe dieses Vortrags möchte ich einen Gesamtüberblick über den Vertragsbegriff (bzw. die diversen Vertragsbegriffe) in den wichtigsten europäischen Rechtsordnungen geben. Die Wahl dieses Themas erklärt sich aufgrund des soeben veröffentlichten und von mir herausgegebenen Buches (ich habe die ersten Exemplare am 25. Juli erhalten), mit dem Titel “*La nozione di contratto nella prospettiva storico-comparatistica*”. Bitte erlauben Sie mir, mich in erster Linie bei der Universität Salzburg für die perfekte Gastfreundschaft zu bedanken.

Bei diesem Werk handelt es sich um ein Lehrbuch, das ich im Rahmen meines Kurses

* Der Text gibt den Vortrag wieder, der zum Anlass der durch Prof. J. M. Reiner im August 2010 organisierten *2. Salzburger Sommergespräche zum Römischen Recht und zur Rechtsvergleichung* an der Universität Salzburg gehalten wurde.

für Privatrechtsvergleichung an der Universität Cassino verwenden werde. Ich habe beschlossen, dieses Buch mit einer Reihe von Freunden zu schreiben, die ich während meiner Studienaufenthalte an verschiedenen europäischen Universitäten kennengelernt habe, um den Studenten damit die diversen Bedeutungen zu vermitteln, die ein so grundlegender Begriff wie der des Vertrags in verschiedenen Rechtsordnungen haben kann.

Der Jurist weiß, dass das französische Wort ‚contrat‘ das englische Wort ‚contract‘ in Erinnerung ruft und dass das erste Wort sogar ohne große Schwierigkeiten als Übersetzung des zweiten verwendet werden kann. In England werden die Vereinbarungen liberaler Art (z.B. Schenkungen) aber nicht als ‚contracts‘ bezeichnet, und auch die Vereinbarungen zur Eigentumsübertragung heißen nicht ‚contracts‘. Der Begriff des ‚contract‘ deckt sich also nicht mit dem des ‚contrat‘: In der französischen Sprache gibt es kein dem englischen Wort ‚contract‘ und im Englischen kein dem französischen ‚contrat‘ entsprechendes Wort. Ich muss gleich dazusagen, dass ich die Idee des Buches Herrn Prof. Rainer verdanke: Die Gespräche mit ihm im Laufe seiner Vorlesungen für Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht an der römischen

Gesetzgebern überlassen ist. Es handelt sich also um eine politische und nicht juristische Entscheidung, ebenso wie auch das Inkrafttreten der jeweiligen nationalen Gesetzbücher zwischen dem 19. und 20. Jahrhundert eine politische und nicht juristische Entscheidung war.

STEFANO CHERTI
Ricercatore di Diritto Privato
Università degli Studi di Cassino e
del Lazio Meridionale
st.cherti@unicas.it

Universität Roma Tre in den Jahren 2002 und 2003 haben mich dazu angeregt, die verschiedenen Institute des Zivilrechts aus rechtsvergleichender Sicht zu studieren. Ein Rechtsvergleich muss – aus Prof. Rainers Sicht – immer so weitreichend wie möglich sein und auch die unterschiedlichsten Rechtserfahrungen umfassen.

Leider handelt es sich um ein Lehrbuch: Das Thema muss also auf die von den Universitätsreformen vorgegebene Anzahl der Anrechnungspunkte beschränkt bleiben; ich möchte hier – auch angesichts der mir zur Verfügung stehenden Zeit – in erster Linie nur die wenigen Elemente des Vertragsbegriffs in Italien untersuchen, um alle Anwesenden zu entsprechenden Überlegungen anzuregen. Hierzu ist es erforderlich, dass sich während meines Vortrags jeder von Ihnen ständig die eigene Rechtsordnung und den darin vorhandenen Vertragsbegriff vor Augen hält.

Der Vertragsbegriff ist, wie gesagt, nicht in allen Rechtsordnungen auf ein und dieselbe Weise definiert: Eines haben aber alle Definitionen gemein, und zwar das Element der Einigung zwischen zwei oder mehreren Parteien über die Auslösung rechtlicher Folgen. Der Vertrag ist also ein zwei- oder mehrseitiges

Rechtsgeschäft (nach der Reform des Handelsrechts im Jahr 2004 können in Italien die Verträge zur Gründung einer Kapitalgesellschaft, einer s.r.l., d.h. einer GmbH, auch von nur einer Partei geschlossen werden).

Im italienischen ‚Codice civile‘ von 1942 ist der Vertrag unter Art. 1321 als Einigung zwischen zwei oder mehreren Parteien zur Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechtsverhältnisses vermögensrechtlicher Natur definiert¹.

Aus der Definition ergeben sich einige wesentliche Aspekte (die Einigung, die vermögensrechtliche Leistung, das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien), welche zur Klärung des Vertragsbegriffs beitragen und ihn von anderen, im ‚Codice‘ enthaltenen Instituten abgrenzen (Testament, Ehe, einseitige Ver-

¹ Unter der umfangreichen Literatur siehe: G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 462 ff.; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 812 ff.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970; F. CARRESI, *Il Contratto*, in *Trattato Cicu Messineo*, XXI, tomo I, Milano, 1987; P. RESCIGNO, *Contratto (in generale)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 1 ff.; E. ROPPO, *Contratto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 95 ff.; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, I, Torino, 1998; C.M. BIANCA, *Diritto civile III. Il contratto*², Milano, 2000.

len Handel vorwiegend zum Einsatz kommen.

Abgesehen von den Detaillösungen ist ohne weiteres zu beobachten, dass auf gemeinschaftlicher Ebene bereits gemeinsame Regeln betreffend die allgemeine Vertragstheorie gelten, und gerade eben von diesen Regeln – und nicht von den unterschiedlichen Regeln in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen – ausgehend kann ein gemeinsamer und allseits anerkannter Vertragsbegriff gefunden werden, der über die Begriffe hinausgeht, die in den Gesetzbüchern vorhanden sind und einen bestimmten geschichtlichen Zeitabschnitt widerspiegeln, dem auf diese Weise ein definitives Ende gesetzt werden kann.

Wie zu Beginn meines Beitrags vorausgeschickt, soll das Buch eine geschichtlich-rechtsvergleichende Vertiefung des Themas des Vertrags darstellen und ein Lehrwerk für die jungen Juristen bieten, denen eine kulturelle Ausbildung abverlangt wird, die der europäischen Dimension, in die sich die italienische Rechtsordnung stabil eingefügt hat, bewusst offen gegenübersteht.

Wir stehen vor einem erst begonnenen Werk, dessen Vollendung dem europäischen Gesetzgeber gemeinsam mit den nationalen

stammung aber nicht vorhanden ist, kann deren Gültigkeit kraft des Grundsatzes der Privatautonomie anerkannt werden, wenn die Parteien ausdrücklich darauf Bezug nehmen. Beim Verbrauchsgüterkauf hat der europäische Gesetzgeber die auch im ‚Codice del consumo‘ vorhandene Lösung gewählt und den Übergang des Eigentums (und der Gefahr) zwischen den Vertragspartnern von der effektiven Übergabe der Sache vom Verkäufer an den Käufer abhängig gemacht. Aus dieser kurzen Abhandlung ergibt sich bereits eindeutig, wie groß die Unterschiede zwischen den Gesetzbüchern bleiben: Unterschiede, die nicht das Ergebnis diverser, zu schützender Interessen sind, sondern den diversen nationalen Traditionen entspringen. Es ist wenig glaubhaft, dass einige Mitgliedstaaten bereit sind, innerhalb kurzer Zeit auf diese Traditionen zu verzichten.

Die positive Erfahrung des UN-Kaufrechts von 1980 und der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie von 1999 bekräftigen die Überzeugung, dass es weniger schwieriger ist, eine progressive Vereinheitlichung des Privatrechts mit Hilfe einheitlicher Gesetze zu erreichen, die den Kaufvertrag und andere typische Verträge zum Gegenstand haben, die auf den nationalen Märkten und im internationa-

sprechen). Aus Art. 1321 cod. civ. ist eindeutig der enge Zusammenhang zwischen der Kategorie des Vertrags und der des Rechtsgeschäfts ersichtlich: Deshalb kann der Vertrag als eine *species* des weitläufigeren Oberbegriffs des Rechtsgeschäfts angesehen werden; es gibt also Rechtsverhältnisse, die – obwohl sie dem Begriff des Rechtsgeschäfts zugeordnet werden können – gerade eben deshalb keine Verträge sind, weil ihnen das Erfordernis der vermögensrechtlichen Natur fehlt (wie z.B. die Ehe). Aber gerade weil im ‚Codice‘ ein *Ad-hoc*-Begriff für das Rechtsgeschäft fehlt, kann die Normengruppe der Art. 1321 – 1324 cod. civ. als Grundlage dienen, um auch in unserer Rechtsordnung eine allgemeine Theorie des Rechtsgeschäfts zu begründen, die vom Vertrag ausgeht und auch die einseitigen Rechtsgeschäfte unter Lebenden mit vermögensrechtlichem Inhalt umfasst.

Damit ein Vertrag vorliegt, muss die Einigung vermögensrechtliche Verhältnisse zum Gegenstand haben, wenngleich nicht alle Einigungen dieser Natur dem Vertragsbegriff zugeordnet werden können. Der typische Fall sind die ‚gentlemen’s agreements‘, die zwar vermögensrechtlichen Inhalt haben, aber auf die infolge ausdrücklicher Bestimmung der Parteien die Regeln des Vertragsrechts keine

Anwendung finden dürfen. Aus dem Vertragsbegriff ergibt sich weiter, dass ein nicht-rechtliches (und auf Ehre oder Gefälligkeit beruhendes) Verhältnis nicht der Vertragskategorie zugewiesen werden und deshalb die diesbezüglich geltenden Normen nicht in Anspruch nehmen kann (z.B. die Bestimmungen in Sachen Nichterfüllung und Schadensersatz). Ganz ähnlich gestaltet sich die Lage in Frankreich, wo die ‚acte de courtoisie‘ nie zum Entstehen eines Vertragsverhältnisses führen.

Im Sinne von Art. 1321 cod. civ. ist der Vertrag zweifellos die auf das Entstehen bestimmter Rechtsfolgen gerichtete Einigung bzw. Willensäußerung; der Vertrag stellt aber auch die selbständige Regelung von Rechtsverhältnissen mit vermögensrechtlichem Inhalt dar. Mit Hilfe des Vertrags hat die Person die Möglichkeit, ihre Interessen selbständig zu regeln und ihre vermögensrechtlichen Beziehungen zu Dritten autonom und auf die ihrer Ansicht nach am besten geeignete Art und Weise zu gestalten. Eine ausdrückliche Anerkennung des Rechts des Einzelnen auf Selbstbestimmung seiner Interessen ist in Art. 1322 cod. civ. zu finden, der den Begriff gemäß Art. 1321 cod. civ. ergänzt: Hiernach wird auch jenen Verträgen uneingeschränkte

zweifellos konsensual ist: Der Wille der Einzelnen ist ausreichend, um Verpflichtungen zu ihren Lasten zu schaffen (juristische Bindungen, die im Falle ihrer Nichterfüllung die Inanspruchnahme gerichtlicher und außergerichtlicher Zwangsmittel ermöglichen). In der Regel wird der Formalismus also überwunden, und mit dem Abschluss des Rechtsgeschäfts werden schuldrechtliche Wirkungen zwischen den Parteien ausgelöst.

Der Formalismus ist in der Tat dann zweckdienlich, wenn die Vermögensverlagerung zwischen den Parteien objektiv gesehen (bei Unternehmensverträgen) oder subjektiv gesehen (der Erwerb einer Wohnung zwischen Privatpersonen) erhebliche Summen betrifft und wird bei Vertragsabschlüssen, die einen schnellen Austausch von Seriegütern vorsehen, zu einem Hindernis. Eine Prüfung der Zweckmäßigkeit des Austausches erscheint weniger vor dem Hintergrund der Rechtsordnung (die Grenze des mangelnden Widerspruchs zu zwingenden Vorschriften ist eine Grundlage aller Rechtssysteme), sondern vielmehr als weiterer Schutz zugunsten der Partei von Nutzen.

Was den Grundsatz der Übertragungseini-gung angeht, der auch in Italien und Frankreich gilt, in den Systemen germanischer Ab-

1942 sowohl bei der allgemeinen Regelung als auch bei den besonderen Bestimmungen des Vertragsrechts am Kaufvertrag inspiriert hat, der Verbrauchsgüterkauf heutzutage ein grundlegendes Paradigma unter den verschiedenen, in Europa vorhandenen Kaufvertragstypen darstellt und vor allem von diesem konkreten Vertragstyp ausgegangen werden kann, um unter Beschreitung eines ähnlichen Weges wie in Italien die Grundlagen für einen gemeinsamen Vertragsbegriff zu schaffen.

Vom Kaufvertrag auszugehen würde bedeuten, ein bereits umfassend erprobtes Schema zu besitzen, das als Bezugspunkt verwendet werden kann. Würde man mit dem Aufbau einer gemeinsamen Vertragsidee dagegen bei den diversen – in allen kontinentalen Rechtssystemen vorhandenen – allgemeinen Regeln beginnen, wäre es unvermeidbar, eine der verschiedenen Optionen zu wählen und dabei die anderen auszuschließen, bei denen es sich um auf nationaler Ebene bereits operative Regeln handelt und deren Nichtberücksichtigung auf rechtstechnischer Ebene schwer gerechtfertigt werden könnte.

Die unmittelbare Analyse der Bestimmungen der Richtlinie ermöglicht die Festlegung eines einheitlichen Leitfadens. Zusammenfassend kann behauptet werden, dass der Vertrag

Wirksamkeit zuerkannt, die zwar nicht zu den besonders vom Gesetzgeber geregelten Vertragstypen gehören (z.B. Kaufvertrag, Werkvertrag), sondern auf die Verwirklichung von nach der Rechtsordnung schutzwürdigen Interessen gerichtet sind. Die in Art. 1322 cod. civ. verankerte Privatautonomie ist also ein Instrument, mit dem jenen vermögensrechtlichen Einigungen zwischen den Parteien Wirkung verschafft werden kann, die zwar nicht unter die gesetzlichen Vertragstypen fallen, aber die die vom Gesetzgeber als wesentlich erachteten Erfordernisse aufweisen (Art. 1325 cod. civ.) und die die durch das Gesetz gezogenen Grenzen einhalten (Art. 1322 cod. civ.). Bei der Typizität des Rechtsgeschäfts handelt es sich keineswegs um ein unüberwindliches Dogma. Unsere Rechtsordnung orientiert sich vielmehr am Grundsatz der maximalen Vertragsfreiheit. In dieser Hinsicht ist die Gegenüberstellung zwischen unserem System und dem römischen Rechtssystem von großem Interesse. Im Hinblick auf diese Rechtserfahrung ist nämlich eine Entwicklung zu verzeichnen, die ohne schriftliche Regeln vom Grundsatz der förmlichen Typizität auf den rechtlich relevanten Bereich der unbenannten Verträge übergegangen ist.

Die Vertragsfreiheit gemäß Art. 1322 cod. civ. kann in zwei verschiedene Richtungen beobachtet werden. Die erste, die sich aus Absatz eins der Bestimmung ergibt, ermöglicht es den Parteien, den Inhalt des Vertrags innerhalb der gesetzlich gezogenen Grenzen frei zu bestimmen; die zweite, die aus Absatz zwei abgeleitet wird, ermächtigt die Parteien zum Abschluss von Verträgen, die nicht den besonders geregelten Typen entsprechen und gewährt ihnen maximale Freiheit bei der Wahl der am besten geeigneten Interessengestaltung unter Überwindung der vom Gesetzgeber vorgegebenen Schemen.

Als freie Willensäußerung hat der Vertrag – ebenso wie in der französischen Rechtsordnung – ‚Gesetzeskraft‘ zwischen den Parteien, die ihn abschließen (s. Art. 1372 cod. civ.), verpflichtet die Vertragspartner zur Erbringung der jeweiligen Leistungen und bietet im Falle der Nichterfüllung konkrete Schutzformen; Dritten gegenüber entfaltet er aber nur in den ausdrücklich vom Gesetz vorgesehenen Fällen Wirkung.

In dieser Hinsicht besteht zwischen italienischer (und französischer) Rechtsordnung auf der einen Seite und deutscher Rechtsordnung auf der anderen Seite ein großer Unterschied. In Italien fehlt eine Norm (und der

Derzeit gibt es jedoch verschiedene Vertragsbegriffe bzw. der Vertragsbegriff wurde aus den unterschiedlichsten Gründen (geschichtlicher, wirtschaftlicher, politischer Natur usw.) in den einzelnen europäischen Rechtsordnungen auf verschiedene Art und Weise ausgestaltet: Obwohl nicht wenige Gemeinsamkeiten vorliegen, ermöglichen es die vorhandenen Unterschiede dem Juristen nicht, an einen einheitlichen Vertragsbegriff zu denken.

Um einen Wandel auszulösen, ist es erforderlich, auf den Partikularismus der einzelnen nationalen Rechtsordnungen zu verzichten und zu vermeiden, die eigene Rechtsordnung an die erste – und vor allem – einzige Stelle zu setzen, sondern den aus der Gemeinschaftsordnung stammenden Elementen den Vorzug zu geben. Der europäische Gesetzgeber hat den Vertrag nie definiert und auch keine Bestimmungen über den allgemeinen Teil des Rechtsgeschäfts – wie die in einigen nationalen Rechtsordnungen vorhandenen – erlassen; mit der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf hat er aber eine einheitliche Regelung für diesen wichtigen Vertrag geschaffen.

Vor diesem Hintergrund kann – ähnlich wie dies in Italien der Fall war – behauptet werden, dass, wenn sich der Gesetzgeber von

‚Codice‘ vorhandene Instrument – das wirksamste Mittel zum Austausch von Sachen. Nicht dazu geeignet ist mit Sicherheit das Testament, da der Erbe oder Vermächtnisnehmer die Zuweisung zu seinen Gunsten stets verweigern kann, und der Erblasser nicht mehr in der Lage ist, sein Vermögen anderen zu übertragen. Dasselbe gilt innerhalb der familiären Beziehungen (in erster Linie der Ehe), in denen die von den Vertragspartnern verfolgten Zwecke nicht die Übertragung von Vermögensgütern betreffen, und in denen die eventuellen Vermögenszuwendungen gegenüber diesen Zwecken rein sekundär sind (auch das kindschaftsrechtliche Verhältnis kann zur Übertragung von Vermögen nicht verwendet werden, da es hierzu völlig ungeeignet wäre).

Auf die einseitigen Verträge unter Lebenden können schließlich die Regeln über den Vertrag zur Anwendung kommen, falls diese Verträge vermögensrechtlichen Inhalt haben (s. Art. 1324 cod. civ.); auf diese Weise werden sie der Vertragskategorie zugeordnet. Um also ein zur Übertragung von Sachen geeignetes Instrument zu werden, muss sich der Wille in Einigung verwandeln und seine Regeln selbständig schaffen: Genau dies geschieht beim Vertrag.

entsprechende Grundsatz ist nur in einigen gerichtlichen Urteilen zu finden) wie die «Störung der Geschäftsgrundlage» gemäß § 313 BGB in der im Jahr 2002 abgeänderten Fassung.

Aus der Formulierung von Art. 1321 cod. civ. ergibt sich, dass das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien durch den Vertrag auf allumfassende Weise beeinflusst werden kann: Der Vertrag kann das bestehende Verhältnis je nach der Absicht der Parteien begründen, regeln (und auch abändern) oder beenden. Mit anderen Worten kann der Vertrag sowohl das Element darstellen, mit dem die Bindung geschaffen wird, als auch das Element, mit dem ein bereits bestehendes Verhältnis geändert oder auf andere Weise geregelt wird und schließlich die Vereinbarung, mit der den Wirkungen eines anderen Vertrags ein Ende gesetzt wird (wie z.B. die einvernehmliche Aufrechnung).

Der im ‚Codice‘ enthaltene Vertragsbegriff ist in Wirklichkeit in engem Zusammenhang mit Art. 1325 zu sehen, der die Erfordernisse des Vertrags enthält, d.h. die Einigung der Parteien, den Rechtsgrund, den Gegenstand und die Form, falls deren Einhaltung durch das Gesetz bei sonstiger Nichtigkeit vorgeschrieben ist. Es handelt sich um eine zentrale

Bestimmung für den Aufbau einer Vertragskategorie im ‚Codice‘, die den Inhalt von Art. 1321 cod. civ. ergänzt und durch den Parteiwillen nicht abbedungen werden kann.

Unter den Gründen, die zur Nichtigkeit des Vertrags führen, nennt Art. 1418 cod. civ. das Fehlen eines der in Art. 1325 aufgeführten Erfordernisse. Die in Art. 1325 cod. civ. erwähnten wesentlichen Elemente sind also regelrechte Voraussetzungen für das Bestehen und die Gültigkeit des Vertrags, von denen nicht abgewichen werden kann: Deshalb bilden der Vertragsbegriff und die Vorschrift über die wesentlichen Elemente einen gemeinsamen Rahmen, der die genaue Definition des Vertrags in der italienischen Rechtsordnung vorgibt.

Das Einvernehmen als zentrale Grundlage des Vertrags kann sowohl schuldrechtliche Verträge als auch Übertragungsverträge ins Leben rufen. Im Hinblick auf die von den Verträgen ausgelösten Folgen kann also zwischen Verträgen mit schuldrechtlichen Wirkungen und Verträgen mit dinglichen Wirkungen unterschieden werden. Mit den Verträgen schuldrechtlicher Natur übernehmen die Vertragspartner die Pflicht zur Erbringung einer Leistung, d.h. es entstehen Verpflichtungen zu Lasten der Parteien. Die Verträge

fluss; sollte aber zwischen den Parteien ein Rechtsstreit hinsichtlich des Bestehens des Rechtsgeschäfts auftreten, kann dieses nur durch die Vorlage des schriftlichen Dokuments unter Beweis gestellt werden.

Die Bestimmungen, die die Einhaltung besonderer Formvorschriften beim Abschluss des Vertrags vorsehen, sind unabdingbar und stellen eine Einschränkung der Privatautonomie dar; die Parteien können also nicht frei wählen, auf welche Art und Weise sie ihre rechtsgeschäftliche Regelung zum Ausdruck bringen wollen. Wichtig ist zu erwähnen, dass die Voraussetzung der gesetzlich vorgegebenen Schriftform durch die bloße Verfassung einer – auch nicht beglaubigten – Privaturkunde erfüllt ist; der Kaufvertrag über eine Wohnung ist z.B. bereits durch eine nicht von einer öffentlich bestellten Urkundsperson beglaubigte Privaturkunde in jeder Hinsicht gültig, und das Eigentum geht von einer Partei auf die andere über. Bei der öffentlichen Urkunde und der beglaubigten Privaturkunde handelt es sich um besondere Beweismittel, die gleichzeitig als Titel für die Eintragung des Rechtsgeschäfts in die Immobilienregister dienen.

Bereits angesichts des Begriffs bildet der Vertrag also – mehr als jedes andere, im

nen die Willensäußerung nur dann rechtsverbindlich ist, wenn sie in einer bestimmtem Form abgegeben wird; in den formfreien Verträgen können die Vertragspartner ihren Willen unter Einsatz eines jeden beliebigen Mittels äußern.

In den Fällen, in denen das Gesetz unter Androhung der Nichtigkeit eine bestimmte Form verlangt (sog. *forma ad substantiam*), wird diese Form natürlich zu einem begründenden Element des Vertrags, und die Nichtbeachtung der Formvorschrift führt auch dann zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, wenn die Parteien zu den grundlegenden Punkten des Vertrags eine eindeutige Einigung zum Ausdruck gebracht haben. Da es sich um ein wesentliches Element handelt, kann die bloße Einhaltung der Formvorschrift dazu führen, dass der geschlossene Vertrag auch in dem Fall als gültig angesehen wird und seine Wirkungen entfaltet, indem die Partei ihn einfach unterschrieben hat, ohne ihm zum Zeitpunkt der Anbringung der Unterschrift große Aufmerksamkeit zu schenken.

Von der Form *ad substantiam* unterscheidet sich die Form *ad probationem*, die nur in beweisrechtlicher und prozessualer Hinsicht erforderlich ist. Ihre Nichtbeachtung hat zwar auf die Gültigkeit des Vertrags keinen Ein-

mit dinglichen Wirkungen lösen die Übertragung des Eigentums an einem Gut (oder an einem anderen Recht) zwischen den Parteien aus. In der italienischen Rechtsordnung, die ebenso wie die französische den Grundsatz des ‚consenso traslativo‘ (Übertragungseini-gung) übernommen hat, geht das Eigentum unmittelbar (gleichzeitig mit dem Vertragsabschluss) über, falls Gegenstand der Übertragung eine bestimmte Sache ist.

Ein weiteres Element, das die in Europa vorhandenen Vertragsbegriffe erheblich unterscheidet, ist der Rechtsgrund. Die Definition des Rechtsgrundes ist in der Lehre nach wie vor heftig umstritten, und auch die Juristen des ‚Common law‘ sind bei der Abgrenzung der ‚consideration‘, die in diesem System eine ähnliche Rolle wie unser Rechtsgrund spielt, mit analogen Problemen konfrontiert. Anders gestaltet sich die Lage bei Gesetzbüchern germanischer Abstammung, denen sowohl das kausale als auch das abstrakte Rechtsgeschäft bekannt ist. Im BGB ist der Rechtsgrund darüber hinaus nicht unter den wesentlichen Elementen des Rechtsgeschäfts, und deshalb gibt seine Definition weniger Anlass zu Debatten.

Für eine negative Beurteilung des kausalen Elements, die in der italienischen Rechtsord-

nung zur Nichtigkeit des Vertrags führt, oder die im ‚Common law‘ bei Fehlen einer ‚consideration‘ das Nichtbestehen des ‚contract‘ bewirkt, bleibt in der deutschen Rechtserfahrung kein Raum, denn in diesem System ist der Rechtsgrund weder eine Voraussetzung für die Gültigkeit noch für die Existenz (ohne ‚consideration‘ kommt der Vertrag gar nicht zustande) der Handlungen der Privatautonomie.

In der italienischen Rechtsordnung bedeutet der Vertrag in erster Linie Einigung: Aus diesem Grund ergibt sich aus der Formulierung von Art. 1325 cod. civ., dass auf vertragsrechtlicher Ebene der Grundsatz der Formfreiheit gilt, d.h. dass die Parteien zum Ausdruck ihrer Einigung jedes beliebige Mittel verwenden können, das sie für geeignet halten. Für die Rechtsordnung ist von Bedeutung, dass die Einigung «durch eine auf gesellschaftlicher Ebene als Einigung wertbare Tatsache» zum Ausdruck gebracht wurde: Die von den Parteien gewollte Wirkung tritt unabhängig von der Tätigkeit bestimmter Handlungen oder vom Ausspruch bestimmter Formeln ein, denn es ist ausreichend, dass das von den Parteien gewählte Verhalten die eindeutige (und unzweifelhafte) Bedeutung des Ausdrucks eines bestimmten Willens über-

nehmen kann. Die Vertragspartner genießen also völlige Freiheit bei der Wahl des Mittels, durch das sie die Erreichung der Einigung ausdrücken und Dritten gegenüber zu verstehen geben wollen; unter besonderen Umständen kann auch ein negatives Verhalten eine geeignete Willensäußerung darstellen.

Keine Zweifel bestehen an der Tatsache, dass der Vertrag durch seine Form den Vertragspartnern selbst erkenntlich gemacht wird: Eine mündliche Erklärung entfaltet ihre Wirkungen selbstverständlich nur unter den Vertragspartnern, und nur die beim Vertragsabschluss Anwesenden können die Abmachungen und den Inhalt des Rechtsgeschäfts in Erinnerung behalten. Durch die schriftliche Festlegung der Einigung können ihre Elemente und ihr Inhalt dagegen länger festgehalten werden.

Aus Art. 1325 cod. civ. ergibt sich, dass die Form nur dann ein wesentliches Element darstellt, wenn sie unter Androhung der Nichtigkeit vom Gesetz vorgeschrieben ist: Daher die Unterscheidung zwischen ‚contratti solenni‘ (bzw. formgebundenen Verträgen) und ‚contratti non solenni‘ (bzw. formfreien Verträgen). Bei den formgebundenen Verträgen, die in unserer Rechtsordnung eine Ausnahme bilden, handelt es sich um die Verträge, in de-