

Englisch als Vertragssprache

Fallstricke und Fehlerquellen

Bearbeitet von

Von Dr. Volker Triebel, Rechtsanwalt und Barrister, und Prof. Dr. Stefan Vogenauer

Diese umständlichen Formulierungen ergeben bei Geltung deutschen Rechts keinen Sinn, weil eine Vertragsstrafe wirksam ist, wenngleich sie nach § 343 BGB herabgesetzt werden kann.

6.5.6 Wissens- und Absichtsklauseln: *to its knowledge*

Verkäufer wollen regelmäßig ihre *warranties* einschränken durch sog. *best knowledge*-Klauseln. Bei solchen Klauseln entsteht häufig Streit darüber, ob der Verkäufer als Voraussetzung für seine Unkenntnis den Kaufgegenstand vorher ausreichend untersucht haben muss. Eine solche Untersuchungsobliegenheit wird im englischen Recht bei der folgenden Klausel regelmäßig angenommen:

To the best of its knowledge, information and belief ...

Wer hingegen die Gewährleistung ausschließen will, auch wenn keine solchen Untersuchungen stattgefunden haben, sollte dies ausdrücklich sagen:

As far as it is aware, but without having conducted any searches and investigations, ...

Umgekehrt schließt nach § 442 BGB Kenntnis des Käufers Gewährleistungsansprüche aus. Dies ist nach englischem Recht unsicher. Um hier Rechtssicherheit zu schaffen, stellt die anglo-amerikanische und heute moderne M&A-Praxis weltweit auf eine formalisierte Kenntnis des Käufers ab, nämlich was ihm in einem *disclosure letter* zu Kenntnis gebracht wurde.

Oft ist wichtig, wann Kenntnis einer Person einer anderen (auch juristischen) zugerechnet werden kann. *Actual knowledge* ist nur die tatsächliche Kenntnis einer Person, *constructive knowledge* hingegen ein unbestimmtes Feld mit vielen Zurechnungsmöglichkeiten.

Besonders schwierig, unklar und oft mehrdeutig sind über bloße Kenntnis hinausgehende subjektive Momente von natürlichen Personen. Oft bereiten deutschen Juristen schon deutsche Begriffe Schwierigkeiten, wie *Arglist*. Diese ist nach deutschem Recht eine scharfe Waffe, die häufig – auch vorschnell – in Feld geführt wird, um Haftungsbegrenzungen jeder Art unwirksam zu machen. *Arglist* nach deutschem Recht bedeutet Vorsatz und schließt *Eventualvorsatz* ein, ist – anders als in der deutschen Umgangssprache – kein Werturteil und ist nicht mit Schädigungsabsicht verbunden. Wer hingegen *Arglist* im Englischen mit *fraudulent* oder *malicious* ausdrückt, schließt *dolus eventualis* aus.

6.5.7 Zeitangaben

Oft sind die *Definitions and Interpretations* am Vertragsbeginn durch Zeitbestimmungen angereichert. Dies ist bei Geltung deutschen Rechts gefährlich, weil damit die klaren und kurzen Regelungen der §§ 163, 186 ff. BGB modifiziert, ja insgesamt abbedungen werden können. Von der sklavischen Übernahme englischer Standardklauseln ist deshalb zu warnen, weil die klaren gesetzlichen deutschen Auslegungsregeln über Fristen und Termine des BGB dadurch – zumindest stillschweigend – aus den Angeln gehoben werden.

6.5.7.1 *Of – as of / as at*

Schon bei der Datumsangabe gibt es Unterschiede: so ist zwischen *of* und *as of / as at* zu unterscheiden: *of* gibt das tatsächliche Datum an, *as of / as at* das juristische Datum, das

nicht mit dem tatsächlichen Datum zusammen zu fallen braucht. *On* bezeichnet wiederum das tatsächliche Datum.

- 637 Ferner unterscheidet die englische – anders als die deutsche – Vertragspraxis genau zwischen dem Vertragsdatum (das traditionell am Anfang und nicht – wie in deutschen Verträgen – am Ende steht): *This agreement is made on ...* und dem Zeitpunkt der Wirksamkeit des Vertrages *commencement date: This agreement is made on ... and takes effect on ...*. In der Praxis fallen beide Daten indes häufig zusammen, was zu folgenden Formulierungen führt: *Commencement Date means the date set out in the head of this agreement.*
- 638 Wiederum wichtig ist die Unterscheidung, ob der Vertrag in Form einer *deed* oder nur *in writing* bzw. *under hand* geschlossen wurde. Als *deed* kommt der Vertrag erst mit Übergabe zustande.⁴⁹¹

6.5.7.2 Frist, Fristbeginn und Fristende

- 639 Wird der Vertrag für eine feste Laufzeit geschlossen, so wird hierfür häufig der mehrdeutige Begriff *term* anstelle von *duration* verwandt. Dieser Gebrauch ist nicht zu verwechseln mit *term* im Sinne einer Vertragsbestimmung, der Oberbegriff für *conditions* und *warranties* ist.
- 640 Bei Fristen ist nach englischem Recht unklar, ob der bezeichnete Tag für den Fristbeginn eingeschlossen ist oder nicht, doch gibt es Fallrecht, wonach der Tag des Fristbeginns nicht und der des Fristendes einbezogen sind, auch bei Verwendung der Präpositionen *from*, *beginning from* bzw. *until*, *by* oder dem amerikanischen *through*. Nach den Auslegungsregeln der §§ 187, 188 BGB besteht auch bei den Präpositionen Klarheit, wo dies nach englischem Recht nicht der Fall ist:

The buyer may exercise the option from/starting on 1 February 2018/ 0.00h.

Besser – weil genauer – wäre statt *from* das Wort *after* und statt *until* oder *by* die Präposition *before* zu verwenden.⁴⁹² Hier haben sich zur Klarstellung auch die Adjektive *exclusive* bzw. *inclusive* eingebürgert.

- 641 Wenn bei der Berechnung von Fristen sowohl der Anfangs- als auch der Endtag nicht mitberechnet werden soll, findet sich in englischen Vertragstexten häufig die Formulierung *x clear days*. Dies widerspricht der deutschen Auslegungsregel des § 187 Abs. 1 BGB, wonach der erste Tag nicht mitzurechnen ist. In einem solchen Fall ist eine ausdrückliche Definition anzuraten, etwa:

„Clear Day“ means 24 hours from midnight following the relevant event.

Hier entscheidet nach der Auslegungsregel des § 187 BGB, ob die Zeitangabe 0.00h (Beginn des Tages) angegeben ist oder nicht. Ohne die Zeitangabe zählt nach dem ersten Absatz des § 187 BGB der erste Tag nicht. In dem obigen Beispiel kann nach Abs. 2 dieser Vorschrift der Käufer die Option schon am 1. Februar ausüben. Klarheit besteht indes bei den englischen Präpositionen *after* und *before*: Dann zählt – entgegen den §§ 187, 188 BGB – weder der erste noch der letzte Tag mit.

- 642 Das häufig bei einer Fristbestimmung verwendete „Jahrestag“ (*anniversary*) ebenso wie *within*, noch dazu in Kombination, kann besonders missverständlich sein:

The buyer may exercise the option within seven days of the first anniversary of this agreement.

⁴⁹¹ Vgl. u. → Rn. 734.

⁴⁹² *Anderson/Warner* (Fn. 34), 78.

Wenn die Vereinbarung am 1.2.2018 geschlossen wurde, kann dies heißen: Sieben Tage vor, aber auch sieben Tage nach dem 1.2.2019. Hier muss immer klargestellt werden, ob sich die Frist auf den Zeitraum vor oder nach dem Bestimmungstag bezieht.

6.5.7.3 Kalendervierteljahr

Besondere Vorsicht ist beim Kalendervierteljahr *quarter* angebracht. Nach *common law* sind die *quarter days* nämlich der 25.3. (*Lady Day*), 24.6. (*Midsummer*), 29.9. (*Michaelmas*) und der 25.12. (*Christmas*), nicht aber die jeweiligen Quartalsenden. 643

6.5.7.4 *Time is of the essence*

Immer wieder wird auch bei Geltung deutschen Rechts die stereotype englische Klausel *time is of the essence* gedankenlos übernommen. Ebenso hat sich in neuerer Zeit der Terminus *long-stop date*, besonders in M&A-Verträgen, eingeschlichen. Damit soll ausgedrückt werden, dass der angegebene Zeitpunkt von besonderer Bedeutung ist. Nach englischem Recht macht eine solche Klausel Sinn: Wer eine vertragliche Zahlungspflicht nicht einhält, verletzt eine *warranty*, nicht aber eine *condition*: Der Gläubiger ist nur zu Schadensersatz, nicht aber zusätzlich zum Vertragsrücktritt berechtigt. Um – auch in Zweifelsfällen – aus einer *warranty* eine *condition* zu machen, wird diese Standardklausel verwendet, um ein Rücktrittsrecht zu begründen. 644

Diese Klausel verwirrt und führt nach deutschem Recht auf eine falsche Fährte. Die rechtliche Einordnung ist schwierig: Soll dadurch ein Fixgeschäft begründet werden? 645

6.5.8 Rechtsnachfolge- und Drittbegünstigungsklauseln

Das englische Recht hat keinen einheitlichen Begriff für Rechtsnachfolge ausgebildet. Dass Forderungen grundsätzlich unbeschränkt abtretbar sind wie nach § 398 ff. BGB, § 1392 ff. ABGB und Art. 164 ff. OR, ist englischem Recht ebenfalls fremd. Deshalb verwundert nicht, dass sich in den Schlussbestimmungen englischsprachiger Verträge umständlich formulierte Rechtsnachfolgeklauseln finden, wie:

This agreement is binding upon, and enure to the benefit of the parties to this agreement and their respective successors and assigns, and reference to a party to the agreement includes its successors and assigns.

Bei Geltung deutschen Rechts ist eine solche Klausel verwirrend, bestenfalls nichtssagend. Denn es ist bei einer solchen Klausel zu fragen: Kommt es bei Abtretung auf deutsches Recht oder auf die komplizierten Vorschriften nach englischem Abtretungsstatut an?

Gefährlicher sind Standardklauseln, die eine nicht beteiligte Partei begünstigen sollen. Nach deutschem Recht sind Verträge zugunsten Dritter nach §§ 328 ff. BGB zulässig. Nach englischem Recht war dies nicht möglich, weil im Verhältnis zum Drittbegünstigten keine Gegenleistung (*consideration*) vorliegt. Erst auf der Grundlage des Contract (Rights of Third Parties) Act 1999 können Dritte vertragliche Rechte erwerben.⁴⁹³ In der Vertragspraxis hat dieses Gesetz zu langen und umständlichen Standardklauseln geführt: Sie regeln, ob das Gesetz überhaupt anwendbar ist oder nicht, und wie im Einzelnen die Rechte des – genau zu bestimmenden – Dritten ausgestaltet sein sollen.⁴⁹⁴ Solche Klauseln sind vor dem Hintergrund des § 328 BGB verwirrend. Sie lassen den Umkehrschluss zu, dass andere als 647

⁴⁹³ Vgl. *Vögenauer* (Fn. 180) 89.

⁴⁹⁴ Vgl. die Formulierungsvorschläge bei *Anderson/Warner* (Fn. 34) 481 ff.

ausdrücklich benannte Personen und andere als einzeln aufgeführte vertragliche Rechte ausgeschlossen sein sollen.

6.5.9 Beendigungsklauseln

- 648 Besonders schwierig ist es, in der englischen Rechtssprache die Unterschiede der Anfechtung, des Rücktritts und der Kündigung nach deutschem Recht klar auszudrücken. Das englische Recht hat nämlich keine Lehre der Willenserklärungen entwickelt und auch die Rechtsinstitute des Anfechtung, des Rücktritts und der Kündigung nicht klar herausgebildet.⁴⁹⁵ Die Begriffe *rescission*, *termination* und *determination*⁴⁹⁶ werden verwendet, haben aber keinen klaren Inhalt.
- 649 Heißt es nur: *The contract terminates on certain events*, so ist damit oft nicht klar, ob der Vertrag damit automatisch oder erst nach vorausgehender *notice* endet. *Notice* alleine wiederum ist nur die Benachrichtigung, wird in den *boilerplate notice clauses* ausführlich behandelt, beinhaltet aber allein noch nicht den Begriff „Kündigung“ (*give notice* heißt nur „benachrichtigen“, aber noch nicht „kündigen“), sondern nur im Zusammenhang mit *termination* oder *determination*. Aber auch wo *termination* zusammen mit *notice* verwendet wird, ist bisweilen unklar, ob nicht eine zweite *notice* zur Vertragsbeendigung notwendig ist, wie im Folgenden:

This Agreement may be terminated by A with immediate effect if B commits a material breach ... which B shall not have been remedied within 30 working days of A's written notice.

Der Court of Appeal war der Meinung, dass A in einem solchen Fall B zweimal benachrichtigen muss: Er muss B zuerst zur Nachbesserung unter Fristsetzung auffordern und nach Fristablauf nochmals zur Vertragsbeendigung.⁴⁹⁷

- 650 Weil die Verwendung der englischen Begriffe keinen klaren Hinweis auf die Rechtsfolgen gibt, sondern nur die Vertragsbeendigung bezweckt, finden sich in den Schlussbestimmungen sehr häufig sog. *survival of terms*-Klauseln. Bestimmt wird, welche einzelnen Vertragsbestimmungen trotz Vertragsbeendigung fortgelten, wie etwa:

No term other than set out in clauses ... shall survive the expiry or termination of this agreement.

- 651 Solche Klauseln bergen bei Geltung deutschen Rechts die Gefahr, dass sie den Umkehrschluss zulassen: Diejenigen Rechte und Pflichten, die nicht ausdrücklich in der *survival clause* erwähnt sind, gehen unter. Dadurch werden die unterschiedlichen Rechtsfolgen nach deutschem Recht ausgehebelt (eine Kündigung hat nur Wirkung für die Zukunft *ex nunc*; der Rücktritt führt zur Rückabwicklung des Vertrages; die Anfechtung beseitigt den Vertrag von Anfang an *ex tunc*). Zudem können solche oder ähnliche Klauseln die nach Treu und Glauben bestehenden nachvertraglichen Pflichten ausschließen.
- 652 Hinzu kommt, dass nach englischem Recht auch Vertragsverletzung zur Vertragsbeendigung führen kann: *termination for breach*, wenn die andere Seite den Vertragsbruch (*repudiation*) annimmt. Aus Sicht des deutschen Rechts erscheint die Konstruktion einer Aufhebungsvereinbarung als gekünstelt: Die vertragsbrüchige Partei (*guilty party*) verletzt (*repudiates*) den Vertrag; die vertragstreue Partei (*innocent party*) kann die *repudiation* annehmen, wodurch der Vertrag aufgehoben, beendet wird. Nach englischem Recht ist dies aber nur

⁴⁹⁵ Vgl. o. → Rn. 420.

⁴⁹⁶ Zur Unklarheit von *determination* in der synonymen Vermengung mit *termination* → Rn. 112.

⁴⁹⁷ In *Airpower Ltd v Bespoke Couture Ltd* [2006] EWCA Civ 1696.

bei Verletzung einer wichtigen Vertragsklausel möglich, die mit der Metapher umschrieben wird *breach of which goes to the root of the contract*, also einer *condition* und nicht einer bloßen *warranty*. Deshalb findet sich in englischen Beendigungsklauseln die nach deutschem Recht unverständliche Klausel:

*A may determine this agreement forthwith if B breaches any of the terms of conditions of this agreement that the parties have agreed are fundamental terms breach of which go the root of the agreement.*⁴⁹⁸

Regelmäßig enthalten englische Vertragstexte einen Katalog von Kündigungsgründen, **653** wie bei *change of control* einer Partei, bei *misrepresentation*, aber auch bei Insolvenz (auch wenn solche Klauseln gegen das im konkreten Fall anwendbare Insolvenzrecht verstoßen und unwirksam sind).

6.5.10 Interpretationsklauseln: *interpretation clauses*

Die in der anglo-amerikanischen Vertragspraxis üblichen Interpretationsklauseln, die zu- **654** meist am Anfang stehen und manchmal Teil der Definitionsklausel sind,⁴⁹⁹ sind nur vor dem Hintergrund einer wortstrengen Auslegung nach englischem Recht verständlich. Sie sind bei Geltung deutschen Rechts allesamt überflüssig, ja sie ermöglichen gegebenenfalls unbewusst eine stillschweigende Auslegungsvereinbarung in Richtung auf strenge Worttreue. Stattdessen sollten bei Geltung deutschen Rechts andere Auslegungsklauseln gewählt werden, die auf die Verwendung von Englisch als Vertragssprache abstellen.⁵⁰⁰

6.5.11 Schlussbestimmungen

Als besonders gefährlich können sich die harmlos anmutenden Schlussbestimmungen, die **655** so genannten *housekeeping provisions*, entpuppen. Sie fallen in die Kategorie der *boilerplate clauses*.⁵⁰¹ Sie kommen in den allermeisten Handelsverträgen mehr oder weniger stereotyp und unabhängig vom jeweiligen Vertragstyp vor. Die vielbändige Mustervertragssammlung von Halsbury widmet einen ganzen Band solchen *Boilerplate and Commercial Clauses*.⁵⁰²

6.5.11.1 Benachrichtigungs- und Zustellungsklauseln: *notice clauses*

Für angelsächsische Vertragsjuristen sind detaillierte Benachrichtigungs- und Zustellungs- **656** klauseln besonders wichtige Standardklauseln. Dies hat im Wesentlichen zwei Gründe.

Zum einen hat englisches Recht keine Lehre über Willenserklärungen entwickelt, auch **657** nicht über Wirksamwerden von Willenserklärungen mit Zugang, wie in §§ 130, 132 BGB geregelt. Anglo-amerikanische Vertragsjuristen sind deshalb gezwungen, die Abgabe von Erklärungen in gesonderten Benachrichtigungsklauseln im Detail zu regeln: Name und Adresse des Zustellungsadressaten wie auch die Art und Weise, wie die Benachrichtigung erfolgen soll. Dabei wird die Wirksamkeit fast immer vorverlegt mit *deeming provisions*, also durch Fiktion, etwa wie folgt:

⁴⁹⁸ Vgl. *Anderson/Warner* (Fn. 34) 286.

⁴⁹⁹ Vgl. o. → Rn. 447.

⁵⁰⁰ Vgl. u. → Rn. 764 ff.

⁵⁰¹ Über die Herkunft dieses Begriffs vgl. o. → Rn. 40.

⁵⁰² Autoren von Band 4 (3) sind die *solicitors Anderson* und *Warner*.

All notices to be given under this agreement shall be in writing and shall be either delivered personally or sent by first class or air-mail pre-paid post, or by facsimile transmission or email (confirmed by first class mail or by air mail), to the relevant party set out at the head of this agreement ... or served on or by /.../ agents. Any such notice is to be deemed properly served if and when ...

- 658 Probleme werfen für deutschsprachige Juristen die so genannten *deeming provisions* auf. Das Verb *deem* bezeichnet wie das deutsche Wort „gelten“ eine Fiktion, unterstellt also einen Sachverhalt als wahr, der so nicht unbedingt zutrifft. Der folgende Satz ist allerdings geeignet, Irritationen hervorzurufen:

The documents will be deemed to have been served on the agent if received by him ...

In diesem Fall müssen die Unterlagen dem Vertreter auch tatsächlich zugegangen sein.⁵⁰³ Solche oder ähnliche Formulierungen werden immer wieder in Verträgen, die deutschem Recht unterliegen, gedankenlos übernommen. Damit wird die gesetzliche Zugangsregel des § 130 BGB abbedungen. Nicht geregelt wird oft die wichtige Frage, ob Abweichungen vom vertraglich vorgesehenen Benachrichtigungsprocedere die Erklärung unwirksam machen oder nicht.⁵⁰⁴

- 659 Zum anderen verfolgen solche Benachrichtigungs- und Zustellungsklauseln eine prozessuale Absicht, weil nach englischem Recht englische Gerichte immer dann schon international zuständig sind, wenn die andere Partei in England oder Wales – wenn auch nur vorübergehend in einem Hotel oder auf einem Flugplatz – anwesend ist und ihr die Klage dort zugestellt werden kann.⁵⁰⁵ Um die Zuständigkeit englischer Gerichte auch bei ausländischen Parteien zu begründen, wird häufig ein Zustellungsagent im Jurisdiktionsbereich für eine nicht-englische Partei vertraglich bestellt, wie etwa:

*X irrevocably appoints (name) at present of (address) to receive on its behalf proceedings issued out of English courts in any action or proceedings arising out of or in connection with this agreement.*⁵⁰⁶

Solche Zustellungsklauseln, soweit sie gerichtliche Zustellungen in Deutschland betreffen, sind regelmäßig unwirksam, da Zustellungen in § 166 ff. ZPO zwingend geregelt sind.⁵⁰⁷

6.5.11.2 Schieds- und Schiedsgutachterklauseln

- 660 Die Musterklauseln der Schiedsinstitutionen, sei dies nach den Regeln der ICC, LCIA, DIS, VIAC, AAA/ICDR, SIAC, CIETAC oder einer anderen Institution, sind kurz, einfach und unmissverständlich, weniger so bei Vereinbarung eines ad hoc-Schiedsgerichts (wenn hier nicht die UNCITRAL *model clause* verwendet wird). Doch fallen bei englischen Musterklauseln Besonderheiten auf, die zu Missverständnissen führen können.

⁵⁰³ Zugang im Sinne des § 130 BGB ist ein Rechtsbegriff, der mit dem englischen *service* nicht gleichgesetzt werden darf (vgl. u. → Rn. 118).

⁵⁰⁴ Eine Benachrichtigungsklausel lautete nur kurz: *All notices to be given under this agreement shall be in writing and shall be either delivered personally or sent by first class or air-mail pre-paid post.* Trotzdem wurde die Übergabe an der Rezeption der zu benachrichtigenden Gesellschaft für wirksam gehalten, obwohl diese Art der *notice* in der Klausel nicht vorgesehen war (*Bottin (International) Investment Ltd v Venson Group Plc* [2004] EWCA Civ 1368).

⁵⁰⁵ Vgl. Illmer, Internationaler Zivilprozess- und Privatrecht, in Triebel ua (Fn. 180) 391 (401, 408 ff.).

⁵⁰⁶ Vgl. *Anderson/Warner* (Fn. 34) 262.

⁵⁰⁷ Vgl. u. → Rn. 765.

Der Terminus *umpire* hat, wenn es nicht um das Fußballfeld geht, eine besondere Bedeutung in der Schiedsgerichtsbarkeit, der Juristen aus dem deutschen Rechtsraum fremd ist. Dabei trifft diese typisch englische Rechtsfigur häufig die tatsächliche Konstellation vieler Dreierschiedsgerichte: Die parteiernennten Schiedsrichter treten intern im Schiedsrichtergremium als Anwälte für die sie ernennende Partei auf und versuchen, den dritten Schiedsrichter, den Vorsitzenden (*chairperson*) zu überzeugen. Wie häufig kommt es in den Beratungen der Schiedsrichter zu einer erneuten kontradiktorischen Verhandlung! Wie viel ehrlicher ist in solchen Fällen, wenn der dritte Schiedsrichter *umpire* ist und den Fall allein entscheidet, wenn die parteiernennten Schiedsrichter sich nicht einigen. Sie treten dann als Schiedsrichter zurück, werden *functus officio* und wirken an der Entscheidung des Rechtsstreits nicht mehr mit. Werden in der Schiedsklausel aber die Begriffe *arbitrator* und *umpire* verwechselt, so führt dies zu ungewollten Verfahrensfolgen bei der Konstituierung des Schiedsgerichts. **661**

Früher unterschieden englische Gerichte bei ihrer wortgetreuen Auslegung klar, ob nur ein *dispute* oder schon eine Meinungsverschiedenheit (*difference*) ein Schiedsverfahren rechtfertigte und ob dieses Fragen *arising under, out of and in connection with the agreement* entscheiden durfte. Heute werden Schiedsvereinbarungen schiedsfreundlicher ausgelegt.⁵⁰⁸ Wer *arbitration in accordance with the Arbitration Act 1996* vereinbart, ja wer schon London als Schiedsort zustimmt, hat damit zugleich englisches Verfahrensrecht, die *lex arbitri* gewählt. **662**

Mehr noch: Grundsätzlich bestimmt nach englischer Rechtsauffassung der Schiedsort (*place* oder *seat of arbitration*) auch das auf die Schiedsabrede anwendbare Recht, auch wenn sich dieser in den Schlussbestimmungen des Hauptvertrags versteckt. Das auf den Hauptvertrag anwendbare materielle Recht trete gegenüber dem materiellen Recht, das am Schiedsort gilt, zurück. Wohlgemerkt ging es in dem vom Court of Appeal entschiedenen Fall um eine Schiedsklausel, die London zwar als Schiedsort bestimmte, wobei der Hauptvertrag jedoch materiellem brasilianischem Recht unterlag.⁵⁰⁹ **663**

Bei einem englischen Schiedsort kann das staatliche Gericht, wenn auch unter erschwerten Voraussetzungen, Rechtsfragen auf Antrag hin entscheiden und einen Schiedsspruch auch daraufhin überprüfen. Einen solchen *appeal on questions of law* können die Parteien vertraglich ausschließen. Vereinbaren sie die ICC- oder LCIA-Regeln, so schließen sie damit die gerichtliche Nachprüfung aus. Ob es für einen solchen Ausschluss ausreicht, dass ein *award final and binding and conclusive* sein soll, steht noch nicht fest. **664**

6.5.11.3 Verwirkungsklauseln

Verwirkung ist nach deutschem Recht ein Institut vor allem – aber nicht nur – des materiellen Rechts. Im englischen Recht findet sich eine funktional entfernte Entsprechung im kaum überschaubaren Dickicht der unterschiedlichsten Arten des prozessual ausgestalteten *estoppel*. Besteht eine Partei nicht auf strikter Vertragseinhaltung durch die andere, so kann darin ein Verzicht (*waiver*) gesehen werden. Wollen die Parteien die Nachgiebigkeit einer Partei nicht als materiellrechtlichen *waiver* oder im Prozess als *estoppel* gewertet wissen, vereinbaren sie eine *non waiver clause*, die in Kurzform stereotyp wie folgt lauten kann: **665**

No failure or delay by any party to exercise any right, power or remedy operates as a waiver of it ...

Eine solche Klausel umfasst auch einen, jedenfalls stillschweigenden Erlassvertrag nach § 397 BGB. Die darüber hinausgehende Gefahr einer solchen Abrede nach deutschem **666**

⁵⁰⁸ Vgl. im Einzelnen Illmer (Fn. 505) 391 (451 ff., 459).

⁵⁰⁹ *Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* [2012] EWCA Civ 638.

Recht ist: Auch der Einwand der Verwirkung und weitere Rechtsgrundsätze, wie unzulässige Rechtsausübung und widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium* wie auch *protestatio facto contraria*), können dadurch ausgeschlossen werden.

- 667 In der anglo-amerikanischen Vertragspraxis, die sich auch auf den deutschsprachigen Raum ausgedehnt hat, ist das Wechselspiel zwischen *waiver*-Klauseln und *release agreements* zu beachten. Wollen die Parteien Rechte aufheben, so gehen sie den formellen – nach deutschem Recht nicht notwendigen – Weg eines umständlichen Erlassvertrages (*release agreement*), der freilich eine Gegenleistung (*consideration*) voraussetzt, wenn er nicht in der Form einer *deed* geschlossen wird.

6.5.11.4 Änderungsklauseln (auch Schriftformklauseln)

- 668 Stereotype Änderungsklauseln betreffen nicht nur Vertragsänderungen und –ergänzungen wie nach deutscher Vertragspraxis, sondern auch Vertragsaufhebung und Auslegungvereinbarungen. In der folgenden Standardklausel, die vor Tautologien strotzt (*supplemented, amended, varied, modified*), ist gerade das Verb *interpreted* gefährlich. Wenn der detaillierte Vertragsstil eine wortgetreue und weniger am Sinn und Zweck ausgerichtete Vertragsauslegung nahelegt, wird diese Auslegung festgeschrieben, wenn nicht in einer Änderungsvereinbarung ausdrücklich auch die Art und Weite der Vertragsauslegung angesprochen und anders geregelt wird:

*This agreement may not be released, discharged, supplemented, interpreted, amended, varied or modified in a manner except by an instrument in writing signed by a duly authorised officer or representative of each of the parties to this agreement.*⁵¹⁰

- 669 Schriftformklauseln kommen in fast allen deutsch- und englischsprachigen Verträgen vor. Doch sind die anglo-amerikanischen *amendment clauses* weitergehend und können bei Geltung deutschen Rechts zu nicht beabsichtigten Folgen führen. Sie können nämlich die Vertragsgeschichte als Mittel der Vertragsauslegung ausschließen.⁵¹¹
- 670 Selbst die Begriffe Schriftform und *in writing* haben unterschiedliche Bedeutung. § 126 BGB fordert eigenhändige Unterschrift oder notarielle Beglaubigung des Handzeichens. *In writing* im Englischen heißt nicht, dass das Schriftstück unterschrieben sein muss. Um dies auszudrücken, muss der Zusatz *and signed* folgen. Synonym hierfür hat sich seit langem der Ausdruck *executed under hand* eingebürgert. Damit wird auch der Gegensatz zu einer *deed*, der höchsten Urkundenform nach englischem Recht, ausgedrückt. Freilich kann heute die gewillkürte Schriftform sowohl im englischen wie im deutschen Recht durch die elektronische Form ersetzt werden.

6.5.11.5 Vollständigkeitsklauseln: *whole or entire agreement clauses* bzw. *merger clauses*

- 671 Noch weitergehend als deutsche Schriftformklauseln sind *whole or entire agreement clauses*. Sie schließen Erklärungen aus, die nicht als ausdrücklich im Vertragstext fixiert sind, wie etwa:

This agreement contains the whole agreement between the parties and supersedes any prior written or oral agreement between them and the parties confirm that they have not entered into this agreement on the basis of any representations that are not expressly incorporated into this agreement.

⁵¹⁰ So *Anderson/Warner* (Fn. 34) 299.

⁵¹¹ Vgl. o. → Rn. 322.