WOLFGANG JAKOB HAU

Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag

Jus Privatum
83

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 83

Wolfgang Jakob Hau

Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag

Mohr Siebeck

Wolfgang Jakob Hau, geboren 1968; Studium der Rechtswissenschaft in Saarbrücken, Cardiff (Diploma in Legal Studies, 1992) und Trier (Staatsexamina 1994 und 1997, Promotion 1995); 1997–1998 Rechtsanwalt; 1997–2003 erst wissenschaftlicher Mitarbeiter, dann wissenschaftlicher Assistent an der Universität Trier; 2002 Habilitation (Bürgerliches Recht, Verfahrensrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung); seit Sommersemester 2003 Universitätsprofessor in Passau.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Trier gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

978-3-16-157937-0 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019
ISBN 3-16-148091-0
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.ddb.de* abrufbar.

© 2003 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Das Buch ist aus meiner Habilitationsschrift hervorgegangen, die im Wintersemester 2002 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier vorgelegen hat. Rechtsprechung und Schrifttum konnten grundsätzlich bis Ende 2002, vereinzelt noch darüber hinaus berücksichtigt werden.

Während erst die nachfolgende Einführung über das sachliche Anliegen der Schrift informiert, ist das Vorwort nach guter akademischer Tradition die rechte Stelle, um Dank zu sagen. Dieser Dank gilt zuerst meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Walter F. Lindacher; sein Vorbild verpflichtet. Danken möchte ich namentlich zwei weiteren Mitgliedern der Trierer Fakultät: meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Bernd von Hoffmann, der mich aus der Praxis zurück an die Universität gerufen und in vielfältiger Weise gefördert hat, sowie dem Zweitgutachter im Habilitationsverfahren, Herrn Professor Dr. Horst Ehmann, der sich stets die Zeit für anregende Gespräche nahm. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft gebührt Dank für die großzügige Publikationsbeihilfe.

Wiederum guter Tradition folgend, möchte ich schließlich meiner Familie danken und ihr das Werk zueignen – dies freilich im Bewußtsein, daß man dieser ganz besonderen Dankesschuld niemals in einem Vorwort, sondern nur im „wirklichen" Leben gerecht werden kann.

Trier, im März 2003 Wolfgang Hau

Inhaltsübersicht

Einleitung 1

Erster Teil: Grundlagen

1. Kapitel: Dogmatische Grundstruktur des Ad-hoc-Anpassungsvertrags 9
2. Kapitel: Vertragsänderungsfreiheit 49
3. Kapitel: Anpassungsmißbrauch 70

Zweiter Teil: Ad-hoc-Anpassungsvertrag

4. Kapitel: Rechtsvergleichende Bestandsaufnahme: Zur Kontrolle des Ad-hoc-Anpassungsvertrags im anglo-amerikanischen Recht 83
5. Kapitel: Individualisierte Abschluß- und Inhaltskontrolle 121
6. Kapitel: Anpassungsvertragsschluß und Seriositätsindizien 161
7. Kapitel: Anpassungsvertrag und Erstvertrag 219

Dritter Teil: Gesetzesgestützte Vertragsanpassung

8. Kapitel: Funktionale Systematik gesetzlicher Anpassungsmechanismen 245
9. Kapitel: Instrumentale Systematik gesetzlicher Anpassungsmechanismen 277
10. Kapitel: Gesetzesgestützte Vertragsanpassung und Ad-hoc-Anpassungsvertrag 309

Vierter Teil: Klauselgestützte Vertragsanpassung

11. Kapitel: Anpassungsrechtsklauseln 333
12. Kapitel: Anpassungsverfahrensklauseln 380

Ergebnisse 409

Schrifttumsverzeichnis 419

Register 451

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis XVII

Einleitung 1

Erster Teil: Grundlagen

1. Kapitel: Dogmatische Grundstruktur des Ad-hoc-Anpassungsvertrags . 9

A. Begriff und Abgrenzung 9
I. Anpassungszweck 9
1. Schuldverhältnis als Anpassungsobjekt 10
2. Verhältnis zu Austausch- und Erfüllungszweck 14
3. Anpassungszweck und Anpassungsanlaß 17
II. Abgrenzung 18
1. Extern motivierte Änderungsverträge 18
2. Anpassungsvertrag und Vergleichsvertrag 20
B. Anpassungsvertrag und Vertragskontinuität 22
I. Emanzipation von der Novation 22
II. Kontinuitätsgrenzen 26
1. Streitstand 26
2. Relevanz 29
C. Rechtsnatur des Anpassungsvertrags 35
I. Verfügungsgeschäft 35
1. Schuldverhältnis als Verfügungsgegenstand 36
2. Verfügung und Nachteil 39
II. Verpflichtungsgeschäft 41
III. Handgeschäft 43
1. Rechtsmindernde Anpassung 43
2. Rechtserweiternde Anpassung 47

2. Kapitel: Vertragsänderungsfreiheit 49

A. Positive Änderungsfreiheit 49
I. Grundsatz 49
II. Grenzen positiver Änderungsfreiheit 52
1. Gesetzliche Grenzen 52
2. Vertragliche Grenzen 55
a) Absolute Grenzen 55
b) Schriftformklauseln 56

B. Negative Änderungsfreiheit 59
I. Vertragsbindung als Mitwirkungserfordernis 59
II. Kontrollüberlegung: Nichtbelastende Anpassungswünsche 62
1. Verzicht und Vertragsprinzip 62
2. Geringfügige Änderungen und Vertragsprinzip 64
3. Vertragsprinzip und Widerspruchsmodell 67
III. Grenzen negativer Änderungsfreiheit 68

3. Kapitel: Anpassungsmißbrauch 70

A. Überblick 70
B. Anpassungsdruck seitens des Interessenten 71
C. Anpassungsverweigerung seitens des Opponenten 76
D. Gang der weiteren Untersuchung 78

Zweiter Teil: Ad-hoc-Anpassungsvertrag

4. Kapitel: Rechtsvergleichende Bestandsaufnahme: Zur Kontrolle des Ad-hoc-Anpassungsvertrags im anglo-amerikanischen Recht 83

A. Einführung 83
B. Ausgangspunkt: pre-existing duty rule 85
I. Überblick 85
II. Funktionale Analyse: consideration als Seriositätsindiz 87
III. Pre-existing duty rule und Ad-hoc-Anpassungsvertrag 89
1. Beiderseitig begünstigende Anpassung 90
2. Versprechen einer Mehrleistung 90
3. Versprechen einer Anspruchsreduzierung 93
IV. Verbindlichkeit von Anpassungsverträgen ohne consideration . 95
V. Verbleibendes Mißbrauchspotential und dogmatische Bedenken 97
C. Materielle Änderungsfreiheit: doctrine of economic duress 100
I. Hintergrund 100
II. Unbilligkeit der Drohung 103
III. Zwangslage 107
D. Anpassungsspezifische Kontrolle: good faith modification 110
I. Restatement (Second) of Contracts 111
1. § 89 lit. a Restatement 111
2. §§ 175, 176 Restatement 113
II. Uniform Commercial Code 115
1. Überblick 115
2. Folgerungen 116
a) Vorliegen eines legitimate commercial reason 116
b) Fehlen eines legitimate commercial reason 117
E. Exkurs: Art. 29 CISG 119

5. Kapitel: Individualisierte Abschluß- und Inhaltskontrolle 121

A. Individualisierte Abschlußkontrolle 121
I. Überblick 121
II. Schutz vor widerrechtlicher Drohung: § 123 BGB 123
1. Drohung 124
2. Rechtswidrigkeit 125
a) Rechtswidrigkeit infolge Wahl des Mittels 126
b) Rechtswidrigkeit infolge Zweck-Mittel-Relation 134
(1) Drohen mit rechtmäßigem Verhalten 134
(2) Drohen mit Vertragsbruch 137
III. Schutz vor widerrechtlicher Drohung: culpa in contrahendo ... 138
B. Inhaltskontrolle 141
I. Überblick 141
II. Hypothetische Gesamtschau 142
III. Spezifischer Anpassungsmißbrauch 146
1. Vorüberlegungen 146
2. Sonderanpassungskontrolle kraft gesetzlicher Anordnung ... 148
a) § 2 KSchG 149
b) § 4 HOAI 150
c) § 20 Abs. 3 GWB 151
3. Sonderanpassungskontrolle kraft allgemeiner Grundsätze ... 152
a) Ansätze 152
b) Bedenken 154
IV. Anpassung vorformulierter Bedingungen 159

6. Kapitel: Anpassungsvertragsschluß und Seriositätsindizien 161

A. Überblick 161
B. Anpassungsvertragsschluß 162
I. Präzisierung der Fragestellung 162
II. Widerspruchslast beim rechtsgeschäftlichen Erstkontakt 163
III. Anpassungskonstellationen: Spezialgesetzliche Widerspruchslast 165
IV. Anpassungskonstellationen: Annahmeerwirkungslast nach allgemeinen Regeln 166
1. Grundsatz 166
2. Anpassung des Leistungsprogramms 170
3. Anpassung vorformulierter Bedingungen 173
a) Präzisierung der Fragestellung 173
b) Differenzierungsansätze 175
c) Leitlinien zu § 305 Abs. 2 BGB in Anpassungskonstellationen 177
4. Sonderproblem: Adressatengünstige Anpassungsanträge 183
C. Formwahrung als Seriositätsindiz 186

I. Vertragstypenspezifischer Formzwang 186
II. Anpassungsspezifischer Formzwang 189
D. Festhalten am widerruflichen Anpassungsvertrag als Seriositätsindiz . 191
I. Überblick 191
II. Grundlagen 192
1. Vertragsgegenstands- und abschlußsituationsbezogene Widerrufsrechte 192
2. Widerrufsrechte als Instrument typisierter Abschlußkontrolle 194
III. Anpassungsvertrag und Widerrufsrecht nach allgemeinen Regeln 196
1. Präzisierung der Fragestellung 196
2. Haustürgeschäfte 200
a) Sachlicher Anwendungsbereich: Zum Begriff des Vertrags in der HWiRL und in § 312 BGB 200
b) Situationsbezogener Anwendungsbereich 206
c) Bestimmung zum Anpassungsvertragsschluß 208
3. Fernabsatzgeschäfte 210
IV. Sonderwiderrufsrecht für Anpassungskonstellationen 212
1. De lege lata 212
2. De lege ferenda 214
a) Rechtspolitisches Anliegen 214
b) Subjektiver Anwendungsbereich 217

7. Kapitel: Anpassungsvertrag und Erstvertrag 219

A. Wirksamer Anpassungsvertrag 219
B. Fehlerhafter Anpassungsvertrag 221
I. Immunität des Erstvertrags 221
1. Grundsatz 221
2. Nichtige und vernichtbare Anpassungsverträge 222
3. Teilunwirksame Anpassungsverträge 225
II. Ausnahmen: Infektion des Erstvertrags 226
1. Fehleridentität: Ex-post-Opportunismus als Erstvertragsverletzung 227
2. Inhaltsgestaltende Formmängel 229
3. Diskontinuiät statt Vertragsanpassung 231
a) Novation 232
b) Anschlußvertrag 236
C. Anpassungsbezogene Leistungsstörungen 239

Dritter Teil: Gesetzesgestützte Vertragsanpassung

8. Kapitel: Funktionale Systematik gesetzlicher Anpassungsmechanismen . 245

A. Problemstellung 245
B. Anpassungsrecht als materiellrechtliches Substrat 247
I. Grundlagen 247
II. Anpassungserzwingungsrechte 248
1. Überblick 248
2. Insbesondere: § 313 BGB 249
III. Anpassungsbestimmungsrechte 251
1. Überblick 251
2. Opponentenkündigung 252
3. Interessentenkündigung 253
IV. Sonderproblem: Neuverhandlungsansprüche 256
C. Analyse 259
I. Anpassungsfreundliche Grundhaltung 259
II. Schutzzweck gesetzlicher Anpassungsmechanismen 261
1. Verbraucherschutz 261
2. Kompensation unterlegener Neuverhandlungsmacht 262
III. Erzwingungs- oder Bestimmungsrecht? 267
1. Problemstellung 267
2. Vorüberlegung: Gewährleistungsrechtliche Anpassungsrechte 268
3. Anpassung zwecks Vertragsstabilisierung 270
IV. Interessenten- oder Opponentenkündigung? 273

9. Kapitel: Instrumentale Systematik gesetzlicher Anpassungsmechanismen 277

A. Problemstellung 277
B. Anpassungsmodi 277
I. Grundlagen 277
II. Gestaltungsrechtsmodell 280
III. Anspruchsmodell 283
1. Inhalt 283
2. Durchsetzung 287
C. Analyse 291
I. Rechtsdogmatik und Rechtspolitik 291
II. Kooperationsgedanke 295
III. Klageinitiativlast 297
1. Problemstellung 297
2. Änderung der dem Interessenten obliegenden Verpflichtung . 298
3. Änderung der dem Opponenten obliegenden Verpflichtung . 300

IV. Informationsdefizite 305
V. Folgerungen 307

10. Kapitel: Gesetzesgestützte Vertragsanpassung und Ad-hoc-Anpassungsvertrag 309

A. Inhaltsbindung des Ad-hoc-Anpassungsvertrags 309
I. Problemstellung 309
II. Gesetzliche Koppelung: Zwingendes Recht 310
1. Vorrang des gesetzlichen Anpassungsmechanismus 310
2. Vorrang des Ad-hoc-Anpassungsvertrags 312
III. Privatautonome Koppelung: Annahme unter Vorbehalt 316
1. Vorbehalt des Interessenten 316
2. Vorbehalt des Opponenten 318
IV. Indirekte Koppelung: Irrtumsanfechtung und Informationspflicht 320
V. Sonderproblem: „Flucht in den Vergleich" 323
B. Ad-hoc-Anpassungsvertrag als Auffangtatbestand 324
I. Gestaltungsrechtsmodell und Ad-hoc-Antrag 325
II. Anspruchsmodell und Ad-hoc-Antrag 327

Vierter Teil: Klauselgestützte Vertragsanpassung

11. Kapitel: Anpassungsrechtsklauseln 333

A. Überblick 333
B. Systematik des Kontrollinstrumentariums für klauselgestützte Vertragsanpassungen 335
I. Vorbehaltskontrolle 336
II. Ausübungskontrolle 338
III. Anpassungsrechtsklausel und Ad-hoc-Anpassungsvertrag 341
C. Funktionale Aspekte 341
I. Erzwingungs- und Bestimmungsrechtsklauseln 341
1. Bestandsaufnahme 341
2. Existenzberechtigung von Erzwingungsrechtsklauseln 343
a) Beurteilung 343
b) Umdeutung von Erzwingungs- in Bestimmungsrechtsklauseln? 347
3. Bestimmungsrechtsklauseln: Interessenten- oder Opponentenkündigung? 348
a) Bestandsaufnahme 349
b) Beurteilung 349
c) Insbesondere: Zur Effizienz des Sonderlösungsrechts 351
II. Konkretisierung des Anpassungsziels 354

1. Problemstellung 354
2. Vorgaben zum Anpassungsziel 355
3. Verortung der Konkretisierungsproblematik 357
4. Sonderproblem: Allgemeine Sonderausübungskontrolle? 360
III. Anpassungsrecht und Reziprozität 362
1. Bestandsaufnahme 362
2. Streitstand 362
3. Stellungnahme 364
D. Instrumentale Aspekte 366
I. Bestandsaufnahme 366
II. Grundsatz: Irrelevanz der instrumentalen Ausgestaltung 367
III. Insbesondere: Klageinitiativlast 369
1. Gleichlauf von Anpassungsrecht und Klageinitiativlast 369
a) Anspruchsmodell 370
b) Gestaltungsrechtsmodell 370
2. Sonderproblem: Klageinitiativlastzuweisung analog §315 Abs. 3 BGB? 372
a) Problemstellung 372
b) Lösungsvorschläge 373
c) Stellungnahme 375
3. Folgerungen für die Beurteilung von Preisanpassungsklauseln 377
a) Preiserhöhungen 377
b) Preissenkungen 378

12. Kapitel: Anpassungsverfahrensklauseln 380

A. Überblick 380
I. Sprechklauseln 380
II. Erklärungsfiktionsklauseln 381
III. Gang der Untersuchung 383
B. Instrumentale und funktionale Analyse 383
C. Vorbehalts- und Ausübungskontrolle 386
I. Voraussetzungen klauselgestützter Erklärungsfiktionen 386
II. Grenzen fiktionsgestützter Anpassungsverträge 388
1. Sondergesetzliche Rückgriffssperren 388
2. Tragfähigkeit von Erklärungsfiktionen: Berechtigtes Verwenderinteresse 391
3. Verortung der Problematik: Vorbehalts- und Ausübungskontrollebene 394
a) Problemstellung 394
b) Klauseltransparenz 395
c) Ausübungskontrolle 397
III. Reziprozität 400

D. Sonderproblem: Ersetzung unwirksamer Sachklauseln 401
I. Grundlegung: Ersetzungsrechtsklauseln 401
1. Streitstand 401
2. Wirksamkeitsanforderungen 402
a) Absehbarkeit des Ersetzungsbedarfs 402
b) Verschlechterungsverbot 403
c) Ersetzungsanlaß 404
d) Konkretisierungsgebot 404
II. Zur Übertragbarkeit auf Anpassungsverfahrensklauseln 405

Ergebnisse 409

Schrifttumsverzeichnis 419

Gesetzesregister 451

Sachregister 459

Abkürzungsverzeichnis

A.	Atlantic Reporter (numerierte Serien)
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt
a.E.	am Ende
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AbzG	Abzahlungsgesetz
A.C.	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Ad. & El.	Adolphus' & Ellis' Reports
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
ALB	Allgemeine Lebensversicherungs-Bedingungen
All ER	All England Law Reports
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
AmJCompL	American Journal of Comparative Law
Anm.	Anmerkung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
App.Cas.	Appeal Cases
ARB	Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung
arg.	argumentum
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Archiv PT	Archiv für Post und Telekommunikation
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AuslInvestmentG	Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BG	Schweizerisches Bundesgericht
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts BG
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BKartA	Bundeskartellamt
BKleingG	Bundeskleingartengesetz
BKR	Bank- und Kapitalmarktrecht
BRAGO	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Build. L.R.	Building Law Reports
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
C.A.	Court of Appeal(s)
CanBarRev	Canadian Bar Review
CanJBusL	Canadian Journal of Business Law
CC	Code Civil
CEC-VE	Vorentwurf eines Code Européen des Contrats
Ch.D.	Chancery Division
c.i.c.	culpa in contrahendo
Cir.	Circuit
CISG	Convention on the International Sale of Goods
CLJ	Cambridge Law Journal
Co.Rep.	Coke's Reports
Curr.Leg.Probl.	Current Legal Problems
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DMBilG	Gesetz über die Eröffnungsbilanz in Deutsche Mark und die Kapitalneufestsetzung (D-Markbilanzgesetz)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E & B	Ellis' & Blackburn's Reports
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGVVG	Einführungsgesetz zum Versicherungsvertragsgesetz
EP	Principles of European Contract Law
ErbbRVO	Verordnung über das Erbbaurecht
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
F.	Federal Reporter (numerierte Serien)
f./ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht

FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FernAbsG	Fernabsatzgesetz
FernAbsRL	Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz
FernUSG	Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht
franz.	französisch
FS	Festschrift
F.Supp.	Federal Supplement (numerierte Serien)
Fußn.	Fußnote
GE	Das Grundeigentum
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GruchBeitr	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
Holdheim	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HWiG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
HWiRL	Richtlinie betreffend den Verbraucherschutz im Fall von außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen
I.C.R.	Industrial Cases Report
insbes.	insbesondere
IntEncCompL	International Encyclopedia of Comparative Law
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts
J. Legal Studies	Journal of Legal Studies
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbJZivRWiss	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
JBL	Journal of Business Law
JCL	Journal of Contract Law
JheringsJb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik der bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
Klausel-RL	Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen
K&R	Kommunikation und Recht
KSchG	Kündigungsschutzgesetz

KonsSchG	Konsumentenschutzgesetz
LPachtVG	Landpachtverkehrsgesetz
LG	Landgericht
lit.	litera
L.J.	Law Journal
Lloyd's MCLQ	Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
LQR	Law Quarterly Review
L. Rev.	Law Review
m. [krit./zust.] Anm.	mit [kritischer/zustimmender] Anmerkung
MB/KK	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Krankheitskosten- und die Krankenhaustagegeldversicherung
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts
m.E.	meines Erachtens
MedR	Medizinrecht
MHG	Gesetz zur Regelung der Miethöhe
MLR	Modern Law Review
MMR	Multimedia & Recht
m. (w.) Nachw.	mit (weiteren) Nachweisen
NachwG	Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboeck
N.E.	North Eastern Reporter (numerierte Serien)
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NJWE-WettbR	NJW-Entscheidungsdienst Wettbewerbsrecht
Nr.	Nummer
NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
N.W.	North Western Reporter (numerierte Serien)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechung-Report Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
öJBl	(österreichische) Juristische Blätter
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
OR	Obligationenrecht
Oxford UCompLForum	Oxford University Comparative Law Forum
PreisAngVO	Preisangabenverordnung
PreisKlVO	Preisklauselverordnung
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
Recht	Das Recht
RegE	Regierungsentwurf
Rep.	Reprint
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft

RL	Richtlinie
RRa	Reiserecht aktuell
r+s	Recht und Schaden
RvglHdwb	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes
Rz.	Randzeichen
S.	Satz, Seite
SchlHAnz.	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
schweiz.	schweizerisch
S.Ct.	Supreme Court
SGB	Sozialgesetzbuch
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Skin	Skinner's Reports
Slg.	Sammlung der Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
South. Calif. Interdiscipl. L.J.	Southern California Interdisciplinary Law Journal
StGB	Strafgesetzbuch
S.W.	South Western Reporter (numerierte Serien)
TKV	Telekommunikations-Kundenschutzverordnung
TranspR (-IHR)	Transportrecht (Beilage Internationales Handelsrecht)
Tulane J. Int. Comp. L.	Tulane Journal of International and Comparative Law
TzWrG	Gesetz zur Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden
UCC	Uniform Commercial Code
UCLA L. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
Univ.	University
UP	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UStG	Umsatzsteuergesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Var.	Variante
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
Verf.	Verfasser
Verh.	Verhandlungen
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung (bislang: Verdingungsordnung) für Bauleistungen – Teil B
VR	Versicherungsrundschau
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WKSchG	Wohnraumkündigungsschutzgesetz
WVÜ	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge

WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZinsAnpG	Gesetz über die Anpassung von Kreditverträgen an Marktbedingungen sowie über Ausgleichsleistungen an Kreditnehmer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Befragt man deutsche Juristen zum Stichwort „Vertragsanpassung", kommen gewöhnlich zunächst und vor allem die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, möglicherweise auch die in den letzten Jahren vieldiskutierten Neuverhandlungspflichten zur Sprache. Meist hat es damit aber auch schon sein Bewenden, sofern man nach *allgemeinen* Prinzipien der Vertragsanpassung fragt. Betrachtet man hingegen einzelne Vertragstypen, so stößt man alsbald zum einen auf eine erstaunliche Anzahl gesetzes- und richterrechtlicher Anpassungsregeln, zum anderen auf unzählige, höchst unterschiedlich ausgestaltete AGB-Anpassungsklauseln. Dieser Befund gilt keineswegs nur für Dauerschuldverhältnisse im üblicherweise verwandten Wortsinne[1] oder sogenannte komplexe Langzeitverträge,[2] sondern für langfristige Verträge[3] aller Art.

Einige Stichworte mögen zur Illustration der Anpassungsproblematik genügen. Erinnert sei: im Kaufrecht an die Rechtsprechung des BGH zu Tagespreisklauseln im Kraftfahrzeughandel; im Wohnraummietrecht an Mietzinserhöhungen infolge steigender Vergleichsmieten oder Betriebskosten; im Versicherungsrecht an einige spezialgesetzliche, vor allem aber an die in den letzten Jahren mehrfach vom BGH erörterten vertraglichen Mechanismen zur Prämien- und zur Bedingungsanpassung; im Kreditrecht an die Debatte, die sich im Gefolge einiger Musterprozesse zu variablen Zinssätzen entzündet hat; oder, um ein letztes Beispiel zu nennen, im Reiserecht an den Streit über die Zulässigkeit von Kerosinzuschlägen, der in neuerer Zeit wiederholt den BGH beschäftigt hat.

Zu solchen gesetzlichen oder vertraglichen Anpassungsregeln liegt schon manche Einzeluntersuchung vor. Es fällt jedoch auf, daß bislang kaum der Versuch unternommen wurde, nach vertragstypenübergreifenden Aspekten zu fragen, mithin einen allgemeinen Teil in Angriff zu nehmen.[4] Dies erstaunt erst recht, wenn man bedenkt, daß oft die zunehmende praktische Bedeutung von Vertragsanpassungen und Anpassungsverträgen betont wird, die sich längst nicht nur aus

---

[1] Der auf die Überlegungen von *Otto von Gierke* zu „dauernden Schuldverhältnissen" (JheringsJb. 64 [1914], 355 [357ff.]) zurückgehende Begriff hat längst Einzug in die Sprache des Gesetzgebers gefunden; vgl. nur §§ 308 Nr. 3, 309 Nr. 1 und 9, 314 BGB. Beachte aus neuerer Zeit vor allem *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung.

[2] Zur dogmatischen Aufarbeitung solcher Verträge *Nicklisch*, in: *ders.*, Der komplexe Langzeitvertrag, S. 17ff., und insbes. zum Anpassungsbedarf *Scott*, ebenda, S. 51ff. Zur damit verwandten Lehre vom *relational contract* näher *Oechsler*, RabelsZ 60 (1996), 91ff.; einführend *ders.*, Schuldrecht BT, Rz. 36.

[3] Zu diesem weitergefaßten Begriff *Horn*, Vertragsdauer, S. 559ff.; ausführlich *Jickeli*, Der langfristige Vertrag, S. 20ff.

[4] Ebenso für das (nachfolgend weithin ausgeklammerte) Arbeitsrecht der Befund von *Hromadka*, RdA 1992, 234 (235).

tiefgreifenden gesellschaftlichen Ereignissen wie der Wiedervereinigung,[5] sondern allgemein infolge des immer schnelleren Wandels wirtschaftlicher Rahmenbedingungen ergibt.[6]

Richtet man den Blick über die Grenze, so erscheint ein anderer Aspekt der deutschen Diskussion noch bemerkenswerter: Anders als im anglo-amerikanischen Recht, zu dem sprichwörtlich Hunderte einschlägiger Entscheidungen und eine Reihe gewichtiger Abhandlungen vorliegen,[7] schenkt man in Deutschland dem praktisch wohl bedeutsamsten Modus der Vertragsanpassung kaum Beachtung. Gemeint ist der kontinuitätswahrende Anpassungsvertrag, auf den sich die Parteien *ad hoc* – sprich: ohne jeden Rückgriff auf möglicherweise einschlägige gesetzliche oder vertragliche Anpassungsmechanismen – verständigen.[8] Bekanntlich stellt § 311 Abs. 1 (früher: § 305) BGB mit dem Diktum, zur Begründung wie zur Inhaltsänderung eines Schuldverhältnisses sei ein Vertrag der Parteien erforderlich, rechtsgeschäftlichen Erstkontakt und ändernden Zugriff ohne weiteres nebeneinander. Indes lassen sich schnell wesentliche Unterschiede zwischen beiden Konstellationen ausmachen; drei Punkte seien vorab hervorgehoben:

Erstens fällt auf, daß der Anpassungsvertrag Verpflichtungsgeschäft sein kann, jedoch keineswegs sein muß, dogmatisch aber jedenfalls als Verfügung über das Schuldverhältnis einzuordnen ist. Zweitens läßt sich der Anpassungsvertragsschluß erheblich erleichtern oder sogar entbehrlich machen: Während Kontrahierungszwang oder einseitige Gestaltungsmacht für den Erstkontakt seltene Ausnahmen geblieben sind, bedienen sich Gesetzgeber und Rechtsprechung solcher Mechanismen sehr viel eher – mitunter in geradezu unbekümmert anmutender

---

[5] Vgl. zu dem dadurch ausgelösten Anpassungsbedarf und dessen Bewältigung insbes. *Horn*, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet, § 8. Im Zusammenhang mit Unternehmensverkäufen durch die Treuhandanstalt (nunmehr: Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderausgaben) kam es derart häufig zu nachvertraglichen Anpassungswünschen, vor allem hinsichtlich des Kaufpreises oder der Einhaltung von Arbeitsplatz- und Investitionszusagen, daß sich innerhalb der Behörde das Tätigkeitsprofil des „Nachverhandlers" herausgebildet hat; dazu *Stapper*, DtZ 1994, 241.

[6] In diesem Sinne schon im Jahre 1932 *Gerke*, Schuldabänderungsverträge, S. 1: „das Bedürfnis nach Änderungen oder Umwandlungen einmal begründeter Schuldverhältnisse wächst mit der Zunahme des Wirtschafts- und Verkehrslebens." Ähnlich aus neuerer Zeit etwa *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 616; *Zöllner*, Anpassung von Personengesellschaftsverträgen, S. 14ff.; *Lettl*, JuS 2001, 144.

[7] Eingehend unten Kap. 4. Gleichwohl wird auch im anglo-amerikanischen Schrifttum beklagt, daß die Vertragsanpassung zu Unrecht im Schatten von Begründung und Beseitigung von Schuldverhältnissen stehe. Vgl. *Halson*, Contract Law, S. 318; *ders.*, Curr.Leg.Probl. 44 (1991), 111; *Carter*, JCL 13 (1998), 185.

[8] Als bezeichnend für das verbreitet fehlende Problembewußtsein erweisen sich etwa die Bemerkungen von *Herrmann*, Jura 1988, 505, und vielleicht mehr noch, daß die bei weitem umfangreichste neuere Darstellung zum Thema Vertragsanpassung, die Aufsatzreihe von *Lettl* in JuS 2001, 144ff., 248ff., 347ff., 456ff., 559ff., 660ff., den Ad-hoc-Anpassungsvertrag außer Betracht läßt. Beachte aber immerhin, wiederum zum Arbeitsrecht, *Hromadka*, RdA 1992, 234 (235, 245ff.), sowie *Wank*, in: *Hromadka*, Änderung von Arbeitsbedingungen, S. 35ff. Eine ausdifferenzierte Lehre vom Änderungsvertrag findet sich zudem im Völkervertragsrecht; eingehend etwa *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd. I/3, § 155.

Weise – im Hinblick auf Anpassungssituationen; auch die Kautelarpraxis greift häufig auf Kontrahierungszwang und Gestaltungsrecht zurück, um Anpassungsbedarf zügig zu befriedigen. Drittens weisen Neuverhandlungen im Vergleich zum rechtsgeschäftlichen Erstkontakt ein gesteigertes Mißbrauchspotential auf: Je mehr eine Partei in das konkrete Schuldverhältnis investiert hat, desto weniger steht ihr der Markt als wirtschaftlich sinnvolle Alternative zu der bereits eingegangen Kooperation zur Verfügung; nicht zu Unrecht ist mitunter von einem bilateralen Monopol die Rede. Diese für Anpassungskonstellationen charakteristische Gefahr eines Marktversagens indiziert zugleich ein größeres Bedürfnis nach Abschluß-, aber auch nach Inhaltskontrolle, zumal auf den ersten Blick der Gedanke naheliegt, daß sich richterliche Inhaltskontrolle hier eher als beim Erstvertragsschluß als legitim erweisen könnte; denn immerhin verfügt der Richter mit dem bereits bestehenden Schuldverhältnis über einen von den Parteien gewählten Maßstab für die von ihnen (jedenfalls ursprünglich) gewünschte Äquivalenz der Leistungen.

Erst im Lichte der beiderseitigen Kooperationsbereitschaft, die stets Voraussetzung des Ad-hoc-Anpassungsvertragsschlusses ist, erschließt sich die Funktion gesetzlicher und vertraglicher Anpassungsmechanismen: Diese machen einen Konsens der Parteien entbehrlich; ihre engen Voraussetzungen unterstreichen zugleich aber auch die Bedeutung der einvernehmlich realisierbaren Änderungsfreiheit. Die im Schrifttum schon mehrfach angemahnte kritische Analyse von Anpassungsklauseln[9] sollte daher gleichermaßen die dogmatische Leitbildfunktion einschlägiger gesetzlicher Mechanismen wie die Tragweite des Ad-hoc-Anpassungsvertrags zum Ausgangspunkt nehmen. Vor diesem Hintergrund erstaunt die geringe Aufmerksamkeit, die dem letzteren in Deutschland (beziehungsweise in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen) als allgemeiner Kategorie des Schuldrechts geschenkt wird. Um so aufschlußreicher erscheint demgegenüber ein Passus in den *Principles of European Contract Law*,[10] wonach diese zwar auf Änderungsverträge anwendbar sind, aber eben nicht vorbehaltlos, sondern „mit den angemessenen Anpassungen".[11] Im Anschluß daran könnte man den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung knapp mit der Frage umschreiben, inwieweit eine Sonderbehandlung des Anpassungsvertrags im Vergleich zum rechtsgeschäftlichen Erstkontakt angebracht ist, wobei das Augenmerk allein Zwei-Personen-Verhältnissen gelten soll. Wenn derjenige Jurist dogmatisch arbeitet, „der darauf abzielt, das für ein bestimmtes Gebiet maßgebliche Material an Rechtsre-

---

[9] Vgl. nur *Steindorff*, ZHR 148 (1984), 271; *Nelle*, Neuverhandlungspflichten, S. 82. Beachte aber auch *Martinek*, AcP 198 (1998), 329 (354ff.), der sich pointiert gegen eine Sonderdogmatik von Neuverhandlungsklauseln wendet.

[10] Deutschsprachige Fassung samt Kommentaren und Anmerkungen der Kommission bei *von Bar/Zimmermann*, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts; deutscher Text der *principles* auch bei *Schulze/Zimmermann*, Basistexte zum Europäischen Privatrecht, Nr. III.10.

[11] Art. 1:107 EP lautet: „Anwendung der Grundregeln im Wege der Analogie. Diese Grundregeln sind mit den angemessenen Anpassungen auf Vereinbarungen anzuwenden, durch die ein Vertrag abgeändert oder beendet werden soll (...)."

geln nach einheitlichen, übergreifenden und durchlaufenden Grundgedanken namhaft zu machen, sie zu einem logischen und deshalb intersubjektiv vermittelbaren System zu ordnen und den ständig neu produzierten Rechtsstoff – es handele sich um neue gesetzliche Vorschriften oder auch um Gerichtsentscheidungen – darauf zu prüfen, ob er sich in die gegebene Ordnung einfügt oder die Ergänzung oder den Ausbau dieser Ordnung erfordert"[12], dann will diese Abhandlung eine dogmatische zum Thema der Vertragsanpassung mittels Anpassungsvertrags sein.

Der für eine solche Untersuchung als Anschauungsmaterial und Prüfstein gleichermaßen unentbehrliche konkrete Rechtsstoff soll vor allem den Rechtsgebieten entnommen werden, aus denen die eingangs genannten Beispiele stammen, insbesondere dem Miet-, Versicherungs- und Kreditrecht. Maßstab der Analyse ist in erster Linie das geltende deutsche Recht, wie es sich nach den tiefgreifenden gesetzgeberischen Interventionen der jüngsten Zeit – namentlich nach Inkrafttreten des Mietrechtsreform- und des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes – darstellt.[13] Gerade die Mietrechtsreform hat mit der Überführung des bisherigen Miethöhegesetzes[14] in das Bürgerliche Gesetzbuch (nunmehr §§ 557ff. BGB) die Aufmerksamkeit der Rechtswissenschaft auf einen bislang weitgehend Praktikern überlassenen, für weite Teile der Bevölkerung indes überragend wichtigen Teilaspekt der Vertragsanpassungsproblematik gelenkt.[15] Demgegenüber ist der Reformgesetzgeber beispielsweise das umstrittene und praktisch nicht minder drängende Problem, unter welchen Voraussetzungen Klauseln über variable Kreditzinsen wirksam sind, nicht angegangen.[16] Im Versicherungsrecht wiederum zählt die Prämien- und Bedingungsanpassung zu den Themenfeldern, denen sich die Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts annimmt.[17]

Zugleich muß die Untersuchung den ständig an Bedeutung gewinnenden internationalen Bezügen des Vertragsrechts gebührende Aufmerksamkeit schenken. Dies gilt für Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, soweit ihnen ohnehin Geltungsvorrang zukommt[18] oder soweit sie verallgemeinerungsfähige Aussagen

---

[12] *Kötz*, RabelsZ 54 (1990), 203 (204).

[13] Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts vom 19.6. 2001, BGBl. 2001 I, S. 1149; Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11. 2001, BGBl. 2001 I, S. 3138; Neufassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in BGBl. 2002 I, S. 42.

[14] Gesetz zur Regelung der Miethöhe vom 18.12. 1974, BGBl. 1974 I, S. 3603. Gegen dessen Integration in das BGB *Emmerich*, JuS 2000, 1051 (1052): „Die Folge wird nur sein, daß in Zukunft vor jeder wichtigen Wahl auch das BGB publikumswirksam geändert werden wird."

[15] Zur Vernachlässigung des bislang sondergesetzlich geregelten Mieterhöhungsrechts durch die Rechtswissenschaft *Wünnemann*, Das Mieterhöhungsverlangen, S. 1.

[16] Diese Zurückhaltung begrüßt *Grundmann*, BKR 2001, S. 66 (71).

[17] Vgl. den Zwischenbericht VVG-Reform, S. 61ff., 63ff.

[18] Besondere Bedeutung kommt dabei einschlägigen Vorgaben zu, die im Anhang zu Art. 3 Abs. 3 der Klausel-RL (Richtlinie 93/3/EWG vom 5.4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG Nr. L 95 vom 21.4. 1993, S. 29) aufgeführt sind. Beachte zur heftig umstrittenen gemeinschaftsrechtlichen Bedeutung dieses Anhangs EuGH, 7.5. 2002, EuZW 2002, 465, m. Anm. *Pfeiffer*, 467f.; die dort verwandte Formel vom „Hinweis- und Beispielcharakter" darf man im Lichte der Ausführungen von Generalanwalt *Geelhoed* wohl dahingehend

zu Vertragsanpassungen enthalten, aber auch für die bislang vor allem durch Gelehrtenrecht in Erscheinung tretenden Ansätze eines gemeineuropäischen Vertragsrechts.[19] Erwähnt seien die bereits angesprochenen *Principles of European Contract Law* (*EP*), die *UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts (UP)*[20] und der *Vorentwurf eines Code Européen des Contrats (CECVE)*[21]. Ursprünglich mit dem Ziel geschaffen, internationale Handelsverträge aus der Umklammerung der nationalen Rechtsordnungen zu befreien, geben solche „Restatements"[22] heute wichtige Denkanstöße für die Fortentwicklung ebendieser Rechtsordnungen.[23] Das deutsche Schuldrecht kann spätestens nach seiner „Modernisierung", die sich erklärtermaßen aufgeschlossen gegenüber einer zunehmenden „Europäisierung" zeigt, schlechterdings nicht mehr als rein nationale Disziplin betrieben werden.[24] Deshalb soll schließlich auch der eine oder andere unmittelbar einschlägige Einzelaspekt ausländischer Rechtsordnungen Berücksichtigung finden. Nicht angestrebt wird demgegenüber eine im klassischen Sinne rechtsvergleichende Arbeit, also eine solche, die guten Gewissens den Anspruch erheben könnte, sämtliche auch nur möglicherweise relevanten ausländischen Rechte systematisch auf ihren Vorrat an Problemen und Lösungen hin befragt zu haben.

---

deuten, daß die Mißbräuchlichkeit einer Klausel bei Verwirklichung eines darin aufgeführten Tatbestands zwar nicht vermutet wird, wohl aber indiziert ist.

[19] Einen Überblick zu Diskussionsstand, Vorarbeiten und Zukunftsaussichten bietet etwa *Sonnenberger*, RIW 2002, 489ff. Beachte nunmehr den Aktionsplan der Kommission: ABl. EU Nr. C 63 vom 15. 3. 2003, S. 1.

[20] Revidierte deutschsprachige Fassung bei *Schulze/Zimmermann*, Basistexte zum Europäischen Privatrecht, Nr. III.15.

[21] Deutschsprachige Fassung bei *Schulze/Zimmermann*, Basistexte zum Europäischen Privatrecht, Nr. III.18, und in ZEuP 2002, 139ff., 365ff., samt Einführung von *Gandolfi*, 1ff. Dazu *Sonnenberger*, RIW 2001, 409ff.; *Sturm*, JZ 2001, 1097ff.

[22] Dieser Terminus scheint sich als Oberbegriff für solche Dokumente nichtlegislatorischer europäischer bzw. internationaler Rechtsvereinheitlichung einzubürgern. Gemessen am Phänomen der US-amerikanischen Restatements, mag dies nicht völlig korrekt sein (vgl. nur *Sonnenberger*, RIW 2002, 489 [491]; zum US-amerikanischen Restatement of Contracts noch unten S. 111ff.), doch ist eine griffige Sammelbezeichnung im Interesse einer breiten Diskussion wohl unverzichtbar.

[23] Treffend zu diesem „Paradoxon der Restatements" *Berger*, RabelsZ 66 (2002), 164 (165). Beachte im übrigen nur *Basedow*, AcP 200 (2000), 445 (457ff.), und zur methodischen Einordnung *Canaris*, in: *Basedow*, Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung, S. 5ff.

[24] Dezidiert etwa *Gruber*, ZVglRWiss 101 (2002), 38ff.; *W. H. Roth*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, S. 25ff.

Erster Teil

Grundlagen

1. Kapitel

Dogmatische Grundstruktur des Ad-hoc-Anpassungsvertrags

Im Folgenden soll die dogmatische Grundstruktur des Ad-hoc-Anpassungsvertrags untersucht, seine Stellung im System des allgemeinen Schuldrechts geklärt werden. „Ad hoc" will dabei besagen, daß es zum Vertragsschluß kommt, ohne daß die Parteien auf gesetzliche oder im Erstvertrag verankerte Anpassungsmechanismen zurückgreifen müssen.[1] Diejenige Partei, die sich, aus welchen Gründen auch immer, für die Umgestaltung des bestehenden Schuldverhältnisses einsetzt beziehungsweise von der die Initiative dazu ausgeht, soll als (Anpassungs-) Interessent und vice versa die Gegenseite, die zumindest potentiell der unmodifizierten Fortsetzung der Kooperation den Vorzug gibt, als (Anpassungs-)Opponent bezeichnet werden.

A. Begriff und Abgrenzung

Die unterschiedlichsten Umstände können Anlaß geben, subjektiv oder objektiv modifizierend in die kraft Parteiabsprache oder dispositiven Gesetzesrechts verbindlichen Regelungen eines bestehenden Schuldverhältnisses einzugreifen. Daher erscheint es wenig gewinnbringend, sämtliche ändernden Rechtsgeschäfte abschließend im System der *causa*-Lehre, der Lehre von den „vereinbarten Motiven",[2] verorten zu wollen. Dies bedeutet indes nicht, daß man den Anpassungsvertrag als Unterkategorie des Änderungsvertrags im Sinne von § 311 Abs. 1 (früher: § 305) BGB keiner bestimmten *causa* zuzuordnen, umgekehrt davon nicht erfaßte Konstellationen aus diesem Begriff auszuscheiden vermag.

I. Anpassungszweck

Als Anpassungsvertrag wird hier eine Vereinbarung bezeichnet, mit der ein bestehendes Schuldverhältnis neu entstandenen oder zumindest nunmehr erstmals artikulierten beziehungsweise konsensfähig erscheinenden Wünschen entsprechend umgestaltet wird, weil die Parteien auf diese Weise seine Kontinuität sicherzustellen suchen. Die Anpassung des Schuldverhältnisses zielt letztlich also darauf ab, die bereits vorhandene Kooperation zu erhalten, mithin die Auflö-

[1] Ausführlich zu solchen Mechanismen noch unten Teil 3 und Teil 4.
[2] Vgl. *Kegel*, FS Mann, S. 57 (59f.).

sung des Vertrags abzuwenden. Sie erfolgt, wie bei Änderungsvereinbarungen ohnehin die Regel, nicht um ihrer selbst, sondern um des ursprünglichen und fortbestehenden Schuldverhältnisses willen.[3] Die konkrete Kooperation soll erhalten bleiben, der im Erstvertrag festgeschriebene Wertungsrahmen dabei häufig nach Möglichkeit fortentwickelt, in anderen Fällen seinerseits einer Revision unterzogen werden.[4] Ältere Stimmen im Schrifttum, wonach die *causa* des abzuändernden Schuldverhältnisses auch für das abgeänderte maßgebend bleibt,[5] fügen sich in dieses Bild, wenn man sie dahingehend versteht, daß der Zweck des Anpassungsvertrags der Kontinuität seines Objekts (des vorhandenen Schuldverhältnisses) dienen soll. Entsprechendes gilt für die Formulierung, Anpassung sei als Korrektur im Sinne einer Änderung des ursprünglich festgelegten Regelungsplans der Parteien zu begreifen.[6] Man mag den Anpassungsvertrag damit zu der (freilich eher disparaten) Kategorie der Hilfsgeschäfte[7] respektive den Anpassungszweck in der Sprache der *causa*-Lehre zu den Hilfszwecken[8] zählen.

Die Eigenart des Anpassungszwecks im hier verwendeten Sinne bedarf näherer Erläuterung.

1. Schuldverhältnis als Anpassungsobjekt

Für den Anpassungszweck ist unabdingbar, daß ein bereits begründetes und noch nicht erloschenes Schuldverhältnis als Anpassungsobjekt besteht. Um die Verknüpfung des Anpassungsvertrags mit der Existenz eines anzupassenden Schuldverhältnisses zum Ausdruck zu bringen, ist gelegentlich davon die Rede, daß sich beide den Rechtsgrund teilen.[9] Dabei handelt es sich um eine zwar unschädliche, doch unpräzise, gewissermaßen abgekürzte Redeweise, da die *causa* des Anpas-

---

[3] Anders *Kreß*, Schuldrecht AT, S. 148; kritisch zu diesem *Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 131.

[4] Vgl. auch den Begriff der Vertragsanpassung bei *Soergel-Wiedemann*, vor § 275 BGB (a.F.), Rz. 91, und bei MünchKommBGB-*Emmerich*, § 311, Rz. 29; für die Schweiz *Gauch*, in: *Gauch/J. Schmid*, Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, S. 209 (231f.).

[5] So *Cramer*, Abänderungsvertrag, S. 25f.; *Oertmann*, § 305 BGB (a.F.), Anm. 2. Kritisch *Gerke*, Schuldabänderungsverträge, S. 18; ferner *Bork*, Vergleich, S. 86f.

[6] So etwa *Birk*, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, S. 86; *Bilda*, Anpassungsklauseln, Rz. 70; *Lettl*, JuS 2001, 144.

[7] So ausdrücklich bereits *Rümelin*, AcP 97 (1905), 211 (218f., 225ff.).

[8] Statt von Hilfszweck/Hilfsgeschäft – bisweilen auch synonym dazu – ist hinsichtlich der Änderung bestehender Schuldverhältnisse häufig von Abwicklungszweck/Abwicklungsgeschäft die Rede; so insbes. bei *Kreß*, Schuldrecht AT, S. 36; *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 136; *Bork*, Vergleich, S. 89f.; *Klauninger*, Widerruf von Sicherungsgeschäften, S. 179f. Dieser Begriff wird hier vermieden, da Abwicklung im allgemeinen Sprachgebrauch allzu leicht mit Aktivitäten zwecks oder anläßlich der Auflösung eines Schuldverhältnisses gleichgesetzt wird (deutlich *Freund*, Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 102: „Wenn man etwas abwickeln will, will man es einem Ende zuführen"), worauf die Kontinuität bezweckende Anpassung gerade nicht abzielt. Beachte auch die Trennung von Änderungsgeschäften einerseits und Abwicklungsgeschäften andererseits bei *Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 129ff., 134ff.

[9] In diesem Sinne *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 622, und *Johae*, Formzwang, S. 69f.

sungsvertrags (Anpassungszweck) und die *causa* des schon bestehenden Schuldverhältnisses (regelmäßig Güteraustausch, seltener unentgeltliche Zuwendung) als Objekt des Anpassungsvertrags in eins gesetzt werden.[10]

Wenn im Folgenden gelegentlich von Änderung oder Anpassung des „Vertrags" die Rede ist, so entspricht dies nicht nur weitverbreitetem Sprachgebrauch,[11] sondern beispielsweise ausweislich §313 BGB auch der Terminologie des Gesetzes.[12] Der Wortlaut von §311 Abs. 1 (früher: §305) BGB, der das „Schuldverhältnis" als Objekt des Änderungsvertrags benennt, beruht darauf, daß der Gesetzgeber den Geltungsanspruch dieser Norm betont auf vertragliche wie gesetzliche Schuldverhältnisse erstreckt. Angesichts der Kritik, die dessenungeachtet immer wieder gegen die Bezeichnung Vertragsänderung oder -anpassung vorgebracht wird,[13] bleibt festzustellen: Vertrag kann hier – wie auch in anderem Zusammenhang[14] – in einem weiten Sinne verstanden werden, meint mithin auch das nach wie vor zwischen den Parteien bestehende Schuldverhältnis, nicht nur das bloße Vehikel desselben, also den der Vergangenheit angehörenden Vertragsschluß.[15] Wer hingegen unter „Vertrag" allein den Akt des Vertragsschlusses verstehen will, mag auf dem Schuldverhältnis als Objekt des Änderungsvertrags bestehen, solange er aus der bloßen Begrifflichkeit keine Rechtsfolgen abzuleiten sucht.[16]

Sieht man über solche terminologischen Fragen hinweg und untersucht die in Betracht kommenden Änderungen etwas näher, so zeigt sich, daß sich neugestaltende Eingriffe in den Objektbereich, in den Subjektbereich und in die normative Grundlage des Schuldverhältnisses unterscheiden lassen.[17] Grenzt man die Analyse allein auf Anpassungswünsche objektiver Art ein, so gibt das Leistungspro-

---

[10] Zutreffend *Bork*, Vergleich, S. 90f. Vgl. auch schon *Rümelin*, AcP 97 (1905), 211 (225, 227, 232).

[11] Bsp.: RG, 14.6.1932, RGZ 136, 395 (400); BGH, 11.2.1999, NJW 1999, 2032 (2034). *Leonhard*, Schuldrecht AT, S. 650; *Larenz*, Schuldrecht AT, S. 88f.; *Zöllner*, Anpassung von Personengesellschaftsverträgen, passim; *Geldsetzer*, Einvernehmliche Änderung, passim; *Nelle*, Neuverhandlungspflichten, passim; *Jickeli*, Der langfristige Vertrag, S. 211ff.; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 181ff.; *Lettl*, JuS 2001, 144ff. Für die Schweiz: *Burkhardt*, Vertragsanpassung bei veränderten Umständen, passim. Für Österreich: *Fenyves*, Langzeitverträge, passim.

[12] Weitere Beispiele: §§359 S. 2, 415 Abs. 1 S. 3, 593, 595a BGB; §§43 Nr. 1, 45 VVG; §§53, 54 GmbHG; §§32, 32a UrhG; §6 HeimG; §28 TKV; §§2 und 4 LPachtVG; Art. 29 Abs. 1 CISG. Für die Schweiz: Art. 12 OR; Art. 2 VVG. Für Österreich: §3a Abs. 4 Nr. 3 KonsSchG.

[13] Ausdrücklich *Klein*, Vertragliche Änderung, S. 51, bei und in Fußn. 96a; *Cramer*, Abänderungsvertrag, S. 41f. m. w. Nachw.; aus neuerer Zeit *Bork*, Vergleich, S. 71, Fußn. 11 a. E.

[14] Ähnlich kritisierbar, dennoch geläufig und letztlich unschädlich erscheinen Begriffe wie *Vertrags*verletzung, -laufzeit, -verlängerung oder -aufhebung.

[15] Klarstellend *E. Wolf*, Allgemeiner Teil, S. 400. Allgemeiner *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 78: „Die Regelung als das Ergebnis des Rechtsgeschäfts ist von dem Rechtsgeschäft als Akt, als Vorgang, ebenso zu unterscheiden wie das Gesetz von dem Akt der Gesetzgebung." Ausführlicher zum dogmengeschichtlichen Hintergrund *ders.*, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, insbes. §1 I.

[16] So aber *Klein*, Vertragliche Änderung, S. 51ff., dort zur Formbedürftigkeit des Änderungsvertrags. Dagegen zutreffend bereits *Johae*, Formzwang, S. 68f.

[17] Siehe *Jickeli*, Der langfristige Vertrag, S. 212.

gramm als Kern des Schuldverhältnisses am häufigsten Anlaß für Anpassungen: Modifizierbar sind Haupt- und Nebenleistungspflichten insbesondere hinsichtlich Identität, Qualität und Quantität ihres Gegenstandes, Erfüllungsort und -zeit, Bedingtheit und Befristung, Empfangszuständigkeit und Einziehungsberechtigung. In einem weiteren Sinne gehört zur Änderung des Leistungsprogramms auch die Umgestaltung von Abreden, welche die ordnungsgemäße Vertragsdurchführung sichern, namentlich von Vertragsstrafeklauseln. Neben den Pflichten begegnen als weitere abänderbare Elemente des Schuldverhältnisses die Gegenrechte (Einreden im materiellrechtlichen Sinne) und die Gestaltungsrechte:[18] Tauglicher Gegenstand des Änderungsvertrags sind ferner sonstige sogenannte Rechtslagen[19] im Sinne von Positionen ohne Pflichtengehalt oder Gestaltungsmacht, welche das Schuldverhältnis als „sinnhaftes Gefüge" (*Larenz*) beziehungsweise „komplexe Einheit" (*Gernhuber*) vervollständigen.

Für das Erfordernis eines Schuldverhältnisses als Anpassungsobjekt spielt es keine Rolle, ob nachträglich eine im Rahmen des Erstvertrags ihrerseits rechtsgeschäftlich vereinbarte Regelung modifiziert wird oder aber eine Regelung, die mangels einschlägiger Parteiabsprache kraft dispositiven Gesetzesrechts verbindlich war.[20] Ferner ist unerheblich, ob die abzuändernde Regelung ausgehandelt oder von einer Partei vorformuliert wurde.[21] Auch wenn einzelne Klauseln des Schuldverhältnisses unwirksam sind, erscheint deren Ersetzung und damit die Komplettierung des Schuldverhältnisses als tauglicher Gegenstand des Anpassungsvertrags. Überhaupt sollten an die Existenz eines anzupassenden Schuldverhältnisses keine übertrieben begrifflichen Anforderungen gestellt werden. Daher wird man den Anpassungszweck beispielsweise auch dann noch als einschlägig erachten, wenn sich der Vertrag als einer Genehmigung bedürftig erweist, eine solche angesichts des zunächst vereinbarten Inhalts jedoch nicht zu erlangen ist, was wiederum die Parteien zu einer Umgestaltung des Vertrags veranlaßt, um so entweder die Genehmigungsfähigkeit oder die Genehmigungsfreiheit zu bewirken. Scheint den Parteien die Unwirksamkeit des Schuldverhältnisses gewiß, kann sich die neue, den ursprünglichen Fehler meidende Vereinbarung als Neuvornahme im Sinne von § 141 Abs. 2 BGB darstellen, scheint ihnen die Wirksamkeit ungewiß, ist an einen Vergleich zu denken.[22] In beiden Fällen ist ein inhaltli-

---

[18] Vom tauglichen Gegenstand des Anpassungsvertrags ist die Frage zu trennen, inwieweit die Neugestaltung einen Vertrag erfordert oder auch einseitig erfolgen kann; dazu noch unten S. 64ff. Unzulässig vermengt werden beide Fragen, wenn etwa behauptet wird, der (als zulässig vorausgesetzte) einseitige Verzicht auf Gestaltungsrechte sei keine inhaltliche Änderung des Schuldverhältnisses; so aber RGRK-*Ballhaus*, § 305 BGB (a.F.), Rz. 8.

[19] Vgl. *Gernhuber*, Bürgerliches Recht, § 14 III 7; der Begriff findet sich auch bei *Larenz*, Schuldrecht AT, S. 26, der als Beispiel die Zuständigkeit zum Empfang einer Kündigung nennt.

[20] Vgl. etwa BGH, 2. 2. 2001, NJW 2001, 1414 (1416), zum nachträglichen „Abkauf" eines gesetzlichen Rücktrittsrechts.

[21] Siehe zu AGB als Anpassungsgegenstand vorerst nur *Freund*, Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 29ff.

[22] Beachte zum Abschluß eines Vergleichs über ein nichtiges Rechtsgeschäft und dem damit zusammenhängenden Streit um die Anerkennung eines „Wirkungsprivilegs des Vergleichs"

ches Abweichen von dem ursprünglich als verbindlich gewollten Inhalt wegen neuerer Bedürfnisse möglich,[23] keineswegs aber begriffsnotwendig.

Komplizierter liegen die Dinge, wenn die Parteien die Anpassung eines fälschlicherweise wirksam geglaubten Schuldverhältnisses vereinbaren. Hier sollte man zwischen dem Grundsatz und Sonderfällen unterscheiden. Der Grundsatz wird gelegentlich bildhaft mit der Formulierung umschrieben, der Anpassungsvertrag gehe „ins Leere".[24] Dies bedeutet genauer, daß der Anpassungszweck mit der Folge der Nichtigkeit verfehlt wird,[25] der Anpassungsvertrag also nicht nur kondizierbar ist: „Daß anstelle des Kaufs eine Miete gesetzt werden könne, die im Falle der Ungültigkeit des Kaufs einerseits gelte, andererseits wegen mangelnden Rechtsgrundes angreifbar sei, ist gekünstelt und ohne Anhalt im Gesetz."[26] Zumindest im Hinblick auf das Vorhandensein eines anzupassenden Schuldverhältnisses läßt sich der Anpassungsvertrag demnach als kausal bezeichnen.[27] Entgegen vereinzelter Stimmen bedarf es zur Begründung dieses Satzes keines Rückgriffs auf den Rechtsgedanken, der bis zur Schuldrechtsmodernisierung in § 306 BGB a.F. niedergelegt war.[28] Die Unwirksamkeit des anzupassenden Schuldverhältnisses infiziert vielmehr – bildlich gesprochen – den Anpassungsvertrag, der sich ebenfalls als unwirksam erweist. Dieses Ergebnis ist indes nicht stets sachgerecht, sondern muß für Sonderfälle durchbrochen werden. Dabei geht es um Konstellationen, die gelegentlich unter dem Stichwort „Kettenvertrag" diskutiert werden. Wichtigstes Beispiel sind Fälle, in denen sich die Parteien eines unerkannt sittenwidrigen Kreditvertrags darauf verständigen, durch ein einheitliches Geschäft zum einen die bereits bestehende Belastung abzulösen und zum anderen neu entstandenen Kreditbedarf abzudecken. Hier ginge es offensichtlich zu weit, auch im Hinblick auf die Abdeckung des neuen Kreditbedarfs von Nichtigkeit

---

Bork, Vergleich, S. 387ff.; siehe zur Abgrenzung von Anpassungsvertrag und Vergleich noch unten S. 20ff.

[23] Für die Neuvornahme ausdrücklich etwa *Staudinger-H. Roth*, § 141 BGB, Rz. 15.

[24] So *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I/1, S. 334; *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 70.

[25] Wie hier für Nichtigkeit ausdrücklich *Fikentscher*, Schuldrecht, Rz. 300. Im übrigen wird uneinheitlich formuliert: Manche bezeichnen die Existenz des ursprünglichen Schuldverhältnisses als „Voraussetzung" des Änderungsvertrags, so etwa *Leonhard*, Schuldrecht AT, S. 650, und *Gerke*, Schuldabänderungsverträge, S. 18. Von einem „Erfordernis" spricht *Henle*, Schuldrecht, S. 661, anderenfalls sei die Änderung „ein Schlag ins Wasser". Nach anderen wiederum ist der Änderungsvertrag anderenfalls „gegenstandslos" (so *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 620; zustimmend *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 70) oder „wirkungslos" (so *Larenz*, Schuldrecht AT, S. 90).

[26] So plastisch *Henle*, Schuldrecht, S. 661. Unentschieden *Rümelin*, AcP 97 (1905), 211 (236): „irgendwelche Art von Ungültigkeit, mindestens Kondizierbarkeit".

[27] In diesem Sinne *Cramer*, Abänderungsvertrag, S. 25f.; *Kreß*, Schuldrecht AT, S. 148; im Anschluß daran *Bork*, Vergleich, S. 93, dort zum „Änderungsvertrag mit Abwicklungszweck". Beachte zu der davon zu trennenden Frage, ob der Anpassungsvertrag im Verhältnis zu einem etwaigen Anpassungsrecht abstrakt oder kausal ausgestaltet ist, noch unten bei Fußn. 32ff.

[28] So aber *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I/1, S. 334f. Wie hier namentlich *Bork*, Vergleich, S. 92, bei und in Fußn. 38 m. w. Nachw. zum Streitstand.

auszugehen und dem Kreditnehmer ohne Rücksicht auf die insoweit vereinbarten Konditionen zu einem zinslosen Kredit zu verhelfen.[29]

2. *Verhältnis zu Austausch- und Erfüllungszweck*

Für die Qualifikation als Anpassungsvertrag spielt es keine Rolle, in welchem Umfang die Umgestaltung erfolgt, insbesondere also, ob sie ein einzelnes oder mehrere Elemente des Schuldverhältnisses berührt: Jede noch so geringfügige Modifikation einer Leistungspflicht verschiebt das ursprüngliche Austauschgefüge, jede noch so geringfügige Modifikation sonstiger Elemente tangiert zumindest potentiell die Rechte wenigstens einer Partei. Die Änderung einer einzelnen Verpflichtung erweist sich sogar als schwerwiegenderer Eingriff in das Schuldverhältnis als die maßstabsgerechte Anpassung sämtlicher synallagmatischer Verpflichtungen. Für unseren Begriff kann daher nur der Zweck der Umgestaltung maßgeblich sein. Dabei ist es unerheblich, ob die Anpassung einseitig begünstigend wirkt (Beispiel: Mietzinserhöhung) oder beiderseits begünstigend (Beispiel: entgeltliche Stundung des Kaufpreises): Solange es den Parteien um den Fortbestand des ursprünglichen Schuldverhältnisses geht, haben wir es mit einem Anpassungsvertrag zu tun. Im Falle beiderseits verpflichtender beziehungsweise beiderseits begünstigender Änderungen ist der *Austauschzweck* (im letztgenannten Beispiel: Verzinsung des Kaufpreises gegen Zahlungsaufschub) also lediglich dem Hauptzweck der Anpassung, eben den bestehenden Kaufvertrag fortzuentwikkeln, angefügt respektive „angestaffelt".[30] Darauf wird im Zusammenhang mit der Inhaltskontrolle komplexer Anpassungsverträgen noch zurückzukommen sein.[31]

Erheblich schwierigere Fragen bereitet das Verhältnis des Anpassungszwecks zum *Erfüllungszweck*, also zur sogenannten *causa solvendi*. Man denke an den Fall, daß zumindest eine der Parteien mit dem Abschluß des Anpassungsvertrags einer vermeintlich dahingehenden gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung nachkommen will; beispielsweise läßt sich der Wohnraummieter auf eine einvernehmliche Mietzinserhöhung ein, weil er glaubt, nach dem Vergleichsmietensystem gemäß §§ 558ff. BGB ohnehin einem dahingehenden Wunsch des Vermieters folgen zu müssen. Hierher gehört ferner der Fall, daß sich der Opponent nur deshalb – gewissermaßen im Wege vorweggenommenen Gehorsams – auf die Ad-

---

[29] Vgl. BGH, 15.1. 1987, BGHZ 99, 333; bestätigt durch BGH, 26.2. 2002, WM 2002, 955 (956); *Bülow*, Sittenwidriger Konsumentenkredit, Rz. 174ff. Beachte zum mietrechtlichen Parallelproblem OLG Naumburg, 13.6. 1997, NZM 1999, 965f., bestätigt durch BGH, 19.5. 1999, NZM 1999, 964.

[30] Ähnlich *Bork*, Vergleich, S. 89, der einen einheitlichen Anpassungszweck allerdings nicht anerkennt. Allgemein zu angestaffelten Zwecken *Kreß*, Schuldrecht AT, S. 37ff., *Ehmann*, Gesamtschuld, S. 137, 171ff.; beachte ferner aus neuerer Zeit *Nauen*, Leistungserschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, S. 312ff.; *Klauninger*, Widerruf von Sicherungsgeschäften, S. 160ff. Kritisch zu dieser Lehre *Mazza*, Kausale Schuldverträge, S. 32ff.; dagegen wiederum *Bork*, JZ 2002, 656f., und *Schnauder*, JZ 2002, 1080 (1084).

[31] Siehe unten S. 142ff.

hoc-Anpassung einläßt, weil er glaubt, der Interessent könne die fragliche oder sogar eine noch ungünstigere Modifikation kraft eines vermeintlichen Anpassungsrechts einseitig herbeiführen (im Beispiel: der Wohnraummieter läßt sich auf die Erhöhung ein, weil er glaubt, der Vermieter sei anderenfalls befugt, den Mietzins wegen gestiegener Betriebskosten gemäß § 560 BGB per Gestaltungserklärung zu erhöhen). Im Schrifttum begnügt man sich meist mit dem Hinweis, Änderungsverträge seien im Verhältnis zu ihrem Rechtsgrund abstrakt ausgestaltet;[32] freilich wird bisweilen auch das Gegenteil vertreten.[33] Qualifiziert man den Ad-hoc-Anpassungsvertrag als abstrakt, so könnte der Mieter als Anpassungsopponent im Falle eines ganz oder teilweise fehlenden Anpassungsrechts des Vermieters seine auf Abschluß der Mietzinserhöhung gerichtete Erklärung allenfalls kondizieren, qualifizierte man ihn mit der Gegenansicht als kausal, wäre die getroffene Vereinbarung ohne weiteres hinfällig.[34] Vorzugswürdig erscheint letzteres, weil auf diese Weise erreicht wird, daß das bestehende Schuldverhältnis gegenüber einem rechtsgrundlosen und damit nicht dauerhaft bestandsfähigen Anpassungsvertrag immunisiert wird. Es wird noch zu zeigen sein, daß eine solche Immunisierung im Zweifel den Parteiinteressen eher entspricht als ein bloßer Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Vertragsinhalts.[35]

Freilich dringt man mit Überlegungen zur abstrakten oder kausalen Natur kaum zum eigentlichen Kern der Problematik vor. Ausschlaggebend dürfte vielmehr sein, daß sich die *causa solvendi* in beiden soeben beschriebenen Konstellationen mitnichten als ohne weiteres dominierend erweist.[36] Vielmehr steht regelmäßig der Anpassungszweck im Vordergrund; diesem wird der Erfüllungszweck allenfalls angestaffelt. Wenn nämlich für den Fall etwaigen Anpassungsbedarfs einer Partei gesetzlich oder vertraglich Umgestaltungsrechte eröffnet beziehungsweise der Gegenseite Abschlußpflichten auferlegt werden, verfolgt man damit eben keinen Selbstzweck, sondern möchte die Kontinuität des Schuldverhältnisses zu beiderseits akzeptablen Bedingungen sicherstellen, dessen Auflösung folglich zur *ultima ratio* machen. Wenngleich der Erfüllungszweck gewöhnlich zu den Hauptzwecken gezählt wird, ordnet sich die Erfüllung in den hier interessierenden Fällen ausnahmsweise dem Anpassungszweck, also einem bloßen Hilfszweck, unter. Das bedeutet zugleich: Der *causa solvendi* kommt in den hier interessierenden nur dann selbständige Bedeutung zu, wenn eine der Parteien diesen „latenten" Zweck bei Abschluß des Anpassungsvertrags aktualisiert, indem sie durch einen Vorbehalt hinreichend klar zum Ausdruck bringt, sich ausschließlich

---

[32] In diesem Sinne äußern sich etwa *Planck-Siber*, § 305 BGB (a.F.), Anm. II 3; *Leonhard*, Schuldrecht AT, S. 651f.; *Enneccerus-Lehmann*, § 42 II 2; *Blomeyer*, Schuldrecht AT, § 23 III 3; aus dem neueren Schrifttum *Palandt-Heinrichs*, § 311 BGB, Rz. 3; MünchKommBGB-*Emmerich*, § 311, Rz. 34 a. E.

[33] Für Kausalität *Kreß*, Schuldrecht AT, S. 148. Differenzierend *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 622f.

[34] Allgemein zu diesen beiden Kategorien etwa *Schnauder*, JZ 2002, 1080 (1083f.).

[35] Dazu unten S. 221ff. Wie im Text *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 623, zumindest für den Fall, daß die Schuldänderung zugleich verpflichtend wirkt.

[36] So aber *Bork*, Vergleich, S. 89.

angesichts ihrer (vermeintlichen) gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung beziehungsweise angesichts der (vermeintlichen) einseitigen Gestaltungsmacht der Gegenseite auf die einvernehmliche Anpassung einzulassen. Losgelöst von der Frage nach der abstrakten oder kausalen Natur von Änderungsverträgen bewirkt der als (Rechts-)Bedingung zu deutende Vorbehalt in diesem Fall ohne weiteres die Abhängigkeit des Anpassungsvertrags von der Existenz oder der Reichweite des Anpassungsrechts.[37] In der Praxis dürfte eine solche Aktivierung (Anstaffelung) des Erfüllungszwecks und die damit einhergehende Abhängigkeit der Anpassungsvereinbarung von der Existenz beziehungsweise Reichweite eines Anpassungsrechts allerdings eher die Ausnahme sein.[38] In aller Regel vermag das Nichterreichen eines Erfüllungszwecks die Wirksamkeit und den Bestand des Ad-hoc-Anpassungsvertrags schon deshalb nicht zu beeinträchtigen, weil sich bereits der Anpassungszweck als allein tragfähiger Bestandsgrund erweist: Nach hier vertretener Auffassung genügt im Lichte der Änderungsfreiheit ohne weiteres der gemeinsame Willen der Parteien, die Fortsetzung des bestehenden Schuldverhältnisses zu ermöglichen, um die einvernehmlich herbeigeführte Vertragsanpassung zu erklären, und zwar auch dann, wenn sich diese als einseitige Begünstigung einer der Parteien – sei es in Form einer Anspruchserweiterung, sei es in Form einer Schuldreduzierung – darstellt. Selbst die unausgesprochen von beiden Parteien geteilte Fehlvorstellung hinsichtlich Existenz oder Reichweite eines gesetzlichen Anpassungsrechts, das als Alternative zu einer von vornherein einvernehmlichen Lösung in Betracht käme, ist deshalb unschädlich, solange eben keine Partei bei Abschluß des Ad-hoc-Anpassungsvertrags einen Bezug zu diesem Recht herstellt.[39]

Bemerkenswert ist die Parallele zu einer von den Parteien getroffenen Vereinbarung, die der Abschlußinteressent *notfalls* auch unter Berufung auf einen gesetzlichen Kontrahierungszwangs hätte erzwingen können.[40] Zweifelhaft er-

---

[37] Deutlich schon *Gerke*, Schuldabänderungsverträge, S. 19.

[38] Vgl. *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 131f. (zum gesetzlichen Kontrahierungszwang). Näher zum Problem des unter Vorbehalt abgeschlossenen Ad-hoc-Anpassungsvertrags noch unten S. 316ff.

[39] Dieser Satz ist durchaus vereinbar mit der Entscheidung BGH, 10. 12. 1973, BGHZ 62, 20 (24f.). Der BGH verwies dort auf das Fehlen der Geschäftsgrundlage (beachte nunmehr § 313 Abs. 2 BGB), weil offenbar alle Parteien des dem Kläger ungünstigen Anpassungsvertrags – es ging um die Änderung der Nachfolgeregelung in einem Gesellschaftsvertrag – davon ausgingen, eine der Parteien könne dieselbe oder sogar eine dem Kläger noch ungünstigere Anpassung auch durch letztwillige Verfügung herbeiführen. Entgegen einiger apodiktischer, bereits von *Schmiedel* (FS von Caemmerer, S. 231 [233f.]) treffend kritisierter Formulierungen des BGH, ist für die im Ergebnis zustimmungswürdige Entscheidung nach hier vertretener Auffassung nicht etwa schon der Umstand maßgeblich, daß alle Parteien demselben Motivirrtum unterlagen, vielmehr, daß eine einseitige Umgestaltung für alle Beteiligten erkennbar „drohte". Beachte zu dieser Entscheidung vor allem *Schmiedel* (a.a.O.), der für eine analoge Anwendung von § 779 BGB plädiert. Dem wiederum zustimmend *Larenz*, Schuldrecht AT, S. 91, dort freilich ohne hinreichende Betonung, daß der Motivirrtum von den Parteien geteilt und zudem bei Vertragsschluß zum Ausdruck gekommen sein muß.

[40] Klar herausgearbeitet wird für einen solchen Fall die inhaltliche Prärogative des Zielver-

scheint demgegenüber die im Schrifttum bisweilen herausgestellte Parallele zum Wirksamkeitskonnex von Vor- und Hauptvertrag.[41] Zu dieser Frage wird im Ausgangspunkt zutreffend betont, der Hauptvertrag trage seine *causa* in sich; er werde in erster Linie um seiner selbst willen geschlossen. Ausnahmsweise erfolge der Abschluß allerdings zur Erfüllung des Vorvertrags, was zur Folge habe, daß der Hauptvertrag in Abhängigkeit von dessen Wirksamkeit gerate: Die Unwirksamkeit des Vorvertrags könne die Existenz des Hauptvertrags beeinträchtigen, sofern letzterer „hauptsächlich" respektive „ausschließlich" in der irrigen Annahme einer dahingehenden, auf ersterem beruhenden Verpflichtung geschlossen worden sei.[42] Hingegen sollte es dem Opponenten, der nachträglich die Nichtexistenz eines gesetzlichen Anpassungsrechts geltend macht, schwerer fallen, mit diesem Vortrag den Ad-hoc-Anpassungsvertrag zu beseitigen. Dafür spricht, daß der Hauptvertrag der vorvertraglich begründeten Abschlußpflicht näher steht als der Ad-hoc-Anpassungsvertrag einem gesetzlichen (oder nur in den AGB einer Partei vorgesehenen) Anpassungsrecht; denn der Vorvertrag ist regelmäßig individuell vereinbart und daher klarer im Bewußtsein der Parteien.

3. Anpassungszweck und Anpassungsanlaß

Der Anpassungszweck bedarf als Bezugspunkt nicht zwingend eines äußeren, objektiv nachvollziehbaren Anlasses für die Umgestaltung. Schon sprachlich kann der Vertrag eben auch einem neugefaßten Willen „angepaßt" werden. Erst recht kann es dann nicht darauf ankommen, ob im Falle veränderter äußerer Rahmenbedingungen eine der Parteien diesen Umstand zu vertreten hat oder ob einer von ihnen ebendieses Risiko im Erstvertrag zugewiesen worden war. So ist auch dann von einer Anpassung im hier verstandenen Sinne auszugehen, wenn sich die Parteien eigenverantwortlich um Abhilfe bemühen, indem sie ein Abgleiten des „ungestörten" Schuldverhältnisses in ein „gestörtes" zu verhindern suchen. Als Beispiel nehme man eine Kaufpreisschuld, die angesichts aufgetretener Zahlungsschwierigkeiten in ein Darlehen umgewandelt wird: Den Parteien eines solchen Vereinbarungsdarlehens, wie es bis zur Schuldrechtsmodernisierung in § 607 Abs. 2 BGB a.F. noch eigens erwähnt wurde, ist daran gelegen, ein an sich mögliches Vorgehen des Gläubigers nach Maßgabe des allgemeinen Leistungsstörungsrechts auszuschließen und damit den Kooperationsgedanken zu wahren.

Nicht von ungefähr soll schon die geänderte Einstellung einer der Parteien zum Inhalt der bisherigen Kooperation als Anpassungsanlaß genügen: Damit wird klargestellt, daß ein nicht nur formell, sondern auch materiell „einvernehmliches" Handeln der Parteien keineswegs begriffsnotwendig für die Qualifikation einer

---

trags von *F. Bydlinski*, JZ 1980, 378 (382f.); dem zustimmend *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 247.

[41] Siehe *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 622.

[42] Beachte *Brüggemann*, JR 1968, 201 (206); aus neuerer Zeit etwa *Soergel-M. Wolf*, vor § 145 BGB, Rz. 61 (wenn die vermeintliche Abschlußpflicht der Hauptgrund für den Abschluß des Hauptvertrags war); *Staudinger-Bork*, vor §§ 145ff. BGB, Rz. 68 (wenn der Hauptvertrag ausschließlich in der irrigen Annahme einer Verpflichtung aus dem Vorvertrag geschlossen wurde).

Abrede als Anpassungsvertrag erscheint. Wollte man nur vom vorbehaltlosen beiderseitigen Willen getragene nachträgliche Vereinbarungen umfaßt sehen, hieße dies, ausgerecht die schwierigsten Fälle aus der Betrachtung ausschließen, in denen sich das besondere Mißbrauchspotential von Neuverhandlungen auswirkt. Mithin ist der Begriff des Anpassungszwecks insoweit wertneutral zu gebrauchen, als damit keine Aussage dazu getroffen wird, ob beide Parteien de facto überhaupt in der Lage waren, einen freien Willen hinsichtlich des Abgehens vom ursprünglich Vereinbarten zu bilden. Auch und gerade der „abgepreßte" Anpassungsvertrag wird also einbezogen, sofern es sich dabei für den Opponenten eben um den Preis der für ihn bedeutsamen Fortsetzung der Kooperation handelt. Die Antwort auf die Frage, ob die Rechtsordnung einen solchen Anpassungsvertrag als verbindlich anerkennen soll, bestimmt sich sodann nach Maßgabe der Regeln über die Abschluß- und Inhaltskontrolle. Dieser Problemkreis ist nach hier vertretener Auffassung gewissermaßen aus der *causa*-Lehre ausgelagert; man sollte diese Lehre also nicht etwa dadurch überfrachten, daß man die nachträgliche Herabsetzung oder Erweiterung einer durch den Erstvertrag begründeten Forderung nur dann als gerechtfertigt erachtet, wenn dieser Vermögensverschiebung aus der Perspektive des Richters ein äußerer Anpassungsanlaß entspricht.

II. Abgrenzung

1. Extern motivierte Änderungsverträge

Ausgehend von der Aussage, das Schuldverhältnis sei Gegenstand des Anpassungsvertrags und dessen Hauptzweck die Sicherung weiterer Kooperation, zeigt sich die Eigenständigkeit gegenüber sonstigen Sachverhalten, die mit dem Anpassungsvertrag nur den ändernden Eingriff in ein Schuldverhältnis, nicht aber Gegenstand und Zweck gemein haben. Die Begriffe Änderungsvertrag und Anpassungsvertrag sind nicht deckungsgleich, letzterer erweist sich vielmehr als Unterfall des ersteren. Insbesondere liegt kein Anpassungsvertrag im hier verstandenen Sinne vor, wenn der einvernehmlich umgestaltende Eingriff einem externen, mithin nicht auf das Schuldverhältnis als solches bezogenen Zweck dient.[43] Die Unterscheidung ist nicht nur unter systematischen Gesichtspunkten von Interesse, sondern auch im Hinblick auf das Abstraktionsprinzip: Die Erwägungen zur kausalen Verknüpfung des Anpassungsvertrags mit der Existenz des anzupassenden Schuldverhältnisses lassen sich nicht ohne weiteres auf die Frage übertragen, wie sonstige Änderungsverträge mit der Vereinbarung und dem Erreichen externer Zwecke verknüpft sind.

Daß mit Änderungen des Schuldverhältnisses externe Zwecke verfolgt werden können, wird besonders augenfällig, wenn sich ein solcher Zweck auf eine dritte Person bezieht, so insbesondere, wenn aus dem Schuldverhältnis eine vermögenswerte Position isoliert und zu einem vom Schuldverhältnis losgelösten Zweck im

[43] Der Sache nach wohl übereinstimmend *Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 131.

Rechtsverkehr eingesetzt wird. Dieses verselbständigte subjektive Recht kann dann einem Dritten entgeltlich oder unentgeltlich zugewendet werden (Kauf oder Schenkung plus Zession). Entsprechendes gilt, wenn der Gläubiger dem Schuldner die Schuld ganz oder teilweise erläßt oder stundet, um eine aus dem Verhältnis zu einem Dritten herrührende Verpflichtung zu erfüllen (Vertrag zu Gunsten des Schuldners, erfüllt durch Erlaß beziehungsweise Stundung). Auch dann steht im Verhältnis zwischen den Parteien des Schuldverhältnisses nicht dieses und dessen Kontinuität, sondern nur eine isolierte, wenngleich davon umfaßte Position in Rede. Dabei handelt es sich regelmäßig, aber keineswegs zwingend, um eine Geldforderung. Beispielsweise kann die gegenüber dem Dritten übernommene Verpflichtung eines Vermieters auch dahin gehen, den bestehenden Mietvertrag mit einer dem Dritten nahestehenden Person zu verlängern.

Auf den ersten Blick scheint nicht weiter bemerkenswert, daß die Änderung eines Schuldverhältnisses externen Zwecken dienen kann, denn auch das Gesetz sondert namentlich die Forderungszession systematisch vom Änderungsvertrag im Sinne von § 311 Abs. 1 BGB.[44] Weniger evident, um so bedeutsamer aber für die Abgrenzung des Anpassungsvertrags von sonstigen Änderungskonstellationen ist hingegen, daß ein dem abzuändernden Schuldverhältnis externer Zweck ebenso unmittelbar im Verhältnis zwischen den Parteien desselben verfolgt werden kann. Daran ist zu denken, wenn eine Schuld *donandi causa* erlassen oder gestundet wird oder wenn eine bestehende Verpflichtung des Zuwendenden erweitert oder eine neue begründet wird. Dann wird zwar ändernd in das Schuldverhältnis eingegriffen, doch hat dies mit Anpassung im hier verstandenen Sinne nichts zu tun:[45] Soll der Käufer schenkweise keinen oder einen verringerten Preis entrichten, handelt es sich entweder um einen Erlaß, dessen Vereinbarung den Formmangel des zugrundeliegenden Schenkungsvertrags gemäß § 518 Abs. 2 BGB heilt, oder um eine von § 518 BGB nicht erfaßte Handschenkung im Sinne von § 516 BGB. Es wäre eine ebenso lebensfremd anmutende wie dogmatisch aufwendige Konstruktion, wollte man, sofern eine unentgeltliche Zuwendung in Rede steht, das Verhalten der Parteien ohne Not als Umwandlung des Kaufvertrags in eine Schenkung deuten:[46] Schuldverhältnisse als „konstante Rahmenbeziehungen" werden nicht schenkweise geändert beziehungsweise angepaßt; als Gegen-

---

[44] Wenn der Austausch des Gläubigers nach § 398 BGB abweichend von § 311 Abs. 1 BGB ohne Mitwirkung des Schuldners bewerkstelligt werden kann, so läßt sich daraus keineswegs folgern, der Zession komme kein vertragsändernder Gehalt zu; vielmehr wird durch diese Ausnahme § 311 Abs. 1 BGB gerade als Regel bestätigt. Klarstellend etwa *Dörner*, Dynamische Relativität, S. 121; *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 611.

[45] Von einem Anpassungsvertrag wäre hingegen auszugehen, wenn der Verzicht auf die an sich geschuldete Zahlung etwa einen finanziellen Engpaß des Käufers überwinden helfen oder den allgemein gesunkenen Preisen für ähnliche Objekte Rechnung tragen soll: In beiden Fällen soll die Möglichkeit oder Bereitschaft zur kooperativen Fortsetzung des Schuldverhältnisses sichergestellt werden.

[46] Zu der an sich vorgelagerten Frage, ob die Möglichkeit eines identitätswahrenden Übergangs von Kauf zu Schenkung bereits an „rechtslogischen" Überlegungen scheitert, unten bei Fußn. 101.

stand solcher Güterbewegungen kommen vielmehr vom Schuldverhältnis umfaßte Einzelpositionen – insbesondere die Forderung als „austauschbarer Vermögenswert" – in Betracht.[47] Zur Verwirklichung des die Parteien wirtschaftlich allein interessierenden Ziels, daß nämlich der Erwerber für den Kaufgegenstand „nichts mehr schulde", bedarf es lediglich eines punktuellen Einwirkens auf die Kaufpreisforderung, keiner Umgestaltung des gesamten Schuldverhältnisses.[48] Nur wenn zugleich darüber Einvernehmen herrscht, daß sich fortan auch die Haftung des Verkäufers auf die in Rede stehende Kaufsache beschränken soll, er insbesondere im Falle einer Gattungsschuld nur nach Maßgabe des Schenkungsrechts (§ 524 Abs. 2 BGB) zur Ersatzlieferung verpflichtet sein soll, bedarf es einer tiefgreifenderen Umgestaltung des Schuldverhältnisses im weiteren Sinne.

Ein dem Schuldverhältnis externer Zweck kann zwischen dessen Parteien auch dann verfolgt werden, wenn keine Schenkung, sondern Entgeltlichkeit gewünscht ist, aber wiederum nicht das Schuldverhältnis als solches, sondern nur ein davon umfaßter isolierter Posten in Rede steht. Daran ist zu denken, wenn eine Schuld erlassen oder gestundet wird, damit im Gegenzug ein weiterer Vertrag zu bestimmten Konditionen geschlossen wird. Auch insoweit wird das Schuldverhältnis zwar geändert, aber nicht angepaßt; es dient sozusagen nur als Verhandlungsmasse für darüber hinausreichende – nach der hier verwandten Terminologie eben: „externe" – Geschäfte.

2. *Anpassungsvertrag und Vergleichsvertrag*

Augenfällige Gemeinsamkeiten weist der Anpassungsvertrag mit dem Vergleichsvertrag im Sinne von § 779 BGB auf: Beide sind, wenngleich nur rudimentär und dies vornehmlich im besonderen Schuldrecht (etwa in § 558 BGB) näher geregelt, Institute des allgemeinen Schuldrechts.[49] Beide haben – dies in Überein-

---

[47] Ähnlich *Staudinger-Rieble*, § 397 BGB, Rz. 37. Anders *Bork*, Vergleich, S. 78f., der eine solche Deutung als gleichberechtigte Alternative zu Schenkung plus Erlaß für möglich hält; auch *Staudinger-Löwisch*, § 305 BGB (a.F.), Rz. 56, und *Michalski*, WiB 1997, 785 (789), legen offenbar diese Konstruktion zugrunde. Die Zitate im Text finden sich bei *Esser*, Schuldrecht, 1. Aufl., S. 7 und 9.

[48] Daß es den Parteien, die nunmehr eine unentgeltliche Zuwendung beabsichtigen, regelmäßig fern liegt, den vorhandenen Lieferanspruch im Wege der Vertragsänderung auf eine neue rechtliche Grundlage (den Schenkungsvertrag) umzustellen, zeigt sich daran, daß im Zweifel formgültiges Handeln gewünscht ist: Der formfreie Erlaß der Kaufpreisschuld (§ 397 BGB) heilt den Mangel des ihm zugrundeliegenden Schenkungsvertrags; der kaufrechtlich bereits begründete Verschaffungsanspruch bleibt davon unberührt und besteht fort. Demgegenüber entzöge die Umwandlung des gesamten Kaufvertrags in einen regelmäßig § 518 BGB nicht genügenden und damit formnichtigen Schenkungsvertrag dem noch nicht erfüllten Verschaffungsanspruch nachträglich die Rechtsgrundlage und konterkarierte damit ohne Not die Intention der Parteien.

[49] Die dahingehende Einordnung des Vergleichs spiegeln im neueren Schrifttum etwa die Darstellungen bei *Larenz*, Schuldrecht AT, S. 93; *Fikentscher*, Schuldrecht, Rz. 1022; *Medicus*, Schuldrecht AT, Rz. 284; *Gerhardt*, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, S. 762ff.; ebenso für Österreich *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, S. 110ff. Ausführlich zum Gang der Diskussion seit dem gemeinen Recht *Schäfer*, Das Abstraktionsprinzip beim Vergleich, S. 55ff.

stimmung mit dem Aufhebungsvertrag, aber abweichend von den zuletzt behandelten Konstellationen – das Schuldverhältnis als Ganzes, nicht lediglich eine isolierte Position desselben zum Gegenstand. Gemein ist Anpassungsvertrag und Vergleich auch, daß jeweils ein dem Schuldverhältnis „interner", diesem untergeordneter Zweck verfolgt wird. Dieser Zweck stimmt zudem regelmäßig überein, gilt es doch hier wie dort, eine Fortsetzung der Kooperation zu ermöglichen. Die berühmte Formulierung *Hedemanns*, daß der Vergleich „seinen Stoff nicht aus sich selbst schöpft",[50] erweist sich auch für den Anpassungsvertrag als treffend. Dabei läßt sich das „gegenseitige Nachgeben", wie es in § 779 Abs. 1 BGB als Wesensmerkmal des Vergleichs benannt wird, auch beim Anpassungsvertrag beobachten; dies gilt jedenfalls zwischen Parteien mit annähernd gleicher (Neu-)Verhandlungsmacht, typischerweise also außerhalb des Massengeschäftsverkehrs. Schließlich bewirkt der Vergleich ebenso wie der Anpassungsvertrag eine Änderung des Schuldverhältnisses, wenngleich mit der Einschränkung, daß dies für den Vergleich nur potentiell gelten kann:[51] Denn ungewiß ist insoweit gerade, was der verbindliche Inhalt des ursprünglichen Schuldverhältnisses war, also auch, ob dieser (vielleicht nur zufällig) mit dem nunmehr vereinbarten Inhalt übereinstimmt. Angesprochen ist damit zugleich der wesentliche dogmatische Unterschied zwischen Vergleich und Anpassungsvertrag, nämlich die Frage nach der Verknüpfung mit der Existenz und dem Inhalt des ursprünglichen Schuldverhältnisses: Der Vergleich soll in dieser Hinsicht gerade Streit oder Ungewißheit der Parteien beseitigen. Damit ist er, anders als der Anpassungsvertrag, stets (auch) feststellender Natur.[52] Unvereinbar sind Änderungsvertrag und Vergleich aufgrund der insoweit abweichenden Zweckbestimmung indes nicht: Den Parteien ist es unbenommen, in einem einheitlichen Rechtsgeschäft, soweit Zweifel bestehen, diese vergleichend auszuräumen, im übrigen ihr Schuldverhältnis zugleich neueren Entwicklungen oder Bedürfnissen anzupassen.[53]

Die hier, abweichend von traditionellen *causa*-Lehren, vorgeschlagene Anerkennung eines eigenständigen Anpassungszwecks ermöglicht es, das Institut des Vergleichsvertrags auf sinnvolle Weise zu entlasten: Kann die mit der Vertragsanpassung einhergehende Begünstigung einer der Parteien allein schon durch den gemeinsamen Willen gedeckt sein, die Kontinuität des bestehenden Schuldverhältnisses sicherzustellen, so bedarf es zur Rechtfertigung des Anpassungsvertrags nicht der oftmals gekünstelten Hilfserwägung, dieses Rechtsgeschäft sei deshalb anzuerkennen, weil sich die Parteien vergleichsweise darauf verständigt hätten, daß der Anpassungsinteressent ein ihm angesichts veränderter Umstände möglicherweise zustehendes gesetzliches Anpassungs- oder Kündigungsrecht (letztlich gemäß § 313 BGB) nicht ausüben wird. Die hier vertretene, bei der posi-

---

[50] *Hedemann*, Der Vergleichsirrtum nach dem Recht des Deutschen Reichs, S. 62.

[51] Klarstellend etwa *Staudinger-Marburger*, § 779 BGB, Rz. 42, 44.

[52] Siehe nur *Staudinger-Marburger*, § 779 BGB, Rz. 37; *Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 168f. Dagegen (nur) „terminologischer Protest" seitens *Bork*, Vergleich, S. 155ff., der in Anlehnung an die österreichische Terminologie „Bereinigungszweck" oder „Bereinigungsvertrag" vorzieht.

[53] Ebenso bereits *Kübler*, Feststellung und Garantie, S. 134f.

tiven Änderungsfreiheit ansetzende Auffassung erweist sich insbesondere als Fortschritt gegenüber der *consideration*-Lehre des anglo-amerikanischen Rechtkreises, wonach einseitig begünstigende Anpassungsverträge ausnahmsweise verbindlich sind, wenn sie einen *honest dispute* zwischen den Parteien beilegen.[54]

B. Anpassungsvertrag und Vertragskontinuität

I. Emanzipation von der Novation

Gemäß § 311 Abs. 1 (früher: § 305) BGB ist zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, ein Vertrag zwischen den Parteien erforderlich. Es ist durchaus bemerkenswert, daß der historische Gesetzgeber gerade diese Vorschrift in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen hat, obgleich er sich hinsichtlich allgemeiner oder gar programmatischer Aussagen zum Vertrag – verglichen mit anderen Rechtsordnungen[55] – eher Zurückhaltung auferlegt hat, also beispielsweise die ebenso unstreitig bestehende Möglichkeit der Parteien, den Vertrag durch *contrarius consensus* wieder aufzuheben, als selbstverständlich nicht festschreibt.[56] Was ist dann aber der Regelungsgehalt des § 311 Abs. 1 BGB? Als Kompetenznorm läßt er sich im Verfassungsstaat nicht interpretieren: Einer solchen bedarf es im Lichte der grundrechtlich verbürgten Vertragsfreiheit weder für die Zeit vor noch nach Begründung des Schuldverhältnisses; die Möglichkeit der nachträglichen einvernehmlichen Änderung des Vertrags ist vielmehr grundsätzlich in demselben Maße eine Selbstverständlichkeit, wie das Eingehen des jeweiligen Vertrags dem Bereich der Privatautonomie zugewiesen ist.[57] Aber auch als deklaratorische Betonung des Vertragsprinzips wäre § 311 Abs. 1 BGB überflüssig, denn dieses wird weitaus eindrucksvoller dadurch bestätigt, daß das deutsche Schuldrecht eine Parteivereinbarung selbst für einseitig begünstigende Akte wie Erlaß, Anerkenntnis, Schenkung und Bürgschaft fordert (§§ 397 Abs. 1 und 2, 516, 765 BGB). Hinsichtlich der (Erst-)Begründung vertraglicher Schuldverhältnisse deuten die Protokolle jedoch in der Tat auf eine rein deklaratorische Funktion der Formulierung hin: So, wie sich etwa zu dinglichen Rechten an Grundstücken Vorschriften über deren Begründung finden,

---

[54] Näher zur positiven Änderungsfreiheit Kap. 2, zum anglo-amerikanischen Recht unten S. 98 und zum Vergleich über ein gesetzliches Anpassungsrecht unten S. 323f.

[55] Siehe nur *Zweigert/Kötz*, S. 314f., insbesondere mit Hinweis auf die berühmte Formulierung in Art. 1134 Abs. 1 des franz. Code civil: „Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites."

[56] Vgl. die Motive bei *Mugdan*, Bd. II, S. 43. Ausdrücklich erwähnt ist der Grundsatz einvernehmlicher Aufhebbarkeit des Vertrages etwa in Art. 1134 Abs. 2 franz. Code civil, aber auch in Art. 29 Abs. 1 CISG und im Anschluß daran in Art. 3.2 UP, ferner in Art. 43 Abs. 1 CEC-VE. Detaillierte Sonderregelungen, insbesondere zur Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen, finden sich freilich nicht; dies mag die Entscheidung des BGB-Gesetzgebers bestätigen, auf die Kodifizierung des bloßen Grundsatzes zu verzichten, der ohnehin aus der Vertragsfreiheit folgt.

[57] Dazu unten Kap. 2.

wünschte man sich eine entsprechend positiv gefaßte Vorschrift für die Obligation. Dies war ein Anliegen *Jacubezkys*, demzufolge eine positive Fassung besser der Redaktionsweise des Entwurfs entspreche als die negative Formulierung des § 310 in der Fassung des zweiten Entwurfs („Aus einem einseitigen, nicht angenommenen Versprechen entsteht eine Verbindlichkeit nicht").[58]

Demgegenüber läßt sich dem heutigen § 311 Abs. 1 BGB hinsichtlich der hier interessierenden Änderung des Schuldverhältnisses ein eigenständiger Regelungsgehalt zuordnen, der sich zwar nicht unmittelbar aus den Materialien zur Normgenese, wohl aber aus der Dogmengeschichte der Vertragsänderung erschließt:[59] Das Gesetz stellt klar, daß Änderungen unter Wahrung der Vertragskontinuität möglich sind, und erteilt damit Überlegungen eine Absage, die dies unter Hinweis auf den älteren Erkenntnisstand leugneten.[60] Um sich die Tragweite dieses Fortschritts zu vergegenwärtigen, bedarf es eines Rückblicks auf das Instrumentarium der Vertragsänderung vor Inkrafttreten des BGB und damit auf das römisch-rechtliche Institut der Novation. Herkömmlich betrachtete man Veränderung und Identität des Schuldverhältnisses als Widerspruch.[61] So kannte das dem schuldrechtlichen Typenzwang verpflichtete klassische römische Recht[62] keinen auf identitätswahrende Änderung gerichteten Konsensualvertrag.[63] Anerkannt wurde zwar die Möglichkeit einer lediglich mindernden Änderung von Nebenpunkten oder -leistungen: Ein solches *pactum adiectum*, etwa über ein Herauszögern der Fälligkeit, wurde aber nicht als Änderung des Schuldverhältnisses, sondern als bloße Begründung einer Einrede gedeutet, wenn die Abrede nicht in unmittelbarem Anschluß an den Vertragsschluß erfolgte.[64] Im Hinblick auf Fälle, die sich nicht in einer derartigen Minderung erschöpften, bot ein formloses *pactum* den Parteien mangels Klagbarkeit hingegen keine sinnvolle Rechtsform. Man war demzufolge darauf verwiesen, sich der *stipulatio* zu bedienen, was stets die Begründung eines neuen Schuldverhältnisses bedeutete. Der Wille der Parteien, die neue Verpflichtung an die Stelle und nicht neben die ältere

---

[58] Näheres in den Protokollen bei *Mugdan*, Bd. II, S. 613; *Jakobs/Schubert*, Beratungen, Bd. II/1, S. 369f.

[59] Ähnliche Probleme bereitet der Bedeutungsgehalt anderer Vorschriften, die sich nur auf den ersten Blick in einem selbstverständlichen Hinweis auf die positive Änderungsfreiheit erschöpfen, so vor allem Art. 29 Abs. 1 CISG; dazu noch unten S. 119f.

[60] In diesem Sinne deuten den Regelungsgehalt von § 305 BGB a.F. unter Hinweis auf die Motive etwa *Welsch*, Novation, S. 42; *Blomeyer*, Allgemeines Schuldrecht, S. 117; *Enneccerus-Lehmann*, § 42 I.

[61] So noch im Jahre 1919 ausdrücklich *Cramer*, Abänderungsvertrag, S. 7f., in und bei Fußn. 1. Zum Ausdruck kommt die Vorstellung eines solchen Widerspruchs aber auch heute noch, so etwa zum Zessionsrecht bei *Dörner*, Dynamische Relativität, S. 120ff.; *Kleinheisterkamp*, Prozeßführung über gepfändete Geldforderungen, S. 47f.

[62] Vgl. nur *Kaser*, Das Römische Privatrecht, § 114 I 2.

[63] Näher zum folgenden *Knütel*, Contrarius consensus, S. 61ff. Beachte aus dem älteren Schrifttum etwa *Bechmann*, System des Kaufs nach gemeinem Recht, 2. Teil, §§ 247–248; *Windscheid/Kipp*, Pandekten, Bd. II, §§ 353–356; *Gerke*, Schuldabänderungsverträge, S. 3ff.; *Maier*, Stichwort Novation, RvglHdwb, Bd. V, S. 451ff.

[64] Siehe *Siber*, Schuldrecht, S. 79; *Enneccerus/Lehmann*, § 42 I 1, in und bei Fußn. 1.

treten zu lassen, ergab sich regelmäßig durch einen entsprechenden Hinweis der Novationsstipulation.[65] Auch wenn dieser *animus novandi* die wirtschaftliche Intention der Beteiligten, das von ihnen als fortbestehend gedachte Schuldverhältnis lediglich zu ändern, klar zum Ausdruck brachte, blieb die Novation doch dogmatisch ein Modus der Aufhebung des Schuldverhältnisses: Wirtschaftlicher Zweck und juristische Konstruktion fallen auseinander; der Altvertrag ist gegenüber dem Neuvertrag ein *aliud*, die Verknüpfung beider Geschäfte erfolgt lediglich durch die Zweckvereinbarung, die *causa*. Systematisch übereinstimmend findet sich das Institut denn auch im preußischen Allgemeinen Landrecht im Abschnitt über die „Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten durch deren Umschaffung"[66] (I, 16), ganz ähnlich bis heute im österreichischen ABGB (§§ 1375ff.) und in den romanischen Kodifikationen (Art. 1234, 1271ff. franz. Code civil; Art. 1.203ff. span. Código civil; Art. 1230ff. ital. Codice civile), erstaunlicherweise aber auch jüngst noch mit einiger Ausführlichkeit geregelt in Art. 130 CEC-VE – obwohl dieses Projekt doch Modell für ein zeitgerechtes europäisches Vertragsrecht sein will.

Schon das angesprochene preußische Recht bezeugt aber zugleich die sich seinerzeit bahnbrechende neue Erkenntnis, daß die diskontinuierliche Novation nicht der konstruktiv einzig gangbare Weg zur Umgestaltung des Schuldverhältnisses ist:[67] Zum einen scheidet ALR I, 16, § 461 subjektive Änderungen, also den Wechsel in der Person des Gläubigers oder Schuldners, und damit einen wesentlichen Anwendungsbereich der Novationslehre aus dem Institut aus. Zum anderen bestimmt ALR I, 16, § 450 lapidar, daß Rechte und Verbindlichkeiten mit Einwilligung der Interessenten auch nach ihrem Entstehen umgeändert werden können, wobei § 454 zum Ausdruck bringt, daß damit die identitätswahrende Vertragsänderung gemeint, die Novation hingegen die Ausnahme sein soll.[68] Auch im ge-

[65] Näher *Welsch*, Die Novation, S. 18ff. Vgl. zur Frage, inwieweit der *animus novandi* ausdrücklich hervortreten muß, nur *Windscheid/Kipp*, Pandekten, Bd. II, S. 514f. mit Fußn. 15 („einer von den vielen leidigen Punkten in unserer Disziplin, über die voraussichtlich nie eine Einigung der Meinungen wird erzielt werden").

[66] Der Sprachgebrauch ist höchst uneinheitlich: Anstelle des vom ALR bevorzugten Terminus der Umschaffung werden für die Novation seit dem gemeinen Recht auch Schuldumwandlung, Schuldneuschaffung und Schuldersetzung synonym verwandt, obgleich bei allen diesen Begriffen die charakteristische Diskontinuität kaum oder nur unzureichend zum Ausdruck kommt. Vgl. zur Kritik bereits *Windscheid/Kipp*, Pandekten, Bd. II, S. 504f. mit Fußn. 3a, 3b, *Maier*, Stichwort Novation, RvglHdwb, Bd. V, S. 451f., und aus neuerer Zeit *Gernhuber*, Erfüllung, S. 402f., die alle zu Recht am Begriff der Novation festhalten wollen.

[67] Im anglo-amerikanischen Recht kennt man die kontinuitätswahrende Konsensualänderung schon länger; vgl. für das traditionell bedeutsame Seeversicherungsrecht *Halsbury's Laws*, Insurance, Rz. 84, dort unter Hinweis auf *Kaines v. Knightly*, (1682) Skin 54. Entsprechend vernachlässigt hat man daher die Figur der Novation; zu dieser nunmehr ausführlich *Bailey*, JCL 14 (1999), 189ff.

[68] Nach *Förster/Eccius*, Preußisches Privatrecht, Bd. I, S. 622, erkennt das ALR damit lediglich „an und für sich selbstverständliche Sätze" an. Bemerkenswert erscheint freilich, daß man sich dadurch nicht veranlaßt sah, in dem Abschnitt des Werkes über die „Veränderung in dem Gegenstand in Folge beiderseitigen Willens" neben dem Vergleich auch den Änderungsvertrag wenigstens anzusprechen.

meinen Recht setzte sich zunehmend die Ansicht durch, daß das fortbestehende Schuldverhältnis der Umgestaltung mittels Änderungsvertrags zugänglich ist.[69] So fand sich die Modifikation bestehender und fortbestehender Obligationen auf vertraglicher Grundlage als von der Novation getrennte Kategorie etwa in den einflußreichen Werken zum Pandektenrecht von *Puchta*,[70] *Sintenis*[71] und *Windscheid*.[72] Dieser Durchbruch zum kontinuitätswahrende Änderungsvertrag erweist sich als typische Frucht der Pandektenwissenschaft, die einen Rechtsbegriff als etabliert begreift, sobald er, einmal gedacht, fortan nicht mehr nicht existieren kann.[73]

Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs konnte auf diese Vorarbeiten zurückgreifen, als er eine Regelung der Novation für entbehrlich erachtete, in § 305 (nunmehr: § 311 Abs. 1) BGB hingegen den kontinuitätswahrenden, auf Modifikationen objektiver Art gerichteten Änderungsvertrag als Regelfall vorsah. Die Wissenschaft nahm sich bald des Änderungsvertrags an, der so immer deutlicher als eigenständiges Institut aus dem Schatten der Novation heraustrat.[74] Auf dem nie mehr erreichten Höhepunkt der Lehrbuchkultur zum Schuldrecht im ersten Drittel des vorigen Jahrhunderts wurden ihm von allen wichtigen Autoren – *Ludwig Enneccerus*, *Rudolf Henle*, *Hugo Kreß*, *Franz Leonhard*, *Heinrich Siber*, freilich mit der bemerkenswerten Ausnahme von *Philipp Heck* – eigenständige Erörterungen gewidmet;[75] hinzu kamen zur selben Zeit tiefgründige monographische Abhandlungen aus der Feder von *Peter Klein*,[76] *Paul Cramer*[77] und

---

[69] Vgl. etwa *Gerke*, Schuldabänderungsverträge, S. 7ff.; *Fischer*, Breslauer FS von Jhering, S. 29ff.; jeweils m. w. Nachw.

[70] *Puchta*, Pandekten, 3. Aufl., 1845: § 263 zum Änderungsvertrag, §§ 281f. zur Novation.

[71] *Sintenis*, Das practische gemeine Civilrecht, Bd. 2, 1847: § 101 I zum Änderungsvertrag, § 105 zur Novation.

[72] Siehe *Windscheid*, Pandekten, Bd. II, 4. Aufl., 1875: § 327 zum Änderungsvertrag, §§ 353–355 zur Novation; zuletzt *Windscheid/Kipp*, Pandekten, Bd. II, 9. Aufl., 1906. Anders als etwa bei *Puchta* und *Sintenis* (a.a.O.), die den Änderungsvertrag im Abschnitt über Modifikationen der Obligation gemeinsam mit Änderungen infolge Vertragsverletzung behandeln, wird er bei *Windscheid* – deutlicher an der Funktion der Novation nach römisch-rechtlicher Tradition orientiert – gemeinsam mit subjektiven Änderungen auf Gläubiger- und Schuldnerseite erörtert.

[73] Gleichwohl blieb die Novation Gegenstand eingehender Forschungsarbeit; beachte die Darstellung von *Tolkmitt*, Die Theorie der Novation im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts. Nach Ansicht mancher wurde die Novationslehre freilich bis zum Überdruß vorangetrieben: Nicht von ungefähr nennt *von Jhering* (Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?, S. 83) ausdrücklich dieses Thema als Beleg für die „Gefahr der Lebensfremdheit der Theorie".

[74] Allerdings lassen sich auch im modernen deutschen Schrifttum noch Nachwirkungen der überkommenen Systematik finden, wenn nämlich der Abänderungsvertrag unter den „sonstigen Erlöschensgründen" behandelt wird; so bei *Brox/Walker*, Schuldrecht AT, § 17, Rz. 3.

[75] Siehe *Enneccerus/Lehmann*, § 42 I; *Henle*; Schuldrecht, § 111; *Kreß*, Schuldrecht AT, § 9; *Leonhard*, Schuldrecht AT, § 334; *Siber*, Schuldrecht, § 22; aus jüngerer Zeit vor allem *Gernhuber*, Schuldverhältnis, §§ 26, 27. Beachte demgegenüber *Heck*, Schuldrecht, § 58 a.E.

[76] Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses, 1907.

[77] Der Abänderungsvertrag – Ein Beitrag zu der Lehre der nachträglichen, vertraglichen Inhaltsänderung eines bestehenden und fortbestehenden Schuldverhältnisses, 1919.

Ernst Gerke.[78] Mehr und mehr wurde der Begriff der Vertragsänderung allein identitätswahrenden Gestaltungen vorbehalten und geriet damit in Gegensatz zum Modell der Aufhebung und Neubegründung.[79]

II. Kontinuitätsgrenzen

1. Streitstand

Mit der „Entdeckung" des kontinuitätswahrenden Änderungsvertrags verlagerte sich die Diskussion hin zu der Frage, wie die identitätsstiftenden Merkmale des Schuldverhältnisses und damit – nach Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuchs – zugleich die Anwendungsgrenzen des § 305 (nunmehr: § 311 Abs. 1) BGB zu bestimmen sind. Das Gesetz hat dazu nicht Stellung bezogen: Da es keine Regelung der Novation vorsieht, verzichtete man auch auf eine § 1379 des österreichischen ABGB[80] vergleichbare Konkurrenzregel. Allenfalls lassen sich Vorschriften wie § 1119 BGB gewisse Anhaltspunkte entnehmen, welche Änderungen jedenfalls identitätswahrend denkbar sein sollen. Das Problem blieb damit der Lehre überlassen, die sich seiner annahm und nur vereinzelt eine Klärung als „untunlich und praktisch entbehrlich"[81] verweigerte.

Im deutschen Schrifttum fanden sich schon früh Stimmen, die keine Grenzen des identitätswahrenden Änderungsvertrags anerkannten: „Inhaltlich ist jeder Bestandteil des Schuldverhältnisses auch der bloßen Abänderung zugänglich. Wie soll es da möglich sein, eine Grenze zwischen Identität und Neuheit begrifflich zu bestimmen?"[82] Die Übergänge beispielsweise von Kauf zur Miete oder von Unentgeltlichkeit zur Entgeltlichkeit des Geschäfts (jeweils auch umgekehrt) erschienen manchen demgemäß als bloße Anwendungsfälle des Änderungsvertrags.[83] Wer nicht soweit ging, der Novation ohnehin jegliche Existenzberechti-

---

[78] Schuldabänderungsverträge und ihre Grenzen nach dem BGB, 1932.

[79] Deutlich *Enneccerus-Nipperdey*, § 143 I 2.

[80] § 1379 S. 1 ABGB lautet: „Die näheren Bestimmungen, wo, wann und wie eine schon vorhandene Verbindlichkeit erfüllt werden soll, und andere Nebenbestimmungen, wodurch in Rücksicht auf den Hauptgegenstand oder Rechtsgrund keine Umänderung geschieht, sind ebensowenig als ein Neuerungsvertrag anzusehen, als die bloße Ausstellung eines neuen Schuldscheins oder einer anderen dahin gehörigen Urkunde. Auch kann eine solche Abänderung in den Nebenbestimmungen einem Dritten, welcher derselben nicht beigezogen worden ist, keine neue Last auflegen. Im Zweifel wird die alte Verbindlichkeit nicht für aufgelöst gehalten, solange sie mit der neuen noch wohl bestehen kann." Vgl. zur rechtspolitischen Kritik der §§ 1375ff. ABGB, die dem kontinuitätswahrenden Änderungsvertrag zu Gunsten der Novation insgesamt wenig Raum belassen, etwa *Rummel-Ertl*, § 1379 ABGB, Rz. 2, mit § 1378 ABGB, Rz. 3.

[81] So aber *Heck*, Schuldrecht, S. 175. Ähnlich aus dem neueren Schrifttum auch *Staudinger-J. Schmidt*, vor §§ 241ff. BGB, Rz. 478.

[82] *Fischer*, Breslauer FS für von Jhering, S. 31.

[83] *Henle*, Schuldrecht, S. 663, 667f., dort unter Hinweis auf die – freilich zur Frage der Schenkungssteuerpflicht ergangene – Entscheidung RG, 7. 2. 1919, RGZ 94, 322 (324), wonach der Unterschied zwischen nachträglicher Entgeltlichkeit und Erhöhung der Vergütung eine solche „des Grades, nicht der Art" sei.

gung abzusprechen,[84] rekurrierte zum Zwecke der Abgrenzung von kontinuitätswahrender und diskontinuierlicher Umgestaltung auf den Parteiwillen.[85] Als einzige Identitätsgrenze wird dieser gelegentlich noch heute im neueren deutschen Schrifttum,[86] aber etwa auch in einschlägigen englischen Entscheidungen[87] genannt.

Durchsetzen konnte sich diese Ansicht freilich nicht: So sehr sich die Geschichte des Schuldverhältnisses auch als Geschichte seiner zunehmenden Flexibilisierung erweist,[88] so wenig war die herrschende Lehre bereit, die Begründung eines neuen Schuldverhältnisses als stets und von vornherein entbehrlich zu betrachten. Uneinheitlich wird allerdings bereits beurteilt, wonach sich die Identitätsmerkmale bestimmen sollen: Während sich schon *August Bechmann*[89] insoweit auf die „empirische Absicht" der Beteiligten berufen hatte und auch in späteren Stellungnahmen die „Verkehrsauffassung"[90] oder der „wirtschaftliche Zweck beider Vertragspartner"[91] bemüht wird, möchten andere ausschließlich „Rechtstheorie und Rechtspraxis" als ausschlaggebend erachten.[92] Gemeinsamer Kern beider Auffassungen ist immerhin die Erkenntnis, daß die maßgeblichen Vorstellungen nicht zwingend vorgegeben, sondern einem Wandel der Anschauung unterworfen sind[93] – ebenso, wie heute beispielsweise zu dem gesellschaftsrechtlichen Problem der Identitätsmerkmale eines Verbands anerkannt ist, daß „umwandlungsresistente" und damit Diskontinuität gebietende Kriterien nicht ein für allemal feststehen.[94] Erst recht finden sich innerhalb der herrschenden Lehre die unterschiedlichsten Stellungnahmen zu der Frage, wo konkret die Grenze zwischen identitätskonstituierenden und sonstigen Merkmalen des Schuldverhältnisses verläuft. Hatten einflußreiche frühe Kommentatoren, namentlich

---

[84] So aber *Kübler*, Feststellung und Garantie, S. 148.

[85] In diesem Sinne wohl *von Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. III, § 178 II: „Jede an sich mögliche Änderung des Schuldinhaltes kann innerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit durch Vertrag herbeigeführt werden. Ob bloße Änderung des bestehenden Schuldverhältnisses oder Aufhebung des bisherigen und Begründung eines neuen Schuldverhältnisses gewollt ist, kann oft zweifelhaft sein und ist dann durch Auslegung zu ermitteln."

[86] So bei *Freund*, Änderung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, S. 30 (der sich freilich nur mit AGB-Änderungen näher befaßt, wo dieser Befund zutreffen mag). In diesem Sinne zum schweizerischen Recht ZürchKommSchwZGB-*Aepli*, Art. 116 OR, Rz. 9, 29; auch dort für Kontinuitätsgrenzen hingegen etwa KommSchwPrivatrecht-*Gonzenbach*, Art. 116 OR, Rz. 3, 6 m. Nachw.

[87] Grundlegend *Morris v. Baron* [1918] A.C. 1. Beachte dazu aus dem Schrifttum etwa *McKendrick*, in: Chitty on Contracts, Bd. 1, Rz. 23–028ff.; *Cheshire/Fifoot/Furmston*, Law of Contract, S. 622ff.

[88] *Gernhuber*, Erfüllung, S. 404; vgl. ferner *Bork*, Vergleich, S. 81f. in Fußn. 64.

[89] System des Kaufs nach gemeinem Recht, 2. Teil, 485f.

[90] Vgl. etwa *Enneccerus-Lehmann*, § 42 I 1 („natürliche Lebensauffassung"); ferner etwa *Siber*, Schuldrecht, S. 80.

[91] *Larenz*, Schuldrecht AT, S. 91.

[92] Pointiert *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 13.

[93] Ausdrücklich *Gernhuber*, Schuldverhältnis, S. 12; anders jedoch, seinen eigenwilligen methodischen Grundüberzeugungen entsprechend, *E. Wolf*, Schuldrecht AT, S. 300ff.

[94] Dazu *Wiedemann*, ZGR 1999, 568 (575).