
Buchbesprechung:

**Ferdinand Fromholzer:
Consideration; US-amerikanisches Recht
im Vergleich zum deutschen
Tübingen (Mohr/Siebeck) 1997**

1. Stellt man das Vertragsrecht der englischsprachigen Weltgegenden jenem der { 399/400 } kontinentaleuropäischen Tradition gegenüber, tritt als elementarste Unterschiedlichkeit hervor das im Civil Law-Bereich gänzlich unbekanntes, im Common Law jedoch eine zentrale Position einnehmende Requisit der Consideration. An diesem Phänomen führt bei komparatistischer Betrachtung kein Weg vorbei. Im englischen Sprachbereich wird dieses Gültigkeitserfordernis seit langem immer wieder kritisiert, heute aber überwiegend fatalistisch als unvermeidlich und unausrottbar hingenommen und dabei oft als doktrinell nicht beherrschbar eingestuft¹. Es fehlt nicht an literarischen Versuchen von Civil Law-Juristen, dieses uns fremde Phänomen in Griff zu bekommen. Dass dies bisher abschliessend geglückt sei, wird niemand zu behaupten wagen. Jeder Rechtsvergleicher wird daher mit Anteilnahme zu dieser neuesten, bereits vom Umfang her gesehen ambitionierten Dissertation greifen. Vorweg sei festgehalten, dass sich der Griff lohnt, und dies, obwohl die vom Autor erhobenen Ansprüche keineswegs als in seinem Sinn als erfüllt gelten können.

Consideration könnte von seiner Wortgeschichte her umschrieben werden als das, was jemand als rechtfertigenden Anlass in Betracht zieht, wenn er das Versprechen einer vertraglichen Leistung abgibt. Nur Leistungsversprechen, welche sich auf eine so verstandene Consideration stützen können, sind überhaupt rechtlich verbindlich; dieses Erfordernis fällt nur weg bei "gesiegelten" Verträgen. In einer knappen Einführung wird das Herkommen dieser Voraussetzung aus dem Umfeld der *action of assumpsit* erklärt (S. 9 f.); die eigentlichen Gründe des Aufkommens dieser Voraussetzung zu erhellen macht der Verfasser nicht zu seiner Aufgabe. Die Darstellung ist auf die Verhältnisse in den USA beschränkt; Rückschlüsse auf die heute immer weiter gehenden Unterschiede gegenüber England bleiben dem Leser überlassen. Wichtig ist der einleitende Hinweis (S. 15-17), dass heute in etwa der Hälfte der amerikanischen Bundesstaaten und ebenfalls im Sachbereich des Uniform Commercial Code (UCC) (§ 2-203) die Möglichkeit des Abschlusses gesiegelter Verträge statutarisch ausgeschaltet ist. Dies könnte an sich Verzicht auf das (ohnehin oft zur Belanglosigkeit verkommene) Siegelungserfordernis bedeuten, womit jeder schriftliche Vertrag zu einem von

¹ Vergleiche etwa den Aufsatz von P. S. ATIYAH, Consideration: A Restatement, in "Essays on Contract", Oxford 1986, S. 179-243 m. w. N.

Consideration unabhängigen "contract under seal" würde. Eine solche Lesensart ist indessen in den Gliedstaaten wohl bloss ausnahmsweise angängig, unter dem UCC jedenfalls ganz ausgeschlossen². Mit dieser Neuerung entfällt auf weiten Strecken der Ausweg des "sealed instrument", mit dem bisher das Fehlen der Consideration überspielt und Rechtssicherheit hergestellt werden konnte. Diese Zusammenhänge werden vom Autor nicht thematisiert; hier ist jedoch festzuhalten, dass das Consideration-Erfordernis heute in den USA schicksalshafter ist und mehr Gewicht hat denn je. Andererseits kann FROMHOLZER darlegen, dass sich die Praxis in weitem Umfang, wenn auch immer nur punktuell, bereit findet, einem durch keinerlei Consideration gestützten Versprechen über das Argument des *promissory estoppel* Bindungswirkung zuzuerkennen: das Versprechen wird bindend, weil die Behauptung des Ungebundenseins rechtmissbräuchlich wäre.

2. Als erste der Consideration-Regeln wird die *adequacy of consideration* (S. 21-69) { 400/401 } untersucht. Traditionell bleibt der Wert der Gegenleistung ausser Betracht, was zum Bild der "peppercorn theory" führt. Der Verfasser sucht nach Einschränkungen dieser Theorie in der Praxis; die wichtigste ist die *unconscionability doctrine* (S. 28 f. bzw. 17), die heute dem Richter erlaubt, bei "Unzumutbarkeit", d. h. einem krassen Missverhältnis des Werts der Leistungen, korrigierend einzugreifen (vgl. UCC § 2-302; Restatement 2nd. § 208). Die Vergleichung mit dem deutschen Recht, das sich (wie alle kontinentalen Rechtsordnungen) nicht einmal ein Pfefferkorn, sondern einen Pfifferling um Consideration kümmert, versucht der Autor unter dem Gesichtspunkt der Formbedürftigkeit des Schenkungsversprechens (§ 518 BGB), welche in der Tat die Frage aufbringt, wie die Grenzziehung der Schenkung gegenüber entgeltlichen, daher auch ohne Formalitätsbeachtung gültigen Verträgen verläuft.

Eine der für kontinentalen Geschmack besonders nachteilige Konsequenz des Consideration-Erfordernisses ist die traditionelle Auffassung, dass damit bindende Offerten ausschlossen werden. Der Verfasser beschränkt die Betrachtung auf die in der Praxis bei Kaufoptionen hervorgetretenen Abschwächungen der Regel, zu der die (unter Vorbehalte gestellte) Zulassung bindender Offerten im UCC (§ 2-205) wie auch die explizite Anerkennung fiktiver Consideration (*nominal c.*) bei Optionen in Restatement 2nd. (§ 87) gehört. In der vergleichenden Darstellung des deutschen Rechts, das bindende Offerten ohne weiteres zulässt, muss er, um überhaupt Vergleiche anstellen zu können, auf Sonderprobleme greifen wie die bloss bedingte Zulässigkeit langfristiger Vertragsbindungen mit Spekulationsgefahr (S. 82), solcher mit Wollensbedingungen (S. 89 ff.) oder einseitigen Leistungsbestimmungsrechten (S. 107 ff.). Den grössten Umfang nehmen die Kapitel über das Versprechen der Entlohnung vorbestehender Pflichten (S. 131-220) und über nachträgliche Zahlungsverprechungen (*past consideration*; S. 221-296) ein; beiden Gruppen ist gemeinsam, dass im Zeitpunkt der Versprechensabgabe der Promittent für seine Versprechensabgabe keine (weitere) Gegenleistung zugestanden erhält. Hier werden so verschiedenartige Sachverhalte vereinigt wie die Zusage höherer Heuer, um unwillige Seeleute in Vertragstreue zu halten, die Zusicherung von Vergütungen an Amtsinhaber für die Erfüllung ihrer Obliegenheiten oder aber Schuldverlass, der ohne Verschaffung

² UCC § 2-203 "The affixing of a seal ... does not constitute the writing a sealed instrument and the law with respect to sealed instruments does not apply to such contract or offer".

eines nicht geschuldeten Vorteils unwirksam bleibt. Besondere Probleme ergeben sich beim Einbezug Dritter: Wie sind zu behandeln deren Versprechen, welche die Erfüllung bestehender Vertragspflichten befördern sollen, oder, praktisch weitaus am bedeutsamsten, die Erfüllung einer Vertragspflicht sichern durch Bürgschaft, Garantiezusage oder sonstiger Sicherungsversprechen (dazu S. 199 ff.)? Einlässliche Behandlung finden die nachträglich abgegebenen Zahlungsverprechen: Ausgleich verschaffter Vorteile, Versprechen, eigene moralische Verpflichtungen oder solche Verstorbener zu erfüllen, "Ausgleich nach Liebesverhältnissen" (S. 227-229), Zusicherung von Zusatzvergütungen seitens Arbeitgeber, Versprechen zur Sanierung derzeit nicht klagbarer Forderungen (z. B. verjährter oder solcher begründet durch Geschäftsunfähigkeit, Restforderungen aus Konkursen usw.). Das sich ergebende Bild ist komplex, lässt sich aber dahin zusammenfassen, dass gegenüber dem Grundsatz der Ungültigkeit wegen Fehlens guter Consideration massenhaft Ausnahmen bestehen, die sich jeder Systematisierung entziehen; auch der Verfasser bezeichnet die Praxis der (Nicht-) { 401/402 } Anerkennung von *past* bzw. *moral consideration* als "widersprüchlich und unklar" (S. 222).

3. Hauptziel des Verfassers ist es nicht, den Stand der Consideration-Doktrin in den USA zu skizzieren, sondern einen Vergleich mit dem deutschen Recht anzustellen. Die Schwierigkeit dieser Vorhabens ist ohne weiteres einsichtig: Was soll mit was verglichen werden, nachdem das deutsche Recht, sowenig als ein anderes kontinentaleuropäischer Tradition, so etwas wie *consideration* kennt? Eine explizite Antwort wird nicht gegeben; sie ist aus dem Gesamtwerk zu erschliessen. Angesichts der gänzlich disparaten Ausgangssituation können Gegenstand der Vergleichung nicht die normativen Ordnungen als solche sein, sondern nur die sich einstellenden praktischen Ergebnisse. Die getroffene Methodenwahl mag angeregt sein durch die von ZWEIGERT schon vor Jahrzehnten formulierte Beobachtung, dass ganz verschiedenartige Rechtsregeln in deren Anwendung zu gleichen Ergebnissen führen können.

Die vom Verfasser unternommene Vergleichung von letztlich nicht Vergleichbarem ist ein schwieriger Balance-Akt. Die kontinentalen Mechanismen, die in Sonderbereichen verwandte Lösungen induzieren (etwa die Formvorschriften für Schenkungen oder Bürgschaften, der Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs, *laesio enormis* und dergleichen) sind Ausnahmeregelungen mit zum vornherein beschränktem Anwendungsbereich, während das Consideration-Erfordernis in dessen Geltungsbereich die generellste aller Generalklauseln darstellt. Die diskussionswürdigen und vom Verfasser gewürdigten Aspekte der Institution in den USA sind im Bereich der Ausnahmen und deren Einschränkungen angesiedelt, unter denen die zum Vergleich verbleibenden Fälle ihrerseits Ausnahmen unter den Ausnahmen darstellen. Also etwa: Ein Schuldverlass ist bekanntlich im Common Law, wenn nicht durch Consideration gestützt, unwirksam. Von diesem in aller Regel brutal durchgehaltenen Prinzip gibt es nur wenige Ausnahmen (die bekannteste stammt nicht aus den USA, sondern ist die von Lord Denning getragene Entscheidung *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.* des Jahres 1947). Diese Ausnahmen wiederum den wenigen positivrechtlichen Normen vorab des deutschen Arbeitsrechts gegenüberzustellen, welche ihrerseits punktuell Schuldverlass bzw. Anspruchsverzicht untersagen (dazu S. 150-159), ist an sich zwar interessant; ob damit zur Erhellung des einen oder des anderen Rechtssystems Wesentliches beigetragen wird, bleibt für den Schreibenden

aber offen. Das Consideration-Erfordernis ist und bleibt auf weiten Strecken für kontinentales Verständnis eine sinnlose Erschwerung des Geschäftsverkehrs durch Schaffung von Ungewissheiten: So steht z. B. jeder Vergleich unter der Gefahr der Einwendung, eine der Parteien habe keinen echten Vorteil eingehandelt, oder es sind Sicherungsgeschäfte (Bürgschaft und alle vergleichbaren weiteren Sicherungen wie Garantieverprechen usw.) grundsätzlich nur im Falle des Ausbedingens einer Gegenleistung oder eines Eigeninteresses des Interzedenten gültig. Der Autor kann denn auch, zum Glück für die USA, darlegen, dass die Gerichte im Falle der Sicherungsgeschäfte diese regelmässig nicht scheitern lassen ("Sie nehmen mit verschiedenen Konstruktionen stets consideration an"; S. 204). Umgekehrt wird aber für das deutsche Recht die Feststellung gemacht, dass unter (allerdings kaum je verwirklichten) Voraussetzungen auch nach deutschem Recht einer Bürgschaft die Gültigkeit aberkannt werden könnte, sofern diese nicht die Formrequisite der Schenkung { 402/403 } (§ 518 BGB) erfüllt, jedoch als schenkungsweise erfolgt eingestuft würde (S. 206 mit Hinweis auf ein *obiter dictum* in RGZ 90, 177 und – sehr fragwürdige – Literaturmeinungen); weiterhin wird die Praxis zu den unter § 766 BGB als formungültig erklärten Bürgschaften zusammengefasst (S. 208 ff.). Auch hier ist der Sinn der Vergleichung nicht offenkundig; die Formbedürftigkeit der Bürgschaft (und deren Abgrenzung gegenüber den nicht formunterworfenen Sicherungsgeschäften) stünde meines Erachtens vorab in Parallele zur Praxis zum *Statute of Frauds*. Die von FROMHOLZER in verschiedenen Zusammenhängen versuchte Gegenüberstellung des Scheiterns eines Geschäfts wegen Nichtbeachtung der Formerfordernisse des BGB für Schenkungsversprechen oder aber des Fehlens der Consideration bei Zuwendungen in den USA zeigt interessante Parallelen, vergleicht indessen unterschiedliche Entscheidungssituationen der Parteien: Während unter BGB die rechtliche Verbindlichkeit eines Zuwendungsversprechens allemal durch dessen notarielle Beurkundung erreicht werden kann, ist diese Möglichkeit jenseits des Atlantiks nicht mehr in einem klar umrissenen Umfang gewährleistet.

4. An dieser Stelle sei dem eingeschworenen Rechtsvergleicher eine Bemerkung zur herkömmlichen Bezeichnung seiner Disziplin gestattet. Der Terminus "Rechtsvergleichung" ist eine Wortbildung anschliessend an die im 19. Jahrhundert in Frankreich geprägte *Législation comparée*. *Comparer* mag noch genügen, wenn man die nationalen Rechte auf den Wortlaut deren Gesetze verkürzt. Dieses primitivisierende Verständnis des Rechtsstoffes und unseres Forschungsgegenstandes ist heute zum Glück überwunden: "Recht" ist mehr als die Summe der Gesetzestexte, und die gestellte Aufgabe ist mit "Vergleichen" als einer *per definitionem* bloss historiographisch-feststellenden Zielsetzung³ nicht zutreffend umschrieben. Sie ist gleichzeitig mehr und weniger. Erstes und hauptsächlichstes Anliegen muss es sein, eine fremdrechtliche Institution in allen ihren Facetten zu erkennen und zu verstehen und dieses Verständnis wissenschaftlich darzustellen, unter Einschluss deren funktionalen Andersartigkeit gegenüber dem eigenen Recht (was auch das Herausstellen von Vor- und Nachteilen der verschiedenen Lösungen nicht auszuschliessen braucht). Dabei ist "Vergleichung" der untersuchten fremdrechtlichen Institution mit der dem Forscher vertrauten

³ "Historiographie" hier als Zeitgeschichte verstanden: "Vergleichen" besagt an sich nicht mehr als zu künftiger Kenntnis den gegenwärtigen Zustand festschreiben.

angestammten Rechtsordnung nicht immer eine von ihm frei gewählte Aufgabe, vielmehr oft die Folge davon, dass er seine Untersuchung nur gestützt auf sein "Vorverständnis", heisst: seine juristische Ausbildung und Erfahrung, anstellen kann. Jede im eigentlichen Sinn juristisch-wissenschaftliche Aussage zu fremdem Recht ist, wenn auf die von Haus aus vertraute juristische Diktion und Denkkategorien gestützt, notwendigerweise eine Aussage nicht nur zum betrachteten fremdem, sondern auch zum eigenen Recht. Wenn in echtem Sinn Verständnis der fremden Rechtsordnung angestrebt wird, kann dies, selbst wenn nicht beabsichtigt, das Verständnis des eigenen Rechts verändern, ohne dass dieser Verständnissgewinn die direkte Folge blossen "Vergleichens" wäre⁴. Vergleichen setzt nicht einmal das { 403/404 } vollständige Verstehen der verglichenen Lösungen voraus⁵ noch fördert es zwangsläufig solches Verstehen. Von Rechtsvergleichung ist mehr gefordert: Schaffen neuer Einsichten in jede der in Betracht gezogenen Rechtsordnungen⁶, was auch das Aufzeigen der historischen Bedingungen deren Entstehung verlangt (das Ausblenden der historischen Perspektive gleichermassen im Terminus Rechtsvergleichung wie auch in der Handhabung dieser Disziplin kann nur bedauert werden). Auf der anderen Seite wird mit der Etikette "Rechtsvergleichung" implizite ein Anspruch erhoben, der meist in keiner Weise erfüllt wird: die Objektivität der Betrachtung, d. h. deren Unabhängigkeit von der juristischen Herkunft des Betrachters. Bei echtem Vergleichen stehen die verglichenen Ordnungen auf gleicher Ebene und werden, so wird unterstellt, gleich behandelt: Das Ergebnis müsste dasselbe sein, möge ein Deutscher oder ein Franzose die beiden unterschiedlichen Modalitäten der Fahrnisübereignung miteinander

⁴ Die "Commentaries on the Laws of England" von WILLIAM BLACKSTONE (1723-1780) sind äusserlich allein auf das englische Recht ausgerichtet; ihr entscheidender Beitrag zur geordnet-systematisierenden Erfassung dieses Rechtsstoffes (und ihr Einfluss auf die Rechtsentwicklung in England und noch mehr in den USA) beruht teilweise auf seinem "civil law background", der unausgesprochen an das englische Recht herangetragen wird (vgl. die Hinweise von ZIMMERMANN, in ZEuP 1993, 17 ff, 51). Von Vergleichung im eigentlichen kann keine Rede sein, wohl aber von Herantragen der in der einen Rechtsordnung gewonnenen Erfahrung an eine andere (eine ähnliche Feststellung würde *mutatis mutandis* wohl auch für ZIMMERMANN'S "Law of Obligations" richtig sein).

⁵ Die Feststellung, dass in den Rechtsordnungen kontinentaleuropäischer Tradition Mobiliarübereignung regelmässig Tradition der zu übereignenden (verkauften) Sache erfordert von dieser Regel aber Belgien, Bulgarien, Frankreich, Italien, Louisiana, Mexiko, Luxemburg, Polen, Portugal, Thailand, Venezuela und in gewissem Sinn sogar Japan abweichen, in welchen Ländern der Eigentumsübergang bereits mit Abschluss des Kaufvertrages erfolgt, stellt ein Akt von *Législation comparé*, heisst eine rechtsvergleichende Feststellung dar. Sie kann richtig getroffen werden, ohne Kenntnis der Tragweite und Bedeutung dieser von der Tradition abweichenden, keineswegs leicht zu verstehenden Regelung, die in mancherlei Hinsicht eingeschränkt bzw. ins Gegenteil gewendet wird (der Eigentumsübergang wirkt nur *inter partes* und ab Fälligkeit, hat gegenüber Eigentumsübertragung gestützt auf Besitzübergabe zurückzutreten usw.; vgl. zum Grundsatz im französischen Code Civil art. 711, 1138/II und 1583, zu den Einschränkungen art. 1138/II, 1141, 1585 f.).

⁶ Im vorangehenden Beispiel macht die Feststellung erst echten komparatistischen Sinn, wenn man feststellt, dass es der französische Code Civil (CC) des Jahres 1804 war, der die (sachlich mehr als fragwürdige) Neuerung kreierte, die mit der wohl erprobten und diesbezüglich allgemein akzeptierten romanistischen Tradition brach. Ob die in dieser Frage dem französischen CC Gefolgschaft leistenden Kodifikationen auch alle Einzelheiten der Ausgestaltung übernehmen, ist eine weitere Frage.

vergleichen, oder ein Deutscher oder aber ein New Yorker die Zulässigkeit von Optionen nach BGB oder New Yorker Recht untersuchen. Der Erfahrung zeigt, dass diese Erwartung unrealistisch ist. Das von FROMHOLZER aufgegriffene Thema hätte, von einem in den USA ausgebildeten Juristen aufgegriffen, zu einem gänzlich andersgearteten Buch geführt als dem hier vorliegenden. – Hätte aber das Werk, unter der Hand von FROMHOLZER, nicht mehr gebracht, wenn es nicht, weil unter dem Zwang der Etikette "Rechtsvergleichung" segelnd, eine oft etwas gekünstelt wirkende komparatistische Gegenüberstellung der beiden Rechtsordnungen angestellt, sondern, aus der Sicht eines deutschen Juristen, eine Analyse eines der verschiedenen Gesichter der Consideration in den USA oder etwa eine Darstellung deren Abweichungen von der englischen Tradition unternommen hätte?

5. Wenn nicht die vom Verfasser vorgetragene Vergleichen selber, so ist für den Schreibenden bei der Lektüre etwas anderes ganz wichtig geworden: die sich aus Anlass dieser Vergleichung entwickelte Darstellung der gegenwärtigen Verhältnisse in den USA. Das sich ergebende { 404/405 } Bild ist ungewohnt, aber wohl realistisch. Aufgrund der oben in Frage gestellten Suche nach vergleichbaren Resultaten in den USA und Deutschland werden Ausnahmereiche der amerikanischen Verhältnisse ins Licht gerückt, die bei einem nicht komparatistischen *approach* wahrscheinlich nicht zum Vorschein gekommen wären: Also doch ein wichtiger Erfolg des hier in Frage gestellten "vergleichenden" Vorgehens, wenn auch nicht der vom Autor angestrebte. Die in der Arbeit sichtbar werdende Realität weicht erheblich vom Bild der mehr oder weniger heilen Welt ab, das man sich von der Consideration-Praxis macht, so lange man diese nach dem Modell Englands versteht. In den USA setzt sich einerseits durch Infragestellung der traditionellen Ausweichmöglichkeit der Siegelung eine Verschärfung der Tragweite des Consideration-Erfordernisses durch, und als Gegenstück dazu findet eine Auflockerung der massgeblichen Prinzipien der Consideration-Doktrin statt. Das vorgetragene Material zur Consideration-Doktrin der USA illustriert deutlich genug, dass sich dieselbe nicht auf allgemeine Grundsätze reduzieren lässt, deren Handhabung vielmehr grössten Aufwand erfordert und damit zwangsläufig soziale Kosten verursacht. Insgesamt wird die Rechtssicherheit in Frage gestellt, und es vermehren sich die Auseinandersetzungen vor Gericht⁷ Das ausgebreitete Material macht dem Leser die Gefahren bewusst, die unvermeidlich auftreten, wenn in zentralen Rechtsgebieten die Rechtsfolgen von der Anwendung rational nicht hinreichend geklärt und durchstrukturierter Grundsätze abhängig gemacht werden: die Verantwortung für den Rechtszustand ist damit jedem einzelnen Richter überlassen, der angesichts der Vielfalt der zu erfassenden Phänomene kein verlässliches Präjudizienmaterial vorfindet und daher zwangsläufig nach persönlichem Gutdünken entscheidet, was zwar im Einzelfall befriedigende Resultate keineswegs ausschliesst, aber Unvorhersehbarkeit der Rechtsfolgen eigenen Verhaltens und insgesamt Ungewissheit der Rechtsverhältnisse als zwangsläufige Konsequenz nach sich zieht: Eine Belastung für die ganze Gesellschaft.

⁷ Im Ergebnis: Machtzunahme für den Richter, Ausdehnung des Geschäftsvolumens für den Anwalt! Ist es diese Interessenlage des Berufsstandes, welche das Wegdriften der Praxis in den USA von der guten alten Consideration-Doktrin englischer Ausprägung zu erklären vermag?

6. In einem anderen Sinn noch hat das von FROMHOLZER mit Geschick und gewiss auch Sorgfalt zusammengetragene Material nicht jenes Ergebnis gezeitigt, das er anstrebt: Zu zeigen, dass unerachtet der Verschiedenartigkeit der Ausgangslage im untersuchten Bereich die praktischen Ergebnisse sich nahestehen. Er geht so weit, zusammenfassend zu behaupten: "Die Lösung der verschiedenen Probleme im US common law entspricht im Ergebnis weitgehend der Lösung dieser Fragen im deutschen Recht. [...] Diese Beobachtungen bestätigen somit bezüglich Inhalt und Methode die These der Konvergenz von common law und civil law." (S. 356). Da kann man nur sagen: Der Wunsch der Vater des Gedankens! Eine derartige Folgerung hält unter keinem denkbaren Blickwinkel stand. "Konvergenz", wörtlich genommen als Vorgang gegenseitiger Beeinflussung und vielleicht sogar auch (allerdings langsam und daher fast unmerklich ablaufender) Annäherung von kontinentaleuropäischer und englischsprachiger Rechtstradition ist offenkundig und wird in diesem Sinn auch kaum bestritten. Indessen ist "Konvergenz" zu einem Label geworden, das etwas ganz Anderes, ja Entgegengesetztes besagt: Nicht die beidseitige Bewegung { 405/406 } i. S. des sich Näherkommens von zwei im Ausgangspunkt sehr entfernt stehender Überlieferungen, sondern umgekehrt die Behauptung, dass deren Distanz und Verschiedenartigkeit weitgehend eine bloss eingebildete sei. "Konvergenz" in diesem Verständnis wäre nicht der Vorgang der Annäherung der beiden Rechtskreise, sondern vielmehr jener der Bewusstseinsbildung des Publikums im Sinne der Einsicht, dass bei Kenntnis und Verstehen der "anderen" Tradition die beiden sich von Grund auf viel näher stünden, als je angenommen wurde. Soweit solches gemeint ist, halte ich allerdings die Behauptung von Konvergenz für ein erstrangiges Missverstehen sowohl der europäischen wie der englischen Rechtsüberlieferung, das beiden in gleichem Masse Unrecht tut. In diese Richtung scheint aber die Überzeugung von FROMHOLZER zu gehen. Jedenfalls wird aber eine so verstandene "Konvergenz-These" mit aller Schärfe vertreten im Aufsatz "Common law und civil law: eine überholte Unterscheidung" von JAMES GORDLEY (ZEuP 1993, S. 498-518)⁸. Dies ist hier festzuhalten, weil FROMHOLZER, wie aus einem Hinweis des Vorworts folgt, die Anregung zu seiner Doktorarbeit anlässlich eines Studienaufenthaltes in Berkeley von GORDLEY empfangen hat. Dieser steht daher in Mitverantwortung für die genannte Zielrichtung der Arbeit wie deren oben genannte Schlussfolgerung.

Mit Untersuchungen vorliegender Art die Ähnlichkeit zweier Rechtssysteme darlegen zu wollen, hält Methodenkritik nicht stand. Wenn es das Bestreben ist, zu zeigen, dass in beiden Rechtskreisen zu vergleichbaren Rechtsfragen vergleichbare

⁸ GORDLEY räumt zwar ein, dass vor "zweihundert Jahren die Grundstrukturen der anglo-amerikanischen und des kontinental-europäischen Rechts in der Tat verschieden" waren (S. 498); er vertritt indessen die These, dass dies seit dem 19. Jahrhundert nicht mehr gelten solle, da ersteres damals "Vollkommen neu strukturiert" worden sei; dabei suche man seither, sich der nach diesem "Neubau" verbliebenen trennenden "Relikte" zu entledigen. Einige von ihnen zerfallen bei näherer Betrachtung in Staub, wie die Lehre von der consideration. Andere erscheinen als unzeitgemässe Anomalien ..." (S. 517). "Konvergenz" wird für GORDLEY damit auf einen im 19. Jahrhundert abgelaufenen, fast punktuellen Vorgang reduziert, bei dem allerdings allein der "Konvergenzpartner Common Law" die konvergierende Bewegung vollzogen hat. Für die Zukunft sagt GORDLEY voraus, dass "in den USA ... die letzten wichtigen Verbindungen zwischen unserem (sc. der USA) Recht und dem alten common law bald zerreißen" werden (S. 499).

Entscheidungen gefunden werden können, will ein derartiger Nachweis, auch wenn erfolgreich angedient, angesichts der unübersehbaren Fülle vorhandenen Materials nichts besagen. Den "verwandten" Entscheidungen müssten jene gegenübergestellt werden, die im praktischen Ergebnis und in der zugrundeliegenden Argumentationsweise entgegengesetzt sind. Die Einseitigkeit der Suche verbietet von vornherein jegliche Aussage über den aktuellen Zustand der "Nähe" oder "Entfernung" zweier Normsysteme. Im Falle der Handhabung der *consideration* in den USA im Vergleich zum deutschen Rechtszustand lassen sich zwar mit Aufwand und Geschick einzelne Parallelerscheinungen ausmachen. Es sind dies auf US-Seite indessen, wie verdienstvollerweise vom Verfasser immer wieder deutlich gemacht wird, überwiegend Entscheidungen mit Ausnahmecharakter. Die Gegenbeispiele, welche die Verschiedenartigkeit der beiden Welten illustrieren würden, bleiben ausserhalb der Betrachtung. Sie müssten allerdings gar nicht erst gesucht werden; einmal in die Betrachtung eingezogen, springen sie dem Betrachter von selbst in die Augen und verscheuchen die vergleichsweise marginalen Übereinstimmungen aus dem Blickfeld. Im Grundlegenden sind { 406/407 } die beiden Systeme so entgegengesetzt als nur möglich: Es bleibt dabei, dass Offerten an einem Ort bindend sein können, am anderen nicht, und dieser Gegensatz wird nicht aus der Welt geschafft, wenn der UCC dieses Hindernis relativiert und im übrigen in Grenz- und Sonderfällen die Richter in beiden Staaten ähnliche Überlegungen anstellen.

Zurück zur Consideration: Im Ergebnis würde jeder Kontinentale im Interesse der Direktbetroffenen gerne annehmen, dass GORDLEY mit seiner Diagnose (oben Fn. 8) Recht hätte, dass sich das "Relikt" der Consideration-Doktrin in Staub aufgelöst habe. Aber, wohin man auch in den USA blicken mag, immer kommt das Gegenteil zum Vorschein: Allerdings, um im Bild zu bleiben, viel die Sicht trübender Staub liegt in der Luft, darunter aber dann massenhaft Brocken auf der Strasse zum Stolpern und Abgründe ohne hinreichende Sicherung, in die selbst ein vorsichtiger Wanderer zu Tode stürzen kann. Das Consideration-Erfordernis im Verständnis der USA ist und bleibt eine Rechtsunsicherheit schaffende und das Publikum beunruhigende Institution. Das wird auch bei FROMHOLZER *passim* deutlich; er liefert keinerlei Anhaltspunkte zur Stützung der verharmlosenden "Staub-Doktrin" GORDLEYS. Ich würde meinen, dass heute nicht weniger als vor vierzig Jahren gilt: "Consideration stands, doctrinally speaking, at the very center of the common law's approach to contract law"⁹. Man kann es drehen und wenden wie man will: Diese Einrichtung trennt wie kaum etwas anderes das Vertragsrecht der kontinentalen und der englischsprachigen Rechtswelt, und der Graben, der uns in dieser Frage von den USA scheidet, ist im Begriff, breiter zu werden.

⁹ ARTHUR T. VON MEHREN, *The Civil Law System*, 1. Aufl. Boston & Toronto, 1957, hier zitiert aus S. 984 der unter Mit-Autorschaft von GORDLEY erschienenen 2. Auflage von 1977.