

Englisches Recht in der Vertragsgestaltung

Ostendorf

2021

ISBN 978-3-406-76109-6

C.H.BECK

Muster Force Majeure Klausel (Sicht Auftraggeber)**1 Force Majeure**

- 1.1 Either party shall be excused from performance of the affected part of an obligation of the contract while performance is prevented by a Force Majeure Event unless the event was due to circumstances that could have been avoided or mitigated by the exercise of reasonable diligence by the affected party.
- 1.2 Only the following events may constitute a Force Majeure Event: (a) riots, wars, blockades, or threats or acts of sabotage or terrorism; (b) earthquakes, floods, fires, named hurricanes or cyclones, tidal waves, tornadoes, or other natural physical disasters; (c) radioactive contamination, epidemics, maritime or aviation disasters; (d) strikes or labour disputes at a national or regional level or involving labour not forming part of the affected party, which materially impair the ability of the party claiming force majeure to perform the Contract; (e) government sanctions, embargoes, mandates, or laws that prevent performance; (f) inability of a party to timely obtain licences, permits, or governmental consent, required for performance; or (g) non-performance of a party's subcontractor where the subcontractor has been or is affected by one of the above Force Majeure Events.
- 1.3 A party whose performance is prevented in accordance with the above will (i) as a condition precedent for any excuse of performance in accordance with section 1.1 above notify the other party without delay; (ii) use all reasonable endeavours (including acceleration of schedules on resumption of performance) to mitigate the effects; and (iii) provide on a continuing basis plans for resumed performance and revised schedules.
- 1.4 The respective other party may terminate the contract if any Force Majeure Event results in a delay that exceeds 90 consecutive or 180 cumulative days.

11

IV. Verhältnis zur frustration

Enthält der Vertrag eine Force Majeure Klausel stellt sich auch die Frage nach ihrem Verhältnis zur *common law* Doktrin der *frustration of contract*. Die Rechtsprechung geht im Ausgangspunkt davon aus, dass allein durch die Vereinbarung einer Force Majeure Klausel die *doctrine of frustration nicht abbedungen* wird. Fällt das maßgebliche Ereignis aber ausdrücklich in den Anwendungsbereich der Klausel, liegen die Tatbestandsvoraussetzungen für eine *frustration* regelmäßig nicht (mehr) vor: Denn nach allgemeiner Meinung kann ein Vertrag nicht wegen des Eintritts eines Ereignisses frustriert sein, für das die Parteien ausdrücklich eine vertragliche Regelung getroffen hatten.¹²

12

§ 13 Vertragliche Freistellungspflichten (contractual indemnities)**Übersicht**

	Rn.
I. Erscheinungsformen und Bedeutung von contractual indemnities	1
II. Funktionsweise: Preventive und compensatory indemnities	5
1. Die preventive indemnity	6
2. Compensatory indemnities	8
III. Tatbestand der Freistellungspflicht (scope)	9
1. Grundlagen	9
2. Erstreckung auf Eventualverbindlichkeiten?	14
3. Typische Auslegungsprobleme	17
a) Geltung von remoteness und mitigation rule?	17
b) (Rück-)Ausnahme im Fall einer Haftung des Freistellungsgläubigers aus negligence?	20
c) Bedeutung von „hold harmless“ und „on demand“	23

¹² McKendrick Force Majeure 34 ff.

	Rn.
IV. Verjährung von Freistellungsansprüchen	25
V. Rechtliche Grenzen	27

Schrifttum:

Berg, Rethinking Indemnities, JIBFL 2002, 360 ff. (Part I), 403 ff. (Part II); *Carter/Courtney*, Indemnities against Breach of Contract as Agreed Damages Clauses, JBL 2012, 555 ff.; *Courtney*, Contractual Indemnities, 2014; *Ostendorf*, Vertragliche Freistellungsansprüche für den Fall möglicher Vertragsverletzungen des Freistellungsschuldners im deutsch-englischen Rechtsvergleich, JZ 2013, 654 ff.; *Patterson*, Care needed with indemnity clauses, Const LJ 2011, 17 ff.; *Ugwuanyi*, Examining the exclusionary nature of oil and gas contract mutual indemnity hold harmless clauses, IELR 2012, 136 ff.; *Zakrzewski*, The Nature of a Claim on an Indemnity, JCL 2006, 54 ff.

I. Erscheinungsformen und Bedeutung von contractual indemnities

- Die Bedeutung von *contractual indemnities* kann gerade in englischem Recht unterliegenden Wirtschaftsverträgen **kaum überschätzt** werden. Ihre Erscheinungsformen sind ausgesprochen vielfältig. Dennoch lassen sich allgemeine **Grundprinzipien** identifizieren:¹ Im Kern verpflichten *contractual indemnities* eine Vertragspartei (den *indemnifier*) dazu, die andere Vertragspartei bzw. weitere in der Klausel als Begünstigte benannte Personen (den/die *indemnitee(s)* bzw. die *indemnified party/indemnified parties*) in genauer definierten Fallkonstellationen vor Verlusten oder Schäden zu bewahren bzw. für entstandene Schäden einzustehen. Je nach Ausgestaltung² kann sich der Anwendungsbereich der *indemnity* dabei in traditioneller Ausprägung (nur) auf die Freihaltung von Ansprüchen Dritter (*third party indemnity*) oder auch auf Schäden erstrecken, die (insbesondere) im Fall einer Vertragsverletzung des *indemnifier* unmittelbar bei der *indemnified party* selbst entstehen (*party to party indemnity*).³
- Aus Sicht des *indemnifier* **erhöhen** *contractual indemnities* **Haftungsrisiken** regelmäßig auch dann, wenn sie (nur) an eine bereits **bestehende** vertragliche oder deliktische **Haftung** anknüpfen (*indemnity against breach*). Auch in diesem Fall können *indemnities* nicht nur den Haftungsumfang in gegenständlicher und/oder zeitlicher Hinsicht erweitern: In Abhängigkeit von der Ausgestaltung im Einzelfall besteht auch die Gefahr, dass vertraglich vereinbarte Haftungsbeschränkungen oder -ausschlüsse auf *indemnities* nicht anwendbar sind.
- In der Praxis sind darüber hinaus aber auch *indemnities* gang und gäbe, die noch nicht einmal auf einer bestehenden vertraglichen oder deliktischen Haftung des Schuldners aufsetzen (und diese ggf. erweitern), sondern die Haftung des *indemnifier* originär begründen bzw. sogar zu einer echten (häufig wechselseitigen) **Haftungsverlagerung zwischen den Vertragsparteien** führen. Letzteres ist insbesondere dann der Fall, wenn die maßgeblichen Klauseln eine Schadloshaltung der *indemnified party* auch mit Blick auf Haftungsansprüche Dritter verlangen, die von ihr selbst (ggf. sogar schuldhaft) verursacht wurden (sog. *reverse indemnities* bzw. (bei Gegenseitigkeit) *knock for knock indemnities*). Ursprünglich aus Verträgen der Öl- und Gasindustrie stammend⁴ werden *knock for knock indemnities* mittlerweile zunehmend auch in anderen Branchen eingesetzt. Der Vorteil dieser Variante einer *indemnity* besteht zwar darin, dass sie durch die ausschließliche Anknüpfung an die jeweiligen Sphären der Parteien die Ursachenforschung mit Blick auf die Verantwortlichkeiten für den haftungsauslösenden Zwischenfall entbehrlich macht. **Höchst problematisch** bleibt aber,

¹ *Courtney* Indemnities Rn. 1–2.

² Nicht Gegenstand dieses Kapitels sind *indemnities*, die für den Fall eingreifen, dass ein Dritter Pflichten gegenüber der *indemnified party* (meist aus einem zwischen diesen Parteien bestehenden Vertrag) verletzt und damit im Ergebnis vergleichbar mit einer Garantie oder Bürgschaft eine Form der Personalsicherheit darstellen; s. dazu § 9 oben.

³ Zu den einzelnen Fallgruppen *Courtney* Indemnities Rn. 1–3, der die erste Variante als Archetypus vertraglicher *indemnities* bezeichnet.

⁴ Dazu *Ugwuanyi* IELR 2012, 136 ff.

dass sich der Freistellungsschuldner damit nicht nur eigener Regressansprüche begibt, sondern sich darüber hinaus in einer Rolle wiederfinden kann, die mit einem **Haftpflichtversicherer** vergleichbar ist.

Beispiel für eine wechselseitige Haftungsverlagerung durch eine *knock for knock indemnity*

1 Knock for Knock Indemnities

- 1.1 The Contractor shall indemnify and hold Company harmless from and against all claims, losses, damages, costs (including legal fees), expenses and liabilities in respect of (i) loss of or damage to the property of Contractor and (ii) personal injury including death or disease to any person employed by Contractor; arising from or relating to the performance of the contract.
- 1.2 The Company shall indemnify and hold harmless Contractor from and against any claims, losses, damages, costs (including legal fees), expenses and liabilities in respect of (i) loss of or damage to the property of Company and (ii) personal injury including death or disease to any person employed by Company; arising from or relating to the performance of the contract.
- 1.3 The indemnities contained in this clause shall apply irrespective of cause and notwithstanding the fault of the indemnified party or any other entity or party and will apply irrespective of any claim in tort (including negligence), under contract or otherwise at law. Neither party excludes or limits however its liability for fraud or for death or for personal injury arising from its negligence or any liability to the extent the same may not be excluded or limited as a matter of law.

4

II. Funktionsweise: Preventive und compensatory indemnities

Vertragspraxis und Rechtsprechung unterscheiden mit Blick auf die grundlegende Funktionsweise zwischen sog. *preventive indemnities* und *compensatory indemnities*.

5

1. Die *preventive indemnity*

Die in der Praxis weiter verbreitete *preventive indemnity* kommt einer vertraglichen Freistellungspflicht nach deutschem Rechtsverständnis am nächsten: Wie auch im deutschen Recht schuldet der *indemnifier* in diesem Fall die **Schadloshaltung** der *indemnified party*. Wie er dieses Ergebnis erreicht, etwa durch Zahlung an den Drittgläubiger, die erfolgreiche Verteidigung gegenüber dem geltend gemachten Anspruch oder andere Maßnahmen bleibt aber ihm überlassen, solange nur das geschuldete Ergebnis – die Abwendung der Schadensrealisierung beim Freistellungsgläubiger – erreicht wird.⁵

6

Anders als bei vertraglichen Freistellungspflichten im deutschen Recht führt die *preventive indemnity* zumindest nach den Grundsätzen des *common law* allerdings erst dann zu einem durchsetzbaren (Schadensersatz-)Anspruch, wenn der Schaden beim Freistellungsgläubiger **tatsächlich eingetreten** und die Freistellungspflicht dadurch verletzt ist.⁶ Zwar ist der Schadenseintritt – insbesondere durch Zahlung des Freistellungsgläubigers an den Drittgläubiger – bei der *preventive indemnity*⁷ **keine Rechtsbedingung** für die Aktivierung der

7

⁵ *Courtney Indemnities* R.n. 2–12 ff. Zum deutschen Recht *Meyer ZfPW* 2015, 226 (230).

⁶ *Firma C-Trade S. A. v Newcastle Protection and Indemnity Association (The „Fanti“)* Lloyd's Rep 1990, 191 (202): „First of all, I am unable to accept the submission that a condition of prior payment is, at common law, implicit in a contract of indemnity. I accept that, at common law, a contract of indemnity gives rise to an action for unliquidated damages, arising from the failure of the indemnifier to prevent the indemnified person from suffering damage, for example, by having to pay a third party. I also accept that, at common law, the cause of action does not (unless the contract provides otherwise) arise until the indemnified person can show actual loss.“

⁷ *Zakrzewski* JCL 2006, 54 (56) spricht vergleichbar von einer „*prevent loss indemnity*“ im Unterschied zu einer „*redress loss indemnity*“.

aus ihr folgenden Pflichten, weil diese ja gerade darin bestehen, die *indemnified party* bereits im Vorfeld vor dem Eintritt des Schadens zu bewahren. Allerdings können primäre Ansprüche aus der *preventive indemnity* **auf Freistellung** nur aus dem Recht der *equity* mit den hier bestehenden Einschränkungen abgeleitet werden, weil dem *common law* Erfüllungsansprüche (*specific performance*) grundsätzlich fremd sind.⁸

2. *Compensatory indemnities*

- 8 Im Fall der Vereinbarung einer *compensatory indemnity* ist die vertragliche Verpflichtung des *indemnitor* und damit der Anspruchsinhalt a priori auf die **Erstattung** des an den Drittgläubiger gezahlten Betrages beschränkt. Das ist insbesondere bei einer sog. *pay to be paid* Klausel der Fall:⁹ Denn in diesem Fall besteht eine **vertragliche Verpflichtung** des Schuldners zur Zahlung (nicht als *claim for damages*, sondern als so genannter *debt claim*¹⁰) überhaupt erst dann, wenn der Gläubiger seinerseits an den Dritten **geleistet** hat. Daher verbietet sich hier auch eine abweichende Wertung durch das Billigkeitsrecht der *equity*: Dessen Aufgabe kann es nämlich nicht sein, sich über einen ausdrücklichen Parteiwillen hinwegzusetzen.¹¹

III. Tatbestand der Freistellungspflicht (*scope*)

1. Grundlagen

- 9 Die entscheidende Weichenstellung bei der Ausgestaltung einer *contractual indemnity* ist die Festlegung ihres Tatbestandes. An dieser Stelle müssen die Parteien entscheiden, mit Blick auf **welche Schäden** bzw. Ansprüche Dritter eine Freistellung erfolgen und wie die **kausale Verbindung** zwischen diesen Schäden/Ansprüchen und dem **eigentlichen**, von den Parteien zu definierenden **Auslöser** (*triggering event*) der Freistellungsverpflichtung beschaffen sein muss.¹²
- 10 Das *triggering event* wird dabei häufig eine **vertragliche Pflichtverletzung** oder **deliktische Sorgfaltspflichtverletzung** des Freistellungsschuldners sein. Die nachstehende enggeführte *indemnity* ist beispielsweise auf Fälle mangelhafter Lieferungen sowie sorgfaltswidriges Verhalten des Lieferanten beschränkt, die im Einzelfall für die Entstehung von Ansprüchen Dritter mit Blick auf Personen- oder Sachschäden kausal geworden sind. Zugleich beschränkt die Klausel die Freistellungspflicht in **zeitlicher Hinsicht** auf Schäden, die innerhalb der vertraglich vereinbarten Gewährleistungsfrist aufgetreten sind.

Muster Third Party indemnity

11 [•] Indemnities

Seller shall indemnify Buyer against all third party losses, expenses and claims in respect of any loss of or damage to physical property (other than the contractual products), death or personal injury occurring before the expiration of the warranty period to the extent caused by: (i) defective design, material or workmanship of Seller, or (ii) Seller's negligence or breach of statutory duty.

⁸ Die Gewährung von Rechtsbehelfen der *equity* steht (anders als *common law* Rechtsbehelfe) grundsätzlich im Ermessen der Gerichte, s. dazu *Watt Trusts & Equity* 538.

⁹ *S. Firma C-Trade S. A. v Newcastle Protection and Indemnity Association (The Fanti)* Lloyd's Rep 1990, 191 in Bezug auf die *indemnity clause* eines P&I Clubs, der sich vertraglich verpflichtet hatte „to protect and indemnify Members in respect of losses or claims which they as Owners of the entered vessel shall have become liable to pay and shall have in fact paid [...]“.

¹⁰ *Zakrzewski* JCL 2006, 54 (65).

¹¹ *S. Firma C-Trade S. A. v Newcastle Protection and Indemnity Association (The Fanti)* Lloyd's Rep 1990, 191 (202): „As I have already stressed, if the condition is in sufficiently clear terms, it would be contrary to principle that equity should grant specific performance of the contract inconsistently with the terms of the contract. In the present cases, the condition of prior payment is perfectly clear.“

¹² *Courtney Indemnities* Rn. 4–4.

Zwingend ist die Anknüpfung an vertragliche Pflichtverletzungen bzw. deliktisches Handeln wie bereits dargelegt freilich nicht. Denkbar (und in der Praxis verbreitet) ist auch, dass allgemein auf Schäden oder Ansprüche abgestellt wird, die im Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen oder Lieferungen des Freistellungsschuldners entstehen oder sogar durch Pflichtverletzungen des Freistellungsgläubigers (!) bei Dritten oder dem Freistellungsschuldner selbst¹³ verursacht werden. Dass solche Klauseln angesichts der **uferlosen Haftungsrisiken** vom (potentiellen) Freistellungsschuldner kaum akzeptiert werden können, steht auf einem anderen Blatt.

Negativbeispiel *indemnity* mit unangemessen weitem *scope*

[•] Indemnities

The Seller shall indemnify and hold the Buyer, including any of its employees, agents, subcontractors, directors and officers harmless against all losses, expenses and claims suffered or incurred by the Buyer or any other of the aforementioned persons arising from or in connection with the performance or non-performance of the Seller under the contract in respect of (a) death or personal injury to any person; (b) loss of or damage to any property or (c) arising out of or in the course of or by reason of any act, omission, negligence or breach of contract or breach of statutory duty of the Seller, its employees, agents or subcontractors.

2. Erstreckung auf Eventualverbindlichkeiten?

Während der BGH vertraglichen Freistellungsklauseln im deutschen Recht regelmäßig die Verpflichtung des Freistellungsschuldners entnehmen will, den Freistellungsgläubiger auch von sog. Eventualverbindlichkeiten freizuhalten,¹⁴ ist die Rechtslage im englischen Recht weniger eindeutig. Dass die Verpflichtung zur **Abwehr** (auch) unbegründeter Ansprüche Dritter nicht als prägendes Element vertraglich vereinbarter *indemnities* angesehen wird, folgt nicht zuletzt auch daraus, dass die Verletzung der Freistellungspflicht regelmäßig voraussetzt, dass der *indemnitee* auf den Drittanspruch geleistet hat. Im Gegensatz zur US-amerikanischen Rechtsprechung entnehmen englische Gerichte selbst der ausdrücklichen Vereinbarung einer „*duty to defend*“ nicht zwingend die Pflicht, unbegründete Ansprüche abzuwehren.¹⁵ Auch unabhängig von einer Abwehripflicht kann sich der tatbestandliche Anwendungsbereich einer *indemnity* allerdings auf die Erstattung von Zahlungen erstrecken, die der *indemnitee* etwa im Rahmen einer vernünftigen Vergleichsvereinbarung an den Drittgläubiger geleistet hat.¹⁶

Möglich und in der Praxis gerade mit Blick auf etwaige Schutzrechtsverletzungen verbreitet ist aber eine Regelung, die einerseits eine Abwehripflicht des Freistellungsschuldners (sowie die Pflicht zur Kostenerstattung im Unterliegensfall) vorsieht, den Freistellungsgläubiger aber gleichzeitig verpflichtet, den Freistellungsschuldner vorab über den Drittanspruch zu informieren und ihm die Federführung bei der Verteidigung zu überlassen. Soll die Einhaltung der Informationspflicht Bedingung für die aus der *indemnity* folgenden

¹³ In diesem Fall läuft die *indemnity* im Ergebnis auf eine Haftungsbeschränkung bzw. einen Haftungsausschluss hinaus, s. dazu *Farstad Supply AS v Enviroco Ltd* [2010] UKSC 18 Rn. 29 ff.

¹⁴ BGH NJW-RR 2011, 479.

¹⁵ Allenfalls vorsichtig in diese Richtung *Codemasters Software Co Ltd v Automobile Club de L'Ouest* [2009] EWHC 2361 Rn. 41: „(...) Read in context, while again it is not happily worded, it seems to me that the word ‚defend‘ is being used merely in the rather general sense of ‚protect from‘. At most, it may give Codemasters, as the indemnified party, the right to request that ACO take over the defence of any proceedings brought against it“. Generell zu dieser Problematik auch *Courtney/Carter*, *Indemnities Against Breach and Settlement of Third Party Claims*, Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 11/42, 5: „Indemnity provisions often state that the promisor will ‚defend‘ in addition to ‚indemnify‘ or ‚save harmless‘, yet there is surprisingly little authority on the effect of that term“.

¹⁶ *Rust Consulting v PB* [2012] EWCA Civ 107 Rn. 22.

Freistellungspflichten sein, muss die Klausel dies angesichts der gravierenden Rechtsfolgen hinreichend klarstellen.¹⁷

- 16 **Muster IP-indemnity mit Abwehrpflicht**
[•] IP Infringement Indemnification
 Seller shall indemnify, defend and hold the Buyer harmless against any claim, suit or proceeding brought against the Buyer insofar as it is based on a claim that the contractual products, as originally delivered by the Seller, infringe any patent, trademark, copyright or other intellectual or industrial property right in existence as of the date of delivery of the product to the Buyer in any of the specific jurisdictions stipulated in Schedule [•], provided that Seller is notified promptly in writing by the Buyer as to any such claim, and is given full authority, information and assistance for the defence. In addition to Seller's obligation to defend, Seller shall in this event pay all damages finally awarded against the Buyer.

3. Typische Auslegungsprobleme

a) Geltung von *remoteness* und *mitigation rule*?

- 17 In Literatur und Rechtsprechung ist umstritten, ob die Höhe des aus einer *indemnity* folgenden Zahlungsanspruchs von den allgemeinen **Grundsätzen** des **Schadensersatzrechts** beeinflusst wird oder nicht. Fraglich ist damit insbesondere, ob die sog. *remoteness rule* (nach der die Schadensersatzhaftung auf den für den Schuldner bei Vertragsschluss objektiv oder subjektiv **vorhersehbaren Schaden** beschränkt ist) sowie die auch im englischen Recht anerkannten Schadensminderungsobliegenheiten (*mitigation principle*) anwendbar sind. Für *compensatory indemnities* liegt das bei streng dogmatischer Betrachtung zunächst fern, weil die hier entstehenden Zahlungsansprüche keine *claims for damages*, sondern *debt claims* darstellen.¹⁸ Dagegen führt die Verletzung von *preventive indemnities* zwar zu einem Schadensersatzanspruch, für den grundsätzlich die allgemeinen Prinzipien des Schadensersatzrechts gelten müssen. Die Notwendigkeit der Vorhersehbarkeit des entstandenen Schadens kann sich konsequenter Weise allerdings nur auf die **Verletzung der Freistellungspflicht** und nicht auf die mögliche Verletzung der Pflicht beziehen, die überhaupt erst den Anspruch des Drittgläubigers ausgelöst hat. Insofern ist der an den Drittgläubiger bezahlte Betrag, soweit er überhaupt in den Anwendungsbereich der *indemnity* fällt, auch immer vorhersehbar.¹⁹
- 18 Die Rechtsprechung folgt diesem Befund allerdings nur bedingt: Teilweise wird die Anwendung der allgemeinen Regeln des Schadensersatzrechts generell (und zwar wohl für alle Arten von *indemnities*) abgelehnt.²⁰ Andere Entscheidungen halten die *remoteness rule* dagegen auf Basis eines unterstellten entsprechenden Parteiwillens generell für einschlägig, wenn die *indemnities* an eine **Vertragsverletzung** des Freistellungsschuldners anknüpfen.²¹ Idealerweise sollten Geltung bzw. Nichtgeltung der genannten Prinzipien des Schadensersatzrechts daher **vertraglich ausdrücklich** geregelt werden.

¹⁷ *Heritage Oil and Gas Ltd v Tullow Uganda Ltd* [2014] EWCA Civ 1048 Rn. 33 ff.

¹⁸ So im Ausgangspunkt auch *Zakerzewski* JCL 2006, 54 (68 f.), der die Anwendbarkeit der Prinzipien der *remoteness* und der *mitigation* aus übergeordneten Gründen aber dennoch für zutreffend hält.

¹⁹ Zu dieser Auffassung *Courtney* Sydney Law School, Legal Studies Research Paper No. 11/41, 15.

²⁰ S. nur *Caledonia North Sea Limited v British Telecommunications Plc (Scotland)* [2002] UKHL 4 Rn. 100; mit anderer Begründung *Carter/Courtney* JBL 2012, 555 (573), die die Nichtanwendbarkeit darauf stützen wollen, dass es sich bei einer *indemnity* in Wahrheit um die Vereinbarung eines alternativen Rechtsbehelfs (*secondary obligation*) in Form einer „agreed damage clause“ handle.

²¹ *Total Transport Corporation v Arcadia Petroleum Ltd* [1998] 1 Lloyd's Rep 351 (361): „No authority is cited for the proposition that remoteness is always irrelevant to an indemnity obligation. I remain of the view that it was not the intention of the parties to provide [...] that a particular kind of breach of contract by the owners should attract liability even for unforeseeable consequences, while in the case of all other breaches of contract the ordinary rule of remoteness would apply.“

Klauselbeispiel für Klarstellung der Geltung von remoteness rule und mitigation principle

For the avoidance of doubt, this indemnity obligation extends solely to losses that were reasonably foreseeable at the time of contract conclusion. Furthermore, nothing in this clause shall restrict or limit the general obligation of the indemnified party at law to mitigate a loss which it may suffer or incur as a result of a matter that may give rise to a claim under this indemnity.

19

b) (Rück-)Ausnahme im Fall einer Haftung des Freistellungsgläubigers aus negligence?

Zentrales Auslegungsproblem bei Freistellungsklauseln im englischen Recht ist die Frage, ob ihr Anwendungsbereich auch (Dritt-)Ansprüche erfasst, die durch die *indemnified party* selbst **fahrlässig (mit)verursacht** wurden. Maßgebliche Auslegungsgrundsätze zu dieser Frage hat die vom *Privy Council* erlassene Entscheidung *Canada Steamship* in Form der sogenannten *Canada SS Rules* geprägt. Danach umfasst eine vertragliche *indemnity* auf der Grundlage des *contra proferentem* Grundsatzes (dem zu Folge verbleibende Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Klauselbegünstigten gehen) Drittansprüche, die auf *negligence* der *indemnified party* beruhen, grundsätzlich dann, wenn sich dies **ausdrücklich aus der Klausel** ergibt. Fehlt eine ausdrückliche Bezugnahme auf Tatbestände der *negligence*, muss der Wortlaut zumindest weit genug sein, um solche Ansprüche grundsätzlich erfassen zu können. Zusätzlich ist in diesem Fall aber erforderlich, dass die Klausel ohne Einbeziehung von Drittansprüchen wegen *negligence* des Freistellungsgläubigers letztlich keinen realen Anwendungsbereich mehr hätte, weil andere Haftungstatbestände (etwa aus *strict liability*) realistischer Weise nicht in Betracht kommen.²²

21

In der Rechtssache *EE Caledonia Ltd v Orbit Valve Co Ltd* hatten Mitarbeiter der Klägerin und Freistellungsgläubigerin (Caledonia) fahrlässig die Explosion der von Caledonia betriebenen Bohrinself Piper Alpha in der Nordsee verursacht. Bei dem Unglück starben insgesamt 165 Menschen, darunter der Mitarbeiter einer Fremdfirma (Orbit Valve), die von Caledonia mit der Wartung von Ventilen auf der Bohrinself beauftragt worden war. Der Wartungsvertrag zwischen Caledonia und Orbit Valve enthielt eine *knock for knock indemnity* mit dem folgenden Inhalt:

„Company's and contractor's employees and property. Each party hereto shall indemnify, defend and hold harmless the other, provided that the other party has acted in good faith, from and against any claim, demand, cause of action, loss, expense or liability (including the cost of litigation) arising by reason of any injury to or death of an employee, or damage, loss or destruction of any property, of the indemnifying party, resulting from or in any way connected with the performance of this order“.

Nachdem Angehörige des verstorbenen Mitarbeiters von *Orbit Valve* Haftungsansprüche aus Delikt gegen Caledonia geltend gemacht hatten, berief sich Caledonia gegenüber *Orbit Valve* auf die vertraglich vereinbarte *indemnity* und verlangte Erstattung aufgewendeter Kosten aus einem mit den Angehörigen abgeschlossenen Vergleich in Höhe von rund GBP 643.000. Der *Court of Appeal* gelangte zu der Auffassung, dass die dritte Voraussetzung der *Canada SS Rules* zwar nicht schematisch, sondern flexibel und bezogen auf den Einzelfall angewendet werden müsse. Auch bei wechselseitigen *indemnities* bestehe aber eine Vermutung dafür, dass eine Partei die andere Partei regelmäßig nicht von Ansprüchen und Schäden freihalten wolle, die auf fahrlässigem Verhalten letzterer beruhen: „But in my judgment even in the case of a bilateral clause, such as the one before us, it is prima facie implausible that the parties would wish to release one another from the consequences of the other's negligence and agree to indemnify the other in respect of such consequences.“²³ Folgerichtig war die *indemnity* auf die Ansprüche der Angehörigen nicht anwendbar.

²² *Canada Steamship Lines Ltd v The King* [1952] AC 192 (208); bestätigt durch *Smith v South Wales Switchgear Ltd* [1978] 1 WLR 165 (167).

²³ *EE Caledonia Ltd v Orbit Valve Co Ltd* [1994] 1 WLR 1515 (1522f.); aus jüngerer Zeit *Capita (Banstead 2011) Ltd v RFIB Group Ltd* [2015] EWCA Civ 1310 Rn. 25 ff.

- 22 Gerichte anderer *common law* Jurisdiktionen sind bei der Auslegung zuweilen **großzügiger**. So halten etwa australische Gerichte zwar am Grundsatz der engen Auslegung fest, haben im Einzelfall Verpflichtungen aus einer *contractual indemnity* aber trotz fehlender ausdrücklicher Regelung auf Fälle der fahrlässigen Verursachung des Haftungsfalls durch den Freistellungsgläubiger bzw. dessen Erfüllungsgehilfen erstreckt.²⁴

c) Bedeutung von „hold harmless“ und „on demand“

- 23 *Indemnity clauses* in englischen Wirtschaftsverträgen umschreiben die Verpflichtung des Freistellungsschuldners häufig mit der Formel „to indemnify **and hold harmless**“. Das wirft die Frage auf, ob der zusätzlichen Verpflichtung „to hold harmless“ ein über die Verpflichtung „to indemnify“ hinausgehender Bedeutungsgehalt zukommt. Regelmäßig dürfte das nicht der Fall sein. In Einzelfällen hat die englische Rechtsprechung diesen Zusatz allerdings als Indiz für den Charakter als *preventive indemnity*²⁵ bzw. als **Regressverzicht** mit Blick auf Ansprüche des Freistellungsschuldners gegen den Freistellungsgläubiger herangezogen.²⁶
- 24 In ihrer Bedeutung noch unklarer ist die in der Praxis ebenfalls häufiger anzutreffende vertragliche Regelung, nach der die Freistellungspflicht „on demand“, also auf Anforderung des Freistellungsgläubigers erfolgen soll. Rechtsprechung hierzu liegt – soweit ersichtlich – nicht vor. Die Literatur sieht in diesem Tatbestandsmerkmal teilweise eine formale Vorbedingung für die Anspruchsentstehung bzw. versteht den Zusatz *on demand* als Indiz dafür, dass eine *compensatory indemnity* vorliegt.²⁷ Soweit ersichtlich nicht diskutiert wird dagegen die mögliche Parallele zu einer *demand guarantee* und einer damit verbundenen Aufhebung bzw. Lockerung der Akzessorietät mit Blick auf die Drittforderung.

IV. Verjährung von Freistellungsansprüchen

- 25 Wie im deutschen Recht²⁸ bereitet auch die Frage nach der Verjährung von Ansprüchen aus einer *indemnity* Probleme. Für den Beginn der Verjährungsfrist dürfte die Charakterisierung der Klausel im Wege der Auslegung maßgeblich sein: Begründet die *indemnity* wie im Fall der *pay to be paid* Klauseln nur eine Verpflichtung des Schuldners, die bereits vom Freistellungsgläubiger an den Drittgläubiger gezahlten Beträge zu erstatten, beginnt auch der maßgebliche Lauf der Verjährungsfrist (*accrual of the cause of action*) von **sechs Jahren** (s. 5 LA) erst mit dem **Zeitpunkt der Erfüllung** der Verbindlichkeit gegenüber dem Drittgläubiger.²⁹
- 26 Problematischer ist die Bestimmung des Verjährungsbeginns bei der praxisrelevanteren *preventive indemnity*: Hier stellt sich nämlich die Frage, ob auf die *common law* Prinzipien abzustellen ist,³⁰ nach denen einen durchsetzbarer (Schadensersatz-)anspruch grundsätzlich erst im Fall einer Befriedigung des Drittgläubigers entsteht oder aber die Möglichkeit eines

²⁴ *Samways v WorkCover Queensland & Ors* [2010] QSC 127. Die hier maßgebliche *indemnity*-Klausel lautete wie folgt: „The Hirer shall fully and completely indemnify the Contractor in respect of all claims by any person or party whatsoever for injury to any person or persons and/or property caused by or in connection with or arising out of the use of the plant and in respect of all costs and charges in connection therewith whether arising under statute or common law.“

²⁵ S. etwa *Warwick v Richardson* (1842) 10 M & W 284 (288): „To restore a party to his former state, after suffering him to receive harm, is not to save him harmless“; in diese Richtung auch *Durley House Ltd v Firmedale Hotels Plc* [2014] EWHC 2608 (Ch) Rn. 108.

²⁶ S. dazu *Farstad Supply AS v Enviroco Ltd and another (The Far Service)* [2010] UKSC 18 Rn. 24: „The natural meaning of that expression is that, since the owner must hold ASCO harmless from a claim by the owner in respect of damage to the vessel caused by ASCO’s negligence, ASCO cannot be liable to the owner in respect of such damage“; dazu auch *Courtney LMC LQ* 2012, 339 (342).

²⁷ *Berg* JIBFL 2002, 360 (369); *Zakrzewski* JCL 2006, 54 (68).

²⁸ Dazu nur *Link* BB 2012, 856 ff.

²⁹ *Chitty on Contracts* Rn. 28–049 mwN.

³⁰ Zum Ganzen mit Rechtsprechungsnachweisen *McGee Limitation Periods* Rn. 10.034 ff.