

Studien zum vergleichenden Privatrecht

Studies in Comparative Private Law

Band / Volume 2

**Bindung durch Versprechen
oder Vertrag**

**Untersuchung der Behandlung
öffentlicher Belohnungsaussetzung im deutschen
und englischen Recht aus dogmengeschichtlicher
und rechtsökonomischer Perspektive**

Von

Henriette Karoline Sigmund



Duncker & Humblot · Berlin

HENRIETTE KAROLINE SIGMUND

Bindung durch Versprechen oder Vertrag

Studien zum vergleichenden Privatrecht

Studies in Comparative Private Law

Band / Volume 2

Bindung durch Versprechen oder Vertrag

Untersuchung der Behandlung
öffentlicher Belohnungsaussetzung im deutschen
und englischen Recht aus dogmengeschichtlicher
und rechtsökonomischer Perspektive

Von

Henriette Karoline Sigmund



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main hat diese Arbeit
im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D30

Alle Rechte vorbehalten
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2567-5427
ISBN 978-3-428-15373-2 (Print)
ISBN 978-3-428-55373-0 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85373-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main als Dissertation angenommen und im Sommersemester 2017 verteidigt.

Zu besonderem Dank bin ich meinem Doktorvater und Erstgutachter, Prof. Dr. Tobias Tröger, LL.M. (Harvard), verpflichtet, der mich in vielfältiger Weise unterstützt und dem Gelingen der Arbeit stets großes Vertrauen entgegengebracht hat. Als Doktorvater hat er mir bei der Anfertigung und inhaltlichen Ausgestaltung der Arbeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl viel Freiraum gelassen, Türen zu vielfältigen Fortbildungen und wissenschaftlichem Austausch geöffnet und stand zugleich in den entscheidenden Momenten mit wertvollem Rat zur Seite. Hierfür sowie die Ermunterung und Ermutigung zum wissenschaftlichen Diskurs, insbesondere dazu, den Schritt in die Disziplin der Rechtsökonomie zu wagen, bin ich ihm überaus dankbar.

Weiterhin danke ich dem Vorsitzenden der Prüfungskommission, Prof. Dr. Andreas Cahn, für die rasche Terminierung der Verteidigung und ganz besonders Prof. Dr. Felix Maultzsch, LL.M. (NYU), für die fundierte Auseinandersetzung im zügig erstellten Zweitgutachten und die hilfreichen inhaltlichen Anregungen.

Besonderer Dank gilt überdies der Studienstiftung des deutschen Volkes, die mein Promotionsvorhaben durch die Gewährung eines Promotionsstipendiums gefördert und maßgeblich dazu beigetragen hat, den tatsächlichen Rahmen für eine intensive wissenschaftliche Auseinandersetzung zu schaffen.

Von entscheidender Bedeutung für den erfolgreichen Entstehungsprozess der Arbeit ist mein persönliches Umfeld, das mich auf dem Weg begleitet und warmherzig unterstützt hat und dem ich hierfür von Herzen danke.

Besonders hervorheben möchte ich Dr. Philipp Scheibenpflug, der als scharfsinniger Gesprächs- und Diskussionspartner für die Entstehung der Arbeit und die Freude an der insbesondere rechtsökonomischen Auseinandersetzung von unschätzbarem Wert war.

Ein besonders herzlicher Dank gebührt ebenfalls meinen Eltern, PD Dr. Günther und Gabriele Sigmund, auf deren Rückhalt und volle Unterstützung ich mich während meiner Doktorandenzeit in jeder Hinsicht verlassen konnte.

Für vielfältige Bestärkung möchte ich zudem Gerrit Tönningsen, Viviane Opitz, Susanne Fischer sowie meinen Schwestern, Dr. Jessica Euler und Dr. Friederike Ebigbo, aufrichtig Dank sagen.

Dr. Miquel dels Sants Mirambell Fargas danke ich, dass er mir Mut, Frohsinn und Inspiration gebracht hat.

Die Arbeit widme ich meinen Lieben.

Frankfurt am Main, im Oktober 2017

Henriette Karoline Sigmund

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung in Untersuchungsgegenstand und Methodik	21
A. Öffentliche Belohnungsaussetzung im deutschen und englischen Recht als geeigneter Untersuchungsgegenstand eines dreidimensionalen Erkenntnisinteresses	24
B. Methodik	36
C. Gang der Untersuchung	43
§ 2 Dogmengeschichtlicher Stand im deutschen und englischen Recht	44
A. Deutsches Recht: öffentliche Belohnungsaussetzung als Auslobung	44
B. Englisches Recht: öffentliche Belohnungsaussetzung als <i>unilateral contract</i>	95
C. Ausblick auf ein Harmonisierungspotenzial	155
§ 3 Rechtsökonomische Betrachtung	157
A. Methodische Einführung	157
B. Untersuchung öffentlicher Belohnungsaussetzung	174
§ 4 Synthese und Ausblick – Konflikt oder Vereinbarkeit? Potenzial des reflektierten methodischen Eklektizismus	212
A. Konflikt oder Vereinbarkeit?	212
B. Ausblick	222
C. Vorschlag einer realisierbaren Synthese	227
Literaturverzeichnis	229
Sachregister	260

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung in Untersuchungsgegenstand und Methodik	21
A. Öffentliche Belohnungsaussetzung im deutschen und englischen Recht als geeigneter Untersuchungsgegenstand eines dreidimensionalen Erkenntnisinteresses ...	24
I. Öffentliche Belohnungsaussetzung im deutschen und englischen Recht als aussagekräftiger Sonderfall	24
II. Dreidimensionales Erkenntnisinteresse	28
1. Harmonisierungspotenzial des deutschen und englischen Rechts hinsichtlich öffentlicher Belohnungsaussetzung	28
2. Anstöße für die Grundlagenfrage eines einseitigen Verpflichtungsgrundes	32
3. Illustration eines reflektiert methodenpluralistischen Vorgehens	35
B. Methodik	36
I. Rechtsvergleichende, (dogmen-)geschichtlich fundierte Dogmatik	37
II. Rechtsökonomie	40
III. Divergierende Parameter	41
C. Gang der Untersuchung	43
§ 2 Dogmengeschichtlicher Stand im deutschen und englischen Recht	44
A. Deutsches Recht: öffentliche Belohnungsaussetzung als Auslobung	44
I. <i>Status quo</i> im deutschen Recht: Auslobung als gesetzgeberische Entscheidung	44
1. Auslobung als einseitig Verpflichtung begründendes Versprechen	45
2. Freie Widerruflichkeit, § 658 Abs. 1 BGB	46
3. Kein Kenntniserfordernis, § 657 a.E. BGB	46
II. Bewertung der dogmengeschichtlichen Schlüssigkeit	47
1. (Dogmen-)Geschichtliche Entwicklung und Fundierung des einseitigen Konzepts der Auslobung	47
a) Erlass der §§ 657 ff. BGB als vorläufiger Endpunkt eines lodernden Theorienstreits	47
aa) Grundlegender Theorienstreit im 19. Jahrhundert	48
(1) Vertrag – Annahme des Angebots <i>ad incertam personam</i>	48
(2) Versprechen – Autarkie des einseitigen Verpflichtungsgrundes	49

bb) Entstehungsgeschichte der §§ 657 ff. BGB – gesetzgeberische Entscheidung zugunsten des einseitigen Konzepts	50
(1) Argumentative Brüchigkeit der Entwicklung	51
(2) In der Person des Redaktors angelegte Einflussfaktoren	53
(3) Weitere entstehungsgeschichtliche Besonderheiten	55
cc) Resonanz der gesetzgeberischen Entscheidung in der Rechtswissenschaft	57
(1) Grundsätzliche Zustimmung bis heute	58
(2) Moderne Opposition – Aufruf zu einer (modifizierten) Vertragstheorie	59
(a) Schutz des Handelnden vor „aufgedrängter Belohnung“ ...	60
(b) Schutz des Auslobenden	62
(3) Fazit	64
dd) Fazit zum entstehungsgeschichtlichen Erkenntnispotenzial	64
b) Dogmengeschichtliche Fundierung oder überzeugende Vorläufer der Versprechenskonstruktion	65
aa) Ursprung der Auslobung – Fehlen markanter historischer Vorbilder	66
(1) Römisch-rechtliche Herkunft?	66
(2) Germanischer Ursprung?	68
(3) Vorläufer in Gesetzbüchern und -entwürfen	69
(4) Auslobung als (erstmalige) rechtliche und terminologische Erfassung eines tatsächlich bekannten Phänomens	69
bb) Vorboten des Konzepts einseitiger Versprechen als Verpflichtungsgrund	70
(1) Religiös fundierte Bindung an einseitige Versprechen im kanonischen Recht als Orientierungspunkt?	70
(2) Distanzierung vom Gedanken des einseitig bindenden Versprechens im Naturrecht am Beispiel der Versprechenslehre von Hugo Grotius	72
(3) Fazit	76
c) Wertungshintergründe und Fazit über die dogmengeschichtliche Vorbestimmung und Fundierung des Versprechens als Verpflichtungsgrund ..	76
2. Überzeugungskraft mit Blick auf die Fragestellungen von Widerruflichkeit und Kenntniserfordernis	77
a) Widerruflichkeit der Auslobung nach § 658 Abs. 1 BGB als zwingende oder kontingente Entscheidung?	77
aa) Einordnung der Widerruflichkeit als Durchbrechung des Grundsatzes rechtsgeschäftlicher Bindung	78
bb) Systematische oder historische Gründe für die Widerruflichkeit ...	82
cc) Wertungsmäßige Begründung der Widerruflichkeit	84
(1) Konstruktiv angelegte Vorherrschaft des Willens des Auslobenden als alleinigem Schöpfer des Verpflichtungsgrundes	85

(2) Gewichtige berechnete Interessen des Auslobenden an der Widerruflichkeit	86
(a) Konstruktionsbedingte Gefahr unbedacht eingegangener Bindung?	87
(b) Wettbewerbsspezifische Gefahr unabsehbar langfristiger Bindung?	88
(3) Entgegenstehende berechnete Interessen der Bewerber	90
(4) Bewertung der Widerruflichkeit als nachvollziehbare, aber nicht zwingende Lösung	92
dd) Fazit	94
b) Kein Kenntniserfordernis	94
c) Fazit	95
III. Spielraum für eine gemeinsame Lösung	95
B. Englisches Recht: öffentliche Belohnungsaussetzung als <i>unilateral contract</i>	95
I. <i>Status quo</i> im englischen Recht: <i>unilateral contract</i> als Ergebnis richterlicher Rechtsentwicklung	96
1. Systematische Einordnung und Bedeutungsgehalt des englischen <i>contract</i>	96
2. Definition und Charakteristika des <i>unilateral contract</i>	97
a) Missverständnisse um die Begrifflichkeit des <i>unilateral contract</i>	98
b) Der <i>unilateral contract</i> als „promise for an act“ – Angebot und praktizierte Annahme	99
c) <i>Consideration</i> als weitere Anforderung an den Vertragsschluss	100
3. Behandlung der Fragestellungen von Widerruflichkeit und Kenntniserfordernis	102
a) Widerruflichkeit	102
b) Kenntniserfordernis	103
II. Bewertung der dogmengeschichtlichen Schlüssigkeit	104
1. (Dogmen-)Geschichtliche Entwicklung und Fundierung des Konzepts des <i>unilateral contract</i>	104
a) <i>Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company</i> – Erfassung öffentlich ausgesetzter Belohnungen als Vertrag	105
b) Englisches Vertragskonzept als Hybrid aus kontinentaleuropäischem Vertragsmodell und <i>consideration</i>	109
aa) Originär englischer Ursprung in der Klagbarkeit eines mit <i>consideration</i> bestärkten Versprechens mittels der <i>action of assumpsit</i>	109
(1) Herausbildung der <i>action of assumpsit</i> zur Schließung politisch- und zentralisierungsbedingt entstandener Rechtsschutzlücken	111
(a) Entstehung von Rechtsschutzlücken infolge der Fokussierung des Rechtsschutzes bei den kompetenziell begrenzten königlichen Gerichten	111
(b) Defizite der verfügbaren Rechtsbehelfe	114

(c) Rückgriff auf die deliktische <i>action of trespass</i> und Hervorgehen der <i>action of assumpsit</i>	116
(2) Instrumentalisierende inhaltliche Ausweitung der <i>action of assumpsit</i> durch die <i>common law</i> -Gerichte zur Rückeroberung von Streitgegenständen aus der <i>equity</i> -Gerichtsbarkeit	119
(3) Absenkung der Anforderungen an die <i>action of assumpsit</i> zur Sicherung der eigenen Zuständigkeit durch die <i>King's Bench</i> im Zuge des internen Konflikts der <i>common law</i> -Gerichte	121
(4) Einführung des <i>consideration</i> -Erfordernisses als eindämmendes Korrektiv	124
bb) Kontinentaleuropäisch inspirierte Erweiterung um das Vertragskonzept von Angebot und Annahme im 19. Jahrhundert	125
(1) Theoretisches Vakuum des historisch prozessual-pragmatischen Rechtssystems	126
(2) Aufbruch zur Theoretisierung und Materialisierung des Vertragsrechts	128
(a) Gesellschaftliche Hintergründe wirtschaftlicher und intellektueller Natur	129
(b) Erwachen englischer (Vertrags-)Rechtswissenschaft	131
(3) Einströmen kontinentaleuropäischer Impulse durch die Einbruchsstelle des vormaligen theoretischen Vakuums	132
(a) Kontinentaleuropäische Inspiration als Faktum	132
(b) Eindringen des Vertragskonzepts von Angebot und Annahme im Zuge der Strukturierung und Materialisierung des Vertragsrechts	135
(c) Implikationen für die Schlüssigkeit des hybriden englischen Vertragskonzepts	138
(4) Fazit	139
c) Wertungshintergründe und Fazit über die dogmengeschichtliche Vorbestimmung des Vertrags als Verpflichtungsgrund	139
aa) Deliktisch basiertes, einseitiges Konzept des mit <i>consideration</i> versehenen <i>promise</i>	140
bb) Keine wertungsmäßige Präponderanz eines willensbasierten Vertragskonzepts	141
cc) Fazit	144
2. Überzeugungskraft mit Blick auf die Fragestellungen von Widerruflichkeit und Kenntniserfordernis	144
a) Widerruflichkeit	144
aa) Lösungsansätze für Unbilligkeiten	145
(1) Vorverlagerung der <i>consideration</i> auf den Leistungsbeginn	145
(2) Implizierte Widerrufssperre durch Abschluss eines zweiten Vertrags über die Unwiderruflichkeit (<i>implied (unilateral) contract</i>)	146

(3) Konstruktion als <i>bilateral contract</i>	149
bb) Bewertung und Fazit	150
b) Kenntniserfordernis	152
aa) Bestärkung des konstruktionslogischen Kenntniserfordernisses im englischen <i>case law</i>	152
bb) Gründe für Deviationen aus billigkeitsgetriebenen Erwägungen ..	153
cc) Fazit	154
III. Spielraum für eine gemeinsame Lösung	155
C. Ausblick auf ein Harmonisierungspotenzial	155
§ 3 Rechtsökonomische Betrachtung	157
A. Methodische Einführung	157
I. Legitimation des Ansatzes	157
1. Daseinsberechtigung der ökonomischen Analyse des Rechts	158
2. Erkenntnisgewinn durch einen neuen Blickwinkel	160
II. Annahmen der ökonomischen Analyse	161
1. Positive Annahmen – Ökonomisches Paradigma	162
a) Ressourcenknappheit	162
b) Eigennutztheorem	162
c) Rationalverhalten	163
2. Normative Annahmen – Effizienz als normativer Maßstab (<i>Kaldor/Hicks</i>)	167
a) Vielfalt möglicher Ziele	167
b) Effizienz i.S.v. <i>Kaldor/Hicks</i> als normatives Ziel	168
c) Praktische und normative Implikationen des angelegten Maßstabs ..	170
aa) Praktisches Problem fehlender Messbarkeit	170
bb) Einbettung in das Gedankengut des Utilitarismus	170
III. Vorhaben einer positiven Analyse	172
B. Untersuchung öffentlicher Belohnungsaussetzung	174
I. Einführung in die Erfassung öffentlicher Belohnungsaussetzung aus rechts- ökonomischer Warte	175
1. Komplexität der Bewertung	175
2. Soziales Optimum und Hindernisse	176
3. Individuelles Verhaltensmodell	179
II. Untersuchung öffentlicher Belohnungsaussetzung hinsichtlich des Konstruk- tionsmodells und der Fragestellungen von Widerruflichkeit und Kenntniser- fordernis unter Effizienzgesichtspunkten	180
1. Konstruktionsmodell	180
a) Konzeptionelle Senkung von Transaktionskosten durch das einseitige Versprechen?	181

b)	Auslobung und <i>unilateral contract</i> als transaktionskostensparende Medien unabhängig von konzeptioneller Ein- oder Zweiseitigkeit und <i>consideration</i>	182
2.	Widerruflichkeit	184
a)	Einordnung und grundsätzliche Wirkungsweise	185
aa)	Beschreibung und Verortung der Widerruflichkeit als Gegenstand der Effizienzbewertung	185
bb)	Deutung der Widerruflichkeit als Antwort auf einen möglichen Korrekturbedarf	187
(1)	Ausnahmsweise anerkannter Präferenzwandel	187
(2)	Nachträgliche Veränderung der Restriktionen	188
(3)	Initiale Fehleinschätzung	189
cc)	Verhaltensanreize für die Beteiligten	191
b)	Bewertung der Effizienz	192
aa)	Förderung gesamtwohlfahrtssteigernder Austausche durch die flexibilitätsbedingt gesteigerte Attraktivität des Mediums?	192
bb)	Eindämmung gesamtwohlfahrtsgefährdender Einbußen durch Disziplinierung?	194
(1)	Disziplinierende Wirkung	194
(2)	Bedeutsamkeit vor dem Hintergrund verhaltensökonomischer Erkenntnisse	195
(3)	Bewertung als simultaner Einsatz von „Gas und Bremse“	196
cc)	Entwertung des Mediums durch Effektivitätsverlust oder markante Verteuerung	197
dd)	Effizienzsichernder Ausgleich durch Einführung einer Ersatzpflicht des Widerrufenden als faktischer Effizienzvorbehalt?	199
c)	Abwägendes Fazit	201
3.	Kenntniserfordernis	201
a)	Einordnung und grundsätzliche Wirkungsweise eines Kenntniserfordernisses	202
b)	Möglichkeit einer prognoseleitenden Typisierung der Bewerber?	203
c)	Komplexität durch offene Nutzenfunktion und verhaltensökonomisch anerkannte Abweichungen vom Rationalverhalten	204
aa)	Offene Nutzenfunktion: Demotivation altruistischer Bewerber durch einen kenntnisunabhängigen Anspruchserwerb?	204
bb)	Verhaltensökonomische Erkenntnisse: <i>bias</i> -bedingte Demotivation durch Kenntnisab- oder -unabhängigkeit?	206
(1)	Begrenztes Eigeninteresse aus Gerechtigkeitserwägungen	207
(2)	<i>Crowding out</i> -Phänomen	208
d)	Fazit	210
4.	Fazit der rechtsökonomischen Betrachtung	210
III.	Fazit für das Harmonisierungspotenzial	211

§ 4 Synthese und Ausblick – Konflikt oder Vereinbarkeit? Potenzial des reflektierten methodischen Eklektizismus	212
A. Konflikt oder Vereinbarkeit?	212
I. Analytische Erfassung theoretischer Konzepte	213
II. Verhältnis der methodischen Ansätze am Beispiel ausgewählter Schlaglichter	214
1. Ausschlusskriterium eines inkompatiblen Menschenbildes?	215
2. Stellenwert gesellschaftlicher Werte – Selbstzweck oder Instrument?	218
3. Methodenpluralistisches Bewusstsein als Voraussetzung einer produktiven Synthese	220
III. Quintessenz unterschiedlicher Denkstrukturen	221
B. Ausblick	222
I. Konsensfähige Konzeption öffentlicher Belohnungsaussetzung	223
II. Fundierung eines einseitigen Verpflichtungsgrundes	224
III. Potenzial einer bei reflektiertem Umgang fruchtbaren Synthese	225
C. Vorschlag einer realisierbaren Synthese	227
Literaturverzeichnis	229
Sachregister	260

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACQP	Acquis Principles
a.E.	am Ende
Ala. L. Rev.	Alabama Law Review
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. Sociol. Rev.	American Sociological Review
Anglo-Am. L. Rev.	Anglo-American Law Review
Ann. Surv. Int'l & Comp. L.	Annual Survey of International and Comparative Law
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
Art.	Artikel
B. & Ad.	Barnewell and Adolphus' Reports
B. & Ald.	Barnewell and Alderson's Reports
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Begr.	Begründer
Berlin. J. Soziol.	Berliner Journal für Soziologie
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Bing.	Bingham's Reports
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
Burr.	Burrow's King's Bench Reports
bzw.	beziehungsweise
C.A.	Court of Appeal
Cal. L. Rev.	California Law Review
CESL	Common European Sales Law
Ch.	Chancery Law Reports
Chan. Rep.	Reports in Chancery
chapt.	chapter(s)
Ch.D.	Law Reports, Chancery Division
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CJLJ	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
C.L.J.	Cambridge Law Journal
C.L.R.	Commonwealth Law Reports
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Co. Rep.	Coke's King's Bench Reports
C. & P.	Carrington and Payne's Reports

ders./dies.	derselbe/dieselbe(n)
d. h.	das heißt
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
dogm. Jb.	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts
EBOR	European Business Organization Law Review
Edin. L. Rev.	Edinburgh Law Review
Einl.	Einleitung
E.R.	English Reports
ERCL	European Review of Contract Law
EU	Europäische Union
EuR	Zeitschrift Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWCA Civ.	Court of Appeal of England and Wales Decisions (Civil Division)
EWHC (Comm.)	High Court of England and Wales Decisions (Commercial Court)
f./ff.	folgende(n)/fortfolgende(n)
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
German L.J.	German Law Journal
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
Hrsg.	Herausgeber
i.Erg.	im Ergebnis
i. e. S./i. w. S.	im engeren Sinne/im weiteren Sinne
i.F.	im Folgenden
i.H.v.	in Höhe von
Integration	Vierteljahresschrift des Instituts für Europäische Politik in Zusammenarbeit mit dem Arbeitskreis Europäische Integration
Int'l & Comp. L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
intro.	introduction
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
i.S.v./i.S.d.	im Sinne von/im Sinne des/der
Jb. SozWiss.	Jahrbuch für Sozialwissenschaft
J. Consumer Pol'y	Journal of Consumer Policy
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Fin.	Journal of Finance
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
JherJb	Jherings Jahrbücher
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J.L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics, & Organization
J. Legal Hist.	Journal of Legal History
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies

J. Personality & Soc. Psychol.	Journal of Personality and Social Psychology
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
K.B.	Law Reports, King's Bench
Konst. Bl.	Konstanzer Blätter für Hochschulfragen
KritVj	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
La. L. Rev.	Louisiana Law Review
LG	Landgericht
L.Q.R.	Law Quarterly Review
L.R.	Law Reports
L.T.	Law Times Report
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
M.L.R.	Modern Law Review
MMR	Multimedia und Recht
Mot.	Motive
m.w.N./m.N.	mit weiteren Nachweisen/mit Nachweisen
Neubearb.	Neubearbeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.Z. L. Rev.	New Zealand Law Review
o. ä.	oder ähnliche(s)
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
PECL	Principles of European Contract Law
Phil. Iss.	Philosophical Issues – Social, Political, and Legal Philosophy
princ.	principle(s)
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rationality & Soc.	Rationality and Society
rec.	recital
RJ	Rechtshistorisches Journal
Rn.	Randnummer(n)
RW	Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S.	Seite(n)
S. African L.J.	South African Law Journal
sect.	section(s)
sog.	sogenannte/(s)/(r)
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Suffolk U. L. Rev.	Suffolk University Law Review
SZVS	Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review

Tz.	Teilzeichen
u. a.	unter anderem/n
U.C. Davis L. Rev.	University of California Davis Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UKHL	House of Lords, United Kingdom
Unidroit	International Institute for the Unification of Private Law
Urt.	Urteil
USA	United States of America
usw.	und so weiter
v.	von/m oder versus
v. a.	vor allem
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Verf.	Verfasser
vol.	volume(s)
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
W.L.R.	Weekly Law Reports
Wm. & Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
Würtl. Arch.	Württembergisches Archiv für Recht und Rechtsverwaltung mit Einschluss der Administrativjustiz
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yale L.J.	Yale Law Journal
Y.B.	Year Books
Yel.	Yelverton's King's Bench Reports
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfS	Zeitschrift für Soziologie
ZfWiPo	Zeitschrift für Wirtschaftspolitik
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Roma- nistische Abteilung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

§ 1 Einleitung in Untersuchungsgegenstand und Methodik

„Jede Wissenschaft bedient sich bestimmter Methoden, Arten des Vorgehens, um Antworten auf die von ihr gestellten Fragen zu erlangen. Welcher Methoden bedient sich die Rechtswissenschaft?“¹ Die Wirkmacht dieser Frage aus berufenem Munde besteht heute angesichts zunehmender Komplexität und Quantität geschuldeten Herausforderungen an eine moderne Rechtswissenschaft unangefochten. Schon immer wurde und wird (rechts-)wissenschaftliche Erkenntnis auf unterschiedlichen Wegen angestrebt, allerdings oftmals ohne die gegebenenfalls disziplinübergreifende oder -kombinierende Herkunft der sachlich relevanten Gedanken² offenzulegen. So finden sich Beispiele historischer wie jüngerer Natur von Theoriegebäuden, die aus Bausteinen verschiedener Denkweisen gezimmert sind. In seiner, zu ihrer Zeit bahnbrechenden, fast beiläufig im Zuge der argumentativen Ablehnung kirchlicher Zwangsrechte entwickelten Vertragstheorie bringt Moses Mendelssohn im 18. Jahrhundert, geädelt gerade durch eine, entgegen grundsätzlich großer Anerkennung vorgebrachte Kritik der damals wie heute wirkmächtigen Größe Immanuel Kants,³ ökonomisch anmutende Gedanken der Ressourcenallokation in Verbindung mit einer religiös bestimmten Ordnung vor.⁴ Ebenso entwirft der heute,

¹ Larenz, S. 5.

² Für einen Zusammenschluss relevanter Disziplinen, da etablierte Kategorien sachlich vielfach fehlleiteten: *Kirchgässner*, S. 1.

³ *Kant*, S. 100: „die mühselige und doch immer vergebliche Bestrebung der Rechtsforscher (z. B. Moses Mendelssohn [...]“); hierzu *Dedek*, 32 OJLS (2012), 713, 714 m.N.

⁴ Mendelssohns Vertragstheorie kombiniert eine religiöse Weltordnung mit (ökonomischen) Auswahlentscheidungen, indem sie auf der Vorstellung aufbaut, dass ein Netz unvollkommener Rechte und korrespondierender Pflichten besteht, innerhalb dessen das Individuum die Freiheit genießt, (Zuweisungs-)Entscheidungen zu treffen und sich auf diesem Wege zu verwirklichen. Angesichts begrenzter Ressourcen können diese nicht allen Bedürftigen zuteilwerden. Das Individuum, dem eine Ressource zur Verfügung steht, kann die Entscheidung über dessen Nutzung sich selbst oder einem anderen zuweisen, wodurch in letzterem Fall dessen vormals unvollkommenes Recht zu einem vollkommenen reift. Ein solches konkretisiertes, als vollkommenes erzwingbares Recht kann der Kirche logisch nicht erwachsen, weil eine, die unvollkommene Rechtestruktur begründende, Bedürftigkeit für sie als Repräsentantin Gottes wegen dessen Allmacht notwendigerweise ausscheidet. Insoweit entwickelt Mendelssohn eine im Wechselspiel ökonomischer Prinzipien wie (optimaler) Ressourcenallokation und Beförderung des Eigenwohls bzw. religiös geprägter Selbstvervollkommnung innerhalb einer religiösen Grundausrichtung stehende Theorie, in der sich privatrechtliche Bindung in Gestalt von Verträgen aus zwei kumulativen Quellen begründet, einer „ökonomisch guten“ bzw. sinnvollen Ressourcenallokation und der über die Selbstvervollkommnung implizierten göttlichen Befürwortung. Siehe *Mendelssohn*, insbesondere S. 17 ff., 23 ff., 29 ff., 32 ff., 45 ff., 50 ff., u. a.

primär im englischsprachigen Raum bedeutende Vertragstheoretiker Charles Fried mit seinem *promissory principle* eine Willentheorie in funktionaler Ausrichtung⁵, die jedoch in ihrem letzten, abschließenden Argumentationsschritt eine rechtfertigende moralische Stütze sucht.⁶ Der Erkenntnismehrwert eines kombinatorischen Vorgehens steht außer Frage, insoweit lebensweltliche Phänomene an der Schnittstelle verschiedener Disziplinen zwangsläufig nur fragmentarisch erfassbar sind. Allerdings könnte er durch eine differenzierte Wahrnehmung und Anwendung verschiedener Blickwinkel gesteigert werden, weil dies zum Vorschein bringt, dass oftmals unbewusst bestimmte Paradigmen als Selbstverständlichkeit zugrunde gelegt werden. Multiperspektivität schafft die Voraussetzung für eine fundierte Auseinandersetzung, indem sie Unzulänglichkeiten eindimensionaler Sichtweisen enttarnt und ein anerkanntermaßen nicht absolutes, der gegenständlichen Verzahnung Rechnung tragendes, theoretisch und methodisch differenziertes Bild zeichnet.⁷

„Das Recht, die Collisionsfälle zu entscheiden, selbst ist [...] ein unkörperliches Gut des unabhängigen Menschen; in so weit es ein Mittel zu seiner Glückseligkeit werden kann.“ (50), „Demnach ist ein Vertrag nichts anders, als von der einen Seite die Ueberlassung, und von der andern Seite, die Annahme des Rechts, in Absicht auf gewisse, dem Versprecher entbehrlliche Güter, die Collisionsfälle zu entscheiden. [...] Das Entscheidungsrecht [...] ist durch diese Abtretung das Gut meines Nächsten, das Seine geworden, und ich kann es ihm [...] nicht wieder entziehen. De[r] [unvollkommene] Anspruch, [...] [ist] in ein vollkommenes Recht übergegangen, das er sich mit Gewalt zu erzwingen befugt ist.“ (51 f.) sowie zur Ablehnung kirchlicher Zwangsrechte deutlich u. a. S. 57, 61 f.; anschaulich erläuternd *Dedek*, 32 OJLS (2012), 713, 717 f.

⁵ *Fried*, 1981, u. a. S. 13 ff. zur argumentativ dreistufigen Begründung des Verpflichtungsgrundes des Vertrags; prägnant dargestellt z. B. bei *Unberath*, S. 71 ff. Zu funktionalen und deontologischen Theorien vgl. § 4 Rn. 4.

⁶ Dieser Rückgriff ist erheblicher Kritik ausgesetzt; *Unberath*, S. 75 führt ihn darauf zurück, dass Fried „seiner eigenen Begründung [...] nicht genügend traut“. Kritisch auch *Swain*, 17 Edin. L. Rev. (2013), 1, 1 f.; *Smith*, S. 49. Weiterführend zu Frieds Theorie als „Kind ihrer Zeit“, die einen Gegenpol zur Aufbruchsstimmung setzt, das Vertragsrecht als eigenständige Kategorie aufzuheben, siehe *Kronman*, 91 Yale L.J. (1981), 404, 404, 406 f. sowie zur Deutung als eine in Kantischer Tradition stehende *Unberath*, S. 72 m.w.N. In der Tat klassifiziert der Autor selbst sein Theoriegebäude nachträglich als Reaktion insbesondere auf die *Death of Contract*-Bewegung; *Fried*, 2015, S. 1, 3 f.; *ders.*, 45 Suffolk U. L. Rev. (2012), 961, 961 f., 977. Zur, nach dem plastisch betitelten Werk Grant Gilmores „The Death of Contract“ (1974) benannten Bewegung, vertragliche Haftung in eine allgemeine Delikt- oder Restitutionshaftung einzugliedern und das Vertragsrecht als Kategorie aufzulösen, z. B. *Unberath*, S. 71 f., 211 ff. m.w.N.; vgl. *Lomfeld*, S. 267 („Totengräber des Vertragsrechts“). Darstellend zu diesen wie entsprechenden Bestrebungen im deutschen Recht, die allerdings, u. a. als mit der deutschen Anspruchsdogmatik unvereinbar, abgelehnt werden: *Weller*, S. 560 ff.; *Thier*, in: HKK-BGB (2007), § 311 I Rn. 26 m.w.N. Kritisch darstellend *Kimel*, S. 86 ff.; befürwortender *Downes*, S. 43.

⁷ Vgl. prononciert die These bei *Beckert*, Berlin. J. Soziol. 22 (2012), 247, insbesondere 248 f., 253, 255 f., 259, 262, dass wirtschaftliche Aktivität in ein Gewebe insbesondere sittlicher (Wert-)Vorstellungen eingebettet ist, die in eine Analyse einbezogen werden müssen. Vgl. hierzu insbesondere § 4, A. II. 2.

Daher werden im Folgenden Vorgehensweise und Denkstil⁸ der jeweiligen methodischen Perspektive bzw. nationalen Rechtsordnung bewusst und in der Überzeugung fokussiert, dass ein solches reflektiertes Vorgehen fruchtbar und belebend ist: Wird die gedankliche Herkunft offengelegt, mögen präsentierte Argumente zwar durch getroffene Annahmen oder disziplinimmanente Defizite in ihrer Überzeugungskraft relativiert und absolut geschwächt werden. Darin liegt gleichwohl ein entscheidender Gewinn, als zwar kein schwarz-weißes, aber ein in seinen Graustufen schärferes Bild entsteht. Folglich übt die Arbeit Zurückhaltung in endgültigen, pauschalisierend Gültigkeit beanspruchenden – allerdings besser handhabbaren – Aussagen. Sie soll dabei nicht destruktiv desillusionierend wirken, sondern verfolgt den Anspruch, dafür zu sensibilisieren, wie stark ein Ergebnis von seinem Auffindungsprozess abhängig ist. So verdeutlicht der weitgehend separierte, insbesondere in zwei methodische, potenziell synthetisierbare Stränge gespaltene Aufbau der Untersuchung, wie stark Erkenntnisse an den eingenommenen Blickwinkel gekoppelt sind.⁹ Dies soll das Bewusstsein dafür schärfen, dass die Rechtswissenschaft als Wissenschaft nicht neutral vorgeht: Oftmals wird der Ausgangspunkt getroffener Annahmen und Ziele, anders als in der Ökonomie¹⁰, nicht offengelegt und der Eindruck erweckt, die Realität werde neutral und ohne einen Filter oder eine Brille¹¹ erfasst, obwohl bereits zugrunde liegende Wahrnehmungen notwendigerweise selektiv und oftmals gefärbt sind. Die Untersuchung zielt darauf ab, in ihrer Gesamtheit zu illustrieren, dass ein reflektierter methodenpluralistischer Ansatz in der rechtswissenschaftlichen Forschung zu womöglich weniger weitreichenden, aber stichhaltigeren Aussagen führt. Dies geht als Metaebene im dreigliedrigen Erkenntnisinteresse auf, das sich anhand der rechtlichen Behandlung öffentlicher Belohnungsaussetzung im deutschen und englischen Recht hinsichtlich der Konstruktion und zwei anknüpfender Fragestellungen entfaltet (A.). Die zum Einsatz kommende

⁸ Zur Schwierigkeit interdisziplinären Vorgehens, dass ob fehlenden Verständnisses für die Denkmodelle (anderer) Wissenschaftsdisziplinen oftmals nur eine Auseinandersetzung mit Ergebnissen stattfinde: *Kirchgässner*, S. 1. Zum zu erkundenden, mitunter gesellschaftlich oder kulturell geprägten Denkstil einer Rechtsordnung oder Disziplin: *Schurig*, in: FS Großfeld, S. 1089, 1093, 1096, 1102 m.w.N.; *Pawlowski*, § 11, Rn. 453 ff.

⁹ Vgl. *Klöhn*, in: Fleischer/Zimmer, S. 83, 84: „Veränderte die Wissenschaft ihren Denkstil, veränderten sich auch die Bilder, die sie von der Wirklichkeit zeichnete.“

¹⁰ Auch diese erfährt insoweit allerdings – obgleich nur eingeschränkt berechnete – Kritik. Hierzu mit anekdotischer Einführung *Polinsky*, S. 2.

¹¹ Zu einem reflektierten Umgang insbesondere mit den angesprochenen systemimmanenten Vorgaben *Kirchgässner*, S. 4 f. zum Beispiel der – nicht disziplingekoppelten – Prämisse der Wertfreiheit. Vgl. zu entsprechender Kritik fehlender Offenlegung in rechtsökonomischen Untersuchungen: *Schmolke*, S. 90. Vgl. *Lüdemann*, in: Engel u. a., S. 7, 16, 18 ff., ob des Vorwurfs einer „Unterkomplexität“ ökonomischer Modelle dazu, dass auch Juristen die Realität nur selektiv wahrnehmen. Vgl. abstrakt *Smith*, S. 51. Vgl. zum Bild der Brille die Systemtheorie Niklas Luhmanns, nach der verschiedene Bereiche der Gesellschaft, obwohl es Überschneidungen gibt, grundsätzlich eigenständig und ausschließlich nach ihren jeweiligen Maßstäben agieren, siehe z. B. *Luhmann*, S. 165 ff. zu materiell leitenden Programmen wie Rechtssystemen und dem mechanisch agierenden, binären Code von Recht/Unrecht des Rechtssystems.