



Um einen wirksamen Vertrag nach US-/ Common Law-Recht zu schließen, bedarf es als besondere Wirksamkeitsvoraussetzung der sog. „Consideration“. Hier lauern aus Sicht eines deutschen Vertragsschließenden erhebliche Fallen, denn dieses Rechtsprinzip ist dem deutschen Vertragsrecht gänzlich unbekannt.

Die „Doctrine of Consideration“ - Grundlegendes Prinzip des US-/ Common Law-Vertragsrechts - „Eine Falle, die es zu vermeiden gilt“

I. Einleitung

Stellen Sie sich vor, Ihr Arbeitnehmer unterschreibt im Laufe des Arbeitsverhältnisses eine Vertraulichkeitserklärung und diese hat keine rechtliche Wirkung; Ihr Auftraggeber sagt zu, Ihnen eine weitere Zahlung zu leisten, um Ihre fristgerechte Leistung abzusichern und Sie haben keinen Anspruch auf das Geld; Ihr Onkel verspricht, Ihnen einen bestimmten Betrag zu schenken, wenn Sie sich ein Haus kaufen und Sie können den Anspruch nicht durchsetzen.

Grund dafür kann eine Verfehlung der „Doctrine of Consideration“ sein. Zu übersetzen ist diese am ehesten mit dem „Prinzip der Gegenleistung“, wobei der Begriff der Gegenleistung hier in einem erweiterten Sinne zu verstehen ist, denn die „Consideration“ kann verschiedenste Formen annehmen (siehe III.). Sie hat im englischen Common Law und deswegen auch im US-Vertragsrecht (so wie auch in anderen Common Law-Ländern der Welt – außer Schottland und Südafrika) grundlegende Bedeutung für das Entstehen eines rechtsverbindlichen Vertrags, ist dem deutschen Recht hingegen unbekannt.

Nach der „Doctrine of Consideration“ entsteht ein rechtsverbindlicher Vertrag nicht schon mit dem Vorliegen zweier übereinstimmender Willenserklärungen, die mit Rechtsbindungswillen abgegeben wurden. Vielmehr bedarf es als weitere Voraussetzung der „Consideration“, einer Gegenleistung in einem erweiterten Sinne. Die „Consideration“ ist in anderen Worten der Preis, um den ein verbindlicher Vertrag erkaufte wird.

Ohne Gegenleistung („Consideration“) entsteht kein rechtsverbindlicher Vertrag

Das Erfordernis der „Consideration“ hat zwei wesentliche Folgen. Zum einen entfalten Willenserklärungen grundsätzlich keine Bindungswirkung und sind deshalb frei widerruflich, solange das Erfordernis nicht erfüllt und damit kein rechtsverbindlicher Vertrag zustande gekommen ist. Zum anderen kommt einem einseitigen Versprechen, dem keine Gegenleistung des Versprechensempfängers gegenübersteht (sog. „gratuitous promise“), grundsätzlich keine Bindungswirkung zu.

Die einleitend genannten Beispiele haben alle gemeinsam, dass es ihnen an der erforderlichen Gegenleistung, der „Consideration“, fehlt. Deshalb ist jeweils kein verbindlicher Vertrag zustande gekommen und kein Anspruch durchsetzbar. Sie werden im Folgenden detailliert ausgeführt.

II. Funktionen

Dem Erfordernis der „Consideration“ kommen drei Funktionen zu: Zunächst hat es **Beweisfunktion**. Es beweist, dass die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung das Ergebnis eines Handels („bargain“) im Sinne der heute überwiegend vertretenen „bargain theory“ ist. Danach liegt ein Vertrag nur dann vor, wenn die Verpflichtungen der Parteien das Ergebnis eines gegenseitigen Aushandelns sind. Weiterhin dient es der sogenannte **Warnfunktion**. Verträge sollen nur von Parteien geschlossen werden, die sich der rechtlichen Bedeutung ihrer Erklärungen bewusst sind. So sollen Irrtümer verhindert werden. Schließlich kommt dem Erfordernis die sogenannte **Konkretisierungsfunktion** zu. Es soll dazu beitragen, dass die Parteien ihre Wünsche und Vorstellungen konkret zum Ausdruck bringen, wenn sie verpflichtet sind, diese im Sinne eines „bargain“ zu verhandeln.

III. Formen

Die „Consideration“ kann bestehen im Zuwachs eines Rechts, Rechtebündels, Gewinns oder Vorteils für eine Partei oder in einer Unterlassung, einem Nachteil, einem Schaden oder einer Pflicht, die die andere Partei gewährt, erleidet oder zu der sie sich verpflichtet. Sie kann in Form eines „promise“, eines Gegenversprechens, oder eines „performance conduct“, einer Erfüllungsvornahme, erbracht werden.

Nach traditioneller Auffassung entsteht je nach Form der „Consideration“ ein gegenseitiger oder ein einseitiger Vertrag. Ein gegenseitiger Vertrag („bilateral contract“) wird durch das Gegenversprechen geschlossen. Eine Partei verspricht der anderen eine Leistung dafür, dass diese ihr im Gegenzug etwas verspricht. Ein einseitiger Vertrag („unilateral contract“) entsteht aus dem unverbindlichen Angebot durch die Erfüllungsvornahme. Hier verspricht eine Partei der anderen eine Leistung dafür, dass diese dann auch tatsächlich die Leistung erbringt.

Beispiel: „Ich verspreche, Dir \$ 100 zu zahlen, wenn Du über die Brücke läufst.“ Das Versprechen ist einseitig und deswegen nicht durchsetzbar. Der Versprechende ist an keinen Vertrag gebunden. Wenn der Versprechensempfänger dann aber tatsächlich über die Brücke läuft, wird durch „performance conduct“ der Vertrag bindend und ist seitens des Versprechensempfängers erfüllt.

IV. Verhältnis von Leistung und Gegenleistung

Welche Rolle das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung spielt, hängt von der Rechtsprechung des jeweiligen US-Bundesstaats ab. Vertragsrecht in den USA unterliegt ausschließlich dem Recht der US-Bundesstaaten und es gibt weder allgemeines US-Common Law noch US-Vertragsrecht. Vor dem Vertragsschluss muss man sich deshalb über die Anforderungen nach der Rechtsprechung des US-Bundesstaats, dessen Recht zur Anwendung gelangen soll, informieren.

Einige Gerichtsbarkeiten orientieren sich an der heute nur noch von einer Minderheit vertretenen „benefit-detriment theory“. Danach ist dem Erfordernis der „Consideration“ schon dann genügt, wenn der Vertrag entweder zum Vorteil des Anbietenden oder zum Nachteil des annehmenden Angebotsempfängers gereicht. Auf das wertmäßige Verhältnis von Leistung und Gegenleistung soll es hingegen grundsätzlich nicht ankommen. Daher rührt der Ausdruck der „peppercorn theory“, denn eine bloß nominale Gegenleistung („nominal consideration“) von einem Pfefferkorn soll nach dieser Auffassung grundsätzlich ausreichen, um den Erfordernissen der „Consideration“ zu genügen. Nur ausnahmsweise soll die bloß nominale Gegenleistung dann nicht ausreichen, wenn Unzumutbarkeit (ein krasses Missverhältnis des Werts der Leistungen) oder Arglist anzunehmen sind. Aus dieser Theorie stammt das übliche „Recital of Consideration“, eine Sprachregelung folgender Art, die in US-amerikanischen Geschäftsverträgen regelmäßig zum eigentlichen Vertragstext überleitet: „NOW, THEREFORE, in consideration of the sum of Ten Dollars (\$ 10.00), receipt of which is hereby acknowledged, as well as the promises and mutual covenants set forth herein and for other good and valuable consideration the parties hereto agree as follows:“. Möchte man heutzutage eine bloße Geldsumme als „Consideration“ einsetzen, sollte man zur Sicherheit einen höheren Betrag als \$ 10.00 wählen. Zwar besteht auch heute noch die traditionelle Regel, „The Court will not examine the sufficiency of the consideration“, aber eine mehr als rein nominale Summe ist empfehlenswert. Im Zweifelsfall kann diese Klausel aber nur ein Indiz für „Consideration“ sein. Entscheidend ist, ob es tatsächlich eine Gegenleistung gegeben hat.

Andere Gerichtsbarkeiten folgen der oben bereits ausgeführten, überwiegend vertretenen „bargain theory“. Ihr soll im Fall der „nominal consideration“ regelmäßig nicht genügt sein, weil ein tatsächlicher „bargain“ hier nicht zu erkennen sei. Der geringe Wert der Gegenleistung sei vielmehr ein Indiz dafür, dass es an einem verhandelten Austausch zwischen den Parteien fehlt. Irreführenderweise wird in diesem Zusammenhang häufig der Begriff der „adequate consideration“ verwendet. Tatsächlich überprüft das Gericht aber auch hier nicht, ob Leistung und Gegenleistung sich wertmäßig entsprechen. Vielmehr ist die Tatsache, dass die Gegenleistung „inadequate“ ist, auch nach dieser Auffassung nicht relevant, solange sie wertmäßig so groß ist, dass sie darauf hindeutet, das Ergebnis gegenseitigen Aushandelns gewesen zu sein.

Eine rein nominale Gegenleistung ist nicht empfehlenswert

V. Rechtsverbindlicher Vertrag trotz fehlender „Consideration“

In folgenden Fallgruppen ist eine Ausnahme von dem Erfordernis der „Consideration“ anerkannt. Trotz fehlender „Consideration“ kommt hier ein rechtsverbindlicher Vertrag zustande.

1. „Promissory estoppel“

Nach der Theorie vom „promissory estoppel“ kommt einem einseitigen Versprechen ohne „Consideration“ ausnahmsweise Bindungswirkung zu, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

Foreseeability: Der Versprechensempfänger durfte sich vernünftigerweise auf das Versprechen verlassen.

Reliance: Der Versprechensempfänger hat sich tatsächlich auf das Versprechen verlassen und deshalb seine Lage zu seinem Nachteil verändert.

Injustice: Ein ungerechtes Ergebnis kann nur verhindert werden, wenn das Versprechen durchgesetzt wird.

Beispiel: Jemand verspricht der Kirche eine Spende für die Errichtung eines neuen Gemeindehauses. Im Vertrauen darauf verkauft oder vermietet die Kirche das bisherige Gemeindehaus.

2. „ Promise to perform a moral obligation“

Dem Versprechen, eine rein moralische Verpflichtung zu erfüllen, kommt trotz fehlender „Consideration“ in den folgenden drei Fallgruppen ausnahmsweise Bindungswirkung zu:

- Versprechen, eine verjährte Forderung zu erfüllen (In vielen US-Bundesstaaten muss das Versprechen schriftlich abgefasst sein)
- Versprechen, einen anfechtbaren Vertrag durchzuführen
- Versprechen, eine Forderung zu erfüllen, die infolge Insolvenz nicht mehr durchsetzbar ist

Genauso wie beim „promissory estoppel“ handelt es sich hierbei um traditionelle Ausnahmen, die aus dem englischen Common Law stammen. Nachdem die Rechtsprechung ursprünglich streng am Erfordernis der „Consideration“ festgehalten hatte, ließ sie mit der Zeit Ausnahmen zu, um praktischen Bedürfnissen gerecht zu werden. Diese Ausnahmen wurden von der US-Rechtsprechung übernommen.

3. „Contract under seal“

Sinn und Zweck des sog. „contract under seal“ war es ursprünglich, die Parteien anhand ihres jeweiligen Siegels zu identifizieren. Mit der Entwicklung der „Doctrine of Consideration“ ordnete das traditionelle englische Common Law dem Siegel neben der Identifizierung der Parteien eine weitere Funktion zu. Das Siegel sollte als formeller Beweis dafür dienen, dass die Parteien ihre Erklärungen mit Rechtsbindungswillen abgegeben haben und so die „Consideration“ ersetzen. Im US-Recht findet sich diese Ausnahme heute festgeschrieben in § 2-203 UCC, dessen Anwendungsbereich jedoch auf „sales of goods contracts“ beschränkt ist. Darüber hinausgehend hat die Ausnahme des „contract under seal“ weitgehend an Bedeutung verloren.

VI. Kein rechtsverbindlicher Vertrag trotz „Consideration“

Folgende Fallgruppen haben sich herausgebildet, in denen nach der Rechtsprechung den Anforderungen der „Doctrine of Consideration“ nicht genügt ist. In diesen Fällen liegen deshalb nur bloße rechtlich unverbindliche Versprechen vor. Hier lauern die Fallen, die es zu vermeiden gilt.

Nicht jede Form der „Consideration“ ist ausreichend

1. „Past consideration“

Dem Erfordernis der „Consideration“ ist zunächst dann nicht genügt, wenn die Gegenleistung in einem bereits geleisteten Versprechen oder einer bereits erbrachten Leistung besteht. An „Consideration“ fehlt es, weil die Gegenleistung hier gerade nicht im Sinne eines „bargain“ ausgehandelt wurde. Vielmehr wurde sie bereits zu einem Zeitpunkt erbracht, als der Leistende noch nicht wusste, dass er später im Gegenzug dafür etwas erhalten würde.

Beispiel: X fährt Y zum Wochenmarkt und dann wieder nach Hause. Als sie wieder zu Hause ankommen, verspricht Y dem X, diesem \$100 für die Fahrt zu geben. Dieses Versprechen ist ungültig und nicht durchsetzbar. X hat Y gefahren, ohne etwas dafür zu erwarten.

2. „Preexisting duty“

Dem Erfordernis der „Consideration“ ist auch dann nicht genügt, wenn sich die Gegenleistung in einer „preexisting duty“ erschöpft. Das ist immer dann der Fall, wenn der annehmende Angebotsempfänger als Gegenleistung etwas tut oder verspricht, wozu er bereits rechtlich verpflichtet ist oder etwas unterlässt oder zu unterlassen verspricht, wozu er rechtlich ohnehin nicht berechtigt ist.

Beispiel: Der Arbeitgeber kündigt seinen Arbeitnehmer und verlangt von diesem die Zustimmung zu einem „General Release“, einer Haftungsfreistellung von allen Ansprüchen, die dem Arbeitnehmer aus der Kündigung erwachsen können. Dafür verspricht er dem Arbeitnehmer im Gegenzug, diesem sein Urlaubsgeld auszubezahlen. Unterschreibt der Arbeitnehmer nun die Haftungsfreistellung, ist diese nicht durchsetzbar, soweit der Arbeitgeber ohnehin rechtlich dazu verpflichtet war, dem Arbeitnehmer am Ende des Arbeitsverhältnisses das Urlaubsgeld auszubezahlen. Dem Erfordernis der „Consideration“ ist dann nicht genügt.

VII. Kein rechtsverbindlicher Vertrag wegen fehlender „Consideration“

In folgenden Fallgruppen kommt ein rechtsverbindlicher Vertrag nicht zustande, weil es an einer Gegenleistung im Sinne der „Doctrine of Consideration“ fehlt.

1. „Illusory promise“

Im Fall des „illusory promise“ wird der Anschein einer verbindlichen Gegenleistung erweckt, während der Versprechende tatsächlich keine rechtlich durchsetzbare Verpflichtung eingeht. Hier fehlt es an einer echten und unbedingten Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung.

Beispiel: F und T schließen einen Vertrag, nach dem T den gesamten Stahl, den er benötigt, von F kauft und F so viel Stahl, wie er möchte, an T verkauft. Dieser Vertrag ist „illusory“, weil T verpflichtet ist, seinen gesamten Stahl bei F zu kaufen, F sich hingegen zu nichts verpflichtet hat. Tatsächlich muss F gar keinen Stahl an T verkaufen und kann sich stattdessen dazu entschließen, an ein anderes Unternehmen zu verkaufen, das mehr Geld bietet. Dieser Vertrag ist nicht durchsetzbar.

Die Gerichte tendieren in der Fallgruppe des „illusory promise“ dazu, dem Vertrag zur Durchsetzbarkeit zu verhelfen, indem sie die getroffene Vereinbarung dahingehend auslegen, dass stillschweigend eine verbindliche Rechtspflicht des annehmenden Angebotsempfängers begründet wurde.

2. Schenkungsversprechen

Den Anforderungen der „Consideration“ ist schließlich nicht genügt bei bloßen Schenkungsversprechen.

Beispiel: Der reiche Onkel verspricht seinem Neffen, ihm den Kaufpreis zu ersetzen, wenn dieser sich ein Haus kauft. Wenn er seine Meinung ändert, kann der Neffe ihn nicht zur Zahlung verpflichten, denn das Versprechen war nicht von „Consideration“ getragen. Das Ergebnis ist hier aber ein anderes, sobald der Neffe sich ein Haus kauft. Dann kann er das Versprechen einklagen. Hier gibt es zwei verschiedene Gründe für die Durchsetzbarkeit: Zum einen „performance conduct“ (siehe III.), und zum anderen „promissory estoppel“ (siehe V. 1.).

VIII. Das Erfordernis der „Consideration“ bei Vertragsänderungen

Besonders hervorzuheben ist, dass das Erfordernis der „Consideration“ auch bei Vertragsänderungen gilt. Für jede Änderung eines bestehenden Vertrags bedarf es einer neuen „Consideration“. Gerade nicht ausreichend ist auch hier die sog. „past consideration“ (siehe VI. 1.).

Beispiel 1: Ein Handwerker kann die versprochene Leistung zu den vereinbarten Konditionen nicht fristgerecht fertigstellen. Ein einseitiges Versprechen des Auftraggebers, eine weitere Zahlung zu leisten, um die fristgerechte Leistung abzusichern, ist unwirksam, da ihm keine neue „Consideration“ seitens des Handwerkers gegenübersteht. Der Handwerker kann den weiteren Zahlungsanspruch nicht durchsetzen.

Das Erfordernis der „Consideration“ gilt auch, wenn in einem bestehenden Vertragsverhältnis eine zusätzliche einseitige Verpflichtung begründet werden soll.

Beispiel 2: Sie haben einen langjährigen Angestellten X. Die neue Geschäftspolitik („good corporate governance“) fordert von jedem Arbeitnehmer eine schriftliche Vertraulichkeitserklärung (NDA). X unterschreibt dieses NDA-Formular, dem kein neues Versprechen oder keine Zahlung des Arbeitgebers gegenübersteht. Folgend veräußert X Geschäftsgeheimnisse. Trotzdem können Sie gegen X nicht wegen Vertragsbruchs vorgehen. Der neue NDA-Vertrag ist wertlos, da dem neuen Versprechen keine neue „Consideration“ gegenüberstand. Nur die Rechtsprechung einiger US-Bundesstaaten sieht hier die Weiterbeschäftigung des X als „Consideration“ an, sofern dieser ohne Arbeitsvertrag beschäftigt ist und deshalb die „hire and fire“ Doktrin greift, er also jederzeit gekündigt werden könnte. Andernfalls muss eine andere Art von Gegenleistung ausgehandelt werden.

IX. Fazit

Das Prinzip der „Consideration“ verdient bei der Prüfung der Durchsetzbarkeit eines Vertrags(-entwurfs) nach US-amerikanischem Recht besondere Beachtung. Kommt ein Mandat mit einer Frage aus dem Bereich des US-Vertragsrechts zu einem Anwalt, ist eine der ersten Überlegungen des Anwalts häufig: „Was there valid consideration for this contract?“. Die „Consideration“ ist das A und O des US-Vertragsrechts. Schon viele sind über dieses Erfordernis gestolpert. Verhindern Sie, dass Ihnen das auch passiert!

Für weitere Fragen nehmen Sie bitte Kontakt mit uns auf:

Steven H. Thal

J.Dr.; Attorney at Law, New York
Rechtsberater für US Recht,
OLG Frankfurt/ M.
+1 212 841 0742
sthal@phillipsnizer.com

Florian von Eyb

LL.M.; Rechtsanwalt
Attorney at Law, New York
+1 212 841 0720
fvoneyb@phillipsnizer.com

Alan Behr

J.Dr.; Attorney at Law, New York
+1 212 841 0552
abehr@phillipsnizer.com

Mitarbeit: **Rebecca Mutke** (Rechtsreferendarin)

Disclaimer (English)

This information is provided as a public service to highlight matters of current interest and does not imply an attorney-client relationship. It is not intended to constitute a full review of any subject matter, nor is it a substitute for obtaining specific legal advice from competent, independent counsel.

Disclaimer (Deutsch)

Sämtliche Informationen werden ausschließlich als öffentlicher Service zur Verfügung gestellt und begründen kein Mandanten- oder Beratungsverhältnis. Sie stellen ein aktuelles Thema vor, ohne den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben und ersetzen nicht die individuelle, fallspezifische anwaltliche Beratung.