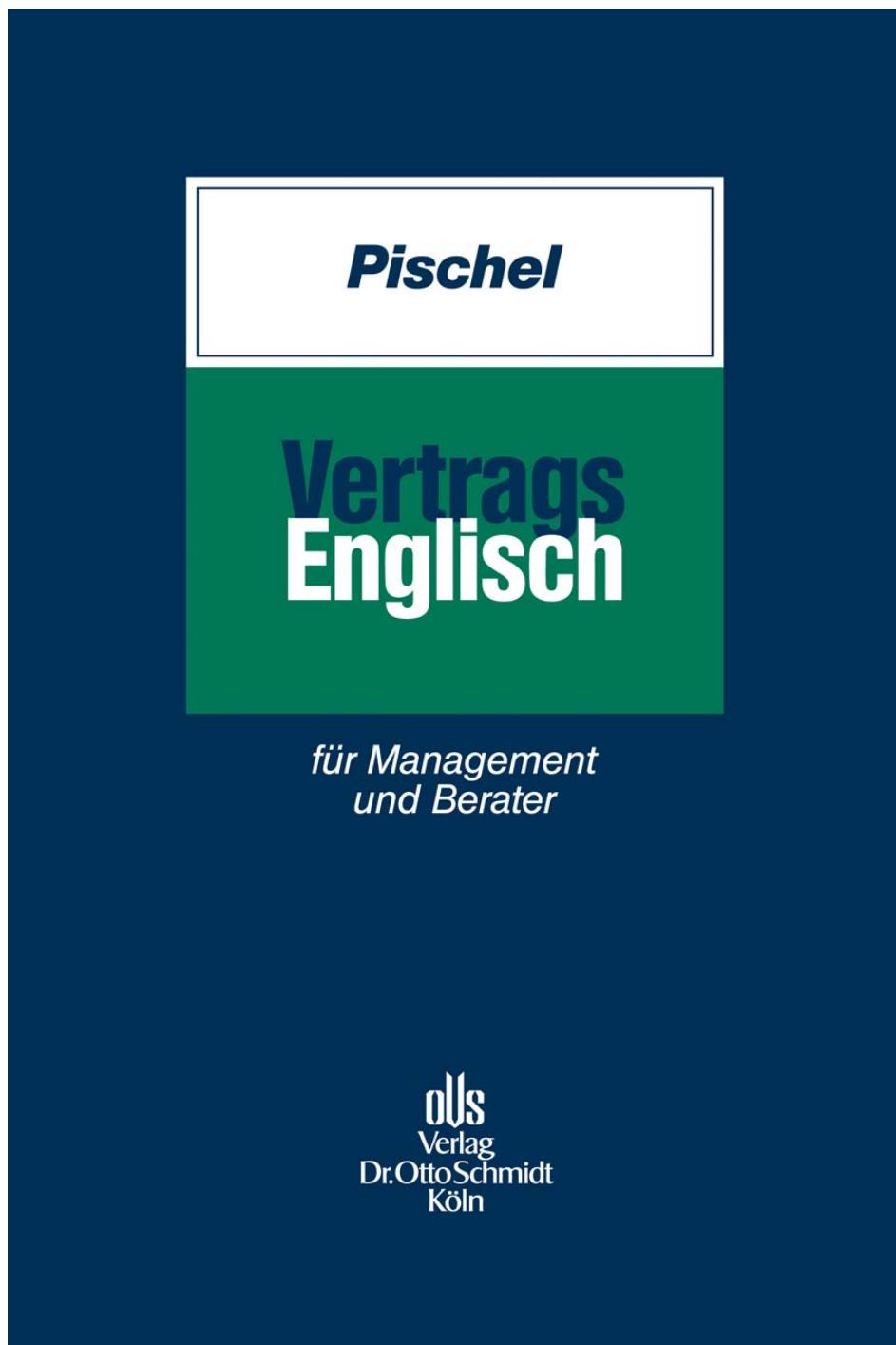


Leseprobe zu



Pischel  
**Vertragsenglisch**  
für Management und Berater  
2013, 136 Seiten, Monographie / Praxisbuch / Ratgeber, 16 x 24cm  
ISBN 978-3-504-06305-4

29,80 €

Zusammenhang einer Wissenszurechnung ebenfalls, auf wessen Wissen konkret abzustellen ist<sup>1</sup>.

- 149 Um die Haftung auszuschließen, findet sich in US-Recht unterstellten Verträgen häufig folgender Satz, der zur Klarheit und Wirksamkeit<sup>2</sup> durchgängig groß geschrieben wird:

*THIS WARRANTY IS THE SOLE WARRANTY PROVIDED BY SELLER HEREUNDER IN RESPECT OF THE PRODUCTS AND SHALL BE IN LIEU OF ALL OTHER WARRANTIES, EXPRESSED OR IMPLIED INCLUDING WITHOUT LIMITATION WARRANTIES AS TO PRODUCT MERCHANTABILITY OR FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE.*

**c) Guarantee**

- 150 Vorsicht ist bei im Rahmen von *guarantees* abgegebenen selbständigen Garantieversprechen (*independent guarantee promises*) geboten, da diese eine eigenständige Garantie begründen. Hierbei kann es sich um eine Patronatserklärung oder eine Bürgschaft handeln, oder aber um Erklärungen im Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand – also eine Garantieerklärung zu Eigenschaften etwa einer Kaufsache.
- 151 Um entsprechende Garantieerklärungen im Hinblick auf den Vertragsgegenstand auszuschließen, findet sich in Verträgen häufig folgende Formulierung.

*Seller makes neither implied nor express representations, warranties or guarantees as to (i) the accuracy or completeness of any information (including, but not limited to any forecasts, estimates, projections, statements of intent or statements of opinion) provided to the Buyer or any of its advisers or agents (irrespective of the form provided), (ii) the merchantability of the Product or (iii) the fitness of the Product for uses other than in Purchaser's machines defined exhaustively in Annex [...] of this Agreement.*

**6. Liability, Damages and Indemnification**

- 152 Die vorgenannte Regelung dient dazu, die *liability* zu verringern. Dieser Begriff bezeichnet die Haftung eines Schuldners für *damage*, mithin einen Schaden, der zu *damages*, einem Schadenersatz führt. In einem Vertrag sind deshalb die Voraussetzungen der Haftung – Erforderlichkeit eines Verschuldens und wenn ja, in welchem Umfang oder Begründung einer verschuldensunabhängigen Haftung – festzulegen. Im Anschluss daran ist der Umfang der Haftung zu definieren, etwa ein volliger Ausschluss für bestimmte Schäden, eine Beschränkung auf bestimmte Schäden dem Grunde (ob) und der Höhe (wie viel) nach. Hier lässt sich

---

1 Maier-Reimer, NJW 2010, 2545 (2548).

2 Kochinke in Heussen, Handbuch, Teil 9.1 Rz. 56.

152 auch weiter nach dem Grad des Verschuldens und daraus resultierender Schäden differenzieren.

### a) Liability

Die Formen der *liability* lassen sich in nach dem jeweils (nicht) erforderlichen Grad des Verschuldens trennen in: 153

- › *Fault based liability*
  - › *Intention*
  - › *Wanton/reckless/wilful negligence*
  - › *Gross negligence*
  - › *(ordinary) negligence*
  - › *Slight negligence*
- › *Strict liability*

Die verschuldensabhängige Haftung (*fault based liability*) differenziert sich in *intention* (Vorsatz) und *(ordinary) negligence* (Fahrlässigkeit). Im Rahmen der Fahrlässigkeit kann – wie im Deutschen – weiter unterschieden werden in die grobe Fahrlässigkeit (*gross negligence*) und die leichte Fahrlässigkeit (*slight negligence*). Bewusste Fahrlässigkeit, also die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von Umständen über eine Gefahr, bei der der Handelnde jedoch auf ein gutes Ende vertraut nach dem Motto: *wird schon gut gehen* bezeichnet man als *reckless, wanton* oder *wilful negligence*. Allerdings sind die deutschen Begriffe hier jeweils nicht identisch mit den Folgen nach dem Englischen Recht, nicht nur, weil eine Differenzierung vorzunehmen ist, was der jeweils übliche Sorgfaltsmaßstab ist<sup>1</sup>.

Darüber hinaus kommt in Betracht, den Grad der dem Vertragspartner obliegenden Vorsicht weiter zu seinen Lasten erhöhen, so etwa mit der Formulierung wie *with all due care and diligence*. Eine Einschränkung des Haftungsmaßstabes lässt sich abermals durch die Aufnahme von *to the best of Seller's knowledge* erreichen. 154

Vorsicht ist geboten bei *strict liability*, da es hier auf den Grad der Verwerfbarkeit nicht ankommt; vielmehr handelt es sich hierbei um eine verschuldensunabhängige Haftung.

### b) Damages

Besteht eine Haftung wegen Schäden, die in einen Schadenersatzanspruch mündet, so lässt sich ein tatsächlich entstandener Schaden, ein pauschalierter Schadenersatzanspruch und ein im Deutschen unbekannter Straf-Schadenersatz, der regelmäßig nur in Gerichtsprozessen zum Tragen kommt, unterscheiden. Als tatsächlich entstandene Schäden, die 155

---

1 Maier-Reimer, NJW 2010, 2545 (2548).

einen Schadenersatzanspruch auslösen, werden *damages incurred* respektive *compensatory damages* bezeichnet. Hier lassen sich weitere Abstufungen vornehmen, die den Umfang eines Schadenersatzanspruches konkretisieren.

156 So für

- › *Direct damages*
- › *Consequential damages*
- › *Indirect damages*
- › *Incidental damages*
- › *Damages at large*
- › *Liquidated damages*
- › *Damages incurred/compensatory damages*

*Direct damages* erfassen unmittelbare aus der Handlung oder dem Unterlassen resultierende Schäden. *Consequential damages* sind Mangelfolgeschäden, *indirect damages* mittelbare Schäden wie etwa ein *loss of profit*. *Incidental damages* decken atypische, aber äquivalent-kausale Schadensverläufe ab. Als pauschalierter Schadenersatzanspruch, der eine generelle Haftung des Verpflichteten auslöst, ohne dass es auf die Höhe des konkreten Schadens ankäme, werden *damages at large* bezeichnet. Bei dieser Formulierung ist also besondere Vorsicht angezeigt, soweit sie die eigene Partei treffen. *Liquidated damages* stellen einen ebenfalls pauschalisierten Schadenersatzanspruch dar, der aber auf die voraussichtliche oder wirtschaftlich vertretbare Schätzung der Schadenshöhe bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses abstellt<sup>1</sup>.

157 Soweit entsprechende Klauseln den Charakter einer Vertragsstrafe besitzen, die eine Partei abschrecken soll, sich bestimmten aus dem Vertrag stammenden Verpflichtungen zu entziehen, sind sie nach dem Common Law regelmäßig nicht durchsetzbar<sup>2</sup>. Die USA kennen zwar *punitive damages*, mithin Straf-Schadenersatzregelungen, die ein über den tatsächlich entstandenen Schaden (*damages incurred/compensatory damages*) hinausgehendes Sanktionselement besitzen. Diese kann jedoch erst ein Gericht in einem Prozess aussprechen. Denn nach dem Verständnis anglo-amerikanischen Rechts ist es hoheitlichen Stellen vorbehalten, Strafen zu verhängen. Für sie ist innerhalb der zivilrechtlichen Vertragsgestaltung zwischen den Parteien kein Platz<sup>3</sup>. Die Begriffe der *penalty* oder *pressure* sind danach in der Vertragsgestaltung wie auch in der (unternehmensinternen) Kommunikation bei Vertragsvorbereitung und -verhandlung zu vermeiden<sup>4</sup>.

---

1 Daigneault, S. 83.

2 Daigneault S. 83; Kochinke in Heussen, Handbuch, Teil 9.1 Rz. 76.

3 Kochinke in Heussen, Handbuch, Teil 9.1 Rz. 76.

4 Zu Risiken der (*pre trial*) *discovery* siehe oben Rz. 37.

Wie aus den Regelungen zur Haftung für tatsächlich entstandene Schäden deutlich wird, lassen sich diese in Verträgen begrenzen oder erweitern, so zum Beispiel auf *reasonable legal costs*, was insbesondere bei den regelmäßig hohen Anwaltshonoraren in den USA geboten erscheint, unterliegt der Vertrag deutschem Recht. Auch kann im Zusammenhang mit *liability* und *damages* über Haftungshöchstsummenbegrenzungen (*caps*) nachgedacht werden. Zusätzlich ist zu überlegen, einzelne Schadensformen auszuschließen (z.B. *no indirect or consequential damages*). Die Wirksamkeit der einzelnen Haftungsregelungen ist jeweils zu prüfen.

Häufig ist ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung zur Klarheit und Wirksamkeit<sup>1</sup> nach US-amerikanischem Recht ausschließlich in Großbuchstaben abgefasst, wie etwa in nachfolgendem, nach deutschem Formularvertragsrecht unwirksamen<sup>2</sup>, nach individualvertragsrecht geltungserhaltend zu reduzierendem Beispiel:

*NEITHER PARTY SHALL BE LIABLE FOR ANY INDIRECT, INCIDENTAL, SPECIAL, PUNITIVE, OR CONSEQUENTIAL DAMAGES, OR ANY LOSS OF PROFITS (EXCLUDING FEES UNDER THE AGREEMENT), REVENUE, DATA, OR DATA USE. SELLER'S MAXIMUM LIABILITY FOR ANY DAMAGES ARISING OUT OF OR RELATED TO THIS AGREEMENT, WHETHER IN CONTRACT OR TORT, OR OTHERWISE, SHALL IN NO EVENT EXCEED, IN THE AGGREGATE, THE TOTAL AMOUNTS ACTUALLY PAID TO SELLER FOR THE PRODUCT UNDER THE ORDER THAT IS THE SUBJECT OF THE CLAIM IN THE TWELVE (12) MONTH PERIOD IMMEDIATELY PRECEDING THE EVENT GIVING RISE TO SUCH CLAIM. ANY DAMAGE IN PURCHASER'S FAVOR AGAINST SELLER SHALL BE REDUCED BY ANY REFUND OR CREDIT RECEIVED BY PURCHASER UNDER THE AGREEMENT AND ANY SUCH REFUND AND CREDIT SHALL APPLY TOWARDS THE LIMITATION OF LIABILITY.*

Es sind aber auch differenziertere – im vorliegenden Beispiel allerdings nach deutschem Recht nur individualvertraglich wirksame – Haftungsklauseln denkbar.

## 1 LIABILITY

1.1 *Subject to Clause 1.2 but otherwise notwithstanding any other provision of this Agreement, neither Party shall be liable to the other or to any third party under this Agreement, whether in contract (including under any indemnity or warranty), in tort (including negligence) under any statute or otherwise for or in respect of any indirect or consequential loss of whatever nature whether or not reasonably foreseeable, reasonably contemplate, or actually contemplated by the Parties at the time of execution of this Agreement.*

<sup>1</sup> Kochinke in Heussen, Handbuch, Teil 9.1 Rz. 56.

<sup>2</sup> Vgl. nur zur unwirksamen Haftungsbeschränkung bei Kardinalpflichten: BGH, NJW-RR 2005, 1496, NJW-RR 2006, 267.

## Einzelne Formulierungen

---

- 1.2 *Nothing in this Agreement shall limit Purchaser's right to recover:*
    - 1.2.1 *any losses arising from willful default by the Supplier;*
    - 1.2.2 *any losses, fines and expenses imposed by a regulator or governmental body; and*
    - 1.2.3 *any costs or expenses incurred in procuring alternative equipment materially similar to the Products*
    - 1.2.4 *any liability for death or personal injury resulting from a party's negligence;*
    - 1.2.5 *any liability for fraudulent misrepresentation or the absence of guarantees given by Contractor;*
    - 1.2.6 *any other liability to the extent which is cannot be lawfully excluded such as product liability acts.*
  - 1.3 *Subject to Clause 1.2 and to the maximum extent permitted by law, Purchaser's aggregate liability, whether in contract (including under any indemnity), in tort (including negligence), under a warranty, under statute or otherwise under or in connection with this Agreement or the provision of the Works shall in total be limited to the Product's Price.*
  - 1.4 *Subject to Clause 1.2 the Contractor's aggregate liability, whether in contract (including under any indemnity), in tort (including negligence), under a warranty, under statute or otherwise under or in connection with this Agreement or the provision of the Product shall in total be limited to [...] save and except where (a) such liability exceeds this amount and (b) such amount is covered by insurances Contractor has obtained as defined under Clause [...] of the Agreement.*  
*If the Contractor fails to comply with its insurance obligations the limit of the liability of the Contractor will be increased to the maximum amount which would have been insured and covered under the Contractor's insurance had the Contractor complied with its Insurance obligations under this Agreement.*
  - 1.5 *In all cases a Party establishing or alleging a right to be indemnified in accordance with this Agreement shall take all reasonable measures to mitigate the loss which has occurred.*
- 160 In Lieferketten ist der Zwischenlieferant immer in einer Sandwich-Position: Bei einer fehlerhaften Lieferung hat er möglicherweise eigene Ansprüche gegen seinen Vorlieferanten, ist seinerseits aber dem Käufer gegenüber in der Haftung. Hier ist denkbar, die Haftung des Zwischenhändlers gegenüber seinem Käufer gänzlich zu beschränken, wenn etwa der Käufer dem Verkäufer den Vorlieferanten vorgegeben hat. Alternativ kommt ein Anspruch auf Abtretung der Ansprüche in Betracht, die der Zwischenhändler gegen seinen Vorlieferanten besitzt, soweit den Zwischenhändler nicht ein eigenständiges Verschulden trifft, das über ein Verschulden bei Lieferung einer fehlerhaften Kaufsache hinausgeht.

Eine entsprechende individualvertragliche Klausel kann danach lauten: 161

### **1. Limited Liability**

*Unless Seller is responsible for a Claim (as defined below) due to an intentional or gross negligent act or guarantee given by Seller with respect to the delivery of Parts to Purchaser ("Delivery"), any claims, suits, actions, proceedings, demands, or judgments worldwide against, and in respect of, any liability, injury, damage, loss (including, but not limited to, direct economic loss, loss of profit, indirect or consequential damage), or expense (including, but not limited to, reasonable attorney fees and reasonable litigation expenses) ("Claims") by Purchaser against Seller for such Delivery, especially, but not limited to Claims based on defects and late delivery of such Delivery are excluded. Except where prohibited by mandatory law the previous sentence shall apply mutatis mutandis to any Claims under law Purchaser may have against Seller.*

### **2. Sole Recourse**

*Seller shall use reasonable endeavours to include into the agreements with suppliers of Parts to be concluded by Seller a clause entitling Seller to assign to Purchaser Seller's rights for such Claim Seller may have against supplier for such parts. Where such agreements provide for such assignment and upon Purchaser's written notice stating such Claim in sufficient detail, Seller shall assign to Purchaser any respective right Seller may have under the agreement concluded between Seller and supplier for supplier's material breach of such agreement relating to Parts and resulting Claims. Purchaser may enforce such Claim against the supplier of such Parts in its own name and on its own behalf and cost. For the sake of clarity, it is understood that where the respective agreement between Seller and supplier of Parts does not provide for such assignment, sec. 1 of this part shall apply mutatis mutandis.*

### **c) Indemnification**

Durch die Lieferung oder Leistung eines Vertragspartners kann es bei Dritten zu Schäden kommen, sei es, weil die andere Vertragspartei mit diesen Dritten in vertraglichen Beziehungen steht oder weil sich ein Anspruch kraft Gesetzes – etwa aus Delikt (tort) oder etwa in Deutschland aus dem Produkthaftungsgesetz – ergibt. Um hier Sicherheit für den einen Gegenstand erwerbenden Vertragspartner zumindest im Innenverhältnis zu schaffen, enthalten Vereinbarungen häufig *indemnifications* (Freistellungen). Vielfach und ein wenig verschleiernd werden diese Freistellungen auch als *third party rights* bezeichnet. Hierbei handelt es sich um in Verträgen angelegte Verpflichtungen einer Vertragspartei, bestimmte Personen in der Sphäre des anderen Vertragspartners intern von Ansprüchen freizustellen, die Dritte wegen einer Verletzung gegen den Vertragspartner erheben. Regelmäßig erfolgen entsprechende Freistellungen im Zusammenhang mit der Verletzung von *Provisions of Warranty, Guarantees oder Representations*. *Indemnifications* sind damit Möglichkeiten, die eigene Haftung gegenüber Dritten für gewisse Umstände

im Innenverhältnis auf den Vertragspartner zu verlagern und ein Verfahren festzulegen, in dem ein Vertragspartner andernfalls bestehende Schadenersatzansprüche gegenüber der anderen Vertragspartei geltend machen kann.

163 So etwa durch folgende Klausel:

1. *Seller's Indemnification Obligations.* Seller hereby agrees to indemnify, defend, and hold harmless Purchaser, each of its Affiliates, directors, representatives, officers, employees, agents, attorneys, successors, and assignees (collectively, the "Purchaser's Indemnified Parties"), from and against, and in respect of, any liability, injury, damage, loss (including, but not limited to, direct economic loss), or expense (including, but not limited to, reasonable attorney fees and reasonable litigation expenses), as and when incurred by or imposed upon the Purchaser's Indemnified Parties in connection with any third party claims, suits, actions, proceedings, demands, or judgments worldwide ("Third Party Claims") arising out of or resulting from Seller's breach of the representations and warranties set forth in Section [...] of this Agreement.
2. *Purchaser's Indemnification Obligations.* Purchaser hereby agrees to indemnify, defend, and hold harmless Seller, each of its Affiliates, directors, representatives, officers, employees, agents, attorneys, successors, and assignees (collectively, the "Seller's Indemnified Parties"), from and against, and in respect of, any liability, injury, damage, loss (including, but not limited to, direct economic loss), or expense (including, but not limited to, reasonable attorney fees and reasonable litigation expenses), as and when incurred by or imposed upon the Seller's Indemnified Parties in connection with any third party claims, suits, actions, proceedings, demands, or judgments worldwide ("Third Party Claims") arising out of or resulting from the Commercialization of the Licensed Product.
3. *Notice of Claims.* Within thirty (30) calendar days after a Person seeking indemnification hereunder (hereinafter the "Indemnified Party") has received notice of or has acquired knowledge of any Third Party Claim, the Indemnified Party shall, if such claim is indemnifiable by the other Party pursuant hereto (hereinafter the "Indemnifying Party"), give the Indemnifying Party written notice of such claim and the commencement or threatened commencement of such Third Party Claim. Such notice shall state the nature and basis of such Third Party Claim, and, if ascertainable, the amount thereof. Notwithstanding the foregoing, the failure of the Indemnified Party to give such notice shall not excuse the Indemnifying Party's obligation to indemnify and defend the Indemnified Party, except to the extent the Indemnifying Party has suffered damage or prejudice by reason of the Indemnified Party's failure to give or delay in giving such notice. Within ten (10) calendar days of receipt of any notice issued by the Indemnified Party pursuant to this Section regarding Indemnification, the Indemnifying Party shall notify the Indemnified Party whether the Indemnifying Party acknowledges its indemnification and defense obligation with respect to the Third Party Claim which was the subject of the Indemnified Party's notice or whether it disclaims such obligations. In the event the Indem-

*nifying Party disclaims or fails to timely acknowledge its obligations with respect to any Third Party Claim, the Indemnified Party shall have the right to defend such Third Party Claim, with counsel of its own selection, and compromise such Third Party Claim without prejudice to its right to indemnification hereunder. In the event the Indemnifying Party timely acknowledges its obligations hereunder with respect to any Third Party Claim, the Indemnifying Party shall defend the same with counsel in accordance with this Section. Where the Indemnifying Party shall have acknowledged in writing its obligations hereunder with respect to any Third Party Claim, the Indemnified Party may, at its expense, participate in the defense of such Third Party Claim and no such Third Party Claim shall be settled by the Indemnified Party without the prior written consent of the Indemnifying Party which consent shall not be unreasonably withheld or delayed. At any time after the Indemnifying Party acknowledges its obligations hereunder with respect to any Third Party Claim, the Indemnifying Party may request the Indemnified Party to agree in writing to the payment or compromise of such Third Party Claim (provided such payment or compromise has been previously approved in writing by the third party claimant), and, in the event the Indemnifying Party does so, the Indemnified Party shall promptly agree in writing to such settlement, unless such settlement would involve a remedy or remedies, other than the payment of money damages by the Indemnifying Party, to which the Indemnified Party reasonably objects.*

## 7. Corporate Guarantee, Recourse and Joint Debtors

Von den im Rahmen der *representations, warranties und guarantees* abgegebenen Erklärungen sind insbesondere in der Kredit- und Finanzwirtschaft vorkommende Sicherungsinstrumente zu unterscheiden. Für den Fall des Zahlungsausfalls (*default*) eines Schuldners hat der Gläubiger (*creditor*) hoffentlich vorgesorgt durch Sicherheiten, die für die Schuld gestellt werden (*collateral/security*), die Form der Sicherheit (z.B. *mortgage, surety, comfort letter, corporate guarantee*) und die Rückgriffsrechte des Gläubigers auf die Sicherheiten (*recourse*). Hinzu kommt die Frage der Mehrheit von Schuldern und das Wahlrecht des Gläubigers, etwa bei der Gesamtschuld (*joint (and several) debt*). Hier ist der Gläubiger bei Vereinbarung deutschen Rechts gemäß § 426 Abs. 1 BGB berechtigt, einen der Gesamtschuldner (*joint (and several) debtor(s)*) auf den vollen Betrag in Anspruch zu nehmen, falls es zum *default event* kommt. Ebenfalls der Sicherung des Gläubigers dient eine unabhängige, von Dritten abgegebene Patronatserklärung (*independent (corporate) guarantee/letter of comfort*), aus der der Gläubiger gegen den Patron vorgehen kann. Gleichermaßen gilt für eine Bürgschaft (*surety/suretyship/* im Bankverkehr häufig auch: *guarantee*<sup>1</sup>), die regelmäßig auf erstes Anfordern (*on first demand*)

164

---

1 Vgl. Walz, Vorwort zur 1. Auflage.