

# Selbstverpflichtung durch Verträge

## *Contract as Promise* von Charles Fried

Humpert, Charlotte\*

### ZUSAMMENFASSUNG

„*Contract as Promise*“ ist ein klassisches Werk zum Vertragsrecht im *Common Law*. Anlässlich des Versterbens von Charles Fried Anfang des Jahres 2024 wird seine für den angloamerikanischen Rechtsraum prägende Theorie zunächst in ihren Kernaussagen nachgezeichnet, sodann in die zeitgenössische Debatte eingeordnet und schließlich aus aktuellem Blickwinkel neu beurteilt werden. Aus deutscher Perspektive auf das *Common Law* blickend will der Artikel einen Eindruck davon vermitteln, wie sich Frieds Ansatz bereits zu Lebzeiten des Autors zu einem Klassiker entwickeln konnte.

**Keywords** Vertragstheorie; Charles Fried; Rechtstheorie; Common Law

### A. Einleitung

Warum halten wir uns an Verträge? Diese Frage spielt in der juristischen Ausbildung oft keine zentrale Rolle. An Verträge hat man sich zu halten. Doch worin man den Verpflichtungsgrund von Verträgen sieht, ist wegweisende Grundentscheidung eines jeden Rechtssystems.

Für Charles Fried (1935–2024), einem bedeutenden Vertragstheoretiker im *Common Law*, liegt der Ursprung vertraglicher Verpflichtung im Prinzip des Versprechens, dem *promise principle*. In seinem 1981 erschienenen Werk "*Contract as Promise*" beschreibt Fried, wie das gesamte Vertragsrecht auf der Kraft dieses Versprechens fußt. Anlässlich seines kürzlichen Versterbens soll auf Frieds Beitrag zur rechtstheoretischen Kernfrage nach dem Verpflichtungsgrund von Verträgen zurückgeblendet werden.

Um Frieds Ansichten besser einordnen zu können, folgt zunächst ein knapper Überblick über die wissenschaftlichen Strömungen, in deren Kontext *Contract as Promise* erschien. Sodann wird *Contract as Promise* in seinen wesentlichen Zügen dargestellt, anschließend werden die wichtigsten Kritiklinien aus der Sekundärliteratur nachgezeichnet.

Mit einigen Kritikpunkten hat sich Fried in den Jahren nach dem ersten Erscheinen des Buchs nochmal beschäftigt, mitunter sogar seine Meinung geändert. Sein in die zweite Auflage von 2015 neu aufgenommenes Kapitel „*Contract as Promise in the Light of Subsequent Scholarship – Especially Law and Economics*“ fasst diese Weiterentwicklung seiner Ideen zusammen.

Zuletzt stellt sich aus heutiger Perspektive die Frage, wie sehr sich die Ansichten Frieds auch vor dem Hintergrund aktueller gesellschaftlicher Realitäten noch behaupten können. Ausgehend von einer Studie zur Bereitschaft von Verbrauchern, sich mit dem Vertragstext von Standardverträgen auseinanderzusetzen,<sup>1</sup> kommen Bedenken auf. Kann ein Versprechen auch seine verpflichtende Wirkung auslösen, wenn eine Partei sich dem Inhalt ihres Versprechens gar nicht bewusst ist?

### B. Die Grundströmungen in der Rechtswissenschaft des *Common Law*

Zuerst werden die wichtigsten dogmatischen Strömungen in der Rechtswissenschaft des *Common Law* abstrakt vorgestellt.

#### I. Traditioneller Formalismus

Bis zum 19. Jahrhundert war die Rechtswissenschaft des *Common Law* stark formalistisch geprägt. Man betrachtete das Recht als eine Wissenschaft, die vor allem von logischer Induktion und klaren Prinzipien geprägt wird. Diese Tendenzen schlugen sich auch im Verständnis des Vertragsrechts (*Contract Law*) nieder. Die Frage, ob ein Vertrag zustande gekommen sei und ob er rechtlich durchgesetzt werden könne (*enforceability*), wurde formalistisch beurteilt: Durch gegenseitiges Einvernehmen entsteht ein Vertrag, und wenn dieser auch gegenseitige Leistungen beinhaltet (*consideration*), so kann er juristisch durchgesetzt werden. Er genießt *enforceability*.<sup>2</sup> Ein besonderes Kennzeichen des strengen Formalismus ist es, dass die rechtlichen Wertungen wegen der Methodik des *Case Law* wenig nuanciert ausfallen. Ein bereits entschiedener Fall kann als Präzedenzfall auf den zu untersuchenden Fall nur übertragbar sein, oder eben nicht. Ein differenzierter Interessenausgleich wird schwer: „*Under the formalist regime, outcomes had been determined by categorizing cases*“

\* Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Bei dem Beitrag handelt es sich um die gekürzte Version einer Seminararbeit für den Schwerpunktbereich „Grundlagen des Rechts“, die in einem Seminar über „Die Selbstverpflichtung durch Verträge in historischer, vergleichender und theoretischer Perspektive“ bei Herrn Prof. Dr. Gregor Albers entstanden ist. Die Autorin dankt ihm insbesondere für die nochmalige Durchsicht und die wertvollen Anmerkungen zu diesem Beitrag.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

**Zitieren als:** Humpert, Selbstverpflichtung durch Verträge, FraLR 2024 (02), S. 53-60. DOI: 10.21248/gups.87026

<sup>1</sup> Bakos/Marotta-Wurgler/Trossen, J. Leg. Stud. 2014, Vol. 43, 1.

<sup>2</sup> Spann, Ann. Surv. Am. L. 1988, 223 (226).

– either a case fell into one category or it fell into another; there was no middle ground.“<sup>3</sup>

## II. Legal Realism

Anfang des 20. Jahrhunderts wuchs jedoch zunehmende Skepsis gegenüber diesen starren Strukturen und unflexiblen Lösungsansätzen heran. Es bildete sich eine neue Strömung, der *Legal Realism*. Seine Vertreter wollten erstmals auch sozialwissenschaftliche Erkenntnisse für die Rechtswissenschaft fruchtbar machen und bemühten sich um pragmatische Lösungen für juristische Probleme. Die Konsequenzen von Entscheidungen für die reale Welt sollten offen in den Prozess der Rechtsfindung einbezogen werden. Es mehrten sich außerdem Bedenken, ob die Entscheidungsfindung in der Justiz wirklich so frei von äußeren Einflüssen sei, wie von den Formalisten konstatiert. In Bezug auf das Vertragsrecht zeigte sich der Einfluss der *Legal Realists* vor allem in der Auslegung: Erstmals sollen auch Umstände über den Wortlaut hinaus berücksichtigt werden. Zudem wurde ein offener Interessenausgleich angestrebt.<sup>4</sup> Der Vertrag wird als wirtschaftliche Option gesehen. Sofern eine Partei bereit ist, die Konsequenzen zu tragen, steht es ihr frei, ihn zu brechen.<sup>5</sup>

## III. Critical Legal Studies

Die sogenannten *Critical Legal Studies* gingen gegen Ende des 20. Jahrhunderts in ihrer von den Legal Realists vorbereiteten Kritik noch wesentlich weiter. Die Bewegung wird von Allan Hutchinson und Patrick Monahan als ein „full frontal assault on the edifice of modern jurisprudence“<sup>6</sup> beschrieben. Duncan Kennedy, selbst einer der prominentesten Vertreter<sup>7</sup> dieser Bewegung, beschreibt sie als eine Strömung, die sich erstmals sowohl der Theorie wie auch der Praxis verpflichtet fühlt und eine radikale [politische] Linke hervorbringen möchte, in einem Bereich, in dem bis dato immer nur der Status quo auf unterschiedliche Weise neu legitimiert werden sollte.<sup>8</sup> Die Bewegung ist bemüht, grundsätzlich skeptisch auf bestehende Rechtstraditionen zu blicken (*rule skepticism*). Sie argumentiert, dass das Recht gerade nicht neutral oder objektiv sei, sondern vielmehr von gesellschaftlichen Machtstrukturen geprägt und von diesen durchsetzt sei.<sup>9</sup> Im Bereich des Vertragsrechts hinterfragt sie die Vorstellung von Verträgen als rein freiwilligen und autonomen Vereinbarungen zwischen gleichberechtigten Parteien.<sup>10</sup>

## IV. Law and Economics

Die letzte und jüngste Bewegung ist die *Law and Economics*-Perspektive. Sie entstand in den 1960er Jahren und basiert auf der Anwendung wirtschaftlicher Prinzipien und Methoden für juristische Fragestellungen. Im Kern geht es um eine effiziente Verteilung von Ressourcen und die Gestaltung rechtlicher Regeln mit dem Ziel der gesamtgesellschaftlichen Wohlstandsmaximierung.<sup>11</sup> Ein besonders wichtiges Werk ist das Buch „*Economic Analysis of Law*“ von Richard Posner. Ein zunächst revolutionärer, inzwischen jedoch in der Bewegung allgemein akzeptierter Ansatz ist die Theorie des *efficient breach*.<sup>12</sup> Sie besagt, dass es möglich, sogar sinnvoll sei, einen *breach of contract* einzugehen, wenn dieser es ermöglicht, dass Ressourcen produktiver eingesetzt werden können.

Solange die Kompensation über den hierdurch ausgelösten Ersatzanspruch den Wert der Leistung angemessen widerspiegeln, sei ein solcher Grundsatz effizient. Er führe sogar ein besseres Resultat herbei, schließlich erhalte der Geschädigte das finanzielle Äquivalent der Leistung und stehe damit gleich wie bei Erfüllung, während die vertragsbrechende Partei sich sogar besserstelle. Insgesamt könne so ein größerer Mehrwert generiert werden als bei Erfüllung eines ineffizienten Vertrags.<sup>13</sup>

## C. Contract as Promise

Fried wählt einen anderen Ansatz zur Erklärung der Verbindlichkeit von Verträgen. Im Folgenden sollen die wichtigsten Aspekte seiner Theorie zusammengefasst werden. Die Wiedergabe konzentriert sich auf die Inhalte, die für die rechtstheoretische Ausrichtung Frieds von besonderer Relevanz sind.

### I. Die moralische Kraft des Versprechens

In einem ersten Schritt auf dem Weg zur Vertragsbegründung durch Versprechen leitet Fried die moralische Verbindlichkeit von Versprechen her. „It is a first principle of liberal political morality that we be secure in what is ours – so that our persons and property not be open to exploitation by others, and that from a sure foundation we may express our will and expend our powers in the world“.<sup>14</sup>

Frieds Moralverständnis ist geprägt von klassisch-liberalem Individualismus. Er bezieht sich explizit auf David Hume als ideengeschichtliches Vorbild seiner Sicht auf die Gesellschaft.<sup>15</sup> Im Ausgangspunkt müsse dem Einzelnen zunächst alles verfügbar sein. Das Einzige, was nicht zur Verfügung stehe, seien andere Menschen. Da diese aber einen Teil der Außenwelt darstellen, in der individuelle Freiheit ausgelebt wird, schränke die Tatsache, dass auf andere Menschen kein Zugriff bestehe, die individuelle Freiheit drastisch ein.<sup>16</sup>

Fried hält in dieser Angelegenheit eine moralische Entdeckung Immanuel Kants für entscheidend: Es seien keine Zwänge oder die Hoffnung auf die Gunst anderer nötig, um eine Person dazu zu bewegen, sich in den Dienst einer anderen zu stellen. Allein über die Moral könne gewährleistet werden, dass eine Person aktiv den

<sup>3</sup> Spann, Ann. Surv. Am. L. 1988, 223 (228).

<sup>4</sup> Spann, Ann. Surv. Am. L. 1988, 223 (228).

<sup>5</sup> Holmes, Harv. L. Rev. 1897, Vol. 10, 457 (462).

<sup>6</sup> Hutchinson/Monahan, Stan. L. Rev. 1984, Vol. 36, 199 (199).

<sup>7</sup> Sein Aufsatz „Form and Substance in Private Law Adjudication“ wurde zu einem der Schlüsselbeiträge innerhalb der *Critical Legal Studies*: Kennedy, Harv. L. Rev. 1976, Vol. 89, 1685 (1685 ff.).

<sup>8</sup> Kennedy, Indus. Rel. L. J. 1981, Vol. 3, 503 (506).

<sup>9</sup> Unger, Harv. L. Rev. 1983, Vol. 96, 561 (564 ff.).

<sup>10</sup> Unger, Harv. L. Rev. 1983, Vol. 96, 561 (625 ff.).

<sup>11</sup> Posner (2011), *Economic Analysis of Law*, 8. Aufl., S. 3 ff.

<sup>12</sup> Erstmals vorgeschlagen wurde der Ansatz in: Birmingham, Rutgers L. Rev. 1970, Vol. 24, 273. Die Benennung stammt von: Goetz/Scott, Colum. L. Rev. 1977, Vol. 77, 554.

<sup>13</sup> Goetz/Scott, Colum. L. Rev. 1977, Vol. 77, 554 (558 f.).

<sup>14</sup> Fried (2015), *Contract as Promise*, 2. Aufl., S. 7.

<sup>15</sup> Fried, S. 1, 15; verweist auf: Hume (1978), *A Treatise of Human Nature*, S. 526 ff.

<sup>16</sup> Fried, S. 8.

Zwecken einer anderen diene.<sup>17</sup> Das Vertrauen hierin ergebe sich allein daraus, dass die andere Person das Richtige und nicht bloß das Vernünftige tun werde. So könne der Einzelne seinen Willen in der Welt auch mit der Hilfe anderer umsetzen, ohne dass diese in ihrer Freiheit eingeschränkt seien.<sup>18</sup>

Am stärksten könne Vertrauen durch den Ausspruch eines Versprechens in Anspruch genommen werden. Durch die Abgabe eines Versprechens werde es dem Versprechensempfänger ermöglicht, auf die Erfüllung zu vertrauen, und so seinen individuellen Wirkungsradius unter Zuhilfenahme dieser Person zu erweitern.<sup>19</sup> „By promising we transform a choice that was morally neutral into one that is morally compelled“.<sup>20</sup>

Fried untersucht genauer, welcher Aspekt des Versprechens die Verbindlichkeit auslöst. Er kommt zu dem Schluss, dass es weder der Vorteil noch das Vertrauen des Empfängers oder die Absichtsbekundung selbst sein können. Ein Versprechen müsse, um im Einzelfall verbindlich zu sein, generell für verbindlich gehalten werden. Diese generelle Annahme werde, wenn man in ihrer Kenntnis bewusst ein Versprechen ausspricht, zur selbsterfüllenden Prophezeiung.<sup>21</sup>

So erklärt sich zunächst aber nur, wie die gesellschaftliche Konvention des Versprechens funktioniert. Offen bleibt, warum der Einzelne sein Versprechen erfüllen sollte. Nicht überzeugend findet Fried die Annahme, dass eine moralische Bindung des Einzelnen aufgrund von Eigeninteresse<sup>22</sup>, externen Sanktionen<sup>23</sup> oder utilitaristischen Erwägungen<sup>24</sup> eintritt.<sup>25</sup> Stattdessen sieht er den Verpflichtungsgrund für den Einzelnen in der Achtung der persönlichen Autonomie des Versprechensempfängers und dem Vertrauen, welches durch das Versprechen bewusst ausgelöst wurde.<sup>26</sup>

Zusammenfassen lässt sich die Argumentation folgendermaßen: Versprechen sind deshalb verbindlich, weil die spezifische Form des Versprechens, welche mit gesellschaftlichem Vertrauen auf die Einhaltung hinterlegt ist, bewusst in Anspruch genommen wird. Anders als eine reine Absichtsbekundung ist das Versprechen moralisch aufgeladen und damit aus sich heraus verbindlich.<sup>27</sup>

## II. Die Verbindlichkeit von Verträgen über die moralische Kraft des Versprechens

Die Verbindlichkeit von Versprechen überträgt Fried in wenigen Worten auf die Verbindlichkeit von Verträgen: „The moralist of duty thus posits a general obligation to keep promises, of which the obligation of contract will only a special case – that special case in which certain promises have attained legal as well as moral force. But since a contract is first of all a promise, the contract must be kept because a promise must be kept“.<sup>28</sup> Mehr schreibt er hierzu nicht.

## III. Consideration

Die klassische *Common Law* Doktrin verlangt für die rechtliche Durchsetzbarkeit von Verträgen die sogenannte *consideration*. Danach bedarf es für einen rechtsverbindlichen

Vertrag nicht nur zwei übereinstimmender Willenserklärungen, getragen von Rechtsbindungswillen, sondern darüber hinaus einer Gegenleistung im erweiterten Sinne.<sup>29</sup> Diese Gegenleistung muss nach der *peppercorn theory* jedoch nicht wertmäßig gleich sein, es reicht bereits eine nominale Gegenleistung (von zum Beispiel einem Pfefferkorn) aus.<sup>30</sup>

Fried erkennt die *theory of consideration* als einen der verbreitetsten Gründe, seine Konzeption vom *promise principle* abzulehnen. Er sieht in ihr jedoch kein Argument gegen seine Ansichten. Vielmehr versucht er über die Darlegung einiger klassischer Fälle die Unstimmigkeit der *consideration doctrine* vorzuführen.<sup>31</sup> Er kommt zu dem Schluss, dass die Doktrin der *consideration* oder die *bargain theory*, wie er sie lieber bezeichnet<sup>32</sup>, keine echte Alternative zu seiner Konzeption darstellt und darüber hinaus selbst ein Versprechen voraussetzt.<sup>33</sup> Damit stellt sich Fried bewusst gegen das geltende positive Recht und wagt die Vorhersage, dass sich die Rechtswissenschaft in der Zukunft um einen alternativen Maßstab bemühen müsse, nach dem zwischen rechtlich verbindlichen und unverbindlichen Verträgen zu unterscheiden sei.<sup>34</sup>

## IV. Die Ersatzfähigkeit von vertraglichen Schadenspositionen

Unter der Überschrift „*What a promise is worth*“ widmet sich Fried der Frage, welches Interesse mittels vertraglichen Schadensersatzes ersetzt werden kann. Denkbar sind grundsätzlich *restitution interest*, *reliance interest* und *expectation interest*.<sup>35</sup> Beim Ersatz nach *restitution interest* wird die tatsächlich erlangte Bereicherung der profitierenden Partei ersetzt. Vergleichbar ist der hiernach ersatzfähige Schaden mit dem Umfang der Bereicherungsansprüche im deutschen Recht. *Reliance interest* umfasst

<sup>17</sup> Fried, S. 8; verweist auf: Kant (1986), *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, S. 64 ff.

<sup>18</sup> Fried, S. 8.

<sup>19</sup> Fried, S. 8.

<sup>20</sup> Fried, S. 8.

<sup>21</sup> Fried, S. 11 f.

<sup>22</sup> Lewis (2002), *Convention: A Philosophical Study*, 2. Aufl.

<sup>23</sup> Hume, S. 516 ff.

<sup>24</sup> Brandt (1979), *A Theory of the Good and the Right*.

<sup>25</sup> Fried, S. 15 f.

<sup>26</sup> Fried, S. 16.

<sup>27</sup> Fried, S. 17.

<sup>28</sup> Fried, S. 17.

<sup>29</sup> Ashley, *Harv. L. Rev.* 1913, Vol. 26, 429 (429), und zuletzt: Häcker, *Causa contractus*, 2022, 323 ff. (326 f.).

<sup>30</sup> Anonym, *Colum. L. Rev.* 1935, Vol. 35, 1090 (1091 ff.).

<sup>31</sup> Fried, S. 30 ff.

<sup>32</sup> Fried, S. 30.

<sup>33</sup> Fried, S. 35, 38.

<sup>34</sup> Fried, S. 39. Die Entwicklung der letzten Jahre gibt Fried in dieser Annahme Recht. Tatsächlich wird die *consideration* als Wirksamkeitsvoraussetzung für Verträge in der Rechtsprechung immer mehr aufgegeben: Häcker, *Causa contractus*, 2022, 323 ff. (329 ff.), m.w.N.

<sup>35</sup> Nach der klassischen Doktrin im *Common Law* sind vertragliche Schadenspositionen immer nur nach dem *expectation interest* ersatzfähig. Diese Tradition wurde 1936 in zwei sehr einflussreichen Artikel von Lon L. Fuller und William R. Perdue in Frage gestellt.: Fuller/Perdue, *Yale L. J.* 1936, Vol. 46, 52 und Fuller/Perdue, *Yale L. J.* 1937, Vol. 46, 373.

das negative Interesse der Vertragsparteien. Es wird also die Frage gestellt, wie die Parteien ohne ihre vertragliche Verbindung stehen würden und danach der ersatzfähige Schaden bemessen. Schließlich ist ein Ersatz noch nach *expectation interest* möglich. Danach wird das positive Interesse ersetzt, die geschädigte Partei also in die hypothetische Situation versetzt, die bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung bestünde.

Fried spricht sich für Schadensersatz nach *expectation interest* aus<sup>36</sup>: Er meint, in Einklang mit dem positiven Recht nach dem Restatement (Second)<sup>37</sup>, dass der von einem *breach of contract* Geschädigte den „benefit of his bargain“<sup>38</sup> bekommen solle. Den Vertragsbrechenden zum Ersatz des positiven Interesses zu verpflichten, ist für Fried ein Ausdruck des Respekts vor dem Individuum und seiner Fähigkeit freie und eigene Entscheidungen zu treffen.<sup>39</sup> Er schließt seine Gedanken zu dem Thema mit der Aussage, dass *restitution*, wie auch *reliance*, Prinzipien der Fairness seien, welche unabhängig vom Parteiwillen verfolgt würden. Aus diesem Grunde sei es nur ein weiterer Versuch der Kritiker des *promise principles*, die selbstauferlegte Verpflichtung des Versprechensgebers kleinzureden, wenn sie Schäden nach *restitution* oder *reliance interest* ersetzt sehen möchten.<sup>40</sup>

#### V. Rechtsfolgen eines *breach of contract*

Im klassischen Fall eines *breach of contract*, also einer Vertragsverletzung, ist der Vertragsverletzende nur zu Schadensersatz, den sogenannten (*contract*) *damages*, verpflichtet. Die Verurteilung zur *specific performance*, also der Erbringung der ursprünglich geschuldeten Primärleistungspflicht, ist in Common-Law-Systemen ein Sonderfall, der nur unter speziellen Voraussetzungen in Betracht kommt.<sup>41</sup>

Zur Zeit der Erstveröffentlichung von *Contract as Promise* war die *theory of efficient breach* noch nicht in gleicher Weise anerkannt, wie sie es im *Common Law* inzwischen ist. Vermutlich deshalb äußerte sich Fried auch nicht explizit zur Frage der Zulässigkeit des effizienten Vertragsbruchs. Es ergibt sich allerdings aus seinen Äußerungen, dass er den effizienten Vertragsbruch nicht kategorisch ablehnen würde: „If I make a promise to you, I should do as I promise; and if I fail to keep my promise, it is fair that I should be made to hand over the equivalent of the promised performance“.<sup>42</sup> In der Neuauflage seines Buches geht Fried schließlich doch noch explizit auf die Frage des *efficient breach* ein (siehe dazu unter D.II.).<sup>43</sup>

#### VI. *Mistake, impossibility und frustration*

Fried gesteht im Laufe seiner Ausführungen trotz seiner Überzeugung, dass das *promise principle* der moralische Grundstein des Vertragsrechts sei,<sup>44</sup> immer wieder auch dessen Grenzen beziehungsweise scheinbare Lücken ein. „Thus the conception at heart of the *promise principle* – is neither necessary nor sufficient to contractual obligations“<sup>45</sup>, schreibt er direkt im ersten Kapitel. Im fünften Kapitel widmet sich Fried ausführlich den scheinbaren Lücken im *promise principle*.

Er macht als drei wesentliche scheinbare Lücken die Fälle von *mistake*, *impossibility* und *frustration* aus. *Mistake* beschreibt Irrtümer, welche von keiner Vertragspartei verschuldet wurden und nichtwesentliche Vertragsbestandteile betreffen, sodass der Vertrag als Ganzes noch wirksam bleiben kann.<sup>46</sup> *Impossibility* und *frustration of contract* sind im amerikanischen Recht wesentlich weniger trennscharf zu unterscheiden als im deutschen Recht die Unmöglichkeit und Störung der Geschäftsgrundlage. Gemeint sind aber die gleichen Konstellationen. *Impossibility* liegt vor, wenn die geschuldete Leistung nicht mehr erbracht werden kann. *Frustration* wiederum beschreibt Fälle, in denen aufgrund unvorhergesehener Umstände die Vertragserfüllung (zwar noch möglich, aber) nicht mehr sinnvoll für eine oder beide Parteien ist.<sup>47</sup>

Diese Fälle bewertet Fried im Hinblick auf die Geltung des *promise principles* gleich: Auch wenn es so scheine, als hätten sich die Parteien geeinigt, haben sie dies tatsächlich nicht. Dementsprechend gebe es auch kein Versprechen, welches die Lösung solcher Fälle nach dem *promise principle* nahelegen würde.<sup>48</sup> Konstruktionen wie ein vermuteter Wille oder die Sicht eines objektiven Dritten als Maßstab heranzuziehen, hält er deshalb für verfehlt.<sup>49</sup> Stattdessen könne auf die übrigen, neben dem *promise principle* bestehenden Rechtsprinzipien ausgewichen werden. Als solche nennt er das *tort principle*, das *restitution principle* und das „*principle of sharing*“.<sup>50</sup>

#### VII. *Duress und unconscionability*

Verträge, die als unfair wahrgenommen werden, obwohl die Parteien sie bewusst eingegangen sind, stehen in einem natürlichen Spannungsverhältnis zum *promise principle*. Eigentlich gibt es ein vollwertiges Versprechen und trotzdem möchte die Rechtsordnung solche Verträge mitunter nicht durchsetzen. Zwei Gründe, ihnen die Durchsetzung zu verweigern sind *duress* und *unconscionability*.<sup>51</sup>

<sup>36</sup> „If a person is bound by his promise and not by the harm the promisee may have suffered in reliance on it, then what he is bound to is just its performance.“, Fried, S. 19.

<sup>37</sup> Restatement Second of Contracts, § 347: “Subject to the limitations stated in [...], the injured party has a right to damages based on his expectation interest as measured by [...]”.

<sup>38</sup> Fried, S. 17.

<sup>39</sup> Fried, S. 20 f. Dort formuliert er: “If we decline to take seriously the assumption of an obligation because we do not take seriously the promisor’s prior conception of the good that led him to assume it, to that extent we do not take him seriously as a person.”.

<sup>40</sup> Fried, S. 25.

<sup>41</sup> Hay (2016), *Law of the United States. An Overview*, 4. Aufl., Rn. 339 f.

<sup>42</sup> Fried, S. 17.

<sup>43</sup> Fried, S. 142 ff.

<sup>44</sup> Fried, S. 1.

<sup>45</sup> Fried, S. 3.

<sup>46</sup> Hay, Rn. 311.

<sup>47</sup> Hay, Rn. 332 ff.

<sup>48</sup> Fried, S. 59.

<sup>49</sup> Fried, S. 60 f.

<sup>50</sup> Fried, S. 69 ff., 71.

<sup>51</sup> Fried, S. 92.

Ein Versprechen, welches unter *duress* abgegeben wird, ist nicht frei gemacht, weil es unter Androhung von Gewalt entsteht. Dass ein Versprechen frei abgegeben wurde, stellt jedoch eine Voraussetzung für das Greifen des *promise principle* dar. Insofern ist die Tatsache, dass aus einem unter Androhung von Zwang abgegebenen Versprechen keine rechtlichen Verpflichtungen entstehen, keine Abweichung vom *promise principle* und stellt Fried's Theorie dementsprechend nicht in Frage.<sup>52</sup>

*Unconscionability* ist schwerer zu fassen.<sup>53</sup> Unter diese Kategorie werden Fälle gefasst, in denen ein schweres Ungleichgewicht beobachtet wird. Dieses Ungleichgewicht wird als so irritierend empfunden, dass die Rechtsordnung solche Verträge nicht durchsetzen möchte. Das Ungleichgewicht kann entweder das Verhältnis der Parteien zueinander (*procedural unconscionability*) oder aber den Inhalt des Vertrags (*substantive unconscionability*) betreffen.<sup>54</sup>

In Situationen der *procedural unconscionability* sieht Fried kein vollwertiges Versprechen der untergeordneten Partei, ähnlich wie in den Fällen von *mistake of fact*. Dementsprechend greift die moralische Kraft des Versprechens nicht und eine Weigerung der Rechtsordnung, solche Versprechen durchzusetzen, stellt für das *promise principle* keine Gefährdung dar.<sup>55</sup>

Anders blickt er hingegen auf die *substantive unconscionability*. Mit Ausnahme von Fällen, in denen Marktversagen oder eine Gefahr für die gesamte Gesellschaft drohen, stellt sich Fried gegen die Doktrin der *substantive unconscionability*. Er hält die Annahme von *unconscionability* in den übrigen Fällen für eine unangemessene Wohlstandsumverteilung. Wenn das *promise principle* hiermit harsch und unsensibel gegenüber den weniger Wohlhabenden scheine, so müsse man sich daran erinnern, dass nach der klassisch-liberalen Theorie die Umverteilung von Wohlstand nur über kollektive Maßnahmen – er nennt hierzu Besteuerung und Sozialhilfe – stattfinden dürfe. „*Redistribution is not a burden to be borne in a random, ad hoc way by those who happen to cross paths with persons poorer than themselves*“.<sup>56</sup>

## D. Kritik an *Contract as Promise*

Die Kritik an *Contract as Promise* ist vielseitig und kommt aus ganz unterschiedlichen Richtungen. Die wichtigsten Kritiklinien werden im Folgenden nachgezeichnet.

### I. Critical Literature

Unter die *Critical Literature* fallen vor allem Vertreter des bereits erwähnten *Legal Realism* und der *Critical Legal Studies*. Ihre Kritik bezieht sich insbesondere auf die Herleitung der Verbindlichkeit von Verträgen durch Versprechen und die Frage nach der grundsätzlichen Natur des Vertragsrechts als eigenständiges Rechtsgebiet.

Die Herleitung der Verbindlichkeit von Verträgen in *Contract as Promise* wird von Atiyah beschrieben als ein „*somewhat sketchy account of the moral basis of promissory obligation*“.<sup>57</sup> In der Michigan Law Review wird die Argumentation als geradlinig, jedoch „*strewn with a few rather bare assertions*“<sup>58</sup> beschrieben. Auf den Punkt bringt es Kronman im Yale Law Journal: „*Fried's philosophical defense of the promise principle is*

*likewise unconvincing. His argument, which rests upon a position known as conventionalism, begs the very question it is meant to answer*“.<sup>59</sup> Fried setzt die moralische Verbindlichkeit, die er zu begründen versucht, letztlich nur feststellend voraus. Er sagt, dass die Verbindlichkeit durch die bewusste Inanspruchnahme des Versprechens als verbindlich wahrgenommener Äußerung ausgelöst werde.

Fried entgegnet hierauf: „*To be sure, this remarkable feature of promises can be trivialized by saying that the obligation of the institution of promising precedes any particular [promise] [...], but the fact remains, that until we invoke the institution and do so with the very purpose of activating its obligations, those distinct obligations do not exist*“.<sup>60</sup> Er formuliert die Antwort zwar als Verteidigung seiner These, im Grunde bestätigt er aber die Kritik, indem er sein konventionalistisches Argument bloß wiederholt. Sodann fügt er hinzu: „*This is not to say that promissory obligation in general does not have its roots in deeper moral soil. The institution is not an invention ex nihilo. It depends on the deeper morality of trust and respect for persons*“.<sup>61</sup> Zu genau diesen moralischen Wurzeln seiner Argumentation äußert sich Fried aber leider nur sehr knapp.

Besonders erstaunlich ist die Betonung des moralischen Ursprungs im Vertrauen auch vor dem Hintergrund seiner Aversion gegen vertrauensbasierte Argumentation im Hinblick auf die Ersatzfähigkeit von vertraglichen Schäden<sup>62</sup>: Den einflussreichen Artikel<sup>63</sup> von Lon L. Fuller und William R. Perdue zur Ersatzfähigkeit von Schäden nach der *reliance interest* anstelle der *expectation interest* erwähnt Fried bereits im einleitenden ersten Kapitel.<sup>64</sup> Er argumentiert damit, dass Vertrauensinteressen in der Sphäre des Deliktsrechts zu verorten seien. Im Vertragsrecht hingegen konzentrierte man sich allein auf den Parteiwillen und nicht auf das Vertrauensinteresse.<sup>65</sup>

Diese Argumentationen beißen sich. Fried vermag es im Ergebnis nicht überzeugend zu zeigen, inwiefern das Vertrauen einerseits Grundlage für die moralische Kraft des Versprechens sein kann und andererseits nicht der entscheidende Maßstab zur Bestimmung des Haftungsumfangs.

<sup>52</sup> Fried, S. 98 f.

<sup>53</sup> Fried, S. 98 f.

<sup>54</sup> Die inzwischen gängige Unterscheidung zwischen *procedural* und *substantive unconscionability* stammt von Arthur A. Leff: Leff, U. Pa. L. Rev. 1967, Vol. 115, 485 (487).

<sup>55</sup> Fried, S. 104 f.

<sup>56</sup> Fried, S. 106. Ausführlich zu diesem Problem: Arnold (2014), Vertrag und Verteilung, S. 263 ff.; sowie: Kraft (2022), Armut und Vertrag.

<sup>57</sup> Atiyah, Harv. L. Rev. 1981, Vol. 95, 509 (510).

<sup>58</sup> Anonym, Mich. L. Rev. 1983, Vol. 81, 904 (905).

<sup>59</sup> Kronman, Yale L. J. 1981, Vol. 91, 404 (410).

<sup>60</sup> Fried, S. 137.

<sup>61</sup> Fried, S. 138.

<sup>62</sup> Kronman, Yale L. J. 1981, Vol. 91, 404 (412).

<sup>63</sup> Tatsächlich handelt es sich sogar um zwei Artikel: Fuller/Perdue, Yale L. J. 1936, Vol. 46, 52 und Fuller/Perdue, Yale L. J. 1937, Vol. 46, 373.

<sup>64</sup> Fried, S. 4.

<sup>65</sup> Fried, S. 4.

Die Skepsis der *Critical Literature* geht aber so weit, dem Vertragsrecht die Daseinsberechtigung als gesondertes Rechtsgebiet neben dem Deliktsrecht komplett abzusprechen. Atiyah meint, die Haftung auf Grundlage eines Versprechens sei keineswegs der typische Fall, sondern oft nur eine Projektion von Verbindlichkeiten, die eigentlich auf Nutzen oder Vertrauen als deliktischen Haftungsgründen beruhen.<sup>66</sup> Die klassisch-liberale Idee der Entfaltung des freien Willens durch Verträge sei eine Illusion, die verdecken solle, dass durch die liberalen Tendenzen des Vertragsrechts nur ökonomische Ungleichheiten verstärkt würden.<sup>67</sup>

Gilmore formuliert noch schärfer: Bis die klassische Doktrin des Vertragsrechts Ende des 19. Jahrhunderts hastig entwickelt wurde, sei man grundsätzlich von einer zivilrechtlichen Haftung nach den Maßstäben des Deliktsrechts ausgegangen. Die künstliche Abgrenzung von vertraglicher und deliktischer Haftung verkenne, dass es sich beim Vertragsrecht eigentlich nur um einen Teilbereich des Deliktsrechts handele. Die Trennung von vertraglicher und deliktischer Haftung sei jedoch nicht mehr haltbar.<sup>68</sup>

Fried hat hierfür wenig Sympathie. Er nennt die *Critical Literature* anti-individualistisch, antikapitalistisch<sup>69</sup> sowie nihilistisch und *anti-freemarket*.<sup>70</sup> In seinem neuen Kapitel erwähnt er nur noch, dass diese intellektuelle Modeerscheinung inzwischen vorübergezogen sei.<sup>71</sup>

Für Fried macht das entscheidende Kriterium zur Unterscheidung von vertraglicher und deliktischer Sphäre die Freiwilligkeit der Interaktion aus.<sup>72</sup> Wenn vertragliche Verbindlichkeiten in die Sphäre des Deliktsrechts gezogen würden, verlagerte sich der Schwerpunkt der Betrachtung auf den Schaden des Geschädigten. Darin aber sei ein Problem zu sehen, zumindest in solchen Fällen, in denen der entstandene Schaden über das hinausgehe, was die Parteien vereinbart hatten. Aus Achtung vor der Vertragsfreiheit und der darunterliegenden Freiheit des Individuums müsse man partei-autonome Vereinbarungen aber achten. Vertraglich verbundene Individuen seien eben nicht gleichzusetzen mit Fremden, die gemeinsam in einen Verkehrsunfall verwickelt werden.

## II. Law and Economics

Zur Zeit der Erstveröffentlichung von Fried's Werk war der *Law and Economics*-Ansatz noch jung. Fried schenkte ihm in der ersten Auflage deshalb wenig Aufmerksamkeit. Die Bewegung spielt in der zweiten Auflage und dem neu hinzugefügten Kapitel jedoch eine zentrale Rolle.

Kurz vor der Veröffentlichung von *Contract as Promise* wurde die Theorie des *efficient breach* von Goetz und Scott beschrieben.<sup>73</sup> Sie schlugen vor, einen Vertragsbruch nicht per se verhindern zu wollen. In einigen Fällen solle der Vertragsbruch zugunsten der (gesamtgemeinschaftlichen) Effizienz sogar gefördert werden.<sup>74</sup> Dahinter steht eine bereits von Oliver Wendell Holmes Jr. geprägte Annahme: „[...]when you sign a contract in which you promise a specific performance [...], you buy an option to perform or to pay damages”.<sup>75</sup> Diese Vorstellung – Posner bezeichnet sie als die *option theory* – steht auf den ersten Blick im direkten Widerspruch zu der von Fried vertretenen *moral theory of contract*. Sie geht davon aus, dass ein

Vertragsbruch nicht automatisch einen Versprechensbruch darstellt. Das vertragliche Versprechen (wenn auch nicht so formuliert) enthalte ein Entweder-oder-Versprechen: Entweder ich erfülle den Vertrag so wie vereinbart, oder ich ersetze den Schaden, der durch das Ausbleiben meiner vertraglich vereinbarten Leistung entsteht.<sup>76</sup>

Die *option theory* und die *moral theory* scheinen in einem direkten Widerspruch zueinander zu stehen. Umso erstaunlicher ist es, dass Fried in seinem letzten Kapitel meint, die *Law and Economics*-Perspektive habe weitreichende Konvergenz mit seiner Theorie.<sup>77</sup> Er beobachtet, dass sich die Ergebnisse, zu denen die unterschiedlichen Ansätze kommen, oft decken.

Ein Beispiel hierfür ist die Haltung zur *specific performance*, welche schließlich auch die Zulässigkeit des *efficient breach* begründet. Fried äußert sich hierzu leider wenig präzise. Er scheint die Regelungen des positiven Rechts im Common Law grundsätzlich anzuerkennen, obwohl sie keiner konsequenten Anwendung des *promise principle* folgt.<sup>78</sup> Beide Perspektiven seien darauf bedacht, die jeweiligen Einzelinteressen ex ante zu maximieren. Das Rechtssystem sei so zu gestalten, dass kooperierende Personen es als ihren Zwecken dienlich ansähen. Kantianisch frage man sich, ob die Handlung des Einzelnen als universelle Maxime gelten solle. Nach der Methodik der *Law and Economics*-Bewegung frage man, ob eine Bestimmung von rationalen Parteien ex ante zur Regelung zukünftiger Vereinbarungen akzeptiert werden würde.<sup>79</sup>

Unterschiede zeigen sich nach Fried wiederum, wo es um Auswirkungen auf das Gesamtwohl von Gruppen gehe, im Gegensatz zum Wohl von nur zwei kontrahierenden Parteien.<sup>80</sup> Außerdem gingen die Ansichten bezüglich der Frage auseinander, wie damit umzugehen sei, wenn sich Personen im Laufe der vertraglichen Verbindung umentcheiden. Fried meint, eine Person sei an vertragliche Entscheidungen per se gebunden. Man könne nicht einfach im Nachgang so tun, als hätte die eigenen Entscheidungen jemand anders getroffen. Das gehört für ihn zum grundsätzlichen Respekt vor dem Individuum.<sup>81</sup>

<sup>66</sup> Atiyah (1979), *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, S. 2 ff.

<sup>67</sup> Atiyah, S. 6.

<sup>68</sup> Gilmore (1974), *The Death of Contract*, S. 87.

<sup>69</sup> Fried, S. 136. Diese Zuschreibungen lesen sich – zumindest für die Verfasserin – nicht nur als wertfreie Beschreibungen. Fried scheint die Ansätze der *Critical Literature*, insbesondere mit dem zeitlichen Abstand und der rückschauenden Gewissheit, dass sie sich nicht durchsetzen konnten, kaum noch ernst zu nehmen.

<sup>70</sup> Fried, S. 139.

<sup>71</sup> Fried, S. 138.

<sup>72</sup> Fried, S. 4.

<sup>73</sup> Goetz/Scott, *Colum. L. Rev.* 1977, Vol. 77, 554 (554 ff.).

<sup>74</sup> Goetz/Scott, *Colum. L. Rev.* 1977, Vol. 77, 554 (558 f.).

<sup>75</sup> Holmes, *Harv. L. Rev.* 1897, Vol. 10, 457 (462).

<sup>76</sup> Posner, S. 170.

<sup>77</sup> Fried, S. 140.

<sup>78</sup> Fried, S. 141 ff., 144, 146. Genau darin liegt einer der wesentlichen Kritikpunkte von Shiffrin (siehe D.III.)

<sup>79</sup> Fried, S. 140.

<sup>80</sup> Fried, S. 139 f.

<sup>81</sup> Fried, S. 139.

### III. Die Divergenz von Vertrag und Versprechen

Gegensätzliche Kritik kommt von Seiten der moralisch argumentierenden Rechtstheoretiker. Seana Shiffrin wirft Fried vor, die moralischen Grundlagen seiner These nicht ernst genug zu nehmen.

Sie ist der Ansicht, dass die rechtlichen und moralischen Normen, die sich aus einem Versprechen ergeben, fundamental verschieden seien. In ihren Augen gibt das positive Recht nicht nur keine Anreize, sich moralisch zu verhalten, es behindert moralisches Verhalten sogar. Sie sieht eine ernstzunehmende Gefahr für die gesamtgesellschaftliche kulturelle Entwicklung, wenn sich das Individuum zwischen der Achtung moralischer und rechtlicher Pflichten entscheiden muss, weil diese sich explizit widersprechen.<sup>82</sup> Ihrer Ansicht nach sollte das Recht zwar moralisches Verhalten nicht zu erzwingen versuchen, aber eben zumindest ermöglichen.<sup>83</sup> Die Notwendigkeit hierfür sieht Shiffrin auch in der politischen Stabilität einer Gesellschaft.<sup>84</sup>

Konkret sind ihre Beispiele für die Anreize des positiven Rechts, sich „unmoralisch“ zu verhalten, die weitgehende Ablehnung von *punitive damages* im Vertragsrecht, die *duty to mitigate* sowie die Möglichkeit des *efficient breach of contract*.<sup>85</sup>

Im Hinblick auf die *consideration* sind die Ansichten von Fried und Shiffrin nach eigenen Aussagen kompatibel. Sie wundert sich deshalb darüber, dass Fried seine Kritik an der Critical Literature nicht weiterführt, insbesondere, dass er die weitgehende Unzulässigkeit von *punitive damages* nicht erwähnt.<sup>86</sup>

Im neuen Kapitel der zweiten Auflage widmet sich Fried erstmals ausdrücklich dem Thema des effizienten Vertragsbruchs. Nach seinem Verständnis ist der Versprechende „*master of the bargain*“ und soll deshalb auch die Modalitäten der Vertragserfüllung maßgeblich bestimmen können. Zu den Modalitäten gehört für Fried auch die Entscheidung, ob ein Vertrag in natura erfüllt werden soll.<sup>87</sup> Shiffrin geht hingegen davon aus, dass es den Grundsätzen der Moral des Versprechens zuwider gehe, bezüglich eines *breach of contract* eine Entscheidungsfreiheit des Versprechenden anzunehmen. Diesen Einwand hält Fried wiederum für moralischen Rigorismus. Man könne Shiffrins Argument einfach entkräften, indem man das Versprechen und den daraus folgenden Vertrag als einen Optionsvertrag formuliere. Letztlich würden sich solche Unsicherheiten, zumindest zwischen „*sophisticated bargainers*“, in der vertraglich vereinbarten Gegenleistung, dem Preis, widerspiegeln.<sup>88</sup>

Gerade das Argument des moralischen Rigorismus überzeugt im Ergebnis nicht, wenn man berücksichtigt, dass die moralische Kraft des Versprechens aus der Kommunikation zwischen den Parteien hergeleitet wird. Wenn ein Optionsvertrag hier nicht bereits explizit angelegt ist, kann dieser nicht im Nachgang hineingelesen werden. Sonst rekuriert man wieder auf das schwache Argument des Konventionalismus. Hinzu kommt, dass die Annahme, die Risiken im Bereich der Vertragsabwicklung würden sich schon bei der Vertragsanbahnung zeigen und seien deshalb im Vertragsschluss mit eingepreist, zumindest für Interaktionen von Verbrauchern mit Unternehmern nicht plausibel ist. Verbraucher sind

Unternehmern in aller Regel informationell unterlegen und können die Risiken einer vertraglichen Verbindung nicht gut überblicken.

### E. Contract as Promise vor dem Hintergrund modernen Verbraucherverhaltens

Nach der Darstellung zeitgenössischer Kritik am *promise principle*, wie es Fried in *Contract as Promise* vertritt, soll zuletzt aus aktueller Perspektive ein Blick auf die Plausibilität seiner These geworfen werden. Ausgehend von einer empirischen Studie zum Verbraucherverhalten beim Abschluss von standardisierten Verträgen im Internet ist der Frage nachzugehen, inwiefern die Grundlage solcher Verträge wirklich im Vertragsversprechen gesehen werden kann.<sup>89</sup>

Die Autoren der Studie möchten die sogenannte „*informed minority hypothesis*“ überprüfen, wonach die Vertragsbedingungen von Standardverträgen durch eine Minderheit von konditionsbewussten Verbrauchern ausreichend reguliert wird, um die Verwendung ungünstiger Konditionen durch Unternehmer zu verhindern. Dazu untersuchten sie in einer empirischen Studie das Navigationsverhalten von fast 50.000 Verbrauchern, geleitet von der Frage, inwiefern sich diese mit den Vertragsbedingungen von Verträgen im Internet vor dem Vertragsschluss auseinandersetzen. Ihre Ergebnisse sind erschreckend und dennoch aus eigener Erfahrung als Verbraucher gut nachvollziehbar: In der untersuchten Kohorte sahen nur 0,0015 Prozent der Käufer die Vertragsbedingungen überhaupt ein, von denen wiederum die allermeisten nur einen kleinen Ausschnitt aus den Bedingungen tatsächlich lasen.<sup>90</sup>

Die *informed minority hypothesis* stellt eigentlich eine Grundannahme der Law and Economics-Perspektive dar.<sup>91</sup> Trotzdem werfen die Ergebnisse der Studie auch bezüglich des von Fried vertretenen *promise principles* Fragen auf: Kann man noch von einem verbindlichen Versprechen der Vertragsparteien ausgehen, wenn die Vertragsbedingungen einer Partei nur unvollständig, in mancher Hinsicht vielleicht gar nicht bekannt sind?

Einerseits könnte man die Situation mit den Fällen des *mistake* gleichsetzen, wo sich mindestens eine Vertragspartei über nicht wesentliche Vertragsbestandteile irrt. In diesen Fällen meint Fried, hätten die Parteien sich, auch wenn es so scheine, tatsächlich nicht geeinigt, sodass man die Auflösung des Konflikts den Rechtsprinzipien außerhalb des Vertragsrechts überlassen müsse.<sup>92</sup>

Andererseits äußert sich Fried in *Contract as Promise* gelegentlich auch zu Verträgen mit Verbrauchern.

<sup>82</sup> Shiffrin, Harv. L. Rev. 2007, Vol. 120, 708 (740).

<sup>83</sup> Shiffrin, Harv. L. Rev. 2007, Vol. 120, 708 (713 f.).

<sup>84</sup> Shiffrin, Harv. L. Rev. 2007, Vol. 120, 708 (749).

<sup>85</sup> Shiffrin, Harv. L. Rev. 2007, Vol. 120, 708 (710).

<sup>86</sup> Shiffrin, Harv. L. Rev. 2007, Vol. 120, 708 (711).

<sup>87</sup> Fried, S. 144.

<sup>88</sup> Fried, S. 144.

<sup>89</sup> Bakos/Marotta-Wurgler/Trossen, J. Leg. Stud. 2014, Vol. 43, 1 (2 ff.).

<sup>90</sup> Bakos/Marotta-Wurgler/Trossen, J. Leg. Stud. 2014, Vol. 43, 1 (2).

<sup>91</sup> Bakos/Marotta-Wurgler/Trossen, J. Leg. Stud. 2014, Vol. 43, 1 (6 f.).

<sup>92</sup> Fried, S. 69.

Hier kommt sein klassisch liberales Verständnis von Autonomie und Eigenverantwortlichkeit des Individuums zum Ausdruck.<sup>93</sup> Vermutlich würde Fried auf die oben gestellte Frage antworten, dass der Verbraucher einen Vertrag, auch wenn er wesentliche Umstände nicht kennt, bewusst in Kenntnis seines Nichtwissens eingeht und diese bewusste Handlung als Ausdruck der Freiheit der Person zu respektieren sei.

## F. Fazit

Auf die Frage nach dem Verpflichtungsgrund von Verträgen gibt es keine abschließende Antwort. Wie so oft liegt unter der Oberfläche einer dogmatischen Streitigkeit am Ende eine Wertentscheidung, und die Frage danach, welche Rolle das Recht für die Gesellschaft hat oder haben soll. Ohne Zweifel hat Fried mit seinem Werk *Contract as Promise* einen wertvollen Beitrag zur Debatte über den Verpflichtungsgrund von Verträgen geliefert. Insbesondere seine Bereitschaft, auch vom *promise principle* abzuweichen und dessen Grenzen aufzuzeigen, macht seine Argumentation stark. Allerdings gibt es auch berechtigte Kritik an seinen Thesen. Die Angriffspunkte sind vielseitig. Besonders ist aber zu bedauern, dass seine Arbeit den Übergang von der moralischen Kraft des Versprechens hin zur rechtlichen Verbindlichkeit von Verträgen nicht ausführlicher beleuchtet.

---

<sup>93</sup> Fried, S. 140 ff.