

SEBASTIAN MARTENS

Durch Dritte verursachte Willensmängel

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

190

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

190

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Sebastian Martens

Durch Dritte verursachte
Willensmängel

Mohr Siebeck

Sebastian Martens, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaften in Konstanz und Oxford; 2007 Promotion; derzeit Referendar am hanseatischen OLG, Hamburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-151375-6

ISBN 978-3-16-149498-7

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2007 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2007 von der juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation angenommen. Sie wurde im Dezember 2006 abgeschlossen.

Mein ganz herzlicher Dank gebührt zunächst meinem Doktorvater, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann. Die Grundlagen vergleichender Rechtsgeschichte oder historischer Rechtsvergleichung habe ich in meiner Mitarbeiterzeit bei ihm erlernen dürfen; was diese Arbeit hier auszeichnen sollte, verdankt sie ihm. Darüber hinaus möchte ich mich aber auch für die vorbildliche Unterstützung bedanken, die er mir trotz seiner großen Belastungen stets gewährt hat. Bei Prof. Dr. Grigoleit bedanke ich mich für das zügig erstellte und auf die Ideen der Arbeit eingehende Zweitgutachten.

Entstanden ist diese Arbeit während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Für die stets angenehme Atmosphäre und die geradezu idealen Arbeitsbedingungen möchte ich mich bei den Direktoren und allen Mitarbeitern bedanken. Dies gilt auch für die Aufnahme der Arbeit in die von den Institutsdirektoren herausgegebene Studienreihe.

Der Studienstiftung des deutschen Volkes gilt mein Dank für die großzügige finanzielle und ideelle Förderung im Rahmen eines Promotionsstipendiums, die mir eine recht sorgenfreie und besonders interessante Promotionszeit gewährt hat.

Besonders möchte ich mich schließlich bei meinen Eltern bedanken, die mir meine Studien ermöglicht haben und mich bis heute mit Rat und Tat unterstützen.

Düsseldorf, im August 2007

Sebastian Martens

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
Kapitel 1: Die römisch-rechtlichen Grundlagen	5
A. Einleitung	5
B. Die Rechtsbehelfe wegen metus	7
C. Weitere Rechtsbehelfe bei Zwang	41
D. Die Rechtsbehelfe wegen dolus	45
E. Ergebnis zu den römisch-rechtlichen Grundlagen	79
Kapitel 2: Die Rezeption des römischen Rechts und die Entwicklung auf dem europäischen Kontinent	80
A. Vor dem Naturrecht	80
B. Das Naturrecht	120
C. Der usus modernus	137
D. Die naturrechtlichen Kodifikationen	156
E. Die Pandektisten	174
F. Die Entstehung des BGB	193
G. Weitere rechtsvergleichende Skizze	213
Kapitel 3: Das englische Common Law	227
A. Einführung	227
B. Der Schutz der Willensbildung im Common Law bis Ende des 18. Jahrhunderts	230
C. Die Equity der Chancery	250
D. Die Entwicklung eines systematischen Vertragsrechts im 19. Jahrhundert	264
E. Die Entwicklung der duress und die Drittfälle der Drohung	270
F. Die Lösung der Drittfälle nach der Equity	280
G. Ergebnis zum Dritten Kapitel	304

Kapitel 4: Theorie und Dogmatik	306
A. Einleitung	306
B. Die Funktion der Willenserklärung: Ihre Bindungswirkung.....	308
C. Die Rechtfertigung rechtlichen Zwangs bei rechtsgeschäftlicher Bindung	314
D. Die freie Selbstbestimmung als Voraussetzung wirksamer Selbstbindung	325
E. Die Beeinflussung der Willensbildung durch Dritte.....	370
F. Zusammenfassung: Folgen durch Dritte verursachter Willensmängel.....	394
Quellenverzeichnis (bis 1800).....	399
Literaturverzeichnis.....	403
Verzeichnis römischer Rechtsquellen	417
Verzeichnis der englischen Entscheidungen	421
Sachverzeichnis	425

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XV
Einleitung	1
Kapitel 1: Die römisch-rechtlichen Grundlagen	5
A. Einleitung	5
B. Die Rechtsbehelfe wegen metus	7
I. Die formula Octaviana	8
1. Die formula Octaviana und die Repetundengesetze	9
2. Das historische Regelungsproblem der formula Octaviana	13
3. Der Inhalt und der Anwendungsbereich des ersten metus-Edikts	17
a) Die Vermögensverschiebung vi metusve causa	17
b) Die formula Octaviana und aus Furcht geschlossene Verträge	20
II. Die klassische actio quod metus causa	25
1. Der Funktionswandel des metus-Edikts	25
2. Die Neuinterpretation des metus-Edikts	26
3. Formulierung und Wirkung der metus-Klage	29
4. Der schleichende Verlust der Grundlagen und die Entdeckung der Drittwirkung	32
III. Die exceptio metus	36
IV. Zusammenfassung zum metus-Recht	40
C. Weitere Rechtsbehelfe bei Zwang	41
D. Die Rechtsbehelfe wegen dolus	45
I. Entstehung und Funktion des dolus-Edikts	45
1. Die prätorischen Rechtsmittel gegen dolus als Umgehungsschutz und Lückenfüller	45
2. Aliud simulatum, aliud actum	49

3.	Naturaliter concessum est, invicem se circumscribere.....	52
II.	Die Wirkungen des dolus eines Dritten.....	54
1.	Formel und Wirkung beim dolus	54
2.	Der dolus tertii im Verhältnis der Vertragspartner	57
a)	Klagen als Folge eines dolus tertii	58
b)	Die exceptio doli (tertii).....	65
c)	Zusammenfassung	75
3.	Die Wirkung des dolus gegenüber dem Rechtsnachfolger.....	76
4.	Ergebnis zu den Drittwirkungen des dolus.....	78
E.	Ergebnis zu den römisch-rechtlichen Grundlagen.....	79
Kapitel 2: Die Rezeption des römischen Rechts und die Entwicklung auf dem europäischen Kontinent.....		
		80
A.	Vor dem Naturrecht	80
I.	Die frühe Rezeption bei den Glossatoren.....	80
1.	Die „Drittwirkungen“ von metus und dolus	80
2.	Metus und dolus in ihrer Wirkung auf Verträge.....	86
II.	Exkurs: D. 4.2.22: „qui in carcerem“	90
III.	Die Entwicklung bis zum französischen Humanismus	92
1.	Die Drittwirkungen der Rechtsbehelfe wegen metus und dolus	92
a)	Die Rechtfertigung der Drittwirkungen beim metus	94
b)	D. 4.2.9.1 und seine Erklärung.....	96
c)	Die Drittwirkungen beim dolus.....	97
d)	Der Unterschied bei den Drittwirkungen.....	99
2.	Die Gültigkeit der Verträge	103
IV.	Deutscher und niederländischer Humanismus.....	108
1.	Bachovs Zweifel an der Drittwirkung des metus.....	108
2.	Die Drittwirkung von metus und dolus allgemein	111
3.	Die vertragsrechtlichen Wirkungen von metus und dolus	113
V.	Exkurs: Stracchas Traktat über die Makler	117
B.	Das Naturrecht	120
I.	Thomas v. Aquin und der consensus extortus	120
II.	Die Spätscholastiker.....	124
III.	Die Naturrechtler	130
1.	Betrug und Irrtum.....	130
2.	Furcht und Erpressung.....	134
C.	Der usus modernus.....	137
I.	Die allgemeinen Drittwirkungen des metus	139
II.	Die allgemeinen Drittwirkungen des dolus	143

III. Die vertragsrechtlichen Wirkungen von metus und dolus	147
1. Metus	148
2. Dolus	152
3. Die Praxis	155
D. Die naturrechtlichen Kodifikationen	156
I. Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (1756).....	157
II. Preußisches Allgemeines Landrecht (1794).....	159
III. Code civil (1804)	163
IV. ABGB (1811).....	168
V. Zwischenfazit zu den naturrechtlichen Kodifikationen	173
E. Die Pandektisten	174
I. Die wissenschaftliche Diskussion.....	174
1. Furcht und Zwang	176
2. Finalität der Furchterregung	179
3. Irrtum und Betrug.....	183
II. Rechtsprechung zu den Drittwirkungen im 19. Jahrhundert	188
F. Die Entstehung des BGB	193
I. Die Kodifikationen des 19. Jahrhunderts	193
II. Das Gesetzgebungsverfahren.....	195
1. Der Entwurf Gebhard	196
2. Die Erste Kommission.....	201
3. Die Vorkommission des Reichsjustizamtes und die Zweite Kommission	204
III. Parallelvorschriften	207
1. § 1314 BGB und die Aufhebung einer widerrechtlich durch Dritte erwirkten Ehe	207
2. § 2078 BGB und der widerrechtlich beeinflusste Testator	208
IV. Zusammenfassung zur Entstehung des BGB.....	211
G. Weitere rechtsvergleichende Skizze	213
I. Das österreichische Recht.....	215
II. Die nordischen Vertragsgesetze.....	218
III. Die Reform des niederländischen Rechts.....	220
IV. PICC und PECL.....	222
 Kapitel 3: Das englische Common Law	 227
A. Einführung	227
B. Der Schutz der Willensbildung im Common Law bis Ende des 18. Jahrhunderts	230
I. Bracton und die Zeit der Year-Books	230
1. Bracton	231
2. Die gerichtliche Praxis	234

a)	Rechtswidrigkeit der Haft	236
b)	Der Anspruch des Helfers in der Not	237
c)	Fallgruppenbildung oder Rechtswidrigkeit der Zwangslage?.....	238
II.	Die weitere Entwicklung der duress	241
1.	Coke und der Willensmangel der duress	242
2.	Die Entwicklung des deliktischen Charakters der duress.....	245
C.	Die Equity der Chancery.....	250
I.	Die Chancery und ihr Recht	250
II.	Der vertragsrechtliche Schutz durch den Chancellor: Die Einwendung des equitable fraud.....	252
III.	Die Entwicklung der undue influence.....	257
1.	Awe oder undue influence?	257
2.	Die presumptions of undue influence.....	260
D.	Die Entwicklung eines systematischen Vertragsrechts im 19. Jahrhundert	264
I.	Powells „Essay upon the Law of Contracts“	265
II.	Die Vertragsrechtslehrbücher des 19. Jahrhunderts und die will-theory	267
E.	Die Entwicklung der duress und die Drittfälle der Drohung	270
I.	Die allgemeine Entwicklung der duress seit dem 19. Jahrhundert.....	270
1.	Einheitlichkeit und Zersplitterung des Schutzes bei erpreßten Verträgen.....	270
2.	Duress und die „overborne will“-Theorie	272
II.	Die Drohung durch einen Dritten	274
1.	Fairbanks v Snow	274
2.	Die englische Rechtsprechung zu den Drittfällen bei der duress.....	276
F.	Die Lösung der Drittfälle nach der Equity	280
I.	Fraud, misrepresentation und undue influence	280
II.	Die Drittfälle der undue influence	281
1.	„The tainted gift“	282
2.	Die Rechtsstellung des Zweiterwerbers	286
a)	Das Schicksal des Eigentums bei der Erpressung	290
b)	Die Fälle des mistake as to the person.....	290
c)	Ergebnis	292
3.	Die widerrechtliche Beeinflussung der Willensbildung durch Dritte und die Interzessionsfälle.....	292
a)	Die agency-Erklärung	293
b)	Die doctrine of notice	295
c)	Royal Bank of Scotland v Etridge (No. 2).....	297
d)	Die Diskussion in der Literatur	299

e) Zusammenfassung	303
4. Ergebnis zu den Drittfällen der undue influence	303
G. Ergebnis zum Dritten Kapitel.....	304
 Kapitel 4: Theorie und Dogmatik.....	 306
A. Einleitung	306
B. Die Funktion der Willenserklärung: Ihre Bindungswirkung.....	308
I. Die Willenserklärung als performative speech act	308
II. Die Willenserklärung als exclusionary reason	310
III. Ergebnis.....	314
C. Die Rechtfertigung rechtlichen Zwangs bei rechtsgeschäftlicher Bindung	314
I. Die Anerkennung autonomer Bindung	315
II. Der Schutz des Vertrauens	317
III. Die institutionelle Rechtfertigung.....	319
IV. Die Position des BGB	322
V. Ergebnis.....	324
D. Die freie Selbstbestimmung als Voraussetzung wirksamer Selbstbindung	325
I. Die Ansicht des BGB-Gesetzgebers	326
II. Freiheit im Verhältnis zum Erklärungsempfänger.....	327
1. Die Notwendigkeit der relativen Freiheit	327
2. Risikoübernahme und normative Auslegung.....	328
a) Die Auslegung einer abgepreßten Willenserklärung.....	329
b) Die Auslegung einer ertrogenen Willenserklärung	330
c) Ergebnis	332
III. Die umfassende Freiheit von widerrechtlicher Beeinflussung	333
1. Die Freiheit vor täuschungsbedingten Irrtümern	333
a) Die Rechtfertigung eines umfassenden Schutzes vor Täuschungen	333
b) § 123 II 1 BGB: Ausnahmevorschrift oder eigener Anfechtungstatbestand?.....	335
2. Die Rechtfertigung in den Drohungsfällen.....	337
a) Die historische Sonderstellung der Drohung	337
b) Rechtfertigungsansätze	337
c) Der maßgebliche Tatbestand des Anfechtungsgrundes der Drohung.....	342
d) Exkurs: Die privatrechtliche Arisierung jüdischen Vermögens im Dritten Reich	347
e) Die Sonderstellung der durch eine Drohung bewirkten Zwangslage im System des BGB.....	351
f) Ergebnis zur absoluten Wirkung der Drohung	355

3.	Die Rechtfertigung bei Haustürwiderrufsgeschäften	358
a)	Die „drittverursachte Haustürsituation“ im Wandel der Rechtsprechung	359
b)	Die „objektive Haustürsituation“	361
4.	Ergebnis	364
IV.	Lösungsrechte vom Vertrag – numerus clausus des § 123 BGB?	365
1.	Der Lösungsanspruch gemäß §§ 311 II, 280 I, 249 BGB	366
2.	Ein einheitlicher vertragsrechtlicher Schutz der freien Willensbildung	368
E.	Die Beeinflussung der Willensbildung durch Dritte.....	370
I.	Selbstveranlassung	372
II.	Das Handeln „unechter Dritter“	372
1.	Die Zurechnung des Vertreters	373
2.	Die Risikoübertragung des Vermittlers	373
3.	Weitere Risikoübertragung nach Billigkeit?	377
4.	Ergebnis	378
III.	Das wissensabhängige Anfechtungsrecht	379
1.	Der historische Ursprung	380
2.	Die ratio hinter den Kriterien der Kenntnis und der fahrlässigen Unkenntnis	383
3.	Ergebnis zum Verständnis des wissensabhängigen Anfechtungsrechts.....	385
IV.	Der res integra-Gedanke.....	386
V.	Der lucrum-Gedanke	389
1.	Unentgeltliche Geschäfte.....	390
2.	Entgeltliche Geschäfte.....	392
F.	Zusammenfassung: Folgen durch Dritte verursachter Willensmängel.....	394
	Quellenverzeichnis (bis 1800).....	399
	Literaturverzeichnis.....	403
	Verzeichnis römischer Rechtsquellen	417
	Verzeichnis der englischen Entscheidungen.....	421
	Sachverzeichnis.....	425

Abkürzungsverzeichnis

A.	Atlantic Reporter
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
A & E	Adolphus & Ellis' Queen's Bench Reports
a.F.	alte Fassung
aant.	aantekenen = Anmerkung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases, House of Lords and Privy Council
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJLH	American Journal of Legal History
Al	Aleyn's Reports, King's Bench (1646-1649)
ALL ER	All England Law Reports
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
App Cas	Law Reports, Appeal Cases (Second Series, 1875-1890)
Arg.	Argument
art.	articulus
Art./Artt.	Artikel
Atk	Atkyns' Chancery Reports (1736-1755)
Aufl.	Auflage
B.	Baron of Court of Exchequer
B&S	Best & Smith's Queen's Bench Reports (1861-1869)
Barn KB	Banardiston's King's Bench Reports
Bayer. Entw.	Bayerischer Entwurf
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
Beav	Beavan's Rolls Court Reports (1838-1866)
Benl	Benloe's King's Bench Reports (1531-1628)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bing N Cas	Bingham's New Cases, English Common Pleas
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Chambre Civile de la Cour de Cassation (1792-)
Bulstrode	Bulstrode's King's Bench Reports
BW	Burgerlijk Wetboek

bzw.	beziehungsweise
C.	Codex / Gaius
CB	Chief Baron
California LR	California Law Review
Camp	Campbell's Nisi Prius Cases (1808-1816)
cap.	capitulum
Ch.	Law Reports, Chancery Division
Chr.	Christus
Civ 1 ^{re}	Cour de cassation, Première chambre civile
CJ	Chief Justice
CLJ	Cambridge Law Journal
CLR	Commonwealth Law Reports
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis
Cn.	Gnaeus
Co.	Company
concl.	conclusio
cons.	consilium
const.	constitutio
Conv.	Conveyancer and Property Lawyer
Co Rep	Coke's King's Bench Reports (1572-1616)
Cox	Cox's Equity Cases (1745-1797)
Cro Car	Croke's King's Bench Reports tempore Charles I
Cro Jac	Croke's King's Bench Reports tempore James I
D.	Digesten
d.h.	das heißt
d.i.	das ist
DB	Der Betrieb
dec.	decisio
def.	defensio
ders.	derselbe
disp.	disputatio
dist.	distinctio
Doc.	Document
Dresd. Entw.	Dresdner Entwurf
Dru t Sug	Drury's Irish Chancery Reports tempore Sugden (1843-1844)
dub.	dubitatio
Duke LJ	Duke Law Journal
ebd.	ebenda
ed.	edictum
Edw.	Edward
EheG	Ehegesetz
EHR	English Historical Review
Eq Ca Abr	Equity Cases Abridged (1667-1744)
etc.	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EvBl.	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EWCA Civ	England and Wales, Court of Appeal, Civil Division (Neutral Citation)
EWHC (Ch)	England & Wales High Court (Chancery Division) (Neutral Citation)
exerc.	exercitatio
f./ff.	folgende

Fn./Fnn.	Fußnote
fol.	Folio
FS	Festschrift
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ggf.	gegebenenfalls
Giff	Giffard's Chancery Reports (1857-1865)
Gilb Cas	Gilbert's Cases in Law and Equity (1713-1715)
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Godb	Godbolt's King's Bench Reports (1575-1638)
H.	Hilary term
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Harvard LR	Harvard Law Review
Hess. Entw.	Hessischer Entwurf
Hg.	Herausgeber
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
HL	House of Lords
HL Cas	Clark & Finnelly's House of Lords Reports New Series (1847-1866)
HR	Hoge Raad
hrsg.	herausgegeben
h.t.	hic titulus (huius tituli, hoc titulo)
i.e.	id est = das heißt
i.S.d.	im Sinne des
IECL	International Encyclopedia of Comparative Law
Inst.	Institutiones Iustiniani
Iura	Iura - rivista internazionale di diritto romano e antico
i.V.m.	in Verbindung mit
J.	Judge
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl.	Juristische Blätter
JBL	Journal of Business Law
JCL	Journal of Contract Law
jew.	jeweils
JherJb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JLH	Journal of Legal History
Jones T	T Jones' King's Bench and Common Pleas Reports (1667-1685)
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KB	Law Reports, King's Bench (1901-1952)
Keb	Keble's King's Bench Reports (1661-1679)
Keilwey	Keilwey's King's Bench Reports (1496-1578)
KG	Kammergericht
Lev	Levinz's King's Bench and Common Pleas Reports (1660-1697)
LC	Lord Chancellor; Lord Commissioner
LCB	Lord Chief Baron of Exchequer

LCJ	Lord Chief Justice
LG	Landgericht
lib.	liber
Lib. Ass.	Liber Assissarum
liv.	livre
L.	Lucius
LHR	Law and History Review
LJ	Lord Justice
LQR	Law Quarterly Review
LR Ch	Law Reports, Chancery Appeal Cases (1865-1875)
LR ChD	Law Reports, Chancery Division (2nd Series, 1875-1890)
LR CP	Law Reports, Common Pleas
LR P&D	Law Reports, Probate & Divorce Cases (1865-1875)
LR QB	Law Reports, Queen's Bench (1st Series, 1865-1875)
Lutw	Lutwyche's Entries and Reports, Common Pleas
M.	Michaelmas term
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
med.	meditatio
Mees & W	Meeson & Welsby's Exchequer Reports
Mich.	Michigan Reports
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MLR	Modern Law Review
Moore KB	Moore's King's Bench Cases (1519-1621)
MR	Master of the Rolls
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
N.E.	North Eastern Reporter
N.F.	Neue Folge
N.W.	North Western Reporter
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NILQ	Northern Ireland Legal Quarterly
NJ	Nederlandse Jurisprudentie / Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
Nr. / No.	Nummer / Numero
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZ	Österreichische Notariatszeitung
OAG	Oberappellationsgericht
obs.	observatio
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
P	President
P.	Pasche (Easter) term
P&CR	Property, Planning & Compensation Reports
PD	Law Reports, Probate
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	(UNIDROIT) Principles of International Commercial Contracts
Plo	Plowden's Commentaries or Reports (1550-1580)
pr.	principium

Prec. Ch.	Finch's Precedents in Chancery
Price	Price's Exchequer Reports (1814-1824)
P Wms	Peere-Williams' Chancery & King's Bench Cases (1695-1735)
QB	Queen's Bench Reports
qu.	quaestio
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDC	Revue des Contrats
resp.	responsio
Rez.	Rezension
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rich.	Richard
RIDA	Revue internationale des droits de l'antiquité
RLR	Restitution Law Review
Rn.	Randnummer
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rs.	Rechtssache
rub.	rubrica
S.	Seite
s.	siehe
sächs.	sächsisch
Salk	Salkeld's King's Bench Reports (1689-1712)
SC (HL)	Session Cases, House of lords
SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iuris
sec.	sectio
sent.	sententia
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung/Schweizerische Juristenzeitung
SLT	Scots Law Times
Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
spec.	specimen
SR (NSW)	New South Wales State Reports
StGB	Strafgesetzbuch
Str.	Strange's King's Bench Reports
T.	Trinity term
Th.	These
tit.	titulus
TLR	Times Law Reports
tom.	tomus
Toth	Tothill's Transactions in Chancery
TRG	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
u.a.	und andere/unter anderem
u.U.	unter Umständen
übers.	übersetzt
UKHL	United Kingdom House of Lords (Neutral Citation)
UKPC	United Kingdom Privy Council (Neutral Citation)
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.	vom/vor
V.C.	Vice Chancellor

Vern	Vernon's Chancery Reports (1681-1719)
Ves Jun	Vesey Junior's Chancery Reports (1789-1817)
Ves Jun Supp	Hovenden's Supplement to Vesey Junior's Chancery Reports (1789-1817)
Ves Sen	Vesey Senior's Chancery Reports (1741-1756)
vgl.	vergleiche
Vict	Victoria
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
w.N. / m.w.N.	weitere Nachweise/mit weiteren Nachweisen
Warn. Rspr.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Otto Warneyer
West t Hard	West's Chancery Reports tempore Hardwicke
W Robinson	William Robinson's Admiralty Reports
Wilson K.B.	Wilson's King's Bench and Common Pleas Reports
Wilm	Wilmot's Notes and Opinions (1757-1770)
WLR	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WTLR	Wills & Trusts Law Reports
Yale LJ	Yale Law Journal
Y.B.	Year Book
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (früher: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht)
ZSS (Rom.)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

Der Mieter M droht seinem Vermieter V mit Gewalttätigkeiten, falls dieser nicht in eine Herabsetzung des Mietzinses einwilligt. V verkauft daraufhin das vermietete Haus an den Käufer K, um allen Auseinandersetzungen mit dem rabiaten M aus dem Weg zu gehen. Nach h.M. soll V, wenn M später auszieht, den mit K geschlossenen Kaufvertrag nicht nach § 123 I BGB wegen widerrechtlicher Drohung anfechten können. Zwar seien die Drohungen des M für den Verkaufsschluß des V kausal gewesen. M habe mit ihnen aber nicht den Verkauf, sondern die Herabsetzung der Miete bezweckt. V habe den Vertrag deshalb freiwillig geschlossen, um sich der Wahl, vor die ihn M gestellt hatte, zu entziehen¹. Aus dieser Argumentation folgt im Umkehrschluß, daß V den Kaufvertrag mit K anfechten dürfte, wenn M auch die Veräußerung des Hauses als mögliche Folge seiner Drohungen billigend in Kauf genommen hätte². Auf den ersten Blick wird es überraschen, daß die Wirksamkeit des zwischen V und K geschlossenen Kaufvertrages von den für sie eher zufälligen Zwecken und Vorstellungen des M abhängen sollte³.

Indes scheint das Erfordernis eines Finalzusammenhangs zwischen Drohung und Willenserklärung ein notwendiges Kriterium⁴ zur Einschränkung des andernfalls uferlosen Anfechtungsrechts bei einer Beeinflussung durch widerrechtliche Drohungen zu sein. Denn nach § 123 I BGB ist jede Willenserklärung anfechtbar, wenn der Erklärende zu ihrer Abgabe durch eine widerrechtliche Drohung bestimmt wurde. Er muß nicht von dem Empfänger der Willenserklärung bedroht worden sein, bei dem Übeltäter kann es sich auch um einen beliebigen Dritten gehandelt haben⁵. Ohne die Not-

¹ Das Beispiel sowie die Begründung finden sich bei *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 37, Rn. 29.

² Nach h.M. genügt insoweit *dolus eventualis*, ausführlich Kapitel 4 D. III.2.c).

³ *Bachov*, Commentarii in pandectas, 1630, S. 985 hielt denjenigen für „ineptus“, der ein Lösungsrecht von einem Vertrag allein deshalb gewähren wollte, weil ein Dritter diesen Vertrag mit seiner widerrechtlichen Beeinflussung bezweckt hatte, ausführlich unten, Kapitel 2 A. IV.1.

⁴ Ist dies Kriterium normativer oder tatsächlicher Art? Dazu Kapitel 4 D. III.2.c).

⁵ Eine solche Wirkung einer widerrechtlichen Beeinflussung werden wir im Folgenden „absolut“ nennen oder in Anlehnung an das römische Recht als *in rem*-Effekt bezeichnen.

wendigkeit eines finalen Konnexes wäre also jede Willenserklärung, die ursächlich auf eine widerrechtliche Drohung zurückzuführen ist, gemäß § 123 I BGB anfechtbar. Dies würde für unser Eingangsbeispiel bedeuten, daß V unabhängig davon, was M mit seiner Drohung bezweckte, zur Anfechtung des Vertrages mit K berechtigt wäre⁶.

Eines Finalzusammenhangs zwischen Beeinflussung und Willenserklärung bedarf es bei dem zweiten in § 123 I BGB erfaßten Fall, der arglistigen Täuschung, nach allgemeiner Ansicht nicht. Hier genügt die Kausalität der Täuschung für die Willenserklärung⁷. Allerdings ist nicht jede Erklärung anfechtbar, zu deren Abgabe der Erklärende durch eine arglistige Täuschung bestimmt wurde. Zwar ging der Gesetzgeber des BGB davon aus, daß grundsätzlich nur eine Willenserklärung vom Prinzip der Selbstbestimmung getragen sei, die frei von jeglicher widerrechtlicher Beeinflussung abgegeben wurde⁸. Doch milderte er die „Härten“, zu denen dieses Prinzip gegenüber unschuldigen Vertragspartnern geführt hätte, im Falle der Täuschung⁹: Hat ein außenstehender Dritter den Erklärenden arglistig getäuscht, ist die Willenserklärung nur anfechtbar, wenn der Erklärungsempfänger um die Täuschung wußte oder wissen mußte (§ 123 II 1 BGB)¹⁰.

Wie verhält es sich nun aber, wenn der Dritte den Erklärenden weder betrogen noch erpreßt, sondern auf eine andere Art bei seiner Willenserklärung widerrechtlich beeinflußt hat; etwa bloß fahrlässig durch Fehlinformationen? Wie ist zu entscheiden, wenn der dritte Betrüger eine Erpressung durch einen Vierten vortäuschte, der Erklärende also von einer Erpressung durch einen Außenstehenden ausging, tatsächlich aber „bloß“ ein Betrug vorlag? Inwieweit kann (nicht nur in den Drittfällen) bei den Rechtsfolgen überhaupt sinnvoll zwischen verschiedenen Formen der widerrechtlichen Beeinflussung, wie etwa Täuschung und Drohung in § 123 BGB, unterschieden werden? Gibt es wirklich einen einheitlichen Anfechtungstatbestand der widerrechtlichen Drohung, der sowohl die Fälle erfaßt, in denen die Drohung vom Erklärungsempfänger ausging, als auch die, in denen ein beliebiger Dritter der Übeltäter war?

⁶ Gelegentlich wird nicht deutlich zwischen Kausalität und Finalität der Drohung unterschieden und gesagt, daß es am *Kausalzusammenhang* fehle, wenn der Erklärende in der durch die Drohung erzeugten Zwangslage nicht die bezweckte, sondern eine andere Willenserklärung abgibt, vgl. etwa MüKo/Kramer, § 123 BGB Rn. 47.

⁷ Vgl. MüKo/Kramer, § 123 BGB Rn. 12.

⁸ Zur Entstehungsgeschichte ausführlich unten, Kapitel 2 F. II.

⁹ Vgl. „Motive“, in: Mugdan, Bd. I, S. 466.

¹⁰ Wird die Anfechtbarkeit einer durch die widerrechtliche Einflußnahme eines Dritten erwirkten Willenserklärung von bestimmten Voraussetzungen in der Person des Erklärungsempfängers abhängig gemacht, bezeichnen wir diese Wirkung im Folgenden als „relativ“ oder, angelehnt an das römische Recht, als *in personam*-Wirkung der Beeinflussung.

Diese und zahlreiche weitere Fragen, die sich hinsichtlich der Auswirkungen stellen, die die Beeinflussung der Willensbildung durch einen Dritten auf Verträge haben könnte, ließen sich grundsätzlich ganz mittels einer systematisch-teleologischen Auslegung der *lex lata* beantworten. Bei solch rein dogmatischem Vorgehen läuft man aber Gefahr, überkommene Grundlagen nicht zu hinterfragen. Man geht unbewußt von bestimmten Axiomen aus, obwohl ihre Selbstverständlichkeit eigentlich nur historisch erklärbar und nicht durch unumstrittene Wertungen fundiert ist. Denn ohne ein möglichst genaues Verständnis ihrer Herkunft werden die hergebrachte Terminologie und Systematik der Auslegung der *lex lata* notwendigerweise größtenteils unreflektiert zugrunde gelegt¹¹. Ohne die Erkenntnis seiner historischen Bedingtheit können „wir von dem Rechtszustand der Gegenwart nur die äußere Erscheinung wahrnehmen, nicht das innere Wesen begreifen“¹².

Die historisch-vergleichende Analyse ermöglicht also eine (verhältnismäßig) größere Objektivität bei der Auslegung des geltenden Rechts¹³. Bei einer funktionalen Betrachtung des Problems der durch einen Dritten beeinflussten Willensbildung und seinen jeweiligen, auf einander bezogenen und aus einander entstandenen Lösungen in der Geschichte, läßt sich die heutige Regelung erst recht eigentlich verstehen. Denn nur so gewinnt man die nötige Distanz, um den eigenen Standpunkt *in* der Entwicklung des Rechts zu erkennen¹⁴.

Dabei darf die Entwicklung des Rechts nicht als darwinistische Evolution mißverstanden werden, an deren Endpunkt die „richtige“ Lösung stünde. Vielmehr können sich zu jeder Zeit neue Probleme stellen, die allerdings üblicherweise mit dem überkommenen Werkzeug (in gegebenenfalls modifizierter Form) bearbeitet werden müssen¹⁵. Das Feld mögli-

¹¹ Wir können uns nur in der Sprache ausdrücken, die wir gelernt haben. Erst wenn wir um ihre Entstehungsgeschichte wissen und andere Sprachen kennengelernt haben, können wir die Grenzen unserer Muttersprache ermesen.

¹² Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, S. XV; vgl. ausführlich Zimmermann, Savignys Vermächtnis, JBl. 1998, 273 ff.

¹³ Keineswegs soll aber behauptet werden, daß diese Methode volle Objektivität garantieren oder auch nur möglich machen könnte. Schon unsere historische Untersuchung bleibt zwangsläufig subjektiv geprägt. Gleichwohl wird unser Vorgehen Probleme und Argumente wiederentdecken und so den rechtswissenschaftlichen Werkzeugkoffer zugleich entrümpeln und auffüllen.

¹⁴ Vgl. Windscheid, Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft, in: Oertmann (Hg.), Bernhard Windscheid, Gesammelte Reden und Abhandlungen, S. 75 f., der das BGB nur als einen „Punkt in der Entwicklung, fassbarer gewiß als die Wasserwelle im Strome, aber doch nur eine Welle im Strome“ ansah.

¹⁵ Eine meist eher scheinbare Ausnahme bildet die Intervention des Gesetzgebers. Dieser agiert allerdings seinerseits innerhalb des bestehenden Systems und entnimmt seine Lösungen dem allgemeinen juristischen Werkzeugkoffer.

cher sozialer Konflikte ist jedoch relativ begrenzt. Häufig stellt sich heraus, daß vermeintlich neuartige Probleme tatsächlich nur alte Bekannte in neuen Gewändern sind. Daher ist es wahrscheinlich, daß ein Gang durch die vergleichende Rechtsgeschichte eine auch in der heutigen Zeit gut verwendbare Sammlung an Werkzeugen einbringt¹⁶. Die optimale Lösung kann und wird sich indes nur selten direkt auf dem Weg finden lassen. Vielmehr werden die Eindrücke unserer Reise uns wohl eher zur Kreation modifizierter Hilfsmittel anregen.

Die ersten drei Kapitel dieser Untersuchung und damit der Schwerpunkt der Arbeit sind dementsprechend der Werkzeugsuche gewidmet. Es sollen dabei die Drittbeeinflussungsfälle sowie insbesondere auch ihre Auswirkungen auf das allgemeine Recht der Willensmängel und die Theorie der Willenserklärung analysiert werden. Ausgegangen wird vom römischen Recht (Erstes Kapitel), das die Grundlage für die moderne kontinentale Rechtsentwicklung bildete (Zweites Kapitel)¹⁷. Von den kontinentalen Erfahrungen entwickelte sich das englische Common Law zwar nicht isoliert. Doch rechtfertigt seine vergleichsweise Unabhängigkeit eine gesonderte Untersuchung (Drittes Kapitel)¹⁸.

Durch die historisch-vergleichende Analyse hoffentlich gut ausgestattet, wollen wir dann unseren Werkzeugkoffer sortieren und das geltende Recht mit seiner Hilfe restaurieren und modernisieren, d.h. für seine aktuellen Aufgaben rüsten, soweit dies im Rahmen der Auslegung möglich ist (Viertes Kapitel). Insbesondere soll versucht werden, den nach mehr als 100 Jahren ein wenig verwucherten Garten des Rechts der Willensmängel¹⁹ etwas zu lichten. Wo die *lex lata* aber unbefriedigend bleiben muß, mag unser zusammengetragenes Werkzeug für den Aufbau einer Lösung *de lege ferenda*, möglicherweise im Rahmen eines künftigen europäischen Regelwerkes²⁰, genutzt werden. Daß es sich dazu eignen könnte, ist schon deshalb wahrscheinlich, weil wir uns in ganz Europa auf die Werkzeugsuche begeben werden.

¹⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang *Mayer-Maly*, Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, JZ 1971, 1 ff.

¹⁷ Vgl. etwa *Koschaker*, Europa und das römische Recht, 1947; *Zimmermann*, The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990; *ders.*, Europa und das römische Recht, AcP 202 (2002), 243 ff.

¹⁸ Dort auch näher zu den Unterschieden und Gemeinsamkeiten in der Entwicklung von *Common* und *Civil Law*.

¹⁹ Vgl. beispielhaft die 1300 Seiten starke Habilitationsschrift von *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003, deren Schwerpunkt das Recht der Willensmängel bildet.

²⁰ Auf die umfangreiche Diskussion zu Sinn und Unsinn einer europäischen Zivilrechtskodifikation kann und soll hier nicht näher eingegangen werden, vgl. näher dazu *Jansen*, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität, *passim*; *ders.*, Traditionsbe-gründung im europäischen Privatrecht, JZ 2006, 536 ff.

Kapitel 1

Die römisch-rechtlichen Grundlagen

A. Einleitung

Der Schutz der rechtsgeschäftlichen Willensbildung vor unzulässiger Beeinflussung läßt sich für die meisten kontinentalen Rechtsordnungen jedenfalls im Kern nur als ein (angenommenes oder ausgeschlagenes) Erbe der römischen Rechtsbehelfe wegen *metus* und *dolus* begreifen¹. Dabei entspricht dem *metus* heute meist die rechtswidrige Drohung², dem *dolus* die arglistige Täuschung, und auf diese beiden Formen der Beeinflussung bei Vertragsschluß ist der rechtliche Schutz traditionell grundsätzlich begrenzt³. Von dem ursprünglichen Gehalt beider Begriffe und der Position des römischen Rechts hat man sich damit aber, wie zu zeigen sein wird, recht weit entfernt.

Wenn sich auch die Gestalt dieser beiden römisch-rechtlichen Institute veränderte, haben ihre unterschiedlichen „Drittwirkungen“⁴ das Recht und

¹ Zur Rezeption des römischen Rechts ausführlich unten, Kapitel 2; dort auch näher zum Verhältnis von *dolus* und *error*, dem dritten klassischen Begriff der „Willensmängel“. Eine Anfechtungsmöglichkeit wegen Irrtums kann etwa dem Opfer einer fahrlässigen Fehlinformation ebenfalls Schutz bieten. Die Besonderheit des Irrtums bestand jedoch im *ius commune* darin, daß seine rechtliche Beachtlichkeit grundsätzlich unabhängig von der Art seines Zustandekommens war. Es war also unerheblich, durch wen oder was der Irrtum erregt worden war. Zum Wandel dieses Irrtumsverständnisses, vgl. *Ernst*, Irrtum, S. 19 ff., 25 ff. Soweit der beachtliche Irrtum ab dem 18. Jahrhundert auch und gerade Schutz vor unzulässiger Beeinflussung bieten sollte, stützte man sich nicht auf das römische Recht, sondern auf vernunftrechtliche Überlegungen.

² So insbesondere § 123 BGB. § 871 ABGB und Art. 29 OR stellen auf „gegründete Furcht“ ab, doch die Vorschriften werden von der jeweils h.M. ebenfalls dahin verstanden, daß die „gegründete Furcht“ auf eine finale Drohung zurückgehen muß. Art. 1111 Code civil verwendet den Begriff der „violence“, worunter die Cour de cassation auch eine „violence morale“ faßt, die in der Ausnutzung einer (wirtschaftlichen) Zwangslage besteht, dazu näher unten, Kapitel 2 D. III.

³ Vgl. nur § 123 BGB, Artt. 1111, 1116 Code civil; *Zimmermann*, The Law of Obligations, S: 651 ff. Ausführlich zu einem allgemeinen Tatbestand der beachtlichen widerrechtlichen Beeinflussung unten, Kapitel 4 D. IV.

⁴ Mit dem Begriff der „Drittwirkungen“ wurden traditionell ganz verschiedenartige Phänomene beschrieben, denen eigentlich nur gemeinsam war, daß ihnen eine Dreipersonnenkonstellation zugrunde lag. So ging es zum einen um die uns vor allem interessierende Frage, ob gegen eine vertragliche Pflicht eingewandt werden kann, daß der Vertrag

das Verständnis der „Willensmängel“ auf dem Kontinent ganz erheblich mitgeprägt. Vordergründig ist dies schon daran erkennbar, daß viele Rechtsordnungen diese „Drittwirkungen“ – teilweise in modifizierter Form – übernommen haben. Der Schuldner einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung kann seinem Gläubiger den Einwand, daß er die Verpflichtung nur aufgrund einer Täuschung (*dolus*) eingegangen sei, allgemein bloß dann entgegenhalten, wenn die Täuschung dem Gläubiger irgendwie zurechenbar ist. Die Täuschung wirkt also nach überkommener Lehre lediglich *in personam* desjenigen, dem sie vorgeworfen werden kann⁵. Wer dagegen unter dem Einfluß einer Drohung ein Versprechen abgegeben hat, kann sich in den meisten Ländern des europäischen Kontinents stets ohne weiteres von ihm lösen. Denn hier sind die Rechtsbehelfe *in rem scriptae*, d.h. sie verlangen nur, daß das Versprechen kausal⁶ auf die Drohung zurückgeht, nicht, daß noch weitere Voraussetzungen in der Person des Versprechensempfängers erfüllt sind⁷.

Diese Unterschiede lassen sich auf den ersten Blick darauf zurückführen, daß bei den römischen Rechtsbehelfen wegen *dolus* „designari oportet, cuius dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse“⁸. Dies lag an verschiedenartigen Edikts- und Prozeßformeln, die jedoch nicht verdecken konnten, daß die Interessenlage bei *dolus* und *metus* in den Drittfällen große Gemeinsamkeiten aufwies: Es mußte jeweils im Verhältnis zweier Un-

nur aufgrund einer widerrechtlichen Einflußnahme durch einen außenstehenden Dritten zustande gekommen war. Zum anderen wurde diskutiert, ob ein Gegenstand, den ein Übeltäter unter Einsatz unzulässiger Beeinflussungsmittel erworben hatte, von einem (gutgläubigen) Zweiterwerber herausverlangt werden konnte. Wenn wir im Folgenden von „Drittwirkungen“ sprechen, sollen grundsätzlich beide Fallkonstellationen gemeint sein. Da aber in der zuerst beschriebenen Situation der Beeinflussende der Dritte ist, wäre es eigentlich richtiger, hier von den Wirkungen der Beeinflussung durch einen Dritten als von den Drittwirkungen der Beeinflussung zu sprechen. Wir werden den Begriff der „Drittwirkungen“ daher möglichst selten benutzen.

⁵ Vgl. etwa dogmatisch streng Art. 1116 Code civil. In § 123 II BGB findet sich der *in personam*-Ansatz in gelockerter Form (Zimmermann, *The Law of Obligations*, S. 663 meint im Sinne des Gesetzgebers richtig, daß der *in rem scripta*-Ansatz (!) bei der Täuschung im BGB nicht „im gleichen Maße“ verfolgt werde wie bei der Drohung), zum Ganzen näher unten, Kapitel 2 F. und Kapitel 4 D. III.

⁶ Und final; zumindest nach der h.M. in Deutschland, vgl. ausführlich unten, Kapitel 4 D. III.2.c).

⁷ Daß die Drittwirkung der Drohung durch die *in rem*-Formulierung der *metus*-Tatbestände bedingt ist, entspricht wenigstens der überkommenen Lehre und wohl auch dem Verständnis der Schöpfer der modernen Kodifikationen. Ob diese Deutung des römischen Rechts zutrifft, ist aber fraglich, vgl. Kupisch, *In integrum restitutio*, S. 177 ff., 185 f. und ausführlich unten, Kapitel 1 B. II.3.

⁸ „Es muß angegeben werden, durch wessen Arglist etwas geschehen ist, mag das auch in der Klage ‚durch Furcht‘ nicht nötig sein“, vgl. Ulpian D. 4.3.15.3 zur *actio de dolo* und D. 44.4.4.33 zur *exceptio doli*.

schuldiger bestimmt werden, wer die Folgen des rechtswidrigen Handelns eines Dritten tragen sollte.

Zwar wurde dies auch erkannt und führte, wie dargelegt werden wird, schon bei den Römern zu einer Angleichung der Drittwirkungen von *metus* und *dolus*, so daß sich die praktischen Ergebnisse schließlich wohl kaum mehr unterschieden⁹. Doch genügte den römischen Juristen die kasuistische Annäherung, und statt eine gemeinsame Regel für alle Formen der widerrechtlichen Beeinflussung durch Dritte zu entwickeln, hoben sie die Unterschiede der Prozeßformeln hervor. Diese Formeln der Rechtsbehelfe bei *dolus* und *metus* sind denn auch wesentlich dafür verantwortlich, wenn es bis heute nicht zu einer einheitlichen Lösung der Drittfälle gekommen ist¹⁰.

B. Die Rechtsbehelfe wegen metus

Als besondere Eigenschaft der Rechtsbehelfe wegen *metus* (= Furcht) wurde schon von den römischen Juristen hervorgehoben, daß sie *in rem scriptae* waren¹¹. Diese Eigenschaft wurde in der Forschung lange Zeit mit der sogenannten „Drittwirkung“ des *metus* gleichgesetzt, wobei der Begriff „metus“ im Sinne kompensiven Zwangs¹² verstanden wurde. Eigentlich ging es aber nicht um *eine* Drittwirkung, sondern um unterschiedliche Wirkungen des *metus* in verschiedenen Dreipersonenkonstellationen¹³. Sie leiteten sich jedoch alle (scheinbar) aus den Prozeßformeln der Rechtsbehelfe bei *metus* ab, deren Herkunft und Erklärung in der Forschung umstritten ist.

⁹ Der wichtigste Unterschied bestand in der Haftung des gutgläubigen entgeltlichen Zweiterwerbers einer abgenötigten Sache, vgl. Ulpian D. 4.2.14.5.

¹⁰ Besonders deutlich zeigt sich dies später bei *Wesembecius*, *Commentarii in pandectas et codicem*, 1645, lib. IV, tit. II, Rn. 4 und lib. IV, tit. III, Rn. 7, der für die *actio quod metus causa* und die *actio de dolo* jeweils faktisch zur gleichen Reichweite der Haftung eines Dritten kommt, gleichwohl den Unterschied zwischen *in personam*- und *in rem*-Formulierung betont, ausführlich unten, Kapitel 2 A. IV.2.

¹¹ Vgl. Ulpian D. 4.2.9.1, 4.2.9.8, 44.4.4.33; Marcellus D. 4.2.9.8.

¹² Die Unterscheidung unterschiedlicher Formen des Zwangs geht vor allem auf die Glossatoren zurück, vgl. unten, Kapitel 2 A. I. *Vis compulsiva* steht dabei im Gegensatz zu *vis absoluta*, bei der keine eigene Handlung des Gezwungenen mehr vorliegen soll. *Vis compulsiva* dagegen ruft nur eine Zwangslage hervor, die die Entscheidung des Gezwungenen für seine Handlung motiviert, vgl. zur Unterscheidung ausführlich *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 68 ff.

¹³ Vgl. schon oben, Fn. 4.

I. Die *formula Octaviana*

Die frühesten uns überlieferten Quellen, die ein Rechtsmittel, nämlich eine Klage (*actio*) wegen *metus* erwähnen, sind zwei Texte Ciceros. Dabei handelt es sich um eine Stelle aus dem ersten Brief an seinen Bruder Quintus¹⁴ und um einen Abschnitt aus der (nicht gehaltenen) zweiten Rede gegen Verres¹⁵. Der Rede gegen Verres entnimmt man auch den Namen der *actio: formula Octaviana*. Hiermit wies Cicero auf den „Erfinder“ der *actio* hin,

¹⁴ Ad Quintum fratrem I,1,21: „Iis rebus nuper C. [der Codex Mediceus hat Cn.] Octavius iucundissimus fuit, apud quem proximus lictor quievit, tacuit accensus, quoties quisque voluit dixit et quam voluit diu; quibus ille rebus fortasse nimis lenis videretur, nisi haec lenitas illam severitatem tueretur: cogebantur Sullani homines, quae per vim et metum abstulerant, reddere“. Es ist äußerst umstritten, welcher Octavius hier von Cicero gemeint ist. Es könnte sich einmal um Cn. Octavius (79 v. Chr. Prätor in Rom) handeln, der von Cicero auch in der zweiten Rede gegen Verres mit einem Rechtsbehelf gegen *metus* in Verbindung gebracht wird (dazu sogleich näher im Text). Cicero könnte im Quintusbrief aber auch C. Octavius, den Vater des Augustus meinen, der 61 v. Chr. Stadtpraetor und 60 v. Chr. Statthalter in Makedonien war, so Schulz, Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht, ZSS (Rom.) 43 (1922), 171, 217 f. und neuerdings Hinard, Les Proscriptions, S. 194 Fn. 172. Für diese zweite Lesung wird angeführt, daß Cicero im Quintusbrief (geschrieben 60/59 v. Chr.) die Maßnahmen des Octavius als „nuper“, also als „neulich“ vorgenommen bezeichnet. Außerdem kennt Sueton einen Quintusbrief, in dem Cicero seinem Bruder, der damals das Prokonsulat der Provinz Asia verwaltete, die Amtsführung seines Nachbarn, des Proprietors C. Octavius in Makedonien, als vorbildlich empfiehlt (Vita divi Augusti, 3). „Nuper“ muß bei Cicero aber nicht unbedingt „neulich“ bedeuten, sondern kann sich auch auf ein schon längere Zeit zurückliegendes Ereignis beziehen (Nachweise bei Littot, Violence, S. 129 Fn. 2). Daß Sueton einen Quintusbrief kennt, in dem sich Cicero auf C. Octavius bezieht, ist ebenfalls nur ein schwaches Argument. Denn wir kennen nicht alle Briefe Ciceros an seinen Bruder. Zudem ist ein weiterer Brief überliefert, in dem Cicero sich ganz sicher über Gaius Octavius äußerte und den Sueton sehr gut gemeint haben könnte (Ad Quintum fratrem I,2,7). Schließlich bezieht sich Cicero in unserem Text auf die Handlungen eines Octavius in Rom (Arg. e Ad Quintum fratrem I,1,22, Sueton las von einer Statthalterschaft!). Damit könnte selbstverständlich die Praetur des C. Octavius 61 v. Chr. gemeint sein. Doch will Cicero an dieser Stelle ein unvergängliches Beispiel hervorragender Amtsführung bringen. Für Cicero, der nach seinem Konsulat 63. v. Chr. und der Aufdeckung der Verschwörung Catilinas auf dem Höhepunkt seiner politischen Karriere stand, war dafür grundsätzlich nur er selbst oder eine bereits durch die Geschichte ausgezeichnete Person geeignet. Die beschriebenen Maßnahmen gegen die *Sullani homines* müssen also besonders bemerkenswert gewesen sein, was sicher für einen Cn. Octavius im Jahre 79 unmittelbar nach Sullas Diktatur, nicht aber für einen C. Octavius im Jahre 61 v. Chr. galt. Für Cn. Octavius spricht auch, daß Cicero den Octavius in unserem Quintusbrief als „iucundissimus“ bezeichnet und er Cn. Octavius an anderer Stelle als „optimum atque humanissimum“ charakterisiert (de Finibus II, 93). Weitere Argumente für die Lesung „Cn. Octavius“ bei Hartkamp, Zwang, S. 247 Fn. 9 m.w.N.

¹⁵ In Verrem II, 3.152: „Adventu L. Metelli praetoris ... aditum est ad Metellum; eductus est Apronius; eduxit vir primarius, C. Gallus senator, postulavit ab L. Metello, ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium QUOD PER VIM AUT METUM ABSTULISSET, quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia“.

wohl auf Cn. Octavius, der 79 v. Chr. Praetor in Rom war¹⁶. Inhaltlich können wir aus den beiden Texten nur schließen, daß es um die Rückerstattung von Vermögenswerten ging, *quae per vim aut/et metum ablatae sunt*¹⁷. Diese Formulierung sollte allerdings nicht als Überlieferung des Edikts- oder Formelwortlautes angesehen werden¹⁸, weil es Cicero in beiden Texten nicht auf den präzisen juristischen Ausdruck ankam. Vielmehr wollte er die Anwendung der *actio* im jeweils konkreten Sachverhalt beschreiben¹⁹: Die Beklagten wurden verurteilt, zurückzugeben, was sie unrechtmäßig *per vim et/aut metum* erlangt hatten. Ist Cicero als Quelle für den genauen Wortlaut der *actio* also unergiebig, so bietet er doch einige Informationen zu den historischen Umständen ihrer Entstehung, die sich besonders im Hinblick auf die „Drittwirkungen“ des *metus* als interessant erweisen.

1. Die formula Octaviana und die Repetundengesetze

Der Praetor Octavius nahm den Rechtsbehelf wegen *metus* unmittelbar nach dem Rückzug Sullas 79 v. Chr. in sein Edikt auf. Der nicht bloß zeitliche Zusammenhang mit der sullanischen Diktatur wird durch den Quintusbrief Ciceros bestätigt: „cogebantur Sullani homines, quae per vim et metum abstulerant, reddere“²⁰. Der Praetor richtete sich also nach Ciceros Bericht gegen die zum Teil gewaltigen Vermögen der Gefolgsleute Sullas, die diese während des Terrors durch die Erzeugung von Furcht und Schrecken zusammengehäuft hatten.

Aus der Rede gegen Verres erfahren wir, daß die Erfindung des Octavians sich in der Folgezeit etablierte. So nahm L. Caecilius Metellus die *actio* 71 v. Chr. als *praetor urbanus* und 70 v. Chr. als Propraetor auf Sizilien in sein Edikt auf. Der Senator C. Gallus ersuchte Metellus auf dieser Grundlage, ein *iudicium* gegen Verres Gehilfen Apronius einzusetzen, der als Zehntpächter die Bauern zu übermäßigen Getreideabgaben gezwungen

¹⁶ So schon Hartkamp, Zwang, S. 247 Fn. 9 mit zahlreichen Nachweisen; vgl. auch Kupisch, In integrum restitutio, S. 158 Fn. 170; derselbe, Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo, in: FS Schmidlin, S. 463, 472 f. Außer Cn. Octavius (zu ihm Fn. 14) kommt auch noch L. Octavius als Schöpfer des *metus*-Rechts in Betracht, der 78. v. Chr. Praetor war.

¹⁷ Die durch Gewalt und/oder Furcht weggeschafft wurden.

¹⁸ Dieser Fehler wird freilich häufig gemacht. Ihm schließen sich dann subtile Untersuchungen an, etwa der Bedeutung von *vis* und *metus* (vgl. etwa die Darstellung bei Du Plessis, Compulsion and Restitutio, S. 6 ff.), der Verwendung von „auferre“ (vgl. unten, Fn. 28) oder der Frage, ob es nun *vis et metus* oder *vis aut metus* geheißen hat.

¹⁹ Vgl. auch schon Kupisch, In integrum restitutio, S. 163 ff.

²⁰ „Die Männer Sullas wurden gezwungen zurückzugeben, was sie mittels Gewalt und Furcht weggeschafft hatten“. Cicero bezog sich hier auf Maßnahmen des Prätors Cn. Octavius, vgl. ausführlich Fn. 14.