

Pauline Grotz/Stephan Makowka/PD Dr. Sebastian Omlor,
LL.M. (NYU), LL.M. Eur.*

**Vertragsanpassung im englischen, US-
amerikanischen und deutschen Privatrecht – Eine
rechtsvergleichende Betrachtung der
consideration-Doktrin in ihrer Ausprägung als *pre-
existing duty rule* anhand der Entscheidungen
*Williams v Roffey Brothers & Nicholls
(Contractors) Ltd.* und *Angel v Murray***

Abstract

Der folgende Beitrag untersucht rechtsvergleichend die Problemkonstellation der Vertragsanpassung hinsichtlich der Lösungsmodelle in den *Common Law*-Rechtsordnungen in England und den USA vor dem Hintergrund der *pre-existing duty rule* als Ausprägung der *consideration*-Doktrin. Dies erfolgt als praktische Rechtsvergleichung durch Darstellung und Analyse der Entscheidungen *Williams v Roffey Brothers & Nicholls (Contractors) Ltd.*, [1990] 1 All ER 512 für England und *Angel v Murray*, 322 A.2d 630 (RI 1974) für die USA.

* Pauline Grotz und Stephan Makowka studieren seit dem Wintersemester 2012/2013 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Pauline Grotz ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Professor Dr. Marc-Philippe Weller am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht.

Die Grundlage des folgenden Beitrags bilden die schriftlichen Ausarbeitungen der im Rahmen der Vorlesung Rechtsvergleichung im Sommersemester 2014 an der Universität Heidelberg von Pauline Grotz und Stephan Makowka bei PD Dr. Sebastian Omlor, LL.M. (NYU), LL.M. Eur. gehaltenen Referate. Letzterer vertritt im Sommersemester 2015 die Professur im Institut für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht (Abteilung 1) der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

I. Einführung

Ein Apartmentkomplex in London, Streitigkeiten wegen der städtischen Müllentsorgung und aufmüpfige Seeleute vergangener Jahrhunderte haben auf den ersten Blick nicht viel gemeinsam. Hierauf beziehen sich jedoch bedeutende Gerichtsentscheidungen aus dem *Common Law*. Ihnen zugrunde liegt eine für in kontinentalen Rechtsordnungen sozialisierte Juristen wohl befremdlich anmutende Besonderheit des *Common Law*: die *consideration*-Doktrin in ihrer Ausprägung als *pre-existing duty rule* bei Vertragsanpassungen.¹ Diese soll zunächst im Folgenden kurz erläutert werden.

1. *consideration*-Doktrin

„An Englishman is liable, not because he has made a promise, but because he has made a bargain.“² Nach diesem *bargain principle* sind Versprechen aus purer Freigiebigkeit nicht klagbar, es ist vielmehr ein *bargain*, ein Geschäft, erforderlich. Damit eine Parteiabsprache rechtsverbindlich ist, bedarf es im *Common Law* über das Konsensprinzip im engeren Sinn³ mit Angebot und Annahme hinaus zusätzlich einer *consideration*.⁴ Das Versprechen muss hierfür um einer Gegenleistung willen als *quid pro quo* abgegeben sein,⁵ wobei jeder einen Vorteil (*benefit*) auf Kosten des anderen (*detriment*) erlangt.⁶ Fehlt es daran, liegt keine *consideration* vor, wodurch das Versprechen undurchsetzbar wird.⁷ Für eine *consideration* müssen sich Leistung und Gegenleistung nicht wertmäßig entsprechen („*consideration need not to adequate*“⁸),⁹ vielmehr reicht das sprichwörtliche *peppercorn*¹⁰ als Gegenleistung. Allerdings muss die *consideration* zumindest irgendeinen Wert haben („*some value in the eye of the law*“¹¹),¹² d.h. ausreichend (*sufficient*¹³) sein. Zudem ist

¹ Weiterführend: *Friedl*, Consideration und Promissory Estoppel bei Vertragsänderungen im englischen Recht, 1993 (passim); *Frombolzer*, Consideration – US-amerikanisches Recht im Vergleich zum deutschen, 1997 (passim).

² *Cheshire/Fifoot/Furmston*, Law of Contract, 2007, 38.

³ Vertiefend: *Weller*, Die Vertragstreue: Vertragsbindung - Naturalerfüllungsgrundsatz - Leistungstreue, 2009, 65 ff.; *Ders.*, Das Vertrags- und Konsensprinzip, in: Gedächtnisschrift für *Ulrich Hübner*, 2012, 435 ff.

⁴ *Bernstorff*, Einführung in das englische Recht, 2011, 48.

⁵ *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht I, 1996, 86.

⁶ *Atiyah*, Consideration: A Restatement, 1986, 85; *Peel/Treitel*, The Law of Contract, 2007, 3-004.

⁷ *Beatson/Burrows/Cartwright*, Anson's Law of Contract, 2010, 93.

⁸ *Chappell & Co. Ltd. v Nestle Ltd.* (1959) 2 All ER 701.

⁹ *Beale et al.*, Chitty on Contracts, 2012, 3-014.

¹⁰ *Hay*, US-Amerikanisches Recht, 2011, 300; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996, 385.

¹¹ *Bunn v Guy* (1803) 4 East 190.

¹² *Chitty* (Fn. 9), 3-022.

erforderlich, dass sie rechtmäßig ist und sich auf eine gegenwärtige oder künftige Gegenleistung bezieht („*consideration must not be past*“¹⁴).¹⁵ Die Gegenleistung hat vom Versprechensempfänger auszugehen („*consideration must move from the promisee*“¹⁶).¹⁷ Das Erfordernis einer *consideration* dient als Seriositätsindiz. Erlangt jemand durch das Geschäft einen Vorteil, liegt nahe, dass es ernsthaft gewollt war. Außerdem schützt das Erfordernis einer *consideration* den Leichtsinningen vor übereilter rechtlicher Bindung.¹⁸ Das *consideration*-Erfordernis kann durch ein *deed*, d.h. eine (gesiegelte) Urkunde,¹⁹ oder eine triviale Gegenleistung umgangen werden.

2. Vertragsänderung und *pre-existing duty rule*

Eine *consideration* muss auch bei einer Vertragsänderung vorliegen.²⁰ Aus dem Erfordernis der *sufficiency of consideration* folgt, dass man einen *legal value* erhalten muss. Dies führt zur *pre-existing duty rule*. Demnach ist das nochmalige Versprechen einer bereits bestehenden Verpflichtung keine *consideration*.²¹ Vielmehr bedarf es einer *fresh consideration*, eines über das bisherige Gegenversprechen hinausgehenden Vorteils. Bei einer Vertragsänderung, durch die nur eine Partei einen Vorteil erhält, fehlt es an einer *consideration*.²² Dadurch soll vor allem in Fällen von Zwang und Drohung die schwächere Vertragspartei geschützt werden. Das *consideration*-Erfordernis steht jedoch der Vertragsfreiheit entgegen und führt für durch kontinentale Rechtsordnungen sozialisierte Juristen zu merkwürdigen Ergebnissen.²³ In der Kritik steht die *consideration*-Doktrin vor allem wegen dieser Ausprägung als *pre-existing duty rule*.²⁴

Im Folgenden soll durch die Darstellung und Analyse zweier ausländischer Gerichtsentscheidungen ein Blick auf die Problemkonstellation der Vertragsanpassung hinsichtlich der *consideration*-Doktrin im *Common Law* geworfen werden.²⁵ Zunächst wird dabei für England das Urteil *Williams v Raffey Brothers &*

¹³ *Chitty* (Fn. 9), 3-005.

¹⁴ *Re Mc Ardle* (1951) Ch. 669.

¹⁵ *Chitty* (Fn. 9), 3-026.

¹⁶ *Thomas v Thomas* (1842) 2 Q.B. 851, 859.

¹⁷ *Chitty* (Fn. 9), 3-036.

¹⁸ *Hippel*, Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischem Recht, 1963, 74; *Patterson*, An Apology for Consideration, 1958 58 Columbia L.R. 929, 949 f., 963.

¹⁹ *Kötz* (Fn. 5), 125.

²⁰ *Calamari/Perillo*, The Law of Contracts, 1998, § 4.9 (a).

²¹ *Anson's* (Fn. 7), 104; *Fromholzner* (Fn. 1), 131.

²² *Peel/Treitel* (Fn. 6), 3-064.

²³ *Zweigert/Kötz* (Fn. 10), 387.

²⁴ *Patterson* 1958 58 Columbia L.R. 929, 936.

²⁵ Vgl. einführend zum Präjudizienrecht *Lundmark*, JuS 2000, 546 ff.

*Nicholls (Contractors) Ltd.*²⁶ näher besprochen. Sodann folgt für die USA eine Untersuchung des Urteils *Angel v Murray*²⁷. Schließlich werden die einzelnen Instrumente zur Vertragsanpassung in den dargestellten Rechtsordnungen hinsichtlich des deutschen Rechts rechtsvergleichend betrachtet und in einen internationalen Kontext gestellt.

II. Darstellung und Analyse des englischen *Common Law* anhand von *Williams v Roffey Brothers & Nicholls (Contractors) Ltd.*

Für das englische *Common Law*²⁸ erfolgt die Untersuchung zur Vertragsänderung hinsichtlich der *consideration*-Doktrin in ihrer Ausprägung als *pre-existing duty rule* durch Darstellung und Analyse des Urteils *Williams v Roffey Brothers & Nicholls (Contractors) Ltd.*²⁹ Dabei wird zunächst der zugrundeliegende Sachverhalt skizziert. Es folgt die Erläuterung der Entscheidung des *Court of Appeal*, wobei insbesondere eingegangen wird auf die Neudefinition der *consideration*. Einem *Case Law System* entsprechend ist der Blick dabei stets zu richten auf frühere Entscheidungen ähnlicher Thematik. Diese sind *Stilk v Myrick*³⁰ als Ausgangsfall zur *consideration* im englischen *Common Law* sowie exemplarisch *Ward v Byham*³¹. Sodann folgen Kritik, Einordnung und Wirkung der Entscheidung *Williams v Roffey Brothers & Nicholls (Contractors) Ltd.* aus Sicht der englischen Rechtsordnung.

1. Sachverhalt

Das Bauunternehmen *Roffey Brothers & Nicholls (Contractors) Ltd.* (R) verpflichtet sich im September 1985 vertraglich gegenüber der *Shepherds Bush Housing Association Ltd.* (S) dazu, 27 Wohnungen in dem Apartmentkomplex zu renovieren. Bei Nichteinhaltung einer Frist droht R eine Vertragsstrafe (*penalty clause*). Im Rahmen dieses Projekts schließt R am 21.1.1986 einen schriftlichen Vertrag mit dem Handwerker und Subunternehmer *Lester Williams* (W) über die Renovierung der 27 Wohnungen für £ 20.000. Im März 1986 gerät W in finanzielle Schwierigkeiten. Wie R und W wussten, war der vereinbarte Werklohn zu nied-

²⁶ [1990] 1 All ER 512. Weiterführend: *Träger*, Die Auswirkungen der Entscheidung *Williams v Roffey* auf das klassische *consideration*-Erfordernis im englischen Recht, 2009 (passim); Entscheidungsbesprechungen: *Adams/Bronnsword*, Contract, Consideration and the Critical Path, 1990 53 MLR 536 ff.; *Halson*, Sailors, Sub-Contractors and Consideration, 1990 106 LQR 183 ff.; *Phang*, Consideration at the Crossroads, 1991 107 LQR 21 ff.

²⁷ 322 A.2d 630 (RI 1974).

²⁸ Vgl. zur allgemeinen Einführung *Häcker*, JuS 2014, 872 ff.

²⁹ [1990] 1 All ER 512.

³⁰ (1809) 2 Camp. 317.

³¹ [1956] All ER 318.

rig, um auch nur Ws Eigenkosten decken zu können. W teilt R mit, dass er die Arbeit nicht zum vereinbarten Betrag wird erledigen können. Bis zum 9.4.1986 hat W neun Wohnungen und das Dach des Apartmentkomplexes fertig renoviert und bereits £ 16.200 erhalten. Auf Initiative von R kommt es am 9.4.1986 zu neuen Verhandlungen. Es wird ein Bonus von £ 575 für jede weitere rechtzeitig fertiggestellte Wohnung vereinbart. Insgesamt beliefe sich der Bonus für die 18 ausstehenden Wohnungen auf £ 10.300. W arbeitet weiter, erhält noch £ 1.500 und stellt bis zum Mai 1986 acht weitere Wohnungen bis auf kleinere Defekte fertig. Als die Zahlung des vereinbarten Bonus ausbleibt, legt W die Arbeit nieder und klagt auf Zahlung des Bonus für die acht Wohnungen in Höhe von £ 4.600 abzüglich £ 1.900 wegen der nur teilweisen Fertigstellung und kleinerer Defekte sowie die noch ausstehende Zahlung des ursprünglich vereinbarten Betrages in Höhe von £ 2.300. Zentral ist die Frage nach der Wirksamkeit der Forderungserhöhung und damit nach der Wirksamkeit der mündlichen Vertragsänderung.³²

2. Urteil des *Court of Appeal* und frühere Entscheidungen

Der Handwerker W erhält die Bonuszahlung, wenn für das Änderungsversprechen zwischen W und R eine *consideration* vorliegt. Entscheidend ist, dass jeder einen Vorteil erlangt. Für W besteht der Vorteil in der Bonuszahlung. R umgeht durch rechtzeitige Renovierung der Wohnungen die Zahlung der Vertragsstrafe an S und vermeidet den Aufwand und die Kosten, einen neuen Handwerker zu suchen.³³ Allerdings erfolgt die Verhinderung dieser Nachteile bereits aus der Erfüllung des Ausgangsvertrags, nicht erst aus der späteren Vereinbarung. Es liegt kein Vorteil im rechtlichen Sinn (*legal benefit*),³⁴ sondern lediglich ein praktischer Vorteil (*practical benefit*) vor.³⁵

In einem *Case Law System* ist der Blick stets zu richten auf vorangegangene Entscheidungen ähnlicher Thematik.³⁶ Im Folgenden werden die Urteile *Stilk v Myrick*³⁷ und (exemplarisch) *Ward v Byham*³⁸ hinsichtlich ihres Verhältnisses zu *Williams v Roffey* besprochen. Zudem soll das Rechtsinstitut des *economic duress* als Konkurrenzmodell zur *consideration* erläutert werden.

a) *Stilk v Myrick*

³² [1990] 1 All ER 512, 517 ff.

³³ [1990] 1 All ER 512, 518.

³⁴ *Peel/Treitel* (Fn. 6), 3-006.

³⁵ [1990] 1 All ER 512, 518.

³⁶ Vgl. *Häcker*, JuS 2014, 872 874 f.

³⁷ (1809) 2 Camp. 317.

³⁸ [1956] All ER 318.

Die Entscheidung *Stilk v Myrick*³⁹ stellt den Ausgangsfall zur *consideration* bei Änderungsversprechen dar. Bei *Williams v Roffey* handele es sich in den Worten von Lord Justice Purchas um einen „classic *Stilk v Myrick case*“.⁴⁰ Es geht um eine Schiffsreise, in deren Verlauf zwei Matrosen desertieren, woraufhin sich der Kapitän nach Drohung der Matrosen mit ihnen auf die Zahlung eines Heuerzuschlags einigt, sollte das Schiff sicher den Heimathafen erreichen.⁴¹ Für die Matrosen besteht der Vorteil in der Zahlung des Bonus, der Kapitän hat den praktischen Vorteil, dass das Schiff sicher zurückgesegelt wird. Allerdings erfolgt auch hier die Verhinderung der Nachteile bereits durch den Ausgangsvertrag und nicht erst durch die spätere Vertragsänderung. In London verweigert der Kapitän die Zahlung und führt an, die Matrosen seien ohnehin per Vertrag zur Arbeit verpflichtet gewesen. Außerdem hatten die Matrosen gedroht, nicht weiterzuarbeiten, sollte der Bonus nicht versprochen werden. Die *consideration*-Doktrin als *pre-existing duty rule* schützt gerade vor der Ausnutzung solcher Zwangslagen. Es liegt kein *benefit in law* und damit keine *fresh consideration* vor.⁴² Die Matrosen erhalten somit keinen Heuerzuschlag.

b) *Ward v Byham*

*Ward v Byham*⁴³ hat das *consideration*-Erfordernis bei der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht zum Gegenstand. Die Klägerin lebte mit dem Beklagten fünf Jahre unverheiratet zusammen und zeugte ein Kind. Nach Beendigung der Beziehung verspricht der Vater der Mutter eine regelmäßige Zahlung für das Kind, damit es umsorgt und glücklich sei. Allerdings verweigert der Vater die Zahlung und beruft sich darauf, dass die Mutter ohnehin gesetzlich verpflichtet sei, für das Kind zu sorgen. Der Vorteil für die Mutter liege in der Zahlung des Geldes für die gemeinsame Tochter. In der Entscheidung wird von Lord Justice Denning ausgeführt, dass der Vater den praktischen Vorteil habe, das Kind von der Mutter gut versorgt zu wissen. Die anderen Richter stellen darauf ab, dass die Mutter über die Sorge für das Kind hinaus versprochen habe, dieses glücklich zu machen.⁴⁴ Damit habe sie mehr getan als sie gesetzlich zu tun verpflichtet gewesen sei. Diesen *practical benefit* lässt das Gericht als *consideration* genügen, was einen ersten Angriff auf die *pre-existing duty rule* darstellt.

c) economic duress

³⁹ (1809) 2 Camp. 317.

⁴⁰ [1990] 1 All ER 512, 527.

⁴¹ [1990] 1 All ER 512, 518.

⁴² Ebd.

⁴³ [1956] All ER 318.

⁴⁴ [1956] 2 All ER 318, 320.

Droht eine Vertragspartei, den Vertrag ohne zusätzliche Zahlung nicht zu erfüllen, wird dies bei Schuldverhältnissen über längere Dauer, wie beispielsweise Bauverträgen, praktisch sehr wirksam sein, da die Erfüllung durch einen anderen zu Mehrkosten und Verzögerungen führt.⁴⁵ Die Verhinderung von *economic duress* dient dem Schutz vor Ausnutzung von Zwang und Drohung. Das Versprechen einer Bonuszahlung ist undurchsetzbar, wenn es unter Zwang, also unter Ausnutzung einer dominanten Geschäftsposition, abgegeben wurde.⁴⁶ Die Kontrolle von Drohung und Zwang erfolgt direkt, nicht auf dem Umweg über eine *consideration*, die mit der *pre-existing duty rule* nicht zwischen Vertragsänderungen unter Drohung und solchen ohne differenziert.⁴⁷ Aus heutiger Perspektive liegt das Problem in *Stilk v Myrick* weniger bei der *consideration* als im Bereich von *economic duress*.⁴⁸ Die Matrosen hätten wegen *economic duress* den Heuerzuschlag nicht erhalten dürfen.⁴⁹ Ein Schutz vor Drohung und Zwang war zu der Zeit aber nur indirekt über die *consideration* möglich, da das Rechtsinstitut der *economic duress* noch nicht hinreichend weit entwickelt war.

In *Williams v Roffey* lehnt das Gericht Drohung oder Zwang ab.⁵⁰ W hat R lediglich darauf hingewiesen, zum vereinbarten Betrag nicht rechtzeitig fertig zu werden. Beide Parteien wussten, dass der vereinbarte Betrag zu niedrig war. Die Vertragsänderung beruhte außerdem auf dem wohlbedachten Vorschlag des Bauunternehmers R.⁵¹ Die Änderung lag im kaufmännischen Interesse beider Parteien.

d) Neudefinition der consideration

Unter Zugrundelegung der Grundsätze in *Stilk v Myrick* wäre das Änderungsversprechen in *Williams v Roffey* mangels *benefit in law* und damit mangels *consideration* undurchsetzbar. Die *consideration*-Doktrin in ihrer Ausprägung der *pre-existing duty* Lehre soll vor dem Ausnutzen von Zwangslagen wie in *Stilk v Myrick* schützen. Eine derartige Zwangslage lag in *Williams v Roffey* nicht vor. Die Zahlung des Bonusbetrages dennoch an der *consideration* scheitern zu lassen, erscheint vor diesem Hintergrund fragwürdig. Lord Justice Glidewell stellt in *Willi-*

⁴⁵ *Cheshire/Fifoot/Furmston* (Fn. 2), 119.

⁴⁶ *Calamari/Perillo* (Fn. 20), § 5.15.

⁴⁷ *Farnsworth*, Contracts, 1982, § 4.21 271.

⁴⁸ [1990] 1 All ER 512, 525 f.

⁴⁹ *Zweigert/Kötz* (Fn. 10), 387 f.

⁵⁰ [1990] 1 All ER 512, 522 (Lord Justice Glidewell), 523 (Lord Justice Russell), 526 (Lord Justice Purchas).

⁵¹ [1990] 1 All ER 512, 526.

ams v Roffey deshalb folgende Kriterien auf, die für eine *consideration* erforderlich sind:⁵²

- ein Vertrag zwischen A (*Williams*) und B (*Roffey*);
- bevor erfüllt wurde, hat B (*Roffey*) Zweifel, ob A (*Williams*) erfüllen kann;
- B (*Roffey*) verspricht A (*Williams*) deshalb mehr Geld;
- dadurch hat B (*Roffey*) einen praktischen Vorteil;
- *economic duress* oder Täuschung liegen nicht vor.

Lord Justice Russell geht von einer Vermutung für eine *consideration* aus.⁵³ Wie Lord Justice Purchas⁵⁴ verlangt er einen pragmatischen Ansatz zur Ermittlung einer *consideration* unter Berücksichtigung der Parteinteressen⁵⁵.

e) Verhältnis zu *Stilk v Myrick*

Werden durch diese Neudefinition der *consideration* aber nicht die Prinzipien von *Stilk v Myrick* über Bord geworfen? Lord Justice Glidewell verweist darauf, dass die Entscheidung den Grundlagen von *Stilk v Myrick* nicht zuwiderliefe, sondern vielmehr eine Verfeinerung und Einschränkung der Prinzipien dort darstelle.⁵⁶ Grundsätzlich wird an der *consideration*-Lehre festgehalten. Unentgeltliche Versprechen bleiben mangels *consideration* undurchsetzbar.⁵⁷ Erstmals stellt aber eine Entscheidung derart direkt heraus, dass ein *practical benefit* für eine *consideration* ausreicht, solange kein *economic duress* entgegensteht. Damit ist Rs Versprechen bindend. W erhält die Bonuszahlung.

3. Kritik und Einordnung aus Sicht der englischen Rechtsordnung

a) practical benefit als consideration

Dass ein *practical benefit* für eine *consideration* ausreicht, ist insofern zu begrüßen, als wirtschaftlich sinnvollen und fairen Verträgen zur Durchsetzung verholfen wird.⁵⁸ Das Gericht wird weniger aufgrund technischer Fragen der *consideration*

⁵² [1990] 1 All ER 512, 521 f.

⁵³ [1990] 1 All ER 512, 523: „There is no hint [...] that their promise [...] lacked consideration.“

⁵⁴ [1990] 1 All ER 512, 526 f.

⁵⁵ [1990] 1 All ER 512, 524: „[...] to reflect the intention of the parties [...]“.

⁵⁶ [1990] 1 All ER 512, 522: „It is not in my view surprising that a principle enunciated in relation to the rigours of seafaring life during the Napoleonic wars should be subjected during the succeeding 180 years to a process of refinement and limitation in its application in the present day.“

⁵⁷ [1990] 1 All ER 512, 522 (Lord Justice Glidewell), 524 (Lord Justice Russell), 525 (Lord Justice Purchas).

⁵⁸ Friedl (Fn. 1), 136.

entscheiden als nach Fairnessgesichtspunkten und wirtschaftlichem Nutzen.⁵⁹ Allerdings ging es in den Bezugsentscheidungen, die in *Williams v Roffey* eine Abweichung vom klassischen *consideration*-Verständnis stützten,⁶⁰ nicht um eine Vertragsänderung, sondern um die bereits geschuldete Erfüllung gesetzlicher Pflichten. Ungelöst ist die Frage, ob die von Lord Justice Glidewell in *Williams v Roffey* aufgestellten Kriterien, bei denen es sich um ein *more for the same* handelt, auch auf Anspruchsreduzierung, auf ein *less for the same*, übertragbar sind.⁶¹ Dann müssten Leitentscheidungen hierzu wie der *Pinnel's Case*⁶² oder *Foakes v Beer*⁶³ überdacht werden.⁶⁴ Jedoch ist kaum ersichtlich, warum bei einer Anspruchsreduzierung andere Regeln als bei einer Forderungserhöhung gelten sollen, da in beiden Konstellationen eine Partei das schlechtere Geschäft akzeptiert.⁶⁵ Ebenfalls unscharf sind die Konturen des Begriffs des *practical benefit*,⁶⁶ sodass die Kriterien für die Durchsetzbarkeit von Versprechen unklar werden.⁶⁷ Im Gegensatz zu einem *benefit in law* lässt sich ein *practical benefit* viel einfacher finden.⁶⁸ So erscheint die Bezeichnung als *practical benefit* beliebig, genügte hierfür unter Umständen bereits die Lust am Altruismus.⁶⁹ Wenn ein Richter einen Vertrag wirtschaftlich sinnvoll findet, wird er auch einen praktischen Vorteil finden. Diese Differenzierung zwischen wirtschaftlich sinnvollen und nicht sinnvollen Verträgen ist jedoch Sache der Parteien. Diese Rolle kommt dem Richter im *Common Law* nicht zu und führt zu Rechtsunsicherheit.⁷⁰

b) Verlagerung der Problematik auf das duress-Prinzip

Stellt man geringere Anforderungen an die *consideration*, verschiebt sich das Problem der Bindungswirkung bei Änderungsvereinbarungen auf die *duress*-Lehre.⁷¹ Das „*crude tool*“,⁷² das die *consideration*-Doktrin darstellt, ist zunehmend

⁵⁹ *Adams/Brownsword* (Fn. 26), 1990 53 MLR 536, 537.

⁶⁰ *Ward v Byham* [1956] All ER 318 und *Williams v Williams* [1957] All ER 305.

⁶¹ *Schindler*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung, 2005, 129. Siehe *Adams/Brownsword*, Contract, Consideration and the Critical Path, 1990 53 MLR 536, 540.

⁶² (1602) 5 Co. Rep. 117a.

⁶³ (1884) 9 App. Cas. 605.

⁶⁴ *Adams/Brownsword* (Fn. 26), 1990 53 MLR 536, 540.

⁶⁵ *Schindler* (Fn. 61), 129.

⁶⁶ *Schindler* (Fn. 61), 128.

⁶⁷ *Friedl* (Fn. 1), 136.

⁶⁸ *Halson* (Fn. 26), 1990 106 LQR 183, 184.

⁶⁹ *Chen-Wishart*, Consideration: Practical Benefit and the Emperor's New Clothes, 1995, 127.

⁷⁰ *Friedl* (Fn. 1), 137.

⁷¹ *Halson*, (Fn. 26), 1990 106 LQR 183, 184.

⁷² *Gordley*, Consideration, 2006, 185.

entbehrlich, wenn Drohung und Zwang direkt kontrollierbar sind.⁷³ Es wird vermutet, dass eine Vereinbarung ohne Drohung und Zwang freiwillig und deshalb bindend sei.⁷⁴ Dies ist dahingehend zu befürworten, als Versprechen, zustande gekommen mit freiem Willen der Parteien, nicht mehr an *Stilk v Myrick* scheitern, sondern frei von den Fesseln des 19. Jahrhunderts beurteilt werden können.⁷⁵ Die Anwendung von *economic duress* zur direkten Kontrolle von Drohung und Zwang wird, verglichen mit der starren, formalistischen *consideration*-Doktrin, den Anforderungen des modernen Wirtschaftsverkehrs besser gerecht.⁷⁶

Es fehlen jedoch trennscharfe Kriterien zur Abgrenzung zwischen hartem Verhandeln und Drohung.⁷⁷ Auch ist unklar, ob die Lehre von *economic duress* einheitlich auf alle Vertragstypen, wie Vereinbarungen, Änderungsvereinbarungen oder Vereinbarungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern, angewendet werden soll.⁷⁸ Ebenfalls problematisch ist, dass das *duress*-Prinzip nicht alle Zwangslagen erfasst, nicht sämtliche unfreiwilligen Versprechen ausscheidet. Vor allem schwächere Zwangslagen wie die wirtschaftliche Unerfahrenheit des Partners fallen nicht darunter.⁷⁹ Das alte Recht mit der *consideration* führte zu kalkulierbaren Ergebnissen auf Kosten der kommerziellen Realität.⁸⁰ Bis es eindeutige Regeln für die Anwendung von *economic duress* gibt, scheint bislang nur eine vage Doktrin durch eine andere ersetzt zu werden.⁸¹

c) Alternative Lösungsansätze

Alternativ ließe sich über eine Auflösung des ursprünglichen Vertrags und den Abschluss eines neuen Vertrags nachdenken.⁸² Dies ist allerdings Fiktion und stellt die Entscheidung, ob ein neuer Vertrag vorliegt, in das Belieben des Gerichts.⁸³ Die Konstellation ließe sich auch über ein *promissory estoppel*, über Billigkeitserwägungen in *equity*, lösen, wodurch die Gesamtumstände des Einzelfalls berücksichtigt werden könnten.⁸⁴ Hat eine Partei im Vertrauen auf die Ver-

⁷³ Eisenberg, *The Principles of Consideration*, 1982 67 Cornell L.R. 640, 645 ff.

⁷⁴ Fleming, *Contract – Consideration – Promise to Perform Existing Duty Owed to Promisee*, 1990 CLJ 204 ff.

⁷⁵ Adams/Brownsword (Fn. 26), 1990 53 MLR 536, 542.

⁷⁶ Phang (Fn. 26), 1991 107 LQR 21, 22.

⁷⁷ Schindler (Fn. 61), 153.

⁷⁸ Adams/Brownsword (Fn. 26), 1990 53 MLR 536, 541.

⁷⁹ Friedl (Fn. 1), 138.

⁸⁰ Adams/Brownsword (Fn. 26), 1990 53 MLR 536, 541.

⁸¹ Phang (Fn. 26), 1991 107 LQR 21, 22.

⁸² Farnsworth (Fn. 47), § 4.21. 274.

⁸³ Calamari/Perillo (Fn. 20), § 4.9 (c).

⁸⁴ *Central Property Trust Ltd. v. High Trees House Co. Ltd.* (1947) 1 K.B. 130.

tragsänderung gehandelt, ist dieses Vertrauen schützenswert. Eine *estoppel*-Lösung hätte Lord Justice Russell in *Williams v Roffey* befürwortet.⁸⁵ Allerdings ist dieser Ansatz noch nicht weit genug entwickelt, um hier anwendbar zu sein.⁸⁶

Die Vermutung für eine *consideration* bei Vertragsänderungen⁸⁷ hatte das *Law Revision Committee* bereits 1937 vorgeschlagen,⁸⁸ jedoch wurde dies vom Gesetzgeber nicht umgesetzt.

d) Wirkung von *Williams v Roffey*

Spätere Entscheidungen akzeptieren den *practical benefit* als für eine *consideration* ausreichend.⁸⁹ Lediglich eine Entscheidung äußert sich kritisch hierzu, ist aber aufgrund der bindenden Wirkung präjudizieller Entscheidungen (*doctrine of stare decisis*)⁹⁰ an das Urteil des *Court of Appeal* gebunden.⁹¹ Zwar hat *Williams v Roffey* *Stilk v Myrick* nicht direkt aufgehoben,⁹² insgesamt lässt sich aber konstatieren, dass die *consideration*-Doktrin als *pre-existing duty rule* bei Änderungsvereinbarungen entgegen der Beteuerungen in *Williams v Roffey* praktisch aufgehoben wurde.⁹³

III. Darstellung und Analyse des US *Common Law* anhand von *Angel v Murray*

Im Anschluss an die Betrachtung der Lage im englischen *Common Law* wird nun für das US *Common Law* die Entscheidung *Angel v Murray*⁹⁴ dargestellt und analysiert. Nach einer Darlegung des zugrundeliegenden Sachverhalts werden die dogmatischen Grundlagen der Entscheidung erläutert. Dies geschieht wieder mit Blick auf frühere Entscheidungen. Insbesondere ist hierbei auf das soge-

Zustimmend zur Lösung über ein *promissory estoppel*: Gordley (Fn. 72), 83 1995 California L.R. 547, 594; Phang (Fn. 26), 1991 107 LQR 21, 23.

⁸⁵ [1990] 1 All ER 512, 523 *equitable estoppel* nach: *Amalgamated Investment Property Co. Ltd. v Texas Commerce International Bank Ltd* [1981] 1 All ER 923.

⁸⁶ [1990] 1 All ER 512, 520.

⁸⁷ *Anson's* (Fn. 7), 111; *Halson* (Fn. 26), 1990 106 LQR 183, 184.

⁸⁸ Law Revision Committee, Sixth Interim Report 1937, Cmd. 5449.

⁸⁹ *Anagel Atlas v Ishikawajima-Harima* [1990] 2 Lloyd's Rep. 526; *Joiner v George* (Chancery Division 31 January 2000); *Simon Container v EMB A Machinery* [1998] 2 Lloyd's Rep. 429.

⁹⁰ *Zweigert/Kötz* (Fn. 10), 253.

⁹¹ *South Caribbean v Trafigura Bebeer* [2004] EWHC 2676 (Comm): „But for the fact that *Williams v Roffey Bros.* was a decision of the Court of Appeal, I would not have followed it.“

⁹² *Annual Abridgment* Para 351.

⁹³ *Chen-Wishart* (Fn. 69), 1995, 25; *Chitty* (Fn. 9), 3-069; *Friedl* (Fn. 1), 133 ff; *Halson* (Fn. 26), 1990 106 LQR 183 ff.; *Kötz* (Fn. 5), 106 f.; *Peel/Treitel* (Fn. 6), 3-051; *Phang* (Fn. 26), 1991 107 LQR 21 ff.; *Zweigert/Kötz* (Fn. 10), 388.

⁹⁴ 322 A. 2d 630 (RI 1974).

nannte *hold-up game* und das Urteil *Alaska Packers' Association v Domenico*⁹⁵ einzu-gehen. Sodann folgen Kritik und die innerstaatliche Einordnung der Entscheidung.

1. Sachverhalt

James Maber schloss mit der *City of Newport* seit 1946 fünfjährige Verträge, in denen sich *Maber* verpflichtete, die Müllentsorgung der Stadt zu übernehmen, um im Gegenzug dafür jeweils \$ 137.000 zu bekommen. Am 12.3.1964 begann ein neuer fünfjähriger Vertrag. Im Juni 1967 verlangte *Maber* die Zahlung von zusätzlichen \$ 10.000 pro Jahr. Damit wollte *Maber* die zusätzlichen Kosten decken, die durch ein unerwartet starkes Wachstum der Stadt entstanden waren. *John E. Murray* zahlte als Stadtrat für Finanzen *Maber* nach ausführlichen Anhörungen diesen Betrag. Diese Forderung wiederholte *Maber* im Jahre 1968. Der Forderung wurde erneut stattgegeben. Bevor es aber zur Auszahlung des Geldes kam, erhob eine Gruppe engagierter Steuerzahler um *Alfred L. Angel* wegen der Zahlungen an *Maber* Klage.

2. Dogmatische Grundlagen des Urteils und frühere Entscheidungen

a) consideration und pre-existing duty rule

„[...] we are still confronted with the question of whether the additional payments were illegal because they were not supported by consideration.“⁹⁶

„*Rose* is a perfect example of the preexisting duty rule.“⁹⁷

Da das Vorliegen einer *consideration* nur für die Durchsetzbarkeit einer Forderung entscheidend ist und die erste Zahlung an *Maber* bereits vollzogen wurde, ist das Vorhandensein einer *consideration* nur für die zweite Forderung beachtlich. Vorliegend bestand die Leistung *Mabers* im ursprünglichen Vertrag darin, den Müll der Stadt zu entsorgen. Die Gegenleistung der Stadt war eine Zahlung an *Maber* i.H.v. \$ 137.000. Durch die stattgegebenen Forderungen *Mabers* kam ein Anpassungsvertrag zustande, in dem die Stadt ihre Gegenleistung erhöhte, *Mabers* Leistung jedoch weiterhin darin bestand, den Müll der Stadt zu entsorgen. Da die Gegenleistung *Mabers* im Ausgangsvertrag jener des Anpassungsvertrages entsprach, nämlich den Müll der Stadt zu entsorgen, lag nach der hier anzuwendenden *pre-existing duty rule* keine *consideration* vor. Die Zahlung der \$ 10.000 an *Maber* wäre danach rechtswidrig.

⁹⁵ 117 F. 99 (9th. Cir. 1902).

⁹⁶ *Angel v Murray* 322 A. 2d 630 (RI 1974).

⁹⁷ Ebd.

b) hold-up game

„The primary purpose of the preexisting duty rule is to prevent what has been referred to as the 'hold-up game'.“⁹⁸

„A classic example of the 'hold-up game' is found in *Alaska Packers' Ass'n v. Domenico* [...].“⁹⁹

Die Funktion der *pre-existing duty rule* ist es, ein sogenanntes *hold-up game* zu verhindern.¹⁰⁰ Zur Erläuterung eines solchen *hold-up games* wird auf ein früheres Urteil, *Alaska Packers Assn. v Domenico*, verwiesen.¹⁰¹ Darin schloss *Domenico*, ein Hafenunternehmer, mit den *Alaska Packers*, einer Gruppe Fischer, einen Vertrag, wonach sich die *Packers* verpflichteten, für ein bestimmtes Entgelt vor der Küste Alaskas für *Domenico* zu fischen. Vor der Küste angekommen, forderten die Fischer aber unter der Drohung, ansonsten in den Hafen zurückzukehren, eine Verdopplung des Entgeltes, wohl wissend, die einzigen verfügbaren Fischer in der Region zu sein.¹⁰² *Domenico* musste sich entscheiden, ob er die Forderung ablehnen, sich in vermutlich ungewisse Schadensersatzforderungen einlassen und mit aller Wahrscheinlichkeit seinen Geschäftspartner und damit wahrscheinlich seine Geschäftsgrundlage verlieren, oder der Forderung stattgeben und sich seine Geschäftsgrundlage erhalten sollte.¹⁰³ *Domenico* stimmte zwar der Forderung zu, verweigerte letztendlich aber die Zahlung des Geldes. Das zuständige Gericht befand, dass eine Zahlung auch rechtswidrig gewesen wäre, weil die *Packers* nach der *pre-existing duty rule* keine *consideration* erbrachten.¹⁰⁴

Ein *hold-up game*, d.h. „Raubüberfall“, ist abstrakt dadurch gekennzeichnet, dass eine Partei ihre faktische Überlegenheit ausnutzt um durch eine Anpassung einen Vertrag in ihrem Interesse zu gestalten.¹⁰⁵ Konkret verspricht sich eine Partei durch opportunistisches Verhalten einen größeren Gewinn als durch Vertragstreue.¹⁰⁶ Sie sorgt sich also nicht um den Fortbestand des Vertrages, der Geschäftsbeziehung oder einer etwaigen Rufschädigung. Wenn zusätzlich dazu der Markt kein Regulativ mehr für übertriebene Forderungen und – wie für *Domenico* – keine Alternative darstellt, besteht die Gefahr eines *hold-up games*.

⁹⁸ Ebd.

⁹⁹ Ebd.

¹⁰⁰ Ebd.

¹⁰¹ Ebd.

¹⁰² *Alaska Packers' Association v Domenico* 117 F. 99 (9th Cir. 1902).

¹⁰³ Ebd.

¹⁰⁴ Ebd.

¹⁰⁵ *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, 2003, 72.

¹⁰⁶ Ebd.

Angel v Murray ist kein *hold-up game*, da die Stadt am Markt für die Arbeiten von *James Maber* einen Ersatz gefunden hätte. Dies führt zu der problematischen Lage, dass eine Regel auf einen Fall angewendet wird, der außerhalb der Zielrichtung der Regel steht.

c) *Kritik des Urteils an der pre-existing duty rule*

„Although the preexisting duty rule has served a useful purpose insofar as it deters parties from using coercion and duress to obtain additional compensation, it has been widely criticized as a general rule of law.“¹⁰⁷

„The result of this is that a court should no longer accept this rule as fully established.“¹⁰⁸

Im Urteil wird festgestellt, dass die *pre-existing duty rule* zwar lange Jahre eine wichtige Funktion erfüllt hat, nun aber umfassend kritisiert wird.¹⁰⁹ Zuallererst sind empfindliche Schutzlücken der Regel zu nennen. Wenn ein juristisch gut beratener Anpassungsinteressent dem Vertragspartner im Anpassungsvertrag irgendeinen Preis zugesteht, wird der Anpassungsvertrag dem *consideration* Erfordernis auch nach der *pre-existing duty rule* gerecht und ein etwaiges Ausnutzen einer Zwangslage bleibt unberücksichtigt.¹¹⁰ Auch wenn sich Gerichte in Einzelfällen weigerten, extrem geringe Gegenleistungen anzuerkennen, so kann der Anpassungsinteressent mit dem Erstellen einer Urkunde den Anwendungsbereich der Norm umgehen.¹¹¹ Ferner betrifft die *pre-existing duty rule* nur die Durchsetzbarkeit nicht erfüllter Versprechen, weshalb ein Anpassungsinteressent, durch dessen Begehren der Anpassungsvertrag unverzüglich umgesetzt wird, den Anwendungsbereich der Regel umgehen kann. Aufgrund dieser umfassenden Kritik verlor die *pre-existing duty rule* ihre uneingeschränkte Geltung.¹¹²

3. Kritik am Urteil und innerstaatliche Einordnung

a) *Die Ablösung der consideration-Doktrin durch § 89a Restatement of the Law Second*

„The modern trend way from a rigid application of the preexisting duty rule is reflected by § 89D(a) of the American Law Institute’s Restatement Second of the Law of Contracts which provides: ‘A promise modifying a duty under a contract not fully performed on either side is binding (a) if the modification is fair and equitable in view of circumstances not antici-

¹⁰⁷ *Angel v Murray* 322 A. 2d 630 (RI 1974).

¹⁰⁸ Ebd.

¹⁰⁹ *Angel v Murray* 322 A. 2d 630 (RI 1974).

¹¹⁰ Saint Luis Univ. L.J. 44 (2000).

¹¹¹ *D&C Builders Ltd. v Rees* [1965] EWCA Civ 3.

¹¹² *Angel v Murray* 322 A. 2d 630 (RI 1974).

*pated by the parties when the contract was made’.*¹¹³

Die Rechtsprechung ging in den letzten Jahren dahin, eine Vertragsanpassung auch ohne *consideration* als durchsetzbar zu erachten, wenn unerwartete Umstände während der Durchsetzung des Vertrages für eine Vertragspartei entstanden und die Parteien freiwillig der Anpassung zugestimmt haben.¹¹⁴ Damit bezieht sich das Gericht auf ein eigens für Anpassungssituationen geschaffenes Rechtsinstitut, der *modification in good faith*, einer Vertragsanpassung im guten Glauben. Jede *modification in good faith* setzt einen *legitimate commercial reason* voraus. Ein solcher dem Gericht einleuchtender Grund für das Abweichen der Vertragsparteien vom ursprünglichen Vertrag kann die allgemeinen Anforderungen der Verbindlichkeit herabsetzen und zu einer Anerkennung des Anpassungsvertrages führen.¹¹⁵

Dieses Prinzip hat besondere Ausprägung im *Uniform Commercial Code* und im *Restatement (Second) of the Law of Contracts* erfahren. In § 89a *Restatement of the Law Second* wird formuliert, dass eine Anpassung durchsetzbar ist, wenn der Vertrag beidseitig noch nicht erfüllt und die Anpassung angemessen (*fair and applicable*) im Hinblick auf unerwartete Vertragsumstände ist. Durch das Merkmal des *fair and applicable* erhält das Prinzip des *good faith* Einzug in § 89a *Restatement*. Die „*legitimate commercial reason*“ entspricht der unerwarteten Umstandsänderung einer Vertragspartei. Für das Gericht ist § 89a das hier anzuwendende Recht. Im Folgenden subsumiert es den Sachverhalt unter § 89a und kommt zu dem Ergebnis, dass die Zahlung nicht rechtswidrig ist.

b) *Kritik von Robert Hillman*

„*The approach of Restatement (Second) of Contracts to modification enforceability suffers from a lack of clarity and fails to reflect the goals of contract modification law.*“¹¹⁶

Das Besondere am Urteil *Angel v Murray* ist die Abwendung von der uneingeschränkten Anwendung der *pre-existing duty rule*, hin zur Anwendung der *modification in good faith* in der besonderen Ausprägung des § 89a *Restatement of the Law Second*. Diese Hinwendung wurde bspw. durch die Kommentierung des § 89a *Restatement* von *Robert Hillmann* umfassend kritisiert. Als erstes bringt der unbestimmte Tatbestand der *unanticipated circumstances* derart große Auslegungsschwierigkeiten mit sich, dass Gerichte in vergleichbaren Sachverhalten zu un-

¹¹³ Ebd.

¹¹⁴ Ebd.

¹¹⁵ *Hau* (Fn. 105), 111.

¹¹⁶ 67 Cornell L.R. 680 1981-82 696.

terschiedlichen Ergebnissen kamen.¹¹⁷ Zum anderen wertet *Hillmann* den Tatbestand des *fair and equitable* als zu weit gefasst. Selbst wenn man neben einer Inhaltskontrolle der Abmachung in Abhängigkeit zur Änderung der Umstände noch eine Prüfung der Freiwilligkeit in diesen Tatbestand hineinlesen will, leitet sie den Richter nicht zu der entscheidenden Kontrolle, ob Drohung oder Zwang vorliegen, an.¹¹⁸ Diese beiden Punkte haben sich laut *Hillmann* auch im Urteil *Angel v Murray* widerspiegelt, in dem § 89a *Restatement* zwar angewendet wurde, eine genaue Auslegung oder Subsumtion unter die Begriffe der *unanticipated circumstances* oder des *fair and equitable* aber unterblieb.¹¹⁹ Letztlich verfehlt der Tatbestand des § 89a *Restatement* den Zweck eines Anpassungsvertrages. § 89a *Restatement* basiert auf der These, dass Vertragsanpassungen immer auf eine ökonomisch rationale Art und Weise geschehen, dass also stets eine Gegenleistung im Sinne der *consideration* oder eine Änderung der Umstände der Grund für eine Vertragsanpassung ist.¹²⁰

Diese These ist aber nur haltbar, wenn sich in einem Vertrag die Gesamtheit einer Geschäftsbeziehung darstellt.¹²¹ Dies ist aber nicht der Fall, da einzelne Verträge in der Regel nur Teil einer komplexeren Geschäftsbeziehung sind und es in solchen Geschäftsbeziehungen nicht abwegig ist, dass eine Partei aus Rücksichtnahme auf die andere Vertragspartei von ihrem Leistungsprogramm abweicht, ohne dass es dafür eine Gegenleistung oder eine unerwartete Änderung von Vertragsumständen gibt.¹²² Insgesamt ist der Versuch der Regelung von Vertragsanpassungen durch § 89a *Restatement* zu ungenau und erfasst nicht die Ziele der Vertragsanpassung, was insbesondere auch auf das Fehlen eines direkten Rückgriffs auf die Regeln des *economic duress* zurückzuführen ist.

IV. Rechtsvergleich

Im Folgenden soll ein rechtsvergleichender Blick auf die Vertragsanpassung im englischen und US *Common Law* sowie im deutschen Recht geworfen werden. Dabei wird das Prinzip der Funktionalität erläutert. Ebenso werden die vorgestellten Entscheidungen beispielhaft nach deutschem Recht gelöst. Dem schließt sich ein ausführlicher Rechtsvergleich hinsichtlich des Ansatzpunktes, der Eigenverantwortlichkeit, des Zwecks des Anpassungsvertrages sowie der Anpassungssituation an.

¹¹⁷ Ebd.

¹¹⁸ Ebd.

¹¹⁹ Ebd.

¹²⁰ Ebd.

¹²¹ Ebd.

¹²² Ebd.

1. Prinzip der Funktionalität

Bevor man sich auf die Suche nach vergleichbaren Lösungen einer anderen Rechtsordnung macht, gilt es zu klären, nach welchen Lösungen man sucht.¹²³ Hier ist auf das für die Rechtsvergleichung grundlegende Prinzip der Funktionalität zurückzugreifen, wonach nur vergleichbar ist, was dieselbe Funktion erfüllt und dasselbe Problem lösen soll.¹²⁴ Das dem Urteil *Angel v Murray* zugrundeliegende Problem ist, dass eine Vertragspartei eine Vertragsanpassung begehrt und die Rechtsordnung nun vor die Frage gestellt wird, unter welchen Bedingungen sie eine solche Anpassung gelten lassen soll.

a) BGH, Urteil vom 4.7.2002 – IX ZR 153/01, NJW 2002, 2774

Ein Anwalt schließt mit einem Klienten eine schriftliche Honorarvereinbarung. Daraus ergibt sich die Pflicht des Anwalts zur Beratung des Klienten und die Pflicht des Klienten, dem Anwalt 80.000 € zu zahlen. Nach der erstinstanzlichen Entscheidung fordert der Anwalt nun für die Fortführung der Beratungstätigkeit eine Zahlung von 87.839 €, also mehr als im ursprünglichen Vertrag vereinbart wurde. Der Klient stimmt der Forderung zu, beruft sich aber im Nachhinein darauf, dass ihm die Forderung abgepresst worden sei, da er sich nach der erstinstanzlichen Entscheidung in einer Zwangslage befand. Funktionell betrachtet ist der vorliegende Sachverhalt mit dem in *Angel v Murray* vergleichbar. Eine Vertragspartei, vorliegend der Anwalt, begehrt die Anpassung eines Vertrages und die Rechtsordnung steht vor der Frage, ob der durch die Zusage der anderen Partei zustande gekommene Anpassungsvertrag rechtmäßig ist.

Die Prüfung, ob eine missbräuchliche Vertragsanpassung vorliegt, erfolgt vom BGH in zwei Schritten. Als erstes wird in der Abschlusskontrolle geprüft, ob die Parteierklärungen den allgemeinen Anforderungen gerecht werden.¹²⁵ Hierbei ist als herausragende Norm § 123 Abs. 1 BGB mit der Prüfung, ob eine widerrechtliche Drohung vorliegt, hervorzuheben. Daneben wird geprüft, ob ein Verschulden bei Vertragsschluss (c.i.c) vorliegt, bei dessen Bejahung die Beseitigung des inhaltlich nachteiligen Anpassungsvertrages als Naturalrestitution im Sinne von § 249 Abs. 1 BGB geschuldet sein soll.¹²⁶ Die Kontrolle eines Verschuldens bei Vertragsschluss zielt insbesondere auf Sachverhalte ab, bei denen eine Vertragspartei sich zunächst auf eine Anpassung einlässt und nach Empfang der ihr gemäß dem Erstvertrag geschuldeten Leistung, unter

¹²³ *Zweigert/Kötz* (Fn. 10), 33 ff.

¹²⁴ Ebd.

¹²⁵ *Hau* (Fn. 105), 121.

¹²⁶ Ebd., 138.

Hinweis auf das Vorliegen einer Drohung oder Zwangslage beim Vertragsschluss, den Anpassungsvertrag in Abrede stellt.¹²⁷ Vorliegend war der vom Anwalt beabsichtigte Zweck, ein die gesetzlichen Gebühren übersteigendes Honorar zu vereinbaren, nicht rechtswidrig, da eine solche Vereinbarung unter den Voraussetzungen des § 3 BRAGO a.F. zulässig war.¹²⁸ Ferner war das Androhen einer Kündigung des Vertragsverhältnisses nicht rechtswidrig, weil eine Kündigung gem. §§ 627 Abs. 2, 628 BGB jederzeit möglich ist.¹²⁹ Die Abschlusskontrolle führt im Urteil daher nicht zu einer Rechtswidrigkeit des Anpassungsvertrages.

Als zweites wird geprüft, ob der Inhalt des Vertrages den allgemeinen Inhaltsanforderungen entspricht, wobei als entscheidende Normen § 138 Abs. 1 BGB mit der Prüfung der Sittenwidrigkeit und § 307 BGB mit der Prüfung der Angemessenheit bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen hervorzuheben sind.¹³⁰ Im vorliegenden Fall hatte sich laut *BGH* das Berufungsgericht nicht mit den für die Inhaltskontrolle entscheidenden Tatsachen befasst.¹³¹ Wenn der Tatsachenvortrag des Anwalts aber stimmte, läge kein sittenwidriges Missverhältnis vor.¹³² Letztendlich wird das vorangegangene Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

b) Falllösung Williams v Roffey Brothers & Nicholls (Contractors) Ltd. nach deutschem Recht

Nach deutschem Recht kann W einen Anspruch gegen R auf Zahlung der £ 5.000 gem. §§ 631 Abs. 1 Var. 2, 311 Abs. 1 BGB haben. Dazu muss der Anspruch entstanden sein. Eine Einigung, bestehend aus zwei korrespondierenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme, §§ 145 ff. BGB, über Art und Umfang der Leistung (Höhe des Bonusbetrags) lag vor. Ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ist bei £ 30.300 anstatt £ 20.000 mangels Überschreitung um 100 %¹³³ nicht gegeben, weshalb es keiner Inhaltskontrolle gem. § 138 Abs. 2 BGB bedarf. Auch eine Abschlusskontrolle über § 123 Abs. 1 BGB entfällt mangels Täuschung oder Drohung. Der Anspruch ist entstanden. Er ist nicht untergegangen. Er ist durchsetzbar. W hat Anspruch auf Zahlung der £ 5.000.

¹²⁷ Ebd., 139.

¹²⁸ *BGH*, NJW 2002, 2774.

¹²⁹ Ebd.

¹³⁰ *Hau* (Fn. 105), 141.

¹³¹ *BGH*, NJW 2002, 2774.

¹³² Ebd.

¹³³ *Ellenberger*, in: Palandt, 73. Aufl. 2014, § 138 Rn. 67.

c) Falllösung Angel v Murray nach deutschem Recht

Nach deutschem Recht kann *Maber* einen Anspruch gegen die Stadt auf Zahlung der zusätzlichen \$ 10.000 pro Jahr haben gem. dem fünfjährigen Vertrag nach § 311 Abs. 1 BGB.

Dazu muss der Anspruch entstanden sein. Es muss ein Vertrag nach § 311 Abs. 1 BGB vorliegen. Die Nachforderung *Mabers* ist ein Angebot auf Vertragsanpassung. Die Nachforderung ist keine widerrechtliche Drohung nach § 123 Abs. 1 BGB. Die Zustimmung der Stadt ist die Annahme. Es liegt eine Einigung vor. *Maber* hat einen Anspruch auf Zahlung der zusätzlichen \$ 10.000 pro Jahr gegen die Stadt aus § 311 Abs. 1 BGB.

2. Rechtsvergleich*a) Allgemeiner Teil*

Für einen funktionellen Rechtsvergleich müssen die Regelungen der Rechtsordnungen aus ihrem jeweiligen rechtlichen System herausgelöst und in ein neutrales System übersetzt werden.¹³⁴ Dieses System setzt sich aus eigenen Begriffen zusammen, welche – in Orientierung am Prinzip der Funktionalität – am sozialen Problem ansetzen.¹³⁵ Ausgehend von diesem Problem ist das abstrakt funktionelle System zu bilden, wobei die Rechtsbegriffe durch weitmaschigere Oberbegriffe ersetzt werden.¹³⁶ Diese Weitmaschigkeit ermöglicht es, die ersetzten Regelungen miteinander zu vergleichen.¹³⁷

Zunächst ist das System räumlich mit einem Umfeld (1) zu begrenzen. In diesem Umfeld gibt es zwei Beteiligte A und B (2). Diese verfügen jeweils über einen Willen (3). Dieser Wille ermöglicht es ihnen, mit dem jeweils anderen Beteiligten zu interagieren. Aus dieser Interaktion folgt eine Abmachung (4). Diese Abmachung ist, da Ergebnis freier Willensausübung, für beide Beteiligten angemessen (5). Der Systembegriff der Angemessenheit dient ferner dazu, in das vorliegende System Wertungsgesichtspunkte einzugliedern und ist damit funktionell vergleichbar mit § 242 BGB.

Nun wird das System funktionell hinsichtlich des sozialen Problems geändert. Beteiligter A will eine Anpassung der Abmachung. A ist der sogenannte Anpassungsinteressent. B sieht sich mit dem Begehren seines Abmachungspartners konfrontiert und ist der sogenannte Anpassungsopponent. Das besondere an

¹³⁴ *Zweigert/Kötz* (Fn. 11), § 3 V.

¹³⁵ Ebd.

¹³⁶ Ebd.

¹³⁷ Ebd.

dieser Situation ist, dass sich das Missbrauchspotential nach der ersten Abmachung von demjenigen unterscheidet, welches sich die Parteien vor Abschluss der ersten Abmachung ausgesetzt sehen.¹³⁸ Es besteht bspw. die Gefahr, dass eine Partei auf die Änderung der Abmachung drängt, die andere Partei von dem Bestehen der Abmachung abhängig ist, die Zustimmungsverweigerung schlimmere Folgen hätte als die Zustimmung und daher dem Zustimmungsbegehren unfreiwilligerweise zugestimmt wird.¹³⁹ Angenommen B macht Gebrauch von seinem Willen und stimmt dem Anpassungsbegehren zu, gilt es zu klären, wann die Regelungen der zuvor betrachteten Rechtsordnungen die geänderte Abmachung als rechtmäßig erachten würden. Dafür sind die jeweiligen Lösungen der Rechtsordnungen in das neutrale System zu übersetzen.

b) Übersetzung

aa) England

Das englische *Common Law* prüft nach der *doctrine of economic duress*, ob der Anpassungsinteressent eine unbillige Drohung ausspricht und ob sich der Anpassungsopponent bei seiner Entscheidung durch die Drohung in einer Zwangslage befand. Das Aussprechen einer unbilligen Drohung ist im System durch eine unangemessene Willensausübung des Anpassungsinteressenten verkörpert (3, 5). Die Zwangslage des Anpassungsopponenten wird durch eine fehlende Möglichkeit zur Willensausübung dargestellt (5).

bb) USA

Die *unanticipated circumstances* des § 89a *Restatement* entsprechen einer Änderung des Umfeldes und sind somit Punkt (1) zuzuordnen. Der Tatbestand des *fair and equitable* entspricht im funktionellen System der Willensfreiheit der Personen (3) und der Angemessenheit der Abmachung (4-5). Durch die Worte „*in view of*“ wird die Angemessenheit der Abmachung in Abhängigkeit zur Änderung der Umstände gesetzt. Somit gilt nach der US-Formel, dass eine Anpassung rechtmäßig ist, wenn die Anpassung der Abmachung aus Sicht der Änderung der Umstände angemessen erscheint und die Parteien freien Willens gehandelt haben.

cc) Deutschland

Die Abschlusskontrolle im deutschen Recht entspricht der Prüfung, ob in unangemessener Art und Weise vom Willen (5-3) Gebrauch gemacht wurde. Die Inhaltskontrolle prüft, ob die Abmachung unangemessen ist (5-4). So gilt nach

¹³⁸ *Hau* (Fn. 105), 72.

¹³⁹ *Ebd.*

der deutschen Formel, dass eine Anpassung rechtmäßig ist, wenn die geänderte Abmachung angemessen ist und einer der Anpassungsinteressenten seinen Willen nicht unangemessen gebraucht hat.

c) Vergleich

aa) Ansatzpunkt

Stimmt B dem Anpassungsbegehren des A zu, ist nach der US-Formel als erstes danach zu fragen, ob eine Änderung des Umfelds vorliegt. Ist diese gegeben, rückt die geänderte Abmachung in den Fokus und es wird geprüft, ob die Änderung der Abmachung in Abhängigkeit der Änderung des Umfeldes angemessen erscheint. Wenn zusätzlich dazu die Parteien, insbesondere der Anpassungsopponent B, freiwillig der Anpassung der Abmachung zustimmt, befindet die US-Formel die angepasste Abmachung als rechtmäßig. Die deutsche Formel stellt ebenfalls auf die Angemessenheit der angepassten Abmachung ab, betrachtet diese aber unabhängig von der Änderung des Umfeldes. Vielmehr ist das Umfeld für die deutsche Formel unbeachtlich. Beachtlich ist ferner die Angemessenheit der Willensausübung seitens des Anpassungsinteressenten. Übt er seinen Willen in der Art unangemessen aus, dass der Anpassungsopponent von seinem Willen nicht mehr angemessen Gebrauch machen kann, ist die Anpassung rechtswidrig. Die englische Formel setzt unabhängig von den Umständen ebenfalls an der unangemessenen Willensausübung an. Der Schwerpunkt der Prüfung liegt aber darauf, ob der Anpassungsopponent von seinem Willen freien Gebrauch machen konnte.

bb) Betonung der Eigenverantwortlichkeit

Die deutsche Formel fordert unterhalb der Schwelle einer unangemessenen Willensausübung des Anpassungsinteressenten stets eigenverantwortliches Handeln des Anpassungsopponenten. Die englische Formel betont unterhalb dieser Schwelle ebenfalls die Eigenverantwortlichkeit, macht davon aber eine Ausnahme, wenn sich der Anpassungsopponent in einer Zwangslage befand. Eine vergleichbare Betonung der Eigenverantwortlichkeit gibt es nach der US-Formel nur beim ersten Kontakt. Beim zweiten Kontakt wird die Eigenverantwortlichkeit dadurch eingeschränkt, dass die Änderung der Abmachung nicht nur abhängig vom Willen der Vertragsparteien, sondern insbesondere von einer zwingend vorliegenden Änderung des Umfeldes ist. Diese Erkenntnis ist zweiseitig auslegbar. Auf der einen Seite könnte man aus der durchgängigen Betonung des verantwortlichen Handelns im deutschen Recht eine größere Aufforderung an den Bürger und seine Mündigkeit ableiten. Auf der anderen Seite kann die Begrenzung der US-Formel derart ausgelegt werden, dass die fehlende

Möglichkeit der späteren Anpassung der Abmachung die Bedeutung des ersten Kontaktes gegenüber dem ersten Kontakt im deutschen Recht übersteigt und somit die Anforderungen im US-Recht größer sind.

cc) Zweck des Anpassungsvertrags

Bezieht man sich bei der Frage, was Zweck eines Anpassungsvertrages ist, auf die oben dargelegten Maßstäbe *Hillmanns*, so kann nur nach deutschem und englischem Recht eine Vertragsanpassung unabhängig einer Änderung der Umstände und damit im Hinblick auf ein zukünftiges Geschäft erfolgen. Nur diese Formeln werden damit der Komplexität einer geschäftlichen Beziehung gerecht.

dd) Beachtung der Besonderheit der Anpassungssituation

Die deutsche und englische Formel prüfen den ersten Kontakt und den zweiten Kontakt in gleicher Weise. Fraglich ist, ob dieser Übertragung dem erhöhten Missbrauchspotential des zweiten Kontakts gerecht wird. Die Zwangslage des *economic duress* kann in Anpassungssituationen regelmäßig auftreten, wenn nämlich eine Partei von dem Bestehen des Vertrages abhängig ist. Wenn dem Abmachungspartner nur ein geringer Verhandlungsspielraum zusteht, liegt nach der deutschen Formel die Annahme einer unangemessenen Willensausübung regelmäßig nahe. Da die entscheidenden Kriterien beider Formeln in Anpassungssituationen bedingt durch die besonderen Umstände der Situation regelmäßig gegeben sein können, erscheint es problematisch anhand dieser Kriterien eine Abgrenzung zum Anpassungsmissbrauch vorzunehmen. Die US-Formel ist eigens für Anpassungssituationen geschaffen worden. Der Versuch, die Gefahr für den Opponenten zu umgehen, indem die Vertragsanpassung von einer Umstandsänderung abhängig gemacht wird, verfehlt aber den Zweck eines Anpassungsvertrages. Daher gelingt es keiner Formel, der Besonderheit der Anpassungssituation vollends gerecht zu werden.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend ist anzumerken, dass im englischen *Common Law* beim Abschluss von Verträgen als Seriositätsindiz und zum Schutz vor Drohung und Zwang grundsätzlich eine *consideration* erforderlich ist, was als *pre-existing duty rule* auch bei einer Vertragsänderung gilt. Dies führt selbst bei Sachverhalten, in denen das Änderungsversprechen im Wege einer freien Willensbildung ohne Drohung und Zwang zustande gekommen ist, zu dessen Unwirksamkeit und damit zu unbilligen Ergebnissen, wenn die Änderung im kaufmännischen Interesse beider Parteien liegt. In *Williams v Roffey* definierte daher der *Court of Appeal* die für eine *consideration* erforderlichen Kriterien neu, sodass geringere

Anforderungen an die *consideration* gestellt werden. Im Ergebnis werden Drohung und Zwang nicht mehr indirekt durch die *consideration* kontrolliert, sondern vielmehr direkt – freilich nicht vollkommen unproblematisch – durch die *duress*-Lehre. Für das englische *Common Law* ist somit davon auszugehen, dass die *consideration*-Doktrin in ihrer Ausprägung als *pre-existing duty rule* bei Änderungsvereinbarungen ihre Bedeutung praktisch verloren hat.

Im US *Common Law* dient das Erfordernis einer *consideration* im Rahmen der *pre-existing duty rule* bei Vertragsänderungen dem Schutz vor einem *hold-up game*. Es soll verhindert werden, dass eine Partei ihre faktische Überlegenheit – etwa weil der Markt kein Regulativ mehr für übertriebene Forderungen bereitstellt – ausnutzt, um so die Vertragsanpassung in ihrem Sinne zu gestalten. Dies führt wiederum zu unbilligen Ergebnissen, wenn die Anpassung wie in *Angel v Murray* ohne die Gefahr eines *hold-up games* erfolgt. Daher sind nach dem Rechtsinstitut der *modification in good faith* und seiner nicht ganz unproblematischen Ausprägung in § 89a *Restatement of the Law Second* Versprechen einer einseitigen Forderungserhöhung bei einer wirtschaftlich sinnvollen Vertragsänderung angesichts einer Veränderung der Umstände auch ohne *consideration* bindend. § 2-209 (1) UCC statuiert darüber hinaus die generelle Bindungswirkung bei Vertragsänderungen ohne *consideration* und verlangt eine direkte Fairnesskontrolle. Die langsame Abkehr von der *consideration*-Doktrin in England, die in *Williams v Roffey* ihren vorläufigen Höhepunkt fand, war somit im US *Common Law* hinsichtlich von § 89a *Restatement of the Law Second* bzw. § 2-209 (1) UCC bereits etabliert.

In Deutschland ergibt sich aus der Privatautonomie, aus der Vertragsfreiheit und dem Konsensprinzip¹⁴⁰ die grundsätzliche Bindungswirkung formloser Vertragsänderungen gem. § 311 Abs. 1 BGB in den allgemeinen Grenzen der Wirksamkeit von Verträgen. Ein der *consideration*-Lehre unmittelbar vergleichbares Prinzip kennen kontinentale Rechtsordnungen nicht.¹⁴¹ Die Regeln im *Common Law* und im deutschen Recht scheinen sich auf den ersten Blick diametral entgegen zu stehen. Das *Common Law* vermutet zunächst präventiv mit dem Erfordernis der *consideration* in Gestalt der *pre-existing duty rule* die grundsätzliche Unwirksamkeit von Vertragsänderungen ohne *fresh consideration*. Damit werden Drohung und Zwang indirekt kontrolliert. Im deutschen Recht hingegen sind nach § 311 Abs. 1 BGB und der Vertrags(änderungs)freiheit Vertragsänderungen grundsätzlich formlos verbindlich. Als negative Einzelfallkontrolle werden Drohung und Zwang durch §§ 123 Abs. 1, 138 Abs. 2 BGB direkt kontrolliert. Allerdings geht im *Common Law* die Tendenz dahin, Wirksamkeit bei

¹⁴⁰ Weller (Fn. 3).

¹⁴¹ Zweigert/Kötz (Fn. 10), 393.

wirtschaftlicher Berechtigung anzunehmen. Angesichts der neu definierten Anforderungen an die *consideration* können nun durch die weiter gefasste *duress*-Lehre Drohung und Zwang direkt kontrolliert werden. Diese Tendenz in Richtung Konsensprinzip stützen im *US-Common Law* § 89a *Restatement of the Law Second* und § 2-209 UCC.

Auch im internationalen Bereich lässt das UN-Kaufrecht in Art. 29 Abs. 1 CISG für die Änderung eines Vertrages das Konsensprinzip¹⁴² genügen.¹⁴³ Art. 2:101 der *Principles of European Contract Law* (PECL, „Lando-Prinzipien“) verlangt für den Abschluss eines Vertrages nichts über den Rechtsbindungswillen der Parteien und eine ausreichende Einigung hinaus. Damit kommt es auf eine *consideration* nicht an.¹⁴⁴ Diese Voraussetzungen gelten nach Art. 1:107 PECL auch für Vertragsänderungen.¹⁴⁵ Durch Art. 4:108 PECL wird eine Drohung direkt kontrolliert.¹⁴⁶ Auch die UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010 verlangen gem. Art. 3.2 für Vertragsschluss und -änderung nichts über die Einigung der Parteien hinaus. Drohung wird mit Art. 3.9 direkt kontrolliert. Dies zeigt, dass auch im internationalen Bereich bei Vertragsänderungen das Konsensprinzip genügt. Vor Drohung und Zwang wird durch negative Einzelfallkontrolle direkt geschützt. Eine *consideration* bei Änderungsvereinbarungen ist nicht erforderlich. Das *consideration*-Erfordernis des *Common Law* hat sich daher auf internationaler Ebene nicht durchgesetzt.

¹⁴² Weller (Fn. 3).

¹⁴³ Vgl. Schroeter, in: Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 6. Aufl. 2013, Art. 29 Rn. 1, 4; Schlechtriem/Schroeter, Internationales UN-Kaufrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 297.

¹⁴⁴ Vgl. Kommission für Europäisches Vertragsrecht, Deutsche Ausgabe von von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teile I und II, 2002, 142, 145 f.

¹⁴⁵ Vgl. ebd., 106 ff., 141.

¹⁴⁶ Vgl. ebd., 142, 300 ff.