

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XIV

Herausgegeben von DIETER SIMON



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1987

„No inefficacy arises merely from the naked promise”

Bemerkungen zu *Consideration* und Versprechen
in *Pillans v. Van Mierop* (1765)¹
VON NIKOLAUS BENKE

I.

1. *Ex nudo pacto non oritur actio* besagt im wesentlichen, daß eine Vereinbarung ohne nähere Qualifikation keinen Klageanspruch begründet.² Dem Rechtshistoriker ist diese Phrase aus den Quellen zur Versprechensbindung geläufig, ja sie erscheint gleichsam als traditionelles Stichwort, wenn die Wirksamkeit von Zusagen und Vereinbarungen diskutiert wird.³

Die Sentenz von *nudum pactum* stammt zwar aus der römischen Antike,⁴ verselbständigte sich aber später zu einer Wendung des internationalen Juristenjargons: Sogar die Vertreter des englischen *common law*, das bekanntlich nicht im römischen Recht wurzelt, bezeichnen mit der Formel *ex nudo pacto non oritur actio* die mangelnde Klagbarkeit einer Übereinkunft.⁵ Unabhängig von diesem generellen Sprachgebrauch sind freilich die jeweiligen Sachkriterien einer Bindung zu betrachten. Dabei muß man bedenken, daß sich die englische Rechtsentwicklung nicht im *common law* erschöpft, sondern teilweise doch dem sogenann-

¹ Herr Professor Schmidlin hat mein Interesse für dieses Thema geweckt; dafür wie für seine hilfreichen Ratschläge möchte ich ihm besonders danken. Weiters gilt mein aufrichtiger Dank den Herren Professoren Coing und Wilhelm, die meine Arbeit vielfach gefördert haben.

² Vgl. D 2. 14. 7. 4 Ulp. 4 ed., D 19. 5. 15 Ulp. 32 Sab., PS 2. 14. 1.

³ S. dazu H. COING, *Europäisches Privatrecht I* (1985) 398 ff.; weiters etwa G. GORLA, *Il contratto I* (1954) 38 ff.; TH. MAYER-MALY, *Der Konsens als Grundlage des Vertrages*, in FS Seidl (1975) 120 ff.; DERS., *Die Bedeutung des Konsenses in privatrechtsgeschichtlicher Sicht*, in: *Rechtsgeltung und Konsens* (1976) 98 ff.; G. WESENER, *Naturrechtliche und römisch-gemeinrechtliche Elemente im Vertragsrecht des ABGB*, in: ZNR 6 (1984) 113 – 131, bes. 118 ff. Ein klarer dogmengeschichtlicher Abriß über den Vertragsschluß findet sich bei B. SCHMIDLIN, *Berner Kommentar VI.1.1.* (1986) 219 – 228 (mit weiterführender Literatur 219 f.).

⁴ S. dazu M. KASER, *Das römische Privatrecht I*, 2. Aufl. (1971) 527; DERS., *Das römische Privatrecht II*, 2. Auflage (1975) 364 f. Schon im römischen Recht gilt das *nudum pactum* aber nicht als völlig unwirksam, vielmehr kann es eine *exceptio* begründen (vgl. D 2. 14. 7. 4, 5 Ulp. 4 ed.); die Spätclassik bezeichnet solche Vereinbarungen auch als *Naturalobligationen* (vgl. D 46. 3. 5. 2 Ulp. 43 Sab.; s. KASER, *Privatrecht II* 335). In diesem Sinn ist *nudum pactum* etwa noch bei J. UNGER (*System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* 2 [5. Aufl. 1892] 495 f.) und V. HASENÖHRL, (*Das österreichische Obligationenrecht* 1 [2. Aufl. 1892] 31 f.) anzutreffen.

⁵ S. etwa JOWITT's *Dictionary of English Law*, 2nd ed. by J. BURKE (1977) vol. 2, 1261; BLACK's *Law Dictionary*, 4th ed. by H. C. BLACK (1968) 1214.

ten *civil law* folgt, i.e. das Recht der kontinentalen Tradition; demnach erscheint es überlegenswert, ob hinter der allgemein verbreiteten Phrase vom *nudum pactum* etwa ein gesamteuropäisches Versprechenskonzept steht.

Wie sich zeigt, berührt die *Maxime ex nudo pacto non oritur actio* zwei komplexe Themenkreise – das Problem der Versprechensbindung und die Frage nach der Bedeutung des kontinentalen *civil law* für das englische *common law*. Weder zum einen noch zum anderen will die vorliegende Arbeit einen umfassenden Beitrag liefern; was sie beabsichtigt, ist vielmehr die historisch-dogmatische Analyse einer einzelnen Entscheidung des *common law*, in der die Klagbarkeit von Versprechen auch unter Berücksichtigung des *civil law* behandelt wird: Der Streitfall *Pillans v. Van Mierop* dreht sich um das Thema des *nudum pactum*. Dogmatisch betrachtet führt seine Erörterung von der englischen *doctrine of consideration* zur kontinentalen Versprechenslehre, für die Grotius, Pufendorf und Vinnius sogar mit genauen Fundstellen zitiert werden;⁶ den historischen Hintergrund von *Pillans v. Van Mierop* bildet das mittlere und späte 18. Jahrhundert – jenes fruchtbare Zeitalter der englischen Jurisprudenz, das vor allem von Lord Mansfield und William Blackstone geprägt war.

2. Die anschließenden Ausführungen beginnen mit einem ersten Blick auf *Pillans v. Van Mierop* sowie einer knappen Charakterisierung der Richter Lord Mansfield und Mr. Justice Wilmot (II). Dann kommen Wesen und Geschichte der *consideration* in Grundzügen zur Sprache (III); es folgt der Sachverhalt von *Pillans v. Van Mierop* mit einer Skizze des Verfahrensablaufs und der Argumentationsschwerpunkte (IV). Die nächsten drei Abschnitte sind den Themen der Urteilsbegründung gewidmet, i.e. *mercantile transaction* (V), *good consideration* (VI) sowie

⁶ He then explained the principle of an agreement being looked upon as a *nudum pactum*; and how the notion of a *nudum pactum* first came into our law. He said, it was echoed from the civil law: – „*ex nudo pacto non oritur actio*.” Vinnius gives the reason, in lib. 3 tit. De Obligationibus, 4to edition, 596. If by stipulation, (and à fortiori, if by writing,) it was good without consideration. There was no radical defect in the contract, for want of consideration. But it was made requisite, in order to put people upon attention and reflection, and to prevent obscurity and uncertainty: and in that view, either writing or certain formalities were required. Idem, on Justinian, 4to edit. 614. Therefore it was intended as a guard against rash inconsiderate declarations: but if an undertaking was entered into upon deliberation and reflection, it had activity; and such promises were binding. Both Grotius and Puffendorff, hold them obligatory by the law of nations. Grot. lib. 2. c. 11. De Promissis. Puffend. lib. 3. c. 5. They are morally good; and only require ascertainment. Therefore there is no reason to extend the principle, or carry it further (*Pillans v. Van Mierop* 1670; s.u. Anm. 10).

der Klagbarkeit eines Versprechens ohne *consideration* (VII). Ein kurzer Beitrag zu akademisch-didaktischen Äußerungen von Mansfield und Blackstone eröffnet weitere Einblicke in das zeitgenössische Rechtsdenken (VIII); den Schluß bilden Überlegungen zur Frage, inwiefern die zitierten kontinentalen Vorbilder im *common law* zum Tragen kommen konnten und sollten (IX). Der Anhang enthält den Text von *Pillans v. Van Mierop* (X).

II.

1. Im neuzeitlichen *common law* wird ein formloses Versprechen erst klagbar, wenn es bestimmte, unter dem Begriff *consideration* normierte Seriositätsindizien aufweist;⁷ gibt es keine *consideration*, so läßt sich die versprochene Leistung rechtlich nicht erzwingen.⁸ Diese Eigentümlichkeit der englischen Versprechenslehre war auch Gegenstand des 1778 vom House of Lords behandelten Falls *Rann v. Hughes*.⁹ Dabei wurde die *doctrine of consideration* mit höchstgerichtlicher Autorität bestätigt; zu ihrer grundlegenden Bedeutung stellte Lord Skynner folgendes fest:

It is undoubtedly true that every man is by the law of nature bound to fulfil his engagements. It is equally true that the law of this country supplies no means nor affords any remedy to compel the performance of an agreement made without sufficient consideration. Such agreement is nudum pactum ex quo non oritur actio; and whatsoever may be the sense of this maxim in the civil law, it is in the last-mentioned sense only that it is to be understood in our law.

⁷ Zum Begriff der Seriositätsindizien und deren Erscheinung im anglo-amerikanischen, romanischen und deutschen Rechtskreis s. K. ZWIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (1977) vol. II 60 – 71.

⁸ Rechtliche Wirksamkeit kann einem formlosen Versprechen im *common law* auch zukommen, wenn es einen Vertrauensschaden hervorgerufen hat: Unter den Voraussetzungen von *promissory estoppel* erwächst dem Adressaten allerdings kein selbständig klagbarer Anspruch, sondern nur die Möglichkeit einer Einrede. Im folgenden ist die Frage nach der Bindung eines formlosen Versprechens auf dessen Klagbarkeit gerichtet, *promissory estoppel* soll dabei außer Betracht bleiben (zu *promissory estoppel* s.u. Anm. 81).

Von *consideration* im Versprechensmodell ist *consideration* als Rechtsgrund des Behaltendürfens zu unterscheiden: *total failure of consideration* bezeichnet einen Tatbestand der Rückabwicklung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (s. P. S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, 3rd ed. [1981] 92). Dieser Aspekt von *consideration* wird hier nicht behandelt (monographisch dazu v.a. R. GOFF, G. JONES, *The Law of Restitution*, 2nd ed. [1981]).

⁹ *Rann v. Hughes* (1778) 7 T.R. 350 n.a. 4 Brown P.C. 27. S. dazu C. H. S. FIFOOT, *History and Sources of the Common Law – Tort and Contract* (1949) 409 f., 430 ff.; s.u. Anm. 93.

Lord Skynner kam nicht von ungefähr auf das *civil law* zu sprechen, richtete sich seine Argumentation doch vor allem gegen ein eng am kontinentaleuropäischen Rechtsdenken orientiertes Urteil: In *Pillans v. Van Mierop*¹⁰ hatte der Court of King's Bench 1765 unter Chief Justice Lord Mansfield entschieden, die Durchsetzbarkeit eines formlosen Versprechens beruhe nicht auf *consideration*; die Begründung dieser Ansicht erfolgte weitgehend aus dem *civil law*: *There was no radical defect in the contract, for want of consideration*, meint Mr. Justice Wilmot in *Pillans v. Van Mierop*, ... *but if an undertaking was entered into upon deliberation and reflection, it had activity; and such promises were binding. Both Grotius and Puffendorff, hold them obligatory by the law of nations* (1670).¹¹ Wilmots Erörterung ist von der Idee bestimmt, die Klagbarkeit einer Zusage gründe schon auf dem wohlerwogenen Entschluß des Versprechenden; ob sich ein Versprechen in die Typologie der *doctrine of consideration* einordnen läßt, sei hingegen nicht erheblich.

Im Hinblick auf die Rechtsentwicklung waren mit *Pillans v. Van Mierop* also die Weichen gestellt, *consideration* aus dem Versprechenskonzept des *common law* verschwinden zu lassen; dies währte freilich nur vorübergehend, denn in *Rann v. Hughes* wurde der Neuansatz von *Pillans v. Van Mierop* ausdrücklich abgelehnt.¹² Das kontinentaleuropäische, von Grotius und Pufendorf entwickelte Versprechensmodell konnte daher im *common law* keine dauernde Gültigkeit erlangen.

¹⁰ *Pillans v. Van Mierop* (1765) 3 Burrow 1663. Der Anhang enthält den gesamten Text der Entscheidung nach J. BURROW, Reports of Cases, vol. 3 (1771) 1663 – 1675.

¹¹ Die vierstelligen Zahlen geben die Seiten in Burrows law report an.

¹² Die Entscheidung von *Pillans v. Van Mierop* gilt als erster Angriff Mansfields auf die traditionelle *doctrine of consideration*. Wie erwähnt scheiterte dieser Vorstoß 1778 mit *Rann v. Hughes*. 1782 versuchte Mansfield ein zweites Mal, *consideration* neu zu bestimmen. In *Hawkes v. Saunders* (1 Cowp. 289) erkannte er *consideration* zwar als allgemeines Erfordernis der Versprechensbindung an, neutralisierte sie aber weitgehend durch eine großzügige Deutung: Wenn das Versprechen einer sittlichen Pflicht folgte, so sollte diese als *consideration* gelten. *Where a man is under a moral obligation, which no court of law or equity can enforce, and promises, the honesty and rectitude of the thing is a consideration... The ties of conscience upon an upright mind are a sufficient consideration*. (Ähnlich äußerte sich Mansfield bereits in *Trueman v. Fenton* [1777] 2 Cowp. 544). Diese Auffassung von *consideration* fand zu Beginn des 19. Jahrhunderts in einigen Urteilen Niederschlag, wurde jedoch 1840 für unzutreffend erklärt (vgl. *Eastwood v. Kenyon* [1840] 11 Ad. & El. 438). S. FIFOOT, History 406 ff., weiters S. J. STOLJAR, A History of Contract at Common Law (1975) 95 ff., bes. 98; A. W. B. SIMPSON, A History of the Common Law of Contract (1975) 440, 445; CHESHIRE and FIFOOT's Law of Contract, 10th ed. (1981) by M. P. FURMSTON (Historical Introduction by A. W. B. SIMPSON) 61 f.

2. Lord Mansfield gehört zu den prominentesten Richterpersönlichkeiten der englischen Rechtsgeschichte.¹³ Er brachte das *common law* des späten 18. Jahrhunderts nicht nur auf die Höhe seiner Zeit,¹⁴ sondern schuf darüberhinaus mit ungewöhnlichem juristischen Einfühlungsvermögen die Grundlagen für zahlreiche moderne Rechtsinstitute.¹⁵ Die Zeitgenossen beschreiben Mansfield als vielseitigen und originellen Denker, dessen entschlossenes Auftreten und Handeln bereits zu Lebzeiten Beifall wie Ablehnung hervorrufen mußte.¹⁶

In einem kurzen Überblick sind aus Mansfields Lebenslauf erst seine schottische Herkunft – er wurde 1705 in Perth geboren – und sein Besuch der Londoner Westminster School zu erwähnen, wo er die Klassiker der antiken Literatur kennenlernte; das Studium der *classics* setzte er dann am Christ Church College in Oxford fort. Schon während dieser akademischen Ausbildung begann er seine juristische Laufbahn mit dem Eintritt in Lincoln's Inn.¹⁷ Danach wurde Mansfield als Law Officer of the Crown zum Anwalt der Krone,¹⁸ gleichzeitig erhielt er einen Sitz im Unterhaus; in der Folge war er mit politischen wie mit rechtlichen Aufgaben befaßt. Schließlich entschied sich Mansfield für eine juristische Laufbahn. 1756 wurde er Chief Justice des Court of King's Bench.¹⁹ In den 32 Jahren seines Wirkens am Court of King's

¹³ William Murray, 1st Earl of Mansfield, 1705 – 1793. Zu Leben und Werk s. v.a. C. H. S. FIFOOT, Lord Mansfield (1936). Auf frühere biographische Arbeiten zu Mansfield kann hier verzichtet werden. W. HOLDSWORTH, A History of English Law (1903 – 1956) (im folgenden HEL) XII (1938) 464 ff.; DERS., Some Makers of English Law (1938) 151 ff.; E. HEWARD, Lord Mansfield (1979); J. N. ADAMS in: Biographical Dictionary of the Common Law, ed. A. W. B. SIMPSON (1984) 378 – 384.

¹⁴ S. FIFOOT, Mansfield 6 ff., 26; HEWARD, Mansfield 170 ff.; s. auch u. Anm. 58.

¹⁵ S. FIFOOT, Mansfield 52 ff., 252; HEWARD, Mansfield 170 ff.

¹⁶ S. FIFOOT, Mansfield 27 ff., bes. 46 ff.

¹⁷ Die vier *Inns of Court* sind nach dem Muster von Zünften organisierte Berufsverbände, denen man nach englischer Tradition angehören muß, um das *common law* bei Gericht zu erlernen und auszuüben; s. R. MEGARRY, Inns Ancient and Modern (1972); HOLDSWORTH, HEL XII 14 ff.; T. F. T. PLUCKNETT, A Concise History of the Common Law, 5th ed. (1956) 215 ff.; RADCLIFFE and CROSS, The English Legal System, 6th ed. by G. J. HAND and D. J. BENTLEY (1977) 379 ff.

¹⁸ Der Wirkungsbereich eines *law officer* umfaßt vor allem Kriminal- und Steuerangelegenheiten. S. RADCLIFFE and CROSS, System 391 f.

¹⁹ Von den drei Courts of Common Law, nämlich Court of Exchequer, Court of Common Pleas und Court of King's Bench war der letzte Gerichtshof im 18. Jhd. der bedeutendste (s. RADCLIFFE and CROSS, System 155 ff., bes. 171). Mit Ausnahme einer Appellationsgerichtsbarkeit gegenüber Common Pleas judizierte King's Bench in erster Instanz. Die Urteile von King's Bench konnten beim Court of Exchequer Chamber angefochten werden; der Rechtszug endete im House of Lords (s. RADCLIFFE and CROSS, System 209 ff., bes. 212 f.). Die hier skizzierte Abfolge der Rechtsmittel kam in *Rann v. Hughes* zum Tragen (s.u. Anm. 93).

Bench gelang es ihm, die Entwicklung des englischen Rechts nachhaltig zu beeinflussen.

Zahlreiche Berichte rühmen Mansfields hervorragende Charakterzüge: Vor allem ein außergewöhnliches Auffassungs- und Urteilsvermögen, die Gabe, seine Ansichten eindringlich zu vermitteln – für rhetorische Leistungen erntete er immer wieder höchstes Lob²⁰ –, sowie ein besonderes Geschick, mit Menschen umzugehen.²¹ Die Zeugnisse seiner Tätigkeit am Court of King's Bench bestätigen dieses Bild; da dürfte die Zusammenarbeit der Richter in erster Linie dank seines integrierenden Einflusses außergewöhnlich wirkungsvoll und harmonisch gewesen sein. Immerhin sind aus seiner 32jährigen Amtszeit nur zwanzig Urteile bekannt, die der Senat nicht einstimmig fällte, und sechs, die erfolgreich angefochten wurden;²² daß Mansfield in vielen Entscheidungen eine führende Rolle einnimmt, wird angesichts seiner starken Persönlichkeit nicht verwundern.²³

Ähnlich gebildet, charakterlich jedoch ganz anders veranlagt erscheint Mr. Justice Wilmot.²⁴ Etwa der Generation Mansfields angehörig, hatte auch er klassische Literatur studiert, bevor er sich der Jurisprudenz widmete. Doch im Unterschied zu seinem berühmten Kollegen dürfte er das öffentliche Auftreten als schwere Belastung empfunden haben. Wiederholt – und mehrfach erfolgreich – zeigte er sich abgeneigt, Ämter und Ehren politischer oder richterlicher Art anzunehmen. Offenbar fehlte es Wilmot am Selbstvertrauen für eine Ämterlaufbahn, die seinen großen Fähigkeiten als Jurist entsprochen hätte.²⁵ Sein Beitrag in *Pillans v. Van Mierop* weist ihn jedenfalls als gelehrten Richter aus, dessen Kenntnisse nicht auf das *common law* beschränkt sind; ob

²⁰ S. FIFOOT, Mansfield 33.

²¹ S. v.a. HEWARD, Mansfield 29, 178 ff.

²² FIFOOT, Mansfield 46 ff.; HEWARD, Mansfield 57 ff. Der Brief Mansfields an Wilmot vom 29. 12. 1759 zeigt ein vertrauliches, ja freundschaftliches Verhältnis. *My dear Wilmot ... The Bishop of Durham (Richard Trevor) is now and has been with me since Monday last. Tomorrow I expect the Primate and Lord George Sackville to stay some days so I shall hardly be able to ride to Town any morning before next week when you will give me leave to breakfast with you in my boots. Unless your alternative should make it necessary to have the whole transcribed I beg the favour of you to hand it over to my Brother Foster who is in Town with my best compliments. Desire of him what I have desired of you. I am very impatient to discharge myself entirely of it; that I may go to something else. While the company is at cards I play my rubbers at this work, not the pleasantest in the world; but what must be done I have to do, and have it over ...* (Text nach HEWARD, Mansfield 58); s. auch E. HEWARD, Mansfield's Notebooks, in: 92 L.Q.R. (1976) 445.

²³ FIFOOT, Mansfield 46 ff.; s. auch u. Anm. 92.

²⁴ Sir John Eardley Wilmot, 1709 – 1792. HOLDSWORTH, HEL XII 479 ff.; D. E. C. YALE, Biographical Dictionary 544 f.

²⁵ HOLDSWORTH, HEL XII 480.

seine Argumentation aus dem *civil law* allerdings ganz auf eigenen Ideen beruht, oder ob sie einer Initiative Mansfields folgt, läßt der Text nicht erkennen. Angesichts des ebenso intensiven wie freundschaftlichen Kontakts der beiden Richter²⁶ ist es gut vorstellbar, daß die Entscheidungsgründe in der Hauptsache gemeinsam entwickelt wurden, und Wilmot sodann ihren ausführlichen Vortrag übernahm.

III.

1. Die *doctrine of consideration* beruht auf der Idee, daß ein Versprechen nur dann klagbar sein soll, wenn es in Anbetracht – *in consideration* – von Umständen erfolgt, die auf schutzwürdige Beweggründe schließen lassen.²⁷ Auf den ersten Blick erscheint *consideration* demnach als das englische Gegenstück zur kontinentaleuropäischen *causa*.²⁸ Welche Motive nun persönliches Belieben zu einem rechtswirksamen Bindungswillen aufwerten und damit als *consideration* gelten, normiert das *common law* anhand von zahlreichen Entscheidungen in einer weiten Typologie.²⁹

Charakteristisch für die *doctrine of consideration* ist es, daß weder die Abgabe eines Versprechens noch dessen Annahme allein zu einer Bindung führen; nur wenn der Empfänger auf das Versprechen hin ein bestimmtes Verhalten setzt, wird die Zusage klagbar. Dabei stehen grundsätzlich zwei Wege offen, das Erfordernis der *consideration* zu erfüllen:

Erstens kann der Adressat ein Gegenversprechen abgeben; im Synallagma wirkt jeweils eine Zusage als *consideration* für die andere, dadurch entsteht ein gegenseitiges Verpflichtungsgeschäft.³⁰ Diese Art von *consideration* gründet auf der Figur des genetischen Synallagmas³¹

²⁶ S. o. Anm. 22 f.

²⁷ SIMPSON, *History* 321, 323 ff., 485 ff.; ATIYAH, *Introduction* 91 ff.

²⁸ Zum Vergleich der beiden Begriffe s. v.a. W. W. BUCKLAND and A. D. MC NAIR, *Roman Law and Common Law*, 2nd ed. by F. H. LAWSON (1952) 221 ff., bes. 228 ff.; A. T. VON MEHREN, *Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis*, in: *Harvard L.R.* 72 (1959) 1009 – 1078; R. DAVID, *Cause et Consideration*, in: *Mélanges Maury* 2 (1960) 111 – 137; B. S. MARKESINIS, *Cause and Consideration: A Study in Parallel*, in: *Cambridge L.J.* 37 (1978) 53 – 75; s. auch U. KLINKE, *Causa und genetisches Synallagma* (1983) 28, 88 mit weiterer Literatur.

²⁹ Eine monographische Darstellung der *consideration* bietet v.a. K. C. T. SUTTON, *Consideration Reconsidered* (1974), mit Literaturangaben 267 ff.

³⁰ SIMPSON, *History* 459 ff.; STOLJAR, *History* 51 ff.; SUTTON, *Consideration* 25 ff.; ATIYAH, *Introduction* 96 f.

³¹ S. dazu v.a. KLINKE, *Causa und genetisches Synallagma; zu Form und Funktion des*

– eine Verpflichtung wird um der anderen willen eingegangen, jede Zusage gibt *consideration* für ihr Gegenversprechen ab.

Zweitens liegt auch dann *consideration* vor, wenn der Adressat in einer Weise auf das Versprechen reagiert, die einem anderen – sei es dem Versprechenden, sei es einem Dritten – zum Vorteil gereicht oder die für ihn selbst mit einer Belastung verbunden ist.³² Darin manifestiert sich der Gedanke, daß ein Versprechen durchsetzbar sein soll, wenn es mit einer Leistung des Adressaten im Zusammenhang steht.³³ Freilich hat die *doctrine of consideration* dieses Prinzip weitgehend differenziert, denn die Klagbarkeit tritt schon ein, sobald einzelne, für den Leistungsakt typische Elemente feststellbar sind: Nimmt der Adressat für das Versprechen einen Nachteil in Kauf, so gilt *consideration* ebenso als gegeben, wie wenn er einem anderen einen Vorteil verschafft;³⁴ weiters muß sich solch eine Leistung des Adressaten weder an den Versprechenden richten³⁵ noch der Zusage wirtschaftlich gleichwertig sein,³⁶ ja sie muß mit dieser nicht einmal im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen³⁷ – selbst das unentgeltliche Überlassen von Sachen wird als *consideration* für vertragliche Rückforderungs- und Ersatzansprüche betrachtet.³⁸

Austausches in archaischen Gesellschaften s. etwa M. MAUSS, Die Gabe (1968) (Essai sur le don, 1950).

³² SIMPSON, History 412 ff.; STOLJAR, History 49 ff.; SUTTON, Consideration 13 ff., bes. 18; ATIYAH, Introduction 96.

³³ S. o. Anm. 30 f.; weiters SUTTON, Consideration 33, 37 ff.; CHESHIRE and FIFOOT, Contract 63. „As a general rule any act promised or performed by the promisee will be a sufficient consideration if it was of some 'value' to the promisor or involved some real detriment to the promisee" (ATYAH, Introduction 102). Die Leistung kann auch in einer Unterlassung bestehen; s. ATIYAH, Introduction 102 ff.

³⁴ Vgl. *Currie v. Misa* (1875) L.R. 10 Exch. 153: *A valuable consideration in the sense of the law may consist either in some right, interest, profit or benefit accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other.*

³⁵ SIMPSON, History 428; ATIYAH, Introduction 95.

³⁶ SIMPSON, History 445 ff.; ATIYAH, Introduction 104 f.

³⁷ Freilich ist für die *consideration* in erster Linie das geschäftliche Austauschverhältnis typisch, *consideration* wird daher häufig als Preis für das Versprechen charakterisiert. S. etwa SUTTON, Consideration 33: „... perhaps it is better left undefined, if indeed it is susceptible of accurate definition, which many writers doubt, ... the proper approach to consideration is to regard it in terms of sale or the price paid for the promise. This notion of bargain embodies the fundamental principles that consideration must move from the promisee-plaintiff and that it cannot be past. But, having described consideration in terms of price, it must be realized that there are exceptions to the rule, and the question remains whether the function of the courts is not to apply the rule mechanically and dogmatically, but to determine if a sound and sufficient reason exists for the refusal to enforce a particular promise”.

³⁸ SIMPSON, History 421 ff.; STOLJAR, History 55 f.; ATIYAH, Introduction 93, 120 f.; CHESHIRE and FIFOOT, Contract 74 f.

Erbringt der Adressat keine *consideration*, so kommt grundsätzlich auch kein gültiger Anspruch zustande. Die Klagbarkeit entfällt jedoch mangels *consideration* nicht notwendigerweise: Rechtswirksam kann sich auch verpflichten, wer für sein Versprechen die Form einer gesiegelten Urkunde wählt.³⁹ Dabei muß der Begünstigte in den Versprechensvorgang gar nicht einbezogen werden, denn die Klagbarkeit ergibt sich schon aus dem einseitigen Formalakt.

2. In der Geschichte des englischen Vertragsrechts – die hier vor allem im Licht der einschlägigen Arbeit Simpsons⁴⁰ erörtert werden soll – erscheint die Rechtsfigur der *consideration* zu Beginn der Neuzeit; sie entstand damals gleichsam als Reaktion auf die Einführung der allgemeinen Klagbarkeit formloser Versprechen.

Im mittelalterlichen *common law* war die Auswahl der rechtlich schutzwürdigen Verpflichtungsgeschäfte in Form eines abschließenden Katalogs von Klagen getroffen: Forderte der Kläger Sachen auf Grund einer Gattungsschuld, so hatte er die *action of debt* anzustellen; wenn indessen die Herausgabe eines individuell bestimmten Gegenstands bewirkt werden sollte, dann war mit der *action of detinue* vorzugehen. Schließlich gab es noch Ansprüche – etwa solche auf Werkleistungen –, die sich nicht nach den geschilderten Kriterien erfassen und mit *action of debt* oder *action of detinue* durchsetzen ließen. In diesen Fällen konnte die *action of covenant* Platz greifen, sofern eine gesiegelte Urkunde über die Leistungszusage vorlag.⁴¹

Im ausgehenden Mittelalter änderte sich das Bild. Mit der *action of assumpsit*⁴² kam eine neue Klage auf, die grundsätzlich jedem formlosen Versprechen Wirksamkeit verlieh. Dies bedeutete einerseits, die Schranken der mittelalterlichen Klagetypen zu überwinden, andererseits, die damit verbundenen Kriterien der Schutzwürdigkeit von Versprechen aufzugeben. Die *action of assumpsit* war insofern zu breit angelegt, als sich ihr Rechtsschutz prinzipiell auf alle Zusagen erstreckte. Folglich mußten nun eigene Anhaltspunkte gefunden werden, um die notwendige Unterscheidung in rechtserhebliche und sonstige Versprechen

³⁹ SIMPSON, History 10 ff.; STOLJAR, History 4 ff.; ATIYAH, Introduction 31 f.

⁴⁰ S. o. Anm. 12.

⁴¹ SIMPSON, History 3 ff.; STOLJAR, History 3 ff.

⁴² FIFOOT, History 330 ff.; SIMPSON, History 197 ff.; S. F. C. MILSOM, Historical Foundations of the Common Law, 2nd ed. (1981) 314 ff.

zu gewährleisten; da entstanden mit der *doctrine of consideration* neue Qualifikationen der Klagbarkeit.⁴³

Diese Entwicklung der *consideration* läßt sich seit den Sechzigerjahren des 16. Jahrhunderts belegen;⁴⁴ sie führte in kurzer Zeit zur Formulierung einiger grundlegender Merkmale. So ist etwa durch ein Urteil aus dem Jahre 1577 *consideration* in Form eines Gegenversprechens bekannt.⁴⁵ Ebenfalls schon aus der frühen Geschichte dieses Begriffs stammen Entscheidungen, die *past consideration* für unerheblich erklären.⁴⁶ *Consideration* muß einem Versprechen gewissermaßen gegenüberstehen, um dessen Klagbarkeit zu bewirken; daher kann ein Verhalten, das auf seiten des Adressaten bereits abgeschlossen ist, wenn diesem eine Zusage gemacht wird, nicht als *consideration* für diese Zusage gelten.⁴⁷ Der Adressat könnte dann nur *past consideration* vorbringen, seine Klage auf Erfüllung des Versprechens würde scheitern.

3. Auch in *Pillans v. Van Mierop* wurde *past consideration* zum Problem: Gerade unter diesem Aspekt mußte das Klagebegehren höchst fragwürdig erscheinen – die Kläger hatten zwar eine Zahlung geleistet, aber erst später von den Beklagten die Zusage erhalten, ihnen den ausgelegten Betrag zu ersetzen. Der Einwand, für die klägerische Forderung gebe es also nur *past consideration* – und demnach bestehe kein wirksames Versprechen –, war im Grunde nicht überzeugend zu entkräften. Es lag daher nahe, das Klagebegehren abzulehnen.

Die Richter werteten diesen Einwand allerdings nicht als entscheidend; sie bejahten vielmehr die Verbindlichkeit der Übereinkunft. In Anbetracht des herkömmlichen Verständnisses von *consideration* mußte ihr Urteil freilich kühn erscheinen und sie zu einer eingehenden wie ideenreichen Erörterung veranlassen. Dabei führte ihre Argumentation zu grundsätzlichen Aussagen über Versprechen und *consideration*, aus

⁴³ SIMPSON, History 248 ff.; STOLJAR, History 37 ff.; MILSOM, Foundations 356 ff. Zur Entwicklung vom mittelalterlichen zum neuzeitlichen Wirtschaftssystem Englands s. STOLJAR, History 33 f. (mit weiterführender Literatur).

⁴⁴ Zur frühen Geschichte der *consideration* s. J. H. BAKER, Origins of the „Doctrine“ of Consideration 1535 – 1585 (mit weiterführender Literatur), in: On the Laws and Customs of England (Essays in Honour of Samuel E. Thorne) Studies in Legal History, ed. M. S. ARNOLD (1981) 336 – 358.

⁴⁵ Vgl. *West v. Stowel* (1577) 2 Leon 154. S. SIMPSON, History 459 ff.; weiters STOLJAR, History 51 ff. Die Diskussion um diese Art von *consideration* reicht freilich noch weiter zurück; s. BAKER, Origins 345 ff.

⁴⁶ Vgl. *Hunt v. Bate* (1568) Dyer 272a. S. SIMPSON, History 452 ff. und STOLJAR, History 57 ff., mit näherer Erklärung des Zusammenhangs von *request*, *consideration* und *promise*.

⁴⁷ ATIYAH, Introduction 96 ff.; CHESHIRE and FIFOOT, Contract 63 ff.

denen sich die nachhaltige Bedeutung von *Pillans v. Van Mierop* erklärt.⁴⁸

IV.

1. An den Geschehnissen, die den Streitfall *Pillans v. Van Mierop* auslösten, waren im wesentlichen drei Parteien beteiligt. Neben den Klägern *Pillans* und *Rose*, Kaufleuten in Rotterdam, und den Beklagten *Van Mierop* und *Hopkins*, denen ein Londoner Handelshaus gehörte, ist noch der irische Kaufmann *White* zu erwähnen, auf dessen Initiative das strittige Verhältnis zurückging. Wirtschaftlich betrachtet gewährten zuerst *Pillans* und *Rose* einen Kredit an *White*; später sollten *Van Mierop* und *Hopkins* die Summe an *Pillans* und *Rose* erstatten und schließlich selbst von *White* befriedigt werden.

Was die Rechtsform betrifft, sollte die Transaktion über Wechsel ablaufen: Zu Beginn richtete *White* an *Pillans* und *Rose* die Bitte, einen von ihm ausgestellten Wechsel zu akzeptieren. Da verlangten *Pillans* und *Rose* von *White*, ihnen ein renommiertes Unternehmen anzuführen, das sie im Bedarfsfall schadlos halten würde. *White* nannte *Van Mierop* und *Hopkins*; daraufhin akzeptierten die späteren Kläger den Wechsel und beglichen ihn, als er fällig wurde.

Einige Zeit danach setzten sich *Pillans* und *Rose* erstmals selbst mit *Van Mierop* und *Hopkins* in Verbindung und holten deren schriftliche Zusage ein, ihnen für den ausgelegten Betrag ein Wechselakzept zu geben. *Van Mierop* und *Hopkins* versprachen dies – wohl in der Annahme, später bei *White* Rückgriff nehmen zu können. Als sich dann aber herausstellte, daß *White* zahlungsunfähig geworden war, kam es im Verhältnis der anderen beiden Parteien zur Wende: *Van Mierop* und *Hopkins* weigerten sich, ihr Versprechen zu erfüllen – offenbar schien es ihnen ausgeschlossen, von *White* entschädigt zu werden. Gegen das Begehren der Kläger führten die Beklagten zuletzt an, die Vereinbarung über das Wechselakzept sei mangels *consideration* ein *nudum pactum* und daher wirkungslos.

⁴⁸ Zahlreiche rechtshistorische Darstellungen des englischen Vertragsrechts nehmen auf *Pillans v. Van Mierop* Bezug – etwa *HOLDSWORTH*, *HEL* VIII (1926) 34 ff.; *FIFOOT*, *History* 408, 427 ff., 431 f.; *GORLA*, *Contratto* I 413; *J. M. HOLDEN*, *The History of Negotiable Instruments in English Law* (1955) 134 ff.; *SUTTON*, *Consideration* 194, 255; *SIMPSON*, *History* 407 f., 617; *STOLJAR*, *History* 97, 102 ff.; *P. S. ATIYAH*, *The Rise and Fall of the Freedom of Contract* (1978) 216; *J. H. BAKER*, *An Introduction to English Legal History*, 2nd ed. (1979) 292.

2. Der von Burrow verfaßte Bericht⁴⁹ über *Pillans v. Van Mierop* setzt mit dem Antrag der Kläger ein, den von King's Bench über das Vorbringen der Parteien bereits zugunsten der Beklagten gefällten Spruch⁵⁰ wegen unzutreffender Beweiswürdigung aufzuheben und die Sache neuerlich zu verhandeln: ... *Mr. Attorney General Norton, on behalf of the plaintiffs, moved for a new trial. He moved it as upon a verdict against evidence* (1663). Daran schließt sich ein Resümee des Sachverhalts, von dem das weitere Verfahren ausgeht (1663 f.). Mit einer detaillierten Erhebung des Briefwechsels zwischen den Beteiligten beginnt das Gericht, den Antrag der Kläger zu behandeln. Nach den Ausführungen der Parteienvertreter erklärt Mansfield, es stehe nunmehr allein zur Diskussion, ob die Zusage der Beklagten auf ein *nudum pactum* beschränkt oder ob sie verbindlich sei (1665 f.). Sodann erörtern alle vier Richter des Court of King's Bench diese Frage⁵¹ und argumentieren durchwegs für die Wirksamkeit des strittigen Versprechens (1666 - 1675); zuletzt geben sie dem Antrag der Kläger statt (1675).

⁴⁹ Wie bei jeder quellengebundenen Studie ist auch für eine Analyse von *Pillans v. Van Mierop* die Glaubwürdigkeit des Textes zu beurteilen. Damit stellt sich die Frage, wie die *law reports* entstanden und überliefert wurden. Das englische Recht beruht als *case law* vor allem auf richterlichen Entscheidungen. Je deutlicher sich dieser Rechtsquellentyp in der Entwicklung des *common law* abzeichnete, desto stärker trat das Bedürfnis auf, richtungsweisende *cases* schriftlich festzuhalten. Lange Zeit wurden Fallsammlungen jedoch nicht im Hinblick auf eine Veröffentlichung, sondern zum privaten Gebrauch in der juristischen Ausbildung und Praxis angelegt; wie sie nur wenige gemeinsame Merkmale erkennen lassen, ist auch ihre Wertschätzung nicht einheitlich: Die verschiedenartigen Interessen und Fähigkeiten der jeweiligen Verfasser schlugen sich in einer literarischen Vielfalt nieder (HOLDSWORTH, HEL XII 102 ff.; C. K. ALLEN, *Law in the Making*, 7th ed. [1964] 221 ff.). Sir James Burrow (s. J. N. ADAMS, *Biographical Dictionary* 91), in dessen Sammlung *Pillans v. Van Mierop* überliefert ist, gilt als Pionier in der Entwicklung der Formen und Richtlinien des modernen *law reporting*. Angesichts seiner beispielhaften Berichterstattung kann die Untersuchung ungetrübt von textkritischen Bedenken erfolgen (ALLEN, *Law* 228; HOLDSWORTH, HEL XII 110 ff.; DERS., *Sources and Literature of English Law* (1925) 99 ff.; DERS., *The Named Reporters*, in: *Anglo-American Legal History Series*, Series 1 [1943] Number 8, 7 f.).

⁵⁰ Diese Entscheidung beruhte wohl primär auf der Ansicht, die Kläger hätten den Beklagten vorgetäuscht, von White Waren erhalten zu haben (so FIFOOT, *History* 427 Anm. 15). Vgl. Mansfields kurzen Bericht über die vorangegangene Verhandlung: *The grounds it was argued upon there, were, 1st. that this imported to be a credit given to Pillans and Rose, in prospect of a future credit to be given by them to White; and that this credit might well be countermanded before the advancement of any money: and this is so. 2dly. that there was a fraud; for that Van Mierop and Hopkins had reason to think that White had sent goods to Pillans and Rose; whereas this was a mere lending of credit. 3dly. that if Pillans and Rose had received goods from White, and retained them till he failed, the defendant's undertaking was revocable* (1665 f.).

⁵¹ Lord Mansfield – *The objection is, „that the letter whereby Van Mierop and Hopkins undertake to honour the plaintiffs' bills, is nudum pactum.“ The other side deny it. This is the only question, here. But this is quite different from what passed at the trial: the nudum pactum was not mentioned at that time* (1665). – Zur Besetzung des Court of King's Bench unter Lord Mansfield s. HOLDSWORTH, HEL XII 478 Anm. 3.

3. Der *law report* schildert die richterliche Argumentation wie folgt: Etwa in der ersten Hälfte sind die knappen Bemerkungen Mansfields zu finden; Wilmot liefert den ausführlichsten Beitrag, Yates⁵² und Aston kommen am Schluß eher kurz zu Wort.

Alle Richter bejahen den Anspruch der Kläger – freilich mit unterschiedlichen Begründungen:⁵³

Zum einen wird die Ansicht vertreten, die Kläger hätten das Erfordernis der *consideration* erfüllt. In diesem Sinn äußern sich Wilmot und Yates (1667, 1672; 1673 f.).

Zum anderen überwiegt die Auffassung, *consideration* sei hier gar nicht zu prüfen; die Wirksamkeit der Zusage würde sich vielmehr anders ergeben – erstens aufgrund der Schriftform, zweitens aus der handelsbezogenen Materie und drittens einfach schon durch den bedachten Willensentschluß der Versprechenden. Von diesen drei Argumenten führt Mansfield die beiden ersten an: Die Beklagten hatten ihrer Zusage in einem Brief Ausdruck verliehen; überdies sei es geboten, das Geschäft als *mercantile transaction* zu würdigen (1669 f.). Ähnlich betonen Yates und Aston den handelsrechtlichen Aspekt (1673 f.; 1675), der auch bei Wilmot zur Sprache kommt (1672 f.). Zum dritten Punkt – nämlich, daß eine Zusage aus der ernsthaften Absicht des Versprechenden wirksam werde – stellt Wilmot eingehende rechtstheoretische und historische Überlegungen an (1670 f.).

V.

1. Das Thema der *mercantile transaction* wirkt wie ein Leitgedanke der Urteilsbegründung, da es als einziges von allen Richtern ausdrücklich behandelt wird.⁵⁴ Dennoch bedeutet dieser gemeinsame Nenner keine Einschränkung auf eine handelsrechtliche Sondernorm: *Pillans v. Van Mierop* ist als Entscheidung des Court of King's Bench eindeutig dem *common law* zuzurechnen.

Seit dem Aufstieg der *action of assumpsit* hatten die *common law courts* vermehrt Streitigkeiten zwischen Kaufleuten übernommen; damit erweiterten sie ihre Jurisdiktion, während die Handelsgerichte wie Staple Courts und Court of Admiralty zusehends an Bedeutung ver-

⁵² J. ST. ANDERSON, *Biographical Dictionary* 554.

⁵³ „The judgments display an embarrassing variety of rationes decidendi“ (FIFOOT, *History* 408). „... *Pillans v. Van Mierop*, a case perhaps more famous than understood“ (STOLJAR, *History* 102).

⁵⁴ HOLDEN, *Instruments* 135.

loren.⁵⁵ Ein wesentlicher Schritt zur Integration handelsrechtlicher Materien in das *common law* erfolgte unter Holt C. J.,⁵⁶ als das Erfordernis, *commercial custom* eigens zu behaupten und zu beweisen, weitgehend wegfiel.⁵⁷ Darauf nimmt Mansfield Bezug,⁵⁸ wenn er sagt: *The law of merchants, and the law of the land, is the same: a witness can not be admitted, to prove the law of merchants. We must consider it as a point of law* (1669). Doch nicht nur formell, auch materiell ist *Pillans v. Van Mierop* keineswegs auf einen etwaigen Sondertatbestand beschränkt, da die Richter neben dem Thema der *mercantile transaction* andere Lösungsansätze gleichermaßen in Betracht ziehen.

Die Einschätzung des Falls als *commercial case* wird argumentativ in zweifacher Hinsicht verwertet. Ausgangspunkt ist ein Wirtschaftskonzept,⁵⁹ das den Handelsverkehr mit besonders einfachen,⁶⁰ international

⁵⁵ PLUCKNETT, History 662 ff.; ATIYAH, Rise 137; HEWARD, Mansfield 100; J. H. BAKER, The Law Merchant and the Common Law before 1700, in: Cambridge L.J. 38 (1979) 295 – 322; weiters K. W. NÖRR, The European Side of the English Law: A Few Comments from a Continental Historian, in: Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History 1 (1985) 21 ff., bes. 23.

⁵⁶ Holt gibt den *common law courts* ausdrücklich Vorrang: *The common law is the overruling jurisdiction of this realm, and you ought to entitle yourself well, to draw a thing out of the jurisdiction of it* (*Shermoulin v. Sands* [1697] 1 Ld. Raym. 272). S. HOLDSWORTH, HEL VI (1927) 519 ff., 634 ff.; DERS., Sources 218 ff., weiters G. W. KEETON, English Law – The Judicial Contribution (1974) 185 ff. Zu Leben und Werk von John Holt (1642 – 1709/10) s. die geraffte Darstellung bei HOLDSWORTH, Makers 151 ff.; J. S. ANDERSON, Biographical Dictionary 254 – 257. Zu Holts Leistung im Bereich des englischen *commercial law* s. KEETON, English Law 171 ff.; weiters HOLDSWORTH, HEL VI 519 ff., 634 ff.; HEL I (3rd ed. 1922 – 1923) 552 ff.; HEL V (1927) 140 ff.

⁵⁷ ATIYAH, Rise 137; HOLDSWORTH, HEL V 148; PLUCKNETT, History 664.

⁵⁸ Zu Mansfields Bedeutung für das englische *commercial law* s. v.a. KEETON, English Law 187 ff.; FIFOOT, Mansfield 82 ff. (enthält kurze Analysen der wichtigsten Fälle); HOLDSWORTH, HEL V 147. Mr. Justice Buller würdigt die handelsrechtlichen Verdienste Mansfields in *Lickbarrow v. Mason* (1787) 2 T.R. 63 folgendermaßen: *Before that period we find that in Courts of Law all the evidence in mercantile cases was thrown together; they were left generally to a jury and they produced no established principle. From that time we all know the great study has been to find some certain general principles, which shall be known to all mankind, not only to rule the particular case then under consideration, but to serve as a guide for the future. Most of us have heard these principles stated, reasoned upon, enlarged and explained, till we have been lost in admiration at the strength and stretch of the human understanding. And I should be very sorry to find myself under a necessity of differing from any case on this subject which has been decided by Lord Mansfield, who may be truly said to be the founder of the commercial law of this country* (s. FIFOOT, Mansfield 116 f.).

⁵⁹ ATIYAH, Rise 24 ff., 112 ff.

⁶⁰ Vgl. Mansfield in *Hamilton v. Mendes* (1761) 2 Burrow 1214: *The daily negotiations and property of merchants ought not to depend upon subtleties and niceties, but upon rules easily learned and easily retained, because they are the dictates of common sense, drawn from the truth of the case. If the question is to depend upon the fact, every man can judge of the nature of the law before the money is paid; but if it is to depend upon speculative refinements from the law of nations or the Roman Jus Postliminii concerning the change or revesting of property, no wonder merchants are in the dark, when doctors have differed upon the subject from the beginning and are not yet agreed* (s. FIFOOT, Mansfield 85).

einheitlichen, dem Vertrauensgrundsatz⁶¹ folgenden Rechtsinstituten fördern will. Dieser Position gewinnen die Richter einen rechtspolitischen und einen systematisch-deduktiven Aspekt ab: Einerseits postulieren sie, das Urteil müsse den erwähnten Bedürfnissen und Zwecken genügen; andererseits erklären sie wiederholt, entsprechende Handelsbräuche seien als Normen vorgegeben und auf den Streitfall anzuwenden.

2. Die Notwendigkeit eines verkehrsfreundlichen Handelsrechts wird mehrfach hervorgehoben. Mansfield weist am Beginn seiner Überlegungen zum Thema *nudum pactum* auf die Tragweite der Rechtsfrage hin: *This is a matter of great consequence to trade and commerce, in every light* (1669).⁶² Dazu führt er aus, man müsse mit unerwünschten wirtschaftlichen Folgen rechnen, wenn sich solch ein Versprechen widerrufen ließe: ... *they could not afterwards retract. It would be very destructive to trade, and to trust in commercial dealing, if they could* (1669 f.).

Mit gelehrten Worten unterstreicht Wilmot die Bedeutung von Rechtseinheit, Vertrauensschutz und Verkehrsfreundlichkeit für das internationale Wirtschaftsleben – *But to consider this as a commercial case. All nations ought to have their laws conformable to each other, in such cases. Fides servanda est: simplicitas juris gentium praevaleat ... The true reason why the acceptance of a bill of exchange shall bind, is ... for the convenience of trade and commerce. Fides est servanda* (1672).

Neben dieser rechtspolitischen Argumentationslinie wird die *commercial transaction* auch zu einer deduktiven Begründung herangezogen. Die Richter sprechen von einer Rechtspraxis unter Kaufleuten, in der eine Zusage auch ohne *consideration* klagbar sei; damit nehmen sie eine Regel an, aus der sich ihre Lösung ableiten läßt. *A nudum pactum does not exist, in the usage and law of merchants*, behauptet Mansfield und ergänzt: *In commercial cases amongst merchants, the want of consideration is not an objection* (1669).

Die Ansicht, daß eine *mercantile transaction* keine *consideration* verlange, findet zuletzt bei Yates kräftige Unterstützung:⁶³ *Second question – Whether, by the law of merchants, this contract is not binding on the*

⁶¹ Vgl. Mansfield in *Vallejo v. Wheeler* (1774) 1 Cowper 143; Lofft 631: *In all mercantile transactions the great object should be certainty; and therefore it is of more consequence that a rule should be certain than whether the rule is established one way or the other: because speculators in trade then know which ground to go upon* (s. FIFOOT, Mansfield 94).

⁶² S. auch u. bei Yates: ... *a case of great consequence to commerce* (1673).

⁶³ Aston folgt offenbar derselben Idee, drückt sich jedoch weniger klar aus: *This must be considered as a commercial transaction; and is a plain case* (1675).

*defendants; though it was without consideration ... the defendants, by the custom of merchants, became liable to pay it. ... an acceptance will bind, ... and without any consideration (1674).*⁶⁴

3. Mansfield und seine Kollegen geben korrekt wieder, was für Vereinbarungen bei *mercantile transaction* galt: Da das internationale Handelsrecht des Mittelalters und der frühen Neuzeit weitgehend italienischen Ursprungs war,⁶⁵ hatten sich *commercial customs* nach kontinentalen Rechtsanschauungen entwickelt.⁶⁶ Dieses Handelsrecht gehörte nun zu jenen Bereichen, in denen die mittelalterliche *vestimenta*-Doktrin der romanistischen Lehrtradition⁶⁷ überwunden und das *nudum pactum* als klagbar der Stipulation gleichgestellt wurde.⁶⁸ Bei Bartolus etwa ist zu lesen, *in curia mercatorum, ubi de negotio potest decidi bona aequitate, non potest opponi ista exceptio „non intervenit stipulatio, sed pactum nudum fuit“*.⁶⁹

Die Richter finden allerdings im angesprochenen *law of merchants* noch keine hinreichende Entscheidungsgrundlage.

Dafür dürften zwei Gesichtspunkte bestimmend sein: Erstens obliegt es dem Gerichtshof King's Bench, auf der Basis des *common law* zu judizieren; schon deshalb konnte ein von den Prinzipien des englischen Vertragsrechts abweichender Handelsbrauch nicht ohne weiteres zum Tra-

⁶⁴ HOLDEN nimmt Yates' Überlegungen auf Seite 1674 zum Anlaß für die Frage, wie weit die Aussagen von *Pillans v. Van Mierop* als wechselrechtliche Sonderbestimmungen gelten können (HOLDEN, *Instruments* 135 ff.; STOLJAR, *History* 104): Erstens stellt er fest, daß der Versuch, *bill of exchange* als *specialty* zu betrachten – *bills of exchange are considered and are declared upon as special contracts* (1674) – und so dem Erfordernis der *consideration* zu entziehen, seit *Rann v. Hughes* als gescheitert anzusehen sei (zu *Rann v. Hughes* s. u. Anm. 93; zu den urkundlichen Versprechen s. o. bei Anm. 39). Zweitens wäre es denkbar, die Zusage der Beklagten in *Pillans v. Van Mierop* als gültiges Wechselakzept zu werten. Yates meint: *This agreement „to honour their bill“ was a virtual acceptance of the bill. An acceptance needs not be upon the bill itself. ... A promise „to accept“ is the same as an actual acceptance* (1674). Offenbar stimmte Yates' Ansicht mit der Rechtslage überein – freilich galt die Regel nur, wenn das Wertpapier bereits vorlag; gerade daran fehlte es jedoch in *Pillans v. Van Mierop*, denn die Kläger hatten im Zeitpunkt der Zusage noch keinen Wechsel ausgestellt. Die von Yates damit propagierte Erweiterung der „*doctrine of virtual acceptance*“ wurde 1800 in *Johnson v. Collings*, 1 East 98, ausdrücklich verworfen.

⁶⁵ S. HOLDSWORTH, *HEL* V 65 ff.; PLUCKNETT, *History* 663.

⁶⁶ So waren am englischen Court of Admiralty Juristen des *civil law* tätig; s. HOLDSWORTH, *HEL* V 5, 137 ff.; NÖRR, *European Side* 22.

⁶⁷ S. dazu A. SÖLLNER, Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, in: *SZ* 77 (1960) 212 ff.; H. DILCHER, Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht, in: *SZ* 77 (1960) 270 – 303; MAYER-MALY, Konsens als Grundlage 123 f.; DERS., Bedeutung des Konsenses 103; COING, *Privatrecht* 399.

⁶⁸ MAYER-MALY, Konsens als Grundlage 123; DERS., Bedeutung des Konsenses 102; s. auch COING, *Privatrecht* 530.

⁶⁹ Zu D 17. 1. 48 Cels. 7 dig., *Comm. in sec. Dig. veteris partem* (ed. Lyon 1550) 115.

gen kommen. Und auch der zweite Punkt hängt mit der generellen Jurisdiktion von King's Bench zusammen: Die Richter sehen wohl keinen Anlaß, gerade anhand dieses Falls eine merkantile Sondernorm im *common law* zu verankern – also einen Weg zu wählen, der angesichts des wechselrechtlichen Einschlags von *Pillans v. Van Mierop* zumindest gangbar erscheint;⁷⁰ an Fragestellung und Argumentation zeigt sich vielmehr, daß sie ihre *rationes* im Hinblick auf das allgemeine Vertragsrecht formulieren.

Damit erweist sich der wiederholte, nachdrückliche Hinweis auf *commercial custom* als Topos, der allein nicht zu überzeugen vermag, sondern den Blick auf weitere Argumente lenkt;⁷¹ zu diesen gehört auch eine auf den Fall zugeschnittene Deutung der *consideration*.

VI.

Warum war *consideration* den Richtern nicht Grund genug, dem Klagebegehren stattzugeben? Hatte die fragliche Übereinkunft nach *common law* doch als *nudum pactum* zu gelten – oder sollte die *doctrine of consideration* überhaupt einem anderen Versprechenskonzept weichen?

1. Zu Beginn bringen die Beklagten einen Umstand vor, dessen rechtliche Würdigung außer Zweifel steht: Ihre Zusage erfolgte nicht im Hinblick auf die Zahlung der Kläger, sondern erst einige Zeit später. . . . *the plaintiffs had given credit to White, above a month before the defendants had agreed to accept their draught . . . Therefore the consideration was past and done,*⁷² *before their promise was made. And they argued, and principally insisted, that for one man to undertake „to pay another man's debt,” was a void undertaking; unless there was some consideration for such undertaking . . .* (1664 f.). Demnach scheint es für eine Übernahme der Schuld Whites durch Van Mierop und Hopkins keine *consideration* zu geben.

The mere promise „to pay the debt of another,” without any consideration at all, is nudum pactum, bestätigt Wilmot. Für ihn ist die Frage damit freilich nicht erledigt – *but the least spark of a consideration will*

⁷⁰ S. dazu o. Anm. 64.

⁷¹ Ganz deutlich bei Yates: *Therefore, upon the whole circumstances of this transaction, 1st. there is a consideration: and 2dly. if there was none; yet, in this commercial case, the defendants would be bound* (1675).

⁷² S. o. bei Anm. 46 f. „It is a well-established rule of English law that consideration cannot normally consist of something wholly performed before the promise was made” (АТИЯН, Introduction 97).

be sufficient (1666). Den notwendigen Funken von *consideration* entdeckt er – inhaltlich vergleichbar mit der Ansicht von Yates – in einem von der Beklagtenzusage ausgelösten Vertrauensschaden. Allerdings wird zu zeigen sein, daß dieser Gedanke fehlgeht: Es gibt keinen Nachteil, den die Kläger gerade im Hinblick auf das fragliche Versprechen in Kauf nehmen, sondern der Schaden folgt erst aus ihrer Annahme, sie könnten sich auf die Zusage verlassen.

Bevor dies näher zur Sprache kommt, sei noch kurz das Argument der Kläger erwähnt, White habe den Beklagten die notwendige *consideration* geleistet: ... *the consideration moved from White to the defendants; not from the plaintiffs Pillans and Rose, to the defendants: and as the defendants have undertaken for White, they can't revoke or retract their engagement* (1667). Darin liegt der Versuch, den Einwand der *past consideration* zu entkräften, indem Whites *consideration* aus seinem Geschäft mit den Klägern auf das Verhältnis zu den Beklagten erstreckt wird.⁷³ *It relates back to the original transaction* (1665). Die Kläger meinen damit wohl, White habe als ihr Stellvertreter den Beklagten die gewünschte *consideration* geleistet. Diese Version verfehlt allerdings den Bindungsmechanismus, der vorsieht, daß der Versprechende seine Zusage im Hinblick auf Person, Verhalten und Umstände des Adressaten abgibt; nun war das fragliche Versprechen aber an Pillans und Rose gerichtet, nicht an White. Daher weist Yates dieses Argument kurzer Hand ab: *The draught drawn by White on the plaintiffs, payable to Clifford, is no part of the consideration of the undertaking by the defendants* (1673).⁷⁴

2. Wilmot mißt den Folgen, die das Versprechen für die Kläger auslöst, entscheidende Bedeutung bei: *Now by this undertaking of a good house in London, and relying upon it, they are deluded and diverted from using any legal diligence to pursue White, or even not to part with any effects of his which they might have in their hands. Therefore this seems to be an irrevocable undertaking by Van Mierop and Hopkins* (1667). Weiter unten wird seine Auffassung noch deutlicher: *However, I do here see a consideration. If it be a departure from any right, it will be*

⁷³ *They denied this to be a past consideration; and insisted, that the liberty given to the plaintiffs, „to draw upon a confirmed house in London,“ (which was prior to the undertaking by the defendants,) was the consideration of the credit given by the plaintiffs to White's draughts; and that this was a good and sufficient consideration for the undertaking made by the defendants. It relates back to the original transaction* (1665).

⁷⁴ Die Version der Kläger widerspricht dem Grundsatz „*the consideration must move from the promisee*“. S. CHESHIRE and FIFOOT, Contract 66 ff.

sufficient to graft a verbal promise upon . . . This transaction has prevented, stopt, and disabled the plaintiffs from calling upon White, for the performance of his engagement. For, White's engagement is complied with: so that the plaintiffs could not call upon him for this security. I do not speak of the money: for, that was not payable till after two usances and a half.⁷⁵ But the plaintiffs were prevented from calling upon White for a performance of his engagement „to give them credit on a good house in London, for reimbursement:“⁷⁶ so that here is a good consideration. The law does not weigh the quantum of the consideration. The suspension of the plaintiffs' right „to call upon White for a compliance with his engagement“ is sufficient to support an action (1672).

Dieser Ansicht zufolge war White aufgrund des Wechsels erst nach zweieinhalb Monaten selbst für die Rückzahlung haftbar.⁷⁷ Von Anfang an bestand jedoch seine Pflicht *to give them credit on a good house in London, for reimbursement*. Daß sich die Zusage der Beklagten nachteilig für den Vergütungsanspruch ausgewirkt hätte, nämlich als *suspension of the plaintiffs' right „to call upon White for a compliance with his engagement“*, wertet Wilmot als *consideration*.

So plausibel Wilmots Argumentation auch erscheint – der *doctrine of consideration* entspricht sie wohl nicht.

Bestand Whites Pflicht nur darin, einen zahlungskräftigen und -willigen Dritten für ein *reimbursement* zu nominieren, dann waren Pillans und Rose spätestens dann klaglos gestellt, als Van Mierop und Hopkins ihre Zahlungsbereitschaft erklärten; danach konnte keine *suspension of the plaintiffs' right* mehr eintreten, da das besagte Recht der Kläger befriedigt und erloschen war. Mit dieser Deutung wird der Wortlaut „to give them credit . . . for reimbursement“ erfüllt und scheint auch den Erwartungen der Parteien Genüge getan; wenn das beabsichtigte *reimbursement* letztlich ausblieb, so lag dies weniger an der mangelnden Mitwirkung Whites als am Versäumnis der Kläger, ihren Rückgriff

⁷⁵ Burrow erläutert in einer Anmerkung: *For, between Ireland and Holland, each usance is one month.*

⁷⁶ Schon zu Beginn heißt es, die Verpflichtung Whites gegenüber den Klägern ist *to give them credit upon a good house in London, for their reimbursement; or any other method of reimbursement* (1663). Die Darlehensgeber denken also offenbar nicht an eine Rückzahlung durch White selbst, sondern verlangen für ihren Wechselkredit sogleich eine Deckung, vorzugsweise als *credit* bei einem angesehenen Geschäftspartner Whites; daraufhin ersucht White Van Mierop und Hopkins, die sich zu einer Zwischenfinanzierung bereit zeigen, auf seine Rechnung Pillans und Rose Zahlungen zu versprechen und gegebenenfalls zu leisten: *White names the house of the defendants, as this house of rank; and offers credit upon them* (1664).

⁷⁷ S. o. Anm. 75.

rechtzeitig sicherzustellen. Jedenfalls herrschte bis zur Insolvenz Whites zwischen den drei Parteien ein Einverständnis über den Geschäftsablauf, das keinen Gedanken an offene Forderungen der Kläger gegen White aufkommen ließ. Hält sich der Anspruch auf *reimbursement* aber im hier beschriebenen Umfang, so hat das Recht, dessen Beeinträchtigung als *consideration* wirken könnte, schon vor der strittigen Vereinbarung sein Ende gefunden.

Erst wenn Whites Zusage als Garantie verstanden wird, die nicht vor vollendetem *reimbursement* erlischt, ist die behauptete *suspension of the plaintiffs' right* denkbar. Unter der Annahme, eine solche Garantie sei vereinbart worden, bleibt zu prüfen, ob ihre Nichterfüllung auf *consideration* für das fragliche Versprechen hinausläuft. Dabei ist zu berücksichtigen, daß sich der verursachte Nachteil eindeutig und ausschließ-lich im Rahmen eines Vertrauensschadens bewegt.⁷⁸ Die Kläger hatten sich auf die Zusage eines *reimbursement* verlassen, weitere Schritte zu ihrer Sicherung waren unterblieben; im Glauben an einen Anspruch gegen die Beklagten hatten Pillans und Rose ihr Recht, von White volle Entschädigung durch Dritte zu verlangen, nicht ausgeübt. *This transaction has prevented, stopt, and disabled the plaintiffs from calling upon White, for the performance of his engagement* (1672).

Die entscheidende Frage lautet, ob das Versprechen so mit dem Schaden zusammenhängt, daß es darin seine *consideration* findet: Keiner näheren Erklärung bedarf es, daß *promise of reimbursement* und besagte *suspension of right* nicht im gegenseitigen Verhältnis stehen. Allein deshalb muß aber noch kein *nudum pactum* vorliegen, denn das *common law* kennt auch einseitige Verträge, die auf *consideration* beruhen; so finden sich etwa unter dem Titel *gratuitous bailment* Geschäfte wie Leih- oder Pfand, in denen die Sachübertragung das Versprechen des Nehmers auf unversehrte Rückgabe klagbar macht.⁷⁹ Daher träfe es nicht zu, *consideration* bloß als Preis für ein Versprechen zu definieren und damit jeweils synallagmatische Verhältnisse vorauszusetzen – vielmehr ist ein breiterer Ansatz notwendig, der auch einseitige Übereinkünfte erfaßt. Dies darf jedoch nicht über die rechtsgeschäftliche Natur von *consideration* hinwegtäuschen: Abgesehen von den gegenseitigen Versprechen, die ganz ohne Vollzugsakt wirksam werden, bleibt *consideration* wesentlich mit dem Gedanken der Leistung als bewußter, zweck-

⁷⁸ Zu Wilmots Betonung der *fides* s. o. in V. 2.

⁷⁹ S. o. Anm. 38.

orientierter Zuwendung an einen anderen verbunden;⁸⁰ doch gerade daran mangelt es bei der behaupteten *suspension of the plaintiffs' right*. Hier geht es nicht um eine absichtliche Unterlassung als Gegenstück zum Versprechen, sondern die Kläger erwarten das erwähnte *reimbursement* und sehen keinen Anlaß, weitere Sicherheitsmaßnahmen zu treffen. Dieser Zusammenhang von Versprechen und Nachteil liegt jedenfalls außerhalb der *doctrine of consideration*.⁸¹ Der Weg, den Wilmot und Yates hier wählen, führt *consideration* ad absurdum: Die Deutung läuft nämlich darauf hinaus, daß die Zusage wirksam wäre, weil sie im Hinblick auf den Schaden abgegeben wurde, der aus ihrer eigenen Nichterfüllung hervorgehen könnte.

3. Auch Yates vertritt die Ansicht, Pillans und Rose hätten in einer Beeinträchtigung ihrer Ansprüche gegen White der Zusage von Van Mierop und Hopkins *consideration* geboten. Anders als Wilmot scheint er jedoch eher darauf bedacht, die traditionellen Bindungserfordernisse zu beachten, wenn er den Klägern ein Gegenversprechen unterstellt: *It is plain that the plaintiffs would not rely on White's assurance only; but wrote to the defendants, to know if they would accept their draughts. The credit of the plaintiffs might have been hurt, by the refusal of the defendants to accept White's bills. They were or might have been prevented from resorting to him, or getting further security from him. It comes within the cases of promises, where the debtee forbears suing the original debtor (1674).*⁸²

⁸⁰ Auch dieser Gedanke ist in der Regel „*the consideration must move from the promisee*“ erfaßt. S. ATIYAH, Introduction 119: „... whether a promise should be treated as given for a good consideration or merely as a gratuitous promise can often be decided by asking whether some alleged consideration was intended by the parties to be the consideration.“ S. auch die folgende Anm.

⁸¹ Eine Versprechensbindung auf Grund eines Vertrauensschadens kennt das englische Recht unter dem Titel *promissory estoppel*. Dabei wird die Wirksamkeit einer Zusage, die zu *detrimental reliance* geführt hat, anerkannt – allerdings nur unter bestimmten Einschränkungen; so kann nach überwiegender Ansicht *promissory estoppel* etwa bloß einredeweise, nicht aber als selbständiger Klagegrund zur Geltung kommen. S. SUTTON, *Consideration* 37 ff., mit eingehender kritischer Analyse. (Ähnlich betont P. S. ATIYAH die Verwandtschaft von *consideration* und *promissory estoppel* in: *Consideration in Contracts: A Fundamental Restatement* [1971].); weiters SIMPSON, *History* 323 ff., 428 ff.; ATIYAH, Introduction 122, 125 ff.; CHESHIRE and FIFoot, *Contract* 83 ff. „In a unilateral contract, the act performed by the promisee is normally requested as the price of the promise and is always stated (expressly or impliedly) as the condition on which performance of the promise becomes due. In a case of promissory estoppel, however, the act performed by the promisee in reliance on the promise is not stated or requested by the promisor at all.“ (ATYAH, Introduction 126).

⁸² Zu *forbearance and guarantee* (sowie *the guarantor's „collateral“ liability*) s. v.a. STOLJAR, *History* 99 ff.

Dem Angebot der Beklagten auf Schadloshaltung wird also die Zusage der Kläger gegenübergestellt, White, den *original debtor*, nicht zu belangen. Damit ist das fragliche Versprechen in eine synallagmatische Beziehung hineingenommen,⁸³ die geeignet erscheint, seine Klagbarkeit zu begründen. Daneben gewinnt diese Lösung noch durch inhaltliche Gesichtspunkte, da sie den Absichten und Erwartungen der Parteien gerecht zu werden versucht. Yates scheint von der Vorstellung geleitet zu sein, wie der Fall ohne Insolvenz White's abgelaufen wäre: Unter der Annahme, von White entschädigt zu werden, hätten die Beklagten den Wechsel der Kläger akzeptiert; dies wäre im Hinblick darauf geschehen, daß die Kläger ihre Rechte gegen White aufgeben, weil sie den für ihn gezahlten Betrag nunmehr von den Beklagten erhalten sollten. Das Ergebnis entspricht wohl den Finanzierungsvorstellungen der Parteien; aus der Sicht von Pillans und Rose bedeutet das Geschäft dann einen Schuldnerwechsel. Nach Yates Argument wurde diese Entwicklung des Schuldverhältnisses durch den Konsens zwischen Pillans und Van Mierop gewissermaßen vorweggenommen.

Allerdings enthält die Variante in ihrem neuen Aspekt – besondere Berücksichtigung der Geschäftsabsichten – auch eine erhebliche Schwachstelle, die in einem massiven Einwand der Beklagten zur Sprache kommt. *A promise „to pay a past debt of another person” is void at common law, for want of consideration; unless there be at least an implied promise from the debtee „to forbear suing the original debtor.” But here was a debt clearly contracted by White with the plaintiffs on the credit of White: and there is no promise from the plaintiffs „to forbear suing White” (1668).*

Im Sachverhalt ist tatsächlich keine klägerische Äußerung belegt, die sich als *„promise to forbear suing White”* werten ließe. Darüberhinaus lehnen die Beklagtenvertreter auch die Ansicht ab, es habe diesbezüglich ein stillschweigendes Einverständnis gegeben. Ihre Argumentation leuchtet ein, denn es bleibt höchst fraglich, ob der klägerischen Erkundigung, *„whether they would accept such bills as they, the plaintiffs, should, in about a month's time, draw upon the said Van Mierop's and Hopkins's house here in London, for 800 l. upon the credit of White:”* (1664) die Absicht zu entnehmen ist, irgendwelche Ansprüche gegen

⁸³ s. o. Anm. 30, 33, 37.

White aufzugeben;⁸⁴ auch die sonstigen Umstände des Geschäfts bieten darüber keinen Aufschluß.

Ein konsequentes Vorgehen nach dem Kriterium des zu vermutenden Parteiwillens gibt schließlich den Ausschlag gegen Yates' Deutung: Die Kläger rechnen von Anfang an mit einem Wechsel der Beklagten, d.h. mit einer rechtlich privilegierten Forderung. Aus diesem Grund wäre ihnen nicht schon auf eine schriftliche Zusage hin, sondern erst mit dem Wechselakzept durch die Beklagten die Absicht zu unterstellen, ihre Ansprüche gegen White aufzugeben.

Yates dürfte also bewußt eine zurückhaltende Formulierung wählen, wenn er das klägerische Verhalten im Bereich der Versprechensfälle ansiedelt, ohne auf die ausdrückliche oder stillschweigende Form einzugehen: *It comes within the cases of promises, where the debtee forbears suing the original debtor* (1674). Überdies wird aus der vorangehenden Gedankenfolge des Richters ersichtlich, daß er das Gegenversprechen mit dessen formalem Aspekt erst an den Schluß seiner Überlegungen stellt, in denen es ganz allgemein um Nachteile geht, die durch die strittige Zusage ausgelöst wurden. Vor dem oben zitierten Abschnitt (1674) steht der Hinweis, *Any damage to another, or suspension or forbearance of his right, is a foundation for an undertaking, and will make it binding; though no actual benefit accrues to the party undertaking. Now here, the promise and undertaking of the defendants did occasion a possibility of loss to the plaintiffs* (1673 f.). Yates hat dabei offenbar Vertrauensschäden vor Augen – und schließt sich insofern der Betrachtungsweise von Wilmot an.

Die geschilderte Diskussion über die Erfordernisse der *consideration* läßt erkennen, wie fragwürdig das Versprechen der Beklagten bleibt; den Richtern erscheint seine Durchsetzbarkeit allerdings so wichtig,⁸⁵ daß sie auf der Suche nach weiteren Gründen bis zu den Bindungsmodellen des *civil law* gelangen.

VII.

1. a) Mansfield legt in einem knappen Satz sein Konzept von der *consideration* dar: Sie diene als Beweismittel, jede weitergehende Rolle spricht

⁸⁴ „A promise to pay the past debt of another person, they said, is void 'for want of consideration', unless the plaintiffs had promised to forbear to sue White, which was not the case" (STOLJAR, History 103).

⁸⁵ Vgl. etwa die Aussage Mansfields o. bei Anm. 62.

er ihr ab. *I take it, that the ancient notion about the want of consideration was for the sake of evidence only: for when it is reduced into writing, as in covenants, specialties, bonds, &c, there was no objection to the want of consideration* (1669). Eine Parallele dazu sieht er im *Statute of Frauds*, dessen Gebot der Schriftlichkeit er ebenfalls als einen Verzicht auf *consideration* versteht: *And the Statute of Frauds proceeded upon the same principle* (1669).⁸⁶ Daneben betont Mansfield vor allem den Charakter des Geschäfts als *mercantile transaction*, für die *consideration* weder notwendig noch erstrebenswert sei.⁸⁷

b) Die Version von der *consideration* als Beweismittel stellt einen bemerkenswerten Berührungspunkt mit dem *civil law* dar. Mansfield spricht im Grunde das aus, was die deutsche und niederländische Lehre seit dem späten 17. Jahrhundert unter *causa contractus* verstand; sie sah die *causa* nämlich auf prozessualer, nicht auf materieller Ebene.

Anfänglich entwickelte das *ius commune* freilich einen anderen *causa*-Begriff:⁸⁸ Schon die mittelalterlichen Kanonisten hatten ein allgemeines Vertragsrecht ausgebildet, und mit dem *usus modernus* wurde dieses von den Legisten übernommen. Seine generelle *Maxime pacta sunt servanda* war durch den Grundsatz eingeschränkt, erst eine *causa* – ein vernünftiges Motiv – mache ein *pactum* klagbar, während einfache Versprechen unwirksam seien.

⁸⁶ Mansfield bringt damit eine eigenwillige Deutung dieses Gesetzes ins Spiel: Das 1677 erlassene *Statute of Frauds* entfaltete seine nachhaltige Wirkung im rechtsgeschäftlichen Bereich, wo es für bestimmte Transaktionen wie *sale of goods*, *sale of interests in land* oder etwa *guarantees* bei sonstiger Nichtigkeit schriftliche, von den Verpflichteten unterfertigte Dokumente vorsah. Mansfield meint nun, wenn nach dem *Statute of Frauds* bei Vorliegen der entsprechenden Schriftstücke geklagt werden könne, so sei damit gleichzeitig *consideration* gegeben.

Lord Skynner korrigiert die Ansicht Mansfields in *Rann v. Hughes*, wenn er erklärt, daß die Schriftlichkeit nach dem *Statute of Frauds* ein zusätzliches Klagserfordernis darstelle, ohne etwas über die Entstehung eines Versprechens auszusagen und damit Rückschlüsse auf die *consideration* zuzulassen. *But it is said that the Statute of Frauds has taken away the necessity of any consideration in this case. The Statute of Frauds was made for the relief of personal representatives and others, and did not intend to charge them further than by common law they were chargeable. His Lordship here read those sections of that Statute which relate to the present subject. He observed that the words were merely negative and that executors and administrators should not be liable out of their own estates, unless the agreement upon which the action was brought or some memorandum thereof was in writing and signed by the party. But this does not prove that the agreement was still not liable to be tried and judged of as all other agreements merely in writing are by the common law, and does not prove the converse of the proposition, that when in writing the party must be at all events liable* (s. FIFOOT, History 432; SIMPSON, History 617 ff.).

⁸⁷ S. o. V.

⁸⁸ S. dazu etwa MAYER-MALY, Konsens als Grundlage 124 f.; DERS., Bedeutung des Konsenses 103 f.; COING, Privatrecht 400 ff.

In der Tradition des *ius civile* führte dies zu einem tiefgreifenden Wandel: Betrachtete die mittelalterliche Legistik bloß vorangehende Verpflichtungen bei Stipulationen und Vorleistungen bei Innominatkontrakten als *causae*,⁸⁹ so wurde die *causa* im neuzeitlichen *ius commune* ganz zu einem Wesenselement des Vertrags.⁹⁰ Diese Bedeutung behielt sie auch in der französischen, spanischen und italienischen Lehre des gemeinen Rechts bei. Hingegen vertritt die deutsche und niederländische Doktrin ab dem Ende des 17. Jahrhunderts eine andere Ansicht über die Stellung der *causa*: Die betreffenden Seriositätsmomente seien nur im Prozeß zu behandeln, die materiellrechtliche Vertragsdefinition führt das Erfordernis der *causa* indes nicht an.⁹¹

c) Mit den Worten *ancient notion* will Mansfield wohl glaubhaft machen, er greife auf den ursprünglichen Begriffskern der *consideration* zurück, aus dem sich ihre aktuelle Bedeutung ergebe. Hier bleibt jedoch offen, worauf die Wirksamkeit des schriftlichen Versprechens beruht, bei dem *consideration* keine konstitutive Kraft zukommen soll. Mansfield behandelt in seinem Beitrag das Problem der Versprechensbindung nicht näher;⁹² eine ausführlichere Stellungnahme dazu folgt aus dem Mund seines Kollegen Wilmot.

2. Wilmot wählt einen ähnlichen Ansatz wie Mansfield, wenn er zu verstehen gibt, daß *consideration* bloß einen Sicherungszweck erfülle. Freilich faßt Wilmot eine andere Funktion ins Auge als Mansfield; er behandelt nicht das Beweisverfahren, vielmehr geht es ihm um die Willensbildung des Versprechenden: *There was no radical defect in the contract, for want of consideration. But it was made requisite, in order to put people upon attention and reflection, and to prevent obscurity and uncertainty: and in that view, either writing or certain formalities were required* (1670).⁹³ Wie Mansfield unterzieht Wilmot den Begriff *consideration*

⁸⁹ S. dazu SÖLLNER, *Causa* 212 ff.

⁹⁰ S. COING, *Privatrecht* 402 f. Im Bereich des positiven Gesetzesrechts erscheint sogar Grotius eine materielle *causa* für die umfassende Wirksamkeit von Verträgen geboten. Vgl. H. Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres* (1625) 2. 12. 3; ders., *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheit* (1631), ed. R. W. LEE (1977) 3. 1. 52, 53 (304 ff.); s. dazu SCHMIDLIN, *Berner Kommentar* 223.

⁹¹ S. COING, *Privatrecht* 403.

⁹² Mansfields Äußerung in *Pillans v. Van Mierop* ist ungewöhnlich kurz. Anders zeigen ihn etwa seine bekanntesten Urteile im *commercial law* als dominierenden Richter, der zu den Problemen des jeweiligen Falls ausgiebig Stellung nimmt. Nicht selten heißt es, *Lord Mansfield now delivered the resolution of the court*; die anderen Richter kommen dann gar nicht zu Wort. Weiters ist zu bemerken, daß sich Mansfield in *Pillans v. Van Mierop* auf keine einzige Entscheidung beruft (s. HOLDEN, *Instruments* 134 Anm. 2).

⁹³ Eben diese Deutung von *consideration* wurde schließlich 1778 in *Rann v. Hughes* abgelehnt. In erster Instanz war der Court of King's Bench unter Chief Justice Mansfield

einer teleologischen Reduktion; er durchbricht die Regel, ein formloses Versprechen könne nur mittels *consideration* klagbar werden, indem er *consideration* auf ein höheres Bindungsprinzip hin ausrichtet: Im Grunde komme es auf die Absicht des Versprechenden an – *consideration* stelle bloß ein geeignetes Mittel dar, unüberlegte Willenserklärungen hintanzuhalten. *Therefore it was intended as a guard against rash inconsiderate declarations: but if an undertaking was entered into upon deliberation and reflection, it had activity; and such promises were binding* (1670). Demnach gilt ein wohlerwogener Willensentschluß als notwendige und im wesentlichen hinreichende Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Versprechens; Wilmot zitiert dazu Vinnius,⁹⁴ der in seinem Institutionenkommentar eben diese Ansicht erläutere. *Vinnius gives the reason, in lib. 3. tit. De Obligationibus, 4to edition, 596. If by stipulation, (and à fortiori, if by writing,) it was good without consideration . . . Idem, on Justinian, 4to edit. 614* (1670).

3. a) Mit diesem Hinweis bezieht Wilmot das *civil law* in seine Argumentation ein. Vinnius betrachtet das mündliche Versprechen vor allem als Institut im Gefolge der römischen Stipulation – freilich ohne die Bindungsfrage eigens aufzugreifen. Insgesamt läßt sich jedoch erkennen, daß Vinnius eine Zusage im Prinzip für wirksam hält, wenn sie einer ernsthaften Absicht Ausdruck verleiht: So zeichne sich die Stipulation durch ihre Form aus, die sicherstelle, daß der Bindungswille mit

mit dem Fall befaßt und verurteilte die Beklagte Isabella Hughes zur Leistung, da sie als Nachlaßwalterin schriftlich versprochen hatte, eine Schuld des Verstorbenen, für die sie nicht haftbar geworden war, zu zahlen. Die Entscheidung wurde vom Court of Exchequer Chamber aufgehoben. In dritter Instanz referierte Lord Chief Baron Skynner das Urteil des House of Lords u.a. wie folgt: *But, that there cannot be nudum pactum in writing, whatever may be the rule of the civil law, there is certainly none such in the law of England. His Lordship observed upon the doctrine of nudum pactum delivered by Mr. Justice Wilmot in the case of Pillans v. Van Mierop, that he contradicted himself and was also contradicted by Vinnius in his Comment on Justinian. All contracts are by the law of England distinguished into agreements by specialty and agreements by parol; nor is there any such third class as some of the counsel have endeavoured to maintain as contracts in writing. If they be merely written and not specialties they are parol, and a consideration must be proved* (Fifoot, History 432).

⁹⁴ A. Vinnius, *Institutionum imperialium commentarius*, rec. J. G. Heineccius (1726) (die Zitate Wilmots lassen auf diese Ausgabe des Kommentars schließen). Zu Leben und Werk s. v.a. R. FEENSTRA, *Seventeenth-Century Leyden Law Professors and Their Influence on the Development of the Civil Law* (1975); weiters H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* II/1 (1977) 522, 535. Schon Holt C. J. beruft sich auf den Institutionenkommentar des Vinnius; vgl. *Coggs v. Bernard* (1704) 2 Ld. Raym. 909 (s. HOLDSWORTH, HEL VI 521). Zu Holt s. o. Anm. 56 f.; zur Bedeutung des Vinnius-Kommentars in der englischen Rechtswissenschaft s. H. COING, *Das Schrifttum der englischen Civilians und die kontinentale Rechtsliteratur in der Zeit zwischen 1550 und 1800*, in: *Ius Commune* V (1975) 5 f., bes. 18 f.

Bedacht gebildet und klar geäußert wird.⁹⁵ Ihrer Wirkung nach sei die *stipulatio* freilich nicht weiter vom *pactum* zu unterscheiden – vielmehr habe sich der Versprechensformalismus schon in der Antike gelockert und gehöre nunmehr der Vergangenheit an.⁹⁶ Vinnius beschreibt die schrittweise Entwicklung des formlosen Versprechens zu einem selbständigen Rechtsinstitut wie die *Stipulation* vor allem unter dem Schlagwort *moribus hodiernis stipulationum & pactorum iura fere confundi*; diesen Abschnitt erwähnt Wilmot ausdrücklich – 4to edit. 614 –, denn darin findet er seine Rechtsansicht bestätigt – wie auch auf der zitierten Seite 596, wo Vinnius die These *hodie etiam ex pacto actionem dari iuxta scita iuris Canonici* erklärt: Ursprünglich hätten die römischen Juristen ausschließlich Geschäfte mit *proprium nomen* zu den *contractus* gezählt, alle anderen indessen als *nuda pacta* bezeichnet. Dann wären formlose Vereinbarungen auf Grund von Gesetzen und Verträgen zu *pacta vestita* geworden und nur die übrigen unverbindlichen Übereinkünfte hätten als *nuda pacta* gegolten. Schließlich habe auch das *nudum & simplex pactum* Klagbarkeit angenommen,⁹⁷ damit sei es freilich notwendig geworden, die *promissiones* nach ihrer Ernsthaftigkeit in klagswürdige und unverbindliche einzuteilen.

⁹⁵ *Stipulationum usus jure civili maximus est; ne quis putet, hanc speciem conventionis frustra inductam esse. Quotiescunque enim, quod in multis causis est opus, sine re ac literis obligationem constitui volumus, necesse est ad obligandum promissorem, stipulationem adhibere. Nimirum leges Romanae ex nuda conventionem neminem obligari voluerunt, ne quaecumque promissum, & sermo saepe inconsultus magis, quam ex voluntate proficiscens, necessitate juris promittentem illigaret; & litium quoque, ut opinor, praecidendarum causa; sed excogitata est conventio certo modo & forma concipienda celebrandaque, quam deliberati animi certum signum esse voluerunt, & ex qua certo jure actio competeret; quam conventionem stipulationem dixerunt (vgl. Vinnius, Commentarius 611).*

⁹⁶ *Mores vero hodierni pactorum & stipulationum jura fere confundunt: tam enim ex nudo pacto, modo serio & deliberato initum sit, obligatio & actio nunc nascitur, quam ex stipulatione, sive hoc ex jure pontificio, ejusve juris interpretatione invaluit, sive ex eo, quod posterioribus seculis grave visum fuit, etiam in nudis pactis fidem fallere. Itaque cum hodie stipulationis nec major vis sit, quam cujuslibet pacti, nulla amplius est stipulationis necessitas, nec minus pacto, quam stipulatione & fidejussores constitui, & novatio fieri, & usurae promitti poterunt. Verbo tamen stipulandi plerumque adhuc utimur (vgl. Vinnius, Commentarius 614).*

⁹⁷ *Usu jam pridem receptum esse constat, ut etiam ex nudo & simplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis sit, quae stipulationis. Tantum meminimus, distinguendas esse promissiones serias, meditatae & utiles, ab inconsideratis, temerariis atque inutilibus, cum quis non dispositive, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrative, vel per jocum & aliud agens aliquid pronunciat, ut ex illis tantum, non ex his obligatio & actio nascatur. Et hoc etiam jure Canonico satis expresse cautum est, c. 1. & c. 2. X de pact. & videmus, pleraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie reducta. Connanus vir eruditione minime vulgari praeditus existimat, ne jure quidem gentium ex nuda conventionem obligationem oriri. l. 5. comm. c. 1. sed ei occurritur a D. Grotio lib. 2. de jur. belli & pac. c. 11. (vgl. Vinnius, Commentarius 596). – Zur Entwicklung des allgemeinen Vertragsrechts s. H. COING, Common Law and Civil Law in the Development of European Civilization, in: Comparative*

b) Soweit besteht der Eindruck, zwischen Wilmot und Vinnius herrsche Übereinstimmung; auf den zweiten Blick zeigen sich allerdings unterschiedliche Gesichtspunkte.

Der Richter weiß effektiv herauszustellen, daß die Abmachung im Briefwechsel zwischen den Parteien sogar schriftlich festgehalten wurde – obwohl dies letztlich unerheblich sei, denn es binde ja bereits ein mündlicher Konsens: *If by stipulation, (and à fortiori, if by writing,) it was good without consideration* (1670). Wilmot meint also, wenn schon eine mündliche Zusage verpflichtend sei, dann umso mehr eine schriftliche. Nun bietet jedoch der Kommentar gerade jenes Versprechenskonzept nicht, das Wilmots Größenschluß zuließe; im Gegenteil, Vinnius hält eine *stipulatio inter absentes* für ungültig.⁹⁸ Er räumt lediglich ein, daß Schriftlichkeit die Vermutung einer gültig abgeschlossenen Stipulation begründe; im übrigen könnten Schriftstücke den rechtserheblichen unmittelbaren Kontakt zwar abbilden, aber nicht ersetzen. Daß Wilmot hingegen von einer anderen Vorstellung geleitet wird, bestätigt sich in seinem wiederholten Hinweis, der Sachverhalt umfasse beides, Stipulation und Schriftlichkeit. *There would have been no doubt upon the present case, according to the Roman law; because here is both stipulation (in the express Roman form) and writing* (1670). Da aber Vinnius ein *pactum inter absentes* nirgends erwähnt, sondern wohl aus seiner Sicht der Stipulation beurteilt, ist anzunehmen, er hätte die Kläger leer ausgehen lassen.⁹⁹

c) Was Vinnius zur Geschichte der Stipulation anmerkt,¹⁰⁰ läßt die rechtliche Entwicklung von einer Wirkform zu einer Schutzform erkennen:¹⁰¹ Ursprünglich war die Stipulation selbst bereits Geltungsgrund des Versprechens; später wurde die Obligation auf den Geschäftswillen

Studies in Continental and Anglo-American Legal History 1 (1985) 36, sowie das Referat von I. BIROCCI über die *pacta* ebend. 47 f.

⁹⁸ *Praeterea & illud hinc sequitur, stipulationem inter absentes contrahi non posse: sed nec posse in scriptis, licet partes praesentes sint; quamvis secus sentiat Wesenbecius. Utitur ille arg.l.optimum.14.C.hoc tit.& l.non figura.38.de obl.& action. Verum neutra id, quod vult, probat: sed illa hoc tantum, praesumptionem esse pro instrumento, in quo scriptum est, omnia solemniter esse acta, stipulationemque rite factam* (vgl. Vinnius, Commentarius 613; weiters 648 f. [*De absentia*]).

⁹⁹ Vgl. Inst. 3.19.12 ... *verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est*. S. MAYER-MALY, Bedeutung des Konsenses 99. Die mangelnde gemeinsame Präsenz der Kontrahenten hatte nach römischem wie gemeinem Recht freilich keine Totalnichtigkeit zur Folge, sondern ließ wenigstens ein *nudum pactum* entstehen. Vgl. D 2.14.2 pr Paul. 3 ed., D 44.7.38 Paul 3 ed., s. dazu KASER, Privatrecht II 373 ff., v.a. 381 f.; s. weiters o. Anm. 4.

¹⁰⁰ Vgl. Vinnius, Commentarius 596; s. o. VII. 3. a).

¹⁰¹ Zu Wirkform und Schutzform s. G. DULCKEIT, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, in: FS Schulz 1 (1951) 161 f.; s. weiters L. L. FULLER, Consideration and Form, in: Columbia L.R. 41 (1941) 799 – 824.

zurückgeführt, während die Stipulationsform nur mehr einen sicheren Ausdruck der Verpflichtungsabsicht gewährleisten sollte.

Mansfield und Wilmot schwebt offenbar ein ähnlicher Wandel im Verständnis der *consideration* vor. Dies zeigt sich auch an den wiederholten Hinweisen, die Beklagten hätten ihre Zusage schriftlich gegeben. Mansfield bemerkt dazu ganz allgemein, schriftliche Versprechen erforderten keine *consideration*: ... *for when it is reduced into writing, as in covenants, specialties, bonds, &c, there was no objection to the want of consideration* (1669).¹⁰²

In Wahrheit verschleiert diese Argumentation das Problem, welche Rechtsnatur der *consideration* eigen ist. So plausibel Mansfields Gedanke auch scheint, er schafft eine verfehlt Analogie:¹⁰³ Daß *covenants, specialties* und *bonds* ohne *consideration* gelten, trifft zu, folgt jedoch nicht allein aus ihrer Schriftlichkeit: Diese Versprechen wirken kraft Urkundsform. Wer aus *covenant* klagen will, muß dem Gericht ein formgerechtes Dokument vorlegen, andernfalls wird er a limine zurückgewiesen.¹⁰⁴

4. a) Wilmot argumentiert überzeugender, sobald er seine Vorstellung von der Stipulation auf grotianische Ideen zurückführt.¹⁰⁵ Grotius rückt in seinem Traktat *De jure belli ac pacis*¹⁰⁶ von der traditionellen Typologie der Vereinbarungen ab und entwickelt ein allgemeines Versprechensmodell; ihm gelingt es, jene institutionellen Grenzen zu überschreiten, die sich im herkömmlichen Verständnis der Stipulation erhalten hatten.¹⁰⁷ Bezeichnenderweise führt Grotius das römische Formversprechen nur mehr in Beispielen an, dem Abschnitt über das Versprechen gibt er den allgemeinen Titel *de promissis*. Anders als nach der hergebrachten Stipulationslehre kann für Grotius *iure naturae* eine Übereinkunft auch *per litteras inter absentes* zustandekommen.¹⁰⁸

¹⁰² S. o. VII. 1.; vgl. Wilmot: *I can not find, that a nudum pactum evidenced by writing has been ever holden bad: and I should think it good* (1671).

¹⁰³ Vgl. die Kritik Skynners in *Rann v. Hughes* (s. o. Anm. 93).

¹⁰⁴ S. o. Anm. 39.

¹⁰⁵ Vgl. Wilmot: ... *but if an undertaking was entered into upon deliberation and reflection, it had activity; and such promises were binding. Both Grotius and Puffendorff, hold them obligatory by the law of nations. Grot. lib. 2.c.11. De Promissis. Puffend. lib. 3.c.5. They are morally good; and only require ascertainment* (1670). In der modernen Literatur findet sich solch ein Ansatz etwa bei CH. FRIED, *Contract as Promise* (1981).

¹⁰⁶ H. Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres* (1625). Zu Leben und Werk s. E. WOLF, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* (1963) 253 – 310; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. (1967) 287 – 301.

¹⁰⁷ M. DIESELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* (1959) bes. 34 ff.

¹⁰⁸ Vereinbarungen *inter absentes* können allerdings durch Gesetze für nichtig erklärt werden. *Plane aliud erit si in mari pactio fiat, aut in vacua insula, aut per litteras inter*

Mit seinem Hinweis auf Grotius 2.11 greift Wilmot den grundlegenden Entwurf zur neuzeitlichen kontinentalen Versprechenstheorie auf.¹⁰⁹ Grotius überwindet den spätmittelalterlichen Meinungsstand, der zwar die Willensbildung und -einigung zusehends als allgemeines wesentliches Merkmal herausgestellt, dabei jedoch am antiken Typenschema festgehalten hatte. In dieser Entwicklung war dem Schenkungsversprechen eine Frontstellung zugekommen: Ursprünglich *nudum pactum*, seit Justinian jedoch klagbar,¹¹⁰ wurde es zum Exempel neuer Überlegungen in der Versprechenstheorie.¹¹¹ So bemerken etwa Molina und Lessius,¹¹² an deren Studien das grotianische System mehrfach anschließt, daß die verpflichtende Wirkung einer freigebigen Zusage von der Absicht des Schenkers abhängt.¹¹³ Wie solch ein rechtserheblicher Wille zustandekomme, schildern sie nach dem Muster des dreistufigen Entscheidungsablaufs, den Thomas von Aquin für die Bildung eines bindenden Gelübdes vorsieht: Thomas betrachtet als ersten Schritt die *deliberatio* – Erwägungen im Hinblick auf ein zukünftiges Verhalten; daraus bilde sich dann ein Handlungsvorsatz, *propositum voluntatis* genannt. Aufgrund dessen werde zuletzt eine *promissio* formuliert; damit sei auf der dritten Stufe das Gelübde als solches vollendet.¹¹⁴ Aus dieser Tradition – das in Anlehnung an Thomas bei Molina und Lessius entwickelte Modell vom Schenkungsversprechen – entwirft

absentes. Talia enim pacta jure solo naturae reguntur, ut & pacta eorum qui summam habent potestatem, qua tales sunt. Nam in his quae privatim agunt locum habent leges etiam quae irritum actum faciunt, ubi id in favorem ipsorum fit, non in poenam (Grotius, De jure 2.11.5.3).

¹⁰⁹ S. F. WIEACKER, Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts, in: FS Welzel (1974) 7 – 22 (auf die ideengeschichtlichen Verbindungen zwischen Grotius und Pufendorf durch Hobbes ist im Rahmen dieser Arbeit nicht einzugehen). Zur entstehenden Lehre von Willenserklärung und Rechtsgeschäft s. COING, Privatrecht 182 f.

¹¹⁰ Vgl. Inst. 2. 7. 2, C 8. 53. 35. 5 b, Nov. 162. 1; s. KASER, Privatrecht II 394 ff., bes. 396; s. weiters COING, Privatrecht 485 ff.

¹¹¹ DIESELHORST, Versprechen 20 ff. Die Schenkung erscheint wirtschaftlich so neutral, daß sich ihr Versprechenskonzept durchaus auf andere Geschäfte übertragen läßt. Weiters erzeugt ihr Versprechen wohl die schwächste aller rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen – daher ist unter den Wirksamkeitsvoraussetzungen einer freigebigen Zusage jede andere Vereinbarung a fortiori als bindend zu betrachten.

¹¹² Molina und Lessius sind Vertreter der spanischen Spätscholastik. Hier interessieren ihre juristisch-moraltheologischen Konkordanzen des Vertragsrechts (s. DIESELHORST, Versprechen 4 ff.). L. de Molina, De iustitia et de jure (1593 – 1609); L. Lessius, De iustitia et de jure caeterisque virtutibus cardinalibus libri quattuor (1605). Zu Leben und Werk s. COING, Handbuch II/1 808 ff., 1017 ff., 1025 ff.

¹¹³ DIESELHORST, Versprechen 20 ff.

¹¹⁴ Vgl. Thomas von Aquin, S. Th. 2.2 qu. 88, Art I in corpore: ... *Promissio autem procedit ex propositum faciendi. Propositum autem aliquam deliberationem praeexigit, cum sit actus voluntatis deliberatae. Sic igitur ad votum tria ex necessitate requiruntur: primo quidem: deliberatio; secundo: propositum voluntatis; tertio: promissio, in qua perficitur ratio voti*. S. DIESELHORST, Versprechen 16 f., 44.

nun Grotius seinen Versprechensbegriff nach dem Konzept der unentgeltlichen Rechtsübertragung.

Grotius stimmt mit Thomas insofern überein, als für ihn eine bindende Zusage ebenfalls nach der Figur einer dreistufigen Willenskongretisierung zustandekommt: Am Anfang stehe der *animus*, i.e. ein bloß gedachter oder auch geäußerter Plan für ein künftiges Verhalten; der *animus* ließe sich frei ändern, gehe aber in eine moralisch verpflichtende *pollicitatio* über, sobald erklärt werde, nunmehr an der Absicht festzuhalten; wenn schließlich der Wille hervortrete, einem anderen ein Recht zu übertragen, erlange das Versprechen als *promissio* volle Wirksamkeit.¹¹⁵

Seiner philosophischen Grundhaltung nach zeigt sich Grotius hier allerdings nicht dem aristotelisch-thomistischen Konzept von der ausgleichenden Gerechtigkeit, sondern einem stoisch-christlichen Verständnis verpflichtet, dessen Gottes- und Menschenbild in der Idee personaler Selbstbestimmung verankert ist.¹¹⁶ Gerade vor dem Hintergrund dieser philosophischen Position erhellt die grotianische Versprechenslehre. Dabei wird der Gedanke der Eigentumsfreiheit zum Ausgangspunkt für das Bindungsmodell: Wie der Eigentümer alle Befugnis, nach Gutdünken mit seiner Sache zu verfahren, in der Übereignung einem anderen einräumen kann, so ist er gleichermaßen imstande, dem anderen weniger zu gewähren; als Eigentümer mag er dem anderen auch nur das Recht übertragen, eine Sache oder eine sonstige Leistung zu fordern.¹¹⁷ Nach diesem Ansatz geht das Versprechen aus souveräner

¹¹⁵ 2. *Primus gradus est assertio explicans de futuro animus qui nunc est: et ad hanc, ut vitio careat, requiritur veritas cogitationis pro tempore praesenti, non autem ut in ea cogitatione perseveretur. Habet enim animus humanus non tantum naturalem potentiam mutandi consilium, sed et jus. Quod si in mutatione sententiae vitium sit aliquod, ut accidit, id non est intrinsecum mutationi, sed ex materia, puta quia prior sententia erat melior.* 3. *Secundus gradus est, cum voluntas se ipsam pro futuro tempore determinat, cum signo sufficiente ad indicandam perseverandi necessitatem. Et haec pollicitatio dici potest, quae seposita lege civili obligat quidem, aut absolute, aut sub conditione, sed jus proprium alteri non dat. Multis enim casibus evenit, ut obligatio sit in nobis, et nullum jus in alio; sicut in debito misericordiae et gratiae reponendae apparet, quibus simile est hoc debitum constantiae sive fidelitatis. Itaque ex tali pollicitatione res pollicitantis retineri, aut is ipse qui pollicitus est ad implendam fidem cogi jure naturae non poterit.* 4. *Tertius gradus est, ubi ad determinationem talem accedit signum volendi jus proprium alteri conferre: quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii. Est enim aut via ad alienationem rei, aut alienatio particulae cuiusdam nostrae libertatis. Illuc pertinent promissa dandi, huc promissa faciendi.* (Grotius, *De jure* 2.11.2, 3, 4). S. dazu, v.a. auch im Vergleich mit den Konzepten von Thomas und den Spätscholastikern, DIESSELHORST, *Versprechen* 46 ff.; weiters WIEACKER, *Obligation* 16 f.; COING, *Privatrecht* 406.

¹¹⁶ DIESSELHORST, *Versprechen* 39 ff., 51 f.

¹¹⁷ ... *Adde quod voluntate sufficienter significata transferri rei dominium potest, ut ante diximus. Quid ni ergo possit transferri et jus in personam, aut ad transferendum*

Selbstbestimmung hervor;¹¹⁸ im Mechanismus der Rechtsübertragung kommt sinnfälliger Ausdruck, wie dem Adressaten ein Anspruch eingeräumt wird.¹¹⁹

Da für Grotius jede Versprechensbindung allein aus autonomer Gestaltungsfreiheit zu erklären ist, scheint ihm eine breitere Diskussion der Versprechensproblematik nicht notwendig. So findet etwa der sozialtypische Charakter von Geschäften keine Beachtung; damit kann auf das Kriterium einer *causa* grundsätzlich verzichtet werden.¹²⁰ Auch die grotianische Irrtums- und Auslegungslehre beruht ganz auf dem voluntaristischen Denkansatz.¹²¹ Von dieser Warte aus erklärt es sich ohne weiteres, daß der Vertrauensschutz bei Grotius nur beiläufig zur Sprache kommt.

b) Ein anderes Bild vermittelt Pufendorf in seinem Naturrechtssystem *De jure naturae et gentium*:¹²² Er zeigt wiederholt und mit Nachdruck die verpflichtenden Folgen von Vertrauenstatbeständen auf – die soziale Natur des Menschen verlange Vertrauensschutz und begründe die Regel *pacta sunt servanda*.¹²³ Sein Hinweis auf die Ansicht Ciceros, das Fundament der Gerechtigkeit liege in der Treue, die zu achten sei,

dominium, (quod jus ipso dominio minus est) aut ad aliquid agendum, quippe cum in actiones nostras par jus habeamus atque in res nostras? (Vgl. Grotius, De jure 2.11.1.3). S. DIESELHORST, Versprechen 43 ff.

¹¹⁸ Wie eine Eigentumsübertragung bedarf das Versprechen der Annahme; unter dieser Bedingung ist es an den Adressaten gerichtet, vor dem Akzept kann es der Versprechende frei widerrufen: *Ut autem promissio ius transferat, acceptatio hic non minus quam in domini translatione requiritur, ita tamen ut hic quoque praecedens rogatio durare intelligatur, ac vim habere acceptationis* (vgl. Grotius, De jure 2.11.14). S. DIESELHORST, Versprechen 111 ff.; COING, Privatrecht 408.

¹¹⁹ Diese Figur der Rechtsübertragung kündigt sich bereits in Molinas Ausführungen zum freigebigen Versprechen an; es ist aber erst Grotius, der sie zu allgemeiner Gültigkeit erhebt, indem er jede Versprechensbindung aus der gewollten Rechtsübertragung erklärt (s. DIESELHORST, Versprechen 26 f., 43 ff.). Das Modell der Rechtsübertragung wirkt zwar besonders anschaulich, doch stößt die etwas gekünstelte Idee quasi vergegenständlichter und portionsweise verfügbarer menschlicher Freiheit auch auf Kritik (s. DIESELHORST, Versprechen 51, 67 ff.).

¹²⁰ *Quod vero promittitur ob causam ante debitam, non eo minus debetur, si jus naturale spectemus, secundum ea quae de rei alienae acceptance supra diximus: nam et sine ulla causa promissum naturaliter deberetur* (vgl. Grotius, De jure 2.11.10). *Hoc quoque omittendum non est, ne jura civilia cum naturali jure confundantur, neque promissiones quae causam expressam non habent naturaliter esse irritas, non magis quam rerum donationes* (vgl. Grotius, De jure 2.11.21). S. DIESELHORST, Versprechen 52 ff.; COING, Privatrecht 406. Zur *causa* s. auch o. Anm. 90.

¹²¹ Vgl. Grotius, De jure 2.11.6; s. DIESELHORST, Versprechen 91 ff. Vgl. Grotius, De jure 2.16; s. DIESELHORST, Versprechen 55 ff.

¹²² S. Pufendorf, De jure naturae et gentium libri octo (1672). Zu Leben und Werk s. WOLF, Rechtsdenker 311 – 370; WIEACKER, Privatrechtsgeschichte 305 – 312.

¹²³ *Si quae autem inter homines ineuntur pacta, illa sancte observanda esse sociabilis natura hominis requirit* (vgl. Pufendorf, De jure 3.4.2). S. M. DIESELHORST, Zum Vermögensrechtssystem Samuel Pufendorfs (1976) bes. 53 ff.

wo Schaden vermieden und das Gemeinwohl gefördert werden soll, berührt dieselbe Idee.¹²⁴ Daher stellt sich die Frage, ob Pufendorf ein unterschiedliches, rein fidesbezogenes Versprechensmodell entwirft. Dies ist wohl nicht der Fall; zwar scheint Pufendorf von der grotianischen Auffassung abzurücken, wenn er bei unverhältnismäßig beschwerlicher und nicht sinnfällig vorteilhafter Erfüllung die Verbindlichkeit freigebiger Versprechen in Zweifel zieht,¹²⁵ doch bleiben diese Überlegungen unausgeführt und gehen letztlich im widersprechenden Argumentationsfluß unter.¹²⁶ Insgesamt wäre es jedenfalls verfehlt, Pufendorf ein radikal neues Versprechenskonzept zuzuschreiben – vielmehr ist zu beachten, wie sehr sein System in Form und Inhalt dem Beispiel von *De jure belli ac pacis* folgt. Schon die pufendorfsche Anlage hält sich eng an dieses Vorbild;¹²⁷ in der Sache erscheint die ausdrückliche Übernahme des grotianischen Versprechensstufen- und Rechtsübertragungsmodells von nachhaltiger Bedeutung.¹²⁸

Einen Beleg dafür bietet auch Pufendorfs Argumentation gegen die schon von Grotius verworfene Ansicht des Connanus,¹²⁹ außerhalb der römischen Vertragstypen gebe es keine wirksamen Zusagen.¹³⁰ Pufendorf schließt sich der grotianischen Meinung an und liefert dabei eine für sein Versprechensverständnis höchst aufschlußreiche Stellungnahme: Die Ansicht, Versprechen seien unbeachtlich, solange sie keinen Schaden auf seiten des Adressaten herbeigeführt haben, lehnt er ent-

¹²⁴ *Et sane fidem verbis datam esse servandam, ac posse aliquem solis verbis sibi conciliare necessitatem aliquid praestandi, si vel maxime nondum aliqua res intercesserit, apud omnes hactenus sapientes in confesso fuit. Cicero Off. I. (c. 7.) Fundamentum iustitiae est fides, id est, dictorum, conventorumque constantia, & veritas, eaque de causa fidem appellatam, quia fiat, quod dictum est (vgl. Pufendorf, De jure 3.5.9).*

¹²⁵ Vgl. Pufendorf, De jure 3.5.9. S. DIESELHORST, Vermögensrechtssystem 69.

¹²⁶ Vgl. Pufendorf, De jure 3.5.9 – 11. S. DIESELHORST, Vermögensrechtssystem 68 ff.

¹²⁷ DIESELHORST, Vermögensrechtssystem 42 ff.

¹²⁸ *7. Perfecta denique promissio sit, quando quis non solum voluntatem suam pro futuro tempore determinat circa praestandam alteri rem quampiam; sed etiam simul indicat, se ius in eundem conferre, ut rem promissam plene poscere ipsum queat. Cum autem promittamus, vel dare aliquam rem, vel facere aliquid; inde promissio est vel via ad alienationem rei nostrae, vel quasi alienatio particulare cuiusdam de nostra libertate, ut nimirum quod antea facere vel intermittere poteramus, vel pro arbitrio adplicare, in eo nunc praescriptum nostri promissi sequi debeamus. ... Add. Grotius d.l.§.3.4 (vgl. Pufendorf, De jure 3.5.5 – 8). S. DIESELHORST, Vermögensrechtssystem 61 ff.; s. weiters MAYER-MALY zum Konsensbegriff Pufendorfs (Bedeutung des Konsenses 95 f.).*

¹²⁹ F. Connanus, *Commentariorum juris civilis libri decem* (1557). S. COING, Handbuch II/1, 774 f., 778. Die Auseinandersetzung mit der Vertragslehre des Connanus nimmt Grotius als Ausgangspunkt seiner Versprechenslehre. Vgl. Grotius, De jure 2.11.1 ff.; s. DIESELHORST, Versprechen 31 ff.

¹³⁰ Vgl. Pufendorf, De jure 3.5.9 – 11. S. DIESELHORST, Vermögensrechtssystem 67 ff.

schieden ab¹³¹ – und zeigt auch damit, daß eine Versprechensbindung für ihn nicht allein auf der *fides* beruht. Pufendorf ergänzt, die natürliche Gemeinschaftsordnung erfordere es, das Wohl der anderen nach Kräften zu unterstützen. Dies entspricht einem zentralen Gedanken seiner Philosophie: Für ihn hat die Idee der *socialitas*, des geordneten gemeinschaftlichen Lebens, bestimmendes Gewicht;¹³² ein Handeln im Sinne der *socialitas* sei durch die wechselseitige Abhängigkeit geboten, die sich bei jedem Versuch menschlicher Selbsterhaltung und -verwirklichung als unumgängliche Realität erweise.¹³³ Unter diesen Voraussetzungen ist es plausibel, auf einen rechtlichen Schutz des Vertrauens besonderen Wert zu legen.

Dogmengeschichtlich gesehen schafft Pufendorf mit seiner Diskussion der *fides* als obligierender Grund einen neuen Akzent in der Versprechenstheorie – insgesamt bleibt er freilich eng an das Vorbild Grotius gebunden; die grotianischen Lehren werden keineswegs ersetzt, sondern bilden einen wesentlichen Bestandteil des pufendorfschen Systems.¹³⁴

c) Vor dem Hintergrund der grotianisch-pufendorfschen Ideen scheint Wilmot nur in der Bezeichnung fehlzugehen. Anders als bei Vinus wäre es eher zeitgemäß und sachgerecht, von einem *promissum* als von der römischen Stipulation zu sprechen. Doch steht hinter dem wiederholten Hinweis auf *Roman law* offenbar die Absicht, einen althergebrachten Zusammenhang mit dem heimischen Recht zu vermitteln: Schon Bracton, der überragende Rechtsgelehrte des hochmittelalterli-

¹³¹ *Quod autem iste concedit, si quis ex alicuius promisso non secuto damni, quid fecerit, teneri eum ipso naturali iure ad id, quod interest, (puta si quis fidem alterius secutus aliunde suis necessitatibus prospicere neglexerit:) ex eo recte infertur; exigi posse promissum, et alterum id implere debere, ne iste detrimenti quid capiat. Periculosum vero est admittere isthanc consequentiam: cum deteriore conditione non sis quando promissum non praestiterim, quam si omnino non promissem; igitur re integra mihi semper licebit poenitere. ... (vgl. Pufendorf, De jure 3.5.11). S. DIESSELHORST, Vermögensrechtssystem 70 ff.*

¹³² S. COING, Privatrecht 73.

¹³³ *Scilicet manifesto adparet, hominem esse animal sui conservandi studiosissimum, per se egenum, sine sui similium auxilio servari ineptum, ad mutua commoda promovenda maxime idoneum, idem tamen saepe malitiosum, petulans et facile irritabile ac ad noxam inferendam promptum ac validum. Eiusmodi animali, ut salvum sit bonisque fruatur, quae in ipsius conditionem heic cadunt, necessarium est, ut sit sociabile, id est, ut conjungi cum sui similibus velit et adversus illos ita se gerat, ut ne isti ansam accipiant eum laedendi, sed potius rationem habeant eiusdem commoda servandi aut promovendi ... Inde fundamentalis lex naturae isthaec erit: Cuilibet homini, quantum in se, colendam et conservandam esse pacificam adversus alios socialitatem, indoli et scopo generis humani in universum congruentem (vgl. Pufendorf, De jure 2.3.15). S. DIESSELHORST, Vermögensrechtssystem 6 ff., bes. 9 f.*

¹³⁴ WIEACKER, Obligation 14 f., bes. 18; DERS., Privatrechtsgeschichte 311; SCHMIDLIN, Berner Kommentar 223.

chen *common law*, habe in seinen *Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae*¹³⁵ viel römisches Recht einfließen lassen. Auf diesem Weg hätten die englischen Juristen auch römische Anschauungen vom Vertrag übernommen. *Bracton (who wrote temp. Hen. 3) is the first of our lawyers that mentions this. His writings interweave a great many things out of the Roman law* (1670) . . . *Our own lawyers have adopted exactly the same idea as the Roman law. Plowden 308.b. in the case of Sherrynton and Pledal v. Strotton and Others, mentions it; and no one contradicted it* (1671).

Es leuchtet ein, daß Wilmot den Fall *Sharrington v. Strotton* zitiert, der *consideration* erstmals zur allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzung formloser Versprechen erhebt und in dem manche allgemeine Aussagen Wilmots Konzept zu bestätigen scheinen¹³⁶ – einen Bezug zum *civil law* hat die Entscheidung jedoch nur durch den Satz *ex nudo pacto non oritur actio*; nun bringen diese Worte zwar die Unklagbarkeit formloser Vereinbarungen ohne *consideration* zum Ausdruck, können aber nicht als Beweis dafür gelten, daß die *pacta* römischrechtlicher Prägung in das *common law* Eingang gefunden hätten.

Der Beitrag Wilmots erzeugt den Eindruck einer direkten Traditionslinie zwischen römischen Quellen und geltendem *common law*; allerdings ist eine solche im englischen Recht kaum zu belegen. Dies führt zur Frage, welcher Vorstellungswelt die besprochenen Argumente entstammen. Dazu eröffnen die folgenden Texte aus dem Bereich der juristischen Didaktik eine weitere Perspektive.

VIII.

1. Zu Beginn noch einmal Lord Mansfield: Seine Äußerung in *Pillans v. Van Mierop* fiel vergleichsweise knapp aus, doch zeigt sein Vorschlag eines *course of law studies*,¹³⁷ daß ihm die von Wilmot zitierten Quellen

¹³⁵ H. de Bracton, *Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae* (der Traktat wurde um die Mitte des 13. Jhdts. verfaßt). Zu Leben und Werk s. H. G. RICHARDSON, *Bracton and the Problem of his Text* (1965); weiters HOLDSWORTH, *Sources* (s.o. Anm. 49) 27 ff.; DERS., *Makers* (s.o. Anm. 13) 8 ff.; J. H. BAKER, *Biographical Dictionary* 69 – 71; s. weiters u. Anm. 159 ff.

¹³⁶ *Sharrington v. Strotton* (1566) Plowden 298; s. SIMPSON, *History* 370 ff., 414 ff.; BAKER, *Introduction* 208 f. – Vgl. *Sharrington v. Strotton* ebend. 308 b: *And because words are oftentimes spoken by men unadvisedly and without deliberation, the law has provided that a contract by words shall not bind without consideration*. Insgesamt unterzieht Wilmot die Abhandlung der *consideration* in *Sharrington v. Strotton* der oben (VII. 2.) angesprochenen teleologischen Reduktion.

¹³⁷ Das Schreiben war der vierte in einer Reihe von Briefen, in denen Mansfield um 1730 dem jungen Duke of Portland ein Bildungsprogramm entwarf (s. HEWARD, *Mansfield*

wohlvertraut waren. Mit einer Ausnahme empfiehlt Mansfield alle Werke, die in *Pillans v. Van Mierop* genannt werden, als grundlegende Literatur für ein Studium der Rechte.¹³⁸

For general ethics, which are the foundation of all law, read Xenophon's memorabilia, Tully's offices, and Woolaston's religion of nature. You may likewise look into Aristotle's ethics, which you will not like; but it is one of those books, qui à limine salutandi sunt ne verba nobis dentur.

For the law of nations, which is partly founded on the law of nature, and partly positive, read Grotius, and Pufendorf in Barbeyrac's translation, and Burlamaqui's droit naturel; as these authors treat the same subjects in the heads, they may be read together and compared.

When you have laid this foundation, it will be time to look into those systems of positive law that have prevailed in their turn. You will begin of course with roman law; for the history of which, read Gravina's elegant work, de ortu et progressu iuris civilis; then read and study Justinian's institutes, without any other comment than the short one by Vinnius. Long comments would only confound you, and make your head spin round. Dip occasionally into the pandects.

After this it will be proper to acquire a general idea of feudal law, and the feudal system, which is interwoven with almost every constitution in Europe, that, without some knowledge of it, it is impossible to understand modern history. Read, Craig de feudes, an admirable book for matter and method; and dip occasionally into the corpus iuris feudalis, while you are reading Giannoni's history of Naples, one of the ablest and most instructive books that ever was written.

*These writers are not sufficient to give you a thorough knowledge of the subjects they treat of; but they will give you general notions, general leading principles, and lay the best foundation that can be laid for the study of any municipal law; such as the law of England, Scotland, France, &c. &c.*¹³⁹

9). 1797 erschienen die Briefe in der Sammlung „A Treatise on the Study of the Law, written by the Lords Mansfield, Ashburton and Thurlow“, der dieser Text entnommen ist (s. auch COING, Schrifttum 20).

¹³⁸ Vgl. TH. WOOD, Some thoughts concerning the study of the Laws of England, particularly in the two universities (1708); demnach erfolgte das Studium v.a. anhand der genannten Werke von Vinnius, Grotius und Pufendorf (s. COING, Schrifttum 18 f.).

¹³⁹ Die Gliederung in Absätze wurde aus Gründen der Übersichtlichkeit vorgenommen. Im ersten Absatz findet sich nur vorbereitende Literatur; die Schlußbemerkung stellt klar, die angeführten Werke würden kein vollständiges Bild, sondern allgemeine Begriffe und Leitprinzipien vermitteln und so die beste Grundlage bieten, geltende Rechtssysteme kennenzulernen. Zu Beginn sei *the law of nations* bei Grotius und Pufendorf zu studieren, und zwar in Barbeyracs Übersetzung (s. P. G. CARON, J. de Barbeyrac, in: Novissimo Digesto Italiano II 274) – offenbar um den Leser nicht zu überfordern; ähnliches gilt wohl für den Hinweis, gleichzeitig Burlamaquis *droit naturel* (s. R. LUCIFREDI, J. J. Burlamaqui, in: Nov. Dig. Ital. II 625) heranzuziehen. Gerade das Schulhafte dieser Darstellung dürfte Mansfield geeignet erschienen sein, dem Anfänger den Zugang zu den großen Naturrechtssystemen zu erleichtern. Der Lehrgang soll mit dem römischen Recht als richtungsweisendem Beispiel einer Rechtsordnung fortgesetzt werden. Mansfield schlägt vor, anhand von Gravinas Rechtsgeschichte (s. F. L. BERRA, G. V. Gravina, in: Nov. Dig. Ital. VIII 6; weiters COING, Handbuch II/1 448) den historischen Rahmen kennenzulernen;

Von den in *Pillans v. Van Mierop* zitierten Juristen fehlt lediglich Bracton, der – wie an anderer Stelle belegt ist – von Mansfield hoch geschätzt wurde.¹⁴⁰ Hier ging es freilich darum, einen Anfänger zu beraten: Bractons *Tractatus* mag Mansfield systematisch wie inhaltlich zu sehr dem mittelalterlichen Denken verhaftet und daher nicht als Einführungslektüre empfehlenswert erschienen sein.¹⁴¹ Insgesamt läßt sich indes nicht übersehen, daß die Liste keinen Titel aus dem englischen Schrifttum enthält; dies liegt wohl am Fehlen eines didaktisch-analytisch aufgebauten Werks über englisches Recht, das in den Augen Mansfields als Elementarliteratur hätte gelten können; eine nach solchen Gesichtspunkten ausgerichtete Arbeit war erst ab 1765 mit Blackstones *Commentaries on the Laws of England* greifbar. In der Untersuchung des ideengeschichtlichen Umfelds von *Pillans v. Van Mierop* ist folglich auch auf die Persönlichkeit des großen Rechtslehrers Blackstone und sein nachhaltig wirkendes Hauptwerk einzugehen.

2. Sir William Blackstone,¹⁴² geboren 1723, begann wie Mansfield mit dem Studium der *classics* in Oxford, widmete sich jedoch später vornehmlich seinen akademischen Interessen. Ab 1741 versuchte er sich als Mitglied von Middle Temple¹⁴³ auf der praktischen Seite des Rechts, dort blieben seine Erfolge allerdings bescheiden – wahrscheinlich nicht zuletzt deshalb, weil er weiterhin rege am universitären Leben teilnahm. Sein Studium des *civil law* führte zum Erwerb des Doktorgrades und ermöglichte Mansfield, ihn 1752 zur Besetzung der römischrechtlichen Lehrkanzel in Oxford zu empfehlen.¹⁴⁴ Daß dieser Vorschlag abgelehnt wurde, sollte bald die Bedeutung eines Wendepunkts annehmen: In der

für das Studium des materiellen Rechts empfiehlt er Justinians Institutionen in der kommentierten Ausgabe von Vinnius. Gelegentlich sei auch ein Blick in die Pandekten zu werfen. Neben dieser vorwiegend privatrechtlichen Einleitung legt Mansfield dem Anfänger nahe, sich anhand der Werke von Craig (s. F. P. GABRIELI, Sir Thomas Craig, in: Nov. Dig. Ital. IV 1078; D. M. WALKER, Biographical Dictionary 135) und Giannone (s. F. L. BERRA, P. Giannone, in: Nov. Dig. Ital. VII 835 f.) mit den Themen *feudal system*, *constitution* und *history* zu befassen.

¹⁴⁰ L. CAMPBELL, *The Lives of the Chief Justices II* (1858) 327 f.

¹⁴¹ PLUCKNETT schreibt über den *Tractatus*: „It was by no means a book for beginners.“ (T. F. T. PLUCKNETT, *The Relations between Roman Law and English Common Law down to the Sixteenth Century: A General Survey*, in: *The University of Toronto L.J.* 3 [1939/40] 39).

¹⁴² W. Blackstone, 1723 – 1780. Zu Leben und Werk s. v.a. HOLDSWORTH, HEL XII 702 ff.; weiters DERS., *Sources* 155 ff. (mit einer knappen Charakterisierung der *Commentaries*); DERS., *Makers* 238 ff.; F. C. HICKS, *Men and Books Famous in the Law* (1921) 106 ff.; G. H. JONES, *Biographical Dictionary* 57 – 61.

¹⁴³ *Middle Temple* gehörte zu den vier *Inns of Court*, s. dazu o. Anm. 17.

¹⁴⁴ HOLDSWORTH, HEL XII 91.

Folge gelang es Mansfield, Blackstone für einen Kurs über *common law* zu gewinnen – ein Unternehmen, das Blackstone neben hoher Anerkennung schließlich die neugeschaffene und vorläufig einzige Professur für englisches Recht eintrug.¹⁴⁵

Seine vierbändigen *Commentaries on the Laws of England* gingen als bleibendes Ergebnis aus dieser Veranstaltung hervor; das Werk stellt die Endfassung von Blackstones langjährig verwendeter und verbesserter Vorlesungsunterlage dar.¹⁴⁶ In der Einleitung zum ersten Band weist Blackstone auf die Notwendigkeit hin, die Juristenausbildung neu zu gestalten; damit greift er einen krassen Mißstand des zeitgenössischen Rechtslebens auf.¹⁴⁷ Traditionellerweise hatten die *Inns of Court* Sorge getragen, daß die angehenden Juristen des *common law* neben der praktischen Anleitung auch eine theoretische Unterweisung erhielten. Gegen Ende des 17. Jahrhunderts wurde diese jedoch zusehends durch rein formale Kriterien ersetzt: Es bürgerte sich zum Beispiel ein, Anwesenheits- und Prüfungserfordernisse in Geld abzulösen; konnte ein vorgesehener Kurs nicht angeboten werden, so galt er für die Studenten als erfolgreich besucht.¹⁴⁸ Zur Zeit Mansfields und Blackstones erwarb ein englischer Jurist seine Kenntnisse des *common law* also überwiegend durch die Praxis der Gerichte und Kanzleien, im Gespräch mit Fachkollegen, vielleicht noch im Selbststudium.¹⁴⁹ Doch auch die Universitäten, an denen *civil law* gelehrt wurde, boten kaum eine bessere Betreuung der Studenten; es wurden zwar Vorlesungen gehalten, ein geregelter Studienbetrieb mit ernsthaften Leistungskriterien dürfte jedoch gefehlt haben.¹⁵⁰

Vor allem diese Umstände erklären den großen Erfolg Blackstones: Ihm gelang es, in seinen Vorlesungen und Schriften das akute Bedürfnis nach einer elementaren und geordneten Gesamtdarstellung des englischen Rechts zu befriedigen. Der am Institutionensystem ausgerichtete Kommentar trug Blackstone den Beinamen „englischer Gaius“ ein¹⁵¹ – eine zweifach treffende Bezeichnung, denn wie bei Gaius beruht auch

¹⁴⁵ Blackstone begann seine Vorlesung in Oxford 1753 als *private lecturer*; 1758 wurde er Professor für *English law* (s. HOLDSWORTH, HEL XII 91 f.).

¹⁴⁶ HOLDSWORTH, HEL XII 709 ff.

¹⁴⁷ HOLDSWORTH, HEL XII 91 ff. Blackstone konnte sich zwar seines Ruhms als Lehrer und Schriftsteller erfreuen, die von ihm angeregte Reform der juristischen Ausbildung erlebte er jedoch nicht mehr; erst im 19. Jhd. wurde die berufliche Vorbereitung der Juristen schrittweise neu geregelt (s. auch HOLDSWORTH, Sources 159 ff.).

¹⁴⁸ HOLDSWORTH, HEL XII 77 ff.

¹⁴⁹ HOLDSWORTH, HEL XII 77.

¹⁵⁰ HOLDSWORTH, HEL XII 83 ff.; COING, Schrifttum 17.

¹⁵¹ P. KOSCHAKER, Europa und das römische Recht, 4. Aufl. (1966) 102 Anm. 2.

Blackstones Ruhm zu einem guten Teil auf dem didaktischen Wert seines umfassenden Systems, der manchen Mangel an Einfallsreichtum und Gedankenschärfe wettmacht.¹⁵² Seine Erörterung der *consideration*¹⁵³ zeigt jedenfalls, daß er wie Mansfield und Wilmot Ideen des *civil law* zu verwerten weiß.

These valuable considerations are divided by the civilians^k into four species. 1. Do, ut des: as when I give money or goods, on a contract that I shall be repaid money or goods for them again. Of this kind are all loans of money upon bond, or promise of repayment; and all sales of goods, in which there is either an express contract to pay so much for them, or else the law implies a contract to pay so much as they are worth. 2. The second species is, facio, ut facias: as when I agree with a man to do his work for him, if he will do mine for me; or if two persons agree to marry together; or to do any other positive acts on both sides. Or, it may be to forbear on one side in consideration of something done on the other; as, that in consideration A, the tenant, will repair his house, B, the landlord, will not sue him for waste. Or, it may be for mutual forbearance on both sides; as, that in consideration that A will not trade to Lisbon, B will not trade to Marseilles; so as to avoid interfering with each other. 3. The third species of considerations is, facio, ut des: when a man agrees to perform any thing for a price, either specifically mentioned, or left to the determination of the law to set a value on it. As when a servant hires himself to his master, for certain wages or an agreed sum of money: here the servant contracts to do his master's service, in order to earn that specific sum. Otherwise, if he be hired generally; for then he is under an implied contract to perform this service for what it shall be reasonably worth. 4. The fourth species is, do, ut facias: which is the direct counterpart of the other. As when I agree with a servant to give him such wages upon his performing such work: which, we see, is nothing else but the last species inverted; for servus facit, ut herus det, and herus dat, ut servus faciat.

^kFf. 19.5.5.

Blackstone schafft eine scheinbar mühelose Verbindung zwischen Anwendungsfällen der *consideration* und den vier Geschäftstypen von D 19.5.5. Die Gleichartigkeit reicht aber nicht so weit, wie der Autor glauben machen möchte: Ohne Zweifel wurde eine unentgeltliche Sachüberlassung, die als *consideration* wirken kann,¹⁵⁴ in der Tradition des *civil law* nie als Bindungsform *do ut des* verstanden. Überdies erweckt der Text den Eindruck, D 19.5.5. habe immer schon als Rechtsquelle für die Klagbarkeit jedes gegenseitigen Verpflichtungsgeschäfts gegolten; daß die

¹⁵² S. F. C. MILSOM, *The Nature of Blackstone's Achievement* (1981).

¹⁵³ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. II (1765) 444 f.

¹⁵⁴ S. dazu o. bei Anm. 38.

actio praescriptis verbis von einer Vorleistung abhängt, während bloße gegenseitige Versprechen nur bei *emptio venditio* und *locatio conductio* wirksam werden, ist eine Rechtsansicht, von der sich das kontinentale Vertragsdenken doch erst allmählich lösen konnte.¹⁵⁵

Auch der Schluß erscheint bezeichnend für Blackstones Arbeitsweise: Die zwanglos angefügte lateinische Wendung *servus facit, ut herus det ... herus dat, ut servus faciat* läßt vorerst daran denken, der Autor zitiere aus dem Fragment D 19.5.5., das eingangs in einer Fußnote erwähnt wird; allerdings ist die Wendung in diesem Abschnitt ebenso wenig zu finden wie in den übrigen justinianischen Digesten. Blackstone nimmt also eine weitreichende Gestaltungsfreiheit in Anspruch, wenn er den römischen Begriffen fremde Anschauungen unterstellt und den Quellentext unbefangen paraphrasiert.

IX.

Zuletzt bleibt die Frage, aus welcher Perspektive die englischen Juristen das *civil law* in den besprochenen Beispielen zitieren – insbesonde-

¹⁵⁵ Dies zeigt sich schon in einem überblicksweisen Vergleich der Quellen: Grotius etwa geht in 2.12 De jure belli ac pacis unter dem Titel *de contractibus* auch auf die römischen Vertragstypen ein: Vertragsgeschäfte, die häufig getätigt wurden, hätten die Römer in ihrem System der *contractus nominati* erfaßt; da in den weniger gängigen Geschäften lediglich die konkrete Vereinbarung vorlag und daher keine gebräuchliche, sondern nur eine mit Rücksicht auf die jeweilige Sachlage verfaßte Klageformel gegeben wurde, habe man die Klage *actio praescriptis verbis* genannt. Auf Grund der Häufigkeit sei dagegen bei *conventiones nominatae*, wenn bestimmte Erfordernisse erfüllt waren, sogar schon *re integra* – also bevor irgendeine Leistung stattgefunden habe – die zwangsweise Erfüllung auferlegt worden (vgl. Grotius, De jure 2.12.3.2). Domat setzt einen neuen Akzent, indem er die Struktur der Reziprozität betont – gegenseitige Zusagen betrachtet er aufgrund der synallagmatischen Verknüpfung als klagbar. Dennoch entwickelt er dieses Prinzip nicht zum reinen Modell eines Verpflichtungsgeschäfts, sondern behält den Leistungsaustausch klar im Blickpunkt: Domat spricht von vier Verbindlichkeitstypen – *Les communications et les commerces pour l'usage des personnes, et celui des choses sont de quatre sortes, qui sont quatre espèces de conventions* (J. Domat, Les loix civiles dans leur ordre naturel [1689] 1.1.1.1.4). – drei davon sind nach der Art des Leistungsaustausches *do ut des, facio ut facias* und *facio ut des* definiert; dabei wird wiederholt auf D 19.5.5 hingewiesen. Beim vierten Typ – einseitige Verträge – betrachtet er die Leistungen sogar als konstitutiv: Darlehen wie Schenkung kommen erst mit dem Sachempfang zustande (vgl. Domat, ebend. 1.1.1.1.5 – 6; zur *causa* bei Domat s. BUCKLAND and MC NAIR, Roman Law 232 ff.). Nicht zu übersehen ist jedenfalls, daß Domat alle *conventions* im Bereich der realen Vollzüge verankert. Pothier schließlich erscheint der Leistungsakt weder direkt noch indirekt von Belang für das Versprechen; die Klagbarkeit einer Zusage setzt keine Sachleistung und kein Reziprozitätsverhältnis voraus: Bei Pothier bindet das Versprechen als solches (vgl. R. J. Pothier, Traité des obligations 1 [1761] Nr. 3; zur *causa* vgl. Pothier ebend. Nr. 42; s. dazu SCHMIDLIN, Berner Kommentar 224).

re, wie weit es dabei möglich und beabsichtigt war, kontinentale Rechtsvorstellungen in das *common law* zu übernehmen.¹⁵⁶

Im Vergleich der beiden, auf umfassende Darstellung des englischen Rechts angelegten Werke zeigt schon Bractons *Tractatus*¹⁵⁷ über fünf Jahrhunderte vor Blackstones *Commentaries* eine hochentwickelte Eigenständigkeit des *common law*: Bracton hält sich bei seiner Erörterung der Obligationen, die in *Pillans v. Van Mierop* auch erwähnt wird,¹⁵⁸ äußerlich eng an das Vorbild der *Summa Azonis*,¹⁵⁹ daraus zu schließen, im mittelalterlichen England habe man Versprechen rechtlich ebenso beurteilt wie am Kontinent, wäre jedoch irrig. Das *common law* hatte zur Zeit Bractons bereits die *actions of debt* und *detinue* ausgebildet, und wenig später sollte die *action of covenant* ihre endgültige Form annehmen.¹⁶⁰ Daher fehlte es bei den Verträgen – und nicht nur dort – grundsätzlich am Bedürfnis und an der Bereitschaft, fremdes Recht zu rezipieren.¹⁶¹ Was aus dem *civil law* übernommen wurde, waren vielfach nur lateinische Ausdrücke, ohne daß gleichzeitig bestimmte Institute römischrechtlicher Prägung im *common law* Wirksamkeit erlangten;¹⁶² so kam etwa für eine nach *common law* unklagbare Übereinkunft die Bezeichnung *nudum pactum* in Gebrauch.

In England änderte sich diese Einstellung zum *civil law* auch später nicht grundlegend, weil dort die kontinentale Verwissenschaftlichung des römischen Rechts eher beobachtet als miterlebt wurde;¹⁶³ sie konnte lediglich in einer auf wenige Bereiche beschränkten und zusehends vom *common law* verdrängten Rechtspraxis Bedeutung gewinnen.¹⁶⁴

Wie nun Bracton das englische Recht seiner Zeit mit Ausdrücken des *civil law* beschreiben will, verwendet auch Blackstone bisweilen einen

¹⁵⁶ „Was die Beziehung zwischen Common Law und kontinentalem Recht angeht, so steht die Forschung hier erst am Anfang“ (COING, Privatrecht 15 Anm. 21).

¹⁵⁷ S. o. Anm. 135.

¹⁵⁸ Vgl. *Pillans v. Van Mierop* 1670; s. o. VII. 4. c).

¹⁵⁹ F. M. MAITLAND, *Selected Passages from the Works of Bracton and Azo* (1895) XIX (introd.), 134 ff., bes. 141 ff.; RICHARDSON, *Bracton* 55, 79 ff.; s. auch SÖLLNER, *Causa* 217; DILCHER, *Typenzwang* 278f.

¹⁶⁰ SIMPSON, *History* 9 ff.; s. weiters RICHARDSON, *Bracton* 86, 88 f.; PLUCKNETT, *Relations* 37. S. o. III. 2.

¹⁶¹ S. HOLDSWORTH, *HEL* II, 3rd ed. (1927) 217 ff., bes. 243 ff.; weiters PLUCKNETT, *Relations* 40; s. auch NÖRR, *European Side* (s.o. Anm. 55) 16; COING, *Privatrecht* 14 f.

¹⁶² HOLDSWORTH, *HEL* II 271 ff., bes. 284 ff.; s. PLUCKNETT, *Relations* 33, 35.

¹⁶³ HOLDSWORTH, *HEL* IV (1924) 217 ff.; PLUCKNETT, *History* 298 ff.; RADCLIFFE and CROSS, *System* 172 f.; KOSCHAKER, *Europa* 213 ff.

¹⁶⁴ Romanistisches Gedankengut kam v.a. im Gericht des Lordkanzlers (Court of Chancery), in Ehe- und Erbschaftssachen (Court of Divorce and Probate) sowie in See- und Handelssachen (Court of Admiralty) zum Tragen. S. KOSCHAKER, *Europa* 217 ff.; COING, *Privatrecht* 100.

Wortschatz kontinentalen Ursprungs, mit dem die betreffende Materie des *common law* nicht sachgerecht zu erfassen ist.¹⁶⁵ Freilich unterscheiden sich die beiden Autoren insofern, als die unkritische Betrachtung der römischen Quellen bei Bracton mit der glossatorischen, in ganz Europa verbreiteten Lehre übereinstimmte,¹⁶⁶ während sie bei Blackstone nicht dem aktuellen Standard der romanistischen Wissenschaft entsprach. Allerdings wäre es sicher verfehlt, Blackstone in seinen *Commentaries* als Romanisten zu sehen: Er hatte das Ziel, ein neues, leicht lehrbares System für das englische Recht zu schaffen¹⁶⁷ – ein schöpferischer Vorgang, in dem historische wie juristische Quellen vielfach als Anschauungsmaterial gebraucht und dabei aus ihrem ursprünglichen Geltungs- und Bedeutungszusammenhang genommen wurden.

Didaktische Gesichtspunkte sind – neben einem allgemeinen Bildungsinteresse¹⁶⁸ – wohl auch ausschlaggebend, wenn Mansfield einem Anfänger im englischen Recht die kontinentaleuropäischen Naturrechtssysteme sowie die Institutionen Justinians empfiehlt. Diese Werke sollten in die Jurisprudenz einführen und einige Grundlagen vermitteln; Mansfield versteht sie wohl als lehrreichen juristischen Fundus, nicht aber als Rechtsquellen des *common law*.

Die Richter von *Pillans v. Van Mierop* vertreten insofern eine ähnliche Haltung wie Blackstone in seinen *Commentaries*, als ihr Urteil eine innovatorische, gegen die traditionelle *doctrine of consideration* gerichtete Tendenz hat;¹⁶⁹ unter dem erhöhten Legitimationsdruck ihrer Neuerungen greifen sie sogar auf römisches Recht und rechtstheoretische Prinzipien zurück. Im Mittelpunkt stehen dabei eher die internationale Autorität der erwähnten Werke und eine unmittelbare Anschaulichkeit der zitierten Normen, weniger Gewicht wird auf sachliche Stringenz oder begriffliche Präzision gelegt. Die Juristen zeigen hier kein selbständiges rechtsgeschichtliches, theoretisches oder vergleichendes Interesse, sondern verfolgen spezifische Argumentations- und

¹⁶⁵ Ähnlich zwiespältig wirkt es etwa, wenn Blackstone die Mehrzahl privatrechtlicher Vermögensansprüche (*rights of personal property*) auf *express* oder *implied contracts* zurückführt und dann meint, genauso würden im *civil law* die meisten Rechte und Pflichten unter den Titeln *ex contractu* und *quasi ex contractu* erfaßt werden (vgl. Blackstone, *Commentaries* II 443, mit Hinweis auf Inst. 3. 13. 2 in Anm. g).

¹⁶⁶ S. H. COING, Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft (1968) bes. 7 ff.; DERS., Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet, in: *Ius Commune* I (1967) 7 ff., bes. 13.

¹⁶⁷ S. o. bei Anm. 147.

¹⁶⁸ COING, *Schrifttum* 20.

¹⁶⁹ S. o. V., bes. Anm. 59 ff.

Darstellungszwecke. Ihr Umgang mit den Texten des *civil law* steht daher nicht unter dem Anspruch, diesen als geltenden Normen bzw. Erkenntnisquellen umfassend gerecht zu werden; da weder auf historische noch systematische Zusammenhänge besonders Wert gelegt wird, fügen sich genuin englische Rechtsanschauungen und Vokabeln des *civil law* zu Konglomeraten, an denen der kontinentale Jurist oft mehr aus seinem Erbe zu entdecken geneigt ist, als tatsächlich in das *common law* Eingang gefunden hat.

X. Anhang¹⁷⁰

(1663) Pillans and Rose versus Van Mierop and Hopkins. Tuesday, 30 April 1765.

On Friday 25th of January last, Mr. Attorney General Norton, on behalf of the plaintiffs, moved for a new trial. He moved it as upon a verdict against evidence: the substance of which evidence was as follows.

One White, a merchant in Ireland, desired to draw upon the plaintiffs, who were merchants at Rotterdam in Holland, for 800l. payable to one Clifford; and proposed to give them credit upon a good house in London, for their reimbursement; or any other method of reimbursement.

(1664) The plaintiffs, in answer, desired a confirmed credit upon a house of rank in London; as the condition of their accepting the bill. White names the house of the defendants, as this house of rank; and offers credit upon them. Whereupon the plaintiffs honoured the draught, and paid the money; and then wrote to the defendants Van Mierop and Hopkins, merchants in London, (to whom White also wrote, about the same time,) desiring to know „whether they would accept such bills as they, the plaintiffs, should, in about a month's time, draw upon the said Van Mierop's and Hopkin's house here in London, for 800l. upon the credit of White:" and they, having received their assent, accordingly drew upon the defendants. In the interim, White failed, before the draught came to hand, or was even drawn; and the defendants gave notice of it to the plaintiffs, and forbid their drawing upon them. Which they, nevertheless, did: and therefore the defendants refused to pay their bills.

On the trial, a verdict was found for the defendants.

Upon shewing cause, of Monday 11th February last, it turned upon the several letters that had respectively passed between the plaintiffs, and defendants, and White. The letters were read: 1st. Those¹⁷¹ from White and Co. in Ireland, to the plaintiffs in Holland; (by which it appeared

¹⁷⁰ Der hier abgedruckte Text von *Pillans v. Van Mierop* entspricht in Orthographie, Interpunktion, Absatzgliederung und Seitenabfolge (Zahlen in Klammern) Burrows Reports of Cases, vol. 3 (1771) 1663 – 1675. Die Anmerkungen sind im Original nicht durchnummeriert. Außerdem weist der ursprüngliche Text einen häufigen Wechsel von Kursiv- und Normaldruck auf, der aber inhaltlich so belanglos erscheint, daß er (mit Ausnahme der zitierten Fälle) hier ebensowenig wiedergegeben wird wie die altertümliche Großschreibung vieler Worte.

¹⁷¹ Dated 16th Feb. 1762.

that Pillans and Rose had then accepted the bills drawn upon them by White, payable to Clifford;) then those of the plaintiffs to the defendants; and also White's to the defendants; then those of the defendants to the plaintiffs,¹⁷² agreeing to honour their bill drawn on account of White; the letter from the defendants to the plaintiffs, informing „them that White had stopt payment,” and desiring them not to draw, as they could not accept their draught; and lastly, that which the plaintiffs wrote to the defendants, „that they should draw on them, holding them not to be at liberty to withdraw from their engagement.”

The counsel for the defendants were Mr. Serjeant Davy and Mr. Wallace. They observed that the plaintiffs had given credit to White, above a month before the defendants had agreed to accept their draught. For it appears by White's letter of 16th February 1762, that Pillans and Rose had then actually accepted Clifford's bills: but Van Mierop and Hopkins did not agree to honour their draughts till 19th of March 1762. Therefore the consideration was past and done, before their promise was made. And they argued and principally insisted, that for one man to undertake „to pay another man's debt,” was a void (1665) undertaking; unless there was some consideration for such undertaking: and that a mere general promise, without benefit to the promiser, or loss to the promisee, was a nudum pactum. And they cited 1 Bulstr. 120. *Thorner v. Field*. Dyer 272. pl. 31. *Hunt v. Bate*. 2 Vern. 224, 225. *Cecil et Al' v. Earl of Salisbury*. 1 Ro. Abr. 11. pl. 1. letter Q. „consideration executed.” Yelv. 40, 41. and 2 Strange, 933. *Hayes v. Warren*; where a past consideration was holden insufficient to raise an assumpsit.¹⁷³

The counsel for the plaintiffs were Mr. Attorney General, Mr. Walker and Mr. Dunning. They denied this to be a past consideration; and insisted, that the liberty given to the plaintiffs, „to draw upon a confirmed house in London,” (which was prior to the undertaking by the defendants,) was the consideration of the credit given by the plaintiffs to White's draughts; and that this was a good and sufficient consideration for the undertaking made by the defendants. It relates back to the original transaction.

If any one promises to pay for goods delivered to a third person; such promise, being in writing, is a good one. And here White had had 800l. from the plaintiffs, upon this assurance: and the defendants undertake in writing, in pursuance and completion of this original assurance, to be

¹⁷² Dated 19th March 1762.

¹⁷³ See, likewise, Hardres 72, 73, 74.

answerable for White's reimbursing the plaintiffs. And a promise in writing is out of the statute.

This case does not fall within those that have been cited; for Van Mierop and Hopkins have made themselves originally liable. An *ex post facto* event cannot alter the nature of an original promise. Their original promise made them liable, and bound them. And they are obliged, both by law, and in honour and honesty, to perform it.

It is a mercantile transaction: and it must be considered, upon the whole of it, as an admittance „that the defendants either had or soon would have effects of White's in their hands.”

Lord Mansfield – The objection is, „that the letter whereby Van Mierop and Hopkins undertake to honour the plaintiffs' bills, is *nudum pactum*.” The other side deny it.

This is the only question, here.

But this is quite different from what passed at the trial: the *nudum pactum* was not mentioned at that time. The grounds (1666) it was argued upon there, were, 1st. that this imported to be a credit given to Pillans and Rose, in prospect of a future credit to be given by them to White; and that this credit might well be countermanded before the advancement of any money: and this is so. 2dly. that there was a fraud: for that Van Mierop and Hopkins had reason to think that White had sent goods to Pillans and Rose; whereas this was a mere lending of credit. 3dly. that if Pillans and Rose had received goods from White, and retained them till he failed, the defendant's undertaking was revocable.

I was then of opinion, that Van Mierop and Hopkins were bound by their letter; unless there was some fraud upon them: for that they had engaged under their hands, in a mercantile transaction, „to give credit for Pillans and Rose's reimbursement.” And I did not see it to be future, as had been objected: nor did I see any fraud. And nothing was then urged about it's being *nudum pactum*.

I have no idea, that promises „for the debt of another”, are applicable to the present case.

This is (as Mr. Walker said) a mercantile transaction; and it depends upon these letters from merchant to merchant about honouring bills, to such an amount: and this credit is given upon a supposition „that the person who is to draw upon the undertakers within a certain time, has goods in his hands, or will have them.” Here, Pillans and Rose trusted to this undertaking: and there is no fraud. Therefore it is quite upon another foundation than that of a naked promise from one, „to pay the debt of another.”

Mr. Justice Wilmot – I own, the want of consideration, at first, occurred to me. But I now am satisfied, that this case has nothing to do with the cases of undertakings by one „to pay the debt of another.” In those cases, it is settled, „that where the consideration is past, the action will not lie:” and yet this seems a hard case. The mere promise „to pay the debt of another,” without any consideration at all, is nudum pactum: but the least spark of a consideration will be sufficient. It seems almost implied, that there must be some consideration: but if there be none at all, it is nudum pactum. The statute must mean such a special promise as would have supported an action.

But all this is out of the present case. So also, I think, is all the precedent correspondence.

(1667) It lies in a narrow compass.

White, Pillans and Rose, and Van Mierop and Hopkins had all a correspondence together: they have intercourse together, mutually, in mercantile transactions. Pillans and Rose write to Van Mierop and Hopkins, to know „whether they will honour their draughts for 800l. in about a month’s time.” They say, „they will.” Now it strikes me (as Mr. Walker said) that it admits „that they either have assets or effects of White’s in their hands,” or „that they have credit upon him.” Now by this undertaking of a good house in London, and relying upon it, they are deluded and diverted from using any legal diligence to pursue White, or even not to part with any effects of his which they might have in their hands. Therefore this seems to be an irrevocable undertaking by Van Mierop and Hopkins: and they ought to be bound by it. Consequently, there ought to be a new trial.

Lord Mansfield – A letter of Credit may be given as well for money already advanced, as for money to be advanced in future.

Let it be argued again the next term: and you shall have the opinion of the whole court.

Ulterius Concilium.

Yesterday, this matter accordingly came on again; and was argued by Mr. Wallace, for the defendant; and by the same counsel as argued last term, for the plaintiffs.

The latter repeated and enforced their arguments. They said the consideration moved from White to the defendants; not from the plaintiffs Pillans and Rose, to the defendants: and as the defendants have undertaken for White, they can’t revoke or retract their engagement.

This case is not like the cases cited: some of which are strange cases, and not founded on solid or sufficient reasons; and in others of them,

there was no meritorious consideration at all. And Mr. Walker cited Hardres 71. *Reynolds v. Prosser*; where the consideration was adjudged sufficient, notwithstanding all the reasoning of Sir Thomas Hardres, and all the cases cited by him. That was an assumpsit by a stranger, in consideration that the plaintiff would forbear to prosecute Lord Abergavenny upon a judgment, in the name of the original plaintiff, by virtue of a letter of attorney „to receive it to his own use.”

(1668) Serjeant Davy was heard, this morning, on behalf of the defendants; and urged, that the plaintiffs gave credit to White, upon his promising to reimburse them: and he said, there was a fraudulent concealment of facts.

White's first letter could have no influence on the plaintiffs. For they afterwards desired a confirmed credit upon a house of rank in London: so that they did not rely on White's first letter which offered credit on the defendants, or any other method of reimbursement. And nothing had then passed between White and the defendants. For the first letter between them was on the 16th of February (a fortnight after:) and then the defendants were deceived into a false opinion „that it was for a future credit, and not to secure a past acceptance of White's bills by the plaintiffs.” And this concealment of circumstances is sufficient to vitiate the contract. The plaintiffs had accepted a bill of 800l. of White's, a fortnight before the defendants' letter of 16th of February: which bill the plaintiffs had accepted upon assurance of credit on a house in London, to reimburse them. And this transaction was fraudulently concealed, both by White and the plaintiffs, from the defendants. If this had been disclosed, the defendants would have plainly seen „that the plaintiffs doubted of White's sufficiency;” by their requiring further security for his already contracted debt.

All letters of credit relate to future credit; not to debts before incurred: nor can the advancer of money thereupon, include an old debt before incurred.

A bill can not be accepted before it is drawn. This is only a promise to accept: for it is only a promise „to honour the bill;” not a promise „to pay for it.”

A promise „to pay a past debt of another person” is void at common law, for want of consideration; unless there be at least an implied promise from the debtee „to forbear suing the original debtor.” But here was a debt clearly contracted by White with the plaintiffs on the credit of White: and there is no promise from the plaintiffs „to forbear suing

White." A naked promise is a void promise: the consideration must be executory, not past or executed.

Lord Mansfield asked, if any case could be found, where the undertaking holden to be a nudum pactum was in writing.

(1669) Serjeant Davy – It was antiently doubted „whether a written acceptance of a bill of exchange was binding, for want of a consideration." It is so said, somewhere in Lutwyche.

Lord Mansfield – This is a matter of great consequence to trade and commerce, in every light.

If there was any kind of fraud in this transaction, the collusion and mala fides would have vacated the contract. But from these letters, it seems to me clear, that there was none. The first proposal from White, was „to reimburse the plaintiffs by a remittance, or by credit on the house of Van Mierop": this was the alternative he proposed. The plaintiffs chose the latter. Both the plaintiffs and White wrote to Van Mierop and Company. They answered „that they would honour the plaintiffs draughts." So that the defendants assent to the proposal made by White, and ratify it. And it does not seem at all, that the plaintiffs then doubted of White's sufficiency, or meant to conceal any thing from the defendants.

If there be no fraud, it is a mere question of law. The law of merchants, and the law of the land, is the same: a witness can not be admitted, to prove the law of merchants. We must consider it as a point of law. A nudum pactum does not exist, in the usage and law of merchants.

I take it, that the ancient notion about the want of consideration was for the sake of evidence only: for when it is reduced into writing, as in covenants, specialties, bonds, &c.,¹⁷⁴ there was no objection to the want of consideration. And the Statute of Frauds proceeded upon the same principle.

In commercial cases amongst merchants, the want of consideration is not an objection.

This is just the same thing as if White had drawn on Van Mierop and Hopkins, payable to the plaintiffs: it had been nothing to the plaintiffs, whether Van Mierop and Co. had effects of White's in their hands, or not; if they had accepted his bill. And this amounts to the same thing: – „I will give the bill due honour," is, in effect, accepting it. If a man agrees, „that he will do the formal part," the law looks upon it (in the case of an

¹⁷⁴ V. ante, p. 1639.

acceptance of a bill) as if actually done. This is an engagement „to accept the bill, if there was a necessity to accept it; and to pay it, when due:” and they could not afterwards retract. It would be very destructive to trade, and to (1670) trust in commercial dealing, if they could. There was nothing of *nudum pactum* mentioned to the jury; nor was it, I dare say, at all in their idea or contemplation.

I think the point of law is with the plaintiffs.

Mr. Justice Wilmot – The question is „whether this action can be supported, upon the breach of this agreement.”

I can find none of those cases that go upon its being *nudum pactum*, that are in writing; they are all, upon *parol*.

I have traced this matter of the *nudum pactum*: and it is very curious.

He then explained the principle of an agreement being looked upon as a *nudum pactum*; and how the notion of a *nudum pactum* first came into our law. He said, it was echoed from the civil law: – „*ex nudo pacto non oritur actio*.” Vinnius gives the reason, in lib. 3. tit. De Obligationibus, 4to edition, 596. If by stipulation, (and à fortiori, if by writing,) it was good without consideration. There was no radical defect in the contract, for want of consideration. But it was made requisite, in order to put people upon attention and reflection, and to prevent obscurity and uncertainty: and in that view, either writing or certain formalities were required. *Idem*, on Justinian, 4to edit. 614.

Therefore it was intended as a guard against rash inconsiderate declarations: but if an undertaking was entered into upon deliberation and reflection, it had activity; and such promises were binding. Both Grotius and Puffendorff, hold them obligatory by the law of nations. Grot. lib. 2. c. 11. De Promissis. Puffend. lib. 3. c. 5. They are morally good; and only require ascertainment. Therefore there is no reason to extend the principle, or carry it further.

There would have been no doubt upon the present case, according to the Roman law; because here is both stipulation (in the express Roman form) and writing.

Bracton (who wrote¹⁷⁵ temp. Hen. 3) is the first of our lawyers that mentions this. His writings interweave a great many things out of the Roman law. In his third book cap. 1. De Actionibus, he distinguishes between naked and clothed contracts. He says that „*obligatio est mater actionis*,” and that it may arise *ex contractu, multis modis; sicut ex con-*

¹⁷⁵ Sub ultima tempora Regis H. 3.

ventionem &c; (1671) sicut sunt pacta, conventa, quae nuda sunt aliquando, aliquando vestita, &c, &c.

Our own lawyers have adopted exactly the same idea as the Roman law.¹⁷⁶ Plowden 308.b. in the case of *Sherington and Pledal v. Strotton and Others*, mentions it: and no one contradicted it. He lays down the distinction between contracts or agreements in words (which are more base,) and contracts or agreements in writing, (which are more high;) and puts the distinction upon the want of deliberation in the former case, and the full exercise of it in the latter. His words are the marrow of what the Roman lawyers had said. „Words pass from men lightly:” but where the agreement is made by deed, there is more stay; &c &c. For, first, there is &c &c; and, thirdly, he delivers the writing as his deed. „The delivery of the deed is a ceremony in law, signifying fully his good will that the thing in the deed should pass from him who made the deed, to the other. And therefore a deed, which must necessarily be made upon great thought and deliberation, shall bind, without regard to the consideration.”

The voidness of the consideration is the same, in reality, in both cases: the reason of adopting the rule was the same, in both cases; though there is a difference in the ceremonies required by each law. But no inefficacy arises merely from the naked promise.

Therefore, if it stood only upon the naked promise, it's being, in this case, reduced into writing, is a sufficient guard against surprize: and therefore the rule of nudum pactum does not apply in the present case.

I can not find, that a nudum pactum evidenced by writing has been ever holden bad: and I should think it good; though where it is merely verbal, it is bad. Yet I give no opinion upon it's being good, always, when in writing.

Many of the old cases are strange and absurd: so also are some of the modern ones; particularly, that of *Hayes v. Warren*.¹⁷⁷

It is now settled, „that where the act is done at the request of the person promising, it will be a sufficient foundation to graft the promise upon.”

¹⁷⁶ This, probably, was Plowden's own argument. I suppose, he was himself that apprentice of the Middle Temple who argued for the defendants.

¹⁷⁷ V. 2 Sir J.S. 933. I have a very full note of this case. The reason of the reversal of the judgment was, „that it did not appear by the declaration, to be either for the benefit, or at the request of the defendant.”

(1672) In another instance, the strictness has been relaxed: as for instance,¹⁷⁸ burying a son; or¹⁷⁹ curing a son; the considerations were both past; and yet holden good. It has been melting down into common sense, of late times.

However, I do here see a consideration. If it be a departure from any right, it will be sufficient to graft a verbal promise upon. Now here, White, living in Ireland, writes to the plaintiffs „to honour his draught for 800l.¹⁸⁰ payable ten weeks after.” The plaintiffs agree to it, on condition that they be made safe at all events. White offers good credit on a house in London; and draws: and the plaintiffs accept his draught. Then White writes to them, „to draw on Van Mierop and Hopkins:” to whom the plaintiffs write, „to inquire if they will honour their draught:” they engage „that they will.” This transaction has prevented, stopt, and disabled the plaintiffs from calling upon White, for the performance of his engagement. For, White’s engagement is complied with: so that the plaintiffs could not call upon him for this security. I do not speak of the money: for, that was not payable thill after two usances and a half. But the plaintiffs were prevented from calling upon White for a performance of his engagement „to give them credit on a good house in London, for reimbursement:” so that here is a good consideration. The law does not weigh the quantum of the consideration. The suspension of the plaintiffs’ right „to call upon White for a compliance with his engagement” is sufficient to support an action; even if it be a suspension of the right, for a day only, or for ever so little a time.

But to consider this as a commercial case. All nations ought to have their laws conformable to each other, in such cases. *Fides servanda est: simplicitas juris gentium praevaleat.* Hodierni mores are such, that the old notion about the *nudum pactum* is not strictly observed, as a rule.

On a question of this nature, „whether by the law of nations, such an engagement as this shall bind – ”; the law is to judge.

The true reason why the acceptance of a bill of exchange shall bind, is not on account of the acceptor’s having or being supposed to have effects in hand; but for the convenience of trade and commerce. *Fides est servanda.* An acceptance for the honour of the drawer, shall bind the acceptor: so shall a verbal acceptance. And whether this be an actual acceptance, or an agreement to accept, it ought equally to bind. An

¹⁷⁸ Church and Church’s case; cited in Raym. 260.

¹⁷⁹ V. 2 Leon. 111.

¹⁸⁰ For, between Ireland and Holland, each usance is one month.

agreement (1673) „to accept a bill to be drawn in future” would (as it seems to me) by connexion and relation, bind, on account of the antecedent relation. And I see no difference between it's being before or after the bill was drawn. Here was an agreement sufficient to bind the defendants to pay the bill: agreeing „to honour it,” is agreeing to pay it.

I see no sort of fraud. It rather seems as if the defendants had effects of White's in their hands. And it does not appear to me, that the defendants would not have honoured the plaintiffs draughts, even though they had known that it was future credit.

But whether the plaintiffs or the defendants had effects of White's in their hands, or not; we must determine on the general doctrine.

And I am of opinion, that there ought to be a new trial.

Mr. Justice Yates was of the same opinion. He said it was a case of great consequence to commerce: and therefore he would give both his opinion and his reasons.

The arguments on the side of the defendants terminate in it's being a nudum pactum, and therefore void.

This depends upon two questions.

1st. question – „Whether this be a promise without a consideration.”

2d. question – If it is, then „whether this promise shall not be binding, of itself, without any consideration.”

First – The draught drawn by White on the plaintiffs, payable to Clifford, is no part of the consideration of the undertaking by the defendants. The draught payable to Clifford is never mentioned to the defendants. They are asked „whether they will answer a draught from the draught on them.”

Whether the defendants had or had not effects of White's in their hands, is immaterial.

Any¹⁸¹ damage to another, or suspension or forbearance of his right, is a foundation for an undertaking, and will make (1674) it binding; though no actual benefit accrues to the party undertaking.

Now here, the promise and undertaking of the defendants did occasion a possibility of loss to the plaintiffs. It is plain that the plaintiffs would not rely on White's assurance only; but wrote to the defendants, to know if they would accept their draughts. The credit of the plaintiffs might have been hurt, by the refusal of the defendants to accept White's bills. They were or might have been prevented from resorting to him, or

¹⁸¹ V. *Coggs v. Bernard*, 2 Ld. Raym. 919.

getting further security from him. It comes within the cases of promises, where the debtee forbears suing the original debtor.

Second question – Whether, by the law of merchants, this contract is not binding on the defendants; though it was without consideration.

The acceptance of a bill of exchange is an obligation to pay it: the end of their institution, their currency, requires that it should be so. On this principle, bills of exchange are considered, and are declared upon as special contracts; though legally, they are only simple contracts: the declaration sets forth the bill and acceptance specifically; and that there by the defendants, by the custom of merchants, became liable to pay it.

This agreement „to honour their bill” was a virtual acceptance of the bill. An acceptance needs not be upon the bill itself: it may be by collateral writing. *Wilkinson v. Lutwidge*, 1 Strange 648.

A promise „to accept” is the same as an actual acceptance. And a small matter amounts to an acceptance: and so says Molloy, lib. 2. c. 10. § 20. And an acceptance will bind, though the acceptor has no effects of the drawer in his hands; and without any consideration. *Symons v. Parminster*,¹⁸² Hil. 1747. 21 G.2. B. R. And a bill accepted for the honour of the drawer, will also bind.

Then he applied these positions to the present case. It was an acceptance of this very draught, by relation and connexion; though the bill was not then drawn by the plaintiffs on the defendants.

But even if it did not amount to an actual acceptance, yet it would equally bind the defendants: they would be equally obliged to perform the effect of their undertaking.

(1675) The plaintiffs apprized the defendants of their intention to draw; and the defendants promised „to honour their draught:” and the plaintiffs, of course, would regulate their conduct accordingly.

Therefore, upon the whole circumstances of this transaction, 1st. there is a consideration: and 2dly. if there was none; yet, in this commercial case, the defendants would be bound.

Mr. Justice Aston – I am of opinion „that there ought to be a new trial.”

If there be such a custom of merchants as has been alledged, it may be found by a jury: but it is the court, not the jury, who are to determine the law.

¹⁸² This was on a motion in arrest of judgment. The judgment was affirmed (ex parte) in Dom. Proc. with 100l. costs, upon or soon after 20th Feb. 1748.

This must be considered as a commercial transaction; and is a plain case. The defendants have undertaken „to honour the plaintiffs' draught." Therefore they are bound to pay it.

This can not be called a nudum pactum. The answer returned by the defendants is an admission of „having effects of White's in their hands," if that were necessary. And after this promise „to accept," (which is an implied acceptance) they might have applied any thing of White's that they had in hands, to this engagement; even though White had drawn other bills upon them in the interim. The defendants voluntarily engaged to the plaintiffs: and they could not recede from their engagement.

As to it's being a nudum pactum (which matter has been already so well explained –) if there be turpitude or illegality in the consideration of a note, it will make it void, and may be given in evidence: but here nothing of that kind appears, nor any thing like fraud in the plaintiffs. Here was full notice of all the facts; a clear apprehension of them by the defendants; a question put to them, „whether they would accept"; and their answer, „that they would."

Upon the whole, he concurred, „that an action well lay for the plaintiffs against them; and that the plaintiffs ought to recover."

By the court, unanimously,

the rule „to set aside the verdict and for a new trial," was made absolute.