

Constantin Luft*

Zu viel versprochen? Die Bindung an den Vertrag als moralisches Versprechen

Abstract

Pacta sunt servanda. Aber warum eigentlich? In seinem für die moderne anglo-amerikanische Privatrechtstheorie mittlerweile kanonischen Buch „Contract as Promise“ hat der Rechtsphilosoph Charles Fried 1981 eine aufsehenerregende These entwickelt: Verträge binden, weil sie sich unter dem moralischen Mikroskop als ein Unterfall von Versprechen entpuppen. Der Beitrag setzt sich kritisch mit dieser promissory theory vertraglicher Bindungswirkung auseinander. Auf der Basis dreier Adäquatheitsbedingungen für das Gelingen einer philosophisch plausiblen Begründung vertraglich generierter Verpflichtungen sollen die Schwächen und Grenzen von Frieds Ansatz aufgezeigt werden. Es stellt sich heraus, dass eine aussichtsreiche rechtsphilosophische Theorie von pacta sunt servanda keineswegs auf den moralischen Terminus des „Versprechens“ angewiesen ist, sondern auf zwei andere: „Konsens“ und „Kompetenz“ (legal power).

Pacta sunt servanda. But why actually? In his book “Contract as Promise” the legal philosopher Charles Fried has developed a striking thesis: Contracts are binding because they prove to be a subset of promises. The article critically examines this promissory theory of contractual obligation. On the basis of three conditions of adequacy the puzzles and limits of Fried’s approach are to be revealed. It turns out that a plausible theory of pacta sunt servanda is by no means dependent on the moral term “promise”, but on two others: “consensus“ and “(legal) power“.

* Der Verfasser studiert im neunten Semester Rechtswissenschaft und Philosophie an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Der Beitrag ist im Rahmen des Seminars „Neuere Privatrechtstheorien“ im Sommersemester 2018 bei PD *Dr. Bernhard Jakel, M.A.* entstanden, dem für die Begleitung des Textes und hilfreiche Anmerkungen gedankt wird. Sämtliche Online-Quellen wurden zuletzt am 21.12.2019 abgerufen.

Inhaltsübersicht

A. Verträge binden – Binsenweisheit oder Rätsel?.....	225
B. Pacta sunt servanda als „versprochen ist versprochen“	228
I. Die promissory theory von Charles Fried.....	230
II. Interne und externe Kritiklinien.....	232
C. Die Metaebene: Drei Adäquatheitsbedingungen.....	237
I. A ₁ : Personale Autonomie und die <i>separateness of persons</i>	238
II. A ₂ : Warum binden Versprechen?.....	241
III. A ₃ : Der <i>strictly legal point of view</i> – Konsens und <i>normative powers</i> ...	247
D. Die Autonomie der <i>Promissare</i>	251
I. Terminologische Kosten: „Versprechen“ in der Privatrechtsgeschichte.....	251
II. <i>Taking promise(e)s seriously</i>	253
III. Ein letzter Einwand: Wessen Lebensform? Welche Autonomie?	255
IV. Fazit: Wahlverwandtschaft statt Familienähnlichkeit	257

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg –Wissenschaft Online

Jahrgang 2019
Heft 2

eISSN:
2629-7132

Website:
WissOn.studzr.de

Zitiervorschlag: *Luf*, StudZR-WissOn 2019, S. 223-258

DOI: 10.11588/srzwo.2019.2.69280

A. Verträge binden – Binsenweisheit oder Rätsel?

„Die Erde ist rund und dreht sich um die Sonne.“ „Junggesellen sind unverheiratet.“ „Versprechen und Verträge müssen eingehalten werden.“

Was haben alle diese Aussagen gemein? Wenig, wenn man davon absieht, dass wir alle drei Behauptungen mit einiger Selbstverständlichkeit für wahr halten. Sie sind gewissermaßen *truisms* des menschlichen Lebens, deren Überzeugungskraft nicht angezweifelt wird; und das in jeweils verschiedener Hinsicht: Solche Binsenweisheiten können etwa *empirisch* (wir haben gute erfahrungsbasierte Gründe um anzunehmen, dass die Erde keine Scheibe ist), *logisch* (es ist schon begrifflich widersprüchlich zu behaupten, dass X verheiratet und X gleichzeitig Junggeselle ist) oder *moralisch* (wir sind davon überzeugt, dass es richtig und sogar geboten ist, gegebene Versprechen auch einzuhalten) fundiert werden.

Juristen sind aus mehreren Gründen Spezialisten für Binsenweisheiten. Sie verwalten als Rechtsdogmatiker basale juristische Glaubenssätze und versuchen, diese durch Systembildungen zu stabilisieren und institutionell abzusichern.¹ Es ist genau diese Dynamik ihrer Handwerkstechnik, auf die abgezielt wird, wenn plastisch von „dogmatischer Besitzstandspflege“² oder juristischer „Erbauungsliteratur“³ die Rede ist.

In diesem Sinne hat ein Zivilrechtler keinerlei Widerspruch zu erwarten, wenn er davon spricht, dass Verträge einzuhalten sind. *Pacta sunt servanda* als ein Eckpfeiler des modernen Privatrechts ist nämlich ein *juristisches truism*, auf dem das Normsystem des positiven bürgerlichen Rechts aufsitzt.⁴ Allerdings erschöpft

¹ Dazu ausführlich *Jansen*, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, 2011 (Erstpublikation), in: Anderheiden/Gutmann/Jakl u. a., Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, abrufbar unter: <http://enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht>.

² *Asche*, Die Margin of Appreciation, Entwurf einer Dogmatik monokausaler richterlicher Zurückhaltung für den europäischen Menschenrechtsschutz, 2018, S. 7.

³ *Gutmann*, Iustitia Contrahentium, Zu den gerechtigkeitstheoretischen Grundlagen des deutschen Schuldvertragsrechts, Manuskript, 2014, S. 1.

⁴ Etwa *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 1-113; ins oberste Regal der Lobesformeln greift *Jan Joerden*, wenn er die Konstanz der Bindung an den Vertrag funktionell auf eine Stufe mit dem Identitätssatz in formallogischen Diskursen hebt, *Joerden*, Drei Ebenen des Denkens über Gerechtigkeit: Dargestellt am Beispiel einiger rechtsethischer Regeln und Prinzipien, ARSP 74 (3), 1988, 307 (307, 312).

sich die Jurisprudenz nicht in der Funktion einer reinen *Normwissenschaft*; sie ist immer und gleichzeitig auch *normative Wissenschaft*.⁵

Wer normativ am Projekt des Rechts arbeitet und mitwirkt, ist der Semantik von guten Gründen verpflichtet.⁶ Die rechtliche Binsenweisheit *pacta sunt servanda* steht also insofern unter Rechtfertigungsdruck, als sich plausible Gründe dafür angeben lassen müssen, dass Verträge binden sollen. Zwei Umstände verstärken diesen Reflexionsdruck: *Erstens* sind „Binsenweisheiten“ bereits auf Sprechaktebene Fremdkörper im Gebilde einer Moderne, die sich mit *Anthony Giddens* auch als die „Institutionalisierung des Zweifels“⁷ verstehen lässt. *Zweitens* verweisen normative Begründungen auf ein – jedenfalls methodisch – essentiell skeptisches Projekt: die (Rechts-)Philosophie. Egal ob ein Ideal neutraler Normenrechtfertigung unter Zuhilfenahme von *public reasons* (*Rawls*) oder reziprok-allgemeinen Gründen (*Forst*) hochgehalten oder das posttraditionale bzw. postmetaphysische Zeitalter ausgerufen wird (*Habermas*); all diese Formulierungen zielen auf radikale Enttraditionalisierungsprozesse⁸, deren inhaltlicher Kristallisationspunkt im Siegeszug dessen liegt, was *Jürgen Habermas* wirkmächtig den zwanglosen Zwang des besseren Arguments genannt hat; und eben nicht die unsichtbare Hand der betagteren Binsenweisheit. Kurzum: Juristische *truism*s provozieren Philosophen gleichermaßen wie Theoretiker der Moderne. *Pacta sunt servanda* ist im Ausgangspunkt eine bloße Lehre und noch keine vollwertige Theorie. Aus einer Perspektive, welche die „Umwegrentabilität der Grundlagenforschung“⁹ anerkennt, ist es daher keinesfalls selbstverständlich, dass zwei aufeinander bezogene Willenserklärungen einen Vertrag gebären, dessen Erfüllung rechtlich einklagbar ist.

So hat etwa *David Hume* darauf hingewiesen, dass die *common sense*-Vorstellung vertraglicher Bindung zutiefst mysteriös anmutet: Nur durch ein paar schöne

⁵ Zum Oszillieren der Rechtswissenschaft zwischen diesen beiden Polen *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, 2006, S. 52.

⁶ Den privatrechtsdogmatischen Richtigkeitsanspruch diskutiert *Jansen*, Der Richtigkeitsanspruch der Privatrechtsdogmatik. Vom säkularen Naturrecht der Frühen Neuzeit zur modernen Privatrechtstheorie, in: Borowski/Paulson/Sieckmann, Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie, Robert Alexys System, 2017, S. 697 ff.

⁷ *Giddens*, Konsequenzen der Moderne, 1995, S. 54.

⁸ Im Kontext normativer Krisen, im Zuge derer Normen unterschiedliche „Aggregatzustände“ [*Lepsius*, Relationen, Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 30] durchlaufen, sich „verflüssigen“ oder „verfestigen“, dazu ausführlich Gärtner/Gutmann/Meyer/Mesch, Normative Krisen, Verflüssigung und Verfestigung von Normen und normativen Diskursen, 2019, darin insbesondere der Beitrag von *Gutmann*, Traditionskrisen, S. 303 ff.

⁹ *Jestaedt* (Fn. 5), S. 90.

Worte solle eine Verpflichtung in die Welt kommen, die vorher nicht existiert hat (*creatio ex nihilo*).¹⁰ Das sei jedoch in etwa so magisch und schwer zu verstehen wie das christliche Dogma, wonach der Priester durch einige gemurmelte Formeln „Brot und Wein“ in „Leib und Blut“ verwandelt. Ob katholische Transsubstantiationslehre oder *pacta sunt servanda*: In beiden Fällen scheint obskure Metaphysik am Werk sein zu müssen, um eine taugliche Rechtfertigung anbieten zu können. Dann wäre jedoch allein mit den Mitteln der profanen Vernunft nicht einsehbar, warum Verträge Verpflichtungen auferlegen.

Wenn *Hume* also Recht behielte, könnte man sich für weite Teile des BGB von der Maxime eines „rationalen Rechtssystems“ verabschieden, dessen leitende Prinzipien – innerhalb eines idealen Diskurses der Normunterworfenen – intersubjektiv begründbar und als gültig ausweisbar sind.¹¹

Noch vernichtender fällt die Kritik von Fundamentaloppositionellen aus der *Death of Contract*-Schule aus, die das Konzept des Vertrages gleich in Gänze auslöschen wollen. Das (Schuld-)Vertragsrecht ließe sich einfach im Rahmen eines groß angelegten Reduktionsprojektes wahlweise in Formen der Vertrauenshaftung auflösen, allein mit Prinzipien ungerechtfertigter Bereicherung erklären oder schlicht in das Deliktsrecht eingemeinden.¹² Darüber, dass der Vertrag unweigerlich „tot“ sei, lohne es sich heute nicht einmal mehr zu diskutieren, behauptete *Grant Gilmore* schon 1974 provokant.¹³

Lässt sich also eine Fortschrittsgeschichte¹⁴ des Vertragsrechts wirklich mit einem Narrativ der Machart „von der Binsenweisheit zum Auslaufmodell“

¹⁰ Siehe hierzu und zum Folgenden *Hume*, *A Treatise of Human Nature*, in: Selby-Bigge/Nidditch, 2. Aufl. 1978, S. 524 ff.; vgl. dazu auch *Owens*, *Does a Promise Transfer a Right?*, in: Klass/Letsas/Saprai, *Philosophical Foundations of Contract Law*, 2014, S. 78 (87 f.).

¹¹ Vgl. dazu *Alexy*, *Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems*, in: *Alexy/Dreier/Neumann*, *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, Beiträge zur Standortbestimmung, 1991, S. 30 ff. und *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 6. Aufl. 2017, S. 134 f.

¹² Etwa *Fuller/Perdue*, *The Reliance Interest in Contract Damages*, *Yale Law Journal* 46 (3), 1937, 373 ff.; *Gilmore*, *The Death of Contract*, 1974; *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979 oder *Kronman*, *Contract Law and Distributive Justice*, *Yale Law Journal* 89 (3), 1980, 472 ff.

¹³ *Gilmore* (Fn. 12), S. 1.

¹⁴ In diesem Sinne auch der Befund bei *Grünberger/Jansen*, *Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie*, in: dies., *Privatrechtstheorie heute*, *Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie*, 2017, S. 1 (5): „Die vielgelesenen Meistererzählungen des Privatrechts [...] schildern Verfallsgeschichten.“ Gemeint sind damit insbesondere die Studien von *Gilmore* (Fn. 12) und *Atiyah* (Fn. 12) zum *common law* und die von *Boehmer*,

erzählen? Heiligtümer der juristischen Privatrechtsausbildung wie die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit¹⁵ stünden dann nachhaltig auf dem Prüfstand.

Das schreit intuitiv nach Protest. Auch grundlagentheoretisch muss sich die Vertragsfreiheit doch plausibel einsichtig machen und damit retten lassen.

B. Pacta sunt servanda als „versprochen ist versprochen“

Den vielleicht meistrezipierten Versuch eines solchen Projektes hat *Charles Fried* in seinem einflussreichen Werk *Contract as Promise* unternommen. Als neuer „Held der Willentheorie“¹⁶ bezeichnet, zielt *Fried* darauf ab, die Vertragsfreiheit als eine entscheidende moralische Entdeckung der Philosophie zu rehabilitieren und gleichzeitig in scharfer Wendung gegen alle Vertrags skeptiker eine elegante normative Begründung für die vertragliche Bindungswirkung zu liefern: Verträge seien eine Subkategorie von Versprechen. Und da Versprechen aus moralischen Gründen bindend seien, gelte dies auch für Verträge. So kurz, so prägnant, so einfach.

Vergleicht man die *Fried*’sche Perspektive in einem ersten Zugriff mit unserem *common sense*, fallen sogleich einige Familienähnlichkeiten beider Institute ins Auge:

So wie wir es für selbstverständlich halten, dass Verträge bindend sind, ist auch klar: Versprechen müssen eingehalten werden. „Versprochen ist versprochen“ wird uns als einer der ersten moralischen Grundsätze tief eingepflanzelt.

Damit geht gleichzeitig die Überzeugung einher, die *Hume* als zutiefst mystisch empfunden hatte. Ob Vertrag oder Versprechen: allein durch den Austausch bestimmter Worte kommen Verpflichtungen in die Welt, die vorher nicht da waren. Ob Vertragsparteien oder Versprechensgeber (*Promittent*¹⁷) bzw. Versprechensempfänger (*Promissar*): sie alle sind in der Lage, das Spektrum ihrer nicht-obligatorischen Handlungsmöglichkeiten zu begrenzen, indem sie allein

Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Aufl. 1965; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1976 oder *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991 für das *civil law*.

¹⁵ Zur Bedeutung (rechtsvergleichend) etwa *Micklitz*, On the intellectual History of Freedom of Contract and Regulation, *Pennstate Journal of Law & International Affairs* 4 (1) 2015, 1 ff.

¹⁶ So (allerdings ironisierend) *Kronman*, A New Champion for the Will Theory, *Yale Law Journal* 91 (2), 1981, 404 ff.

¹⁷ Ich verwende im Folgenden die lateinische Terminologie, da sie erstens im anglo-amerikanischen Sprachraum anschlussfähig ist (*promisor/promisee*) und zweitens in der für *Fried*’s Ansatz prägenden Kantischen Rechtsphilosophie ebenfalls verwendet wird.

durch Sprechakte unvermittelt in eine Art „Modus der Selbstbindung“¹⁸ eintreten können. Nach abgegeben Versprechen (wie infolge des Vertragsschlusses) „schulde“ ich etwas. Diese Intuition ist fest verwurzelt.

Wenn ich „verspreche“, bedeutet das begriffsanalytisch genauer: (a) *ich verspreche* (b) *jemandem* (c) *etwas*.¹⁹ „Versprechen eingehen“ oder „Verträge schließen“: es handelt sich in beiden Fällen sprachphilosophisch um dreistellige Prädikate. Interessant daran ist vor allem die zweite Stelle (b). Die resultierenden Pflichten bestehen gegenüber einem spezifisch festgelegten Adressaten(-kreis). Sobald ich verspreche, X zu tun, unterliege ich damit nicht nur einer unspezifischen allgemeinen moralischen Pflicht, die etwa gegenüber der gesamten Menschheit²⁰ besteht. Nein, ich schulde meine Pflichterfüllung X genau der Person Y (und auch nur ihr) gegenüber, der ich X versprochen habe. Und das alles aus dem simplen Grund, dass ich eben Y X versprochen habe. So mag es gegenüber der Weltgemeinschaft eine Pflicht geben, bestimmte ökologische Ressourcen nicht zu zerstören. Wenn ich allerdings meiner Großmutter hoch und heilig verspreche, ihren seltenen Blumen nicht mit dem Rasenmäher den Garaus zu machen, schulde ich diese Umsicht bei der Gartenpflege allein meiner Großmutter. Versprechenspflichten fokussieren also immer einen klar umrissenen Empfänger(-kreis), sie sind stets – so werde ich im Folgenden formulieren – *gerichtet*. In juristischer Hinsicht entspricht dem die Tatsache, dass vertragliche Pflichten lediglich *inter partes* gelten.

Fried scheint also mit seiner *promissory theory* vertraglicher Bindungswirkung einen Nerv getroffen zu haben. Er führt den Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind, auf ein monistisches normatives Prinzip zurück: Versprechen binden. Das ist philosophisch elegant, schlank und intuitiv. Überzeugt *Frieds* Ansatz, kann er die Erwartungs- und Anspruchshaltung an einen neuen Helden der Willenstheorie einlösen.

Im Folgenden werden seine Thesen und Argumente kurz skizziert (**B. I.**), bekannte Kritiklinien andeutet (**B. II.**) und schließlich die fundamentalen Problemkreise einer gelingenden Theorie vertraglicher Bindungswirkung diskutiert (**C.**). *Frieds* promittentenfokussierte Konzeption wird sich dabei an zentralen Stellen als kaum haltbar entpuppen. Vielversprechendere Lösungen

¹⁸ *Gutmann* (Fn. 3), S. 9.

¹⁹ Und in der Folge habe (a) ich eine Verpflichtung (b) gegenüber jemandem (c), etwas zu tun oder zu unterlassen.

²⁰ Eigentlich natürlich gegenüber allen zu moralischer Selbstbestimmung fähigen Subjekten.

ergeben sich dagegen, wenn man einen Ansatz wählt, welcher die *Promissare* in den Mittelpunkt der Betrachtungen rückt (**D.**).

I. Die promissory theory von Charles Fried

Die zentrale These von *Contract as Promise* ist bereits im ersten Satz enthalten:

“*The promise principle, which in this book I argue is the moral basis of contract law, is that principle by which persons may impose on themselves obligations where none existed before.*”²¹

Damit bereitet *Fried* der liberalen Theorie des Schuldvertragsrechts den Weg in die Moderne²², wobei er sich an dem „variantenreiche[n] Werk einer Kantischen Erbgemeinschaft“²³ beteiligt. Seine moralische Rechtfertigung der Verpflichtungswirkung von Verträgen fußt auf einer starken Vorstellung individueller Autonomie – von Freiheit als Selbstbestimmung über die eigenen Belange; sie versteht sich als “*deontological, Kantian account*“²⁴.

Fried geht es bei seiner versprechensfundierten Begründung des modernen Vertragsrechts²⁵ nicht um eine bloße Analogiebeziehung zwischen Versprechen und Verträgen. Er versucht nicht im Sinne einer “*cantilever*”²⁶-Strategie argumentativ so etwas zu zeigen, wie: Es ist gemeinhin akzeptiert und nicht ohne Kollateralschäden reversibel, dass Versprochenes eingehalten werden soll. Alle Gründe für die Bindungswirkung von Versprechen lassen sich auch (analog) für die Bindungswirkung von Verträgen anführen, alle Argumente gegen das Ersteres wiederum ebenfalls gegen Letzteres. Also muss „wer A sagt auch B sagen“. Wenn Versprechen binden, legt uns ein Analogieschluss im selben Atemzug *pacta sunt servanda* nahe. Auf diese Weise ist der Argumentationsgang in

²¹ *Fried*, *Contract as Promise*, 2. Aufl. 2015, S. 1.

²² “Modern liberal contract theory starts with Charles Fried’s *Contract as Promise*”, *Dagan/Heller*, *The Choice Theory of Contracts*, 2017, S. 20.

²³ *Kersting*, *Wohlgeordnete Freiheit*, *Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, 1993, S. 19. Damit befindet sich *Fried* innerhalb der anglo-amerikanischen Privatrechtstheorie in guter Gesellschaft. So bedient sich etwa der *legal formalism* eines *Ernest Weinrib* [etwa *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, 1995], in besonderem Maße auch *Arthur Ripstein* [z. B. *Ripstein*, *Equality, responsibility, and the law*, 1999; *ders.*, *Force and Freedom*, *Kant’s legal and political philosophy*, 2009 und *ders.*, *Private wrongs*, 2016], vornehmlich Kantischer Ressourcen.

²⁴ *Fried* (Fn. 21), S. xiii.

²⁵ Genau genommen verfolgt *Fried* zwei Argumentationsziele: Erstens versucht er, eine überzeugende normative Grundlage des Vertragsrechts (bzw. der Bindungswirkung von Verträgen) auszubuchstabieren, *Fried* (Fn. 21), Kap. 1-2. Zweitens möchte er dem Leser aufzeigen, dass auch die Dogmatik des Common Law mit seiner Theorie am besten rekonstruiert und gerechtfertigt werden kann, *ibd.*, Kap. 3-8. Diesem Beitrag geht es nur um den erstgenannten Aspekt.

²⁶ Prominent *Carens*, *The Ethics of Immigration*, 2013, S. 225-254.

Contract as Promise allerdings nur unzureichend erfasst und höchst irreführend bezeichnet.

Analytisch handelt es sich nach *Fried* vielmehr um ein *strikt*es logisches *Spezialitätsverhältnis*. Für ihn sind Verträge ein Sonderfall, eine Teilmenge, eine Subkategorie von Versprechen.²⁷

Frieds Argument lässt sich im Wesentlichen²⁸ wie folgt rekonstruieren:

Moralisch selbstbestimmungsfähige Subjekte, die sich selbst als Freie begreifen, können sich freiwillig gegenseitig unter die Arme greifen, um ihre partikularen Ziele zu erreichen.²⁹ Sobald Personen etwas nicht nur tun, um ihre (sinnlichen) Bedürfnisse zu befriedigen, sondern weil es richtig ist – mit *Kant* also aus Pflicht und nicht bloß aus Neigung handeln – schafft dies stets Vertrauen (*trust*).³⁰ Am deutlichsten wird dieses Vertrauen im sozialen Institut des Versprechens (*promise*) sichtbar. Verspricht der *Promittent* etwas, gibt er dem *Promissar* die Möglichkeit, sein Ziel durch beiderseitige Kooperation zu erreichen. Durch die gesellschaftliche Konvention³¹ des Versprechens unterstützen sich Menschen gegenseitig dabei, ihre Wünsche zu realisieren; der Zweck besteht demnach darin, dass die Handlungsmöglichkeiten des Einzelnen ausgeweitet werden.³² „Kooperation wäre ohne das Institut des Versprechens undenkbar.“³³ Konkrete Versprechungen sind nun im Einzelfall zu halten, weil eine moralische Pflicht existiert, die besagt, dass Versprechen binden.³⁴ „Durch Versprechen verwandeln wir eine an sich neutrale Handlung in eine nunmehr gebotene Handlung.“³⁵ Wenn ich etwas verspreche, setze ich bewusst ein sozial etabliertes Institut (eben „das Versprechen“) ein und nehme dadurch gleichzeitig das Vertrauen der anderen Gesellschaftsmitglieder in Anspruch.³⁶ Breche ich mein Versprechen,

²⁷ *Fried* nimmt eine “general obligation to keep promises” an “of which the obligation of contract will be only a special class”, *Fried* (Fn. 21), S. 17.

²⁸ Die Darstellung ist recht cursorisch und wird der fein ziselierten Argumentationslinie in *Contract as Promise* nur bedingt gerecht. Eine gute (deutschsprachige) Rekonstruktion bietet etwa *Unberath*, Die Bindung an den Vertrag – Zur Bedeutung Kants für die neuere Diskussion um die Grundlagen des Privatrechts, in: FS Hruschka, 2005, S. 719 (732-739) und *ders.*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 71-75. An dieser Stelle sollen lediglich die entscheidenden Begründungsressourcen *Frieds* offengelegt werden.

²⁹ *Unberath*, Die Bindung an den Vertrag, Zur Bedeutung Kants für die neuere Diskussion um die Grundlagen des Privatrechts, in: FS Hruschka, 2005, S. 719 (734).

³⁰ Siehe hierzu und zum Folgenden *Fried* (Fn. 21), S. 8.

³¹ *Ebd.*, S. 13.

³² *Ebd.*

³³ *Unberath* (Fn. 29), S. 735.

³⁴ *Fried* (Fn. 21), S. 16 f.

³⁵ *Unberath* (Fn. 29), S. 734.

³⁶ Siehe hierzu und zum Folgenden *Fried* (Fn. 21), S. 16.

missbrauche ich die Konvention und damit das Vertrauen des *Promissars*. Ich zeige, dass ich ihn als Person nicht ernst nehme. Individuelle Versprechen müssen eingehalten werden, weil ansonsten Vertrauen enttäuscht (*trust*) und die Autonomie des Gegenübers³⁷ missachtet würde (*respect for individual autonomy*).³⁸

“*To summarize: There exists a convention that defines the practice of promising and its entailment. This convention provides a way that a person may create expectations in others. By virtue of the basic Kantian principles of trust and respect, it is wrong to invoke that convention in order to make a promise then to break it.*”³⁹

Da Verträge ein Unterfall von Versprechen sind, ist damit das Ziel erreicht: Verträge sind einzuhalten, weil Versprechen binden.

II. Interne und externe Kritiklinien

Allerdings schlägt *Fried* mit seiner Fokussierung auf die reziproken Achtungsbeziehungen zwischen Personen⁴⁰ womöglich schon theorieintern das Kantische Erbe seiner eigenen Argumentation aus. Denn er begründet auf diese Weise allenfalls eine moralische Pflicht, Versprechen zu halten. Die *Metaphysik der Sitten* trennt jedoch strikt und konsequent solche *Tugendpflichten* von *Rechtspflichten*, die Moralität (= es ist richtig, X zu tun) von der Legalität (= es ist rechtens, X zu tun).⁴¹ Neben dem Verweis auf soziale Praxen soll sich *Fried* den Kritikern zufolge mit seinem zweiten Rechtfertigungsstrang (*respect for individual autonomy*) einen problematischen Begründungsüberschuss einhandeln.⁴²

„Die Unterscheidung von Rechts- und Tugendpflichten nimmt *Fried* [...] nicht ausreichend ernst. Denn er schließt von der Tugendpflicht auf die Rechtspflicht, einen Vertrag zu halten. In dieser Hinsicht ist *Fried* keine Fortsetzung Kantischer Philosophie, sondern stellt sie gewissermaßen auf den Kopf.“⁴³

³⁷ Oder vielleicht meine eigene oder beide? *Frieds* Ansatz changiert hier zwischen diesen Polen, dazu **C. II. 2** (Fn. 120).

³⁸ *Unberath* (Fn. 29), S. 735.

³⁹ *Fried* (Fn. 21), S. 17.

⁴⁰ Zur Unverzichtbarkeit dieser Argumentationsfigur für die moderne Normenbegründung *Gutmann*, Claiming Respect. Historische Erfahrung und das Einfordern von Rechten, in: *Gutmann/Laukötter/Pollmann/Siep*, Genesis und Geltung, Historische Erfahrung und Normenbegründung in Moral und Recht, 2018, S. 285 ff.

⁴¹ *Kant*, Metaphysik der Sitten (1797), in: Preussische Akademie der Wissenschaften, Kants gesammelte Schriften, Band VI, 1907, S. 214.

⁴² *Unberath* (Fn. 29), S. 737.

⁴³ *Unberath* (Fn. 29), S. 737.

Damit fordere *Contract as Promise* letztlich sogar die liberale Grundüberzeugung eines Vorrangs des Rechts vor dem Guten⁴⁴ heraus. Zu Ende gedacht bedeute *Frieds* Ansatz nämlich, so die Kritiker unisono, dass Verträge nicht aufgrund des übereinstimmenden Parteiwillens binden, sondern erst, sofern die Vertragspartner erfüllen, *weil* sie sich gegenseitig achten.⁴⁵

Nicht gegen die Begründung einer Pflicht, Versprechen einzuhalten, sondern dagegen, diese Pflicht kraft Spezialitätsrelation auch auf Verträge auszuweiten, argumentiert unterdessen *Dori Kimel* in seiner Dissertation *From Promise to Contract*⁴⁶.

Versprechen und Verträge beförderten an entscheidender Stelle unterschiedliche Zwecke. Während erstere durchaus persönliche Beziehungen förderten und Vertrauen (*trust*) generierten⁴⁷, indem sie für eine Transparenz der Motive des *Promittenten* sorgten⁴⁸, gelte bei Verträgen das glatte Gegenteil. Hier seien die Motive des Vertragspartners lediglich durch „einen dichten ‚Schleier‘ zu erahnen.“⁴⁹ Die charakteristische Performanz des Verpflichteten, also im Kontext von Verträgen die Erfüllung, könne erzwungen werden. Es sei nicht Vertrauen, sondern Furcht vor staatlicher Durchsetzungsmacht die Triebfeder für die Vertragstreue.⁵⁰ Der Clou des Ganzen soll nun darin bestehen, dass die Zwangsinstrumente bei Verträgen unter Fremden das vielbeschworene Vertrauen substituieren:

„Der ‚intrinsic‘ Wert des Vertrages sei [bei Kimel] also darin zu sehen, daß der Vertrag Distanz (*detachment*) zwischen den Vertragsparteien ermöglicht und diese [Distanz] eine wertvolle Alternative zu persönlichen Beziehungen darstellt.“⁵¹

Ob man allerdings *Kimels* Zentralthese, die Distanz zum Vertragspartner sei intrinsisch wertvoll, folgen muss, ist fraglich: Denn diese Distanz besteht ja

⁴⁴ *Rawls*, Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978–1989, 1992, S. 364–397.

⁴⁵ *Unberath* (Fn. 29), S. 737 („Damit verkehrte sich das liberale Ideal in sein paternalistisches Gegenteil“). In dasselbe Horn stoßen im englischen Sprachraum etwa *Weinrib* (Fn. 23), S. 52; *Benson*, Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory, *Cardozo Law Review* 10 (5-6), 1989, 1077 (1100); *ders.*, Contract as a Transfer of Ownership, *William & Mary Law Review* 48 (5), 2007, 1673 (1682) und *ders.*, Contract, in: *Patterson*, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, 2. Aufl. 2010, S. 29 (41–44).

⁴⁶ *Kimel*, *From Promise to Contract*, 2001.

⁴⁷ *Ebd.*, S. 26 f.

⁴⁸ *Ebd.*, S. 76.

⁴⁹ *Unberath* (Fn. 29), S. 741.

⁵⁰ *Kimel* (Fn. 46), S. 57, 64.

⁵¹ *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 97 f. (Einfügung durch Verfasser).

jederzeit zu einer unüberschaubaren Vielzahl von Personen und scheint in diesem Sinne privatrechtstheoretisch äußerst unspezifisch zu sein.⁵² Zudem wird *Kimels* programmatischer Anspruch („*towards a liberal theory of contract*“) aufgrund seiner Sozialisation in den Gefilden eines liberalen Perfektionismus⁵³, der fortwährend unter Paternalismusverdacht⁵⁴ steht, kritisch beäugt. Solche philosophischen Theorieangebote operieren nämlich mit einem teleologischen Autonomiebegriff, d. h. Autonomie ist nicht isoliert und per se wertvoll, sondern nur, insofern sie auf „wertvolle“ Ziele gerichtet ist. Dabei geht es stets um den *pursuit of the good*,⁵⁵ um die Ausübung wertvoller Aktivitäten, die Pflege wertvoller Beziehungen,⁵⁶ um die Förderung „des (einen) guten Lebens“, aber nicht primär um subjektive Rechte.⁵⁷ Wer Privatrechtstheorie allerdings – wie etwa *Fried* – in Anlehnung an *Kant* und dessen „Philosophie des subjektiven Rechts“⁵⁸ betreibt, muss solche Versuche zwangsläufig als externe Kritik begreifen und zurückweisen.⁵⁹

Dagegen hat *Richard Craswell*, unter Verwendung der ökonomischen Analyse des Rechts, einen Irrelevanzeinwand gegen die *promissory theory* in die Debatte eingebracht: Sich an seine Versprechen zu halten sei eine kontingente und damit frei modellierbare soziale Praxis. So wie wir uns etwa auch Schachspiele ohne Könige, Champions League-Begegnungen ohne die Abseitsregel oder Demokratien ohne Wahlen vorstellen können⁶⁰, wäre theoretisch auch eine soziale Konvention des Versprechens möglich und denkbar, die keine

⁵² *Unberath* (Fn. 51), S. 98.

⁵³ Diese philosophische Strömung [einen Überblick über artverwandte Konstruktionen bietet *Wall*, *Perfectionism in Moral and Political Philosophy*, in: Zalta, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), abrufbar unter: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/perfectionism-moral/>] geht im Wesentlichen auf *Joseph Raz*'s einschneidende Monographie *The Morality of Freedom*, 1986, zurück. Die Oxforder Dissertation *Kimels* ist unter der Aufsicht eben jenes *Joseph Raz* entstanden.

⁵⁴ Ausführlich *Düber*, *Selbstbestimmung und das gute Leben im demokratischen Staat, Der Paternalismus-Einwand gegen den Perfektionismus*, 2016.

⁵⁵ *Raz* (Fn. 53), S. 378-381.

⁵⁶ *Kimel* (Fn. 46), S. 131.

⁵⁷ Vgl. *Unberath* (Fn. 51), S. 101.

⁵⁸ *Hruschka*, *Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechts*, JZ 2004, 1085 (1085).

⁵⁹ So etwa *Unberath* (Fn. 29), S. 746 („Theorie des paternalistischen Pluralismus“).

⁶⁰ Vgl. *Lamb*, *The power to bequeath*, *Law and Philosophy* 33 (5) 2014, 629 (630).

Bindungswirkung kennt.⁶¹ Verpflichtend oder “*nonoptional to some degree*”⁶² würden Versprechen erst durch Hintergrundregeln (*background rules*), die im positiven Rechtssystem inkorporiert sind. Das Institut des Versprechens kann deshalb eben nicht aus sich selbst heraus begründen, welche dieser (Rechts-)Regeln konkret anzuwenden bzw. wie sie inhaltlich auszugestalten sind.⁶³ In diesem Sinne sei *Frieds* legitimatorisches Plädoyer für eine bestimmte soziale Konvention gänzlich irrelevant für das positive Regime des Vertragsrechts.⁶⁴ Hier zeige sich letztlich trotz der eigentlich rechte- und autonomiebasierten Konzeption in *Contract as Promise* eine versteckte „Starthilfe für utilitaristische Rezepte“⁶⁵.

Man kann *Fried* methodologisch also sowohl theorieintern kritisieren (wie *Benson*) als auch in dekonstruktiver Absicht Erwägungen aus der externen (Außen-)Perspektive an seinen versprechensfundierten Ansatz herantragen (wie *Kimel* oder *Craswell*). Dabei habe ich mit den skizzierten Einwänden freilich nur ein Schlaglicht auf die breit gefächerte und kontroverse privatrechtstheoretische und philosophische Debatte rund um *Contract as Promise* werfen können.⁶⁶

Man kann gegen *Fried* sicher allerhand ins Feld führen. Nach reiflicher Überlegung findet sich sicher in nahezu jeder Situation noch ein ergänzender Kandidat für Kritik der Struktur „deine Theorie kann aber den dogmatischen

⁶¹ Ähnlich *Anwander*, *Versprechen und Verpflichten*, 2008, S. 138: „Wie es nicht unmittelbar einsichtig ist, was der Witz davon sein könnte, Lederbälle über eine Wiese zu kicken oder Holzfiguren auf einem karierten Feld herumschieben, so ist die fürs Versprechen konstitutive Regel nicht natürlicherweise intelligibel.“

⁶² *Craswell*, *Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*, *Michigan Law Review* 88 (3) 1989, 489 (518).

⁶³ *Ebd.*, S. 490.

⁶⁴ *Ebd.*, S. 489.

⁶⁵ *Dagan/Heller* (Fn. 22), S. 24. Die beiden bevorzugen deshalb ein Modell, welches das Vertragsrecht um einen perfektionistischen Autonomiebegriff herum konstruiert und (zwingende) Vertragstypen, die „das gute Leben“ der Parteien fördern, als “*autonomy enhancing*” charakterisiert und rechtfertigt, dazu *Dagan*, *Autonomy, Pluralism, and Contract Law Theory*, *Law and Contemporary Problems* 76 (2) 2013, 19 ff. sowie ausführlich *Dagan/Heller* (Fn. 22), S. 41-47, 102-113.

⁶⁶ Weiterführende Diskussionen finden sich etwa bei *Knapp*, *Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel*, *Hastings Law Journal* 49 (5-6) 1998, 1191 ff., *Scanlon*, *The Difficulty of Tolerance*, 2003, S. 234-269, *Unberath* (Fn. 29) und *ders.* (Fn. 51), *Shiffrin*, *The Divergence of Contract and Promise*, *Harvard Law Review* 120 (3) 2007, 708 ff., *dies.*, *Promising, Intimate Relationships, and Conventionalism*, *Philosophical Review* 117 (4) 2008, 481 ff. und *dies.*, *Are Contracts Promises?*, in: *Marmor*, *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, 2012, S. 241 ff. sowie bei *Kimel*, *Personal Autonomy and Change of Mind in Promise and in Contract*, S. 96 ff.; *Penner*, *Promises, Agreements, and Contracts*, S. 116 ff.; *Katç*, *Economic Foundations of Contract Law*, S. 171 ff.; *Markovitz*, *Good Faith as Contract’s Core Value*, S. 272 ff. oder *Klass*, *Efficient Breach*, S. 362 ff., jeweils in: *Klass/Letsas/Saprai* (Fn. 10).

Kunstgriff X unseres positiven (Schuld-)Vertragsrechts Y nicht angemessen rekonstruieren⁶⁷. Das lenkt allerdings von der eigentlich entscheidenden Frage ab, was eine Theorie vertraglicher Verpflichtungswirkung leisten, welchen Abstraktionsgrad sie mindestens erreichen muss, um zu überzeugen^{68, 69}.

In diesem Beitrag wird es deshalb nicht darum gehen, sich einer der Kritiklinien anzuschließen oder *Frieds opus magnum* gegen diese zu immunisieren. Vielmehr soll perspektivisch ein wenig „herausgezoomt“ werden, um einmal aus der Vogelperspektive anzudeuten, welche Kriterien eine gelingende (normative) Theorie vertraglicher Bindungswirkung erfüllen muss, insbesondere welche Begründungslasten sie treffen. Dieses Projekt wird von zwei Intuitionen getragen:

1. *Frieds* zentrale Begründungsressource ist richtig gewählt. Die Bindungswirkung von Verträgen lässt sich mit dem reziprok geschuldeten Respekt vor der personalen Autonomie des Vertragspartners plausibel begründen.
2. Der moralisch aufgeladene, mit einer korrespondierenden sozialen Praxis unterfütterte Versprechensbegriff in *Contract as Promise* ist dafür weder notwendig noch hinreichend.

Dazu werde ich drei Adäquatheitsbedingungen⁷⁰ aufstellen, denen jede gute normative Theorie darüber, warum Verträge binden, genügen sollte (**C.**). Diese Minimalbedingungen fungieren gleichzeitig als Evaluationsschema für *Frieds* Ansatz (**C. I.-C. III.**). Es soll einerseits angerissen werden, welche Theoriestränge – im Unterschied zu *Fried* – bereits keinen konsistenten Begriff von einem „Vertrag“ bilden können und andererseits gezeigt werden, an welchen Stellen die Argumente in *Contract as Promise* den aufgestellten

⁶⁷ So bedauert *Fried* selbst retrospektiv, die Perspektive dritter Parteien in seinen dogmatischen Schlussfolgerungen nicht ausreichend gewürdigt zu haben: “Many of the deficiencies of my analysis can be attributed to my failure to take sufficient account of the evident fact that in passing from the realm of moral to that of legal obligation the predilections and obligations (moral and otherwise) of third parties (judges, jurors, legislators), who are not parties to the promise and not bound to its terms, are necessarily involved.”, *Fried*, *The Ambitions of Contract as Promise*, in: *Klass/Letsas/Saprai* (Fn. 10), S. 17 (17). *Randy Barnett* praktiziert diese Spielart der Kritik am Beispiel von “gap filling” und der “objective theory of assent” *Barnett*, *Contract Is Not Promise, Contract is Consent*, in: *Klass/Letsas/Saprai* (Fn. 10), S. 42 (44 ff.).

⁶⁸ Zu diesem Lackmustest für philosophische Argumente eindrucksvoll *Nagel*, *Preface*, in: *ders.*, *Mortal Questions*, 1979, S. ix (ix-xii).

⁶⁹ Vgl. schon die Differenzierung in Fn. 25.

⁷⁰ Zur wissenschaftstheoretischen Bedeutung des Begriffs z. B. *Tetens*, *Wissenschaftstheorie: Eine Einführung*, 2013, S. 58-67.

Adäquatheitsbedingungen nicht genügen. Letztlich werde ich dafür eintreten, dass sich die vertragliche Bindung schlüssiger aus der Schnittmenge einer Theorie von *normative powers* und des Konsenses der Parteien ableiten lässt (**C. III.**). Die vorgeschlagene rechtstheoretische Analyse (**D. II.**) und der dafür benötigte Autonomiebegriff bleiben letztlich nicht rein formal und philosophisch entrückt, sondern kommen als substanzielle dichte Begriffe ohne eine prominente Referenz auf die soziale Institution des Versprechens aus (**D. III.**).

C. Die Metaebene: Drei Adäquatheitsbedingungen

Eine plausible Theorie vertraglicher Bindung sollte den folgenden drei (Minimal-)Bedingungen genügen:

- (i) Da es sich um eine Theorie genuin *vertraglicher* Bindung handeln soll, muss der Begriff „Vertrag“ theorieintern kohärent formulierbar sein. (**A₁**)
- (ii) Die Theorie sollte die normative Tiefengrammatik der Verpflichtungswirkung von Verträgen abbilden, d. h. sie sollte (**1.**) plausibel herleiten können, warum eine Rechtsperson wirksam verpflichtet wird, ohne (**2.**) zwingend in der Lage sein zu müssen, auf Basis ihrer Begründungsressourcen das gesamte (dogmatische) Panoptikum des positiven Vertragsrechts zu rekonstruieren. (**A₂**)
- (iii) Um die vertragliche Bindung zu erklären, sollte sie im Sinne von *Ockhams Rasiermesser* möglichst schlanke und sparsame Annahmen machen und möglichst wenige theoretische Werkzeuge benutzen. Kurz gesagt: Je einfacher, desto besser. (**A₃**)

Ich betrachte diese Adäquatheitsbedingungen als intuitiv und recht trivial. Sie sollen tatsächlich die Funktion von so etwas wie Binsenweisheiten oder *truisms* übernehmen.

Natürlich kann man diese Minimalbedingungen anzweifeln. Sie sind allerdings derart basal, dass jeder, der dies tut, die *argumentative Beweislast* für sein Vorbringen trägt. Solange also keine überzeugenden Gegengründe angeführt werden, gilt die Angemessenheit der Adäquatheitsbedingungen als zugestanden – ohne dafür den „Barwert“⁷¹ ihrer Wahrheit gezeigt haben zu müssen. Pragmatistisch reformuliert: sie bilden die *default position*. Deshalb werde ich nicht weiter für ihre

⁷¹ James, Der Wahrheitsbegriff des Pragmatismus (1907), in: Skirbekk, Wahrheitstheorien, Eine Auswahl aus den Diskussionen über Wahrheit im 20. Jahrhundert, 1977, S. 35 (37).

Richtigkeit oder Angemessenheit argumentieren. Sie sind das Fundament der weiteren Überlegungen.

I. A₁: Personale Autonomie und die *separateness of persons*

Plausibel von einem „Vertrag“ zu sprechen, scheint für eine Theorie recht voraussetzungslos, unproblematisch, ja einfach zu sein. Bei näherem Hinsehen ist dem aber nicht so.

Denn die „rechtliche *idée directrice* des Vertrags liegt [...] in der gemeinsamen Selbstbestimmung der Parteien, die im Modus der Selbstbindung von ihren Rechten Gebrauch machen.“⁷² Er wird im Selbstverständnis moderner Gesellschaften zur „Hauptdeterminante individueller Lebensgestaltung“^{73,74} Jegliche Vertragstheorie ist insofern von vornherein liberal imprägniert: Sie „verankert die normativen Fundamente der Institution ‚Vertrag‘ in subjektiven Rechten, namentlich in der Vertragsfreiheit“⁷⁵ und rückt die Privatautonomie⁷⁶ als Prinzip der eigenen Gestaltung von Rechtsverhältnissen durch den Einzelnen nach seinem Willen ins Zentrum.⁷⁷ Dieser Freiheitsgebrauch von Personen ist durch die Rechtsordnung anzuerkennen; ihm korrespondiert deshalb eine normative Befugnis, rechtsverbindliche Verträge abzuschließen.⁷⁸ Das Privatrecht wird dabei als System der Kompatibilisierung von Freiheitssphären verstanden.⁷⁹

Das hat Folgen für die Höhe der A₁-Hürde: Wer den Sprechakt „Vertrag“ ausschließlich als Platzhalter oder Werkzeug für z. B. ökonomische Effizienzerwägungen oder (in ihrer theoretischen Genese unklare⁸⁰) aristotelisch-

⁷² Gutmann (Fn. 3), S. 9.

⁷³ Ebd., S. 8.

⁷⁴ Dazu Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*, 1861/1870, S. 170 sowie Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie*, 5. Aufl. 1980, S. 399.

⁷⁵ Gutmann (Fn. 3), S. 8.

⁷⁶ So selbst gegenüber der klassisch-liberalen Willenstheorie extrem skeptisch eingestellte Theoretiker, etwa Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's Consideration and Form*, *Columbia Law Review* 100 (1) 2000, 94 (97).

⁷⁷ Gutmann (Fn. 3), S. 8.

⁷⁸ Ebd.

⁷⁹ Ripstein, *Private Order and Public Justice: Kant and Rawls*, *Virginia Law Review* 92 (7) 2006, 1391 ff.

⁸⁰ Dazu Gutmann, *Theories of contract and the concept of autonomy*, *Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics*, 2013/55, S. 5 f. („Aristotelian phantom pain“).

thomistische Prinzipien⁸¹ austeilender und/oder ausgleichender Gerechtigkeit gebraucht, versteht den Gegenstand falsch. Das privatrechtstheoretische *explanandum* wird damit zielgenau verfehlt. Was dabei auf der Strecke bleibt, ist nämlich die Idee des Vertrages als solche:

“Because the notion of contract is inherently founded on the idea of two or more persons realizing individual self-determination by means of voluntarily entering legally binding agreements, there is no such thing as a ‘choice of paradigm’ for the theory of contract. **Alternative ‘paradigms’ necessarily fail to grasp the meaning of their object.** At best, they denote (well-founded or not so well-founded) limits of the realm of contracts, but cannot explain what contracts are. **They are built around a void.**”⁸²

Fried fokussiert mit dem Versprechen allerdings gerade ein Institut, das sich als Mittel der Realisierung individueller Selbstbestimmung und Entscheidungsfreiheit verstehen lässt. Vertrag und Versprechen teilen sich ihr normatives Gravitationszentrum: Beiden liegt die Vorstellung zugrunde, dass sich zwei (oder mehr) autonome Personen treffen und allein durch ihren – in der aufeinander bezogenen Kommunikation manifestierten – Willen neue Verpflichtungen schaffen und in die Welt bringen.

Contract as Promise nimmt also die personale Autonomie der vertragsschließenden Individuen ernst. *Fried* läuft damit nicht – wie etwa alle teleologisch-maximierenden Theoriestränge⁸³ – Gefahr, den Einzelnen lediglich als „Glieder“ einer „Kollektivperson“ zu begreifen, damit den liberalen Grundsatz der *separateness of persons*⁸⁴ auszuhebeln und unterschiedlichste Individuen mit subjektiven (Freiheits-)Rechten einfach zu „amalgamieren“ (“in short [...] having my uniqueness insufficiently recognised, being classed as a member of *some featureless amalgam*”⁸⁵).

⁸¹ Beispiele sind *Weinrib* (Fn. 23) und *ders.*, *Corrective Justice*, 2012 sowie *Gordley*, *Contract Law in the Aristotelian Tradition*, in: *Benson*, *The Theory of Contract Law: New Essays*, 2001, S. 265 ff.

⁸² *Gutmann* (Fn. 80), S. 12 (Hervorhebung durch Verfasser).

⁸³ “Maximizing teleological theories cannot deal with the ‘separateness of persons’. Lacking a discrete criterion for the distribution of benefits and burdens, they always allow for the sacrifice of one person’s interests or rights if her loss is outweighed by the aggregated collective advantage. Neither separate persons nor their rights, nor the binding force of their agreements are of intrinsic importance in the end.”, *Gutmann* (Fn. 80), S. 6.

⁸⁴ *Ramls*, *A Theory of Justice*, 1972, S. 27.

⁸⁵ *Berlin*, *Two Concepts of Liberty*, in: *Hardy*, *Liberty*, 2002, S. 166 (201) (Hervorhebung durch Verfasser).

Insbesondere kommt die Erklärungskraft der *promissory theory* auch damit zurecht, dass es sich bei Verträgen stets um mehrseitige Rechtsgeschäfte handelt. „Für Versprechen braucht es [ebenfalls] zwei“⁸⁶, hat das *Judith Thomson* in ihrer philosophischen Analyse präzise auf den Punkt gebracht. Bei einem kommunikativen Akt, der sich im Nachhinein konsistent mit *promise* etikettiert wissen will, sind notwendigerweise *Promittent* und *Promissar* aktiv involviert.⁸⁷ Allein in meinem stillen Kämmerlein lässt sich gegenüber einer abwesenden Person dagegen kein Versprechen abgeben, da zumindest Rezeption und Annahme dafür als Minimalbedingungen hinzutreten müssten.⁸⁸ Auch Versprechen sind aus mindestens zwei Gründen mehrseitig: *Erstens* tariert ein notwendiger *Zustimmungsakt* der *Promissare* die beiderseitigen Interessen aus. Die *Promittenten* wollen sich binden können, während die *Promissare* ihrerseits daran interessiert sind, die ihnen gegenüber bestehenden Verpflichtungen kontrollieren zu können.⁸⁹ Ohne die Annahmebedingung würden den potenziellen *Promissaren* vor diesem Hintergrund unverhältnismäßig hohe Kosten aufgebürdet.⁹⁰ *Fried* selbst hat in diesem Zusammenhang das Beispiel einer Gruppe mir völlig unbekannter Personen gebracht, die vom Bevölkerungswachstum beunruhigt sind und mir daher per Postkarte „versprechen“, nicht mehr als zwei Kinder in die Welt zu setzen.⁹¹ Es wäre recht bizarr, allein daraus abzuleiten, dass diese Personen von nun an in der promissorischen Pflicht stehen, meinen Segen einholen zu müssen, falls sie ein drittes Kind haben möchten.⁹² *Zweitens* geht bereits phänomenologisch die Initiative in den meisten Fällen von der *Promissare*seite aus: „Die eine Person bittet die andere, ihr etwas Bestimmtes zu versprechen, oder will zumindest klären, ob ihr die andere Person auch verspreche, etwas Bestimmtes zu tun.“⁹³

Diese Mehrseitigkeit illustriert zudem, wie einige Sprachverwirrungen rund um das „Versprechen“ aufzulösen sind. Der Begriff lädt zu Äquivokationen ein, sodass kurz darauf hinzuweisen ist, was Versprechen eben nicht sind: Sie sind (a) keine normalen *Aussagen*, (b) keine bloßen *Gelöbnisse* und (c) keine simplen *Drohungen*. Dies ist zutreffend, obwohl sich alle diese Typen von Aussprüchen problemlos mit einem „das verspreche ich“ formulieren lassen.

⁸⁶ *Thomson*, *The Realm of Rights*, 1990, S. 321 (Einfügung durch Verfasser), ausführlich S. 296 ff.

⁸⁷ Dazu ausführlich *Anwander* (Fn. 61), S. 23-36.

⁸⁸ *Ebd.*, S. 23.

⁸⁹ *Scanlon*, *What we owe to each other*, 1998, S. 312 f.

⁹⁰ *Anwander* (Fn. 61), S. 34.

⁹¹ *Fried* (Fn. 21), S. 41.

⁹² *Ebd.*

⁹³ *Anwander* (Fn. 61), S. 32.

Der Adressat einer *Aussage* ist nur passiver Rezipient und nicht annahmefähig, weshalb diese ihm gegenüber keinerlei Pflichten schaffen bzw. Rechte verleihen kann, die inhaltlich auf Performanz der kommunizierten Absicht gerichtet sind.⁹⁴ *Gelübde*, *Eide* oder *Schwüre* sind ebenfalls rein einseitig; ich kann sie auch etwa klammheimlich in meinem Tagebuch ablegen. Gelübde müssen also ebenfalls nicht angenommen werden (die §§ 145 ff. BGB würden für sie keinerlei Sinn ergeben) und es ist zudem nicht der Fall, dass die Instanz, der gegenüber ich feierlich schwöre, stets ein Recht auf die zugesagte Handlung hat: So kann ich etwa Gelübde auf die Ehre meiner bereits verstorbenen Großmutter (die kein Rechtssubjekt mehr ist), den Koran, das Vaterland oder die Pfadfinderehre ablegen.⁹⁵ *Drohungen* erfordern schließlich zwar einen Rezipienten, aber eben keinen, der „Dinge wie ‚O.K.‘ [oder] ‚Abgemacht‘“⁹⁶ sagt, also die Drohung annimmt.

„Es ist vielmehr der Versuch, im Adressaten bestimmte Erwartungen zu wecken, die im Zusammenspiel mit seinen Präferenzen dazu führen sollen, dass er sich in einer vom Drohenden erwünschten Weise verhält.“⁹⁷

Auf eine einfache Formel gebracht: „Versprechen verändern die normative Situation; Drohungen verändern die Welt.“⁹⁸

Wenn „Versprechen“ analytisch richtig verstanden werden, teilen sie mit dem Vertrag somit auch das Spezifikum der Mehrseitigkeit.⁹⁹ *Fried* kann theoretisch sinnvoll von „Verträgen“ sprechen.

A₁ bringt *Contract as Promise* nach alledem nicht in Verlegenheit. Mit *Hanoch Dagan* und *Michael Heller* ist daher erst einmal festzuhalten: „Fried got the ball rolling“¹⁰⁰.

II. A₂: Warum binden Versprechen?

Ungleich wichtiger ist natürlich die Frage, ob er zusätzlich plausibel rechtfertigen kann, warum Versprechen (und damit auch Verträge) Verpflichtungen auferlegen. Diese Bindungskraft von Versprechen ist philosophisch keinesfalls

⁹⁴ *Anwender* (Fn. 61), S. 55. Zu etwaigen Manipulationsverboten und Sorgfaltspflichten *Scanlon* (Fn. 89), S. 296-302.

⁹⁵ *Anwender* (Fn. 61), S. 59 f.

⁹⁶ *Ebd.*, S. 63.

⁹⁷ *Ebd.*, Drohungen verleihen dem Bedrohten daneben natürlich auch kein (einklagbares) Recht darauf, dass die androhte Handlung ausgeführt wird; das wäre grotesk.

⁹⁸ *Ebd.*, Drohungen sind also – sprachphilosophisch ausgedrückt – eine perlokutionäre Angelegenheit.

⁹⁹ Einen schematisch-tabellarischen Überblick zur Abgrenzung von Versprechen und ähnlich lautenden kommunikativen Akten bietet *Anwender* (Fn. 61), S. 65.

¹⁰⁰ *Dagan/Heller* (Fn. 22), S. 24.

trivial und hat schon Denker wie *Cicero*, *Hugo Grotius*, *Thomas Hobbes*, *Immanuel Kant*, *Friedrich Nietzsche* oder *Henry Sidgwick* umgetrieben.¹⁰¹ Auch in der neueren (analytischen) Philosophie erfreut sich der Problemcluster – beispielsweise in der Sprachphilosophie, Handlungstheorie sowie innerhalb von Theorien praktischer Rationalität – wieder großer Beliebtheit.¹⁰²

1. *Frieds* doppelter Boden – Soziale Praxis und Autonomie

Charles Fried hat die Verpflichtungskraft menschlicher Aussagen im Versprechenskontext, wie oben referiert (**B. I.**), auf zwei normative Argumentationsstränge gestützt: Eine soziale Konvention, die Vertrauen (*trust*) generiert, einerseits sowie die wechselseitigen Achtungsbeziehungen zwischen autonomen Personen (*respect for individual autonomy*) andererseits. Ein Versprechen sei deswegen bindend, weil der *Promittent* das Institut des Versprechens bewusst einsetzt und damit Vertrauen für sich in Anspruch nimmt. Wenn er das Versprechen nicht einhält, enttäuscht er das Vertrauen und nimmt die Person des *Promissars* nicht „für voll“, obwohl er diesem Respekt schuldet.

Hier legt bereits die Formulierung nahe, dass die zwei Stränge bei eingehender Betrachtung voneinander unabhängig sind. Dies wird auch durch den Umstand gestützt, dass beide in der kontroversen philosophischen Debatte, welche sich

¹⁰¹ *Nietzsche*, Zur Genealogie der Moral, Eine Streitschrift (1887), in: Colli/Montinari, Friedrich Nietzsche: Sämtliche Werke, Kritische Studienausgabe, 2. Aufl. 1988, S. 291-293; *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), in: Preussische Akademie der Wissenschaften, Kants gesammelte Schriften, Band IV, 1903, S. 402 f., 429 f.; *Sidgwick*, The Methods of Ethics, 7. Aufl. 1907, S. 303-311; *Grotius*, De Jure Bellis ac Pacis, Libri Tres, Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens (1625), 1950, S. 235-244; *Hobbes*, Leviathan (1651), in: Tuck, 1996, S. 94-100; *Cicero*, De officiis, Vom pflichtgemäßen Handeln, lateinisch und deutsch, in: Gunermann, 2003, S. 29-31.

¹⁰² Etwa *Austin*, How to do Things with Words, 1962; *Searle*, Speech Acts, An Essay in the Philosophy of Language, 1969; *Bratman*, Intentions, Plans, and Practical Reasons, 1987; *Scanlon* (Fn. 89); *Schenk*, Kontinuität der Person, zum Versprechen und Vertrauen, 1998; *Labno*, Versprechen, Überlegungen zu einer künstlichen Tugend, 1995; *Gilbert*, Obligation and Joint Commitment, *Utilitas* 11 (2) 1999, 143 ff.; *Klass*, Das Versprechen, Grundzüge einer Rhetorik des Sozialen nach Searle, Hume und Nietzsche, 2002; *Schneider/Annen*, Die Ordnung des Versprechens, Naturrecht, Institution, Sprechakt, 2005; *Glückner*, Das Versprechen. Studien zur Verbindlichkeit menschlichen Sagens in Søren Kierkegaards Werk „Die Taten der Liebe“, 2009; *Scheinmann*, Promises and Agreements, Philosophical Essays, 2011; *Black*, Agreements, A philosophical and legal study, 2012; *Owens*, Shaping the normative landscape, 2012; einen Überblick bietet *Habib*, Promises, in: Zalta, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2018 Edition), abrufbar unter: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/promises/>.

mit der Bindungskraft von Versprechen beschäftigt, unterschiedlichen und konkurrierenden Theorielagern entsprechen.¹⁰³

Der damit erreichte Begründungsüberschuss bekommt der *promissory theory* allerdings nicht besonders gut. In einem ersten Schritt zielt nämlich die *trust*-Rechtfertigung an wesentlichen Stellen am eigentlichen Begründungsprojekt vorbei.

a) *Das soziale Spiel*

Versprechen lediglich als Konvention oder soziale Praxis zu begreifen¹⁰⁴, begründet erst einmal gar nichts. Dass es gewisse Praxen faktisch gibt oder gab, sagt uns nichts darüber, ob diese auch wertvoll sind bzw. waren (man denke z. B. an Sklaverei, Hexen- oder Witwenverbrennung). Denn derlei Folgerungen sind allesamt naturalistische Fehlschlüsse, die normativ am nicht zu überwindenden Hiatus von „Faktizität und Geltung“¹⁰⁵ scheitern.

Wird daraufhin zusätzlich auf die Inanspruchnahme von Vertrauen (*trust*) verwiesen, rettet das die fried'sche Argumentation nicht.

Erstens müssten wir dann in vielen Fällen kontraintuitiv annehmen, dass Versprechen in sozialen Nähebeziehungen – z. B. innerhalb der Familie oder unter Freunden – überflüssig sind. Denn so wie mein Versprechen gegenüber einem Sterbenden auf der einsamen Insel niemals das allgemeine Vertrauen in die Praxis erschüttern kann (es weiß ja niemand davon), wenn ich es breche¹⁰⁶, so scheint ein einzelner Vertrauensbruch innerhalb sozialer Konstrukte, in denen ohnehin eine vertraute Atmosphäre herrscht, nicht sonderlich ins Gewicht zu fallen. Selbst wenn doch, würde das wohl eher dazu führen, dass mir, dem Versprechensbrecher, kein Vertrauen mehr entgegengebracht wird und nicht der allgemeinen sozialen Hintergrundpraxis:

¹⁰³ Siehe für die Lagerbildung einerseits Fn. 104 („Praxistheorien“) und andererseits Fn. 118 („Promittententheorien“).

¹⁰⁴ Solche (oft von *David Hume* inspirierten) Praxistheorien sind auch in der allgemeinen philosophischen Debatte weit verbreitet. Beispiele sind *Ginters*, Versprechen und Geloben, Begründungsweisen ihrer sittlichen Verbindlichkeit, 1973; *Rawls*, Two Concepts of Rules, in: *Rawls/Freemann*, John Rawls, Collected Papers, 1999, S. 20 ff. [zu dessen Privat- und Vertragsrechtstheorie im Besonderen *Scheffler*, Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law, *Oxford Journal of Legal Studies* 35 (2) 2015, 213 ff.]; *Kolodny/Walace*, Promises and Practices Revisited, *Philosophy and Public Affairs* 31 (2) 2003, 119 ff. oder *Murphy*, The Practice of Promise and Contract, in: *Klass/Letsas/Saprai* (Fn. 10), S. 151 ff.

¹⁰⁵ *Habermas* (Fn. 11).

¹⁰⁶ *Anwander* (Fn. 61), S. 140.

„Durchaus korrekt lautet das Sprichwort ‚Wer einmal lügt dem glaubt man nicht, und wenn er auch die Wahrheit spricht‘ und nicht etwa ‚Wenn einer lügt, glaubt keiner mehr.‘“¹⁰⁷

Die „phänomenologische Verzerrung“¹⁰⁸ der *trust*-Rechtfertigung zeigt sich aber gerade darin, dass ihre Vertreter häufig behaupten, in von Wohlwollen und Fürsorge geprägten menschlichen Beziehungen seien Versprechen schlicht fehl am Platz.¹⁰⁹ Das wird allerdings durch unsere Erfahrungen im Alltag flächendeckend widerlegt:

„Wir bitten Freunde, uns zu versprechen, ein eben geteiltes Geheimnis nicht weiterzuerzählen; Kinder ringen ihren Eltern Versprechen ab, am Wochenende in den Zoo zu gehen; ein Raucher verspricht seiner Freundin, seinem Laster ein Ende zu setzen.“¹¹⁰

Es ist *Joseph Raz* sogar zuzustimmen, wenn er noch weiter geht und feststellt: „Promises between strangers are [even] the exception“¹¹¹.

Zweitens ergibt sich insoweit ein „Fokusproblem“¹¹², als die *trust*-Begründung nicht erklären kann, warum die Einlösung des Versprechens einer spezifischen Person (dem *Promissar*) geschuldet ist. Die Gerichtetheit der promissorischen Verpflichtung¹¹³ kann so theoretisch nicht eingefangen werden. Wird nämlich durch die Nichteinhaltung von Versprechen eine wertvolle Praxis unterminiert, ist die Pflicht, dies nicht zu tun, „so wenig jemandem geschuldet, wie die Pflicht, nicht zu zerstören, was immer es an Wertvollem auf dieser Welt gibt – Regenwälder, Gemälde, Bauwerke – gegenüber bestimmten Personen besteht“¹¹⁴. Geht es allein um Artenschutz für die gesellschaftliche Konvention, ist niemand in einer privilegierten Position, um dem *Promittenten* Vorwürfe zu machen, wenn er die Performanz des Versprochenen verweigert.¹¹⁵ Die Versprechenspflicht könnte nach diesem Modell also nicht gerichtet sein.

¹⁰⁷ *Amvander* (Fn. 61), S. 141.

¹⁰⁸ *Ebd.*, S. 149.

¹⁰⁹ So z. B. *Baier*, *Postures of the Mind, Essays on Mind and Morals*, 1985, S. 201 und *dies.*, *Moral Prejudices, Essays on Ethics*, 1994, S. 112.

¹¹⁰ *Amvander* (Fn. 61), S. 150. Nicht anders verhält es sich mit (rechtlichen) Verträgen in sozialen Nähebeziehungen. Hier ist zwar häufig anhand des Rechtsbindungswillens von reinen Gefälligkeitsverhältnissen etc. abzugrenzen, die Existenz und der faktische Bestand solcher Verträge ist allerdings unumstritten.

¹¹¹ *Raz*, *Promises in Morality and Law*, Review of “Promises, Morals and Law” by P.S. Athiyah, *Harvard Law Review* 95 (4) 1982, 916 (931), ähnlich *Kimel* (Fn. 46), S. 27-31.

¹¹² *Amvander* (Fn. 61), S. 151.

¹¹³ Dazu oben **B**.

¹¹⁴ *Amvander* (Fn. 61), S. 152.

¹¹⁵ *Ebd.*

Drittens ist es zirkulär, darauf abzustellen, dass Versprechen zu halten sind, weil es falsch ist, die damit geweckten Erwartungen beim *Promissar* ins Leere laufen zu lassen.¹¹⁶ Die berechnete Erwartung, der *Promittent* werde X tun, setzt voraus, dass dieser dazu aufgrund des Versprechens verpflichtet ist. Allerdings besteht die Verpflichtung nach der *trust*-Rechtfertigung ihrerseits nur, wenn der *Promissar* die berechnete Erwartung hat, der *Promittent* werde X tun. Die Theorie müsste sich also argumentativ am eigenen Schopf aus dem Sumpf ziehen.

Versprechen verpflichten demnach nicht einfach deshalb, weil *Promittenten* eine soziale Konvention in Anspruch nehmen; schlicht „das (soziale) Spiel mitzumachen“ genügt nicht.

b) *Die Stiefelschlaufen der Willenstheorie – Bootstrapping?*

Damit sind *Frieds* Begründungsressourcen noch nicht erschöpft. Als Willenstheoretiker hat er zusätzlich eine bestechend simple Erklärung zur Hand, um plausibel zu machen, warum Versprechen einzuhalten sind: Der *Promittent* bringt durch sein Versprechen eine Verpflichtung in die Welt, indem er schlicht gewollt hat, dass sie besteht. „Ihm kommt mithin das Vermögen zu, kraft seiner Autonomie moralische Gründe in Existenz zu wollen.“¹¹⁷ Diese Rechtfertigungsstrategie lässt sich als (a) stark *voluntaristisch* und (b) eindeutig *promittentenfokussiert*¹¹⁸ charakterisieren. Die Bindung an das Versprechen wird also im Kern als *Selbstverpflichtung des Promittenten* verstanden; dieser bringt in einem ersten Schritt für sich selbst eine Verpflichtung in die Welt und teilt dies – in einem zweiten, davon logisch abgrenzbaren Akt – dem *Promissar* mit.¹¹⁹ In *Contract as Promise* liest sich das dann so: “[The] conception of the will binding itself [...] [is] at the heart of the promise principle”¹²⁰.

¹¹⁶ Der Zirkularitätseinwand geht auf *Harold Prichard* zurück: *Prichard*, *The Obligation to Keep a Promise* (1940), in: MacAdam, *Moral Writings*, 2002, S. 257 (258 f.). Dazu ausführlich *Anwander* (Fn. 61), S. 78-180.

¹¹⁷ *Anwander* (Fn. 61), S. 115.

¹¹⁸ Zwei weitere philosophische Spielarten solcher Versprechenstheorien haben *R. S. Downie* und *Joseph Raz* vertreten. Die Bindungswirkung wird dabei aus einem für ein gutes Leben zentralen Wert abgeleitet, etwa der Integrität des Promittenten [*Downie*, *Three Accounts of Promising*, *Philosophical Quarterly* 35 (140) 1985, 259 (266 f.)] oder dem Wert persönlicher Beziehungen [*Raz*, *Promises and Obligations*, in: *Hacker/Raz*, *Law, Morality, and Society*, *Essays in Honour of H.L.A. Hart*, 1977, S. 210 ff.; *ders.* (Fn. 111) sowie *ders.*, *Is There a Reason to Keep a Promise?*, in: *Klass/Letsas/Saprai* (Fn. 10), S. 58 ff.].

¹¹⁹ *Anwander* (Fn. 61), S. 115.

¹²⁰ *Fried* (Fn. 21), S. 3. *Frieds* Respektsrechtfertigung changiert tatsächlich an vielen Stellen in *Contract as Promise*. Er schwankt zwischen der Autonomie des *Promittenten* und der Achtung vor dem *Promissar* recht unentschieden hin und her, *Anwander* (Fn. 61), S. 122

Das lässt einerseits die philosophisch heikle Flanke einer potentiell unwiderruflichen Selbstverpflichtung offen, also die Frage nach der Möglichkeit bindender sog. *Ulysses-contracts*¹²¹. Ohne „Verträge“ dieser umstrittenen Art könnte der Promittent die eigene Verpflichtung nämlich jederzeit höchstpersönlich auflösen, sich also selbst entbinden (moralisch und in der Konsequenz auch rechtlich).¹²²

Frieds umfassender *Voluntarismus*, seine Vorstellung vom *Promittenten* als allmächtigem moralischen Gesetzgeber, provoziert allerdings andererseits einen sehr viel intrikateren Einwand, der in zeitgenössischen Theorien praktischer Rationalität gerne unter dem Etikett des *Bootstrapping*¹²³ verhandelt wird. Es wäre nicht bloß – wie bereits *Hume* bemerkt hat – metaphysisch extravagant, wenn der schiere Wille die Eigenschaft besäße, einen Grund *ex nihilo* hervorzubringen. Nein, es wäre auch normativ völlig inkonsistent: Isolierte Einstellungen können nicht gleichzeitig Gründe für eben diese Einstellungen sein – „jedenfalls nicht in einer Weise, die mehr leistet, als nur die Gründe zu transportieren, die es unabhängig von den Einstellungen für diese Überzeugungen und Absichten gibt“¹²⁴. Auch normativ „funktioniert“ es einfach nicht, wenn man praktische Rationalität darauf reduziert, sich eigenhändig die Schnürsenkel zu binden – eben *Bootstrapping* betreibt:

„Es gibt keinen Grund, zu glauben, dass UFOs existieren. Wenn aber Überzeugungen einen epistemischen Grund für sich selbst liefern würden, gäbe es für jene, die von der Existenz von

(“To abuse that confidence now is like (but only *like*) lying: the abuse of a shared social institution that is intended to invoke the bonds of trust. A liar and a promise-breaker each *use* another person.” [Fried (Fn. 21), S. 16].

¹²¹ Dazu etwa *Quante*, Precedent Autonomy and Personal Identity, *Kennedy Institute of Ethics Journal* 9 (4) 1999, 365 ff., *Hallich*, Selbstbindung und medizinischer Paternalismus, Zum normativen Status von „Odysseus-Anweisungen“, *ZPhF* 65 (2) 2011, 151 ff. oder *Walker*, Ulysses Contracts in Medicine, Law and Philosophy 31 (1) 2012, 77 ff.

¹²² *Fried* versucht wohl – ohne das Problem der „Odysseusverträge“ präzise zu benennen oder explizit zu diskutieren – diese Konsequenz zu verhindern, indem er der früheren Entscheidung des *Promittenten* Priorität einräumen will. Das ergebe sich aus dem moralischen Gebot der Achtung vor der Persistenz dieser Person über die Zeit [Fried (Fn. 21), S. 20 ff.].

¹²³ Ausführlich *Bratman*, Shared Valuing and Practical Reasoning, S. 1 ff.; *Broome*, Reasons, S. 28 ff. und *Scanlon*, Reasons: A Puzzling Duality?, S. 231 ff., jeweils in: Wallace/Scheffler/Smith, Reason and Value, Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz, 2004; *Weisberg*, The Bootstrapping Problem, in: *Philosophy Compass* 7 (9) 2012, 597 ff.

¹²⁴ *Anwander* (Fn. 61), S. 72.

UFOs überzeugt sind, einen Grund zu glauben, dass es UFOs gibt, und zwar einfach deshalb, weil sie diese Überzeugung haben.“¹²⁵

Jede beliebige Überzeugung X wäre in dem Sinne minimalbegründet, dass es jemanden gibt, der sie, X, hat. Dann kann aber die bloße Tatsache „der *Promittent* verspricht eine bestimmte Handlung“ nicht zu einer entsprechenden Verpflichtung führen, solange sonst überhaupt nichts für die Handlung spricht, es keinen weitergehenden Grund gibt, sie vorzunehmen.¹²⁶

Eine Selbstvalidierung von Einstellungen, Absichten oder Willensakten ist normativitätstheoretisch unplausibel. Daher kann die fried'sche Variante der Willenstheorie, die lediglich auf eine freischwebende Selbstverpflichtung des *Promittenten* abzielt, nicht überzeugen.

Nur in zweiter Linie ließe sich kritisieren, dass in diesem Begründungssetting erneut keinerlei Gerichtetheit der *promissorischen* Verpflichtung rekonstruiert werden kann. Der einzig mögliche Vorwurf gegenüber dem wortbrüchigen *Promittenten*¹²⁷ „wäre der, seine eigene Autonomie missachtet zu haben.“¹²⁸ Allerdings gehen wir doch regelmäßig davon aus, dass dem *Promissar* die Pflichterfüllung geschuldet ist und ihm durch den Versprechensbruch ein Unrecht widerfährt.

2. Zwischenergebnis

Fried scheitert mit seinen theoretischen Werkzeugen also bereits an der Hürde A₂. Weder die *trust*-Komponente noch die Autonomierechtfertigung – jedenfalls in ihrer *promittentenfokussierten* Lesart – können im Endeffekt kohärente Begründungsressourcen für die Bindungswirkung von Versprechen liefern.

III. A₃: Der *strictly legal point of view* – Konsens und *normative powers*

Warum Verträge binden, kann schließlich im Sinne von A₃ einfacher und eleganter ohne den Umweg über die soziale Praxis oder die Moralität des Versprechens begründet werden.¹²⁹ Es genügt, schlicht auf den *Konsens* der Parteien abzustellen, der Kraft ihrer *normative powers* vom Rechtssystem mit dem Gütesiegel der Gültigkeit versehen werden muss.

In den Worten von *Joseph Raz*:

¹²⁵ *Amvander* (Fn. 61), S. 72.

¹²⁶ *Ebd.*, S. 73.

¹²⁷ Bzw. der Vorwurf, den er sich in erster Linie selbst zu machen hätte.

¹²⁸ *Amvander* (Fn. 61), S. 121.

¹²⁹ Ebenso *Gutmann* (Fn. 80), S. 4 und *ders.* (Fn. 3), S. 9.

*“Normative powers are the abilities of people (or institutions) to change normative situations or conditions (i.e. to impose or repeal duties, to confer or revoke rights, to change status, etc.) by acts intended to achieve these changes, where the ability depends on (namely is based, grounded on, justified by) the desirability (the value) of those people (or institutions) having them.”*¹³⁰

Mit dieser philosophischen Idee im Hintergrund lässt sich im Anschluss an *Randy Barnett* eine *Consent Theory of Contract*¹³¹ entwickeln. Zwar präsentiert *Barnett* im Kern ein Einwilligungsmodell (*consent*). Willigen aber beide Vertragsparteien in den gegenseitigen Austausch von subjektiven Rechten ein, liegt nichts anderes als ein (rechtlich anerkennungswürdiger) Konsens vor:

*“Courts should presumptively enforce private commitments when there exists a manifested intention to create a legal relation. Another formulation of this approach is that, to determine the prima facie case of contract, we should determine whether there was a manifested intention to be legally bound. I refer to this criterion, in short, as consent.”*¹³²

Programmatisch kann man also gegen *Fried* ins Feld führen: *“Contract Is not Promise; Contract is Consent”*¹³³.

*“The notion of contract is best captured in the legal, not moral, idea of a transfer of entitlements, conceiving a contract as the consensual manifestation of an intention to alienate one’s right to another person. In contractual agreements, the parties consent to be legally bound, i. e. to impose legal obligations to be performed.”*¹³⁴

Das alles ist aber natürlich nicht viel mehr als ein Bekenntnis, das selbst rechtfertigungsbedürftig ist. Darum werde ich im Folgenden andeuten, wie ich mir die rechtstheoretische Tiefenstruktur eines solchen Ansatzes vorstelle. Ich verwende dabei weiterhin die Termini „*Promittent*“ und „*Promissar*“, weil auf diese Weise besonders deutlich wird, welche Seite der Vertragsparteien welche Funktion in dem vorgeschlagenen Modell einnimmt.

Die Vorstellung, dass es für Verträge zwei braucht, sollte normativ durch den Hinweis ergänzt werden, dass es bei Verträgen ganz wesentlich auf die wiederholte Ausübung von subjektiven Rechten ankommt – genauer, auf die Ausübung von Clustern juristischer Relationen in ihrer spezifischen Erscheinung

¹³⁰ *Raz*, Is There a Reason to Keep a Promise?, in: *Klass/Letsas/Saprai* (Fn. 10), S. 58 (61).

¹³¹ *Barnett*, A Consent Theory of Contract, *Columbia Law Review* 86 (2) 1986, 269 ff.

¹³² *Barnett* (Fn. 67), S. 48.

¹³³ *Ebd.*, S. 42.

¹³⁴ *Gutmann* (Fn. 80), S. 4.

als *Kompetenzen (legal powers)*¹³⁵. Die Idee, Verträge (oder Versprechen) als Ausübung einer Kompetenz zu analysieren, kraft derer der *Promittent* für sich eine Verpflichtung installiert und dem *Promissar* ein Recht überträgt, ist nicht neu.¹³⁶ Wirklich instruktiv wird die Theorie allerdings erst, wenn ins Blickfeld gerückt wird, dass „beide – sowohl *Promittent* als auch *Promissar* – eine Kompetenz ausüben.“¹³⁷ Per Angebot transferiert der *Promittent* dem *Promissar* eine Kompetenz, wobei er mit diesem Akt gleichzeitig selbst eine Kompetenz ausübt. Will heißen: Der Gegenstand der überschriebenen Kompetenz ist eine Kompetenz. Damit der *Promissar* in der Lage ist, ihn zu verpflichten, macht der *Promittent* also gewissermaßen Gebrauch von einer *Metakompetenz*¹³⁸ (= Angebot). Der Inhalt der delegierten Kompetenz lautet dann etwa wie folgt: „Der *Promissar* wird autorisiert, den *Promittenten* hinsichtlich der von diesem spezifizierten Handlung X zu verpflichten.“¹³⁹

„Es ist also nicht der *Promittent*, der für sich selbst eine Verpflichtung schafft, in einer bestimmten Weise zu handeln, bzw. dem *Promissar* ein Recht darauf überträgt, dass er, der *Promittent* so handelt. Vielmehr ist es der *Promissar*, der durch die Ausübung der ihm übertragenen Kompetenz für sich selbst gegenüber dem *Promittenten* ein Recht darauf schafft, dass dieser so handelt.“¹⁴⁰

Mit diesem Theoriegebäude lassen sich die Angebots- und Annahmebedingung eines Vertragsschlusses folgendermaßen fassen:¹⁴¹

- (1.) Der *Promittent* übt eine Metakompetenz aus (= Angebot).
- (2.) Als Resultat hat der *Promissar* seinerseits eine bestimmte Kompetenz.
- (3.) Der *Promissar* übt die ihm übertragene Kompetenz aus (= Annahme).

¹³⁵ Zum zugrunde liegenden (deontisch-)analytischen System *Hobfeld*, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1919), in: Campbell, 2001.

¹³⁶ So z. B. bereits *Raz*, *Voluntary Obligations and Normative Powers*, Part II, *Proceedings of the Aristotelian Society*, supplementary volume 46, 1972, 79 (98-101).

¹³⁷ *Anwander* (Fn. 61), S. 40. Eine solche Theorie hat *Judith Thomson* entwickelt: *Thomson* (Fn. 86), S. 294-321.

¹³⁸ *Thomson* (Fn. 86), S. 320 (“metapower”).

¹³⁹ *Anwander* (Fn. 61), S. 40.

¹⁴⁰ *Ebd.*

¹⁴¹ Die Darstellung ist an die Rekonstruktion in *Anwander* (Fn. 61), S. 40 f. angelehnt.

(4.) Damit hat (a) der *Promissar* ein Recht (auf Performanz¹⁴²) gegenüber dem *Promittenten* und (b) der *Promittent* eine Verpflichtung (zur Performanz) gegenüber dem *Promissar* (= Vertragsschluss).¹⁴³

Es ist also (auch) rechtstheoretisch nicht korrekt, dass der *Promittent* „sich selbst verpflichtet“ (C. II. 1. b)); vielmehr „lässt er sich verpflichten“. Der *Promissar* ermöglicht es ihm, sich zu binden.¹⁴⁴

Man stelle sich als Ausgangsszenario eine Fessel vor, mit der alle beteiligten Parteien aneinandergebunden sind. Jede von ihnen hat nur einen von zwei (oder mehreren) zugehörigen Schlüsseln:¹⁴⁵

„Mit Blick auf [...] [Verträge] müsste man vielleicht eher an eine Fessel denken, deren eines Ende am Promittenten angebracht ist und deren anderes Ende er dem Promissar samt Schloss übergeben hat, auf dass dieser ihn an sich selbst festmache. Ein wichtiges Moment in diesem Bild ist, dass der Promittent unmittelbar an den Promissar gebunden ist. An dieser Stelle geht es [...] jedoch darum, was durch das Schloss angezeigt wird. [...] Tatsächlich ist es [...] allein der Promissar, der von einem [...] [Vertrag] zu entbinden vermag. Er verfügt über den Schlüssel zu der Fessel, mit der er den Promittenten bei [der] Annahme [...] festgemacht hat, und er kann ihn mit diesem Schlüssel wieder losmachen. [...] Der Promittent hat dem Promissar die Kompetenz übertragen, ihn zu binden; mit derselben Kompetenz kann ihn der Promissar entbinden [...]. Denn ein bloßes Anspruchsrecht seitens des Promissars würde nicht bedeuten, dass dieser auch die Macht hat, das Recht aufzugeben. Eine Veränderung seines normativen Status setzt eine Kompetenz voraus, und dies ist es, was der Promittent ihm übertragen hat.“¹⁴⁶

¹⁴² “If Y gives X his or her word that a certain proposition is true, then X thereby acquires a claim against Y to its being true.”, Thomson (Fn. 86), S. 302.

¹⁴³ Bei synallagmatischen Verträgen muss der skizzierte Vorgang natürlich von beiden Vertragspartnern in jeweils wechselnden Rollen durchlaufen werden.

¹⁴⁴ *Amwander* (Fn. 61), S. 41. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass „Bindung“ in diesem Text ausschließlich als Synonym für Verpflichtungen (oder eine Verpflichtung) infolge eines Vertragsschlusses (oder eines abgeschlossenen Versprechens) benutzt wird („Bindung an den Vertrag“). Insbesondere ist *niemals* die aus dem positiven Recht des BGB bekannte „Bindung an den Antrag“ (Umschreibung der Unwiderruflichkeit der Angebotserklärung) oder eine rechtstheoretische Entsprechung dieser Konstruktion gemeint.

¹⁴⁵ Dazu *Gilbert* (Fn. 102), S. 143 ff.

¹⁴⁶ *Amwander* (Fn. 61), S. 43, der diesen Ansatz für Versprechen entwickelt hat (Einfügung durch Verfasser). Die angesprochene Fähigkeit des *Promissars*, den *Promittenten* zu entbinden, hat in der BGB-Dogmatik im Übrigen keine Entsprechung. Einen wirksamen einseitigen Verzicht auf vertragliche Ansprüche gibt es im deutschen Recht nicht. Der Erlass ist hier positivrechtlich stets ein Vertrag.

Die vertragliche Bindung lässt sich dann in einem letzten Schritt philosophisch als das fassen, was *John Broome* ein *normatives Erfordernis*¹⁴⁷ genannt hat. Denn sobald der *Promittent* in seinen praktischen Einstellungen logisch konsistent bleiben will, muss er sich entweder vom Vertrag entbinden oder die *promissorische* Verpflichtung erfüllen, also Performanz leisten.¹⁴⁸ Da ersteres nicht möglich ist (allein die *Promissare* können, wie gesehen, die normativen Bande auflösen), muss er aus Konsistenzgründen anerkennen, dass er den Vertrag verletzt, sobald er eigenmächtig entgegen der promissorischen Verpflichtung handelt.

Der Handlungsgrund für die Verpflichtungswirkung speist sich dann letzten Endes konkret aus dem substanziellen normativen Prinzip der Achtung vor der Autonomie des *Promissars* (**D. II.**).

Pacta sunt servanda lässt sich also vom *strictly legal point of view*¹⁴⁹ aus als Konsens der Parteien über die Übertragung von *normative powers* modellieren. Das ist im Sinne von *A₃* sparsamer und damit (privatrechts-)theoretisch überzeugender als die Versprechenstheorie in *Contract as Promise*.

D. Die Autonomie der *Promissare*

I. Terminologische Kosten: „Versprechen“ in der Privatrechtsgeschichte

Frieds Fokussierung auf die moralische Praxis und den Terminus des „Versprechens“ weckt schließlich zu allem Überfluss irreführende privatrechtsgeschichtliche¹⁵⁰ Assoziationen:

Bereits im römischen Recht war das Versprechen, bzw. die *stipulatio*, eine zentrale Vertragskategorie. Allerdings in einem maximal vormodernen Sinne. Es handelte sich um ein quasi-sakrales und streng ritualisiertes Rechtsinstitut, das sich teilweise noch aus der ursprünglichen romanistischen Vorstellung vom Recht als arkanem Geheimwissen von Priestereliten speiste. Nicht der Wille der Parteien war dabei für den Vertragsinhalt entscheidend, sondern die für das formal ordnungsgemäße Abhandeln des Ritus erforderlichen gemurmelten Formeln. Dieser römische Typenzwang für Verträge hat rein gar nichts mit der modernen Idee der Vertragsfreiheit zu tun (insbesondere mit ihren Komponenten der Inhalts- und Formfreiheit). Im Gegenteil: Die *Digesten* gehen eindeutig davon aus,

¹⁴⁷ *Broome*, Normative Requirements, in: Dancy, Normativity, 2000, S. 78 ff. und *ders.* (Fn. 123), S. 28 ff. Zur Unterscheidung zwischen normativen Gründen und normativen Erfordernissen *Anwander* (Fn. 61), S. 77 ff.

¹⁴⁸ *Anwander* (Fn. 61), S. 90.

¹⁴⁹ *Ernst*, Gelehrtes Recht, Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Engel/Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 3 (16).

¹⁵⁰ Ich beziehe mich hier auf die europäische Privatrechtsgeschichte.

dass „nackte“ – wir würden heute sagen „formfreie“ – Verträge, bloße *pacta nuda* eben, nicht binden.¹⁵¹ Viel besser wird das Ganze auch nicht dadurch, dass etwa die Germanen und Kanonisten die Gegenansicht vertraten. Bei ihnen galt der Versprechensbruch, und daraus abgeleitet der Vertragsbruch, wahlweise als „religiöser Frevel“¹⁵² oder Todsünde¹⁵³. Das ist wiederum insofern vormodern als solche Begründungen nicht säkular oder allgemein-reziprok sind, was sich mit der liberalen Vorstellung eines ethisch neutralen Staates¹⁵⁴ nicht vereinbaren lässt.

Ein moderner Begriff der Vertragsfreiheit hat sich erst im säkularen Naturrecht und dem *usus modernus pandectarum* herausgebildet. So hat dessen Begründer *Samuel Stryk* bereits 1717 festgestellt, „dass heute alle echten Verträge [...] *Konsensualverträge* sind [...] Darin besteht nämlich die Wirkung der Konsensualverträge, dass allein durch Willensübereinstimmung die Verpflichtung hervorgebracht wird“¹⁵⁵. Die Überlappungen mit der vorgeschlagenen Theorie vertraglicher Bindungswirkung (C. III.) liegen auf der Hand.

Im Hinblick auf die Begriffsbildung in der europäischen Privatrechtsgeschichte besteht also jedenfalls für den deutschen Sprachraum die Gefahr, dass mit dem Motto „Vertrag als ‚Versprechen‘“ eine missverständliche und trügerische (Falsch-)Bezeichnung in die privatrechtstheoretische Debatte einsickert.¹⁵⁶

¹⁵¹ So etwa in der *Glossa ordinaria Accursius*, *Glossa ordinaria*, Ausgabe Lyon 1627, zu D. 2,14,7,4, abrufbar unter: <http://digi.ub.uni-heidelberg.de/diglit/justinian1627bd1>.

¹⁵² *Stryk*, *Specimen usus modernus pandectarum*, 1717, liber II, titulus XIV, Von den *pacta* § 3: „Dies ist besonders auch zu den Gebräuchen der Germanen zu sagen, bei denen es einst religiöser Frevel gewesen war, das auf Treue und beim Würfelspiel Zugesagte zu brechen“.

¹⁵³ Dazu *Wesenbeck*, *Commentarii in pandectas iuris civilis et codicem Iustinianum*, olim dicti *paratitla*, 1665, S. 86 f.

¹⁵⁴ Dazu *Huster*, *Die ethische Neutralität des Staates: Eine liberale Interpretation der Verfassung*, 2002 und *ders.*, *Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Grenzen*, 2004 sowie *Fateh-Moghadam*, *Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts: Zur strafrechtlichen Beobachtung religiöser Pluralität*, 2015.

¹⁵⁵ *Stryk* (Fn. 152), *Von den pacta* § 7 (Hervorhebung durch Verfasser).

¹⁵⁶ Freilich ist im deutschen Sprachraum noch im 19. Jahrhundert von *Heinrich Siegel* versucht worden, das Versprechen als rechtlichen Verpflichtungsgrund auszuweisen, *Siegel*, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im deutschen Recht: eine germanistische Studie*, 1873. Im Unterschied zu *Fried* (1) versteht *Siegel* das Versprechen allerdings als rein einseitige Erklärung, die strikt von der Annahme zu trennen ist (*ebd.*, S. 7-19), (2) führt das Versprechen als einen Gegenbegriff zum Vertrag ein (*ebd.*, S. 1-7) und (3) verfolgt mit seinem rekonstruktiven Ansatz, der die grundlagentheoretische Rechtfertigung der promissorischen Verpflichtung gänzlich ausblendet, ein anderes Erkenntnisinteresse (allenfalls könnte man *Siegels* Studie implizit entnehmen, dass er

Dabei kann die Bindungswirkung im Rahmen der angedeuteten rechtstheoretischen Binnengrammatik des Vertragsschlusses (**C. III.**) plausibel damit begründet werden, dass die Autonomie des *Promissars* vom *Promittenten* respektiert werden muss. Das normative Leitbild ist dann mit *“taking promise(e)s seriously”*¹⁵⁷ auf den Begriff gebracht.

II. *Taking promise(e)s seriously*

Der Promittent schuldet der Autonomie des Promissars Achtung. Das bedeutet, ein Vertrag bindet ohne Rücksicht auf dessen perlokutionäre Effekte¹⁵⁸, „also unabhängig davon, dass der *Promissar* Erwartungen zum Verhalten des *Promittenten* ausbildet, an denen er sich in seinem eigenen Handeln orientiert“¹⁵⁹. Vielmehr übt der *Promissar* eine Kompetenz aus, vermittels der dem *Promittenten* eine Verpflichtung auferlegt wird. Wenn man nun Ersteren ernst nehmen möchte, gebietet das, dessen Gesetzgebung zu respektieren und sich damit als vertraglich gebunden zu betrachten. Der dabei präsupponierte Autonomiebegriff meint – in Übereinstimmung mit dem eigentlichen Wortsinn – die *Selbstgesetzgebung des Akteurs*.¹⁶⁰ Darum spreche ich hier von legislativer Autonomie.¹⁶¹

Personen haben grundsätzlich die Autorität, über sich und ihr Handeln selbst zu bestimmen. „Wer sich über ihre Entscheidungen hinwegsetzt, missachtet daher ihre Autonomie als Gesetzgeber für sich selbst.“¹⁶² Liberale illustrieren dieses normative Ideal gerne, indem sie sagen „der Einzelne ist der Autor, der Komponist seines ureigenen Lebens“. Dem Anspruch nach sind personale und

hinsichtlich einseitiger Versprechen wohl einer promittentenfokussierten Theorie [*ibd.*, S. 48-49] kombiniert mit Verkehrsschutzaspekten [*ibd.*, S. 52] zuneigt; in diesem Sinne bestünde dann eine zumindest oberflächliche Gemeinsamkeit mit *Contract as Promise*).

¹⁵⁷ *Anwander* (Fn. 61), S. 185.

¹⁵⁸ Das Gegenteil vertreten etwa Theoretiker wie *MacCormick*, *Voluntary Obligations and Normative Powers*, Part I, Proceedings of the Aristotelian Society, supplementary volume 46, 1972, S. 59 ff., *Scanlon* (Fn. 89) oder *Williams*, *Truth and Truthfulness*, 2002 bezüglich Versprechen.

¹⁵⁹ *Anwander* (Fn. 61), S. 185.

¹⁶⁰ Zu diesem (Kantischen) Freiheitsbegriff, der auf Selbstbestimmung abzielt, als Metatrend der normativen Moderne *Gutmann*, *Religion und Normative Moderne*, in: *Willems/Pollack/Basu/Gutmann/Spohn*, *Moderne und Religion*, 2013, S. 447 (448). Es ist an dieser Stelle klarstellend darauf hinzuweisen, dass diese „private“ Gesetzgebung natürlich nicht mit der Gesetzgebung im engeren Sinne (Rechtsquellenlehre) zu verwechseln ist. Verträge sind aus der Perspektive juristischer Rechtsquellenlehre freilich *keine Gesetze*.

¹⁶¹ Obwohl der Begriff freilich pleonastisch ist.

¹⁶² *Anwander* (Fn. 61), S. 198.

zur moralischen Selbstbestimmung befähigte Wesen gleichzeitig Schöpfer und Adressaten, der auf sie anwendbaren Normen.

Dass es uns in der Regel nicht zusteht, für andere zu entscheiden, was sie tun sollen, wird allerdings stets normativ überschrieben, sobald uns jemand autorisiert hat, für ihn eine verbindliche Entscheidung zu treffen.¹⁶³ Genau das hat der *Promittent* getan, indem er dem *Promissar* durch Ausübung einer Metakompetenz in die Lage versetzt hat, ihn verpflichten zu können. Dann muss aber auch für diesen Fall gelten, dass eine Missachtung dieser *promissorischen* Verpflichtung in demselben Maße die Achtung vor der legislativen Autonomie vermissen lässt, wie eine schlichte (z. B. paternalistische) Bevormundung des Einzelnen. Einmal autonom gefällte gesetzgeberische Entscheidungen sind zu respektieren. Verträge binden demnach, weil sonst die Autorität der gemeinsamen Gesetzgebung¹⁶⁴ von *Promittenten* und *Promissar* ignoriert werden würde. Darin liegt letztlich die Antwort auf das „*Bootstrapping*-Problem“ und die Lösung für „*Humes* Rätsel“.

Negiert der *Promittent* eigenmächtig seine vertragliche Bindung, erlaubt er sich nämlich die Dreistigkeit, sich auf eine Autorität zu berufen, die er (a) einmal hatte, die ihm (b) jetzt jedoch fehlt, weil er sie (c) freiwillig auf den *Promissar* übertragen hat.

„Das [...] *Unrecht eines* [...] [Vertragsbruches] besteht also darin, dass der *Promittent* die *Ausübung einer* (von ihm selbst übertragenen) *Kompetenz* durch den *Promissar* nicht respektiert, indem er sich in einer bestimmten Angelegenheit eine *Autorität anmaßt*, die ihm nicht mehr zusteht. Damit missachtet er die *Autonomie des Promissars* in der gleichen Weise, wie wenn jemand die *Entscheidungen anderer* für ihr eigenes Leben (zu denen sie nicht erst autorisiert zu werden brauchen) nicht respektiert.“¹⁶⁵

Eine auf den *Promissar* bezogene Achtungstheorie kann demnach das normative Fundament für die Bindungskraft des Vertrags bilden. Auch auf diese Weise lässt sich die Vertragsfreiheit privatrechtstheoretisch retten. Die fried'sche Variante eines promittentenfokussierten *respect for individual autonomy* braucht es dazu gerade nicht. Selbst wenn man die changierenden Passagen in *Contract as Promise*¹⁶⁶ dahingehend verstehen möchte, dass es *Fried* eigentlich um die Autonomie des *Promissars* geht, ist sein Rückbezug auf das der Moralsphäre entlehnte „Versprechen“ jedenfalls redundant: Der (rechtliche) Konsens der

¹⁶³ Siehe hierzu und zum Folgenden *Anwander* (Fn. 61), S. 198-200.

¹⁶⁴ Dazu ausführlich *ebd.*, S. 205-210.

¹⁶⁵ *Ebd.*, S. 199, dort formuliert als Theorie des Versprechens (Einfügung durch Verfasser).

¹⁶⁶ Dazu *ebd.*, S. 122 und Fn. 120.

Parteien reicht aus, um die Struktur des Vertragsschlusses rechtstheoretisch zu rekonstruieren (C. III.). Ohne Not Begriffe aus der „unbeständigen Flut und Ebbe“¹⁶⁷ moralischer Alltagsdiskurse zu isolieren und in rechtliche Zusammenhänge zu transplantieren, ist wenig hilfreich. Denn der *strictly legal point of view* bringt stets den sichtbaren Vorteil mit sich, dass er ein wesentliches Charakteristikum aller rechtlichen Normsysteme theoretisch abbilden kann: das Recht ist autonom.¹⁶⁸

Hat man aber auf diese Weise (ganz nach Kantischem Vorbild) zu guter Letzt nicht lediglich ein bloß formal-abstraktes – d. h. (a) nicht an kontingenten und/oder kulturrelativen Zwecken menschlichen Handelns ausgerichtetes sowie (b) von empirischen Gesichtspunkten abstrahierendes – und damit praktisch inhaltsleeres Konzept von Autonomie vorgeschlagen; gewissermaßen Schläuche ohne Wein konzipiert?

III. Ein letzter Einwand: Wessen Lebensform? Welche Autonomie?

Im Anschluss an *Alasdair MacIntyre's* integrationistisch-kommunitaristische Kritik intersubjektiv begründbarer normativer Ansprüche (*“Whose Justice? Which Rationality?”*¹⁶⁹), die in der metaethischen These eines kontextualistischen Antiuniversalismus¹⁷⁰ gipfelt, könnte man auch fragen: *Welchen Gehalt hat denn nun eigentlich die vielbeschworene personale Autonomie?*

Auch sie bildet sich doch nur anhand sozialer Konventionen, Realisierungsbedingungen und Pfadabhängigkeiten eines in die vergesellschaftete Welt hineingeworfenen Individuums, das eben nicht bloß ein Teil der Menge von etwa 7,5 Milliarden atomisierten *Robinson Crusoes* ist. Genau an dieser Stelle müssten doch nach dem Vorbild von *Fried* gerade eingespielte (kulturrelative oder kulturinvariante?) soziale Praxen Eingang in eine Theorie vertraglicher

¹⁶⁷ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 79.

¹⁶⁸ Zum „Selbstand“ bzw. der „Eigenlogik“ des Rechts etwa (historisch) *Rückert*, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, 1988; (rechtstheoretisch) *Jestaedt* (Fn. 5), S. 27-87 und (philosophisch) *George*, The Autonomy of Law, Essays on Legal Positivism, 1999.

¹⁶⁹ *MacIntyre*, Whose justice?, Which rationality?, 1988.

¹⁷⁰ Dazu kritisch *Gutmann*, Keeping ‘em down on the farm after they’ve seen Paree. Aporien des kommunitaristischen Rechtsbegriffs, ARSP 83 (1) 1997, 37 (45-51) („der Kontextualismus [sieht sich] mit dem Dilemma konfrontiert, daß er (1) entweder schon die Möglichkeit leugnen muss, daß vorgefundene lokale Ethos und die vielleicht in dieses eingelassenen Gewaltverhältnisse zu kritisieren, oder aber (2) gezwungen ist, kryptonormative Gehalte in seine Interpretation des gemeinsamen Narrativs einzuschmuggeln.“ [ebd., S. 48]).

Bindungswirkung finden.¹⁷¹ Die hier vorgeschlagene philosophische Meta-Perspektive aus dem Elfenbeinturm, gewissermaßen der (ontologische und epistemische) „Blick aus dem nirgendwo“¹⁷², scheint diesen Aspekt nicht erfassen zu können, ja übergehen zu müssen. Mit *MacIntyre* wäre also zu fragen: „Wessen Lebensform? Welche Autonomie?“¹⁷³

Die Antwort, die ich hier nur grob skizzieren werde, besteht darin, personale Autonomie im Theoriedesign als sogenannten *dichten* Begriff (*thick concept*) zu verstehen.¹⁷⁴ Auf der methodischen Basis eines *kognitivistischen Askriptivismus*¹⁷⁴ kann dieser als eine normative Zuschreibung begriffen werden:¹⁷⁵

„Jemanden als eine Person zu behandeln, sie als verantwortlich anzusehen oder auch ihre Autonomie zu respektieren, sind Haltungen oder Zuschreibungen, die innerhalb eines Netzwerkes von explizierbaren evaluativen Strukturen funktionieren.“¹⁷⁶

Autonomie lässt sich weder unabhängig vom faktischen menschlichen Handeln plausibel erläutern, noch auf eine vollständig in soziale Geflechte auflösbare Lebenswirklichkeit reduzieren.¹⁷⁷

„Ohne unsere ethische Praxis gäbe es [...] Autonomie [...] genauso wenig wie es das Abseits im Fußball, die Rochade im Schach oder die Tischsitten im Restaurant ohne entsprechende sozial vereinbarte Regeln gäbe. Aber so wenig Fußball nur im Geist stattfinden kann oder Restaurants sich vollständig auf soziale Konstrukte reduzieren lassen, so wenig kann man [...] Autonomie [...] philosophisch explizieren, ohne sich auf Aspekte der Realität zu beziehen, die [...] zu sozialen Praxen [...] gehören.“¹⁷⁸

¹⁷¹ Für die Notwendigkeit solcher Argumentationsfiguren in der gesamten Privatrechtstheorie *Cane*, *The Anatomy of Private Law Theory*, A 25th Anniversary Essay, *Oxford Journal of Legal Studies* 25 (2) 2005, 203 (217).

¹⁷² *Nagel*, *The view from nowhere*, 1986.

¹⁷³ Kritisch bezüglich der privatrechtstheoretischen Anschlussfähigkeit solcher „thick conceptions of autonomy“ *Gutmann* (Fn. 80), S. 15 f.

¹⁷⁴ Zum Konzept *Quante*, Hegels kognitivistischer Askriptivismus, in: *Hindrichs/Honneth*, *Freiheit*, Stuttgarter Hegel-Kongress 2011, 2013.

¹⁷⁵ *Gutmann/Quante*, *Menschenwürde, Selbstbestimmung und Pluralismus*, *Zwischen sittlicher Vorgabe und deontologischer Konstruktion*: ARSP 103 (3) 2017, 322 (329 f.).

¹⁷⁶ *Ebd.*, S. 330.

¹⁷⁷ Vgl. *ebd.* (ein Askriptivismus dieser Machart liegt somit „quer zur metaethischen Streitfrage von Realismus und Antirealismus“). Zum Ganzen ausführlich *Quante*, *Pragmatic Anthropology*, 2018, S. 13-28.

¹⁷⁸ *Gutmann/Quante* (Fn. 175), S. 330.

Individuelle Selbstgesetzgebung lässt sich vielmehr im Rahmen einer *social ontology*¹⁷⁹ ausbuchstabieren: „Personale Autonomie ist zwar axiologisch intrinsisch wertvoll, aber ontologisch keine intrinsische, sondern sozial-relationale Eigenschaft von Individuen.“¹⁸⁰ Für die Privatrechtstheorie heißt das: In einer hypothetischen Welt Φ (aus der Menge aller – modallogisch gesprochen – möglichen Welten) ohne alle sozialen Konstrukte zur Ausbildung von Autonomie und ohne das Institut des Vertrages gilt *pacta sunt servanda* nicht. Das ist aber vollständig kompatibel mit der Aussage, dass auch in Welt Φ gilt: „sobald das soziale Institut des Vertrages unter autonomen Wesen existiert, bindet jeder Vertrag; und zwar allein aus normativen Gründen, die sich nicht im Verweis auf die zugrundeliegenden sozialen Praxen erschöpfen oder auf diese reduzieren lassen.“

Ein dichter Autonomiebegriff ist nicht inhaltsleer und die Achtung der legislativen Autonomie des *Promissars* daher ein normativ gehaltvolles Konzept. Auch an dieser Stelle zeigt sich also, dass ein Bezug auf die soziale Praxis des Versprechens für eine Theorie vertraglicher Bindungswirkung keineswegs notwendig ist.¹⁸¹

IV. Fazit: Wahlverwandtschaft statt Familienähnlichkeit

Charles Fried hat mit *Contract as Promise* eine innovative Theorie der zivilrechtlichen Grundüberzeugung *pacta sunt servanda* vorgelegt. Als rechtsphilosophischer Ansatz zur Erklärung der Bindungskraft von Verträgen vermag jedoch weder seine Begründung qua unserer geteilten sozialen Praxis des Versprechens noch seine Rechtfertigung, welche die Achtung vor der Autonomie des *Promittenten* betont, vollständig zu überzeugen.

Eine plausible Achtungstheorie der Bindung an den Vertrag kann dennoch gelingen. Das Paradigma einer promittentenfokussierten Selbstverpflichtung sollte dazu allerdings einem promissarenorientierten „Sich-Verpflichten-Lassen“ weichen. Geachtet wird bei der Erfüllung eines Vertrages nämlich die Autonomie des *Promissars*.

Nach alldem kristallisieren sich zwei Einsichten heraus: (1). Moralische Versprechen und rechtliche Verträge haben sicher gemeinsame Abstammungslinien und eine vergleichbare normative DNA. (2.) Am Ende ist aber wohl eher eine skeptische Diagnose angebracht, um die Interdependenzen

¹⁷⁹ Dazu ausführlich *Searle*, *The construction of social reality*, 1995 und *ders.*, *Making the social world, The structure of human civilisation*, 2010.

¹⁸⁰ *Gutmann/Quante* (Fn. 175), S. 331.

¹⁸¹ Im Übrigen auch nicht hinreichend (siehe **C. II. 1.**).

von Verträgen und Versprechen auf ein Attribut zu bringen; etwa so: *wahlverwandt statt familienähnlich*.¹⁸²

¹⁸² Vgl. *Mohseni*, Wahlverwandtschaft statt Familienähnlichkeit, Zur Definition von Privateigentum, in: ZPhF 70 (1) 2016, 74 ff.