

Die unterschiedliche Auslegung einzelner Schadensersatzpositionen im amerikanischen Vertrags- und Deliktsrecht im Rahmen von M&A-Transaktionen

Rudolph Houck & Sophie Schottenhamel, Eaton & Van Winkle LLP, New York

1. Einleitung

► Das US-Deliktsrecht eröffnet zahlreiche unerwartete Risiken im Rahmen von deutsch-amerikanischen Fusionen von Unternehmen aufgrund seiner Anwendbarkeit neben vertraglichen Regelungen. In dem Beitrag „Die Risiken des amerikanischen Deliktsrechts bei M&A-Transaktionen“ (vgl. *MAR 12/11*) wurde bereits dargestellt, dass der Käufer das amerikanische Deliktsrecht zur Umgehung vertraglich vereinbarter Haftungsbegrenzungen missbrauchen kann. Eine größere Gefahr, die die Anwendbarkeit des amerikanischen Deliktsrechts mit sich bringt, liegt des Weiteren in der unterschiedlichen Auslegung des Umfangs von deliktischen und vertraglichen Schadensersatzansprüchen¹.

Käufer und Verkäufer können oftmals die Reichweite der verschiedenen Schadensersatzansprüche, sowohl des Vertrags- als auch des US-Deliktsrechts, nicht richtig einschätzen. Dies kann dazu führen, dass sich der Käufer auf einen Haftungsausschluss in Bezug auf einige Schadensersatzansprüche einlässt und damit unbeabsichtigt seinen einzigen durchsetzbaren Ersatzanspruch aufgibt. Eine Regelung, nach welcher etwaige Schadensersatzansprüche des Käufers gegen den Verkäufer begrenzt werden, ist normaler Bestandteil eines Übernahmevertrags. Der Inhalt der Regelung wird verhandelt und deckt die Reichweite der Schadensersatzforderungen ab – einschließlich dem Verfall möglicher Ansprüche, Mindestbeträge und Höchstgrenzen. Jedoch werden die Parteien wahrscheinlich nicht damit rechnen, dass die vertraglichen Schadensersatzansprüche in den USA bereits durch die Doktrin der öffentlichen Ordnung (*public policy*) begrenzt sind; der Käufer kann Begrenzungen, welche keine Anwendung auf das US-Deliktsrecht (*tort*) finden, trotz dessen abschließen. Darüber hinaus werden die Parteien womöglich nicht die verschiedenen Schadensersatzanspruchsarten auf die gleiche Art interpretieren oder sie werden sich darüber einigen, was unter den verschiedenen Arten von Schadensersatzansprüchen zu verstehen ist – *direct, consequential, incidental* und *punitive* sowie *lost profits*. Da

diese Bestimmungen die Haftung des Verkäufers erweitern beziehungsweise begrenzen, haben sie auch auf die Kaufpreishöhe unmittelbaren Einfluss.

Da deutsche Rechtsanwälte insbesondere zu Beginn einer Unternehmensübernahme bereits beratend tätig werden und damit auch an der Bewertung eines Unternehmens mitwirken, ist dieser Beitrag von erhöhter Praxisrelevanz. Denn ein Anwalt sollte immer nach dem Grundsatz des sichersten Weges beraten und sämtliche Risiken für seinen Mandanten einkalkulieren. Dieser Beitrag soll deutschen M&A-Rechtsanwälten eine Einführung geben, wie Gefahren, die sich aus der unterschiedlichen Auslegung und Reichweite von vertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen ergeben, begegnet werden kann.

2. Vertragliche und deliktische Schadensersatzansprüche im US-Recht

Vertragliche Schadensersatzansprüche unterscheiden sich in vielfacher Weise von deliktischen Schadensersatzansprüchen. Nur bei Letzteren ist die verletzte Partei, soweit sie ein Fehlverhalten der anderen Seite nachweisen kann (indem sie beweist, dass die beklagte Partei vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine gesetzliche Pflicht verstoßen hat) berechtigt, von dem Schädiger Ersatz für alle Schäden zu verlangen, die ihr durch das schädigende Verhalten entstanden sind.

Im Vertragsrecht hingegen wird Schadensersatz nicht aufgrund eines Verschuldens der beklagten Partei zugesprochen, sondern allein aufgrund dessen, dass diese die vertragliche Leistung nicht erbringt oder den Vertrag auf andere Weise bricht. Der Grund, weswegen der Verkäufer den Vertrag bricht, ist – mit Ausnahme höherer Gewalt – für den Schadensersatzanspruch vielmehr ohne Bedeutung. Der Käufer kann von dem Verkäufer Schadensersatz in einer Höhe verlangen, die ihn so stellt, wie er stehen würde, wenn der Verkäufer

¹ Siehe West/Duran, *Reassessing the Consequences of consequential damage waivers in Acquisition Agreements*, *The Business Lawyer*, Vol. 63, Mai 2008.

den Vertrag nicht gebrochen hätte. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Einbußen des Käufers, für welche er Schadensersatz verlangen kann, *consequential damages* (Schadensersatz für Folgeschäden) eingeschlossen, „die natürliche, wahrscheinliche und zumutbarer Weise vorhersehbare Folge des Vertragsbruches sind“.

3. Vertragliche Schadensersatzansprüche

Wenn der Vertrag über den Umfang der Schadensersatzansprüche keine Aussage trifft, kann der Käufer alle Schäden ersetzt verlangen, die den oben beschriebenen Vorhersehbarkeitskriterien genügen. Jedoch versuchen Verkäufer oftmals die Schadensersatzansprüche des Käufers weiter einzuschränken, indem sie einzelne Schadensersatzansprüche von der Ersatzpflicht ausnehmen. Derartige Ausschlüsse können sich harmlos anhören, sind es jedoch in der Regel nicht. Vor diesem Hintergrund ist es notwendig, dass der Käufer versteht, was unter den einzelnen Schadensersatzansprüchen zu verstehen ist. Auch wenn jede Gerichtsbarkeit in den einzelnen Bundesstaaten ihre eigenen Terminologien verwendet, lassen sich die Schadensersatzansprüche grundsätzlich in vier Arten einteilen; nämlich *direct*, *consequential*, *incidental* und *punitive*. Schließlich gibt es noch das Prinzip der *lost profits*, welches näherer Aufmerksamkeit bedarf.

Im Gegensatz zu *tort damages*, die lediglich Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden voraussetzen, muss die Pflichtverletzung im Rahmen von Contract Damages nicht nur kausal für den eingetretenen Schaden sein. Der Schaden muss des Weiteren auch vorhersehbar sein. Das Kriterium der Vorhersehbarkeit spielt dagegen im US-Tort Law grundsätzlich keine Rolle, um einen erstattungsfähigen Schaden zu erhalten.

Direct damages sind diejenigen Schadensersatzansprüche, welche natürlicher- und notwendigerweise aus der Pflichtverletzung erwachsen, mithin muss die Pflichtverletzung für den Schaden kausal sein. Zudem muss der Schaden als Resultat der Pflichtverletzung für die vertragsbrechende Partei vorhersehbar sein. Anders wie bei *consequential damages* wird im Rahmen von *direct damages* unterstellt, dass der Schaden – unabhängig von den Umständen des konkreten Einzelfalls – von der vertragsbrechenden Partei vorhergesehen wurde.

Consequential damages sind jene Schäden, die aus einer vertraglichen Pflichtverletzung resultieren, mithin muss die Pflichtverletzung kausal für den Schaden sein. In Abgrenzung zu *direct damages*, die üblicherweise durch einen Vertragsbruch entstehen, sind *consequential damages* weitergehende Schäden, die wie auch *direct* beziehungsweise *indirect damages* vorhersehbar sein müssen. Allerdings muss die Vorhersehbarkeit im Rahmen von *consequential damages* an andere Anforderungen wie bei *direct* beziehungsweise *indirect* dama-

ges geknüpft werden. *Consequential damages* sind nur dann vorhersehbar, wenn sie auf besonderen Umständen des Einzelfalls beruhen, das heißt die vertragsbrechende Partei kann *consequential damages* nur deswegen vorhersehen, weil sie einen besonderen Umstand über die nicht vertragsbrechende Partei kennt. Hätte sie dagegen keine Kenntnis dieses besonderen Umstands, wäre der Schaden für die vertragsbrechende Partei nicht vorhersehbar mit der Folge, dass keine Ersatzpflicht aufgrund *consequential damages* besteht.

Incidental damages (Nebenschäden) sind die Unkosten, die (i) beim Käufer durch die Schlechtleistung des Verkäufers anfallen oder (ii) beim Verkäufer durch die unberechtigte Zurückweisung einer nicht fehlerhaften Leistung durch den Käufer. Wenn der Käufer zum Beispiel nach dem Vertrag einen Mercedes SLK bekommen soll und stattdessen einen Mercedes CLK geliefert bekommt, wären die ihm für den Rücktransport des falsch gelieferten Autos zum Händler entstehenden Kosten *incidental damages*.

Punitive damages (strafender Schadensersatz) haben im Grunde genommen mit den eigentlichen Schäden des Käufers wenig zu tun. Sie sind vielmehr ein Mittel des amerikanischen Deliktsrechts, den Beklagten dazu zu bewegen, ein vorsätzliches oder ein grob fahrlässig schädigendes Verhalten zulasten des Käufers zu vermeiden. Als grundsätzliche Regel werden sie allerdings nicht für einen Vertragsbruch zugesprochen. Sie werden jedoch grundsätzlich in die vertragliche Verpflichtung des Verkäufers aufgenommen, den Käufer bezüglich Forderungen Dritter, welche auf einem Fehlverhalten des Verkäufers beruhen, freizustellen.

Lost profits (verlorene Gewinne) werden fälschlicherweise oftmals so behandelt, als seien sie mit *consequential damages* gleichzusetzen. Richtig ist, dass sie die am häufigsten vorkommende Form von *consequential damages* bei einem Vertragsbruch darstellen. Sie sind allerdings nicht die einzige Form von *consequential damages*, und nicht jeder *lost profit* stellt einen *consequential damage* dar. In manchen Situationen können *lost profits* auch eine Form von *direct damages* sein. Soweit ein Vertragsbruch für die vertragstreue Partei vorhersehbar ist und natürlicherweise Gewinne kostet, die sie bei gewöhnlichem Verlauf des Geschäfts und nicht nur unter besonderen Umständen erwirtschaftet hätten, können diese verlorenen Gewinne eher als direkter Schadensersatz als als *consequential damages* geltend gemacht werden.

Unglücklicherweise wird ein Käufer auch nachdem er besser einordnen kann, welche Schäden hinter welcher Art von Schadensersatzanspruch stehen, weiterhin Schwierigkeiten haben, verlässlich vorherzusagen, wie ein Gericht die Begrifflichkeiten in Bezug auf einen konkreten Schaden des Käufers nach einer Pflichtverletzung des Verkäufers auslegen wird. Auch wenn ein Gericht

den richtigen Definitionen und Unterscheidungen folgt, bedarf es immer noch der Auslegung, was eine natürliche und gewöhnliche Folge einer Pflichtverletzung ist und was unter *direct* oder *consequential damages* zu fassen ist.

4. Freistellung (*indemnification*) und Folgeschäden (*remote damages*)

Praktisch alle M&A-Verträge enthalten Freistellungsregelungen (*indemnification provisions*). Diese Regelungen sollen die Schäden abdecken, die der Käufer zum einen aufgrund eines Vertragsbruchs des Verkäufers erleidet und zum anderen aufgrund anderer Ereignisse, die zwar keinen Vertragsbruch darstellen, im Vertrag jedoch geregelt sind, beispielsweise wenn der Verkäufer explizit die Haftung für einen bestimmten Schaden übernommen hat. Gerichte behandeln letzteren Anspruch oft wie einen vertraglichen Schadensersatzanspruch und unterwerfen damit Freistellungsansprüche grundsätzlich den Vorhersehbarkeitskriterien. Freistellungsansprüche müssen jedoch nuancierter betrachtet werden. Soweit es sich bei dem Freistellungsanspruch um keinen vertraglichen Anspruch handelt, ist dieser auch nicht durch die Vorhersehbarkeit des Schadens begrenzt. Für alle anderen Freistellungsansprüche gilt, dass sowohl Käufer als auch Verkäufer die Möglichkeit eines ausufernden, unvorhersehbaren Schadens in Erwägung gezogen haben müssen. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit eine Freistellungsregelung in Bezug auf einen Vertragsbruch des Verkäufers den Umfang der Ersatzansprüche des Käufers erweitern kann. Einige Gerichte sind der Ansicht, dass die Abhandlung der Ersatzansprüche bei Vertragsbruch unter der Rubrik „*indemnification*“ im M&A-Vertrag lediglich der Einfachheit halber erfolgt und keinerlei Auswirkungen auf den Umfang der Schadensersatzansprüche hat. Andere (wohl aber die Minderheit) hingegen legen die Vorgehensweise als Ausweitung der Haftung des Verkäufers aus.

5. Verzicht (*waiver*)

Den Überblick über die einzelnen Schadensersatzansprüche im Hinterkopf, muss der Käufer davon ausgehen, dass das Vertragsrecht seine Schadensersatzansprüche gegenüber dem Verkäufer wegen Vertragsbruchs begrenzt. Darüber hinaus begrenzen Befristungen, de minimis Regelungen und vertragliche Höchstgrenzen, die üblicherweise in M&A-Verträgen enthalten sind, seine Ersatzansprüche. Unabhängig von diesen Begrenzungen ist es allerdings wahrscheinlich, dass der Verkäufer folgende Verzichtserklärung als Regelung in den Vertrag aufnehmen will:

„Keine *consequential damages*. Unbeschadet einer gegenteiligen Regelung in dieser Vereinbarung oder aufgrund eines anderslautenden anwendbaren Gesetzes soll keine Partei der anderen gegenüber haftbar sein, weder vertraglich noch nach dem Deliktsrecht, für jegliche *consequential, incidental, indirect,*

special oder *punitive damages*, hervorgerufen durch die andere Partei, zukünftige Ertragseinbußen eingeschlossen, sowohl bezüglich Einkünften als auch Gewinnen oder jeglicher anderer Wertminderungen oder einem Vielfachen der Umsätze als Schaden, die in Zusammenhang mit dem geltend gemachten Vertragsbruch stehen, unabhängig davon, ob die Möglichkeit derartiger Schäden von den Parteien im Vorhinein in Erwägung gezogen worden ist oder zumutbarer Weise vorhersehbar war.“

Auch wenn oftmals „*consequential* oder *extraordinary waiver*“ genannt, hat eine solche Regelung vielfach die Wirkung, auch *direct damages* auszuschließen – und damit Schadensersatzansprüche, auf die jeder Käufer begründeter Weise vertraut. In manchen Fällen schließen die Parteien zusätzlich zu den *consequential damages* – und nicht als Teil von ihnen – *lost profits* aus. Die Unterscheidung zwischen einem zusätzlichen Ausschluss und dem Ausschluss von *lost profits* als Teil von *consequential damages* wird grundsätzlich nicht beachtet, da viele US-Anwälte fälschlicherweise davon ausgehen, dass es sich um ein und denselben Anspruch handelt.

Die Aufnahme von „*punitive*“ (bestrafenden) oder „*exemplary*“ (abschreckenden) Schadensersatzansprüchen in eine Verzichtserklärung beeinflusst die zwischen den Parteien bestehenden vertraglichen Schadensersatzansprüche nicht. Grund dafür ist, dass es sich dabei um zusätzliche Ersatzansprüche nach dem Deliktsrecht (*tort*) handelt, die dazu dienen, verwerfliches Verhalten zu bestrafen. Typischerweise wird der Käufer (und darauf lässt der Verkäufer sich in der Regel ein) gegenüber bestrafenden und abschreckenden Schadensersatzansprüchen von Seiten Dritter, für welche entweder spezifische Ersatzansprüche bestehen oder die der Käufer aufgrund falscher Angaben des Verkäufers erleidet, entschädigt werden wollen. Der Verkäufer wird sich allerdings nicht bestrafenden oder abschreckenden Schadensersatzforderungen ausgesetzt sehen wollen, es sei denn, es handelt sich um eben solche Ansprüche von Seiten Dritter. Eine derartige Klausel, die diese Unterscheidung deutlich machen soll, kann wie folgt aussehen:

„Keine *consequential damages*. [...]. Der Ausschluss von *consequential, incidental, indirect, special or punitive damages*, wie im vorigen Satz festgelegt, soll sich nicht auf Schäden beziehen, die der Käufer aufgrund von Ansprüchen Dritter gegen den Käufer oder im Zusammenhang mit Einbußen, die hierunter auftreten können, erleidet.“

Nur wenn der Käufer sich erhofft, den Verkäufer nach Deliktsrecht (*tort*) verklagen zu können (beispielsweise aufgrund von Arglist oder grob fahrlässiger falscher Angaben), sollte dieser Ausschluss den Käufer beschäftigen. Alle anderen sich nicht auf den bestrafenden Schadensersatz beziehenden Ausschlüsse in der obigen „Keine *consequential damages*-Klausel“ sollten den Käufer

jedoch beunruhigen. Der Ausschluss von *consequential damages* im Zusammenhang mit Ober- und Untergrenzen stellt einen sogenannten „*double dip*“ dar, das heißt zwei verschiedene und voneinander unabhängige Wege, den Verkäufer gegen Ersatzansprüche des Käufers abzusichern.

Bei geschäftlichen Transaktionen, deren Höhe über ein Vielfaches der Umsätze ermittelt wird, können die *lost profits* (verlorenen Gewinne) oftmals die einzige Grundlage sein, um marktüblichen Schadensersatz (und zwar in dem Fall *direct damages*) für umsatzbeeinflussende falsche Angaben des Verkäufers festzusetzen. Neben den *consequential damages* auch verlorene Gewinne auszuschließen, kann daher zu einem Ausschluss aller erzielbaren Ersatzansprüche, hier *direct damages*, und damit dem einzigen tatsächlichen Schaden des Käufers führen. Dennoch beziehen sich die Ausschlussklauseln in der Regel nebeneinander auf *lost profits* und *consequential damages* ohne zu unterscheiden, ob es sich bei den verlorenen Gewinnen um *direct damages* handelt oder nicht.

Soweit der Käufer seine *consequential damages* zwar beweisen kann, Ersatzansprüche jedoch vertraglich abbedungen hat, sind keine der Schäden einklagbar, die der Käufer durch den Vertragsbruch des Verkäufers erlitten hat und die ohne beim Käufer bestehende besondere Umstände (auch wenn diese Umstände anderweitig bekannt waren und von den Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in Erwägung gezogen wurden) nicht entstanden wären. Soweit die Entscheidung, auf *consequential damages* zu verzichten, im vollen Bewusstsein der Folgen getroffen wurde, sollte der Käufer akzeptieren, dass dies das Ergebnis des Handels darstellt. Allerdings treffen viele Käufer diese Entscheidung, ohne sich ihrer Bedeutung bewusst zu sein. Auf der anderen Seite kann auch der Verkäufer in gleicher Weise der Fehlvorstellung unterliegen, dass alle Schadenersatzansprüche außer solcher für marktübliche Schäden abbedungen wurden.

6. Praktische Schritte

Um die richtige Wahl von Gegenmaßnahmen und deren Ausgestaltung zu gewährleisten, sollten folgende Schritte beachtet werden:

- Es sollte in Erwägung gezogen werden, unterschiedliche Ober- und Untergrenzen für die verschiedenen Schadensersatzansprüche festzusetzen. Beispielsweise kann festgelegt werden, dass *direct damages* unbegrenzt gelten, jedoch *consequential damages* Ober- beziehungsweise Untergrenzen unterworfen sind.
- Der Käufer könnte Ausnahmen zu den Begrenzungen für Fälle grober Fahrlässigkeit oder vorsätzlicher (*willful*) Pflichtverletzungen vorschlagen, wohlwissend, dass es sich bei „*willful*“ nicht um einen klar definierten Terminus handelt.
- Der Käufer sollte versuchen, Schäden, für welche eine dritte Partei aufgrund einer Pflichtverletzung des Verkäufers vom Käufer Ersatz verlangen kann, vollständig vom Verkäufer ersetzt zu bekommen.
- Unabhängig davon, welche Vertragsformulierung gewählt wird und ob es sich um vertragliche oder deliktische Schadensersatzansprüche handelt, sollte der Käufer nicht damit rechnen, alle seine Schäden ersetzt zu bekommen.
- Die rechtliche Natur möglicher Schadensersatzansprüche sollte im Vorfeld besprochen werden, und zwar bevor Ober- und Untergrenzen endgültig festgelegt werden. Man sollte darauf vorbereitet sein, präzise, detaillierte und sprachlich auf das anwendbare Recht angepasste Formulierungen vorzulegen. Andererseits könnten die Anwälte auf Käufer- wie auf Verkäuferseite einige Zeit darauf verwenden, Formulierungen auszuhandeln und dabei womöglich das anwendbare Recht außer Acht lassen.
- Abgesehen davon, dass der Käufer in jedem Fall nicht alle aus der Vertragsverletzung des Verkäufers resultierenden Schäden ersetzt bekommen wird, wird er auch einen Verzicht oder Begrenzungen in Bezug auf *consequential damages* hinnehmen müssen. Jedoch sollte er sich nicht darauf einlassen, auf eine lange Liste einzelner Schadensersatzansprüche zu verzichten, wenn es sich dabei nicht um unterschiedliche Bezeichnungen für ein und dieselbe Sache handelt. Viele der Ansprüche auf der Verzichtserklärung werden *direct damages* sein – also Ansprüche, von denen niemand erwarten würde, dass ein Käufer auf sie verzichtet. Denn es kommt vor, dass einem Käufer tatsächlich keine Ersatzansprüche bleiben, nachdem er auf alle Ansprüche auf der Liste verzichtet hat. Mit anderen Worten, der Verkäufer könnte den Vertrag brechen, ohne dafür Konsequenzen tragen zu müssen.
- Der Käufer sollte versuchen, *consequential damages* so zu definieren, dass hiervon nur Schäden erfasst sind, deren Ersatz das anwendbare Recht ansonsten nicht anerkennt. So könnte der Käufer zum Beispiel zumutbarer Weise auf den Ersatz von Schäden verzichten, die fernliegend oder spekulativ sind oder die nur unter besonderen Umständen anfallen, welche er dem Verkäufer nicht offengelegt hat. Wenn der Käufer allerdings davon ausgeht, Ersatz für verlorene Synergieeffekte geltend zu machen, sollte er dafür sorgen, dass dies – wenn möglich – in der Vereinbarung erwähnt wird. Dies ist vor allem dann gerechtfertigt, wenn der Verkäufer seinerseits die mit der Transaktion verbundenen Synergieeffekte in den Kaufpreis eingerechnet hat. Für den Käufer ist es vorzugswürdiger, auf *indirect damages* zu verzichten als auf *consequential damages*. Alternativ sollte der Käufer anbieten, die Freistellungsverpflichtung des Verkäufers auf Schäden zu beschränken, die „direkt“ aus dem Vertragsbruch erwachsen.
- Der Käufer sollte vermeiden, auf verlorene Gewinne (*lost profits*) zu verzichten. Er könnte hierdurch im-

plizit auf *direct* oder *consequential damages* verzichten.

- Der Käufer sollte nicht auf Ersatz von Wertminderungen (*diminution in value*) oder ein Vielfaches der Umsätze verzichten. Wertminderungen sind der Kern von *direct damages*. Darüber hinaus wird der Preis eines Unternehmens oft anhand eines Vielfachen der Umsätze festgelegt. Manche, jedoch nicht alle Mängel des erworbenen Vermögens betreffen dieses Vielfache und sollten auch bei der Berechnung des Kaufpreises berücksichtigt werden. Der Käufer sollte diesbezüglich niemals einem Blankoausschluss zustimmen.
- Der Verkäufer wird manchmal eine Verzichtserklärung für *consequential damages* verlangen, jedoch eine Ausnahme für solche Schäden gewähren, „die von einer dritten Partei in Zusammenhang mit einer Entschädigung für Verluste gezahlt wurden“. Mit anderen Worten, der Verkäufer soll für die Auslagen haften, die dem Käufer durch die Entschädigung Dritter für Verluste entstehen, die mit der Nichteinhaltung vom Verkäufer gemachter Angaben in Zusammenhang stehen (auch wenn es sich bei den Schäden um *consequential damages* handelt). Sowohl Verkäufer als auch Käufer sollten daher die Wirkung und die Reichweite eines solchen Ausschlusses in Verbindung mit der oben genannten Ausnahme verstehen. Die Ausnahmeregelung schützt den Käufer vor Schadensersatzansprüchen Dritter, welche ansonsten unter *consequential damages* fallen würden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Käufer seinen darüber hinausgehenden Schaden in Zusammenhang mit der verlorenen Geschäftsbeziehung zu der dritten Partei ersetzt bekommt. Der Verkäufer sollte jedoch verstehen, dass entschädigte Verluste gegenüber einem Dritten weit über die aus dem Vertragsbruch resultierenden Verluste hinausgehen können.
- Der Verkäufer sollte nicht davon ausgehen, dass die „Regel der Zumutbarkeit“ aus dem Vertragsrecht auf weit gefasste Entschädigungsregelungen Anwendung findet, die vorsehen, dass der Käufer für alle Verluste, die ihm aufgrund falscher Angaben des Verkäufers entstehen, entschädigt wird. Der Verkäufer sollte daher seine Ersatzverpflichtung auf Schäden limitieren, die „wahrscheinlich und zumutbar vorhersehbar“ aus der Nichteinhaltung einer Angabe resultieren. Eine solche Regelung schützt den Verkäufer auf direktere Weise als die oftmals falsch ausgelegte Formulierung *consequential damages*.
- Der Käufer sollte allerdings davon ausgehen, dass die „Regel der Zumutbarkeit“ aus dem Vertragsrecht auf seine Entschädigungsrechte Anwendung findet. Die Anwendbarkeit dieser Regel auf eine allumfassende Schadensersatzklausel ist in den einzelnen Bundesstaaten rechtlich umstritten. Der Käufer sollte daher erklären, dass die Regel keine Anwendung findet. Er sollte angeben, dass sein Recht, für erlittene Verluste Entschädigung zu verlangen, nicht gegenteilig betroffen ist, und zwar unabhängig davon, ob

die Möglichkeit, dass derartige Schäden auftreten können, dem Verkäufer dargelegt wurden oder ob er sie zumutbarer Weise vorhersehen konnte.

7. Besonderheiten für deutsche Anwälte

Deutsche Anwälte neigen dazu, das US-Recht in deutsche, rechtliche Konstruktionen zu übersetzen. Dass das im Bereich des Schadensersatzrechts sehr schwierig ist, sieht man bereits an dem Konzept der *consequential damages*, das für Deutsche schwierig zu verstehen ist, so dass der Versuch einer Übersetzung die Schwierigkeiten noch erhöht. Die einzige Lösung besteht darin zu versuchen, das amerikanische System (mit all seinen Unsicherheiten) als eigenes und unabhängiges System ohne jeglichen Zusammenhang mit dem deutschen System zu verstehen.

8. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Anwälte den Begriff *consequential damages* und vergleichbare Begriffe so verwenden, als würden sie, Richter und Schiedsgerichte von der gleichen Sache sprechen. Dies ist jedoch oftmals nicht der Fall. Deshalb sollten die Parteien Definitionen in den Vertrag einfügen, welche sich nach Ursächlichkeit und Nähe auf einen konkreten Vertragsbruch beziehen. Der Käufer sollte es sich zweimal überlegen, bevor er sich auf einen Schadensersatzausschluss einlässt, und dabei im Hinterkopf behalten, dass seine Ansprüche bereits durch die Doktrin über die vertragliche Haftung begrenzt sind. Der Verkäufer wird versuchen wollen, mögliche Schadensersatzansprüche nach dem Deliktsrecht auszuschließen, da er weiß, dass diese dem Umfang nach nicht begrenzt sind. In Bezug auf Freistellungsregelungen sollte der Verkäufer erkennen, dass diese einen größeren Umfang haben können – und nicht durch das Vorhersehbarkeitskriterium eingeschränkt sind. Der Käufer sollte bedenken, dass er einer dritten Partei womöglich *punitive damages* zahlen muss, die er nicht vom Verkäufer ersetzt erhält, soweit die Ausschlussvereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer keine Ausnahme in Bezug auf Freistellungsansprüche, die durch ein Fehlverhalten des Verkäufers verursacht werden, enthält. ■



Rudolf Houck ist Rechtsanwalt und Partner bei der amerikanischen Kanzlei Eaton & Van Winkle LLP. Er spricht fließend Deutsch und berät hauptsächlich deutsche Firmen, welche in den USA amerikanische Unternehmen kaufen bzw. ihre Tochtergesellschaften verkaufen.

Sophie Schottenhamel studierte nach ihrem Abitur in München Business Administration mit Schwerpunkt Mergers & Acquisitions am Institut Superior de Gestion, Paris. Im Juni 2011 legte Sophie Schottenhamel ihr 2. Juristisches Staatsexamen in München ab. Ihre Pflichtwahlstationen absolvierte sie in den Kanzleien Eaton & Van Winkle LLP in New York und Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP in München.

Annika Jost und **Julla Orte** haben bei der Übersetzung des Beitrags mitgewirkt.