

England und der Kontinent

Zur Andersartigkeit des Vertragsrechts – die Gründe, und zu *consideration*

Von Eugen Bucher, Bern

ZVglRWiss 105 (2006) 164–207

Rechtsvergleichung heißt, Verschiedenartiges gegenüberstellen. Suche nach Übereinstimmung kann nicht die eigentliche Aufgabe komparatistischer Betrachtung sein; festgestellte Identität erübrigt weiteres Vergleichen. Der Komparatist ist aufgefordert, Unterschiede zu suchen und sichtbar zu machen, dies zum besseren Verständnis des unterschiedlichen Vergleichenen. Im Folgenden wird die Andersartigkeit des Vertragsrechts der Länder kontinentaler Tradition und des Vertragsrechts Englands (und damit auch der übrigen englischsprachigen Welt) betrachtet und deren Gegensätzlichkeit betont, dies in der Hoffnung, damit das Verständnis für beide Bereiche zu vertiefen und, wer weiß, falls gewünscht, sogar deren Annäherung zu erleichtern.

Inhalt

I. Zu Beginn	165
II. Methodische Vorbemerkungen; gleichzeitig zu <i>Frustration</i>	167
1. Unmöglichwerden der Vertragsleistung	167
2. <i>Coronation Cases</i> und Geburt von <i>frustration</i>	168
3. Würdigung	170
III. <i>Doctrine of consideration</i> und deren geschichtlicher Hintergrund	171
1. Anfänge einfach	171
2. Pinnel's Case	173
3. Traditionelle Sachbezogenheit der Schuldverträge und Ablehnung unentgeltlicher Geschäfte	174
a) Sachübergabe als Gültigkeitsvoraussetzung	174
b) Dingliche und obligatorische Ansprüche nicht streng unterschieden	177
c) Schenkungen fordern Gegenleistung	178
d) Konsensuales Element sachbezogener Verfügungen	179
4. Entstehung einer <i>doctrine of consideration</i>	179
5. Exkurs: <i>consideration</i> und <i>causa</i>	182
IV. Verfahrensrechtliche Wurzeln des <i>consideration</i> -Requisits	184
1. Ausgangspunkt: Fehlende Klagbarkeit konsensual begründeter Ansprüche	184
a) Ausschluss der Vertragsklagen vor den Common Law-Gerichten	184
b) Historischer Hintergrund	185
2. Erste Ansätze zu Vertragsklagen	187
3. <i>Assumpsit</i> als Rahmen des Aufkommens der <i>consideration</i> -Voraussetzung	188
a) Ablauf	188
b) <i>Consideration</i> und Delikt?	189
V. Verständnis in England ausgerichtet auf <i>promise</i> , nicht Vertrag	190

1. Außerhalb Englands: Vertrag	190
2. In England: Ausrichtung auf Verpflichtungserklärung (<i>promise</i>)	191
3. Doktrin	192
4. Keine Bindung durch bloßes <i>promise</i>	194
VI. Primärfunktion der <i>consideration</i> : Herstellung des Nexus zwischen den Pflichten der Vertragsparteien	196
VII. Aktuelle Ausweitung der Funktion von <i>consideration</i>	198
1. Ursachen	198
2. Zweierlei Wirkungen	199
3. Statt an Vertrag an <i>consideration</i> angekoppelte Gültigkeitsvoraussetzungen	200
a) Legality of consideration	200
b) Consideration must move from the promisee	201
4. Weitere <i>consideration</i> -bezogene Voraussetzungen	202
a) Past consideration and executed consideration	202
b) Sufficiency: peppercorn oder some value?	203
VIII. Zum Schluss	204

I. Zu Beginn

Alles Recht ist das Ergebnis weit zurückreichender Überlieferung und bleibt in diese eingebunden. Dementsprechend haben die Länder kontinental-europäischer Tradition (außerhalb Europas ganz Lateinamerika und weitgehend auch der nahe und ferne Osten) rechtliche Denkformen und Regeln, die von jenen Englands und den in seiner Tradition stehenden (regelmässig auch englisch sprechenden) Gegenden weit abweichen. Keine größere Herausforderung an den Komparatisten als diese Gegensätzlichkeit, wenn er global sehen will und sich nicht auf einen der beiden Bereiche beschränkt. Im Folgenden wird der Kern betrachtet: Das Vertragsrecht ist diesseits und jenseits des Kanals die rechtlichste aller Rechtsdisziplinen und mehr als andere differenziert, diskutiert und dogmatisch aufgearbeitet, dabei auch in andere Sachgebiete ausstrahlend. Wer diesen Kernbereich des Obligationenrechts versteht, gewinnt Einblick in die grundlegenden Strukturen und Zusammenhänge einer Rechtsordnung, und die Gegenüberstellung des kontinentalen Vertragsrechts und jenes des englischen Sprachbereichs macht den Kern deren Gegensätzlichkeit sichtbar.

Sich dem Vertragsrecht Englands zuwendend begegnet der kontinentale Obligationenrechtler zwei Rechtsfiguren, die auf dem Kontinent nicht bekannt sind und daher als erste eine Erklärung fordern: *Frustration*, aber viel wichtiger noch *consideration*¹. Letztere beschäftigt nicht nur den ausländischen Beobachter an erster Stelle, sondern steht auch in England heute im Mit-

1 *Consideration* von lat. *considerare*, in Betracht ziehen, hier: der bei der Übernahme einer Pflicht zu erwägende Vorteil (heute oft die erlangte Gegenleistung, das *quid pro quo*). *Frustration* (wie der heute auf dem Kontinent so gerne berufene „Frustr“) von lat. *fraus, frustra, frustrari, frustratio*: Irrtum, vergeblich, vereiteln und Vereitelung, hier der Hinweis auf das Dahinfallen eines Vertrages (dies ohne Bezugnahme auf den Anlass hiezu: Unmöglichwerden der Erfüllung? Irrtum? u. dgl.).

telpunkt der Betrachtung; als Kristallisationspunkt der Grundprobleme ist er Schlüssel zum Vertragsrecht geworden. Wer den Traum einer beidseits des Kanals Anerkennung findenden europäischen Vertragsnormierung träumt, muss vor allem anderen sich mit *consideration* auseinandersetzen und alle dahinterstehenden doktrinellen Andersartigkeiten (vorab der Ausrichtung des englischen Rechtsdenkens auf *promises* und nicht auf *contracts*) in seine Planung einbeziehen.

Dies der Anlass vorliegenden Versuchs, *consideration* vorzustellen. *Frustration* ist dazu gewissermaßen die Kontrastfigur und verknüpft in der Thematik. *Consideration* ist Voraussetzung des Wirksamwerdens einer Verpflichtungserklärung bzw. des damit intendierten Vertrages, *frustration* bezeichnet demgegenüber die Gesamtheit der Tatbestände, welche die *Vernichtung* eines Vertrages auslösen. Was die unterschiedliche Bedeutung der beiden erklärt: *Consideration* steckt in jedem Vertrag, von *frustration* spricht man nur in den ungeliebten Ausnahmefällen nachträglichen Dahinfallens von Verträgen. In Herkunft und der ihnen angemessenen Betrachtungsweise könnten die beiden Figuren nicht unterschiedlicher sein: Das *consideration*-Erfordernis reflektiert heute noch Mechanismen, wie sie in allen ursprünglichen Rechtsordnungen anzutreffen sind, und es entstand in England vor dem Hintergrund des seit der normannischen Eroberung dort herrschenden Ausschlusses privater Abmachungen von der königlichen Gerichtsbarkeit. Im Gegensatz dazu *frustration*: Eine Sammelbezeichnung für Verschiedenerlei, die kaum hundert Jahre alt ist und durch blossen Zufall entstand.

Adressaten vorliegenden Textes sind die *kontinentalen Juristen*. Die beiden Institute werden nur in elementaren Grundzügen gezeichnet, nicht aber umfassend dargestellt, da sie in Lehrbüchern und Entscheidungssammlungen zum englischen Vertragsrecht omnipräsent sind. Auf kontinentale Doktrin wird nicht eingegangen, weil diese andere Gesichtspunkte behandelt und sich zu den hier aufgeworfenen Fragen kaum äußert².

Die beiden im Zentrum stehenden Figuren wie das Vertragsrecht überhaupt können in ihren elementaren Strukturen nur erkannt und verstanden werden

2 Dies gilt etwa für René David, *Les grands Systèmes de Droit Contemporains*, Paris 1964 (zahlreiche weitere Auflagen; deutsche Bearbeitung von Günther Grasmann, 1966); Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1. Aufl. 1969/71, 3. Aufl. 1996 (auch in englischer Übersetzung von Tony Weir); Hein Kötz/Axel Flessner, *Europäisches Vertragsrecht*, Bd. I (Kötz) 1996. Auch der Aufsatz von Jörg Benedict, *Consideration etc.*, *RabelsZ* 2005 S. 1–46 schreibt zu anderen als den hier beleuchteten Aspekten. Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, Wien (New York, 2. Aufl. 2003, behandelt das Common Law knapp (zu *consideration* S. 19–29), ist aber für den kontinentalen Bereich grundlegend. – Abundanter Literaturnachweis zu *Consideration* bei Benedict und sodann bei Ferdinand Fromholzer, *Consideration – US-amerikanisches Recht im Vergleich zum deutschen*, Tübingen 1997 (dazu Besprechung des Schreibenden in *ZEuP* 1999 S. 399–407 [www.eugenbucher.ch Nr. 71]).

durch Zurückgehen auf die *Geschichte ihrer Entstehung*. Angesagt ist keineswegs eine historische Untersuchung. Es geht darum, aus der Überfülle historischen Wissens die für das Verständnis der Gegenwart entscheidenden Elemente herauszugreifen und in den geforderten großen Zusammenhang zu stellen, eine Aufgabe, welche die Historiker nicht zu übernehmen bereit sind. Grundlage der Hinweise in die Vergangenheit ist die bestehende rechtshistorische Literatur; auf weiten Strecken hilft allerdings allgemein zugängliche Primärliteratur (so vereinzelt Gerichtsentscheide, die Autoren Glanvill, Bracton, Beawes, Blackstone und Verfasser des 19. und 20 Jahrhunderts).

II. Methodische Vorbemerkungen; gleichzeitig zu Frustration

Im englischsprachigen Raum steht am Anfang allen Rechts die Praxis der Gerichte. Soweit überhaupt allgemeine normative Grundsätze oder solche repräsentierende Rechtsbegriffe bestehen, sind sie sekundär, folgen den Gerichtsentscheiden nach, verbleiben unter deren Kontrolle und können durch sie verändert werden. Das gilt allenthalben und auch bei den hier betrachteten, mit den Termini *consideration* und *frustration* belegten Rechtsfiguren.

1. Unmöglichwerden der Vertragsleistung

Von *frustration* spricht man einmal dann, wenn ein gültig geschlossener Vertrag durch Unmöglichwerden der charakteristischen Leistung unwirksam wird. In der neueren Literatur wird regelmäßig als zeitlich erster Fall von *frustration* der Entscheid *Taylor v. Caldwell* (1863) genannt, dem weitere Urteile folgen, so etwa *Robinson v. Davison* (1871)³. Beide betreffen nachträglich eintretende Unmöglichkeit. Sie verwenden den Terminus „Frustration“ nicht, sagen vielmehr, die Parteien hätten für den Fall zufallsbedingten Unmöglichwerdens der Erfüllung stillschweigend eine befreiende Vertragsabrede getroffen: In *Taylor v. Caldwell* wurde im Falle der Zerstörung durch Brand einer für mehrere Aufführungen vermieteten Musikhalle Befreiung des Vermieters angenommen (Entfallen von Schadenersatzpflicht wegen Nichterfüllung), dies gestützt auf eine präsumierte *implied condition* des Vertrags. Nicht anders auch in *Robinson v. Davison* bei krankheitsbedingter Unmöglichkeit des Auftretens einer Pianistin⁴. Nicht nur kam das Wort *frustration*

3 *Taylor v. Caldwell*, [1863] E.R. 122 S. 309 oder All.E.R.Rep. 24; *Robinson v. Davison*, [1871] All.E.R.Rep. 699.

4 In *Taylor v. Caldwell* berief sich Richter Blackburn zusätzlich auf die kaufrechtliche Regel des Erlöschens der Leistungspflicht bei Unmöglichkeit der zu erbringenden Leistung durch Untergang der geschuldeten Sache: Untergang der Kaufsache nach Abschluss des *Sale* und vor deren Übergabe belastet den Käufer mit der Preiszahlungspflicht, befreit aber den Verkäufer, was auf römischrechtliche bzw. kontinentale Rechtsüberlieferung zurückgehe (dazu noch Hinweis auf Pothier, *Contrat de Vente* und weiterhin, dass ein nicht kündbarer Lehrvertrag den vertragsschlie-

nirgends vor, sondern auch der damaligen Literatur war der Terminus noch fremd⁵.

2. *Coronation Cases und Geburt von frustration*

Aktualität erlangte das Thema drei Jahrzehnte später in den sog. *Coronation-Cases*: Im Hinblick auf die Feier der Krönung von Eduard VII (1901) waren unzählige Verträge geschlossen worden, die infolge der krankheitsbedingten Verschiebung dieses Anlasses ihre Grundlage einbüßten; zu entscheiden war, ob sie trotzdem Bestand haben sollten. In *Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton* blieb der Vertrag über die Miete eines Bootes zur Besichtigung der Flottenparade aufrecht, dies u. a. mit dem Argument, dass auch ohne Parade die dort versammelten Kriegsschiffe inspiziert werden konnten. Anders entschieden wurde dagegen drei Wochen zuvor in *Krell v. Henry* zur Miete von Räumen mit Blick auf den Krönungsumzug: Abweisung der Klage auf die Restanz des Mietzinses⁶. Dieser Entscheid ist zum *leading case* der *doctrine of frustration* und zum meistbeachteten der *coronation cases* geworden. In diesen beiden Entscheidungen des Jahres 1903 kommt wie in den beiden erstgenannten der Terminus *frustration* immer noch nicht vor. Es wird auf der Ebene der Vertragsauslegung argumentiert und gefragt, ob die jeweilige Sicht auf krönungsbedingte Veranstaltungen Bestandteil des Vertrages gewesen seien oder nicht. So sagt in *Krell v. Henry* Vaughan Williams, L.J., *I think that the coronation procession was the foundation of the contract*, und allein im Zusammenhang der Zulässigkeit von *parol evidence* taucht das Verb *to frustrate* beiläufig und nicht in technisch-normativem Sinn auf (... *in this case, where we have to ask ourselves whether the object of the contract was frustrated by the non-happening...*).

Über das Schicksal der bereits geleisteten Anzahlung hatte das Gericht in *Krell v. Henry* nicht zu entscheiden, weil die Widerklage auf deren Rückforderung vom Beklagten fallen gelassen worden war. Anders dagegen in einem anderen Fall von Raummiete: In *Chandler v. Webster* (1904) heißt es, dass der Vertrag nicht (infolge des Wegfalls von *consideration*) insgesamt hinfällig geworden sei, sondern bis zum Zeitpunkt der Absage des Krönungsumzuges seine Gültigkeit behalten habe: Die vom Mieter erbrachte Anzahlung, da gestützt auf einen (damals noch) gültigen Vertrag erbracht, konnte nicht zurückgefordert werden. Mit dem Entfallen des Krönungsumzuges allerdings kam in

ßenen Vater nicht mit Ersatzpflicht belaste, wenn der Lehrling vor Vertragsablauf stirbt). Ähnliche Argumentation auch in *Robinson v. Davison*.

5 Vgl. etwa das damals neu herauskommende Vertragslehrbuch von Anson, *Principles of the English Law of Contracts*. Die 1. Auflage von 1879 wie auch die 8. Aufl. 1898 (sc. die letzte von Anson selber bearbeitete Auflage, und wohl darüber hinaus noch weitere) kennen *frustration* nicht; der Terminus ist auch 1896 in der 13. Auflage des *Law of Contracts* von Chitty noch nicht zu finden. Dazu auch Fn. 40.

6 *Herne Bay Steamboat Co. v. Hutton*, [1903] All.E.R. Rep. 627; *Krell v. Henry* [1903] All E.R.Rep. 20.

der Sicht des Gerichts der Vertrag zu einem Ende, und es wurden die Parteien frei von ihren in jenem Zeitpunkt noch bestehenden Pflichten⁷. Dies Ergebnis wurde als *the effect of the doctrine of frustration* bezeichnet und festgestellt: *it (only) releases the parties from further performance of the contract*. Erstmals wird hier von einem Vertrag *frustrated by a supervening event* und von einer dahingehenden Theorie (*doctrine*) gesprochen. Dieser Entscheid ist aus doppeltem Grund von Interesse. Er setzt *frustration* als Terminus technicus in die Welt und belässt die neugeschaffene Rechtsfigur noch im Zusammenhang der *consideration*: Vertragsterminierende *frustration* wegen Wegfallens der bei Vertragsschluss vorausgesetzten *consideration*⁸. Die Auffassung vom Bestehen eines Konnexes zwischen *frustration* und *consideration* von 1863 bis 1904 (*Taylor v. Caldwell* bis *Chandler v. Webster*) blieb allerdings in der Folge nicht aufrecht, sondern gab im Lauf der Zeit anderen Deutungen Raum.

Die Frustration-Theorie ist hauptsächlich in England lebendig, blieb aber in den USA ohne größere Bedeutung. Im Index (1979) der 18 Bände der 3. Auflage von Samuel Williston on Contracts findet sich zu *frustration* nur gerade der Hinweis auf eine Stelle in Bd. 10 (1967), wo beiläufig bei Charter von Schiffen Vertragsterminierung kraft Erfüllungsverhinderung durch höhere Gewalt erwähnt wird und sodann die Verweisung „*Impossibility (this index)*“. Arthur L. Corbin stellt *frustration* als einen Sonderfall der *impossibility* vor, der gekennzeichnet ist durch *Frustration of Purpose by a Collateral Event that affects the Value of a Performance without making it impossible* (Vereitelung des Zwecks durch ein außerhalb des Vertrages liegendes Ereignis, das Sinn und Wert der Vertragleistung beeinträchtigt, ohne diese als solche unmöglich zu machen)⁹. Die neuere Doktrin gibt der Figur etwas mehr Gewicht und verweist auf die englischen *Coronation Cases*, die in den USA *persuasive authority* haben¹⁰.

7 *Chandler v. Webster*, [1904] 1 K.B. 493.

8 Die Wirkung des Wegfallens der *consideration* betraf nicht den Vertrag insgesamt, sondern trat erst *ex nunc* (der Absage des Umzugs) ein, sodass vorher Geleistetes nicht zurückzuerstatten war. Diese heute ungewohnte Regel wurde erst mit *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* ([1943] A.C. 32 umgestoßen (so Chitty on Contracts 28th ed. 1999 Bd. I, N. 24–070). – Die *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, 1943 soll die gesetzgeberische Antwort auf den Entscheid *Fibrosa Spolka Akcyjna*, (1 K.B. 12 [1943] A.C. 32) sein. Für den Fall nachträglicher Unmöglichkeit wird dem Richter Ermessen eingeräumt, über die Rückerstattung von Anzahlungen, Ersatz für nutzlos gewordene Aufwendungen u. dgl. zu befinden. Der Anwendungsbereich ist beschränkt, die Regelung anscheinend ohne große Bedeutung.

9 Arthur L. Corbin on Contracts, je § 1355 der One Volume ed. 1962 und der Originalausgabe (Bd. 6), 3. Aufl. hgg. W.H.E. Jaeger, 1967.

10 Zum neueren Stand der Doktrin und Praxis der USA zu *frustration* vgl. Allan Farnsworth, *Contracts* (Boston/Toronto 1982), Chapter 9; Calamari/Pedrillo, *The Law of Contracts* (St. Paul, Minn; hier zit. 2. Auflage 1877) Chapter 13.

3. Würdigung

Die genannten als *frustration* qualifizierten Tatbestände sind im Ergebnis überzeugend und überdies in Übereinstimmung mit kontinentalen Vorstellungen entschieden¹¹. Aber in unserer Sicht sind die Entscheidungen unter sich andersartig: In *Taylor v. Caldwell* war der Gebrauch der gemieteten und inzwischen abgebrannten Musikhalle unmöglich geworden, ebenso in *Robinson v. Davison* das Konzertieren der Pianistin, und bei gegebener faktischer Unmöglichkeit der Vertragserfüllung konnten nur Sekundärpflichten (Schadenersatz) der Nichterfüllenden zur Debatte stehen. Anders dagegen in den *Coronation Cases*, in denen beiden Parteien Vertragserfüllung wie je zuvor möglich war und allein das Zweckloswerden der vereinbarten charakteristischen Vertragsleistung (Verfügbarkeit der Boote bzw. der Aussichtsplätze) ein Problem schuf¹².

Vor allem *Taylor v. Caldwell* markiert einen entscheidenden Schritt nach vorn: Nicht nur die Anerkennung der *impossibilium nulla* obligatio-Regel, sondern deren voluntaristische Begründung, d. h. deren Abstützen auf stillschweigende Vertragsabrede (*implied condition*). Die Folgen dieses Arguments waren weitreichend, wenn auch vom Richter Blackburn wohl nicht vorausgesehen: Die *Coronation-Cases* als ein Schritt der Annäherung an die kontinentale Handhabung von Willensmängeln oder als überzeugende Verwirklichung der Regel vom „Wegfall der Geschäftsgrundlage“. Dies darf nicht hindern, die durch sie heute verkörperte Zusammenfassung zweier in ihrer Struktur verschiedenartiger Tatbestände unter logisch-analytischem wie komparatistischem Gesichtspunkt in Frage zu stellen: Unmöglichkeit und Nutzlosigkeit

11 Das zufallsbedingte nachträgliche Unmöglichwerden einer geschuldeten Leistung befreit den Schuldner auch auf dem Kontinent: F/CC Art. 1302; ABGB § 880, § 920; CH/OR Art. 119; BGB § 275; die Befreiung von Leistungspflicht i. S. *Krell v. Henry* würde wohl auf dem Kontinent auf Irrtumsanfechtung hin ebenfalls eintreten (in der Schweiz *Grundlagenirrtum*, d. h. genau in Übereinstimmung mit den englischen Argument: *the coronation procession was the foundation of the contract*). Ähnlich F/CC Art. 1110/I: „L'erreur n'est une cause de nullité ... que lorsqu'elle tombe sur la substance ...“

12 *Taylor v. Caldwell* kann m. E. nicht als Preisgabe des in *Paradine v. Jane* ([1648] Aley 26 oder E.R. 82 S. 519 und 897) statuierten Grundsatzes gesehen werden, wie dies in der Literatur häufig angenommen wird: Dort wurde festgestellt, dass der *Lease*-Nehmer den vereinbarten Pachtzins zu entrichten habe, obwohl er behauptete, von einem *German prince, by name Prince Rupert, an alien born, enemy to the King and kingdom* vom gepachteten Land vertrieben zu werden. Eine Analogie liegt nicht vor, da anders als das Benutzen des abgebrannten Gebäudes der Gebrauch des gepachteten Landes an sich nach wie vor möglich war die dies verunmöglichenden Umstände vom *lease*-Nehmer zu tragen sind, da dieser, ähnlich dem Eigentümer, auch heute noch die Risiken der Sache trägt. Eher könnte eine Entsprerchung zu den *Coronation Cases* gesehen werden: Das gepachtete Land stand zur Verfügung des Pächters, der aus vertragsfremdem Anlass nicht den vorausgesetzten Gebrauch machen konnte.

einer Vertragsleistung sind verschiedene Dinge. Die Parteirollen sind entgegengesetzt verteilt: *Impossibility* (d.i. *frustration* i.S. von *Taylor v. Caldwell* und *Robinson v. Davison*) wird vom Schuldner der unmöglich geworden Leistung angerufen, um Ersatzpflichten wegen Nichterfüllung abzuwehren, während *frustration* i.S. der *coronation cases* das Verteidigungsmittel derjenigen Partei ist, die eine nach wie vor mögliche, jedoch für sie wertlos gewordene Leistung nicht annehmen will, um sich der Gegenleistungspflicht zu entschlagen. Die zwei andersartigen, in der Interessenlage der jeweils Betroffenen entgegengesetzten Tatbestandsgruppen waren auf dem Kontinent seit jeher verschiedene Dinge, und (bei gleichbleibendem Erfolg!) sie doktrinell zu trennen würde mehr Klarheit schaffen¹³. Wer an ein beidseits des Kanals akzeptiertes Europa-Vertragsrecht denkt, wird nicht erwarten, darin der Figur der *frustration* in ihrem heutigen Verständnis zu begegnen.

III. Doctrine of consideration und deren geschichtlicher Hintergrund

1. Anfänge einfach

Heute beansprucht *consideration* als Gültigkeitsvoraussetzung vertraglicher Pflichten weiten Raum, und entsprechend umfangreich ist die Judikatur. Die Literatur dazu spricht von einer *doctrine of consideration* und behandelt diese tiefeschürfend. Das war in früheren Zeiten anders. Charles Viner (1678–1756) konnte die zu *consideration* ergangenen Gerichtsentscheide in Band 5 seines *Abridgments* auf blossen sieben Seiten darstellen (S. 405–411), während im gleichen Band dem anschließenden Stichwort *Conspiracy* sechzehn Seiten (S. 412–427), den *Conditions* gar 345 Seiten (S. 40–344) gewidmet sind¹⁴. Der ganze Band 5 zählt 599 Seiten, das gesamte Werk von 23 Bänden über fünfzehntausend Seiten; die bloßen sieben der *consideration* gewidmeten illustrieren die Spärlichkeit der bis dahin ergangenen Judikatur und die damalige marginale Bedeutung der Figur. Blackstone (1723–1780) behandelt das gesam-

13 In dieser Richtung Corbin, der die nachträglich eintretende Unmöglichkeit einer Vertragsleistung als Vertragsterminierungsgrund eigener Art deutet und *frustration* lediglich als einen Sonderfall mit sehr eingeschränktem Anwendungsbereich versteht.

14 Charles Viner, „General Abridgment of Law and Equity; alphabetically digested under proper Titles, with Notes and References to the Whole“ (1. Auflage 1741–1753; hier zit. 2. Auflage, London 1792). – Die *Abridgments* waren eine im 16. Jahrhundert aufgekommen, heute nicht mehr bekannte Literaturgattung: Nach Stichworten angeordneter, verkürzt inhaltlich zusammenfassender Nachweis bis dahin ergangener Judikatur. Das Werk von Viner war das bei weitem umfangreichste seiner Art. Im Übrigen hat Viner den nach ihm benannten Lehrstuhl zum englischen Recht an der Universität Oxford gestiftet, als dessen erster Inhaber er Blackstone bestimmte.

te Vertragsrecht auf ganzen 31 Seiten, von denen weniger als zweieinhalb unserem Thema gewidmet sind¹⁵.

Es zeigt sich bei *consideration*, was bereits bei *frustration* beobachtet wurde: Die ersten und wegweisenden Judikate, welche in heutiger Deutung die Rechtsregel begründeten und als *leading cases* die weitere Entwicklung bestimmten, argumentierten anders und verwendeten insbesondere nicht die in der Folgezeit normativ-wegweisend werdenden Termini.

In Vertragslehrbüchern wird gemeinhin als erster einschlägiger Entscheid zu *consideration Pinnel's Case* genannt¹⁶. *Pinnel* hatte gegen *Cole* erhoben eine *Action of Debt on a Bond* auf Zahlung von 8 £ 10sh an Martini (11.11) 1600, obwohl er am 1. Oktober gleichen Jahres den Betrag von 5 £ 2sh und 2d erhalten und sich als damit für seine volle Forderung befriedigt erklärt hatte. Vorerst wird festgehalten, dass „*payment of a lesser sum on the day in satisfaction of a greater, cannot be any satisfaction for the whole... but the gift of a horse, hawk, or robe &c. in satisfaction is good. For it shall be intended that a horse, hawk, or robe &c might be more beneficial... than the money...*“, dann aber statuiert: „*in the case at bar it was resolved, that the payment and acceptance of parcel before the day in satisfaction of the whole, would be good satisfaction in regard of circumstances of time; for peradventure parcel of it before the day would be more beneficial to him (sc. dem Gläubiger) than the whole at the day...*“.

Die Qualifikation dieser Entscheidung als *leading case* der *doctrine of consideration* ist offenbar veranlasst durch die zitierten einleitenden Ausführungen, die mit dem Anspruch auftreten, die damalige Praxis zusammenzufassen. Dies ist um so auffälliger, als sie nicht mehr als entbehrliche *obiter dicta* sind¹⁷. Der Terminus *consideration* wird nicht verwendet und auch nicht von Schuldverlassvertrag gesprochen, dessen Gültigkeit in Frage steht. Erörtert wird die zum Entscheid anstehende Frage: Befreiung von der Schuld ja oder nein? Es werden allein die zu beurteilenden Fakten und zusätzlich hypothetische Annahmen vorgestellt, dann die je an sie geknüpften Rechtsfolgen genannt, diese selber aber mit keinem Wort begründet. Schon gar nicht wird eine Theorie oder begriffliche Qualifikation der Vorgänge entwickelt. Dies ist auffällig und aussagekräftig, weil die Überlieferung von *Pinnel's Case* auf den Reports von Eduard Coke (1552–1634) beruht¹⁸. In anderen Fällen legt Coke gerne auch

15 Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 4 Bände, 1. Aufl. Oxford 1765–1769 (Reprint Chicago 1979) Bd. II (1766), *Of the Rights of Things*; Ch. 30 *Of Title by Gift, Grant, and Contract* (S. 440–470); zu *consideration* die S. 443 unten bis 446 oben.

16 *Pinnel's Case* [1600] E.R. 77 S. 237f., oder Eduard Coke, Reports, part 5, fol. 117.

17 In *Pinnel's Case* wurde wegen eines prozessualen Fehlers des Beklagten die Klage gutgeheißen, dies ungeachtet der an sich gegebenen Voraussetzungen der Schuldbefreiung. Bestätigung der *Pinnel's Case* entnommenen Regel besonders in *Foakes v. Beer* [1884] 9 App.Cas. 605 oder All E.R 106.

18 Coke (Fn. 16). Von dort auch die obigen Zitate.

die rechtlichen Gründe der Entscheidungen dar oder versieht diese gar mit persönlichem Kommentar¹⁹. Der hier vorliegende minimalisierte und unkommentierte Rapport des Falles ist vielsagend: Wenn selbst der theoriegeneigte Coke keinen Anlass sah, eine Regel zu formulieren, war um das Jahr 1600 eine eigentliche *doctrine* bezüglich *consideration* oder doktrinelle Kontroverse zu diesem Thema noch in weiter Ferne. Die Gerichte orientierten sich allein an der nicht weiter reflektierten Regel, dass ein Schuldversprechen (hier entgeltend als Schulderlass) nur Geltung hat, wenn mit der Abgabe des Versprechens für den Versprechenden irgend ein Vorteil herauspringt²⁰.

2. *Pinnel's Case*

Zusammen mit vielen englischen Autoren wollen wir uns zum Erkennen des Kerns des *consideration*-Requisits an *Pinnel's Case* halten²¹. In kontinentaler Sicht geht es um die Geltung nicht eines Schuldvertrags, sondern eines *Verfügungsgeschäfts* (Schulderlass). Aber in der englischen Doktrin fließen Verfügung und Verpflichtung oft in eins zusammen und dürfen hier gleichgestellt werden.

Die von den Parteien gewollte bzw. von *Pinnel* zugestandene Rechtsfolge ist eine einseitige Schuldanerkennung bzw. hier ein Forderungsverzicht, der nur unter der Voraussetzung eines kompensatorischen Vorteils zugunsten des Beschwerden Wirksamkeit erlangt. Als Beispiele derartiger Vorteile werden genannt *the gift of a horse, hawk ore robe &c*²², und bezogen auf den *case at bar* heisst es, dass dieser Gegenvorteil auch in der Vorverlegung der Leistung, d. h. in Zahlung vor Fälligkeit liegen kann, weil dies für den Gläubiger vorteil-

19 Zum Stil von Coke's Reports J.H. Baker (Fn. 60) S. 210: *He added ... of his own comment ... , often working into one report of his own notes from earlier cases, and not distiguishing ... his own views from those he was reporting*. Sodann: *...the correctness of the doctrine reported was more important than the historical precision of the report*. Weiterhin ders. *The Legal Profession and the Common Law – Historical Essays*, 1986, Kap. 12 (S. 177–204) *Coke's Notebooks and the Sources of his Reports* (bes. S. 194 und Anm. 93 mit dem Hinweis, dass Coke mit *Pinnel's Case* im Ergebnis nicht einverstanden war).

20 Selbst später, als Berufung auf *consideration* geläufig wurde und bis heute hat die Judikatur Theorienbildung vermieden; so auch P.S.Atiyah, *Essays on Contract*, Oxford 1986, S. 181: *The truth is that the courts have never set out to create a doctrine of consideration*.

21 Weitere frühe Entscheidungen zum Thema werden vorgestellt bei C.H.S. Fifoot (Fn. 60), S. 415–443 und sodann bei J.H. Baker/S.F.C. Milsom, *Sources of English Legal History, Private Law to 1750*, London 1986, S. 482–505; H.G. Beale/Bishop/Furmston, *Contract, Cases and Materials*, 3rd. ed. London 1995, ch. 6 (*Consideration*) S. 93–166.

22 Offen bleibt in diesem Beispiel, ob Pferd, Falke oder Gewandung Zusatzleistungen zu einer Teilleistung sind oder die Leistung insgesamt ausmachen. Für die Theorie der *consideration* führen beide Aussagen zum gleichen Ergebnis. NOTA: *gift* heißt hier nicht Schenkung, sondern *Geben* einer Sache.

haft sein kann. Ergänzend dazu folgt der Hinweis, dass auf den Wert des Gegenvorteils nichts ankomme (*the value of the satisfaction is not material*) und daher die Tilgung einer in Westminster zahlbaren Schuld von 10 £ durch eine Leistung von 5 £ in York wirksam sein würde. Die Offenheit der Umschreibung dieses vorausgesetzten Gegenvorteils ist beachtenswert, wurde dieser doch damals wie auch heute noch gerne als *quid pro quo* umschrieben²³, welche Formel (früher wohl mehr als heute) einen Sachbezug indiziert. Dieser scheint in *Pinnet's Case* gelockert; nicht bloss Hingabe von Pferd, Falke oder Rock würde genügen, sondern schon Erbringung der (als solche ungenügenden) Zahlung zeitlich vorverlegt oder ausgerichtet an anderem Ort.

Die Sicht des Gerichts ist ganz auf die Person des Versprechenden bzw. Verzichtenden ausgerichtet, und der Begünstigte (hier der Teilerlass erlangende Schuldner) bleibt außerhalb der Betrachtung. Dass dieser ebenfalls einverstanden ist, wird als selbstverständlich vorausgesetzt (ohne sein Tun, freiwillig früher oder andernorts zu zahlen oder gar eine nicht geschuldete Sache zu leisten, würde die zu entscheidende Frage gar nicht aufkommen). Aber niemand denkt daran, das Einverständnis der Parteien bei der Abwicklung (*in casu* die Teilzahlung mit Tilgung der Gesamtschuld) als *consensus ad idem* oder gar als Vertrag zu deuten: Im Blickfeld steht allein die einseitige Erklärung des sich Verpflichtenden bzw. Verzichtenden und die an sie geknüpften Rechtsfolgen (dazu mehr unten Zif. V).

3. Traditionelle Sachbezogenheit der Schuldverträge und Ablehnung unentgeltlicher Geschäfte

Das *quid pro quo*-Erfordernis wurzelt in bis in die Vorzeit zurückreichenden rechtlichen Überlieferungen. In der Frühzeit gab es keine verbale Begründung von Pflichten oder Rechtsverzicht, und mündliche Erklärungen konnten allein keine obligatorischen Wirkungen auslösen. Sie erlangen erst Bedeutung durch zusätzliche Elemente (Formalakte oder Sachhingabe, diese substantiell oder wenigstens symbolisch).

a) Sachübergabe als Gültigkeitsvoraussetzung

Der Möglichkeit der Begründung schuldrechtlicher Pflichten geht zeitlich weit voraus das, was wir heute sachenrechtliche Verfügungen nennen (Sachübergabe, Sachüberlassung auf Zeit, später auch Pfandbestellung). Die Durchsetzbarkeit rein konsensualer obligatorischer Abmachungen begegnete lange großem Widerstand; gefordert war zusätzlich ein *Sachbezug*. Die bei Vertragsschluss zu erbringende Sachleistung mochte zu einer symbolischen Leistung schrumpfen (*arra*²⁴), blieb aber unentbehrlich. Dies ist für das rö-

23 So etwa schon Christopher Saint-German, *Doctor and Student* (1531); dazu Baker/Milsom (Fn. 21) S. 483.

24 Auch in *römischer Tradition* ist die aus dem Orient und Griechenland stammende *arra* fest verankert (Inst. 3, 23 pr.; Dig. 18, 1, 35 pr.; Cod. 4, 21, 17). Zweierlei Deu-

mische Recht²⁵ wie auch für die germanische einschließlich der angelsächsischen Überlieferung²⁶ dokumentiert. Für das England unter den Normannen demonstriert Ähnliches das ehrwürdigste und älteste der dort nicht zahlreichen juristischen Bücher: Glanvill (zwischen 1110–1190) schrieb zwar ein halbes Jahrtausend vor Aufkommen des *consideration*-Terminus, stellte jedoch einen allgemeinen Grundsatz heraus, der später ein massgebliches Element der *consideration* ausmachen wird: *Perficitur autem emptio et venditio cum effectu ex quo de pretio inter contrahentes convenit, ita tamen quod secuta fuerit rei emptae et venditae traditio, vel quod pretium fuerit solutum totum sive pars, vel saltem quod arrhae inde fuerint datae et receptae*²⁷. Demnach wird für den Kaufvertrag festgestellt, dass der Vertragskonsens der Parteien als solcher keine obligatorische Wirkung auslöst, vielmehr eine solche erst eintritt, wenn eine Sachleistung erfolgt: Preiszahlungspflicht erst nach Sachübergabe, Sachleistungspflicht erst nach Kaufpreiszahlung (hier genügend auch ein

tung ist fallweise möglich: An- oder Draufgeld zur Sicherung der Abwicklung eines bereits geschlossenen Vertrages oder aber des Abschlusses eines noch nicht bestehenden, erst künftig zu perfektionierenden Vertrages. In letzterem Sinn wird *arrha* auch zum Reugeld, dessen Geber sich durch Verzicht, deren Empfänger sich durch deren doppelte Rückgabe aus vom Vertrag lösen kann. Dies schon die Lösung des Kodex Hamurabi für den vorausgeleisteten Brautpreis, der bei Rücktritt des Bräutigams dem Brautvater verfällt, bei Gesinnungswandels des letzteren aber von diesem doppelt zurückerstattet werden muss; Kodex Hamurabi §§ 159 und 160 (hier zit. Wilhelm Eilers, Die Gesetzesstele Chamurabis, Leipzig 1933, S. 38). Heute wird Reugeld zwar nicht vermutet (CH/OR 158/I; BGB § 336/II), bei Verabredung jedoch durch das Rücktrittsrecht des Empfängers ergänzt (so CH/OR Art. 158/III).

- 25 Die Eigentumsübertragung an Grundstücken und Großvieh durch *mancipatio* (symbolisches Zuwägen von Erz als Gegenleistung, unter Beizug des Waagehalters und mindestens fünf Zeugen), sodann die *in iure cessio* als Übertragung irgend welcher Rechte in einem Scheinprozess. Schließlich die bis heute als Vorbild der abstrakten Schuldanerkennung dienenden *stipulatio* als formale Wechselrede zur Begründung irgend welcher Pflichten.
- 26 Vgl. dazu Pollock & Maitland, *The History of English Law*, (Bd. I und II, 1. Aufl. 1895, hier zit. 2. Aufl. von 1898, Neuausgabe mit *Introduction* in Bd. I und hgg. von S.F.C. Milsom, Cambridge 1968), Bd. I S. 56 ff., und Bd. II S. 212 ff. mit dortigem Hinweis auf Andreas Heusler, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, Leipzig 1885/6, Bd. 1 S. 76 ff. Bd. II S. 227 ff. Dazu veranschaulichende Hinweise bei Pierre Engel, *Epingles, Donatifs et douceurs, ou de l'art des arrhes au nectar des pots-de-vin*; in *Mélanges Jean-Pierre Sortais*.
- 27 Ranulf de Glanvill in X, 14 *de emptione et venditione*, zit. aus „The treatise on the laws and customs of the realm of England commonly called Glanvill“, ed. by G.D.G. Hall, London (Nelson) 1965 (S. 129), mit englischer Übersetzung von Hall (die Schreibweise der übernommenen lateinischen Zitate ist hier dem Kanon angepasst). Sinngemäß wird gesagt: Ein Kaufvertrag kommt zustande mit Einigung der Parteien über den Preis, allerdings vorausgesetzt, dass Sachübergabe erfolgt oder aber der Preis ganz oder teilweise bezahlt oder wenigstens eine *arrha* (An- oder Draufgeld, engl. *earnest*) geleistet worden ist.

bloßer Bruchteil oder Symbol: *arrha*). Das für den Kauf gesagte gilt wohl darüber hinaus und allgemein: Ohne Erfüllungshandlung oder sonstige Sachleistung seitens der einen oder der anderen Partei keine Bindungswirkung verbaler Erklärungen.

Noch ein weiteres Zitat von diesem Autor. Glanvill verwirft die römische *periculum est emptoris*-Regel²⁸: Beim Kauf (d. h. nach Abschluss des Kaufvertrages) liegt die Gefahr der Sache nicht beim Käufer, sondern bei jener Partei, die sie in Händen hält!²⁹ Darin darf ein weiteres Indiz relativer Bedeutungslosigkeit des konsensualen Vorgangs des Vertragsschlusses im 12. Jahrhundert erblickt werden. Die beiden entgegengesetzten Regeln (sc. Übergang von Gefahr als Folge der Sachzuordnung entweder mit Vertragsschluss oder aber mit Sachübertragung) sind in der Sicht des Schreibenden beide je auf ihre Weise die Folge atavistischer Sachbezogenheit des Kaufvertrags und schuldrechtlicher Verträge überhaupt³⁰.

Bracton³¹ bestätigt das von Glanvill Gesagte. Er stellt die *donatio* als besonders wichtigen Eigentumserwerbsgrund vor (S. 49) und stellt fest, dass diese nicht gültig werde vor Besitzübergabe (*antequam donatarius plenam habuerit*

28 Glanvill Buch X (Abschnitt 14, letzter Absatz) lautet: *Periculum autem rei emptae et venditae illum generaliter respicit qui eam tenet, nisi aliter convenerit*: Wenn nicht anders vereinbart, liegt die Gefahr bei der Partei, bei der sich die Sache bei Risikoeintritt befindet – die vernünftigste aller denkbaren Regelungen! Keine Gefahrtragung des Käufers, wie dies in der römischen Tradition und im Ergebnis heute noch im französischen CC und vielen ihm in diesem Punkt nachfolgenden Kodifikationen (so auch das schweizerische Zivilgesetzbuch) der Fall ist. Dazu Bucher, in ZEuP, 1998 S. 615 ff., für die Schweiz S. 664f. [www.eugenbucher.ch Nr. 69].

29 Heute geht in England mit Vertragsschluss (*sale*) auch ohne Sachübergabe das Eigentum und damit die Gefahr auf den Käufer über (im praktischen Ergebnis entsprechend der Lösung des F/CC); anders nur, wenn die Parteien auf ein *agreement to sell* (d. i. ein obligatorischer Vorvertrag verpflichtend zur Vornahme der eigentumsübertragenden *sale*) ausweichen. Der Rückfall in das Verständnis von *sale* als eines sachenrechtlichen Übereignungsaktes ist gegenüber den Zeiten Glanvills (der hier eher angestammte angelsächsische Überlieferung als neue normannische Regelung schildert) ein Rückschritt.

30 Weil Konsens allein nichts gilt, wird in Rom zur Herstellung der Vertragsbindung bei der *emptio venditio* ein Quasi-Übergang des Eigentums fingiert, welchem Eigentum die Gefahr folgt. Umgekehrt verzichtet Glanvill auf derartige Fiktion und bleibt bei der Regel (bei bloss konsensualem Vertragsschluss keine Vertragswirkung und kein Übergang der Sachzuordnung, weshalb auch kein Übergang der Gefahr). – Nebenbei: Die römische *periculum emptoris*-Regel ist nicht nur in genanntem Sinn konzeptuell bedingt, sondern war auch von der Sache her gerechtfertigt: Der römische Kauf ist der *Marktkauf*, und auf dem Markt ist der Aufschub der Abwicklung und damit das Aufkommen der Gefahr so gut wie immer vom Käufer veranlasst (meist weil zu sofortiger Sachübernahme ihm das Geld fehlt). Dem Käufer die von ihm veranlassten Gefahren anzulasten war sehr wohl gerechtfertigt.

31 Henry de Bracton (ca. 1210–1268), *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*. Hier zit. Ausgabe von Woodbine, mit engl. Übersetzung von Samuel E. Thorne, Bd. II (Harvard 1968).

possessionem; S. 121). Für den Kauf hält er fest, dass dieser durch genaue Festlegung von Kaufgegenstand und Preis zustande komme, vorausgesetzt, dass der Verkäufer irgend etwas als *arra* (sic) erhalten habe. Schriftlichkeit des Vertrages ersetzt *arra* oder Sachübergabe³². Ist *traditio* erfolgt, kann die Kaufsache nicht mehr zurückgefordert werden, bleibe der Preis auch ganz oder teilweise unbezahlt³³. Die Gefahrtragung sieht Bracton wie Glanvill und geht wie dieser von der römischen *periculum emptoris*-Regel ab³⁴.

Die Zitate zeigen, in welchem Maß die Entstehung von Obligationen sachbezogen war und deren Verbindlichkeit von einem Sachbezug abhing. Was dazu führt, dass die obligatorische Wirkung eines *promise* nur eintritt, wenn der Versprechensempfänger seinerseits eine Sache übergibt, sei dies *in natura* oder wenigstens mittelbar durch ein sachbezogenes Leistungsversprechen. Diese hier in groben Strichen angedeutete Überlieferung ist Hintergrund des Entstehens des *consideration*-Erfordernisses.

b) Dingliche und obligatorische Ansprüche nicht streng unterschieden

Die auf dem Kontinent selbstverständliche und alle Bereiche beherrschende Unterscheidung der dinglichen und persönlichen Ansprüche besteht im englischen Rechtsdenken nur ansatzweise, und die Trennung der sachen- und obligationenrechtlichen Beziehungen wird dort nicht konsequent durchgeführt. So schließt der Begriff *Eigentum* (*property*) auch Forderungen ein, die dann zu *choses in action* bzw. *things in action* werden³⁵. Diese Besonderheit hat zwei Wurzeln. Im Positiven ist es das Weiterleben altgermanischer Vorstellungen: Sachzuordnung gewährleistet durch die *Gewere* als geschütztes Besitzen, welche auch die Funktion der Eigentumszuordnung erfüllte³⁶. Im Negativen erklärt sich die heutige Sicht aus dem weit gehenden und hier besonders deut-

32 Zu *donatio* S. 49 (Bedeutung im allg.) und S. 121 (Erfordernis der Besitzübertragung); zu *emptio venditio* S. 182: *arra*-Hingabe wird nicht nur als Gültigkeitsvoraussetzung des Kaufs präsentiert, sondern als Beweis (*quod arrarum nomine datum est, argumentum est emptionis et venditionis contractae*). Das wird noch illustriert: *Et cum arrae non intervenerit vel scriptura, neque traditio fuerit subsecuta, locus erit paenitentiae et impune recedere possunt contrahentes a contractu* - Wenn weder *arra* noch Schriftvertrag oder nachträgliche Sachübergabe, kann jede Partei ungestraft vom Vertrag abgehen.

33 (S. 182): *Sed si traditio subsecuta, perfecta erit emptio et venditio, nec poterit postea aliquis contrahentium a contractu resilire praetextu pretii non soluti in parte vel in toto*.

34 (S. 183): *Cum emptio et venditio contracta fuerit ... periculum rei emptae et venditae illum generaliter respicit qui eam tenet...*

35 Etwa *Law of Property Act, 1925, sec.136* zur Forderungsabtretung („*assignment ... of any debt or other legal thing in action ...*“).

36 Die Klage des Entwehrten auf Rückerlangung entzogener *Gewere* durch Nachweis besserer Berechtigung wurde als dynamischer Vorgang verstanden und nicht grundsätzlich von den (in aller Regel ebenfalls auf Sachleistung gerichteten) Forderungsklagen unterschieden.

lich werdenden Fehlen der Rezeption des römischen Rechts (hier des römischen Prozesses³⁷), dem die kontinentale Tradition die konsequente Unterscheidung der beiden Anspruchstypen verdankt. In diesem Punkt lässt sich Abwesenheit römischen Einflusses bereits bei Bracton feststellen. Er gilt zwar auch als Vermittler römischen Rechts in England, weicht aber oft von diesem ab zugunsten germanischer Vorstellungen. In seiner weit ausholenden Darstellung der römischen Aktionen spielt er den Gegensatz der beiden Klagentypen herunter, indem er bei „Herkunft“ der Klagen nur obligatorische Rechte nennt, während dingliche Klagen allein weiter hinten bei der Klage-Einteilung Erwähnung finden. Im Übrigen führt er neu sog. *actiones mixtae* ein, die dem römischen Recht fremd sind³⁸.

c) Schenkungen fordern Gegenleistung

Unentgeltlichen Zuwendungen wurde und wird in allen Rechtsordnungen mit Zurückhaltung begegnet. In germanischer Überlieferung musste nicht nur die eine, sondern beide Parteien eine Sachleistung erbracht haben oder sie wenigstens versprechen, damit eine vollgültige Schenkung zustande kam und der Beschenkte Eigentum erwarb. Dies galt selbst für vollzogene Handschenkungen und erst recht für Schenkungsverpflichtungen³⁹. Derartiges germanisches

37 Die Unterscheidung dinglicher und persönlicher Klagen stammt aus dem römischen Prozess und war dort sachlogisch gefordert bei der Sanktionierung des sich nicht auf den Prozess einlassenden Beklagten: Während bei *actiones in rem* ihm nur gerade die eingeklagte Sache weggenommen werden durfte, drohte ihm bei einer *actio in personam* Vollstreckung in das gesamte Vermögen (die dem *indefensus* drohende *missio in bona*).

38 Vgl. Bracton (Fn. 31) *De Actionibus*, S. 282–326. Im Abschnitt *Unde actio oritur* (S. 288) wird eingangs die *obligatio* als *mater actionum* bezeichnet, und die Herkunft der Obligationen erklärt als erfolgend *ex contractu vel quasi* und *ex maleficio vel quasi*. Dingliche Klagen erscheinen im Abschnitt *De prima divisione actionum* (S. 290). Die (nicht römische, aber sinnvolle) Kategorie der *actiones mixtae* wird S. 293 behandelt, darunter vorab Teilungsklagen (Nachlass, aber auch Grenzstreitigkeiten); ihre Besonderheit ist, dass beide Parteien gleichzeitig in Kläger- und Beklagtenrolle stehen. In der *prima divisio actionum* spiegelt sich das Corpus Iuris Iustinianus (Inst. 3, 13, 2; Dig. 44, 7 und Cod. 4, 10); die Formel der *obligatio mater actionum* findet sich erstmals (wenn auch bloss beiläufig) bei Azo († 1230?), *Summa*, zu Inst. 3, 13 (*de obligationibus*); sie war Bracton bekannt, der bei Azo in Bologna studiert haben soll (auf dem Kontinent wird sie ebenfalls zu einem geläufigen Topos).

39 Vgl. etwa R. Schröder/E. Frh. v. Künssberg, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 6. Aufl. 1922, § 35 bes. bei Fn. 35 ff.; H. Mitteis/Lieberich, *Deutsches Privatrecht*, 9. Aufl. 1981, Kap. 40/II,3: „Der Kauf wurde zum Typus des entgeltlichen Geschäfts schlechthin und die Entgeltlichkeit zum Grundprinzip des Schuldrechts; die Schenkung blieb lange unbekannt.“, oder Kap. 49/I,1,1: „... jede Gabe musste durch eine Gegengabe gelohnt werden, um bindend zu werden. Nach langobardischem Recht bedurfte es eines, wenn auch nur geringwertigen, Lohngeldes, das der *arrha* entsprach. In anderen Rechten ließ man Dienst genügen ...“. Und noch ein-

Brauchtum hat sich im vornormannischen England ebenfalls erhalten; es gehört zum Hintergrund des Aufkommens des Erfordernisses von *consideration*.

d) Konsensuales Element sachbezogener Verfügungen

Die in ihrer Bedeutung beschriebenen *sachbezogenen Verfügungen* haben ein *konsensuales Element*. Nicht nur Hingeben, sondern auch das Entgegennehmen einer Sache setzt Einverständnis voraus. Die über weite Strecken vorherrschende Deutung der rechtsverändernden Vorgänge als einseitige Verfügungsakte des Veräußernden ist auf das Problembelastet-Wesentliche ausgerichtet, unterdrückt aber das ebenfalls bedeutsame Problemlose, d.h. die selbstverständliche und zu vermutende Zustimmung des Empfängers. Die Historikern schildern die allenthalben in der Vergangenheit bestehenden Notwendigkeiten von (oft bloss symbolischen) Sachübergaben als Voraussetzung irgend welcher Rechtswirkungen, wobei diese als einseitige Dispositionen der sachleistenden Partei vorgestellte Akte werden. Der Modernrechtler neigt demgegenüber zu funktionaler Deutung und versteht sie *konsensual*, als greif- und sichtbar gemachte Erklärung von *Zustimmung*: Wenn der Beschenkte, um Eigentum am Empfangenen zu erhalten, eine symbolische Gegengabe erbringen muss, ist die Gegengabe nicht in ihrem Sachwert bedeutsam, sondern sie soll das Einverständnis des Beschenkten mit dem Erwerb und seinen Willen des dauernden Behaltens sichtbar zum Ausdruck bringen, ebenso wie die verschiedenen möglichen Sinngehalte der Hingabe einer *arrha* in jedem Fall Zustimmung und darüber hinaus vielleicht auch ein Schuldversprechen augenfällig machen sollen.

Nach derartigem Muster kann in der Gegenwart selbst auch *consideration* gedeutet werden, die meist eine willentliche Geste des Versprechensbegünstigten voraussetzt: Geboren aus der Unmöglichkeit verbindlicher konsensualer Pflichtbegründung und zuerst Anlass, dem Gegner die Möglichkeit der quasidektischen Pflichtbegründung zu geben, ist sie heute auch Ausdruck des Einverständnisses, dem gegenüberstehenden Partner selber ebenfalls eine Leistung zu erbringen, was im Ergebnis das ist, was es von jeher hätte sein wollen, ein konsensuales, vertragliches Verhältnis.

4. Entstehung einer *doctrine* der *consideration*

Das Wirken eines Rechtsgrundsatzes und dessen theoretische Erfassung sind zweierlei. Der Sache nach „galt“ das *consideration*-Requisit seit der Frühzeit⁴⁰; als Rechtsbegriff betritt es erst viel später die Bühne. Die Sache war um

mal Kap. 40/II,3: „Daran hat das engl. Recht festgehalten, das stets ein Äquivalent irgendwelcher Art (*consideration*) verlangt.“

40 Dies sehen auch die englischen Autoren des 19. Jahrhunderts so, erklären sie doch übereinstimmend, dass das *consideration*-Requisit in England seit je gegolten habe (sie folgen dabei Blackstone, vgl. unten bei Fn. 46). Josph Chitty jun., *Practical*

1600 bereits fest etabliert, aber die Bezeichnung wurde von Coke nicht verwendet und war für seine Zeitgenossen noch nicht ein Terminus technikus⁴¹. Zwar gibt es das Wort *consideration* gebrauchende Entscheidungen, die weiter zurückreichen, aber die Verwendung scheint mindestens im 16. Jahrhundert bloss beiläufig zu sein und nicht den Sinn eines rechtstechnischen Begriffs zu haben⁴². Seine Verwendung war zur Zeit von Viner's Abridgment (ca. 1743) geläufig, wenn auch die Verbreitung noch keinen großen Umfang hatte⁴³, und die Entstehung einer eigentlichen *doctrine* dieses Instituts liess bis ins 19. Jahrhundert auf sich warten. Bedeutung und Tragweite des Worts *consideration* werden (vielleicht erstmals) umschrieben von Wyndham Beawes⁴⁴. Er eröffnet das Kapitel *Of Contracts, Bonds, and Promissory Notes* (S. 439) mit folgender Grundsatzerklärung zum Wesen der Verträge:

„A Contract (in *Latin*, *Contractus*) is a Covenant, or Agreement between two or more Persons, with a lawful Consideration or Causes, as when a Man makes the Sale of any Thing to another, for a Sum of Money, or covenants, in Consideration of Fifty Pounds, to make him a Lease of a Farm, & c. These are good Contracts, because there is a *Quid pro Quo*, or one Thing for another; but if a Person promises me Twenty Shillings, and that he will be Debtor to me

Treatise on the Law of Contracts, Auflage 5 (1853), bearbeitet von John A. Russel (S. 25): „*such consideration must exist. ..., otherwise, the promise is void.*“, und sodann: „*The earliest records of our law show that this maxim was always recognised in this country*“ (folgt *Anm. lit.f*, mit Hinweisen auf Entscheidungen zu Zeiten von Henry IV [1399–1413], Henry VI [1422–1461] und Edward IV [1461–1483]), um dann weiterzufahren: „*But it is a principle not peculiar to English law. It obtained, generally speaking, in the civil law; and indeed, we have borrowed from the Roman jurists the term nudum pactum, as applied to promises without consideration.*“ Folgt Hinweis (mit Zitat) auf das Erfordernis der *cause* gemäß französischem CC Art. 1131. Ähnlich wie Chitty auch Addison (Fn. 50; S. 3f.). – Die Zusatzbehauptung eines Zusammenhangs mit römischrechtlicher und nachfolgender kontinentaler (insbesondere französischer) Tradition entbehrt jeder Grundlage. Die Rechtsentwicklung in England verlief in diesem Punkt autonom und ohne Einflüsse vom Kontinent.

41 Zu *Pinnel's Case* oben bei Fn. 19.

42 Vgl. die Entscheidungen zusammengestellt von J.H. Baker, *The Legal Profession and the Common Law*, 1986, 371 ff., und Baker/Milsom (Fn. 21) S. 482–506, welche die Abläufe vor 1600 dokumentieren. In dieser Zeit wird die *consideration*-Regel der Sache nach praktiziert, ohne den Terminus in technisch-normativem Sinn zu gebrauchen. Als erster, für den Letzteres gelten kann, ist für den Schreibenden der von Baker/Milsom S. 504/5 genannte Entscheid *Hodge v. Vavasour* (1616). Der von Simpson (Fn. 60) S. 318 als erster vorgestellte Fall *Newman v. Gylbert* (1549) verwendet *consideration* in der Sicht des Schreibenden noch keineswegs im technischen Sinne.

43 Dazu oben bei Fn. 14.

44 Wyndham Beawes, *Merchant's Directory, being a Complete Guide to all Men in Business*; 1751 (hier zit. 4. Aufl. London 1783, hgg. von Thomas Mortimer). Letzte Auflage 1813, hgg. von Joseph Chitty.

for it, and after, when I demand Completion of his Promise, he refuses me, I cannot have any Action for its Recovery, because this Promise was no Contract, but a bare Promise, or *Nudum Pactum*, though if any Thing had been given for the Twenty Shillings, even to the Value of a Penny, then it had been a good Contract. Every Contract doth imply in itself, an *Assumpsit* in Law for its Performance; for a Contract would be to no Purpose, if there were not Means to enforce the Performance thereof.“⁴⁵

Die 15 Jahre nach der Erstauflage von Beawes erschienenen *Commentaries* von Blackstone⁴⁶ behandeln Verträge insgesamt sehr knapp und gehen auf den *consideration* gewidmeten zweieinhalb Seiten in der Sache kaum über den zitierten Text des Vorgängers hinaus. Anders als dieser stellt Blackstone die nicht haltbare Behauptung eines Einflusses der *civilians* auf, die dafür halten würden, *that in all contracts, either express or implied, there must be something given in exchange, something that is mutual or reciprocal* (wird erläutert durch Hinweis auf die römische Formeln des *do ut des* und des *facio ut facias* und deren Überkreuzungen) und schliesslich gefolgert: „*therefore our law has adopted the maxim of the civil law, that ex nudo pacto non oritur actio. But any degree of reciprocity will prevent the pact from being nude.*“ – Auffällig ist, dass Blackstone noch die Auffassung vertritt, dass Formalgeschäfte (insbes. *deed*) nicht vom *consideration*-Erfordernis befreie: Nach ihm dürfen diese nicht wucherisch sein und müssen gar durch qualifizierte *consideration* gerechtfertigt werden, d. h. solche, die entweder *good* oder *valuable* ist (das erste „blutsbedingte“, das zweite „wertbedingte“ *consideration*, d. h. *equivalent* seiend)⁴⁷.

Für die USA ist hinzuweisen auf die *Commentaries on American Law* von James Kent (1763–1847), die äusserlich den *Commentaries* von Blackstone in vielem nachfolgen, sich aber teilweise über ihr Vorbild erheben, gut dokumentiert sind und erstaunlichen Weitblick des Autors verraten. *Consideration* wird im Vertragsrecht (im Zusammenhang der Schenkung) knapp behandelt und bei Grundeigentum (zu *deed* als Mittel der Eigentumsübertragung) noch einmal kurz aufgenommen; zentrale Bedeutung wird der Figur nicht zuerkannt⁴⁸.

45 Zu Beawes Hinweise bei W.S.Holdsworth, *Sources and Literature of English Law*, Oxford 1925, S. 210, 213, der die Bedeutung der Publikation und deren Abstützung auf die Gerichtspraxis bestätigt. – Im Zitat verdient Beachtung die nebenbei erfolgende Erwähnung von *causes* als mit *consideration* gleichbedeutend, von *nudum pactum* die unwirksame, da *consideration*-lose Vereinbarung umschreibend und schliesslich von *assumpsit* als Instrument der Durchsetzung von Verträgen.

46 William Blackstone (Fn. 15), Bd. II, S. 443–446.

47 Blackstone (Fn. 15; S. 296/7). Diese seit langem verlassene Auffassung wurde noch aufgenommen von Chitty, 5. Auflage 1853 (Anm. 5) S. 26 mit Verweisung auf Blackstone). Kein entsprechender Hinweis dagegen bei Beawes (Fn. 44). Addison (Fn. 50) erklärt S. 46 ff., dass bei *deeds* gefordert sei *consideration* auf der Ebene von Equity (mit historischen Hinweisen).

48 James Kent, *Commentaries on American Law*, 4 Vol. New York 1826–1830, hier zit. Reprint Buffalo 1984. In Bd. II S. 353, 364–367 zu Schenkung und Kauf, sodann in Bd. IV S. 453–455 zu *deed* im Zusammenhang von Eigentumsübertragung. Kent

Im 19. Jahrhundert findet sich weder in England noch den USA einlässliche historische Untersuchung noch monographische Behandlung der *consideration*; das Feld bleibt den zahlreichen neu aufkommenden, umfangreichen Vertragslehrbüchern überlassen, die im Ergebnis über die Forderung der Auszahlung einer Gegenleistung zu einem abgegebenen Leistungsversprechen nicht weit hinauskommen⁴⁹. Addison, der Autor eines besonders voluminösen Werks, behandelt die Figur bloss beiläufig⁵⁰; noch viel knapper ist die Erwähnung in Stephen's *Commentaries*⁵¹.

5. Exkurs: *consideration und causa*

Neben Beawes und Blackstone wird *consideration* seit langem und von vielen in Verbindung gebracht mit *causa* des römischen Rechts und der *cause* des französischen *Code Civil*. Menschliches Denken ist kausal ausgerichtet und fragt daher bei dem vor ihm Stehenden nach den Gründen dessen Daseins und seinen möglichen künftigen Auswirkungen: Kein Wunder, dass es die Denker beschäftigt⁵². Kausa- und Rechtsgrundlehren können indessen zum Verständnis von *consideration* kaum etwas beitragen. Vorweg ist zu erinnern an die der

glaubt Blackstone, wenn er (Bd. II S. 364) sagt, *This maxim of the common law was taken from the civil law, in which the doctrine of consideration is treated with an air of scholastic subtlety* (mit Hinweis auf Blackstone und dessen Erwähnung von *do ut des, do ut facias* etc.). Zu beachten aber, dass er u. a. auch bereits festhält, dass *consideration* nicht unmoralisch, widerrechtlich o. dgl. sein dürfe (damit etwas neue Entwicklungen vorwegnehmend; dazu unten Zif. VII/3/a).

- 49 So etwa Chitty (Fn. 5): „*sufficient consideration or recompense for making ... the promise upon which a party is charged*„ (S. 24/25); textgleich auch noch 13. Aufl. bearbeitet von J.M. Lely, 1896. Oder William R. Anson, *Principles of the English Law of Contracts*, 7. Aufl. 1893 (letzte von Anson selber bearbeitet) S. 73: „*Consideration therefore is something done ... by the promisee in respect of the promise. It must necessarily be in respect of the promise, since consideration gives to the promise a binding force.*“
- 50 Addison on the Law of Contracts; 1st. ed. 1847; hier zit. 6th ed. by Lewis W. Cave, 1869 (mit 1161 Seiten wesentlich umfangreicher als damalige Auflagen von Chitty's Contracts). *Consideration* kommt kurz weg (vorab S. 3–10).
- 51 Henry John Stephen, *Commentaries on the Laws of England* (vier Bände) 1. Aufl. 1841 f., hier zit. 4. Aufl. 1858 (später unzählige weitere). Der Terminus *consideration* kommt nebenbei da und dort vor, wird aber nirgends systematisch behandelt. Der 83 Seiten umfassende *General Index* in Bd. 4 enthält zu *consideration* ganze vier Verweisungen.
- 52 Die Lehre von der *causa* in der Philosophie von der Scholastik bis hin zu Schopenhauer hat immer wieder punktuell auch Juristen beschäftigt, dies auf dem Kontinent wie auch in England. Zum Spätmittelalter und zur Scholastik (Thomas von Aquin) Hinweise bei Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*; 1. Aufl. 1990, Chap. 18/II, S. 549–560., ders. *Vertrag und Versprechen*, S. 468 in FS für A.Heldrich, München 2005. – Im 19. Jahrhundert etwa Arthur Schopenhauer, *Über die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grund* (Dissertation); 1813.

causa traditionell anhaftende Unbestimmtheit: Nicht umsonst mutierte der bereits in Rom verschwommene Terminus in den romanischen Sprachen zur Leerstellen-Bezeichnung von *Etwas – irgend eine Sache!*⁵³. Unter Juristen hat *causa* bzw. Rechtsgrund im Lauf zweier Jahrtausende gelegentlich Verwirrung und zweckloses Argumentieren veranlasst, zu mehr Klarheit aber nur selten verholfen.

Im *römischen Recht* wird *causa* allein deskriptiv verwendet und bezeichnet nicht weiter qualifizierte Ursachen bestimmter Rechtswirkungen⁵⁴ oder auch den Streitgegenstand (so etwa bei der Formel *causae cognitio*, der vorbehaltenen Sachprüfung bei *actiones in factum*). Im wichtigsten Anwendungsfall, dem Bereicherungsrecht, hat *causa* negativen Gehalt und dient zum Hinweis auf Zuwendungen, die wegen nicht verwirklichtem Anlass deren Vornahme (*causa*) kondiktionsweise rückgängig zu machen sind⁵⁵. – Art. 1108 des F/CC statuiert als Gültigkeitsvoraussetzung des Vertrages *une cause licite dans l'obligation* (und daneben auch ein *objet certain*), folgt damit aber nicht gefestigter französischer Tradition, sondern eher beiläufigen Formeln von Domat (1625–1696) und Pothier (1699–1772)⁵⁶. *Cause* ist das von jedem Partner verfolgte Vertragsziel, *objet* Inhalt deren Leistung. Aber Art. 1108 hat allein negativen Gehalt⁵⁷ und will Verträge mit sittenwidriger *cause* unwirksam machen, nicht aber positiv Vorhandensein guter *causa* als Gültigkeitsvoraussetzung statuieren. Nur ausnahmsweise kommen Entscheidungen vor, welche über das Gesagte hinausgehen und durch Behauptung des Fehlens einer *cause* einem Vertrag Geltung zu verweigern, damit Unbestimmtheit und Verfügbarkeit dieser Figur illustrierend⁵⁸.

53 Spanisch und Italienisch *cosa*, Portugiesisch *coisa*, Französisch *chose*.

54 Die *causa donationis* ist der nicht näher qualifizierte rechtliche Anlass des schenkweisen Eigentumsübergangs, und *causa* erscheint als Rechtfertigung des Eigentumsübergangs infolge einer ausserhalb des Kontraktssystems bleibenden Vereinbarung und damit als Anlass einer *actio in factum*.

55 Was erst in der Neuzeit in gelegentlicher vernunftrechtlicher Verfehlung zum Postulat wurde, dass jegliche Zuwendung, um rechtsbeständig zu sein, einer guten *causa* bedürfte. Noch heute die zu Fehldeutung einladende Formel von CH/OR Art. 62 Abs. 2: Insbesondere Kondiktion dann, „...wenn jemand ohne jeden gültigen Grund ...eine Zuwendung erhalten hat“.

56 Jean Domat, *Les Loix Civiles dans leur ordre naturel* (1. Aufl. 1689) I,1, 5 und 6; Robert-Joseph Pothier, *Traité des Obligations* (1. Aufl. 1761) N. 42 ff.

57 *Cause* kann nur negativen Sinn haben und Verträge mit rechtswidriger *cause* (*cause illicite*) ausschliessen. Schlechte *cause* hindert guten Vertrag; der Umkehrschluss der Forderung nach guter *cause* als Gültigkeitsvoraussetzung hat weder in Frankreich noch anderswo eine gesetzliche Grundlage und ist auch sinnlos: Normativ kann Gut nie etwas anderes bedeuten als Abwesenheit von Bösem.

58 Dazu ein eben in ZEuP (2005, S. 523–540, hier bes. 525 f.) erschienener Hinweis auf Cour de Cass. 202.1973/Rec. Dalloz Sirey 1974.32. Thomas Kadner illustriert dort die Notwendigkeit einer Vereinheitlichung des Vertragsrechts u.a. mit dem genannten Judikat: Eine ihren Arbeitsplatz aufgebende Arbeitnehmerin vereinbarte mit einer Interessentin, diese dem Arbeitgeber als Nachfolgerin zu empfehlen, was

Vielleicht bestehende frühere Parallelen von *causa* und *consideration* hätten bloss bescheidene Bedeutung gehabt. Es mag sein, dass im Rahmen der im kanonischen Recht teilweise zugestandenen Klagbarkeit von *pacta* und *promissiones* diese Wirkungen zeitweise an das Vorliegen einer billigenwertigen *causa* geknüpft wurde⁵⁹, welche damit eine etwas vergleichbare Funktion hatte, wie sie später dem *consideration*-Erfordernis zukommen sollte.

IV. Verfahrensrechtliche Wurzeln des *consideration*-Requits

Oben wurde das Heranwachsen des *consideration*-Erfordernisses geschildert, das *funktionelle Wirksamwerden* des Grundsatzes, dann das Auftauchen des *Terminus* und schließlich das Entstehen einer darauf bezogenen *doctrine*. Allein für den historisch Interessierten folgt hier ein kurzer Hinweis auf die diesen Abläufen vorangehenden Zeiten, wie sie uns in der maßgebenden historischen Literatur vorgestellt werden⁶⁰. Es geht um das *Verfahrensrecht* und die nur verdeckt und stockend sich durchsetzende Klagbarkeit vertraglicher Ansprüche mit Hilfe des *consideration*-Arguments.

1. Ausgangspunkt: Fehlende Klagbarkeit konsensual begründeter Ansprüche

a) Ausschluss der Vertragsklagen vor den Common Law-Gerichten

In England macht heute die Summe der ergangenen Gerichtsentscheidungen das geltende Recht aus. Am Anfang der Geschichte des englischen Ver-

denn auch Erfolg hatte. Die Abweisung der Klage auf die vereinbarte Entschädigung mit Hinweis auf fehlende *cause* hat keine Grundlage im Gesetz (bzw. bei Do-mat oder Pothier), denn von Sittenwidrigkeit kann keine Rede sein. Der Ausländer wird mit derartiger Entscheidung überrascht, vielleicht aber ebenso der Franzose. Die Parallele zu *consideration* ist offensichtlich, aber wahrscheinlich würden die englische Gerichte die geleistete (und überdies erfolgreiche) Empfehlung als hinreichende *consideration* gelten lassen.

59 Dazu Hinweise bei Stephan Meder, Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2005, 6/IV/2, S. 145 ff.

60 Folgende Werke wurden berücksichtigt: Pollock/Maitland, The History of English Law, Bd. II (1. Aufl. 1895, hier zit. 2. Aufl. von 1898, Ausgabe mit Zusätzen hgg. von S.F.C. Milsom, 1968), und William Holdsworth, A History of English Law, Bd. VIII (1. Aufl. 1925, hier zit. 2. Aufl. 1937), S. 1–48; weiterhin Harold Potter, An Historical Introduction to English Law etc., 1. Aufl. 1932, 4. Aufl. von A.K.R. Kiralfy 1958 (hier zit. Ausgabe 1970), Part one; C.H.S. Fifoot, History and Sources of the Common Law, Tort and Contract, 1949; G.C. Cheshire/C.H. Fifoot, Law of Contracts, 1. Aufl. 1945 und viele weitere (Part I – Historical Introduction); S.F.C. Milsom, Historical Foundations of the Common Law, Toronto 1981; J.H. Baker, Introduction to English Legal History, 4. Aufl. 2002; J.H. Baker/S.F.C. Milsom, Sources of English Legal History, Private Law to 1750, 1986; P.S. Atiyah, Introduction to the Law of Contract, 5. Aufl. 1995; ders. (Fn. 20) bes. S. 179 ff., no. 8, Consideration, a Restatement; A.W.B. Simpson, A History of the Common Law of Contract – The Rise of the Action of Assumpsit, Oxford 1987.

tragsrechts steht der Ausschluss der Verträge Privater von der Beurteilung durch das Königsgericht. Im prozessualen Umfeld ausgeschlossener Klagbarkeit vertragsbegründeter Forderungen war die Entwicklung des Vertragsrechts bis hinein in die Neuzeit beherrscht von der Aufgabe, entgegen dieser Regel Vertragsklagen zu erlangen. Der die Geschicke des englischen Vertragsrechts bestimmende Ausschluss von Vertragsklagen findet bereits bei Glanvill seine abschliessende Umschreibung:

Praedictos vero contractus qui ex privatorum consensu fiunt breviter transigimus, quia ut praedictum est privatas conventiones non solet curia domini regis tueri, et quidem de talibus contractibus qui quasi privatae conventiones censeari possunt se non intromittit curia domini regis.*⁶¹

Die Verweisung bei * bezieht sich auf Buch X, wo in der dem Verfahren gewidmeten Note 8 dargelegt ist, dass zu Sachhingabe (insbes. Pfandbestellung) verpflichtende Vereinbarungen vom Königsgericht nicht beurteilt würden. Dieser Regel steht in folgender Note 9 die andere gegenüber, dass Klagen auf Rückerstattung bestellter Pfänder sehr wohl zulässig seien (mit *Breve de summonendo creditore de vadio restituendo*; Klageformular des betr. Pfandrückgabe vorzuladenden Gläubigers⁶²). Diese beiden Textstellen zeigen die Leitplanken, welche über Jahrhunderte hin die Rechtsfortbildung einengten: Rechtsschutz ist auf dingliche Rechte ausgerichtet (Rückforderung von Pfändern oder ausgeliehenen Sachen), während obligatorischen Vertragsansprüchen auf Sachleistung vor den *common law*-Gerichten Klagbarkeit abgeht. Klagbar sind *dingliche Forderungen* auf Sachherausgabe, und von den obligatorischen Forderungen allein jene auf Ersatz von *Deliktsschaden*.

b) Historischer Hintergrund

Der historische Hintergrund des Ausschlusses der Vertragsklagen erfordert Klarstellung. Einerseits gilt: „Die Anfänge allen Schuldrechts liegen überhaupt nicht im Verkehrs-, sondern im Deliktsrecht“⁶³. Die von Glanvill beschriebene prozessuale Lage ließe sich damit in eine auch außerhalb Englands wirkende Tradition einfügen, und die Herausbildung der Vertragsklagen aus der deliktischen *assumpsit*-Klage wäre damit keine englische Besonderheit, sondern nur die dortige Variante von allenthalben anzutreffendem. Die Wirk-

61 Glanvill (Fn. 27), am Ende des den Obligationen gewidmeten Buches X, n. 18, *in fine*): „Die vorgenannten durch Konsens Privater begründeten Verträge sind nur in Kürze überflogen, da, wie oben* gesagt, das Gericht des Königs sie nicht zu schützen pflegt, und nämlich das königliche Gericht sich auf solche Verträge nicht einlässt, die gewissermaßen als Abmachungen unter Privaten (Untertanen) qualifiziert werden können.“ – Nach Cheshire/Fifoot (Fn. 60) S. 1 Fn. 2: „*By the Constitutions of Clarendon, 1164, c.15, the Courts were forbidden to offer a remedy for contract.*“, mit Hinweis auf Holdsworth (Fn. 60) Bd. III S. 410.

62 Klagbar war der (dingliche) Anspruch auf Rückgabe des Pfandes, nicht dagegen der (obligatorische) Anspruch auf dessen Hingabe.

63 Mitteis (Fn. 39) Kap. 40/II, S. 124.

lichkeit ist ganz anders. Außerhalb Englands fällt der Schritt vom Deliktsrecht hin zu einem umfassenderen Schuldrecht, d. h. das Hinzutreten von Vertragsklagen zu den Deliktsklagen, in die rechtliche Frühgeschichte. Vertragsklagen waren im klassischen römischen Recht bereits fest verankert und wurden im Vulgarrecht nicht etwa zurückgedrängt. Germanische Tradition dispensierte früh von der Verwendung der römischen Vertragstypen, damit den Bereich der Vertragsklagen ausweitend (auch dazu Mitteis, a. a. O.). In England fand die die Vertragsklagen ermöglichende Evolution der *assumpsit*-Klagen erst im 15. und 16. Jahrhundert statt (dazu Zif. 2). Aber auch dies war keine formelle, sondern bloß eine versteckt-faktisch Zulassung von Vertragsklagen vor dem Hintergrund eines formell nach wie vor geltenden Verbotes. Dieser Vertragsklagen-Ausschluss stand von Anfang an im Gegensatz zu der andernorts seit mehr als einem Jahrtausend bestehenden Rechtslage, und vor der normannischen Eroberung waren auch auf der Insel Vertragsklagen geläufig und blieben dies vorerst auch; der Vertragsklagen-Ausschluss galt allein für die *Curia Regis*, das Gericht der normannischen Könige⁶⁴, das zu den bestehenden Gerichtsbarkeiten hinzutrat und diese nur langsam verdrängen konnte⁶⁵. Die Ausschlussregel war eine heute in ihren Gründen offenbar nicht schlüssig zu erklärende Umwälzung. Sie stellt eine Neuerung dar, die in der Folge zu einer Konstante wurde und aus was für Gründen auch immer über fast ein Jahrtausend unveränderten Bestand hatte und dabei den Hintergrund des Aufkommen des *consideration*-Requisits abgab. Noch heute erlaubt das *Common Law* für Vertragsansprüche keine Realexekution (deren Gewährung in Ausnahmefällen ist Sache der *equity*-Gerichtsbarkeit). Bei Nichterfüllung bleibt dem Gläubiger allein Schadenersatz, ein im Deliktsrecht wurzelndes Remedium, auch dies ein Indiz noch heutigen Weiterwirkens eines Konzeptes, das im 11. Jahrhundert seine Wurzeln hat.

64 Dies wird selbst sichtbar in den oben zitierten Werken von Glanvill und Bracton (Fn. 27 bis 34): Die von ihnen geschilderten Geltungsvoraussetzungen von Verträgen lassen sich nicht durchwegs mit der Unklagbarkeitsregel vereinbaren, d. h. es werden von ihnen auch vor der *Curia regis* nicht klagbare Ansprüche als geltend bezeichnet. Dies erklärt sich durch die weiterbestehende Gerichtsbarkeit der bisherigen Landesfürsten und ist darüber hinaus Zeichen der Offenheit des Verständnisses des Rechts, das damals noch nicht als obrigkeitlich verordnet, sondern als *gewachsene Überlieferung* verstanden wurde und damit umfassenden Blick erlaubte. Glanvill und Bracton waren zudem vom römischen Recht beeinflusst. Dazu Pollock/Maitland (Fn. 60) Bd. I, Ch. III, S. 65, Ch. 4, S. 79, 88, 108; William Holdsworth, Fn. 60; weiterhin Harold Potter, Fn. 60.

65 Dies auch der Ursprung des Terminus *Common Law*: Das für das ganze Normanreich gemeinsame Recht, dies im Gegensatz zu den unter sich verschiedenen Lokalrechten. Ähnlich wie auf dem Kontinent die Bezeichnung *Gemeines Recht* als das von lokalen Besonderheiten abstrahierende, sich auf die gemeinsame romanistische Tradition gründende Recht.

2. Erste Ansätze zu Vertragsklagen

Unklagbarkeit vertraglicher Ansprüche ist auf Dauer nicht zu halten, und selbstverständlich wurde nach Auswegen gesucht. Ein solcher wurde schließlich im Bereich der *assumpsit*-Klagen gefunden. Diese sind Deliktssklagen; sie mussten mühe- und ränkevoll umgedeutet werden, um in Gestalt von Quasi-Deliktssklagen auch das Einklagen vertragsbegründeter Forderungen zu ermöglichen. Aber zurück zu den Anfängen.

Die als erste auftauchenden Klageformeln aus *Detinue* (von lat. *detinere*, zurückhalten, hier vorenthalten) und *Debt* (von *debere*, schulden bzw. *debitum* Schuld) waren anscheinend gemeinsamen Ursprungs und wurden nur vorübergehend deutlich geschieden. *Detinue* kann mit unserer Vindikation verglichen werden (Rückgabe geliehener, verpfändeter oder entzogener Gegenstände); die Klage aus *Debt* auf Leistung von geschuldeter Sache, mochte fallweise auch der Durchsetzung obligatorischer Ansprüche dienen, was in einem zwischen dinglichen und persönlichen Ansprüchen nicht ernsthaft unterscheidendem Umfeld nicht als Zulassung von Vertragsklagen gedeutet werden darf. In der späteren Entwicklung verflüchtigte sich die Unterscheidung der beiden Klageformeln aus *Detinue* und aus *Debt*.

Eine weitere traditionelle Klageformel war jene aus *covenant* (von lat. *conventio*, Übereinkunft), die indessen eine *deed* (Formalakt: Urkunde *sealed, signed and delivered*, ev. sogar Mitwirkung von Zeugen) voraussetzte. *Deeds* waren auch bei Klagen aus *debt* die Regel oder jedenfalls erwünscht, ohne aber andere Möglichkeiten auszuschließen. Zwar genügten niemals bloße mündliche Abmachungen, aber möglich war der Nachweis von sonstigen Transaktionen, welche das Entstehen einer Forderung plausibel machten (so Kaufvertrag mit nachweisbarer Lieferung der Ware o. dgl.), aber auch hier setzte *debt* die vorgängige Fixierung des Schadensbetrages voraus⁶⁶; schon Glanvill weist hin auf derartige *causae* von Schulden (als Voraussetzung von Klagen aus *debt*)⁶⁷. Soweit indessen keine gesiegelte Urkunde vorlag, blieb allein die Klage aus *debt*, die indessen als altüberlieferte Klageformel belastet war mit dem traditionellen Verteidigungsmittel des *wager of law*, d. h. des Reinigungseides: Der Beklagte konnte, zusammen mit Eideshelfern (*com-*

66 Lag eine summenmäßige Fixierung bei *deed* vor, schloss dies *covenant* aus und erforderte *debt*-Klage; dazu Cheshire/Fifoot (Fn. 60) S. 6.

67 Glanvill (Fn. 27) Buch X, 3 (Abs. 2): *Aut enim debetur quid ex causa mutui, aut ex venditionis causa, aut ex commodato, aut ex locato, aut ex deposito, aut ex alia iusta debendi causa* (Man schuldet aus Darlehen, Kauf, Leihe, Miete, Depositum oder irgend einem anderen rechten Schuldgrund). – Bracton (Fn. 31) gibt eine erweiterte Fassung desselben Gedankens durch Zitat eines überlieferten Reims, dies allerdings nicht im Zusammenhang von *debt* i. S. der Begründung eines Forderungsrechts, sondern als Exkurs über die Klagbarkeit von *pacta* (dies im Kapitel *De Acquirendo rerum dominio*; S. 64): *Re, verbis, scripto, consensu, traditione, – Inunctura, vestes sumere pacta solent* (Pakte pflegen Klagbarkeit zu erlangen durch Sache, Schrift, Konsens, Sachübergabe oder Verbindung/Vermischung).

purgatores, oath-helpers), seine Nichtschuld dartun und Klageabweisung erwirken⁶⁸.

Obige Hinweise zur Vermittlung eines wenigstens vagen Eindrucks des schwierigen prozessualen Umfeldes im ausgehenden Mittelalter für Durchsetzung von Verträgen. Angesichts des Ungenügens der für nicht durch gesiegelte Urkunde (*deed*) ausgewiesene Vertragsforderungen angebotenen Klageformulare (*writs*) wurden alle möglichen Versuche unternommen, auf andere Klageformeln auszuweichen. Ende des 14. Jahrhunderts bot sich dazu Anlass, begann doch der königliche Kanzler, im Rahmen der *Equity-Gerichtsbarkeit* auch ungesiegelten Vereinbarungen Schutz zu gewähren (vorab zur Abwehr von *laesio fidei*, die von der kanonisch-rechtlichen Tradition geforderte Verhinderung von Treuebruch). Die *Common Law*-Gerichte hatten Grund, zur Erhaltung ihrer Entscheidungskompetenz in Vertragsachen in ähnliche Richtung zu gehen⁶⁹. Da aber auf Grund der unverrückt vorgegebenen *writs* Verträge nach wie vor von der Gerichtsbarkeit ausgeschlossen waren, mussten Klagen aus Verträgen in den für Deliktssklagen verfügbaren *writs* untergebracht, die *Vertragsklagen* in der einen oder anderen Form zu *Deliktssklagen gemacht* werden.

3. *Assumpsit* als Rahmen des Aufkommens der *consideration*-Voraussetzung

a) Ablauf

Altüberlieferte Deliktssklage war die sog. *Action of trespass*. Ursprünglich auf Angriffe *vi et armis* (Arm- und Waffengewalt) beschränkt, wurde *trespass* gegen Ende des 14. Jahrhunderts durch weitere Klagen ergänzt: Die *actions on the case*, neben anderen (*conversion* -Unterschlagung-, *nuisance, words, negligence, deceit*) vor allem die *action of assumpsit*. Es war diese letztere Variante, welche für die Klagbarkeit von Vertragsklagen instrumentalisiert wurde. In der englischen Historiographie ist es die Klageformel *assumpsit*, welche den Rahmen für die Herausbildung der *doctrine of consideration* bildete und deren Besonderheiten die Herausbildung des *consideration*-Erfordernisses veranlasste; von den auf Sonderfälle (*on the case*) ausgerichteten Deliktssklagen war anscheinend die *action of assumpsit* besonders geeignet zur Sanktionierung von (vorerst sachbezogener) Schadenszufügung im Rahmen von Vertragsabwicklung. Genannt werden die Fälle des Fährmanns, der seine Fähre überlädt und damit den Verlust einer Stute verursacht, oder des Bauschreiners, der die Erstellung eines soliden Hauses nach bestimmter Form verspricht, aber ein wackliges und nicht plankomformes Gebäude erstellt; die Analogie zu delikti-

68 Der Mechanismus des *wager of law* beruht auf alter germanischer Tradition und lässt sich auch auf dem Kontinent nachweisen; vgl. Gerhard Kegel, Vertrag und Delikt (Köln 2001) S. 5 Fn. 25f. mit Hinweis auf Nanz, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert; 1985.

69 Das betonen vor allem Cheshire/Fifoot (Fn. 60) S. 7 (lit. B; The Development of Assumpsit).

schon *misfeasance* war einleuchtend, da der den Vertrag schlecht erfüllende Partner das Eigentum des anderen beeinträchtigte.

Schwieriger als die Sanktionierung von Schlechterfüllung war jene von Nichterfüllung; denn der Schuldner, der gar nicht handelt, handelt auch nicht deliktisch. Daher zeitweilig der Versuch, auf *deceit*, eine andere der *actions on the case*, auszuweichen (*Doig's Case*, 1442⁷⁰). Aber der Weg zu einer allgemeinen Vertragsklage auf Nichterfüllungssanktionen führte schließlich doch über das *assumpsit*-Argument⁷¹. *Indebitatus assumpsit* bezeichnete vorerst die Situation, dass der ein Erfüllungsversprechen Abgebende bereits „etwas unternommen“ hatte, mit der Abwicklung der betroffenen Angelegenheit befasst war und, da im Eigentumsbereich des Versprechensempfängers tätig, guten Grund zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung besaß. In einer Auseinandersetzung zwischen der *King's Bench* und *Common Pleas and Exchequer* wurde schließlich in *Slade's Case* entschieden, dass das pflichtbegründende subsequeute Leistungsversprechen fingiert werden könne und daher die Möglichkeit der Klage auf Entschädigung zu gewähren sei (*to recover a reasonable compensation for goods supplied or services rendered, provided that the parties had clearly contemplated the creation of a legal nexus*⁷²).

Viel weitere Abstraktionsleistung war gefordert bis hin zu der Regel, wie sie 1600 formuliert wurde und auch heute noch gilt. Die verschlungenen Wege der Gerichtspraxis sind hier nicht anzudeuten, aber seit *Pinnel's Case* fest steht, dass vertraglich begründete bzw. einseitige *promises* dann und nur dann klagbar sind, wenn der sich Verpflichtende mit seiner Pflichtübernahme auch einen Vorteil erlangt.

b) Consideration und Delikt?

Die auf *assumpsit* gestützte Klage war eine Deliktssklage, die klageweise geltendgemachte Schuldanererkennung des Beklagten daher die *Anerkennung einer Deliktsschuld*. In diesem Umfeld ist das Aufkommen des *consideration*-Erfordernisses vorerst unerklärlich, bedeutet es doch, dass Schadenersatzpflicht-Anerkennung nur dann rechtswirksam wird, wenn der seine Ersatzpflicht anerkennende Schädiger dadurch einen Vorteil erlangt. Schadenersatzpflicht geknüpft an die Voraussetzung einer Vorteilerlangung des Ersatzpflichtigen erscheint vorerst abwegig, wird aber dann nachvollziehbar, wenn man *consideration* nicht als Vorteil des Promittenten, sondern umgekehrt als einen den Promissar (Kläger) treffenden Nachteil sieht. In den Anfängen von *consideration* als Voraussetzung gültiger Anerkennung einer Deliktshaftung ist das Requisite des Nachweises einer Beeinträchtigung des Forderungsbe-

70 Textauszug bei J.H. Baker/S.F.C. Milsom (Fn. 60) S. 391.

71 *Assumpsit* von *assumere/adsumere*, an sich nehmen, aneignen, sich anmaßen, versprechen usw. – Zur Wortdeutung einlässlich Simpson (Fn. 60), S. 215 ff.

72 Cheshire/Fifoot (Fn. 60) S. 15, mit Hinweis auf *Warbrooke v. Griffin* [1609], 2 Brownlow, 254 oder E.R. 123 S. 927.

rechtigten naheliegend: Verbindliche Schuldanererkennung (*promise*) nur bei einer greifbaren Schädigung des Promissars oder einem Eingriff in dessen Rechtssphäre. Aber auch später, auf der Ebene vertragsrechtlicher Vorstellungen bleibt *consideration* als Nachteil des Begünstigten nachvollziehbar, sind doch auf Leistungsaustausch ausgerichtete Verträge Nullsummen-Spiele (was dem einem zukommt, geht dem anderen ab)⁷³. Die Selbstverpflichtung des Promittenten wird bindend nicht wegen des diesem zukommenden Vorteils, sondern wegen der dahinter stehenden Belastung des Versprechensempfängers. Mit dieser früheren Sicht sind wir bereits nahe dabei, *consideration* als vertragliche Gegenleistung zu sehen und im durch *consideration* gestützten und vom Promissar gebilligten *promise* die konsensualen Elemente des Vertrag zu erkennen.

V. Verständnis in England ausgerichtet auf *promise*, nicht Vertrag

1. Außerhalb Englands: Vertrag

Die auch auf dem Kontinent in den Anfängen herrschende Reduktion privatrechtlicher Vorgänge auf einseitige Verfügungsgeschäfte und später auch einseitige Verpflichtungsgeschäfte, obwohl genau besehen auch diese konsensual waren (oben Zif. III/3), liegt weit zurück. Weltweit ist heute unter allen nicht englischsprechenden Juristen das Obligationen- oder Schuldrecht auf die *Figur des Vertrages* ausgerichtet, und dieser bestimmt auch die Pflichten der Vertragsparteien; eine Selbstverständlichkeit, die schon Art. 1134/I des französischen Code Civil formuliert: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*⁷⁴. Pflichtgrundlage ist der Vertrag und das diesen begründende und inhaltlich bestimmende Ereignis, der sog. Konsens der Parteien.

Derartige Sicht setzt sich durch in der Aufklärung. Der Begriff *Consensus* stammt zwar aus dem Nachlass des römischen Rechts, wird indessen erst im 18. Jahrhundert zu einer rechtsgestaltenden Figur⁷⁵. Diese wird verstanden als

73 *Consideration* kann sein „benefit to the promisor or a detriment to the promisee“ (*Currie v. Misa*, [1875] L.R. 10 Ex.153, 162; zit nach Atiyah (Fn. 20) S. 187).

74 Diese Formel findet sich schon bei Domat (Fn. 56) Bd. I,1,1,1/VII: „Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites.“ (S. 22 Zif. VII in zit. Ausgabe Paris 1767).

75 In den römischen Quellen bedeutet *consensus* entweder die einseitige Zustimmungserklärung (und der Vertrag würde durch die beiden *consensus* eines jeden der Partner geschlossen) oder hat negativ-ausschließenden Sinn: *Dissentire* (bzw. *dissensus*) bedeutet widersprechen oder auch einvernehmlich eine Vereinbarung aufheben, *fehlender* Konsens konstituiert Willensmängel. – „Konsensualkontrakte“ (*consensu obligatio*; Inst. 3, 22) sind Verträge, bei denen es nur gerade Willenserklärungen und sonst nichts braucht (so bei *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum*), während die Tatsache ausgeklammert bleibt, dass alle anderen Verträge (solche *re*, *verbis*, *litteris*) Konsens ebenfalls voraussetzen.

der von beiden Parteien gebildete „Gemeinschaftswille“, ein Konzept, das freilich unreal ist: Willen im eigentlichen Sinn kann nur der einzelne Mensch haben, nicht aber Kollektivitäten. Nicht einmal der Individualwille jedes der Vertragspartner ist rechtlich maßgebend, noch weniger ein *consensus* als Gemeinschaftswillen mehrerer⁷⁶. Konsens hat keine rationale Grundlage und ist nicht mehr als eine abkürzende, bildhafte Formel zur Bezeichnung des komplexen Sachverhalts. Ungeachtet dessen ist das Schuldrechtsdenken der kontinental-europäischen Rechtsüberlieferung auf die Figur des Vertrages und den ihn zuwege bringenden Konsens ausgerichtet. Die von den Parteien je abgegebenen Verpflichtungserklärungen finden demgegenüber derzeit wenig Beachtung⁷⁷.

2. In England: Ausrichtung auf Verpflichtungserklärung (*promise*)

Anders England und der englische Sprachbereich. Die Betrachtung des historischen Hintergrunds der *consideration* zeigt, dass diese auf das Zustandekommen von bindenden *Verpflichtungserklärungen (promises)* ausgerichtet ist (was heute im deutschen Sprachbereich als „pflichtbegründende einseitige rechtsgeschäftliche Erklärungen“ zu qualifizieren wäre). Derartige Sicht bedeutet Zurücktreten, ja partielle Abwesenheit der Figur des Vertrages als Denkkategorie: Die Vertragsentstehung wird gedanklich zerlegt in die beiden je von jeder der Parteien abgegebenen Verpflichtungserklärungen, und die Vertragswirkungen in die durch die Erklärungen ausgelösten Pflichten und den ihnen korrespondierenden Ansprüche.

In England steht heute wie je die Vorstellung im Vordergrund, dass die Vertragsparteien gebunden und verpflichtet würden allein durch ihre eigene Verpflichtungserklärung und nicht durch das Zusammentreffen der gegenseitig abgegebenen Erklärungen. Der Bezug auf die einseitige Verpflichtungserklärung und deren Unabhängigkeit von der Gegenseite war maßgebend während aller Wandlungen der Formen prozessualer Durchsetzung und wurde auch unter der schließlich sich durchsetzenden Klageformel von *assumpsit* nicht in Frage gestellt⁷⁸. Auch heute noch spricht man statt von *contract* eher von *promise* und bei Vertragsverletzungen von *breach of promise* usw.⁷⁹ Man begegnet

76 Der „Wille“ des Wollenden ist vielleicht in sich widersprüchlich (die „mehreren Seelen“ in seiner Brust); es lässt sich weder genau fassen noch feststellen. Im Sinne des Vertragsrechts ist er nicht Bestandteil des *forum internum*, sondern des *forum externum*, d.h. ein sozialbezogenes, nicht aber individualpsychologisches Phänomen. Rechtlich relevant ist nur die Willensäußerung: Von gemeinsamem Willen gedeckt ist allein die Bereitschaft, sich auf eine bestimmte (d.i. auf die mit dem Partner ausgehandelte) Lösung verpflichten zu lassen; in aller Regel würden die Kontrahenten je andere, für sie günstigere Lösungen haben wollen.

77 In den Kodifikationen leben sie in den Figuren von *Offerte* und *Akzept* etwas weiter.

78 Dazu auch Zimmermann (Fn. 52) S. 554 ff.

79 Statt vieler Beale/Bishop/Furmston. *Contract – Cases and Materials*, London etc. 3rd. ed. 1995, S. 3: „Contract law is most obviously the law relating to agreements or promises.“, weiterhin S. 93, 518 ff. und *passim*.

auf Schritt und Tritt Texten, in denen Richter oder Textbuchautoren heute noch genau wie in *Pinnefs Case* (oben Zif. III/2) bei der Beurteilung von Parteivereinbarungen nicht von der Gültigkeit des von den Parteien geschlossenen Vertrages, sondern von der Verbindlichkeit des von der belangten Partei abgegebenen *promise* sprechen und ihre Argumentation auf diese ausrichten. Das ist naheliegend und auch sachgerecht, sind doch Klagegegenstand und damit die den Anwälten und dem Richter gestellte Frage regelmäßig die Leistungspflicht einer der Parteien, nicht aber die Vertragswirkungen insgesamt. Die Ausrichtung auf *promise* bzw. eine bestimmte Recht-Pflicht-Beziehung (sc. die Obligation) hat darüber hinaus auch konzeptuelle Vorzüge gegenüber der vertragsbezogenen Denkweise, die oft die Bedeutung des Bezogenseins der Probleme auf die Ansprüche bzw. Pflichten je der Parteien verkennt⁸⁰.

3. Doktrin

Die Fokussierung der Betrachtung auf die einseitige Verpflichtung ist nicht nur in *Pinnefs Case* offenkundig, sondern bestimmt den Verlauf der Herausbildung des *consideration*-Requisits (oben Zif. IV⁸¹) und wird besonders deutlich bei Formalgeschäften, so bei der noch heute aktuellen *deed*: Diese wird zwar im Ergebnis meist wie ein Vertrag gehandhabt, besteht aber allein aus der einseitigen Verpflichtungserklärung (*promise*) des Ausstellers⁸².

Die heutige *doctrine of consideration* liefert reichlich Veranschaulichung der in England bestehenden mentalen Fokussierung auf die Leistungsversprechen der Parteien unter Verdrängung aus dem Blickfeld des im Hintergrund stehenden Vertrages:

– *Consideration* ist personenbezogene Voraussetzung der Gültigkeit einer *promise*, d.h. des *Leistungsversprechens eines Partners*; die beiden von den

80 Parteibezogene Vertragsmängel wie fehlende Geschäftsfähigkeit oder Übermaß persönlicher Vertragsbindung sollen nicht den Vertrag vernichten und damit dem Gegner des zu Schützenden ebenfalls die Berufung auf Vertragsungültigkeit erlauben. Dazu Bucher, Für mehr Aktionendenken, in AcP 186 (1986) S. 1–73 [www.eugenbucher.ch> Nr. 39], wo versucht wird, die beim aktuellen vertragsbezogen-normativen Verständnis drohenden Negativfolgen bewusst zu machen.

81 Glanvill geht zwar bei der Betrachtung von *contractus* aus, aber die Problembehandlung ist bei ihm wie immer in der Folge bis hin zur Entstehung der *assumpsit*-Klage auf Klagemöglichkeiten und die solche begründenden *promises* ausgerichtet (oben Zif. IV/1 und Fn. 67).

82 Die Errichtung einer *deed* kann erfolgen ohne Teilnahme des Begünstigten und ohne dessen Wissen, ja sogar gegen dessen Willen. Die Wirksamkeitsvoraussetzung von *delivery* (Übergabe der Schuldurkunde) gewährleistet nicht etwa zustimmende Kenntnisnahme des Begünstigten, sondern allein den unwiderruflichen Erklärungs- und Verpflichtungswillen des Ausstellers. – Sind ausnahmsweise bei der Errichtung einer *deed* mehrere Personen beteiligt, so spricht man von *deed inter partes* (auch *indenture*; das einseitige Geschäft heisst demgegenüber präzisierend *deed poll*); vgl. dazu auch Addison (Fn. 50), S. 45; G.H.Treitel, *The Law of Contract* (1. Aufl. 1962, hier zit. 7. Aufl. 1987) S. 121 f.; Atiyah (Fn. 60), S. 42 Zif. 2.

Vertragspartnern abgegebenen *promises* begründen zusammen die Gesamtheit der in einem Vertrag enthaltenen Obligationen. Der Vertrag selber hat keine *consideration*, und eine solche sich vorzustellen ist nicht möglich. *Consideration* wird nicht in die Mehrzahl gesetzt; bezogen auf einen beidseitig verpflichtenden Vertrag müsste man aber von mindestens zwei *considerations* sprechen, einer solchen jeder der Parteien. In rechtlicher Auseinandersetzung zerfällt der Vertrag in die Verpflichtungen der beiden Parteien, von denen jede für sich ein eigenes Leben führt und ihre eigene *consideration* haben muss⁸³.

Von *consideration* als Vertragsvoraussetzung zu sprechen ist nur in einem übertragenen, auf das praktische Ergebnis bezogenen Sinn zutreffend: Die Ungültigkeit des einen der Pflichtversprechen infolge fehlender *consideration* lässt auch das entgegenstehende Versprechen hinfällig werden, da nun auch diesem *consideration* (bestehend im Gegenversprechen) abgeht, was im Ergebnis das Ende des Vertrages der Parteien bedeutet.

Aus dem *consideration*-Requisit wird in England ausnahmslos gefolgert, dass *bindende Offerten* ausgeschlossen bzw. nur durch *consideration* gestützt möglich seien. In kontinentalem Vertragsverständnis ist diese Folgerung nicht nachvollziehbar: Eine bindende Offerte ist keine Verpflichtungserklärung (*promise*) und begründet keine Pflicht; eine solche entstünde (als Vertragspflicht) erst durch die Annahmeerklärung des Oblaten. Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit von gemachten Angeboten gehören zu den Spielregeln beim Schließen von Verträgen, die als solche zu nichts verpflichten; in Pflicht kommen die Parteien erst durch Vertragsschluss. Das Erfordernis der *consideration* für bindende Offerten ist aber nur so lange sinnlos, als man als kontinentaler Jurist an den zu schließenden Vertrag denkt, bekommt jedoch dann (und nur dann) Sinn, wenn man bloß die eine Seite betrachtet und die Leistungspflicht des Offerenten ins Blickfeld rückt. Die *Offerte* kann isoliert für sich betrachtet als *unter die Bedingung der Annahme gestellte Pflicht zur Erbringung der offerierten Leistung* gelten: Offertstellung als bedingtes *promise*. Erst diese Ausrichtung der Betrachtung auf die Erklärungen jeder der Parteien macht die englische Sicht der *consideration*-Bedürftigkeit bindender Offerten verständlich und sinnvoll: Eine Offerte darf nur bei gegebener *consideration* unwiderruflich sein, weil sie bereits eine, wenn auch unter die Bedingung der Annahme des Offertempfängers gestellte, Verpflichtungserklärung darstellt⁸⁴.

Die Ausrichtung auf die einseitigen Verpflichtungserklärungen unter Hinterrückstellung der Vorstellung „Vertrag“ spiegelt sich auch darin, dass die Doktrin

83 Zwar beruft sich der in Pflicht genommene (auf Leistung verklagte) Vertragspartner zu seiner Befreiung auf ihm fehlende *consideration*, nicht aber könnte er Vertragsgültigkeit bestreiten mit dem Argument, dem Vertragsgegner gehe *consideration* ab.

84 Dass auch widerrufliche Offerten bereits bedingte *promises* seien, wird nicht gefolgert, weil Widerruflichkeit der Deutung als Übernahme einer Pflicht entgegensteht. Anders bei der bindenden Offerte, wo der Pflichteintritt allein vom Offertempfänger abhängt und vom Offerenten nicht mehr abgewendet werden kann.

oft (und meist im Zusammenhang der Erörterung von *consideration*) einseitig erklärte *promises* und von den Partnern getroffenen *konsensualen Vereinbarungen* kurzerhand gleichstellt: *Deeds* sind einseitige formelle Verpflichtungserklärungen, werden aber zeitweise wie Verträge gehandhabt (oben bei Fn. 82); ebenso werden einseitige Verpflichtungserklärungen (*promises*) Vertragsschlüssen gleichgestellt. Umgekehrt werden zweiseitige Rechtsgeschäfte den einseitigen *promises* gleichgeachtet: In der Doktrin ist über die Jahrhunderte hinweg geläufig die Identifizierung von *pacta nuda* mit der *consideration* entbehrenden *promises*⁸⁵, da beide mangels Gegenversprechen unklagbar sind⁸⁶.

Das Abstellen auf die je von den Parteien abgegebenen rechtsgestaltenden Erklärungen wurzelt in alter Überlieferung, wird im Übrigen aber auch durch die für England charakteristische Neigung zum Abstellen auf sichtbare Fakten erklärt: Konsens wie auch Vertrag sind letztlich abstrakte Konstrukte, die deshalb Missbehagen verursachen und gemieden werden.

4. Keine Bindung durch bloßes promise

Das *kanonische Recht und die Moralthologie* haben im Hochmittelalter das Vertragsverständnis auf dem Kontinent und besonders auch in England⁸⁷

85 Vgl. Beawes (Fn. 44); Blackstone (Fn. 46) S. 445: „A *consideration* of some sort or other is so absolutely necessary to the forming of a contract, that a *nudum pactum* or agreement to do or pay any thing on one side, without any compensation on the other, is totally void in law; and a man cannot be compelled to perform it.“; Chitty in 5. Aufl. (Fn. 5) und dortige Zitate), aber Chitty auch anderthalb Jahrhunderte später in 28. Aufl. (Fn. 8) N. 23-004: „A mere parol release, whether oral or in writing, without valuable consideration amounts to a *nudum pactum* and is normally insufficient ...“

86 *Pactum nudum* wird damit umgedeutet und neu definiert als ein der *consideration* entbehrendes *promise*, während im römischen wie heutigen kontinentalen Verständnis *pacta* konsensual sind, d. h. auf dem Willen beider Parteien beruhen. Im Übrigen sind *pacta* keineswegs folgenlos, sondern begründen Einreden usw., während sie in England, wenn den der *consideration* entbehrenden *promises* gleichgestellt, als gänzlich unwirksam gelten.

87 Die britischen Inseln gehörten zu den Bereichen besonders ausgeprägten Einflusses der Kirche. Ein Gradmesser hierfür etwa um das 12. bis 14. Jahrhundert ist die erbrechtliche Regelung des Übergangs des Nachlasses auf die Erben: *Hängende Erbschaft* (*hereditas iacens*) mit Erbschaftsverwaltung durch *executor* oder *administrator* und Erbschaftserwerb erst durch Erwerbsakt des Erben oder dessen Einsetzung in die Stellung des Rechtsnachfolgers, dies im Gegensatz zum sog. *System der Universalsukzession*: Übergang des Nachlasses auf die Erben *ipso iure* mit dem Tod des Erblassers. Ersteres ist bekanntlich die Rechtslage im englischsprachigen Raum, in Portugal und einigen spanischen Lokalrechten, ebenso grundsätzlich nach österreichischem Allgemeinem Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB von 1811) wie auch in Bereichen früherer österreichischer Herrschaft. Alle anderen Gebiete im Raume Europas hängen mehr oder weniger der Universalsukzession an. Diese war im römischen Recht (für den Hauserben) vorgezeichnet, entsprach aber vor allem der

entscheidend beeinflusst und die Überwindung des romanistischen Vertragstypenzwangs durch das Postulat *pacta sunt servanda* gefordert. Danach müssen jegliche Vereinbarungen (d.h. auch die *pacta*, obwohl diese nicht die Voraussetzungen eines *contractus* erfüllen) bindend sein, weil die Nichterfüllung eines Versprechens *mendacium*, eine Lüge darstellt⁸⁸. Auch der Lügenvorwurf führt weg vom Vertrag und zurück zum individuellen Leistungsversprechen eines der Paktanten, denn nur darauf (und nicht auf das entstehende *pactum*) kann er sich beziehen. Trotzdem erlangen schliesslich auch in England *promises* für sich allein keine Bindungswirkung. Rechtliche Unverbindlichkeit einseitiger Verpflichtungserklärungen hat neben den römischen auch alte, bis in vorchristliche Zeiten zurückreichende *germanische Wurzeln* (dazu oben Zif. III/5), und altüberkommener germanischer Brauch verhinderte, dass einseitige Schuldversprechen verpflichtend geworden wären. Im Übrigen waren aber selbst die Vertreter des kanonischen Rechts beeinflusst vom Recht des alten Rom, wo es zwar die *stipulatio* als Formalakt gab, aber keine *obligatio* aus einseitiger formloser Erklärung, war doch die *pollicitatio*, das einseitige formfreie Versprechen, grundsätzlich unklagbar⁸⁹. Die Unverbindlichkeit einseitiger

germanischen Überlieferungen und stand daher im frühen Mittelalter überall in Geltung. Es war die Kirche bzw. das kanonische Recht, welche in den genannten Gebieten das entgegengesetzte Modell der „hängenden Erbschaft“ (*hereditas iacens*) durchsetzen konnte und damit die Erlangung des ihr regelmäßig vermachten Nachlassanteils (des „Seelteils“) erleichterte. Dazu Bucher, Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, in ZEuP 2000, S. 492 ff.; mit Nachweisen [www.eugenbucher.ch> Nr. 75].

88 Entscheidend das *Corpus Iuris Canonici*: Decretal.Gregor. IX, Lib. I Tit. XXXV *de pactis* cap.1 (*Pacta quantumcunque nuda servanda sunt*): *Dixerunt universi: Pax servetur, pacta custodiantur* (Alle sagten insgesamt: Friede muss bewahrt, Pacta müssen erfüllt werden), oder cap.3 (*Iudex debet studiose agere, ut promissa adimpleantur*): *Studiose agendum est, ut ea, quae promittuntur, opere compleantur* (mit Sorgfalt soll man sich so verhalten, dass das, was man verspricht, auch gehörig erfüllt wird), sodann Thomas von Aquin: *mendacium est, si quis non impleat, quod promisit* (Hinweis bei Zimmermann, Fn. 52, FS für Heldrich). Dazu weiterhin Stephan Meder (Fn. 59), 6/IV/2, S. 141 f. – Zum geschichtlichen Hintergrund der Möglichkeit konsensualer Obligationsbegründung grundlegend Lothar Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge – Dogmengeschichtliche Untersuchungen; Nörtlingen 1881.

89 Dig. 50, 12 *De pollicitationibus* enthält zwar eine bedeutsame Liste von Ausnahmefällen bindender Versprechen, setzt aber den allgemeinen Grundsatz der Unklagbarkeit immer als selbstverständlich voraus. – Ähnlich auch Codex 5, 11: *De dotis promissione vel nuda pollicitatione* vorab zu der Bestellung der *dos*, welche Grundsätze bis in die Neuzeit hinein in der juristischen Doktrin Englands wie des Kontinents weiter leben. – Zu Cod. 5, 11 auch Azo, in Summa, zu der sich über die Begriffe *promissio* und *pollicitatio* äussert. *Promissor* heisst traditionell der sich durch Stipulation Verpflichtende, und Azo [Fn. 38] sagt dazu (a. a. O. § 1): *fiat autem promissio ... etiam sine praecedenti interrogatione* (d.h. *promissio* ist eine Stipulationserklärung [„spondeo“] ohne vorangehende Frage [„spondesne?“]). Dann: *Sed pollicitatio nihil aliud est quam solius offerentis promissio*, d.h. es werden *promissio* und

und nicht durch Sonderumstände (Formalakt, Sachübertragungen o. dgl.) gerechtfertigter Schuldversprechen hielt sich entgegen grundsätzlichen moral-theologischer Forderung über alle Jahrhunderte, und die Letzteren konnten sich allein auf der Ebene der Verträge in einer Sekundärfrage durchsetzen: Befreiung vom Typenzwang des römischen Kontraktsystems.

VI. Primärfunktion der *Consideration*: Herstellung des Nexus zwischen den Pflichten der Vertragsparteien

Bei Verträgen jeder Art stehen im Regelfall beide Parteien in Pflicht, und jede verspricht ihre Leistung allein deshalb, weil auch die Gegenpartei solches tut. Die Beteiligten handeln nach dem Rezept, das der Volksmund veranschaulicht mit dem Spruch: „Gibst Du mir die Wurst, so lösche ich Dir den Durst“, und der Lateiner kurz so ausdrücken kann: *do ut des!* Derartige *Maxime* bestimmte den Tauschhandel der Prähistorie und dominiert genau so heute noch Handel und Wandel⁹⁰.

Wird der Vertrag aufgespalten in zwei forderungs- und pflichtbegründende einseitige Verpflichtungsgeschäfte, ruft dies einem Problem, die wir auf dem Kontinent nicht kennen: Die beiden einseitigen Verpflichtungen und die ihnen gegenüberstehenden Ansprüche müssen in gegenseitige Abhängigkeit gebracht werden, die bei unseren Verträgen zum vornherein besteht. Die Aufgabe der Verknüpfung der beidseitigen, vorerst isoliert stehenden Forderungen und Pflichten wird mit dem Requisit der von *consideration* erfüllt⁹¹: Ist eine

pollicitatio gleichgestellt (dies wohl vorab für den Bereich der Mitgift-Zusicherung und anderer Ausnahmen).

90 Frühere Gesellschaften mochten mehr als heute neben diesem ökonomischen Prinzip konkurrenzierende Mechanismen kennen: Leistungen im Familien- und Sippenverband oder solche veranlasst durch Bedürfnis nach Protektion durch Mächtigere (Klientelenbindungen), durch Verlangen nach Ansehen u. dgl. Für die römische Antike besteht abundantes Anschauungsmaterial; vgl. dazu etwa Dig. 50, 12 *de pollicitationibus*.

91 Diese zwangsläufige, der Institution der *consideration* immanente Folgerung wird in der Doktrin nicht explizit formuliert und schon gar nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Fehlen eines gültigen *promise* lässt auch das korrespondierende Gegenversprechen mangels *consideration* dahinfliegen. Diese Regel wird nur für Sonderfälle problematisiert und festgehalten, dass bei Dahinfliegen *kraft objektiven Rechts* einer der Verpflichtungserklärungen die Gegenverpflichtung nur dann ebenfalls von Nichtigkeit betroffen werde, falls dies die Regel fordere, welche das erste *promise* unwirksam macht. Wir lesen: *Mutual promises are generally consideration for each other, but difficulty is sometimes felt in treating a promise as consideration for another if the first promise suffered from some defect by reason of which it was not legally binding* (so Treitel [Fn. 82] und schon 5. Aufl. 1979; je Abt. 3, *Consideration*, sec. 8 bzw. 7; wortgleicher Text -wenn auch mit verkürztem Satzende- bei Chitty, Fn. 8; N. 3–153). Chitty erwähnt als Beispiele von *Promises defective by statute* solche betroffen von sec. 4 des *Statute of Frauds 1677* oder sec. 34 der *Matri-*

von ihnen unwirksam und damit die betreffende Partei von ihrer Pflicht befreit, entfällt damit auch die *consideration* der anderen Partei; diese wird frei, weil sie ihre Pflicht nur im Hinblick auf die nun hinfällige Gegenverpflichtung übernommen hat⁹². Erst recht wirkt natürlich dieser Mechanismus, wenn nicht im Nachhinein eine ursprünglich als gegeben unterstellte *consideration* entfällt, sondern wenn im zeitlichen Ablauf zwar die eine Partei ihre Verpflichtungserklärung abgibt, die andere dagegen das erwartete Gegenversprechen verweigert. Die hier beschriebene Verknüpfungswirkung des *consideration*-Erfordernisses ist so selbstverständlich, dass deren diesbezüglich unentbehrliche Funktion in England dem juristischen Publikum anscheinend nicht bewusst ist. Dies beweisen die immer wieder vorgetragenen, wenn auch nie ernsthaft aufgenommenen Anregungen, das *consideration*-Erfordernis fallen zu lassen.

In der kontinentalen rechtsvergleichenden Doktrin wird auf die hier beschriebene Verknüpfungswirkung nicht hingewiesen. Dies kann nicht anders sein, so lange man *consideration* als Gültigkeitsvoraussetzung von Verträgen deutet und deren Bezogensein auf *promises* nicht sieht.

Die Forderung nach *consideration* ist untrennbar mit der Ausrichtung des Vertragsrechts auf *promises* verbunden und bei dieser Sicht unentbehrlich, denn nur *consideration* verbindet die zwei *promises* der Parteien zu einem untrennbaren Ganzen, dem Vertrag. Andere argumentative Instrumente mit gleicher Wirkung sind nicht in Sicht. Auf *consideration* kann nicht verzichtet werden, es sei denn, dies geschähe im Gleichschritt mit einer Abwendung vom bisherigen, auf *promise* ausgerichteten Vertragsdenken. Anstrengungen zur Schaffung eines kanalüberschreitenden Vertragsrechts werden vor allen anderen diesen Punkt ins Auge fassen müssen.

monial Causes Act 1973 (Fn. 8; N. 3–156). Dass bei letztgenannter Regel, welche *Maintenance agreements* betrifft, das Dahinfallen der Pflicht der einen Partei nicht zwangsläufig auch dasselbe für die Gegenpartei bedeutet, leuchtet ein. Aber wir befinden uns hier außerhalb des Bereichs frei auszuhandelnder Vereinbarungen.

92 Die Logik von *consideration* gibt keinen zwingenden Hinweis, ob diese in der verpflichtenden Gegenerklärung des Partners oder aber deren Erfüllung liegt. Das Motiv der eigenen Pflichtübernahme liegt in der Erwartung des tatsächlichen Erlangens der Gegenleistung und nicht in deren bloßen Zusicherung. Das Ausbleiben der versprochenen Leistung könnte daher als Dahinfallen der *consideration* der eigenen Leistungspflicht (und Untergang des Vertrages) gedeutet werden und im Sinne einer *exceptio non adimpleti contractus* Verweigerung der eigenen Leistung rechtfertigen. Derartige Sicht ist nicht die herrschende; *breach of contract* bzw. *breach of promise* werden meist nicht als Vertragsterminierungsgründe verstanden, sondern als eigenständige Phänomene, diese ausgestattet mit differenzierten Nichterfüllungsfolgen und entsprechenden Wahlmöglichkeiten des nicht befriedigten Vertragspartners.

VII. Aktuelle Ausweitung der Funktion von *consideration*

1. Ursachen

Consideration ist Gültigkeitsvoraussetzung sämtlicher Verträge, von welcher Voraussetzung nur dispensiert wird im Ausnahmefall der gesiegelten Verträge (*contracts under seal*, auch *specialties*, in besonderen Anwendungsfällen *deed* oder *covenant*). Früher eher als beiläufig gefordertes Element betrachtet, nimmt *consideration* im 19. Jahrhundert an Bedeutung zu und wächst im 20. Jahrhundert heran zum Instrument der Erfassung fast aller Probleme des Vertragsrechts. So kann heute ein führender Historiograph der englischen Rechtsgeschichte die Darstellung des heutigen Vertragsrechts mit dem Statement eröffnen: *The essence of the common law of contract is the doctrine of consideration*⁹³. Diese Feststellung gilt, anders als bei der *frustration*-Doktrin, nicht nur in England, sondern auf weiten Strecken auch in den USA⁹⁴.

Die Ausweitung der Bedeutung der Institution *consideration* geht einher mit der Vervielfachung der zu diesem Thema ergehenden Gerichtsentscheidungen, was zwangsläufig Verlust bewirkt an Eindeutigkeit der geltenden Regeln und deren Übersehbarkeit. Kein Wunder, dass ein Kenner in einer Monographie über das englische Vertragsrecht zu Beginn des Abschnittes über *consideration* warnend festhält: *The law relating to the 'doctrine of consideration' is difficult, confusing, and full of paradoxes*⁹⁵. Manche der sich an das englische Vertragsrecht heranwagenden kontinentalen Juristen werden dieser Auffassung beipflichten wollen. Aber es darf festgehalten werden, dass die wirklichen Elemente, die seit dem letzten Krieg an *consideration* herangetragen wurden, nicht deren Kern ausmachen und grundsätzliche Bedeutung auch dann nicht erlangen, wenn die Summe von Einzelentscheidungen und deren praktische Tragweite ständig wächst und Gesamtschau erschwert.

Die Ursache der Ausweitung von Funktion und Bedeutung des *consideration*-Erfordernisses und der Zunahme darauf bezogener Verfahren liegt in sei-

93 S.F.C. Milsom (Fn. 60) S. 356.

94 Vgl. etwa Arthur T. von Mehren/J.R. Gordley, *The Civil Law System*, 2. Aufl. 1977, S. 984: *Consideration stands, doctrinally speaking, at the very center of the common law's approach to contract law*, welche Bemerkung der USA, aber wohl auch dem Übrigen englischen Sprachbereich gilt. Während zu zeigen war, dass die Bedeutung der *frustration-doctrine* eine Besonderheit Englands ist und in den USA bescheiden blieb, besteht bei *consideration* nach wie vor etwas Gleichlauf, wenn auch dort, anders als in England, ablehnende doktrinale Positionen Beachtung finden (so etwa Grant Gilmore, *The death of Contract*, 1974, der zwar viele englische Entscheidungen zitiert, aber nur für die USA spricht; weiterhin die oben bei Bucher, Fn. 2 genannten und von diesen zitierten Autoren). Aber: Die seit je bestehenden Gegensätze der Rechtshandhabung in England und den USA weiten sich zusehends aus, was sich auch im Verständnis der *consideration* äußern muss!

95 P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*; hier zit. 2. Aufl. Oxford 1971 (Reprint 1977) Zif. V, S. 62.

ner *Offenheit*: Seit ihren Ursprüngen ist *consideration* ein nicht nach formalen Gesichtspunkten feststellbares Element, es unterliegt vielmehr im Streitfall einem *Ermessensentscheid des Richters*. Dieser ist eingeladen, in jedem Einzelfall darüber zu befinden, ob die ihm vorgelegte Verpflichtungserklärung, sei sie Bestandteil eines Vertrages oder für sich allein stehend, angesichts des gegebenen Umfeldes und der Position der fordernden Partei Rechtsverbindlichkeit haben soll oder nicht, eine Einladung, die immer häufiger angenommen wird.

2. Zweierlei Wirkungen

Die Ausweitung der Bedeutung von *consideration* in den letzten hundert Jahren hat zwei zu unterscheidende Wirkungen ausgelöst:

Erstens ermöglichte sie, die bisher auf Verträge bezogenen Forderungen der *Sittengemäßheit* und der *Parteigebundenheit* der Vertragswirkungen in den Zusammenhang der *consideration* zu stellen, welche damit zum Sammelposten der wichtigsten Problempunkte des Vertragsrechts wird. Dieser auf der Ebene der Rechtstechnik liegende Vorgang setzte gegen Ende des 19. Jahrhunderts ein und war um die Mitte des 20. Jahrhunderts mehr oder weniger abgeschlossen. Diese neugestaltete Zuordnung seit je bestehender Schranken der Vertragsgestaltung soll im Folgenden (Zif. 3) kurz dargelegt werden, da sie das heutige Bild der *consideration*-Praxis prägt, dies zusammen mit zwei weiteren, anschließend kurz zu skizzierenden Elementen, die seit je den *promises* zugeordnet waren (Zif. 4).

Zweitens lädt die Ermessensabhängigkeit der Entscheidung über das Vorliegen von *consideration* die Gerichte auch dazu ein, weiterzugehen und neue Wege zu beschreiten. Sie unternehmen es, durch Verneinung des Vorliegens von *consideration* wenigstens in marginalen Bereichen der inhaltlichen Gestaltung zu schließender Verträge Grenzen zu setzen und über die Modalitäten des Zustandekommens von Verträgen ansatzweise Kontrolle zu üben. Eine derartige Entwicklung kann vorab in den letzten drei Jahrzehnten beobachtet werden. Manche mögen behaupten, damit würden bisher als gesichert geltende Grundsätze der Privatautonomie in Frage gestellt, andere beklagen vielleicht drohenden Verlust der Rechtssicherheit. An dieser Stelle muss es dabei bleiben, die zahlenmäßige Zunahme von Gerichtsverfahren und von präjudiziellen Entscheidungen zu vermerken, wie sie in den vertragsbezogenen Publikationen sichtbar wird.

Die durch Ausweitung der Tragweite von *consideration* bewirkte Ausweitung der richterlichen Kontrolle von Verträgen, deren Erstreckung auf den Vorgang des Vertragsschließens und auf vereinzelte Elemente der Vertragsinhalte, ist nicht auf England beschränkt, sondern hat ihre Parallelen auf dem Kontinent. Die genannten Abläufe in England und vergleichbare Entwicklungen auf dem Kontinent sind hier nicht einlässlich zu behandeln, wohl aber zu vermerken als *spontane Parallelentwicklungen*. Auch auf dem Kontinent ist seit einem Vierteljahrhundert das Vertragsrecht einer Differenzierungskur un-

terworfen: Seit mehr als einem Jahrtausend bestehende, vergleichsweise einfache und einsichtige Regeln werden zwar aufrechterhalten, aber partiell durchbrochen oder auch ins Gegenteil gewendet durch auf Sonderinteressen ausgerichtete Sonderregeln; „Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen“ und „Konsumentenschutz“ sind Stichworte, um zwei thematische Schwerpunkte eines weiten und noch nicht an seinen Grenzen angelangten Bereiches neuen Rechts zu signalisieren. Dieser Trend der Verfeinerung des vertraglichen Regelwerkes entzieht sich generalisierter Charakterisierung und Bewertung; ein Abwägen der Vorteile vermehrter Fallgerechtigkeit gegenüber den Nachteilen geschwundener Erkennbarkeit und Vorausssehbarkeit der Rechtslagen und gestiegener Transaktionskosten ist mit rationaler Logik allein nicht möglich. Die Ausweitung der richterlichen Kontrolle der Geltung von Verträgen durch Ausweitung der an *consideration* gestellten Anforderungen in England hat gewiss ihre Eigenheiten, wie auch auf dem Kontinent von Land zu Land die angedeutete Entwicklung sich anders präsentiert. Aber diese Sonderphänomene sind getragen von einer gemeinsamen oder wenigstens vergleichbaren Grundtendenz. Der Zeitgeist ist von Ort zu Ort verschieden, weht aber allenthalben in ähnlicher Richtung. Er nimmt im Vertragsrecht mit Selbstverständlichkeit an, dass die Gesellschaft angesichts des heute sie bestimmenden allgemeinen Wohlstandes die wirtschaftlichen wie mentalen Kosten grösserer Einzelfallgerechtigkeit sich leisten könne und auch leisten müsse. Dies anscheinend der Hintergrund der in ihrer Zielrichtung übereinstimmenden Evolutionen des Vertragsrechts in England und auf dem Kontinent.

3. *Statt an Vertrag an consideration angekoppelte Gültigkeitsvoraussetzungen*

a) *Legality of consideration*

Die Nichtgeltung von Verträgen, die gegen Gesetze oder gegen die guten Sitten verstoßen, ist eine weltweit akzeptierte Regel und galt seit je auch in England. Neuerdings wird der Vorbehalt der Gesetz- und Sittengemäßheit von Verträgen in den Zusammenhang der *consideration* gestellt: Nicht mehr die Verträge, sondern *consideration must be legal* heißt es jetzt. Die Ausrichtung der Anforderung der Legalität (oder genauer: des Verbots der Illegalität) auf *consideration* kam erst im 20. Jahrhundert auf; die hier zitierten Autoren des 19. Jahrhunderts behandelten die Frage der *Legality* noch bezogen auf *contracts*⁹⁶.

Die neue Betrachtungsweise bringt in der Sache nichts Neues, besitzt aber wenig Überzeugungskraft. Rechts- oder sittenwidrig ist regelmäßig bloß die eine der Vertragsleistungen (Drogenlieferung, Tötlichkeit gegenüber Dritten oder was für Bösartigkeiten auch immer), während die in der Regel entgegengesetzte Geldleistung für sich allein betrachtet weder gegen Recht noch Sitte verstößt. Erst das Zusammenspiel der Leistungspflichten erlaubt eine Beurtei-

96 Vgl. Addison (Fn. 50); Anson (Fn. 5, 49); Chitty (Fn. 5).

lung und qualifiziert gegebenenfalls auch die Geldleistungspflicht als verwerflich. Die Verdrängung des Vertrags aus der Sicht führt zu Seltsamkeiten: Die als solche unbedenkliche Geldleistung fällt wegen Illegalität der sie rechtfertigenden *consideration* (z. B. der Drogenlieferung) dahin, während die Drogenlieferungspflicht selber ihre Verbindlichkeit nur verliert, weil sie ihre *consideration* (die Preiszahlungspflicht des Käufers) einbüßt: Drogenlieferungspflicht ungültig, weil ihres Entgelts beraubt. Eine absonderliche Darstellung der Rechtslage, die früher mit dem beide Parteien gleichermaßen treffenden Erfordernis der *Legality* des Vertrages einfacher und überzeugender beschrieben war.

b) Consideration must move from the promisee

Allenthalben sind die verpflichtenden Wirkungen der Verträge auf die sie schließenden Parteien beschränkt, und dies besagte auch die traditionelle Formel der *privity of contract*, welche Regel in England noch im 19. Jahrhundert das Feld beherrschte⁹⁷. Heute wird sie nicht immer, aber oft in den Hintergrund verwiesen durch die Regel *consideration must move from the promisee* (die die eigene Verpflichtung rechtfertigende *consideration* muss von der anderen Vertragspartei und nicht etwa einem Dritten ausgehen). Diese Formel scheint dasselbe zu besagen, bringt aber keine Klärung der sehr weitgetriebenen, aber auch mit Ungewissheiten belasteten Regel des Ausschlusses Dritter von Vertragswirkungen⁹⁸. Die Formel *consideration must move from the promisee* schob sich erst im ausgehenden 19. Jahrhundert in den Vordergrund; der Übergang wird sichtbar bei Anson, der innerhalb weniger Jahre seine Diktion änderte⁹⁹. Die neue auf *consideration* ausgerichtete Betrachtungsweise nimmt dann überhand, wenn man die Betrachtung primär nicht auf den Vertrag der

97 Addison (Fn. 50) gibt im Index zu *Privity of Contract* zahlreiche Hinweise, behandelt aber die Parteigebundenheit nicht im Zusammenhang der *consideration* und hält allein einschränkend fest, dass auch eine vom Partner geforderte Leistung an einen Dritten *consideration* für das Gegenversprechen ausmache (*Any service, benefit, or advantage rendered to a third person at the request of the promisor is a sufficient consideration for the promise*). Chitty (13. Aufl. 1896; Fn. 49) behandelt das Problem auf zwei Seiten unter dem Titel *Of the Plaintiff being a Stranger to the Consideration* (S.40–42).

98 Statt vieler *Dunlop Pneumatic Tyre v. Selfridge*, [1915] A.C. 847 oder [1914–15] All E.R. Rep.333.

99 Anson (Fn. 5) kennt in der 3. Aufl. 1884 (und gewiss auch in der 1. Aufl. 1879) *consideration must move from the promisee* noch nicht als technische Formel, übernimmt sie aber 1898 in der 8. Auflage (sc. der letzten von ihm bearbeiteten). Trotz allem legen auch neuere Autoren noch Gewicht auf die *privity of contract*-Formel: G.C. Cheshire/Fifoot (Fn. 60), 1. Aufl. 1945, unterscheiden die beiden Prinzipien, die in ihrer Sicht nicht ganz deckungsgleich sind, wobei der *consideration*-bezogene Text kaum mehr als eine Seite ausmacht, während der *Doctrine of privity of Contract* 68 Seiten gewidmet sind (S. 51 f., S. 280–347). Diese Stoffgewichtung bestimmt auch noch die 13. Aufl. (1996) von M.P. Furmston (S. 79–82; S. 462–517).

Parteien, sondern auf die je von ihnen abgegebenen Verpflichtungserklärungen ausrichtet.

4. Weitere consideration-bezogene Voraussetzungen

Zur Abrundung des Bildes noch der Hinweis auf zwei an *consideration* geknüpfte Geltungsvoraussetzungen, die neuerdings an Bedeutung zunahmen. Anders als die beiden vorangehend genannten waren sie auch früher nicht auf *contract*, sondern auf *promise* bezogen, weil bereits die zugrundeliegenden Sachfragen dies fordern. Auch in diesen Fällen der Handhabung von *consideration* nimmt Differenzierung zu, womit auch hier zwangsläufig Abnahme der Vorausssehbarkeit und Rechtssicherheit einhergeht.

a) Past consideration und executed consideration

Die Regel lautet: *Consideration may be executory or executed, it must not be past*, und dann weiter: *past consideration is, in effect, no consideration at all*¹⁰⁰. Eine in der Vergangenheit gewährte und damit bereits bestehende Bevorteilung des Versprechenden erfüllt die der *consideration* zugeordnete Funktion nicht; solches kann vorbehaltlos nur *executory* (d. h. erst noch zu bewirkende) *consideration* sein, was denn auch selbstverständlich ist im ohnehin prädominanten Fall, dass ein *promise* im Austausch gegen eine anderes *promise* erklärt wird. Aber nach und nach wird *past consideration* punktuell trotzdem gültig, und diesfalls spricht man dann statt von *past* von *executed* (ev. auch *present*) *consideration*. Der in der Vergangenheit und ohne Erwartungshaltung erbrachten und als *past consideration* unwirksamen Leistung steht gegenüber die wirksame *executed consideration*: Eine Leistung, die zwar bereits erbracht wurde, dies aber mit Wissen und Einverständnis, wenn nicht gar auf Wunsch des Empfängers. Gingen beide Parteien davon aus, dass eine Entschädigung zu erfolgen habe, ist das Versprechen einer solchen Gegenleistung verbindlich, da auf rechtsgenügender *consideration* beruhend. Schon früh wurde bei ohne Lohnvereinbarung erfolgter Arbeitsleistung angenommen, dass die nachträgliche Verpflichtung zur Leistung einer Entschädigung hinreichende *consideration* habe, unter der Voraussetzung, dass die Arbeitsleistung gestützt auf ein *previous request* des Versprechenden erfolgt sei¹⁰¹. Derartige Ausnahmen hatte im 19. und frühen 20. Jahrhundert noch wenig Bedeutung¹⁰², aber in neuerer Zeit wird die Liste der als gültig anerkannten *executed considerations* zuse-

Chitty (Fn. 91) zu *Consideration must move from the promesee*: N. 3–035 bis 3–043; demgegenüber „Third parties“: Chap. 19.

100 Anson, 19th ed. 1945 (ed. by J.L. Brierly), S. 106 und 108.

101 *Lampleigh v. Brathwait* [1615] Hob. 105 oder E.R. 80 S. 255 zitiert bei Cheshire/Fifoot/Furmstone; (Fn. 60) S. 78 f.; Bestätigung dieser Regel in *Re Casey's Patents, Steward v. Casey* (1892) 1 Ch 104. Chitty (Fn. 8) N. 3-028 weist hin auf *Southwark L.B.C. v. Logan* (1996) 8 Admin. L.R. 292.

102 So Addison (Fn. 50), Chitty (5) und Anson (Fn. 5).

hends länger. Die Begründung kann ganz verschiedenartig sein, mündet aber regelmäßig in die Feststellung irgend eines Bezugs zwischen der erfolgten Leistung und dem späteren *promise*. Dazu *Pao On v. Lau Yiu Long* ([1979] All ER 65, 74), wo Lord Scarman die Rechtslage so umschreibt: *An act done before the giving of a promise ... can sometimes be consideration for the promise. The act must have been done at the promisor's request, the parties must have understood that the act was to be remunerated further by a payment or the conferment of some other benefit, and payment, of the conferment of a benefit must have been legally enforceable had it been promised in advance*¹⁰³.

b) Sufficiency: peppercorn oder some value?

Seit je offen war die Frage nach dem geforderten Gehalt des vom Versprechenden eingehandelten Vorteils bzw. der vom Begünstigten in Kauf genommenen Beschwer. Als generelle Regel kann wohl auch heute gelten: *Consideration need not be adequate to the promise, but must be of some value in the eye of the law*¹⁰⁴. Aber das Auge des Gesetzes blickt unscharf und mit vielen Verwerfungen: Die Schere zwischen den Extremen des Außerachtlassens des Werts der *consideration* und der Forderung nach deren wie auch immer umschriebenen Substanzhaltigkeit ist weit geöffnet, und je nach Zusammenhang gilt Verschiedenes: Zwar wird von niemandem mehr die *peppercorn*-Theorie vertreten (welche die Leistung irgend einer Nichtigkeit als hinreichend gelten lässt) noch genießt die Forderung nach *adequacy* der *consideration* (Forderung nach einer realistischen Wertrelation von Leistung und Gegenleistung) Akzeptanz. Aber möglich sind Entscheidungen, welche der einen oder anderen der Extrempositionen recht nahe kommen. *Adequacy* ist keine Gültigkeitsvoraussetzung, und *nominal* oder *inadequate consideration* kann hinreichend sein, ist es aber nicht immer¹⁰⁵. Nur der Kenner kann voraussehen, in welchen Fällen es in der einen oder aber der anderen Richtung geht. Es mag etwa ins Gewicht fallen, in welchem Ausmaß die zu erbringenden Leistungen von den Parteien explizit ausgehandelt oder umgekehrt dem *promisor* von der Gegenpartei aufgegeben wurde. Weiter Spielraum verbleibt schließlich in der Frage, wie weit persönliche (besonders verwandtschaftliche) Beziehung *consideration* ausmachen (und damit eine Gegenleistung erübrigen) könne. Früher war Verwandtschaftsbindung sogar ein exemplarisches Beispiel von solcher, daher als *good consideration* bezeichnet¹⁰⁶, in neueren Entscheidungen werden Zu-

103 Alle Zitate nach *Cheshire/Fifoot/Furmston* (Fn. 60) S. 78f., wo weitere Ausführungen und Nachweise. Vgl. weiterhin *Chitty* (Fn. 8) 3–028ff.; *Treitel* (Fn. 82) S. 62ff.

104 *Anson*, (Fn. 100) S. 88.

105 *Chitty* (Fn. 8) N.3–019.

106 Vgl. *Blackstone* (Fn. 15) S. 297: „The consideration may be either a *good*, or a *valuable* one. A good consideration is such as that of blood, or of natural love and affection, when a man grants an estate to near relation; being founded in motives of generosity, prudence, and natural duty ...“. Heute scheint der Begriff „good c.“ in

wendungen aus familiärer Verbundenheit oder als *office of friendship* nicht mehr als *consideration*-gestützt anerkannt¹⁰⁷.

VIII. Zum Schluss

1. Wie überall muss auch im Reich des Rechts unterschieden werden zwischen Form und Inhalt. Die hier beschriebene Andersartigkeit des Vertragsrechts Englands und des Kontinents ist in erster Linie Andersartigkeit der Form, nicht des Inhalts: Die Unterschiedlichkeit der Art und Weise, sich die rechtliche Ordnung vorzustellen, sie in Worte und Begriffe zu fassen. Die Inhalte, d. h. die sich einstellenden Wirkungen der gegebenen Ordnungen in England und auf den Kontinent stehen näher beieinander als die Art und Weise, diese Inhalte zu beschreiben und sich vorzustellen. Die Sachlogik weist im Vertragsrecht noch mehr als anderswo allenthalben in ähnlicher Richtung, führt zu ähnlichen Lösungen und verbietet zum vornherein an sich denkbare Lösungsvarianten, was einen Fundus gegenseitigen Verständnisses beidseits des Kanals schafft (etwas sachbedingte Konvergenz wird sichtbar im oben vermerkten spontanen Parallelismus von Neuerungstendenzen; Zif. VII/1 ,2).

2. Wenn nicht die Inhalte, so sind doch die hinter den beiden Modellen stehenden juristischen Vorstellungen und Argumentationsweisen so verschiedenartig als überhaupt denkbar. Sie betreffen nicht zufallsbedingte exzeptionelle Eigentümlichkeiten im peripheren Bereich, wie man sie in allen nationalen Rechtsordnungen ausmachen kann. Es geht um elementare Dinge: Am einen Ort selbstverständliche Ausrichtung der Sicht auf die Verträge, am anderen Ort demgegenüber Vorrang der durch Vertrag begründeten einzelnen Obligationen, den je jede Partei verpflichtenden *promises*, dies verbunden mit der Unmöglichkeit der Pflichtbegründung ohne gleichzeitige Erlangung irgend welchen Gegenvorteils, eben einer *consideration*. Alles bei gleichzeitigem Verzicht auf den Begriffsapparat, wie er im alten Rom entstand, auf dem Kontinent weiter entwickelt wurde und heute allenthalben verwendet wird, wo man nicht englisch spricht.

3. *Consideration* ist ausgerichtet auf die einseitige Verpflichtungserklärung (*promise*), nicht aber auf *contract*, wie gemeinhin vor allem auf den Kontinent gesagt wird. Das Bezogensein auf die von den Parteien übernommenen Pflichten gibt diesen je ein eigenes Schicksal und macht sie gegenseitig unabhängig

diesem Sinne nicht mehr zu bestehen. Ein Hinweis konnte noch gefunden werden bei Hanbury/Maudsley, *Modern Equity*, S. 331 Fn. 12; „Good consideration meant natural love and affection, but little effect seems to have been given to it“; see *Re Eichholz* (1959) Ch.708.

107 Cheshire/Fifoot/Furmstone (Fn. 60) 13th. ed. 1996, S. 79 mit Hinweis auf *Re Casey's Patents, Steward v. Casey* (1892) 1 Ch. 104.; aus der älteren Literatur etwa Addison (Fn. 50), der an den Anfang des *consideration*-Themas einen Abs. betitelt *Nugatory considerations* schreibt: *Neither 'love and affection' nor 'blood and relationship' nor 'friendship' ... constitute a sufficient cause or consideration ...* (S. 5).

(eine schließlich resultierende gegenseitige Verknüpfung ist unentbehrliche Sekundärfolge des *consideration*-Erfordernisses; Zif. V). Die Aufspaltung des Vertrages in die je von den Parteien abgegebenen Erklärungen ist nicht die Folge des *consideration*-Requisits, wie der kontinentale Betrachter vermuten könnte, sie lässt sich zurückverfolgen bis in die Prähistorie und besteht in England seit frühesten Anfängen. Die beiden Deutungsmuster ausgerichtet auf das Gesamtphänomen *Vertrag* oder aber auf die in ihm enthaltenen *promises* stehen zu allen Zeiten und an allen Orten in spannungsgeladener Konkurrenz. Sie sind auf weiten Strecken austauschbar, und rein lässt sich das eine wie das andere nur schwer verwirklichen. Zu betonen war hier die Bedeutung der unilateralen, auf *promises* je der Parteien ausgerichtete Sicht in England, die auf dem Kontinent oft übersehen wird.

4. *Consideration* als Voraussetzung der Rechtswirksamkeit privater *promises* wirkt heute etwas als eine *Schranke privatautonomer Bindung*, so insbesondere bei den erwähnten Fällen ausgeweiteter Anwendung (Zif. VII/2). Von ihrer Herkunft her ist sie allerdings das genaue Gegenteil, nämlich eine Hilfsfigur entstanden im Kampf, Verträgen bzw. *promises* Geltung und Klagbarkeit zu verschaffen ungeachtet des Verbots von Vertragsklagen. Hintergrund des Aufkommens der *consideration*-Requisits ist die *Unklagbarkeit vertraglicher Ansprüche vor den Königsgerichten* (oben Zif. VI/1), wie bestehend seit der Normannen-Invasion (1066) und wie beschrieben rund ein Jahrhundert später von Glanvill (Fn. 61).

5. Die gewundenen Wege des englischen Vertragsrechts sind geprägt von der Suche nach der Möglichkeit gerichtlicher Durchsetzung vertraglich begründeter und damit nicht klagbarer Ansprüche. Vertragsklagen mussten umgedeutet werden in Deliktssklagen (*assumpsit*, dazu Zif. IV, bes. 3). Aber Deliktsforderungen entstehen *per defintionem* durch unilateralen Akt des zu Verpflichtenden; konsensuale Elemente müssen aus dem Bild ferngehalten werden, denn Zustimmung des Verletzten würde das Entstehen der Schadenersatzforderung verhindern: *volenti non fit iniuria*. Bei deliktsrechtlicher Sprachregelung, d.h. Ausrichtung allein auf den zu Verpflichtenden und schließlich auf dessen *promise* bei gleichzeitigem Ausschluss von konsensualen, vertraglichen Elementen musste verharrt werden bis hin zur anscheinend nur langsam zu erreichenden Klagbarkeit vertraglicher Ansprüche. Kein Wunder, dass die über fast ein Jahrtausend aufgezwungene unilaterale Ausrichtung auf *promises* bis in unsere Tage das Verständnis des englischen Vertragsrechts bestimmt und auch bis heute auf der Ebene des *Common Law* bei Nichterfüllung eines Vertrags zwar als Sanktion Schadenersatz, nicht jedoch *specific performance* (Realexekution) erlangt werden kann: Deliktisch zu deuten ist Schadenersatzfolge, nicht aber Erfüllungszwang.

6. Dem Rechtsvergleicher ist geläufig die Beschwerlichkeit, die aus der Einschränkung möglicher Klagen durch die bereits verfügbaren *forms of action* (Klageformulare) bzw. *writs* (darauf beruhende Anweisung an den *sheriff*) folgte, deren Geltung mit den *Judicature Acts* von 1873–1875 formell endete,

die aber nach dem bekannten Spruch Maitlands noch vom Grabe aus weiter Herrschaft ausüben. Das Vertragsrecht steht aber schlimmer da, denn ihm standen überhaupt keine *writs* zur Verfügung: Keine *writ*-bedingte Beschwerlichkeit, sondern die Ausweglosigkeit gänzlicher Abwesenheit jedweder Klagemöglichkeit. Der Ausschluss von Klagen zur Durchsetzung privatautonom begründeter obligatorischer Ansprüche bestimmte das Vertragsrecht über neun Jahrhunderte. Die wohl gleich nach der Schlacht bei Hastings sich ereignet habende historische Zufälligkeit, dass die Krone ihre Gerichtsbarkeit nicht zur Verfügung stellte für Händel zwischen Untertanen resultierend bloß aus deren privaten Abmachungen, hat dem englischen Sprachbereich ein Vertragsrecht beschert, das weit abweicht von dem andernorts Geltenden und das für den Komparatisten in seiner grundlegenden Andersartigkeit ein Faszinosum eigener Art darstellt.

7. Das Vertragsrecht steht im Mittelpunkt des Privatrechts, strahlt in viele Bereiche aus und steht in vielem für Recht überhaupt. Die von den normannischen Eroberern in Rechtssachen eingenommene Position der normativen Zurückhaltung wenn nicht der Norm- und Rechtsverweigerung war die Ursache der hier illustrierten Andersartigkeit. Zum Schluss aber darüber hinaus der Hinweis auf weit größere Tragweite der Beschränktheit des Interesses der Könige für das Recht und deren minimierenden Handhabung der Gewährleistung rechtlicher Ordnung: Im eroberten England haben die neuen Herrscher nicht bloß das Vertragsrecht von der dort vorbestehenden Tradition und jener des Kontinents abgekoppelt, sondern sie schufen ein neues, andersartiges, neues Verständnis des Rechts überhaupt. Ob diese Neuausrichtung der Vorstellung von Recht geplant und gewollt war, bleibt offen. Offenkundig ist aber die Wirkung der von den Normannenherrschern installierten *curia regis*, einer neuartigen Gerichtsbarkeit, die an keine vorgegebenen Normen gebunden war und in ihrer Rechtsprechung die bisherigen im Raume Englands bestehende Rechtsüberlieferung verdrängte. Recht ist jetzt nicht mehr ein der Gesellschaft vorgegebenes und auch die Gerichte leitendes Regelwerk, sondern allein die nach keinen vorgegebenen Regeln sich ausrichtenden Praxis des Königsgerichts. Gerechtigkeit wird reduziert auf Korrektheit des zum Urteil führenden Verfahrens (*due process*), sie ist nicht mehr Durchsetzung gerechter materieller Regeln. Normatives Denken und Theorienbildung wird gegenstandslos, Rechtswissenschaft im bisherigen (heute ebenfalls in Gefahr geratenden) kontinentalen Verständnis wird ausgeschlossen; möglich ist allein Beschreibung bisher ergangener Gerichtsentscheidungen, in konkreter Entscheidungssituation die Prognose der zu erwartenden Entscheidung, die, wie eine Wettervorhersage, ungewiss ist und nicht normativ-fordernd auftreten kann. Dieses auf normative Vorgaben verzichtende Verständnis von Recht und Ordnung erklärt auch, dass England (Grossbritannien) noch heute keine geschriebene Verfassung besitzt, die mit jenen der weltweit in kontinentaleuropäischer Tradition stehenden Nationen verglichen werden könnte, und nicht anders auch die USA.

8. Die Andersartigkeit des Rechtsverständnisses im englischen Sprachbereich wird heute mehr denn je sichtbar und bestimmt alle Lebensbereiche. Rechtsgrundsätze, die in kontinentaler Tradition zentrale Bedeutung haben, fehlen in England, und ebenso oder noch mehr in den Vereinigten Staaten. Der Unterschied wird vielenorts und insbesondere auch in der Handhabung des Völkerrechts sichtbar, und er manifestiert sich auf der Ebene der Weltpolitik. Diese Andersartigkeit, die Abwesenheit von auf dem Kontinent Selbstverständlichem, wird hier als Faktum registriert, ohne Bewertung oder gar Emotion. Anders aber Maitland, der schreibt¹⁰⁸:

Chapter IV. England under the Norman Kings.

The Norman Conquest is a catastrophe which determines the whole future history of English law. We can make but the vaguest guesses as to the kind of law that would have prevailed in the England of the thirteenth century or of the nineteenth century had Harold repelled the invader. We may for example ask, but we shall hardly answer, the question, whether the history of Law in England would not have closely resembled the history of law in Germany, whether a time would have come when English law could have capitulated and made way for Roman jurisprudence.

Dann zur Erklärung des Gesagten weiter:

The Normans in England are not numerous. King William shows no desire to impose upon his new subjects any foreign code. There is no Norman code. Norman law does not exist in a portable, transplantable shape.

Die erobernden Normannen bringen kein Recht, vernichten aber bisher lokal bestehende Rechtsüberlieferung und schneiden darüber hinaus für die Zukunft England ab vom römischen Recht, von der kontinentaleuropäischen Verwissenschaftlichung des Rechts und damit auch von den Einflüssen der Aufklärung einschließlich der von dieser geforderten Durchkodifizierung des Rechts. Die Andersartigkeit des Rechtsverständnisses der Englischsprachigen zeigt sich nicht bloß im hier allein betrachteten Privatrecht, sondern strahlt in viele Bereiche aus, ja erlangt Bedeutung im globalen Geschehen. Ein weites Feld, das hier nicht betreten wird.

108 Pollock & Maitland (Fn. 26), Bd. I., ch. IV: *England under the Norman Kings*, S. 79.