

1. Die Willenstheorie (*will theory*)

Wie schon verdeutlicht, findet das südafrikanische Recht (und damit Vertragsrecht) seine wesentlichen Quellen im römisch-holländischen Recht, welches unbestreitbar auf römischem Recht basierte.¹²¹ Römisches Recht kannte zwar das Konzept der wechselseitig abgegebenen Erklärungen, die dann zu Schuldverhältnissen im Sinne von Verträgen führten.¹²² Eine Konzeptualisierung oder Definition eines Konsensbegriffes für vertragliche Beziehungen existierte indes nicht, obgleich eine entsprechende Tendenz wenigstens ableitbar ist.¹²³ Die eigentliche Entwicklung hin zu einem methodisch untermauerten Begriff *consensus* geschah erst im Zuge der Rezeptions- bzw. Wiederbelebungsbewegungen in ihren verschiedenen Stadien und Ausprägungen.¹²⁴ Vor dem bereits beschriebenen Hintergrund, dass das römisch-holländische Recht in Gestalt seiner Vertreter bzw. deren Werke als autoritär für das südafrikanische Privatrecht galten (und gelten),¹²⁵ mag an dieser Stelle einer ihrer wichtigsten Hauptvertreter hervorgehoben sein. Hugo Grotius legte in seinen Werken “De Jure Belli ac Pacis“

¹²¹ Siehe oben S. 20.

¹²² *Inst.* 3.15; Christie, 24; Kaser, 46, 188; Zimmermann, 537 ff.

¹²³ Zimmermann, 561-562; Dulckeit/Schwarz/Waldstein, 75, 145, 146; Kaser, 53-54; 180; Van der Merwe *et al.*, 17; Joubert, 26. Zwar fehlt dem römischen Recht eine allgemeine Umschreibung des Konsensprinzips, was wohl auch damit zusammenhängt, dass Konsensualverträge begrenzt waren (Kauf - *emptio venditio*; Verdingung - *locatio conductio*; Gesellschaft - *societas*; Auftrag - *mandatum*). Jedoch läßt sich im Zuge der Behandlung der Irrtumsproblematik, also sozusagen bei der Negativausgestaltung, die Behandlungsweise der Thematik ausmachen – *D.18.1.9 In venditionibus et emptionibus consensus debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensus, emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiat, apparet nullam esse emptionem. 1. Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat. 2. Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope ousia est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. In ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.*

¹²⁴ Zimmermann, 537-545, 559-569; Joubert, 27-30; siehe oben S. 20.

¹²⁵ Siehe oben S. 22.

und “Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheyd“ entscheidende Grundlagen für das Recht Hollands (und damit der Niederlande) und prägte wegen der erfolgten Übernahme dieses Rechtes auch die Vertragslehre in Südafrika entscheidend.¹²⁶ Der freie Wille der einen Seite, sich rechtlich binden zu wollen und eine entsprechende Äußerung zu tätigen, als auch die ebenfalls von einem entsprechenden Willen getragene Akzeptanz der mit dem Versprechen konfrontierten Gegenseite waren erkennbar wesentlich für die Existenz einer vertraglichen Bindung.¹²⁷ Weitere Autoritäten der römisch-holländischen Rechtsschule gaben diesem Konzept Legitimation.¹²⁸ Der freie Wille als Grundlage des Vertrages fand demnach frühzeitig den Weg in das südafrikanische Vertragsrecht und wurde von den Gerichten hinreichend bestätigt.¹²⁹ Als Beschreibung der daraus erwachsenen Theorie kann exemplarisch auf Jouberts Formulierung verwiesen werden.

„According to this theory, sometimes called the subjective approach, the basis of the contract is the will of the parties. The parties must not only intend

¹²⁶ Die Wirkung, die er bis heute hat, mag man daran erkennen, dass er noch heute vom Supreme Court of Appeal zitiert wird. In *Southernport Developments (Pty) Ltd v Transnet Ltd* 2005 (2) SA 202 (SCA) §7: „Our law has, however, long accepted that principal parties to a contract may delegate to a third party the responsibility of fixing certain terms. Thus parties may validly agree that the price of an article sold may be fixed by a named third party (Grotius 3.14.23) and they may leave the determination of the rental in a lease agreement to a particular arbitrator (Voet 19.2.7).“.

¹²⁷ Grotius *Inleiding* 3.1.10; Grotius *De Jure Belli ac Pacis*, 2.4.3; 11.3 und 4. Es sei bemerkt, dass die Weiterentwicklung durch Wolff und Puffendorf, die letztlich zu der weiteren Präzisierung des Konsensgedankens und der Schaffung des im deutschen Recht nicht wegzudenkenden Begriffes der Willenserklärung führte, erst später erfolgte und wegen der Nichtzugehörigkeit zum römisch-holländischen Recht diese (verfeinerten) Konzepte keinen unmittelbaren Zugang in das südafrikanische Vertragsrecht fanden, vgl. Zimmermann, 567-569. Die Frage nach der *redelijke oorzaak*, die unmittelbar mit dem Thema der Vertragsgrundlage verbunden ist, wird später behandelt (siehe unten S. 40).

¹²⁸ Van Leeuwen (2), 4.2.2.: „All obligations must arise out of a free and full exercise of the will.“; Voet, 2.14.1; 2.14.9; 44. 7. 1. 4.; Van der Linden, 188: „All contracts derive their validity from the mutual and free consent of the contracting parties [...]“. Siehe auch Lee, 208 ff.

¹²⁹ *Rose-Innes Diamond Mining Co Ltd v Central Diamond Mining Co Ltd* (1883) 2 HCG 272; *Potgieter v New York Mutual Life Insurance Society* (1900) 17 SC 67; *Joubert v Enslin* 1910 AD 6; *Wodds v Walters* 1921 AD 303; *R v Cramer* 1948 (3) SA 48 (N); *Salisbury Municipal Employees association v Salisbury City Council* 1957 (2) SA 554 (SR); *Swart v Vosloo* 1965 (1) SA 100 (A); *Nicolau v Navarone Investments (Pty) Ltd* 1971 (3) SA 883 (W); *Cinema City (Pty) Ltd v Morgenstern Family Estates (Pty) Ltd and others* 1980 (1) SA 796 (A).

to be bound by their statements but must also agree as regards the contents of the contract.”¹³⁰

2. Die Erklärungstheorie (*declaration theory*) und die Vertrauensstheorie (*reliance theory*)

Die Lösung von Fällen, in denen es allerdings gerade fraglich ist, ob ein Konsens zwischen den Parteien vorliegt, kann erkennbar allein mit der Anwendung der *will theory* kaum zu sachgerechten Ergebnissen führen. Auszugehen ist von der Situation, dass eine Partei, aus welchen Gründen auch immer, den Bestand eines konkreten Vertrages leugnet.¹³¹ Zur Lösung dieser Problemfälle lassen sich vornehmlich zwei Ansätze denken, die eine vertragliche Verbundenheit trotz einer nicht existenten (oder im nachhinein bestrittenen) Willensübereinkunft, zu konstruieren vermögen. Zum einen mag man sich ausschließlich am (objektiv) Erklärten orientieren und somit den wirklichen Willen des Erklärenden ignorieren (*declaration theory*).¹³² Der andere Ansatz besteht darin zu fragen, ob einer der Beteiligten darauf trauen konnte, wobei natürlich dieses Vertrauen seine Veranlassung erfahren haben muss, dass ein Vertrag bestünde – unabhängig vom tatsächlichen Willen des anderen (*reliance theory*).¹³³

2.1. *Declaration theory*

Bei stringenter Umsetzung der *declaration theory* wäre allein der objektive Erklärungsgehalt maßgeblich, mit der Folge, dass vertragliche Beziehungen völlig

¹³⁰ Joubert, 79. Eine andere Formulierung mit gleichem Gehalt bieten Van der Merwe *et al*, 19: „According to the will theory a contractant is legally bound to his contract because, and in so far as, there is an actual meeting of minds, in the sense of coinciding intentions, between him and his co-contractant.”. Und siehe: *LAWSA* Vol 5 (1) §§126-127; Pretorius “The basis of contractual liability (2): Theories of contract (will and declaration)” (2005) 68 *THRHR* 441 ff

¹³¹ Siehe zu den zahlreichen Möglichkeiten von *defects* S. 135 ff.

¹³² Joubert, 80; Hahlo/Kahn *Union*, 441-442; Christie, 25; Van Aswegen “The Future of South African Contract Law” (1994) 57 *THRHR* 448 ff.

¹³³ Van der Merwe *et al*, 35; Joubert, 80; Christie, 26 ff (der den Begriff *quasi-mutual assent* verwendet).

autonom vom Willen der Parteien entstehen könnten.¹³⁴ Die Bedeutung dieses Ansatzes und der immer noch darüber geführte wissenschaftliche Diskurs ist wohl vor allem auf eine Entscheidung aus dem Jahr 1924 zurückzuführen.

„The law does not concern itself with the working of the minds of parties to a contract, but with the external manifestation of their minds. Even therefore if from a philosophical standpoint the minds of the parties do not meet, yet, if by their acts their minds seem to have met, the law will, where fraud is not alleged look to their acts and assume that their minds did meet and that they contracted in accordance with what the parties purport to accept as a record of their agreement. This is the only practical way in which Courts of law can determine the terms of a contract.”¹³⁵

Die Reaktion der Wissenschaft auf dieses *dictum* war und ist vor allem von Kritik geprägt.¹³⁶ Die tatsächliche Reichweite dieser Entscheidung ist nach Ansicht einiger Autoren wohl begrenzt, wobei diese versuchen, die insoweit deutliche Aussage zu relativieren.¹³⁷ Obschon die Äußerung der Appellate Division nicht so gravierende Wirkungen zeitigte, wie nach den klaren Worten zu vermuten stünde, und es auch nachgängige Entscheidungen gibt, die diese drastische Abkehr vom Konsensprinzip ablehnen bzw. relativieren,¹³⁸ sind doch auch

¹³⁴ De Wet/Van Wyk, 12-13; Van der Merwe *et al*, 34; Kerr, 19-25; Pretorius “The basis of contractual liability (2): Theories of contract (will and declaration)” (2005) 68 *THRHR* 459: „[...] since the declaration theory premises contractual liability prely on objective, coinciding declarations of intention, it potentially creates the situation that a contract may be imposed which neither party wants.”.

¹³⁵ Wessels JA in *South African Railways & Harbours v National Bank of South Africa Ltd* 1924 AD 704, 715-716.

¹³⁶ Kahn, 17: „A theory which disregards the mental attitude of every contracting party is unsupportable.”; Kerr, 20-25; De Wet/Van Wyk, 12-13.

¹³⁷ Van der Merwe *et al*, 34: „These words have been branded as an expression of a primitive type of formalism [...] The criticism is probably too strong. [...] Outright support for a declaration theory should therefore not be read into the words of Wessels JA.”; Christie, 25, der sich auf Steyn CJ in *Trollip v Jordaan* 1961 1 SA 238 (A) bezieht und meint, Wessels Worte: „[...] should not be taken literally [...]“.

¹³⁸ *Saambou-Nasionale Bouvereniging v Friedman* 1979 (3) SA 978 (A) 993: „In die algemeen word geleer dat die grondslag van `n ooreenkoms *consensus ad idem*, wilsooreenstemming tussen die partye, is. Ons bronne, literatuur en regspraak is deurspek met `n terminologie en stellings wat daarop dui dat met *consensus* bedoel word die saamval van wat elke party werklik (psigologies) will. As dit inderdaad die grondlag van ooreenkoms en kontraktuele aanspreeklikheid is (die `wilsteorie`) dann volg die antwoord op die onderhawige geval byna vanselfsprekend.“[Im allgemeinen Sprachgebrauch ist die Grundlage für ein Übereinkommen *consensus ad idem* zwischen den Parteien. Unsere Quellen, Literatur und Rechtssprache sind durchdrungen von einer

Entscheidungen in entgegengesetzter Richtung zu verorten.¹³⁹ Da hier grundsätzliche Fragen betroffen sind, fordert Kerr wohl zu Recht und mit Blick darauf, dass in anderen Rechtsgebieten die Gerichte sich sehr wohl mit „[...] the working of the minds [...]“ beschäftigen,¹⁴⁰ dass der Supreme Court of Appeal die Entscheidung außer Kraft setzen sollte und bis dahin die übrige Rechtsprechung wegen der gewichtigen Gegenstimmen, die Entscheidung in *South African Railways* nicht als bindend werten sollte.¹⁴¹

Terminologie die darauf abstellt, dass *consensus* ist, was jede Partei wirklich will. Da dies in der Tat die Grundlage vertraglicher Haftung ist (die Willenstheorie), folgt die Antwort im vorliegenden Fall beinahe wie von selbst. – meine Übersetzung]; *Mondorp Eiendomsagentskap (Edms) Bpk v Kemp en De Beer* 1979 (4) SA 74 (A); *Societe Commerciale De Moteurs v Ackermann* 1981 (3) SA 422 (A); *Steyn v LSA Motors Ltd* 1994 (1) SA 49 (A).

¹³⁹ *I Pieters & Co v Salomon* (bereits) 1911 AD 121; in *Worman v Hughes* 1948 (3) SA 495 (A) 505: „[...] in an action on a contract, the rule of interpretation is to ascertain, not what the parties' intention was, but what the language used in the contract means [...]“; *National & Overseas Distributors Corporation (Pty) Ltd v Potato Board* 1958 (2) SA 473 (A); *Allen v Sixteen Stirling Investments (Pty) Ltd* 1974 (4) SA 164 (D); *Van Aswegen v Fechter* 1939 OPD 78, 86: „Met'n innerlike ooreenstemming van die wil van twee is die reg nie gemoeid nie; dit is slegs 'n psigologiese verskynsel nie'n regshandeling nie“ [Mit innerlicher Übereinstimmung des Willen zweier Personen ist nicht das Recht gemeint – sondern lediglich eine psychologische Erscheinung, aber keine Rechtshandlung. – meine Übersetzung]; *Fiat SA v Kolbe Motors* 1975 (2) SA 129 (O) 137: „Die bedoeling om'n ooreenkomste te sluit word nie bepaal by wat'n persoon in die binnekamers van sy gedagtes heimlik mag beoog nie, maar by wat hy doen en hoe hy teenoor sy medemens handel.“ [Der Inhalt eines Übereinkommens wird nicht dadurch bestimmt, was eine Person sich im inneren heimlich anstrebt, sondern durch die Bedeutung ihres Handelns. – meine Übersetzung]; *Ridon v Van der Spuy & Partners (Wes-Kaap) Inc* 2002 (2) SA 121 (C): „South African law, as a general rule, concerns itself with the external manifestations, and not the workings of the minds of parties to a contract. (See *South African Railways & Harbours v National Bank of South Africa Ltd.* 1924 AD 704 [...]); *South African Eagle Insurance Co. Ltd. v NBS Bank Ltd* 2002 (1) SA 560 (SCA) §27: „Where two parties negotiate with one another directly and not through representatives they will be bound if, objectively regarded, they appear to have reached contractual consensus. That one or other of the parties did not subjectively intend to do so will not matter. The objective theory of our law of contract dictates that result. Each party is entitled to rely upon the objective manifestations of consensus which emanate from the other.“

¹⁴⁰ Strafrecht: *S v Mini* 1963 (3) SA 188 (A) 196: „In attempting to decide by inferential reasoning the state of mind of a particular accused at a particular time, it seems to me that a trier of fact should try mentally to project himself into the position of that accused at that time. He must of course also be on his guard against the insidious subconscious influence of *ex post facto* knowledge.“; Deliktsrecht: *Dantex Investment Holdings (Pty) Ltd v Brenner and others* NNO 1989 (1) SA 390 (A); Erbrecht: *Lello and others v Dales* NO 1971 (2) SA 330 (A).

¹⁴¹ Kerr, 20-25. Nach meiner Ansicht ist dieser Vorschlag jedenfalls insofern berechtigt, als dass eine höchstrichterliche Klärung wohl im Sinne der Rechtssicherheit wünschenswert ist. Ob diese nun den objektiven Ansatz gänzlich zurückweisen sollte, ist sowohl fraglich als auch nicht unbedingt wünschenswert. Schon der Umstand, dass nach beinahe 90 Jahren die Frage noch zur Diskussion steht, spricht jedoch für eine endgültige (so dies denn möglich ist) Richtungsentscheidung. Zu den „beschwichtigenden“ Argumenten (Van der Merwe *et al* / Christie – vgl. FN 137) formuliert Kerr, 23 im übrigen eine sehr berechtigte Gegenfrage: „One curious feature of the ar-

2.2. *Reliance theory*

Die zweite Theorie, die in Fällen operabel wird, in denen ein Konsens tatsächlich nicht vorliegt, ist die sogenannte *reliance theory*. Zu bemerken ist, dass dieser Ansatz die Kritik der Wissenschaft nicht annähernd so herausgefordert hat, wie es bei der *declaration theory* der Fall war und ist, sondern als in der Sache selbst wohl überwiegend für unproblematisch angesehen wird.¹⁴² Auch in der Rechtsprechung ist sie als korrektives Element zur *will theory* anerkannt, wie sich beispielsweise in *Mondorp Eiendomsagentskap (Edms) Bpk v Kemp en de Beer*¹⁴³ zeigt.

„[...] word vry algemeen anvaar dat die wilsteorie, as grondslag van kontraktuele gebondenheit in ons reg, in gepaste gevalle deur die vertrouensteorie getemper word.“¹⁴⁴

In Kürze formuliert, besteht ihre Bedeutung darin, in relevanten Fällen zu hinterfragen, ob wenigstens eine Partei den Willen zum vermeintlichen Vertrag hatte und diese darüber hinaus vernünftigerweise den Eindruck gewinnen konnte, dass die “vermeintliche“ Vertragspartei ebenfalls einen entsprechenden Willen aufwies, sie also auf das Erreichen eines Konsens vertraut hat und vertrauen konnte.¹⁴⁵

gument that the words should not be taken literally is that that argument involves the claim that the court should be treated in a manner different from that in which , if it acts in conformity with the words, treats the parties to the contract. Why should the court be treated in any way differently from the parties? “. Die Ansicht Zimmermanns, 587: „Abstract theorizing in terms of will and declaration theory does not normally affect the direction of the law in action“, kann meiner Meinung nach als fragwürdig gelten, da die Entscheidungen zeigen, dass gerade wegen der fehlenden klaren und systematischen Gewichtung (unabhängig in welchem Sinne) die Gerichte eine Freiheit genießen, deren Abwesenheit zwangsläufig andere Ergebnisse gezeitigt hätte. Insofern ist Kerr zu folgen, da es nicht um einen rein akademischen Streit geht.

¹⁴² Kerr, 20; Joubert, 80; Christie, 13-14.

¹⁴³ *Mondorp Eiendomsagentskap (Edms) Bpk v Kemp en De Beer* 1979 (4) SA 74 (A).

¹⁴⁴ *Mondorp Eiendomsagentskap (Edms) Bpk v Kemp en De Beer* 1979 (4) SA 74 (A) 78. [[...] wird allgemein akzeptiert, dass die Willenstheorie als Grundlage für vertragliche Haftung in unserem Recht, in geeigneten Fällen durch die Vertrauens Theorie modifiziert/entschärft wird. – meine Übersetzung].

¹⁴⁵ Christie, 14; Van der Merwe *et al*, 35; Joubert, 80; Van Rensburg “Die Grondslag van Kontraktuele Gebondenheit“ (1986) 49 *THRHR* 448 ff; Pretorius “The basis of contractual liability (3): Theories of contract (consideration, reliance and fairness)” (2005) 68 *THRHR* 575 ff; *Hodgson Bros v South African Railways* 1928 CPD 257; *Patel v Le Clus (Pty) Ltd* 1946 TPD 30. In *Irvin*

3. Zwischenbetrachtung

Vorstehende Beschreibung dürfte verdeutlicht haben, dass der freie Willen im südafrikanischen Vertragsrechts – mit der entsprechenden Berufung auf römisch-holländisches Recht – erhebliche Bedeutung genießt. Weiter ist erkennbar, dass dieser Ansatz, der unter der sogenannten *will theory* zusammengefasst ist, nicht durchgehalten wird, sondern von zwei weiteren Konzepten flankiert wird. Die Kritik und gleichermaßen ihre Intensität, die der Entscheidung in *South African Railways* entgegengebracht wird, ist unterschiedlich. Der rigorosen Forderung durch Kerr¹⁴⁶ steht eine gelassenere Ansicht gegenüber. So hält Christie es letztlich für eine Frage der Zweckmäßigkeit, dass die Gerichte sich an objektiven Maßstäben orientieren können und werden, wenn sie den Bestand eines Vertrages zu bewerten haben.¹⁴⁷ Mit Blick darauf, dass eine Kernfrage des Vertragsrechtes betroffen ist, nämlich ob ein objektiver Bewertungsansatz oder ein subjektiver die Oberhand behalten bzw. gewinnen soll, erscheint mir die Ansicht Kerrs überzeugend.

& *Johnson (SA) Ltd v Kaplan* 1940 CPD 647, 651 wurden die Gründe ihrer Berechtigung dargelegt: „[...] if this was not so, it is difficult to see how commerce could proceed at all. All kinds of mental reservations, of careless unilateral mistakes, of unexpressed conditions and the like, would become relevant and no party to any contract would be safe; the door would be opened wide to uncertainty and even to fraud.”.

¹⁴⁶ Kerr, 25.

¹⁴⁷ Christie, 26: „The answer is that a subjective approach came naturally to the older authorities who were making the point (a novel one to those trained in classical Roman law) that agreement is the foundation of contract, and it comes equally naturally to a modern judge who wishes to make the same point without overburdening his judgement by writing a thesis on the phenomena of agreement – [...] In the result it is correct to say that in order to decide whether a contract exists one looks first for the true agreement of two or more parties, and because such agreement can only be revealed by external manifestations one`s approach must of necessity be generally objective.”.