

# Gedenkschrift für Claire Huguenin

herausgegeben von  
Wolfgang Portmann  
Helmut Heiss  
Peter R. Isler  
Florent Thouvenin

DIKE 



# Gedenkschrift für Claire Huguenin



# Gedenkschrift für Claire Huguenin

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Professorin  
an der Universität Zürich von 1997 bis 2018

herausgegeben von

**Wolfgang Portmann**

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

**Helmut Heiss**

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

**Peter R. Isler**

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

**Florent Thouvenin**

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

**DIKE** 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2020 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen  
ISBN 978-3-03891-107-4

[www.dike.ch](http://www.dike.ch)

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Würdigung von Claire Huguenin .....	VII
Autorenverzeichnis .....	XV
ULRIKE BABUSIAUX	
Legal Transplants im Obligationenrecht? .....	1
SAMUEL BAUMGARTNER	
Die Betreibungsregistereinsicht zum Zweck des Kreditschutzes.....	29
PETER BREITSCHMID	
Der (erbrechtliche) <i>ordre public</i> .....	47
MARTIN BURKHARDT	
Statutarische Schiedsklauseln nach Art. 697n E-OR 2018 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.....	67
CHRISTINE CHAPPUIS	
OR   CO 2020 : un projet abandonné ? .....	85
SUSAN EMMENEGGER / THIRZA DÖBELI	
No Oral Modification Clauses .....	99
MARCEL FONTAINE	
Les projets de réforme du droit des obligations en Belgique et en Suisse .....	111
PHILIPP HABEGGER / JOHANNES LANDBRECHT	
Zwischen vertraglichem Konsens und grundrechtlichem Zwang – Die unfreiwillige Schiedsgerichtsbarkeit .....	123
NATAŠA HADŽIMANOVIĆ	
Plädoyer für ein prozessuales Begreifen (auch) des Sachenrechts.....	139
ANDREAS HEINEMANN / PATRICIA MARTINA HAGER	
Über Wahrheit und Lüge im wettbewerbsrechtlichen Sinn .....	157

TINA HUBER-PURTSCHERT / EVA MAISSEN

Vorhandrechte in Aktionärbindungsverträgen ..... 181

PETER R. ISLER

Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Beurteilung von  
Geschäftsentscheiden ..... 203

PETER JUNG

Wer verkehrt wann im kaufmännischen Verkehr? ..... 221

ALFRED KOLLER

Die Haftung des Vermieters für Sachmängel ..... 245

ADRIAN KÜNZLER

Verhaltenspsychologie als Erkenntnisquelle für das Kartellrecht ..... 267

BARBARA MEISE / NADINE PFIFFNER

«Eine Fallstudie in Pink» – Zu den Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung  
der vertraglich vorbehaltenen Form (Art. 16 OR) ..... 279

MARKUS MÜLLER-CHEN

Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung gegenüber Dritten ..... 309

PASCAL PICHONNAZ

Europäisches Privatrecht: Eine Vereinheitlichung beginnt im Geiste ..... 325

PETER GEORG PICT

Zivilrechtlicher Kartellschadenersatz ..... 347

KARL RIESENHUBER

Vertretungsrechtlicher Schutz des Geschäftsherrn vor Schädigung  
infolge von Interessenkonflikten des Vertreters ..... 361

ROGER RUDOLPH

Digitalisierung: Herausforderung an das Arbeitsrecht und die Gerichte ..... 387

ARNOLD F. RUSCH / ADRIAN FISCHBACHER

Deaktivierung von Geräten durch Hersteller ..... 397

ANTON K. SCHNYDER	
Regress: Sorgenkind im Schweizer Privatrecht .....	413
ROLF SETHE	
Haftung für eine fehlerhafte Konzernfinanzierung .....	423
FLORENT THOUVENIN	
Die Datenschutzerklärung: eine Rechtsfigur mit zwei Gesichtern.....	463
HANS CASPAR VON DER CRONE / CORINA MOSCHEN	
Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis zur Einlagepflicht des Aktionärs.....	479
ROLF H. WEBER	
Linguistische Kommunikation und technischer Code in Verträgen.....	495
Schriftenverzeichnis von Claire Huguenin .....	507



# No Oral Modification Clauses

## Vertragliche Formvorbehalte und Parteiautonomie

*Susan Emmenegger\* / Thirza Döbeli*

### Inhaltsübersicht

I. Einleitung	99
II. Formfreiheit und Vertragsfreiheit	100
III. Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland	101
IV. Das Rock Advertising-Urteil des UK Supreme Court	104
1. Sachverhalt	104
2. Mehrheitsvotum (Lord Sumption)	105
a) Vertragsfreiheit als Bindungsfreiheit	106
b) Praktische Bedürfnisse des Rechtsverkehrs	107
c) Korrektiv durch Estoppel	107
3. Concurring Opinion (Lord Briggs)	108
a) Vertragsfreiheit als Bindungs- und Aufhebungsfreiheit	108
b) Aufhebungsparameter	108
V. Schlussbemerkungen	109

## I. Einleitung

«Bewährtes ist zu erhalten – Neuem ist Raum zu schaffen.»<sup>1</sup> Dies war die Devise des OR 2020, das für CLAIRE HUGENIN nicht nur *das* grosse Forschungsprojekt ihrer reichen wissenschaftlichen Karriere, sondern auch eine Herzensangelegenheit war. Es brauchte ein riesengrosses Herz und ein galaktisches Mass an Energie, um die 23 Professorinnen und Professoren aller neun Schweizer Rechtsfakultäten mit ihrer jeweils ganz eigenen Sicht auf Einzelfragen des Obligationenrechts immer wieder auf die

---

\* Susan Emmenegger hat im Rahmen des Projekts OR 2020 die Bestimmungen über die Formvorschriften kommentiert.

<sup>1</sup> OR2020-HUGUENIN/HILTY, Einl. vor Art. 1 ff. N 6, in Huguenin/Hilty (Hrsg.), OR/CO 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013.

Linie eines gemeinsamen Vorhabens einzuschwören. CLAIRE HUGUENIN hat das geschafft. Wie so Vieles andere auch.

Das OR 2020 regelt in seinem ersten Abschnitt die Entstehung der Obligation aus Vertrag und im vierten Unterabschnitt «Form und Inhalt». Diese Vorschriften gehören zur Gruppe derjenigen Normen, die sich «im Grundsatz bewährt» haben, weshalb keine grundlegenden Änderungen vorgeschlagen wurden.<sup>2</sup> Das bedeutet allerdings nicht, dass es im Bereich der Formvorschriften keine Kontroversen gibt. Eine solche Kontroverse betrifft die Frage, ob ein Vertrag mündlich abgeändert werden kann, obwohl die Parteien zuvor im schriftlich abgefassten Vertrag vereinbart haben, dass Vertragsänderungen nur schriftlich gültig sind. Die Frage hinsichtlich des Umgangs mit diesen Schriftformklauseln oder *no oral modification clauses* (NOM-Klauseln) stellt sich in allen Rechtsordnungen. Im Jahr 2018 hat der oberste Gerichtshof des Vereinigten Königreichs ein Urteil gefällt, das einerseits die rechtskreisübergreifende Parallelität der Argumentationsstränge aufzeigt, das aber auch zum Nachdenken anregt, weil die Entscheidung anders gefallen ist als beispielsweise in der Schweiz und in Deutschland. CLAIRE HUGUENIN, die durchweg rechtsvergleichend gearbeitet hat, sind diese Gedanken gewidmet.

## II. Formfreiheit und Vertragsfreiheit

Die Formfreiheit gehört – wie die Vertragsfreiheit insgesamt – zu den Merkmalen einer entwickelten Rechtsordnung, die es den Privaten zutraut, dass sie ihre Rechtsbeziehungen selbständig ordnen können. Entsprechend bildet der gesetzliche Formzwang die Ausnahme, wobei es den Parteien wiederum freisteht, einen solchen vertraglich vorzusehen. Entscheiden sie sich zugunsten der Formgebundenheit, so stellt sich die Frage, ob dies auch für die Änderung des so abgeschlossenen Vertrages gilt. Sie stellt sich mit besonderer Intensität, wenn die Parteien im schriftlich abgeschlossenen Vertrag ausdrücklich vereinbart haben, dass spätere Vertragsänderungen ebenfalls nur gültig sein sollen, wenn sie schriftlich vereinbart wurden. Sind auch hier die Parteien frei, sich ihrer Formgebundenheit formlos zu entledigen? Oder müssen sie sich solange an die vereinbarte Form halten, bis sie die entsprechende Klausel in der vorgesehenen (Schrift-)Form aufgehoben haben? Was bedeutet «Vertragsfreiheit» im Kontext der Formvorschriften? Meint Vertragsfreiheit die Freiheit, sich mit Formerfordernissen selbst einzuschränken? Oder ist damit die Freiheit gemeint, sich über seine eigenen Einschränkungen jederzeit hinwegzusetzen zu können? Zu welchem Zeitpunkt

---

<sup>2</sup> OR2020-EMMENEGGER/KURZBEIN (FN 1), Art. 21 N 1.

wird die Vertragsfreiheit aktiviert? Im Zeitpunkt der Vereinbarung einer Bindung an die Schriftform für Vertragsänderungen oder im Zeitpunkt der formungebundenen Aufhebung der zuvor vereinbarten Bindung an eine Formvorschrift?

### III. Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland

In der Schweiz und in Deutschland liegen die Rechtsauffassungen klar auf der Linie der formfreien Aufhebung von Schriftformklauseln. In Deutschland sind diese Klauseln, wie der Rechtsvergleicher *par excellence* HEIN KÖTZ mit seiner üblich spitzen Feder feststellt, «das Papier nicht wert, auf dem sie gedruckt stehen.»<sup>3</sup> Der BGH hat den Grundsatzentscheid bereits im Jahr 1964 gefällt und dabei Folgendes festgehalten:

«Wenn die Parteien sich durch Vereinbarung einer im Gesetz nicht vorgesehenen Schriftform gebunden haben, so kann diese Bindung nur bestehen bleiben, solange und soweit sie keinen anderen Willen zum Ausdruck bringen. Der Revision ist zuzugeben, daß damit der Zweck der Schriftklausel, immer Klarheit über den Inhalt des Vertrages zu haben, häufig nicht erreicht wird. Das liegt aber daran, daß die Parteien selbst übereinstimmend von der Beobachtung der gesetzlich nicht vorgeschriebenen Form, *über die sie allein zu bestimmen haben*, absehen. [...] Durch die neue bindende Einigung sind alle dieser entgegenstehenden früheren Abmachungen überholt, auch die Vereinbarung der Schriftform».<sup>4</sup>

Auch in der Schweiz vertritt das Bundesgericht<sup>5</sup> die Auffassung, dass die Parteien formfrei auf einen Formvorbehalt für die Abänderung des Vertrages verzichten können, selbst wenn sie dafür eine bestimmte Form vorbehalten haben. Der Grundsatzentscheid begründet diese Rechtsposition allerdings nicht vertieft:

«Der im Lizenzvertrag vorgesehene Schriftlichkeitsvorbehalt steht der Annahme einer entsprechenden Vertragsänderung nicht von vornherein entgegen, kann doch namentlich auch durch konkludentes Handeln nachträglich auf die vorbehaltene Form verzichtet werden.»<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> KOETZ, Schriftformklauseln. Eine rechtsvergleichende Anmerkung, JZ 2018 989. Siehe dort auch die Hinweise auf die BGH-Rechtsprechung in FN 11 und 13–18.

<sup>4</sup> BGH Urteil VII ZR 111/63 vom 26.11.1964, NJW 1965, 293 (Hervorhebung hinzugefügt).

<sup>5</sup> Vgl. auch BGer 4A\_338/2018 vom 28. November 2018 E. 4.2.2; BGer 4A\_70/2018 vom 20. August 2018 E. 4.5.2 (siehe auch E. 4.1.); BGer 4A\_41/2009 vom 1. April 2009 E. 4; BGer 4C.85/2004 vom 22. April 2004 E. 2.2.

<sup>6</sup> BGE 125 III 263 E. 4c, unter Hinweis auf BGE 105 II 75 E. 1, wo es allerdings um die Frage des gültigen Vertragsabschlusses trotz vertraglich vereinbarten Formvorbehaltes ging.

Spätere Entscheide verweisen auf den Grundsatzentscheid, wobei auch dort keine vertieften dogmatischen Überlegungen geäussert werden. Beispielfhaft finden sich etwa folgende Erwägungen:<sup>7</sup>

«Dieser Schriftlichkeitsvorbehalt steht der Annahme einer Änderung in anderer Form nicht von vornherein entgegen, da auch nachträglich durch konkludentes Verhalten auf die vorbehaltene Form verzichtet werden kann [...]. Der entsprechende gemeinsame Wille der Parteien muss sich allerdings eindeutig aus den Umständen ergeben [...]. Ein Verzicht auf eine vorbehaltene Schriftform ist anzunehmen, wenn die vertraglichen Leistungen trotz Nichteinhaltung der Form vorbehaltlos erbracht und entgegengenommen werden [...]. Von dieser Rechtslage ist auch die Vorinstanz zutreffend ausgegangen, indem sie trotz Fehlens einer schriftlichen Vertragsänderung geprüft hat, ob ein Verhalten vorliege, aus dem nach Treu und Glauben auf einen Verzicht auf die Suspensivbedingung nach Ziffer 22.5 des Vertrages geschlossen werden könnte. Dass ein solches Verhalten gegeben sei, hat die Vorinstanz zutreffend verneint.»

Auch die kantonale Rechtsprechung liegt auf der Linie des Bundesgerichts, wie etwa die Erwägungen des Handelsgerichts Zürich belegen:

«Der vertragliche Formvorbehalt kann jederzeit, auch stillschweigend oder durch konkludentes Handeln, aufgehoben werden. Soweit die Parteien auch die Vertragsänderung einer Form unterstellen, kann eine formfreie Aufhebung nicht leichthin angenommen werden [...]».<sup>8</sup>

Auffallend ist aber gerade bei den neueren kantonalen Urteilen der wiederkehrende Passus, wonach die formfreie Aufhebung der für Vertragsänderung vorbehaltenen Form nicht leichthin anzunehmen sei,<sup>9</sup> was auch die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung widerspiegelt.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> BGer 4C.85/2004 vom 22. April 2004 E. 2.2. Vgl. auch BGer 4A\_338/2018 vom 28. November 2018 E. 4.2.2; BGer 4A\_70/2018 vom 20. August 2018 E. 4.5.2 (siehe auch E. 4.1.); BGer 4A\_41/2009 vom 1. April 2009 E. 4; BGer 4C.85/2004 vom 22. April 2004 E. 2.2.

<sup>8</sup> HGer ZH, HG160001 vom 13. Dezember 2017 E. 4.4.

<sup>9</sup> OGer ZH, PF170031 vom 25. Juli 2017 E. 3.5 (dort sogar die ergänzende Ausführung, es müsse ein «definitiver Abschlusswille mit Blick auf die Vertragsergänzung» vorliegen). Siehe auch KGer GR, ZK2 13 51 vom 2. November 2015 E. 3d/ff (hohe Anforderungen). Ohne die Einschränkung der hohen Hürden: HGer ZH, HG110087 13. Oktober 2015 E. 4.5.3; OGer ZH, NG130006 vom 19. August 2013 E. 4.4; OGer ZH, RA120010 vom 24. Januar 2013 E. III.1.b; HGer ZH, HG100322 vom 29. Oktober 2012 E. 1.12 (inkl. Hinweis auf rechtsmissbräuchliche Anrufung der Schriftformklausel nach jahrelanger Erfüllung der veränderten Vertragsbedingungen); KGer GR, ZK2 11 4 vom 16. August 2011 E. 5b; HGer ZH, HG070308 vom 8. Juli 2011 E. 8.2.3.e) (Berufung auf Schriftformerfordernis in den AGB ist rechtsmissbräuchlich). Für die ältere kantonale Rechtsprechung siehe die Nachweise bei BK OR-MÜLLER, Art. 16 FN 151.

<sup>10</sup> Siehe oben BGer 4C.85/2004 vom 22. April 2004 E. 2.2, unter Hinweis auf BK OR-SCHMIDLIN, Art. 16 N 49.

Schliesslich steht auch die schweizerische Lehre ganz überwiegend auf dem Boden der formfreien Aufhebung von (Schriftform-)klauseln; auch wenn der Vertrag vorsieht, dass seine Änderung nur formgebunden zulässig ist, können die Parteien anders verfahren, indem sie die entsprechende Klausel mündlich oder konkludent (nämlich durch mündliche Vertragsänderung) aufheben.<sup>11</sup> Graduelle Unterschiede bestehen im Hinblick auf die Aufhebungsschwelle; einige AutorInnen heben besonders hervor, dass die Umstände «eindeutig» auf den diesbezüglichen Willen schliessen lassen müssen,<sup>12</sup> oder dass die formfreie Aufhebung des Formvorbehalts nicht leichthin anzunehmen sei.<sup>13</sup> Eine Minderheit will dagegen den Verzicht auf die Form der Schriftformklausel nur in der vereinbarten Form zulassen.<sup>14</sup> Die Flexibilität der Regel ergibt sich dann aus dem Rechtsmissbrauchsverbot, indem es als rechtsmissbräuchlich (weil widersprüchlich) angesehen wird, wenn man sich trotz «gelebter» Vertragsänderung nachträglich auf die Schriftformklausel beruft.<sup>15</sup>

Im Ergebnis können in Deutschland und in der Schweiz die Schriftformklauseln (NOM-Klauseln) formfrei aufgehoben werden. Vertragsparteien können trotz Bestehens einer solchen Klausel deren Aufhebung mündlich vereinbaren, oder sie können sie konkludent aufheben, indem sie mündlich einer Vertragsänderung zustimmen.

---

<sup>11</sup> Vgl. HUGUENIN, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich 2019, Rz 390; BSK OR I-SCHWENZER, Art. 16 N 11; BK OR-MÜLLER, Art. 16 N 100; KOLLER OR AT, §12 Rz 12.163; SCHWENZER OR AT, Rz 31.51; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* (Bd. I und II), Zürich 2014, Rz 594; CHK OR AT-KUT, Art. 16 N 15; BÜSCHER, *Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen*, Diss. Freiburg 2015, Rz 331; STOFFEL, *La forme comme object du contrat*, Diss. Zürich 2017, Rz 405; BUCHER, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Bern 1988, 174; ZK OR-JÄGGI, Art. 16 N 26. Siehe aber SIMON, *Konfliktmanagement im internationalen Rechtsverkehr*, Bern 2017, 209, nach dem die herrschende Lehre wohl davon ausgeht, dass eine vertragliche Formvorschrift nur in der entsprechenden Form abgeändert werden kann.

<sup>12</sup> BK OR-SCHMIDLIN, Art. 16 N 49.

<sup>13</sup> BK OR-MÜLLER, Art. 16 N 100; BSK OR-SCHWENZER, Art. 16 N 1; CHK OR AT-KUT, Art. 16 N 15. Siehe auch Stoffel (FN 11), Rz 408.

<sup>14</sup> So etwa GABRIEL, *Formvorbehalt für Vertragsänderungen*, SJZ 2010, 539; CR CO I-XOUDIS, Art. 16 N 28.

<sup>15</sup> GABRIEL (FN 14) 539 f.; CR CO I-XOUDIS, Art. 16 N 28, 33 und 38.

## IV. Das Rock Advertising-Urteil des UK Supreme Court

Auch in den Ländern des Common Law galten *no oral modification clauses* nicht als entscheidende Hürde für eine nicht formgebundene Vertragsänderung.<sup>16</sup> Immerhin gab es aber im United Kingdom eine Reihe von jüngeren Entscheiden, die eine stärkere Beachtung der NOM-Klauseln suggerierten.<sup>17</sup> Im Jahr 2018 fällte der *Supreme Court of the United Kingdom* ein Urteil, das sich deutlich von der Rechtsprechung der deutschen und schweizerischen Gerichte abhebt. Im Fall *Rock Advertising Ltd v MWB Business Exchange Centres Ltd*<sup>18</sup> sprach sich der Supreme Court für die Geltung einer Formvorbehaltsklausel aus, mit welcher die Parteien bei Vertragsschluss vereinbarten, zukünftige Änderungen des Vertrages der Schriftform zu unterstellen; eine danach erfolgte mündliche Änderungsvereinbarung<sup>19</sup> erklärte er für ungültig.

### 1. Sachverhalt

Im August 2011 schloss die *Rock Advertising Ltd* (Beklagte und Mieterin) mit der *MWB Business Exchange Centres Ltd* (Klägerin und Vermieterin) einen schriftlichen Vertrag (sogenanntes «Licence Agreement») über die Miete von Geschäftsräumlichkeiten im Zentrum von London. Vereinbart wurde eine Vertragsdauer von 12 Monaten, beginnend am 1. November 2011. Der monatliche Mietzins sollte sich für die ersten drei Monate auf £ 3 500 belaufen, danach waren bis zum Ende des Vertrages monatlich £ 4 333.34 vereinbart.<sup>20</sup> Der Vertrag enthielt in Ziffer 7.6 eine NOM-Klausel mit folgendem Inhalt:

«All variations to this Licence must be agreed, set out in writing and signed on behalf of both parties before they take effect.»

Am 27. Februar 2012 war die *Rock Advertising* mit der Bezahlung von Mietzinsen in der Höhe von £ 12 000 im Rückstand. Ihr Geschäftsführer kontaktierte daraufhin eine Angestellte der Vermieterin per Telefonanruf und schlug vor, die ausstehenden Miet-

---

<sup>16</sup> Siehe MÜLLER, *Protecting the integrity of a written agreement*, *The Hague* 2013, 304 ff., für die USA.

<sup>17</sup> Siehe MÜLLER (FN 16), 311 ff., für das UK.

<sup>18</sup> Urteil des Supreme Court vom 16. Mai 2018, *Rock Advertising Ltd v. MWB Business Exchange Centres Ltd*, [2018] UKSC 24.

<sup>19</sup> Das erstinstanzliche Gericht hatte im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung das Zustandekommen einer mündlichen Vereinbarung bejaht. Die Klägerin bestritt das Bestehen einer entsprechenden Vereinbarung konsequent.

<sup>20</sup> *Rock Advertising* (FN 18), Para. 2.

zinsen nicht sofort, sondern aufgeteilt auf die kommenden Monate zu begleichen. Während die Rock Advertising aus dem anschließenden Gespräch schloss, man sei übereingekommen, den ursprünglichen Vertrag zu ändern, bestritt die MWB Business Exchange Centres, ihre Zustimmung zu einer Vertragsänderung gegeben zu haben.<sup>21</sup> Wegen Ausbleibens der Mietzinszahlungen kündigte die MWB Business Exchange Centres schliesslich am 30. März 2012 den Mietvertrag mit Wirkung auf den 4. Mai 2012 und klagte in der Folge die Erstattung der Mietzinsen sowie Schadenersatzansprüche ein. Die Rock Advertising ihrerseits machte widerklageweise Schadenersatz geltend. Die MWB stellte sich auf den Standpunkt, eine mündliche Änderungsvereinbarung wäre unter dem Blickwinkel von Ziffer 7.6 des Licence Agreements unwirksam gewesen.

Die Vorinstanzen des Supreme Courts beurteilten die Rechtswirkungen der mündlichen Änderungsvereinbarung unterschiedlich. Der erstinstanzliche Richter, His Honour Judge MOLONEY QC des Central London County Court, erklärte die mündliche Änderungsvereinbarung aufgrund von Ziffer 7.6 des Vertrags für unwirksam. Der England and Wales Court of Appeal (Civil Division) hielt die Änderungsvereinbarung demgegenüber für gültig.<sup>22</sup> Die Frage nach den Rechtsfolgen der mündlichen Änderungsvereinbarung stand deshalb für den Supreme Court im Vordergrund.<sup>23</sup>

## 2. Mehrheitsvotum (Lord Sumption)

Lord Justice SUMPTION, der das Urteil für die Mehrheitsmeinung verfasst hat,<sup>24</sup> beginnt mit einem *tour d'horizon* durch das Common Law. Ausgangspunkt bildet eine vielzitierte Passage im Leitentscheid des New York Court of Appeals in der Sache *Beatty v Guggenheim Exploration Co.* aus dem Jahr 1919. Er wurde vom späteren US Supreme Court Justice, BENJAMIN N. CARDOZO, verfasst. Die Passage lautet wie folgt:

«Those who make a contract, may unmake it. The clause which forbids a change, may be changed like any other. The prohibition of oral waiver, may itself be waived. 'Every such agreement is ended by the new one which contradicts it' (*Westchester F Ins Co v Earle* 33 Mich 143, 153). What is excluded by one act, is restored by another. You may put it

<sup>21</sup> Der erstinstanzliche Richter, HHJ Moloney QC vom Central London County Court erkannte auf Zustandekommen einer mündlichen Änderungsvereinbarung.

<sup>22</sup> England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *MWB Business Exchange Centres Ltd v Rock Advertising Ltd* vom 21. Juni 2016, [2016] EWCA Civ 553 (before Lady Justice Arden, Lord Justice Kitchen, Lord Justice McCombie).

<sup>23</sup> *Rock Advertising* (FN 18), Para. 6.

<sup>24</sup> Der Meinung von Lord Justice SUMPTION, welcher die Mehrheitsmeinung formuliert und anführt, schlossen sich Lady Hale, Lord Wilson und Lord Lloyd Jones an.

out of the door; it is back through the window. Whenever two men contract, no limitation self-imposed can destroy their power to contract again.»<sup>25</sup>

Demgegenüber seien die englischen Urteile jüngeren Datums und weniger eindeutig. Im Fall *United Bank Ltd v Asif* aus dem Jahr 2000<sup>26</sup> habe der Court of Appeal der Auffassung des erstinstanzlichen Richters zugestimmt, wonach es «incontestably right» sei, dass bei Vorliegen einer NOM-Klausel eine mündliche Vertragsänderung wirkungslos bleibe.<sup>27</sup> Zwei Jahre später habe allerdings dasselbe Gericht bzw. derselbe Lord Justice SEDLEY festgehalten, es bestehe über die Frage keine Einigkeit, weshalb ein summarisches Verfahren ausgeschlossen sei.<sup>28</sup> Im Jahr 2013 habe Lord Justice GLOSTER die Frage offengelassen, aber dennoch festgehalten, er sei «incline[d] to the view», wonach NOM-Klauseln nicht bindend seien.<sup>29</sup> Im Jahr 2016 habe Lord Justice BEATSON dieser Auffassung zugestimmt, wenn auch in einem *obiter dictum*.<sup>30</sup> Im jüngeren Schrifttum sei sodann eine beachtliche Unterstützung für die Gültigkeit der NOM-Klauseln zu verzeichnen.<sup>31</sup>

Nach dieser vorbereitenden Skizze holt Lord Justice SUMPTION zum Schlag aus:

«In my opinion the law should and does give effect to a contractual provision requiring specified formalities to be observed for a variation.»<sup>32</sup>

## a) Vertragsfreiheit als Bindungsfreiheit

In der Debatte um die Bedeutung der Vertragsfreiheit im Kontext vertraglicher Formvorbehalte entscheidet sich Lord Justice SUMPTION (und mit ihm das Richtergrremium des Court of Appeal) dafür, dass Vertragsfreiheit nicht (nur) die Freiheit bedeutet, sich ohne Weiteres von den Fesseln eines vertraglichen Formvorbehalts zu befreien, sondern dass Vertragsfreiheit früher ansetzt, nämlich in der Freiheit, sich solche Fesseln anzulegen:

«Party autonomy operates up to the point when the contract is made, but thereafter only to the extent that the contract allows. Nearly all contracts bind the parties to some course

---

<sup>25</sup> *Beatty v Guggenheim Exploration Co* (1919), 225 NY 380, 387.

<sup>26</sup> *United Bank Ltd v Asif* vom 11. Februar 2000 [2000] WL 456.

<sup>27</sup> SUMPTION in *Rock Advertising* (FN 18), Para. 8.

<sup>28</sup> SUMPTION in *Rock Advertising* (FN 18), Para. 8, unter Bezugnahme auf das Urteil in *World Online Telecom Ltd v I-Wad Ltd* vom 8. März 2002 [2002] EWCA Civ 413.

<sup>29</sup> *Engery Venture Partners Ltd v Malabu Oil and Gas Ltd* vom 17. Juli 2013, [2013] EWCH 2118 (Comm), Para. 273.

<sup>30</sup> *Globe Moters Inc v Lucas Varity Electric Steering Ltd* vom 20. April 2016, [2016] 1 CLC 712, Paras. 101–107.

<sup>31</sup> SUMPTION in *Rock Advertising* (FN 18), Para. 8.

<sup>32</sup> SUMPTION in *Rock Advertising* (FN 18), Para. 9.

of action, and to that extent restrict their autonomy. The real offence against party autonomy is the suggestion that they cannot bind themselves as to the form of any variation, even if that is what they have agreed. There are many cases in which a particular form of agreement is prescribed by statute: contracts for the sale of land, certain regulated consumer contracts, and so on. There is no principled reason why the parties should not adopt the same principle by agreement.»<sup>33</sup>

## **b) Praktische Bedürfnisse des Rechtsverkehrs**

Auch wenn die Bedeutung der Bindungsfreiheit klar im Vordergrund steht, argumentiert Lord SUMPTION zusätzlich mit den praktischen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs, die eine Bindungswirkung der NOM-Klauseln verlangen würden.<sup>34</sup> Sie seien in der Geschäftspraxis weit verbreitet und dafür bestünden achtenswerte Gründe: Erstens würden sie sicherstellen, dass sich die Gegenpartei nicht mittels Behauptung einer nachträglichen mündlichen Änderung vom schriftlich Vertrag lösen könne. Zweitens verhinderten sie Diskussionen darüber, ob hinsichtlich des Abschlusses einer mündlichen Vertragsänderung Konsens bestand und auf welchen konkreten Inhalt sich die Parteien mündlich geeinigt hätten. Drittens könnten Unternehmen mit ihrer Hilfe unbefugte Personen vom Abschluss mündlicher Vereinbarungen ausschliessen und Streitigkeiten über den Umfang ihrer Vertretungsmacht vermeiden.

Im Ergebnis geht es um das praktische Bedürfnis nach Rechtssicherheit, das mit wirksamen NOM-Klauseln besser gewährleistet ist als mit unwirksamen. Lord Justice SUMPTION führt zu den oben erwähnten Punkten aus:

«I make these points because the law of contract does not normally obstruct the legitimate intentions of businessmen, except for overriding reasons of public policy. Yet there is no mischief in No Oral Modification clauses, nor do they frustrate or contravene any policy of the law.»<sup>35</sup>

## **c) Korrektiv durch Estoppel**

Das Korrektiv für eine weitgehende Bindungswirkung von NOM-Klauseln und deren entsprechender Durchsetzung sieht Lord Justice SUMPTION in der Rechtsfigur des Estoppel, deren Anwendungsvoraussetzungen im Entscheidfall allerdings nicht erfüllt waren.<sup>36</sup> Das entspricht der Lösung des UN-Kaufrechts und der Unidroit-Principles, die vorsehen, dass NOM-Klauseln eine mündliche oder konkludente Vertragsänderung verhindern, wobei eine Partei sich dann nicht auf die NOM-Klausel berufen kann,

---

<sup>33</sup> SUMPTION in *Rock Advertising* (FN 18), Para. 11.

<sup>34</sup> SUMPTION in *Rock Advertising* (FN 18), Para. 12.

<sup>35</sup> SUMPTION in *Rock Advertising* (FN 18), Para. 12.

<sup>36</sup> SUMPTION in *Rock Advertising* (FN 18), Para. 16.

wenn sie sich so verhalten hat, dass die andere Partei auf die Verbindlichkeit der Vertragsänderung vertrauen durfte.<sup>37</sup> Noch weiter gehen die Mindermeinungen in der Schweiz, wonach die Bindungswirkung der NOM-Klausel nur über das Rechtsmissbrauchsverbot korrigiert werden kann.<sup>38</sup>

### 3. Concurring Opinion (Lord Briggs)

Lord Justice BRIGGS stützt das Ergebnis des Entscheids in seinem *concurring opinion* mit einer anderen rechtlichen Begründung. Ein *dissenting opinion* wurde in dieser Sache nicht verfasst.

#### a) Vertragsfreiheit als Bindungs- und Aufhebungsfreiheit

Nach Auffassung von Lord Justice BRIGGS können die Vertragsparteien mündlich auf einen Formvorbehalt verzichten und entsprechend auch den Vertrag ohne Einhaltung der in der NOM-Klausel vorgesehenen Form ändern. Diesbezüglich weicht er also von der Mehrheitsmeinung ab, die von der Bindungswirkung des Formvorbehalts ausgeht und ein Korrektiv nur über die Estoppel-Doktrin erlaubt.

Nach Auffassung von Lord Justice BRIGGS, trifft es entgegen den Erwägungen von Lord Justice SUMPTION nicht zu, dass die Zulassung einer mündlichen Aufhebung der NOM-Klausel den Parteiwillen missachtet. Denn der Formvorbehalt bleibe immer solange in Kraft, als mindestens eine Partei darauf bestehe. Erst wenn *beide* Parteien davon abweichen möchten, komme ein Verzicht in Frage. Erkläre man also die übereinstimmende mündliche Aufhebungen eines Formvorbehalts für wirksam, sei dem Prinzip der Vertragsfreiheit vollumfänglich Genüge getan. Man schütze damit sowohl die Freiheit, sich selbst binden zu können, als auch diejenige auf den späteren Verzicht einer selbstaufgelegten Restriktion.<sup>39</sup>

#### b) Aufhebungsparameter

Lord Justice BRIGGS will zwar die mündliche Aufhebung einer NOM-Klausel zulassen. Er stimmt aber mit Lord Justice SUMPTION überein, dass eine mündliche Vertragsänderung für sich allein die NOM-Klausel nicht (konkludent) ausser Kraft setzt.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Art. 29 Abs. 2 CISG; Art. 1.2 UNIDROIT Grundregeln für internationale Handelsverträge.

<sup>38</sup> GABRIEL (FN 14) 539 f.; CR CO I-XOUDIS, Art. 16 N 28, 33 und 38.

<sup>39</sup> BRIGGS in Rock Advertising (FN 18), Para. 25.

<sup>40</sup> BRIGGS in Rock Advertising (FN 18), Para. 29.

Es bedürfe im Regelfall einer ausdrücklichen, wenn auch mündlichen, Aufhebung der Klausel. Eine implizite Aufhebung durch eine mündliche Vertragsänderung, die nicht ausdrücklich auf die NOM-Klausel Bezug nimmt, sei dagegen nur im Ausnahmefall beachtlich, wenn nämlich die Umstände eine unverzügliche Vertragsanpassung und entsprechend angepasste Erfüllungshandlungen erfordern, ohne dass man diese noch schriftlich festhalten könne.<sup>41</sup> Der Ausnahmefall liegt allerdings, wie Lord Justice BRIGGS selbst ausführt, nahe an der Estoppel-Doktrin.<sup>42</sup>

In den Erwägungen von Lord Justice BRIGGS wird demnach die grundsätzliche Zulässigkeit der mündlichen Aufhebung einer NOM-Klausel über die strenge Aufhebungsschwelle erheblich relativiert. Eine konkludente Aufhebung ist nur im Ausnahmefall möglich. Es genügt also nicht, dass man den Vertrag mündlich abändert und ihn dann auch in angepasster Form erfüllt. Das wird auch aus folgenden Ausführungen deutlich:

«It will, perhaps unfortunately, commonly be the case that the persons charged with the day to day performance of a business contract will, with full authority to do so, agree some variation in the manner in which it is to be performed, blissfully unaware that the governing contract has, buried away in the small print of standard terms, a NOM clause inserted by diligent lawyers anxious to minimise the risk of litigation about its terms. That will be arid ground for an implied term that the NOM clause, of which they were unaware, was agreed to be treated as done away with.»<sup>43</sup>

## V. Schlussbemerkungen

Wie soll man damit umgehen, wenn Vertragsparteien schriftlich vereinbart haben, dass spätere Änderungen des Vertrages nur dann wirksam sind, wenn sie (ebenfalls) schriftlich vereinbart werden – und dieselben Vertragsparteien im Verlauf ihrer Vertragsbeziehung entgegen dem ursprünglich vereinbarten Schriftlichkeitsvorbehalt den Vertrag mündlich abändern? Sollen NOM- bzw. Schriftformklauseln eine gültige mündliche Vertragsänderung verhindern können?

Der UK Supreme Court hat dies bejaht; er hat sich damit gegen die traditionelle Auffassung im Common Law gestellt, wonach NOM-Klauseln jederzeit mündlich oder konkludent (durch mündliche Vertragsänderung) aufgehoben werden können. Er liegt damit auf der Linie der modernen internationalen Regelwerke, namentlich dem CISG und den Unidroit-Grundregeln. Auch sie gehen davon aus, dass Schriftformklauseln nicht mündlich oder konkludent aufgehoben werden können. Die Flexibilisierung der

---

<sup>41</sup> BRIGGS in Rock Advertising (FN 18), Para. 30, 31.

<sup>42</sup> BRIGGS in Rock Advertising (FN 18), Para. 30.

<sup>43</sup> BRIGGS in Rock Advertising (FN 18), Para. 30.

Grundregel wird durch die Estoppel-Doktrin (UK) bzw. das Vertrauensprinzip (CISG, Unidroit-Grundsätze) erreicht. Wer nach Treu und Glauben darauf vertraut und darauf vertrauen durfte, dass die Gegenpartei die mündliche Vertragsänderung als bindend erachtet, wird in diesem Vertrauen geschützt. Damit wird die NOM-Klausel nicht aufgehoben, aber ihre Wirksamkeit wird durch den Vertrauensschutz zurückgedrängt.

In der Schweiz und in Deutschland lässt man demgegenüber die mündliche oder konkludente Aufhebung von Schriftformklauseln zu; der neue Vertragswille überschreibt den alten, Vertragsfreiheit bedeutet die Freiheit, den Vertrag jederzeit abzuändern – auch im Hinblick auf die vertraglich vereinbarten Formerfordernisse. Zurückgebunden wird die Wirkung der mündlichen oder konkludenten Aufhebung durch die Statuierung von Aufhebungsschwellen: Die Aufhebung soll nicht leichthin angenommen werden, sie soll sich aus den Umständen eindeutig ergeben.

Damit nähern sich die beiden grundlegend unterschiedlichen Ansätze im Ergebnis wieder an. Davon abgesehen – und darin liegt einer der Gewinne der Rechtsvergleichung – vermögen die Erwägungen im Rock Advertising-Urteil doch auch Ansätze von Zweifeln zu wecken, ob die deutsche/schweizerische Lösung auf der ganzen Linie überzeugt. Führt man sich nämlich die konkreten Streitigkeiten vor Augen, so erscheint eine zweistufige Prüfung, die zunächst von der Massgeblichkeit der NOM-Klausel als vereinbarter prozeduraler Rahmen für Vertragsänderungen ausgeht und dann in einem zweiten Schritt fragt, ob eine Partei in ihrem Vertrauen auf die Gültigkeit einer mündlichen Vertragsänderung Schutz verdient, durchaus bedenkenswert. Das liegt auch – wenn auch nicht ausschliesslich – an der Eloquenz, mit der die Richterinnen und Richter des Common Law ihre Argumente gemeinhin vortragen. Es ist eine Freude, sie zu lesen. CLAIRE HUGUENIN hätten die Passagen ein Lächeln aufs Gesicht gezaubert.