

Kapitel 5

Einzelne Formulierungen in der Vertragsgestaltung

*Tausend sehen den Nonsens eines Satzes ein, ohne imstande zu sein, noch die Fähigkeit zu besitzen, ihn förmlich zu widerlegen.*¹

1. Leistungszeit

a) Effective Date, Signing and Closing

Insbesondere Fristen und Bedingungen können der Wirksamkeit oder dem Vollzug eines Vertrags entgegenstehen. Entsprechend sollten in diesem Fall – aber nicht nur dort – Verträge zwischen *Effective Date*, *Signing* und *Closing* unterscheiden. Diese Daten können, müssen aber nicht zusammenfallen. Das *Effective Date* (mit Großbuchstaben, da es in einem Vertrag zu definieren ist) bezeichnet das Datum des (wirtschaftlichen) Inkrafttretens eines Vertrags. *Signing* ist der Akt und Tag der Unterzeichnung, *Closing* der Vollzug eines Vertrags. Sieht der Vertrag etwa aufschiebende Bedingungen vor – so z.B. die Zustimmung Dritter zur Übertragung, Finanzierungsvorbehalte oder behördliche Genehmigungen sowie daran anschließend die Erfüllung bestimmter Pflichten durch die Parteien² –, fallen *Signing* (Tag der Unterzeichnung) und *Closing* (mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung – *condition precedent*) auseinander. Soll etwa ein Vertrag wirtschaftlich rückwirkend in Kraft treten, sind die Daten von *Signing* und *Effective Date* unterschiedlich. 126

b) Prompt and Without Undue Delay versus Time of the Essence

Die Anwendung bestimmter Reaktionszeiten auf Ereignisse lässt sich mit *prompt(ly)*, *immediate(ly)* oder *without (undue) delay* umschreiben. 127

Promptly ist für den Verpflichteten schärfer als *without undue delay* und *immediately* strenger als *promptly*³, auch wenn die Trennung in der Praxis meist nicht völlig klar zu ziehen ist⁴. Ersteres legt nahe, der verpflichteten Parte zu unverzüglichem Handeln aufzuerlegen, mithin also nach deutschem Verständnis vor dem Hintergrund des § 121 BGB ohne schuldhaftes Zögern, während *without undue delay* ohne unangemessenes Zögern bedeutet. Im ersten Fall ist regelmäßig sofort zu reagieren, im zweiten Fall kann der Verpflichtete mit einer gewissen Verzögerung handeln, wenn aner kennenswerte Gründe vorliegen, die nicht notwendig schuldausschließend (anders als für *promptly* erforderlich) sein müssen. Die Formulierung *undue* weicht dabei die Zeit, innerhalb derer reagiert werden muss, auf. Angesichts der Unschärfe der

¹ Lichtenberg, S. 134.

² S. Rz. 119a.

³ Walz in Walz, Teil I.2, Rz. 9; krit. Adams, Rz. 10.115 ff. trotz Nachweisen der Rspr.

⁴ Maier-Reimer, NJW 2010, 2545 (2548).

Begriffe bei gleichzeitig möglicher Erheblichkeit, diesen Punkt klar zu regeln, ist für deutschem Recht unterstellte Verträge empfehlenswert, einen Klammerzusatz (z.B. „unverzüglich“) hinzuzufügen⁵

Das Gegenstück zu relativ großzügigen Fristen stellt die Formulierung *time (of performance) is of (the) essence* dar. Auch bei geringer Überschreitung einer sinnvollerweise im Vertrag klar definierten Leistungsfrist begründet diese Formulierung nach englischem Recht regelmäßig ein Kündigungsrecht der anderen Partei wegen Vertragsverletzung – *material breach*⁶. Da im deutschen Recht ein absolutes Fixgeschäft zur Unmöglichkeit, ein relatives Fixgeschäft zu Schadenersatzansprüchen führen kann⁷, ist hier in Klammern zu differenzieren, welche Rechtsfolgen die Parteien mit dem deutschen Begriff im Fall der Verzögerung vereinbaren wollten.

c) Klarheit der Fristbestimmung

- 128 Wie ausgeführt ist die Differenzierung in *working/business/calendar days* und deren jeweilige territoriale Geltung für die Fristberechnung erheblich. Wichtig ist jedoch auch, wie in auf Deutsch abgefassten Verträgen, Beginn und Ende einer Frist festzulegen, um Unklarheiten zu vermeiden, ob ein Verzug vorliegt.

Hierzu kommen folgende Formulierungen⁸ in Betracht:

- To/from and including/excluding
- On or before/after
- From ... to ... both days included/excluded
- ... to commence on ... to expire on
- not less than/at least/within 30 calendar days after such event has occurred

Unklar ist die Formulierung *from time to time*, da mit ihr nicht geklärt ist, wie oft eine bestimmte Handlung zulässig resp. verpflichtend ist⁹. Besser ist eine klarere Bestimmung wie etwa *no more than twice per calendar month*, da auch die Vorsilben *bi-* oder *semi-monthly* missverständlich sein können¹⁰: alle zwei Monate oder zweimal monatlich.

aa) Last and Take

- 129 Bei festen Zeitabständen spricht man von *to last* (z.B. der Laufzeit eines Films – *the film lasted two hours*). *To take* hingegen bezeichnet ein Ereignis, das in seiner Laufzeit fest, in seinem Beginn und Ende aber von externen Faktoren abhängig ist. Diese Er-

⁵ So auch Walz in Walz, Teil I.2, Rz. 9.

⁶ Adams, Rz. 13.891 f.; Daigneault, S. 141.

⁷ MüKo-Ernst, § 286, Rz. 55 ff.

⁸ Daigneault, S. 62.

⁹ Walz in Walz, Teil I.2, Rz. 33, der als Formulierung *one or more occasions* vorschlägt.

¹⁰ Adams, Rz. 10.80.

fahrtung dürfte etwa jeder Reisende schon einmal bei Flügen von Heathrow nach München gemacht haben: *the actual flight from London to Munich took about one and a half hours.*

bb) By and Until

By findet Verwendung für etwas, das noch nicht eingetreten, aber bis zu einem Zeitpunkt zu bewirken ist. Die Frist enthält das in dem Satz genannte Datum. Erst nach dessen Ablauf ist die Frist verstrichen. Ein Synonym ist *no later than/not later than*¹¹. *Purchaser shall pay to Seller an amount of USD 100,000 by February 6, 2013.* 130

Bei *before* hingegen wird das angegebene Datum selbst nicht mehr für die Fristberechnung hinzugerechnet.

Until hingegen beschreibt einen Zustand, der bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses anhält und dann endet, mithin einen Fristablauf¹²; ein Synonym ist *up to*. Hier kommt es zur Sicherheit auf eine Klarstellung an, ob das Datum selbst noch Teil der Frist ist.

This offer is valid until (and including/and excluding) 6 February 2013.

cc) For and Since

For charakterisiert einen hinsichtlich seines Anfangs- und Endpunkts abgeschlossenen Zeitraum eines Ereignisses oder Zustandes. 131

Seller has been in material breach for ten months (was jetzt beendet ist).

Since hingegen findet Anwendung auf einen Umstand, der seit einem bestimmten Zeitpunkt besteht, aber noch nicht abgeschlossen ist.

Seller has been in material breach since ten months (was immer noch andauert).

dd) In und After

In bezeichnet (auch) einen Zeitpunkt oder das Ende eines bestimmten Zeitraums 132

Closing of the transaction will take place in two months.

The Parties concluded an agreement (Exhibit 1) in 2009.

Im Gegensatz hierzu setzt *after* den Beginn eines Zeitraums nach Eintritt eines bestimmten Ereignisses oder Datums:

After having been given written notice thereof, the Seller shall deliver the products to Purchaser's warehouse.

¹¹ Bei frühestmöglicher Leistungserbringung: *no earlier than/not earlier than*.

¹² *Henry/Pike*, S. 15.

ee) Mehrere Ereignisse

- 132a Kommt es auf den Eintritt eines Ereignisses von mehreren Ereignissen an, ist klarzustellen, ob der Eintritt des ersten oder des letzten Ereignisses für die weiteren Pflichten der Parteien relevant ist:
- until the earlier/later of ...
 - whichever occurs first/last
 - whichever is later/earlier

2. Erfüllungsort – Ship and Deliver

- 133 *To ship* bedeutet *versenden* und *abschicken*. Nach dem deutschen Verständnis legt diese Formulierung eine Schickschuld nahe. Im Gegensatz dazu bedeutet *to deliver* eine Lieferung, mithin eine Bringschuld. Beide Erfüllungsorte entsprechen nicht der Vermutung deutschen Rechtes. Denn § 269 Abs. 1 BGB nimmt im Zweifel als Prinzip eine Holschuld an. Bereits nach deutschem Verständnis ist für die Wahl des Erfüllungsortes damit nicht ausreichend, lediglich den Ablieferungsort vertraglich zu bestimmen¹³. Zur Klarstellung ist deshalb auch in auf Englisch abgefassten Verträgen empfehlenswert, bei Waren als Leistungsgegenstand stets auf die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültigen INCOTERMS (derzeit Stand 2020) zu verweisen¹⁴ und andernfalls klarzustellen, dass die gesetzliche Vermutungsregel des deutschen Rechtes (nicht) eingreift. Darüber hinaus ist zu beachten, dass nach überwiegender Meinung¹⁵ eine vertragliche Bestimmung des (materiellen) Leistungsortes nicht zugleich die (prozessuale) Wahl des zuständigen Gerichts begründet, so dass unabhängig von einer klaren Festlegung des Leistungsortes auch der Gerichtsstand (*venue*) ausdrücklich zu vereinbaren ist¹⁶.

3. Änderung der Leistung

a) Allgemeines

- 134 Neben der erforderlichen Belastbarkeit und Verlässlichkeit einer Vereinbarung Vertrags durch Statik bedarf ein Vertrag ausreichender Flexibilität, um die Parteien auf Basis und im Rahmen der Vereinbarung angemessen auf Entwicklungen reagieren

13 *Jauernig/Stadler*, § 269 Rz. 5.

14 Vgl. hierfür <https://www.iccgermany.de/standards-incoterms/incoterms-2020-in-der-uebersicht/sowie-ausfuehrlich-kommentiert> (für INCOTERMS 2010) *Oertel* in *Mankowski*, Teil IV.

15 So auch unter Darstellung des Meinungsstreites OLG München, NJW-RR 2010, 139.

16 Vgl. aber zuletzt BGH, Urt. v. 7.11.2012 – VIII ZR 108/12, wonach die deutschen Gerichte international zuständig für Schadensersatzansprüche aus einem internationalen Warenkauf sind, wenn die Parteien durch den von ihnen verwendeten INCOTERM „DDP“ („geliefert verzollt“) einen deutschen Erfüllungsort vereinbart haben.

zu lassen¹⁷. Ausfluss hiervon sind etwa *Force Majeure* Klauseln¹⁸, die insbesondere Fragen der Fälligkeit einer Leistung regeln und im deutschen Recht die (seltene) Figur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, die unmittelbar Haupt- und Gegenleistung in einem sich dramatisch wandelnden Umfeld betreffen können.

Auch kann es in langlaufenden Vereinbarungen – etwa Rahmen- oder Projektverträgen – zu Veränderungen des Leistungsgegenstandes kommen; so zum Beispiel, weil ein Gut verbessert wurde oder weil der Abnehmer andere Spezifikationen als die bislang im Vertrag Enthaltenen für einen Vertragsgegenstand festlegen möchte. Diese Änderungen können Auswirkungen auf den Preis oder den Zeitpunkt einer Leistung haben, so dass Art und Umfang einer Änderungsbefugnis sowie deren Auswirkungen in einer Vereinbarung festgelegt sein müssen, wollen die Vertragsparteien in einem sich möglicherweise wandelnden Umfeld dauerhaft zusammenarbeiten. Gleiches gilt für eine Änderung des Leistungsorts oder Leistungspreises. Häufig hängen diese Punkte – wie etwa bei einer Änderung des Leistungsgegenstandes – miteinander zusammen. Ebenfalls einer Änderung unterliegen kann der Vertrag durch Einführung von Optionsklauseln, die einer Partei unter bestimmten Voraussetzungen Rechte gewähren, sich regelmäßig auf (neue) vertragscharakteristische Leistungen beziehen und die entweder in den bestehenden Vertrag integriert werden oder den Abschluss eines Neuvertrags erforderlich machen.

Prozesse können eine Eigendynamik entwickeln. Wenn deren Ursachen – wie etwa bei höherer Gewalt – außerhalb der Kontrolle der Vertragsparteien liegen, so können die Parteien doch deren Folgen auf die Vereinbarung und ihre Beziehung zueinander regeln. Wie bei allen Prozessen sind dabei Verfahren, Zuständigkeiten, Fristen und Formalia festzulegen, um durch Struktur Dynamik abzufangen und für die Interessen der Parteien fruchtbar zu machen, ohne das Vertragsganze zu gefährden.

b) Change Requests

Hierzu haben sich im Rahmen möglicher Veränderungen der vertragscharakteristischen Leistung umfangreiche Lösungen des sogenannten *change request* entwickelt¹⁹. Zu klären ist im Rahmen dieser Klauseln, unter welchen Voraussetzungen etwa der Abnehmer eine Änderung des Leistungsgegenstandes verlangen kann und welche Auswirkungen dies auf die Gegenleistung – also den Preis – und auf Ablieferungszeitpunkt hat. Üblich ist etwa bei Projektverträgen, dass die Abnehmerin Änderungen im Rahmen eines formalisierten Prozesses anzustoßen berechtigt ist, die wiederum vom Hersteller hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf Leistungszeit und Leistungspreis zu prüfen sind. Erscheinen diese Vorschläge des Herstellers der Abnehmerin als angemessen, so kann sie zustimmen und der veränderte Leistungsgegenstand wird samt Preis und Leistungszeit neuer Vertragsgegenstand. Andernfalls muss sie ein Gegenangebot machen, das seinerseits für seine Wirksamkeit vom Vertragspartner anzunehmen ist. Bei vertraglichen Regelungen des *change request* handelt es sich

135

¹⁷ Ausf. Heussen/Pischel in Heussen/Pischel, Teil 2.2, Rz. 16, 107 f.

¹⁸ S. Rz. 198.

¹⁹ Ausf. Heussen/Pischel in Heussen/Pischel, Teil 2.2, Rz. 107 f.

hat der Lizenznehmer weitere Zahlungen zu leisten. Eine entsprechende *minimum guarantee* kann darüber hinaus an bestimmte Voraussetzungen geknüpft werden: so etwa die Bewertung des mit der Lizenz hergestellten Produktes durch unabhängige Dritte, deren Urteil die Kunden bei ihrer Kaufentscheidung berücksichtigen, die Bereitstellung der Lizenz zu einem bestimmten Datum oder Mitwirkungspflichten des Lizenzgebers bei der Vermarktung der Lizenz.

Die Vereinbarung einer *contingent recoupable advance*, die vorab vom Lizenznehmer geleistet werden kann danach lauten: 142

Licensee shall pay Licensor a contingent recoupable advance (the „Contingent Recoupable Advance“) equal to [...] USD payable [...] calendar days from the first commercial launch of the Licensed Good in the Territories. Said Contingent Recoupable Advance shall be recouped by Licensee out of Amounts Payable on a fully cross-collateralized basis across all Territories. Notwithstanding anything to the contrary contained herein, the Contingent Recoupable Advance is contingent upon below contingencies (the „Contingencies“).

Ebenfalls zu regeln ist die Bemessungsgrundlage einer Vergütung, mithin insbesondere die Frage, welche Kosten eine Lizenznehmerin in Abzug bringen darf sowie die sonstigen Voraussetzungen, unter der ein entsprechender Anspruch des Lizenzgebers überhaupt in voller Höhe entsteht – so etwa die Bewertung des Lizenzgutes durch Dritte.

5. Representation, Warranties and Guarantees

Representations, warranties und *guarantees* beschreiben sekundäre Leistungsansprüche, die durch *remedial provisions* für den Fall der Nichteinhaltung abgesichert werden²³. Zu diesen Abhilfemaßnahmen zählen Kündigung, Schadenersatz- und Freistellungsansprüche sowie ggf. – insbesondere bei Kreditverträgen – frühere Fälligkeiten. *Representations, warranties* und *guarantees* finden sich regelmäßig zusammen in einem Abschnitt. Auch im Englischen ist eine Differenzierung insbesondere zwischen *representation* und *warranty* nicht eindeutig²⁴, so dass auch hier eine Klarstellung in Deutsch und Klammern zu empfehlen ist. 143

a) Representation

Unter *Representations* werden üblicherweise Zusicherungen verstanden, die sich nicht unmittelbar auf die vertragscharakteristische Leistung beziehen und deren (vermeintliches) Vorliegen eine Partei zum Abschluss des Vertrags bewogen hat.²⁵ Da insbesondere in den USA dem deutschen Handelsregister entsprechende Bücher 144

²³ Walz in Walz, Teil I.1 b) ee).

²⁴ Vgl. Adams, Rz. 3.413 ff. m. N. Rspr. Rz. 3.431, 3.444 ff.; 13.934 ff.

²⁵ Hoppe in Heussen/Pischel, Teil 4.2, Rz. 29.

nicht vorhanden sind²⁶, enthalten diese Klauseln in US-amerikanischen Verträgen regelmäßig die *representations*, dass das Unternehmen, das den Vertrag abschließt, wirksam errichtet wurde und besteht, es sich in guter finanzieller Ausstattung befindet, die eingegangenen Verpflichtungen auch zu erfüllen, dass die Unterzeichnenden vertretungsberechtigt sind und dass keine Rechte Dritter einem Vertragsschluss entgegenstehen. Denn außer einem *Certificate of Good Standing* gibt es in den USA hierzu keine Nachweise²⁷ und eine in den USA ausgestellte Bescheinigung durch einen *notary public* ist nicht mit einer von einem deutschen Notar ausgestellten Urkunde vergleichbar²⁸. Auch reichen die Vollmachten der Handelnden regelmäßig nicht über die üblichen, den Unternehmensgegenstand betreffende Handlungen hinaus und unbeschränkte Vollmachten sind selten, da meist der Verwaltungsrat (*board of directors*) zustimmen muss²⁹.

145 Hierbei ist folgende Formulierung denkbar:

Execution of this Agreement between the Parties will not conflict with any agreements or obligations existing between Seller and any third party, nor infringe any rights of any third party.

Eine ausführlichere *Representation* kann lauten:

SELLER'S REPRESENTATIONS AND WARRANTIES: *Seller hereby agrees, warrants and represents as follows:*

- (a) Right to Sale: *Seller is free to enter into and fully perform this Agreement and will promptly notify Purchaser if any government agency, regulatory body, court or third-party licensor or rights holder advises that Seller is not in compliance with the foregoing or requests or requires Seller to discontinue, remove or withdraw any of the Products from the market for any reason. Seller is financially sound and fiscally capable of performing its obligations, and any material change in such status shall be immediately communicated in writing to Purchaser.*
- (b) Applicable Laws: *Seller will (i) comply, and will insure that each Product complies, with all applicable laws and regulations, (ii) insure that each Product will not infringe upon any right of any third party.*
- (c) No Infringement: *Execution of this Agreement will not conflict with any agreements or obligation existing between Seller and any third party, nor infringe on any rights of any third party, including without limitation liens and encumbrances.*

26 Vgl. zum Umfang der Dokumentation der im Companies House niedergelegten Vertragsunterlagen (<https://www.gov.uk/government/organisations/companies-house>) in England Hoppe in Heussen/Pischel, Teil 4.2, Rz. 75; OLG Hamm, NJW 2011, 396; zur Situation unter US-Recht Döser, JuS 2000, 246 (252); deshalb kommt der Informationsbeschaffung im Vorfeld hier besondere Bedeutung zu, vgl. Kochinke in Heussen/Pischel, Teil 4.5, Rz. 19.

27 Döser, JuS 2000, 246 (252); zur (unklaren) Auslegung dieses Begriffes BGH, NJW-RR 2007, 57 (Rz. 21).

28 Salger in Piltz, § 17 Rz. 66; zu Formerfordernissen im angelsächsischen Bereich s.a. ibid, Rz. 64 ff.

29 Döser, JuS 2000, 246 (253).

- (d) *No Derogation: Seller has not granted and will not grant any rights to the Product which will derogate or interfere with the rights granted under this Agreement to Seller.*
- (e) *Insurance: Seller has and will maintain a comprehensive general liability insurance policy in connection with the Products during the Term hereof, with limits of no less than [...] per occurrence and [...] in the aggregate.*
- (f) *Survival: Each and every one of the representations and warranties made by Seller herein shall survive the Term and shall continue in full force and effect after expiration or termination of this Agreement whether by operation of law or otherwise.*

Weitere Sicherheit kann hier auch eine *Third Party Legal Opinion* bringen³⁰, womit ein Dritter – regelmäßig ein Anwalt – einen als von dem Vertragspartner behaupteten Zustand bestätigt, was daneben bei Fehlerhaftigkeit dem deutschen Vertragspartner einen weiteren Schuldner für Schadenersatzansprüche bescheren kann.

b) Warranty

Neben den in den *representations* wie oben enthaltenen Klauseln kommen gesonderte Gewährleistungsregelungen (*warranties*) in Betracht, wie etwa, dass der Vertragsgegenstand zur vertragsgemäßen Nutzung geeignet ist, der Verfügende Eigentümer ist (*rightful owner*) und keine Rechte Dritter der Verfügung über den Vertragsgegenstand entgegen stehen (*no third party's rights or liens*) in Betracht; so etwa die in einem Kaufvertrag vom Verkäufer abgegebene Garantie der Freiheit der Kaufsache von Rechten Dritter, der Berechtigung des Verkäufers zum Verkauf der Kaufsache und der Pflicht des Verkäufers, auf eigene Kosten alles Erforderliche zu tun, um der Käuferin das uneingeschränkte Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen (*full tilte guarantee*³¹). Teilweise werden *warranties* auch synonym mit *representations* verwendet, wohingegen die Gewährleistung als *guarantee* bezeichnet wird³², die wiederum nach deutschem Verständnis eine Garantie bezeichnet. Auch hier ist also eine Klarstellung, was konkret gemeint ist, sinnvoll, wenn der Vertrag deutschem Recht unterstellt ist, zumal bei Verletzung einer *representation* in einem deutschen Recht unterstellten Vertrag eine Anfechtung nach § 123 BGB in Betracht kommt. Gesonderte Gewährleistungen im Rahmen einer eigenständigen *warranty* lassen sich im Hinblick auf Nichtvorliegen von Eigentumsvorbehaltsrechten und gewerblichen Schutzrechten Dritter etwa wie folgt formulieren:

146

The SUPPLIER warrants that the Goods supplied

- (i) *are unencumbered with any extended retention of title („verlängerter und erweiterter Eigentumsvorbehalt“), especially at the time of transfer of ownership to the PRINCIPAL. If legal proceedings against the PRINCIPAL caused by the SUPPLIER's provision of goods and services are instituted by third parties, the SUPPLIER shall bear the costs of the action, as well as all costs that are or have been incurred*

³⁰ Döser, JuS 2000, 456 (459).

³¹ Hoppe in Heussen/Pischel, Teil 4.2, Rz. 30 f.

³² Daigneault, S. 88 f.