

State of play der englischen Vertragsauslegung: Entscheidung des U.K. Supreme Court vom 29. März 2017 [Urteilsanmerkung]

Leonhard Hübner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Hübner, Leonhard. 2018. "State of play der englischen Vertragsauslegung: Entscheidung des U.K. Supreme Court vom 29. März 2017 [Urteilsanmerkung]." *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)* 26 (3): 684–99.

<https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&z=ZEUP&b=2018&s=684&n=1>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



State of play der englischen Vertragsauslegung

Entscheidung des U.K. Supreme Court vom 29. März 2017*

mit Anmerkung von Leonhard Hübner, Heidelberg**

Leitsätze des Verfassers:

1. The recent history of the common law of contractual interpretation is one of continuity rather than change. One of the attractions of English law as a legal system of choice in commercial matters is its stability and continuity, particularly in contractual interpretation.

2. Textualism and contextualism are not conflicting paradigms in a battle for exclusive occupation of the field of contractual interpretation. Rather, the lawyer and the judge, when interpreting any contract, can use them as tools to ascertain the objective meaning of the language which the parties have chosen to express their agreement. The extent to which each tool will assist the court in its task will vary according to the circumstances of the particular agreement or agreements.

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Die Entscheidung behandelte eine Frage der Vertragsauslegung. Sie betraf eine sog *indemnity clause* (Freistellungsklausel) in einem *share purchase agreement* (SPA; Unternehmenskaufvertrag). Die Zielgesellschaft namens Sureterm Direct Limited hat sich auf den Vertrieb von Versicherungen, vor allem auf das Angebot von Versicherungen für Oldtimer spezialisiert.

Das SPA zwischen den beiden Vertrags- und späteren Prozessparteien (Wood und Capita) enthält eine Reihe von *warranties* und *indemnities*, die den Käufer vor allem gegen Ansprüche wegen unlauterer Geschäfts- und Verkaufspraktiken aus der Zeit vor dem Verkauf und seinem Vollzug schützen sollten. Kurz nach dem Vollzug der Transaktion äußerten Mitarbeiter der Zielgesellschaft Bedenken über die Verkaufsprozesse der Gesellschaft. Eine Überprüfung ergab, dass die Telefonisten der Gesellschaft sich in vielen Fällen irreführender Geschäftspraktiken bei dem Vertrieb der Versicherungen bedient hatten. Der Käufer und die Gesellschaft informierten daher die Financial Services Authority „FSA“ als zuständige Behörde über die Ergebnisse der Untersuchung. Die FSA gab der Gesellschaft auf, ein Wiedergutmachungsprogramm mit einem Umfang von ca. £ 2.5 Millionen aufzusetzen. Da die

* *Wood v Capita* [2017] United Kingdom Supreme Court (UKSC) 24; abrufbar unter <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0212-judgment.pdf>.

** Dr. Leonhard Hübner, Akademischer Rat a.Z. an dem Institut für ausländisches und internationales Privatrecht der Universität Heidelberg (Lehrstuhl Prof. Dr. Marc-Philippe Weller).

zeitlichen Grenzen für die Geltendmachung der *warranties* überschritten waren, machte der Käufer diese Kosten unter Berufung auf die folgende *indemnity* gegenüber dem Verkäufer geltend:

„The Sellers undertake to pay to the Buyer an amount equal to the amount which would be required to indemnify the Buyer and each member of the Buyer's Group against [1] all actions, proceedings, losses, claims, damages, costs, charges, expenses and liabilities suffered or incurred, and [2] all fines, compensation or remedial action or payments imposed on or required to be made by the Company [A] *following and arising out of claims or complaints registered with the FSA, the Financial Services Ombudsman or any other Authority against the Company, the Sellers or any Relevant Person*¹ [B] and which relate to the period prior to the Completion Date pertaining to any mis-selling or suspected mis-selling of any insurance or insurance related product or service.“

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

The decision of the Supreme Court

Lord Hodge:

10. The court's task is to ascertain the objective meaning of the language which the parties have chosen to express their agreement. It has long been accepted that this is not a literalist exercise focused solely on a parsing of the wording of the particular clause but that the court must consider the contract as a whole and, depending on the nature, formality and quality of drafting of the contract, give more or less weight to elements of the wider context in reaching its view as to that objective meaning. [...]

13. Textualism and contextualism are not conflicting paradigms in a battle for exclusive occupation of the field of contractual interpretation. Rather, the lawyer and the judge, when interpreting any contract, can use them as tools to ascertain the objective meaning of the language which the parties have chosen to express their agreement. The extent to which each tool will assist the court in its task will vary according to the circumstances of the particular agreement or agreements. Some agreements may be successfully interpreted principally by textual analysis, for example because of their sophistication and complexity and because they have been negotiated and prepared with the assistance of skilled professionals. The correct interpretation of other contracts may be achieved by a greater emphasis on the factual matrix, for example because of their informality, brevity or the absence of skilled professional assistance. But negotiators of complex formal contracts may often not achieve a logical and coherent text because of, for example, the conflicting aims of the parties, failures of communication, differing drafting practices, or deadlines which require the parties to compromise in order to reach agreement. There may often therefore be provisions in a detailed professionally drawn contract

¹ Hervorhebungen durch Verfasser.

which lack clarity and the lawyer or judge in interpreting such provisions may be particularly helped by considering the factual matrix and the purpose of similar provisions in contracts of the same type. The iterative process, of which Lord Mance spoke in *Sigma Finance Corp'n* (above), assists the lawyer or judge to ascertain the objective meaning of disputed provisions.

14. On the approach to contractual interpretation, *Rainy Sky* and *Arnold* were saying the same thing.

15. The recent history of the common law of contractual interpretation is one of continuity rather than change. One of the attractions of English law as a legal system of choice in commercial matters is its stability and continuity, particularly in contractual interpretation.

[...]

26. Clause 7.11 has not been drafted with precision and its meaning is avoidably opaque. My preliminary view of the meaning of the clause on a first reading was consistent with the view which the Court of Appeal favoured, namely that the indemnity covered loss and damage which (a) followed and arose out of claims or complaints against the Company, the Sellers or any Relevant Person, (b) related to the period before completion and (c) pertained to the mis-selling or suspected mis-selling of insurance products or services. But it is necessary to place the clause in the context of the contract as a whole, to examine the clause in more detail and to consider whether the wider relevant factual matrix gives guidance as to its meaning in order to consider the implications of the rival interpretations.

27. The contractual context is significant in this case. The indemnity in clause 7.11 is an addition to the detailed warranties in Schedule 4. The mis-selling which clause 7.11 addresses is also covered by the warranty in paragraph 14.1 of Schedule 4 (para 18 and para 19 above). But liability for the Schedule 4 warranties is time-limited by Schedule 5. In particular paragraph 3.1(b) of that Schedule (para 20 above) required the Company to claim within two years of the completion of the sale and purchase. The scope of the clause 7.11 indemnity, breach of which gives rise to a liability which is unlimited in time, falls to be assessed in the context of those time-limited warranties.

28. All of the parties to the SPA were commercially sophisticated and had experience of the insurance broking industry. *Capita* was not involved in the management of the Company before the share purchase. The Sellers were the directors and the only shareholders of the Company. They were the people who knew or ought to have known how the Company had operated its business; *Capita* would in all probability not have that knowledge. The parties to the SPA would have known this. That lack of knowledge explains why *Capita* required the disclosures in the disclosure letter and the detailed warranties in Schedule 4; but it does not assist the court to determine the scope of the indemnity clause. The court is not aware of the negotiations which led to the SPA; they are not relevant to the task of interpreting that agreement:

Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd [2009] AC 1101. Business common sense suggests that Capita had an interest in obtaining as broad an indemnity against the adverse consequences of mis-selling as it could obtain. But the sellers had given warranties of compliance with regulatory requirements, which covered such mis-selling, subject to the agreed limits of quantum and time. The sellers were exposed to a potential liability under those warranties for the two years after the Completion Date, during which Capita could learn of the Company's sales practices. One may readily infer that they had an interest in minimising their further exposure to liability after that time had elapsed. Business common sense is useful to ascertain the purpose of a provision and how it might operate in practice. But in the tug o' war of commercial negotiation, business common sense can rarely assist the court in ascertaining on which side of the line the centre line marking on the tug o' war rope lay, when the negotiations ended. I therefore turn to examining the clause in more detail before returning to the commercial context.

[...]

39. I return to the commercial context and the practical consequences of the rival interpretations. On Mr Wood's interpretation it requires a customer or customers to make a claim, or complaint to the regulatory authorities, against the Company, the sellers or a Relevant Person in order to trigger the indemnity. Thus if a whistle-blower alerted the regulatory authorities of suspected or actual mis-selling, or if (as in fact occurred) management, complying with their regulatory obligations, reported such mis-selling to the FSA, which ordered the payment of compensation, the indemnity would not be triggered. Yet in each case, the mis-selling before the date of completion causes the Company loss.

40. The general purpose of clause 7.11, to indemnify Capita and its group against losses occasioned by mis-selling is clear. Had clause 7.11 stood on its own, the requirement of a claim or complaint by a customer and the exclusion of loss caused by regulatory action which was otherwise prompted might have appeared anomalous. But clause 7.11 is in addition to the wide-ranging warranties in Part 14 of Schedule 4 (paras 18 and 19 above) which probably covered the circumstances which eventuated. Capita had two years after completing the purchase to examine the sales practices of the Company's employees and so uncover any regulatory breaches in order to make a claim under the Schedule 4 indemnities. Prima facie that was not an unreasonable time scale. Indeed, Capita was able to send its findings to the FSA within 20 months of the Completion Date. It is not contrary to business common sense for the parties to agree wide-ranging warranties, which are subject to a time limit, and in addition to agree a further indemnity, which is not subject to any such limit but is triggered only in limited circumstances.

41. From Capita's standpoint the SPA may have become a poor bargain, as it appears that it did not notify the sellers of a warranty claim within two years

of Completion. But it is not the function of the court to improve their bargain.

42. In this case, the circumstances which trigger that indemnity are to be found principally in a careful examination of the language which the parties have used.

The decision of the Court of Appeal

The process of interpretation

28. The principles upon which contracts are to be interpreted have been stated and restated at the highest level, including most recently in *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36. It is not necessary to review them again. The principles which, in my judgement, are most relevant for present purposes are as follows:

i) The aim of the court is to determine what a reasonable person who had all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties when they contracted would have understood the parties to have meant: *Rainy Sky SA v Kookmin Bank* [2011] 1 WLR 2900 [14] and the cases there cited; this exercise relates to their understanding at the time that the contract was made: *Arnold v Britton* at [19].

ii) The exercise of construction is essentially one unitary exercise – *Rainy Sky* [21], which should be “*neither uncompromisingly literal nor unswervingly purposive*”: per Sir Thomas Bingham MR in *Arbuthnott v Fagan* [1995] CLC 1396, 1400. It is also an iterative exercise: *Arnold* [76]. The court looks to see where different constructions lead, how they fit with other provisions in the contract (or other phrases in the same clause), what obstacles to a particular interpretation are met upon the way, and what results are reached.

iii) In a case where, as here, parties have used language which is capable of more than one meaning, the court should consider the implications of the rival constructions: *Gan Insurance Co Ltd v Tai Ping Insurance Co Ltd* [2001] CLC 1,103 at [16]; and is entitled to prefer a construction which is consistent with business common sense and to reject one that is not.

29. Care must, however, be taken in using “*business common sense*” as a determinant of construction. What is business common sense may depend on the standpoint from which you ask the question. Further the court will not be aware of the negotiations between the parties. What may appear, at least from one side’s point of view, as lacking in business common sense, may be the product of a compromise which was the only means of reaching agreement. As Nicholas Strauss QC, sitting as a Deputy High Court judge, said in *Churchill v Temple* [2010] EWHC 3369 at 37 (d):

“It is always necessary to keep in mind the position of both parties. It is not enough just to consider what the vendor may have wanted to achieve. There is also the consideration that the purchaser might not see what the vendor wants as being in his

interests, and that the vendor might, as a result, find it difficult to sell, or to get his price, if he insists upon it. The resulting covenant may represent a compromise. It is therefore not surprising to find covenants which are not altogether logical from the point of view of either party, or do not entirely achieve the probable aims of either of them. See *Bank of Nova Scotia v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd* [1990] QB 818 at 870 (C.A.).”

30. Businessmen sometimes make bad or poor bargains for a number of different reasons such as a weak negotiating position, poor negotiating or drafting skills, inadequate advice or inadvertence. If they do so it is not the function of the court to improve their bargain or make it more reasonable by a process of interpretation which amounts to rewriting it. Thus:

“A court should be very slow to reject the natural meaning of a provision as correct simply because it appears to be a very imprudent term for one of the parties to have agreed... The purpose of interpretation is to identify what the parties have agreed, not what the court thinks that they should have agreed... when interpreting a contract a judge should avoid re-writing it in an attempt to assist an unwise party or to penalise an astute party”: *Arnold* at [20].

31. In effect a balance has to be struck between the indications given by the language and the implications of rival constructions. The clearer the language the less appropriate it may be to construe or confine it so as to avoid a result which could be characterised as unbusinesslike. The more unbusinesslike or unreasonable the result of any given interpretation the more the court may favour a possible interpretation which does not produce such a result and the clearer the words must be to lead to that result. Thus if what is *prima facie* the natural reading produces a wholly unbusinesslike result, the court may favour another, even if less obvious, reading. But, as Lord Neuberger observed in *Arnold v Britton* at [17] “commercial common sense and surrounding circumstances ...should not be invoked to under value the importance of the language of the provision which is to be construed”. It is material, however, to note that *Arnold* was a case where the interpretation argued for involved adding in the words “up to” in the relevant clause so as to constitute the sum specified a maximum and not a definition of the amount which had to be paid – a very radical change.

Anmerkung:

I. Unternehmenskauf und Vertragsauslegung

Die Entscheidung des UK Supreme Court gibt Anlass zu zwei Formen der Rechtsvergleichung: einerseits der intertemporalen und andererseits der rechtsordnungsübergreifenden, dh „klassischen“ Rechtsvergleichung. Zunächst soll die Entscheidung in den Kontext der englischen Rechtsentwicklung eingeordnet werden und daran sich ein kurzer Vergleich mit dem

deutschen Recht anschließen. Die englische Vertragsauslegung haftet vermeintlich sehr stark am Wortlaut. Dennoch offenbart der Rechtsvergleich mit Deutschland anhand von *Wood v Capita*, dass beide Jurisdiktionen dem Wortlaut zwar eine zentrale Bedeutung für die Auslegung zuschreiben, ihn jedoch auch aus systematischen Erwägungen nicht als einzig relevantes Auslegungskriterium heranziehen.

Der Rechtsstreit betrifft die Auslegung einer Freistellungsvereinbarung (*indemnity*) in einem SPA. Da das SPA keine Schiedsklausel enthielt, gelangte der Rechtsstreit vor die staatlichen Gerichte. Am Beispiel eines Unternehmenskaufvertrags stellte sich damit die Frage nach Möglichkeit und Reichweite richterlicher Eingriffe in die Vertragsmechanik. Entscheidend war die Auslegung einer *indemnity clause*:

„The Sellers undertake to pay to the Buyer an amount equal to the amount which would be required to indemnify the Buyer and each member of the Buyer's Group against [1] all actions, proceedings, losses, claims, damages, costs, charges, expenses and liabilities suffered or incurred, and [2] all fines, compensation or remedial action or payments imposed on or required to be made by the Company [A] following and arising out of claims or complaints registered with the FSA, the Financial Services Ombudsman or any other Authority against the Company, the Sellers or any Relevant Person² [B] and which relate to the period prior to the Completion Date pertaining to any mis-selling or suspected mis-selling of any insurance or insurance related product or service.“

Zu klären war, ob die Klausel auch solche Kosten erfasst, die durch Behördenvorgänge und -sanktionen entstanden waren, die *nicht* durch die Behörden oder Dritte, sondern durch die Gesellschaft selbst ausgelöst wurden (*self-reporting*). Denn hier hatten Mitarbeiter der Gesellschaft den Käufer über die irregulären Verkaufspraktiken informiert, woraufhin dieser die FSA in Kenntnis gesetzt hatte. Diese Auslegungsfrage war zwischen den Parteien streitig. Unstreitig war das Verhältnis von (B) zu (1) und (2); (B) sollte sich auf beides beziehen. Problematisch war aber das Verhältnis zwischen (1), (2) und (A). Die entscheidende Differenzierung zwischen den beiden unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten bestand darin, ob die Worte in (A) sowohl (1) und (2) qualifizieren oder nur (2). Für die zweite Möglichkeit trat der Käufer ein. Er argumentierte, dass (2) und (A) zusammen nur beispielhaft die weit gefasste Regelung unter (1) konkretisieren und illustrieren sollten. Demnach wären alle Klagen und Verfahren, die sich auf irreguläre Geschäftspraktiken vor dem Abschlussdatum beziehen, erfasst. Folglich müsste der Verkäufer den Käufer entschädigen. Der Verkäufer hingegen erkannte in (A) eine Beschränkung, die jeweils (1) und (2) betrifft. Dementsprechend müssten sich alle Kosten aus Ansprüchen oder Beschwerden ergeben, die bei der FSA und den anderen Behörden *gegen* die Gesellschaft, den Verkäufer oder andere relevante Personen geltend gemacht werden. Da sich hier aber die Gesellschaft selbst an

² Hervorhebungen durch Verfasser.

die FSA gewendet hatte, sei der Sachverhalt nicht von der *indemnity clause* erfasst. Mithin bestände keine Haftung seitens des Verkäufers.

1. Warranty und indemnity

Da der Supreme Court sich insbesondere auf eine Auslegung des *contract as a whole* und damit das Zusammenspiel von *warranties* und *indemnities* gestützt hat, erscheint es geboten, kurz auf die üblichen Inhalte und Wirkungsweisen von *warranty* und *indemnity* als Teil des besonderen Gewährleistungsregime bei Unternehmenskaufverträgen³ einzugehen. Eine *warranty* ist eine Garantie. Sie enthält eine Zusicherung des Verkäufers über eine bestimmte Eigenschaft der Zielgesellschaft, wie zB die Bilanz der Zielgesellschaft. Damit der Käufer Schadensersatz aufgrund der Verletzung der *warranty* verlangen kann, muss er nachweisen, dass die *warranty* verletzt wurde und dass die Verletzung zu einer Wertminderung der Zielgesellschaft führte. Der Käufer ist also insofern beweisbelastet.⁴ Die *warranties* beziehen sich regelmäßig auf vorvertragliche Offenlegungen des Verkäufers, so dass der Beweis regelmäßig gelingen kann. Demgegenüber entspricht die *indemnity* einer Freistellungsklausel.⁵ Sie ist ein Versprechen, den Käufer zu entschädigen, wenn sich ein bestimmtes, also vorher bekanntes Risiko realisiert. Die Klausel wird häufig vereinbart, wenn die Risiken im *due diligence* Prozess bekannt werden, aber nicht im Einzelnen bezifferbar sind.⁶ Anders als bei einer *warranty* reicht es hier aus, wenn der Käufer nachweist, dass er das den Freistellungsanspruch auslösende Ereignis darlegt.⁷ Die Beweisanforderungen sind also deutlich geringer. In *Wood v Capita* waren dies die Risiken aus den irregulären Geschäftspraktiken vor Abschluss der Transaktion.

2. Entscheidung der Instanzgerichte und des Supreme Court

Der High Court urteilte als einzige Instanz zugunsten der Käufer. Der Käufer sei auf Basis der *indemnity* zu entschädigen, selbst wenn kein Anspruch oder keine Beschwerde durch einen Kunden geltend gemacht wurde.⁸ *Poppellwell J* ging davon aus, dass ein Ausschluss der Kompensation von Kosten, die infolge von *self-reporting* entstanden seien, dem *business common sense* widerspräche.⁹ Obwohl die *indemnity* nur solche Fälle zu erfassen scheint, in denen sich Kunden beschwert hatten, ziele sie auch auf andere Fälle ab, in denen die Behörden eingeschaltet wurden. Für den High Court war nicht entscheidend,

³ Vgl. dazu Rüdiger Wilhelmi in BeckOGK, Stand: 1.12.2017, BGB § 453 Rn. 710 ff.

⁴ Vgl. Michael Stöber in BeckOGK, Stand: 1.11.2017, BGB § 444 Rn. 89.

⁵ Philipp Schütt, Streitigkeiten über die Feststellungsansprüche in Unternehmenskaufverträgen, NJW 2016, 980 (982 ff.).

⁶ Mark C. Hilgard, Der Freistellungsanspruch beim Unternehmenskauf, BB 2016, 1218 (1223).

⁷ Jörg Lips in Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 3 Rn. 245.

⁸ [2014] EWCH 3240 (Comm).

⁹ [2014] EWHC 3240 (Comm).

auf welchem Weg die FSA oder die anderen Behörden von den irregulären Geschäftspraktiken erfahren. Neben einer Kundenbeschwerde könnte eine solche Untersuchung zB auch durch einen Whistleblower, eine Vorlage des Managements der Zielgesellschaft oder eine marktweite Prüfung der FSA in diesem Bereich ausgelöst werden. Es liegt gerade in der Natur von irregulären Geschäftspraktiken, dass der Kunde sie nicht selbst bemerke, bevor es nicht zu einer Untersuchung gekommen sei.¹⁰

Der Court of Appeal entschied anders, da er sich mehr am Wortlaut der *indemnity* orientierte. Er betonte, dass der Begriff des *business common sense* mit Vorsicht bei der Auslegung zu behandeln sei. Der Wortlaut könne gerade das Ergebnis einer Verhandlung bzw. eines Kompromisses sein.¹¹ Der Argumentation des High Court hielt er entgegen, dass die *indemnity* auch im Zusammenhang mit den sachlich weitreichenden *warranties* für *mis-selling*, die aber nur binnen zwei Jahren geltend gemacht werden können, zu sehen sei. Der Käufer hätte daher innerhalb der Zwei-Jahresfrist nach Vollzug seine Ansprüche geltend machen müssen, um in den Genuss der *warranty* zu kommen. Die *indemnity* verfüge über keine zeitliche Ausschlussklausel, sei aber inhaltlich auf Entschädigungsansprüche begrenzt, die auf dem Antrag Dritter beruhten; dass es möglicherweise ein schlechter Deal für den Käufer sei, rechtfertige keine andere Auslegung.¹²

Der Käufer rief sodann den Supreme Court mit der Begründung an, dass sich der Court of Appeal zu stark am Wortlaut der Regelung und zu wenig an der *factual matrix* orientiert hätte. Der Supreme Court urteilte zu Gunsten der Verkäufer. Ziel sei die Ermittlung der objektiven Bedeutung der fraglichen Klausel. Es entspreche gefestigter Rechtsprechung, dass der Wortlaut nur den Ausgangspunkt bilde. Lord Hope hatte schon 2010 in *Multi-Link Leisure Developments Limited* darauf hingewiesen, dass der Wortlaut im englischen Vertragsrecht nicht vorschnell beiseite geschoben werden dürfe.¹³ Es müsse im ersten Schritt allein anhand des Wortlauts ermittelt werden, ob eine Unklarheit oder Zweideutigkeit bestehe.¹⁴ Erst dann dürften weitere Gesichtspunkte in die Auslegung einfließen. Wie die Entscheidungen *Edgeworth Capital (Luxembourg) SARL v Ramblas Investments BV*¹⁵ oder *Flanagan v Liontrust Investment Partners LLP*¹⁶ veranschaulichen, stellt diese Anforderung auch eine erhebliche Hürde dar. Anders lag jedoch der Fall hier. Der Supreme Court bejahte die Ambivalenz des Wortlauts als Rechtfertigung für die Abweichung vom

¹⁰ [2014] EWHC 3240 (Comm), at 15.

¹¹ [2015] EWCA Civ 839, at 29 per Clarke LJ.

¹² [2015] EWCA Civ 839, at 55 per Clarke LJ.

¹³ [2010] UKSC 47, at 11 per Lord Hope.

¹⁴ [2010] UKSC 47, at 11 per Lord Hope; ähnlich *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36, at 17 per Lord Neuberger.

¹⁵ [2016] EWCA Civ 412.

¹⁶ [2015] EWHC 2171 (Ch); [2015] Bus. L. R. 1172; [2016] 1 B. C. L. C. 177, at 132–136, per Henderson J; *Neil Andrews*, Interpretation of Contracts and „Commercial Common Sense“: Do not overplay this useful criterion, C. L. J. 76 (1), 2017, 36 (38) (Cambridge Law Journal).

Wortlaut: die *indemnity clause* sei „opaque“.¹⁷ Anders als Lord Hope in *Multi-Link Leisure Developments Limited* geht Lord Hodge in *Wood v Capita* davon aus, dass es keinen Unterschied mache, ob man die Auslegung mit dem Wortlaut der Klausel oder dem Kontext beginne, solange man sich mit beidem bei der Auslegung auseinandersetze.¹⁸ Dies ist ein bemerkenswertes Statement; der Wortlaut ist nicht mehr der alleinige Ausgangspunkt, sondern der Kontext wird zum gleichrangigen Auslegungskriterium erhoben. In *Wood v Capita* urteilte Lord Hodge weiter, dass der Vertrag in Gänze und der weitere Kontext – abhängig von seiner Natur, seinem formellen Charakter und der Qualität der Vertragsgestaltung – berücksichtigt werden müsse, um die objektive Bedeutung festzustellen.¹⁹ Gerade bei formellen und/oder längeren Verträgen oder solchen, die ohne Rechtsrat geschlossen würden, spiele der Kontext eine größere Rolle für die Auslegung.²⁰ Dies ist aber kein Freibrief, um den Vertrag zugunsten einer abstrakten Fairnessvorstellung umzuschreiben.²¹ Vielmehr ist es „a unitary exercise“²², dh ein einheitlicher Vorgang. Maßstab für die zutreffende *objective interpretation* der unterschiedlichen Interpretationsmöglichkeiten zur Ermittlung des Vertragszwecks ist sodann vor allem der *business common sense*.²³ Bei der Abwägung ist die Qualität der Vertragsgestaltung und gerade die Möglichkeit, dass die konkrete Ausgestaltung Konsequenz eines Kompromisses ist,²⁴ zu berücksichtigen. Haben Geschäftsleute oder sogar Anwälte den Vertrag verfasst, spricht eine Vermutung gegen sprachliche Fehler. Dabei stützte sich das Gericht auf die Entscheidungen *Rainy Sky*²⁵ und *Gan Insurance*.^{26,27} An dieser Stelle zeigt sich ein Nachteil der englischen Auslegung gegenüber der deutschen oder französischen Herangehensweise, wie sie auch den Vereinheitlichungswerken entspricht: Die Vertragsverhandlungen können nicht zur Auslegung des Vertrags und damit zur Ermittlung des Vertragsinhalts herangezogen werden. Dies gilt unabhängig bzw. trotz des vollzogenen Schwenks „from text to context“. Die Vertragsauslegung ist also ein einheitlicher Vorgang mit einem schrittweisen Verfahren (*interpretation as iterative process*).²⁸

¹⁷ [2017] UKSC 24, at 24, 26, 38.

¹⁸ [2017] UKSC 24, at 12.

¹⁹ [2017] UKSC 24, at 10.

²⁰ [2017] UKSC 24, at 13.

²¹ Neil Andrews, *Arbitration and Contract Law: Common Law Perspectives*, 2016, para. 14-12.

²² [2017] UKSC 24, at 13; so schon *Rainy Sky SA v Kookmin Bank* [2011] 1 WLR 2900, at 21 per Lord Clarke.

²³ [2017] UKSC 24, at 28.

²⁴ [2017] UKSC 24, at 11; [2015] EWCA Civ 839, at 29.

²⁵ [2011] 1 WLR 2900.

²⁶ 2 All ER (Comm) 299, at 13, 16.

²⁷ [2017] UKSC 24, at 11.

²⁸ Lord Grabiner, *The Iterative Process of Contractual Interpretation* (2012) 128 L. Q. R. 41, at 46 (Law Quarterly Review): “It is critically important that the ‘commercial purpose’ of the transaction is derived from the contract as a whole and from an accurate understanding of the way in which the various provisions interact.”; [2017] UKSC 24, at 12, 13.

Vor diesem Hintergrund entschied der Supreme Court, dass weder die erratische Kommasetzung noch die Syntax in der Klausel relevant seien,²⁹ sondern es vielmehr auf das Zusammenspiel von *warranties* und *indemnities* ankomme.³⁰ Damit schloss sich der Supreme Court der Begründung des Court of Appeal an: Der Käufer hatte zwei Jahre Zeit, um weitreichende *warranty* zu nutzen.³¹ Der Zeitraum war hier abgelaufen, weswegen sich der Käufer nur noch auf die *indemnity* stützen konnte. Der Vertrag kombiniere die zeitlich engere, aber sachlich weite *warranty*-Haftung mit einer zeitlich weiteren, aber sachlich engeren *indemnity*-Haftung. In diese vertragliche Risikoallokation wollte der Supreme Court nicht eingreifen. Der Käufer muss somit die Kosten für das Wiedergutmachungsprogramm selbst tragen. Vor allem aber belegt der Fall, dass sich die Ermittlung des *commercial context* bzw. *commercial common sense* deutlich unterscheiden können. Dies zeigen die unterschiedlichen Ansätze: während der High Court eine weite Interpretation der *indemnity clause* annahm, erkannten der Court of Appeal und der Supreme Court eine enge Auslegung als maßgeblich an.

3. Text v Context – Einordnung in die englische Rechtsentwicklung

Der frühere *literal approach* der englischen Gerichte³², der sich stark auf den Wortlaut des Vertrags fokussierte, gilt inzwischen als überholt.³³ Der ursprüngliche Zweck der Wortlautauslegung bestand vor allem in dem Verkehrsschutz und damit dem Schutz Dritter in Bezug auf den Inhalt des Vertrags. In *Prenn v Simmonds* stellte Lord Wilberforce klar, dass der Vertrag nicht isoliert von der *matrix of facts* interpretiert werden darf, von der er umgeben ist.³⁴ Die weiteren Umstände seien relevant. Dies bestätigte er in *Reardon* (1976): „the court should know the commercial purpose of the contract and this in turn presupposes knowledge of the genesis of the transaction, the background, the context, the market in which the parties are operating. [...] [When] one is speaking of aim, or object, or commercial purpose, one is speaking objectively of what reasonable persons would have in mind in the situation of the parties.“³⁵ Als bahnbrechend gilt die Entscheidung *Investors Compensation Scheme* (im Folgenden: *ICS*), in der Lord Hoffmann den modernen, kontextualen Ansatz der Vertragsauslegung im Einzelnen darlegte:³⁶

²⁹ [2017] UKSC 24, at 37, 38.

³⁰ [2017] UKSC 24, at 40.

³¹ *Wood v Capita*, [2015] EWCA Civ 839, at 55 per Clarke LJ.

³² *Lovell & Christmas Ltd v Wall* (1911) 104 LT 85.

³³ *John Cartwright*, Contract Law – Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, 2007, 185.

³⁴ [1971] 1 WLR 1381 (HL) 1384.

³⁵ *Reardon Smith Line Ltd* [1976] 1 W.L.R. 989 (HL), 995–96.

³⁶ *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1997] UKHL 28; *Edwin Peel*, The Law of Contract, 14. Aufl. 2015, 6-007.

- Die Interpretation ist die Feststellung dessen, was eine vernünftige Person mit dem entsprechenden Hintergrundwissen verstanden hätte (verobjektivierter Empfängerhorizont).
- Der Hintergrund (*matrix of facts*) erfasst alle Informationen, die das Verständnis des Vertrags für eine vernünftige Person beeinflussen können.
- Nicht erfasst sind die Vertragsverhandlungen und *declarations of subjective intent*.
- Die Bedeutung von Worten für eine vernünftige Person in einem Vertragsdokument können nur vor dem relevanten Hintergrund verstanden werden.
- Es besteht die Vermutung, dass die Verfasser von – insbesondere formellen – Verträgen keine sprachlichen Fehler machen.

Lord Hoffmann war mit der Aufstellung seiner Prinzipien eher um ein Restatement des Rechtszustandes bemüht und weniger um eine grundlegende Neuausrichtung der Rechtsprechung.³⁷

In neuerer Zeit hat die Entscheidung in *Rainy Sky*³⁸ die Debatte um die Vertragsauslegung neu angefacht. Sie betraf die Reichweite einer Bankgarantie in Bezug auf einen Schiffsbauvertrag. Die Garantie deckte die Rückzahlung von bestimmten vorausgezählten Kaufpreistraten ab, falls das Schiff später nicht geliefert werden konnte. Als zentrales Thema erwies sich die Frage, welche Arten von Vorauszahlungen die Klausel erfasste. Die in Anspruch genommene Bank argumentierte, dass die Garantie sich nicht auf alle Vorauszahlungen bezog. Das lag beim ersten Blick auf die Klausel auch nahe. Entsprechend urteilte der Court of Appeal zugunsten der Bank, dass im Fall einer anderen Entscheidung des Gerichts die Gefahr bestehe, dass das Gericht seinen Maßstab von *commerciality of the transaction* anstelle dessen der Parteien anlegen würde. Der Supreme Court hob die Entscheidung jedoch auf. Es sei nicht notwendig, dass die Bedeutung irrational oder absurd sei.³⁹ Ausreichend für die Berücksichtigung des *commercial purpose* sei die Möglichkeit, dass der Vertrag zwei verschiedene Bedeutungen haben könne. Die Erfassung der Insolvenz des Schiffbauers war gerade der vermeintlich wichtigste Grund für die Stellung der Bankgarantie. Ein anderes, allein wortlautgetreues Ergebnis hätte dem *commercial sense* widersprochen. Vor diesem Hintergrund hätte ein expliziter Ausschluss des Insolvenzzenarios nahegelegen. Damit hatte sich der Supreme Court über den Wortlaut der Klausel hinweggesetzt. Der Kontextualismus schien über den Textualismus gesiegt zu haben.

In *Arnold v Britton*⁴⁰ erhielt der Supreme Court Gelegenheit, *Rainy Sky* zu qualifizieren. In der Entscheidung scheint sich der Supreme Court von dem

³⁷ Lord Bingham, A new thing under the sun? The interpretation of contracts and the ICS decision, EdinLR Vol 12, 374 ff. (Edinburg Law Review).

³⁸ *Rainy Sky SA v Kookmin Bank* [2011] 1 WLR 2900.

³⁹ So schon The Antaios [1985] AC 191.

⁴⁰ *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36.

Kontextualismus aus *ICS* und *Rainy Sky* wieder abzusetzen. Der Fall betraf einen Vertrag über den Verkauf eines Pachtgrundstücks. Der Vertrag sah die Zahlung einer Servicegebühr mit einer *Escalation Clause* vor. In den 1970er Jahren ergab diese Gestaltung durchaus Sinn, aber es hatten sich erschreckende Konsequenzen ergeben, als sich die wirtschaftlichen Bedingungen geändert hatten. Lord Neuberger stellte in einem weiteren Restatement die Prinzipien der Vertragsauslegung vor, bei denen er wiederum mehr Wert auf die traditionellen Maximen wie den Vorrang der Sprache legte, als es bei *ICS* oder *Rainy Sky* der Fall war.⁴¹

Inwiefern sich der *Wood v Capita* davon unterscheidet, machte insbesondere Clarke LJ in der Entscheidung des Court of Appeal klar. In *Britton v Arnold* hätte eine andere Interpretation zu Gunsten der unterlegenen Partei das Einfügen von Worten erforderlich gemacht. Dies wäre ein besonders großer Eingriff in die Vertragsmechanik gewesen. Daher geht auch der Supreme Court in *Wood v Capita* davon aus, dass *Arnold* kein *overruling* von *Rainy Sky* sei.⁴² Es ist daher als ein Fall des klassischen *distinguishing* anzusehen. Der Supreme Court betont vielmehr die Kontinuität seiner Rechtsprechung.⁴³

Der Supreme Court hat in dieser Entscheidung versucht, die Diskussionen um die Unterschiede in seiner Rechtsprechung wieder einzufangen. Er hat damit die Gültigkeit der textualen und der kontextualen Auslegung bestätigt.⁴⁴ Nach *Wood v Capita* stehen Wortlaut und Kontext auf gleicher Stufe. Es besteht demnach ein dynamisches Verhältnis der Auslegungsstandards, in dem weder die Sprache noch der Kontext den Vorzug genießt. Dies entsprach nicht der bisherigen Rechtsprechung. Als häufig entscheidendes Kriterium ziehen die Gerichte den *commercial common sense* heran. Aus ihm kristallisiert sich die Entwicklung in der englischen Vertragsauslegung vom *textual* zum *contextual approach*. Zumindest als Leitlinie kann man festhalten, dass der *textual approach* nahe liegt, wenn Anwälte und/oder erfahrene Geschäftsleute den Vertrag verhandelt und vereinbart haben; demgegenüber ist eher ein *contextual approach* geboten, wenn der Vertrag in kurzer Zeit, informell oder ohne rechtliche Beratung geschlossen wurde. Auch im Anschluss an *Wood v Capita* haben der Court of Appeal und vor allem der High Court in späteren Entscheidungen häufig Bezug auf die *Wood v Capita* genommen.⁴⁵ Die Debatte um das Verhältnis von Text und Kontext bei der Vertragsauslegung scheint somit trotz der beruhigenden Worte des Supreme Court nicht beendet.

⁴¹ *Arnold v Britton* [2015] UKSC 36, at 14-23 per Lord Neuberger.

⁴² [2017] UKSC 24, at 9, 14.

⁴³ [2017] UKSC 24, at 15.

⁴⁴ *Edwin Peel*, *The Law of Contract*, 14. Aufl. 2015, 6-009 f.; vgl. auch *Lisa Kirstin Eilers*, *Terms implied in Fact - Revolution verhindert?*, ZEuP 2017, 966 (976).

⁴⁵ Vgl. zwei Entscheidungen des Court of Appeal aus 2018: *First Abu Dhabi Bank PJSC (formerly National Bank of Abu Dhabi PJSC) v BP Oil International Ltd*, 2018, WL 00453516; *Interactive E-Solutions JLT v O3B Africa Ltd*, 2018 WL 00611216.

4. Rechtsvergleichung – Lösung nach deutschem Recht

Im Folgenden soll der Fall einer rechtsvergleichenden Würdigung unterzogen werden. Zum Ausgangspunkt gilt die Ähnlichkeitsvermutung⁴⁶ von *Zweigert* und *Kötz*, dh die funktionale Übereinstimmung der Lösungen der englischen und der deutschen Rechtsordnung. Anders als *textual approach* des englischen Rechts ist nach § 133 BGB nicht am Wortlaut zu haften, sondern der wirkliche Wille zu erforschen. Damit ist klargestellt, dass der Wortlaut nur den Ausgangspunkt⁴⁷ der Auslegung bildet, es letztlich aber um nichts anderes als die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens geht. Bei eindeutigen Wortlaut in schriftlichen Verträgen kommt daher nach dem BGH eine weitere Auslegung nicht in Betracht.⁴⁸ Dies entspricht auf den ersten Blick *Rainy Sky*, wobei hier zumindest die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB nach deutschem Recht diskutiert werden kann. Ist aber – wie in den meisten Fällen – eine eindeutige Ermittlung des tatsächlichen Parteiwillens aus dem Wortlaut nicht möglich, so sind normative Maßstäbe gemäß § 242 BGB anzulegen. Dafür sind auch Umstände außerhalb der Erklärung heranzuziehen. Dazu zählen die konkrete Situation, die beiderseitige Interessenlage oder die Systematik des – häufig längeren – Vertragswerkes, dh das Zusammenspiel mit den anderen Klauseln des Vertrags.⁴⁹ Gerade das Zusammenspiel von *warranties* und *indemnities* ist für den Supreme Court ein entscheidendes Argument für die enge Auslegung der *indemnity* gewesen.⁵⁰ Dies lässt sich nahtlos ins deutsche Recht übertragen. Denn auch hier wäre die Systematik des Vertrags entscheidend für die Herleitung des Parteiwillens gewesen. Ferner wäre den Anforderungen der Andeutungstheorie⁵¹ Genüge getan. Der Parteiwille zur detaillierten Regelung der Haftungsverhältnisse hat sich in *Wood v Capita* in der Urkunde (vermutlich GmbH-Geschäftsanteilskaufvertrag, der gemäß § 15 Abs. 4, 3 GmbHG⁵² formbedürftig ist) niedergeschlagen. Die *indemnity* und *warranty* sind umfassend in dem SPA geregelt. Das Problem liegt hier mehr auf der ersten Stufe, also bei dem genauen Verständnis der Begriffe. Auch nach deutschem Recht käme man daher zu dem Ergebnis, dass die *indemnity* eng auszulegen wäre. Hiermit hat

⁴⁶ Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, 39; vgl. auch kürzlich zur Vertragsauslegung Eilers ZEuP 2017, 969 (989).

⁴⁷ Ernst Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2013, 59.

⁴⁸ BGH 26.10.1983 – VIII ZR 132/82, NJW 1984 290; BGH 4.6.1996 – IX ZR 51/95, NJW 1996, 2650.

⁴⁹ BGH 19.3.1956 – VIII ZR 74/56, NJW 1957, 873; Jürgen Ellenberger in Palandt, 77. Aufl. 2018, BGB § 133 Rn. 14; Reinhard Bork, BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2016, 549; Alexander Lüderitz, Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966, 324 (330); Manfred Wolf/Jörg Neuner, BGB AT, 11. Aufl. 2016, § 35 Rn. 7; aA Werner Flume, BGB Allgemeiner Teil, Band II, 4. Aufl. 1992, 309.

⁵⁰ Vgl. Mark Czarnecki, Vertragsauslegung und Vertragsverhandlungen, 2016, 81.

⁵¹ Manfred Wolf/Jörg Neuner, BGB AT, 11. Aufl. 2016, § 35 Rn. 37; vgl. BGH 2.2.1989 – IX ZR 99/88, NJW 1989, 1484 ff.; BGH 10.7.1996 – XII ZR 121/95, NJW 1996, 2783 (2793).

⁵² Vgl. dazu Jochem Reichert/Marc-Phillipe Weller in MüKoGmbHG, 2. Aufl. 2015, GmbHG § 15 Rn. 16 ff., 65 ff., 78 ff.

sich trotz unterschiedlicher Ansatzpunkte für diesen konkreten Fall die Ähnlichkeitsvermutung bestätigt.

Dennoch ist auf die weiterhin bestehenden Unterschiede bei der Vertragsauslegung hinzuweisen. Sie zeigen sich bei der Berücksichtigung der Vertragsverhandlungen und der *declarations of subjective intent*⁵³ (sog. *exclusionary rule*). Beide sind nach englischem Recht bei der Vertragsauslegung nicht zu berücksichtigen. Gerade *Wood v Capita* zeigt jedoch, dass die Interpretation der streitentscheidenden Vertragsklauseln noch klarer erfolgen könnte, wenn man die vorherigen Entwürfe des Vertrags für dessen Auslegung berücksichtigen könnte. Die markanten Unterschiede ändern allerdings nichts daran, dass trotz unterschiedlicher Grade der Kontextualisierung⁵⁴ in der Vertragsauslegung eine Tendenz zur Konvergenz des englischen Rechts hin zum kontinentaleuropäischen Recht besteht. Die Bedeutung der Vertragssystematik für die Vertragsauslegung findet sich auch im Einheitsrecht in Art. 4.4 UNIDROIT-Grundsätze oder Art. 60 GEKR.

5. Ausblick

Die Rechtsprechung hängt auch immer von den Richtern ab. Hier steht ein Wechsel an, da Lord Neuberger und Lord Sumption, die als Verfechter der Vertragsfreiheit und damit Anhänger einer wortlautgetreuen Auslegung angesehen werden, aus Altersgründen ausscheiden werden. Es bleibt daher spannend, ob der Ansatz der Vertragsauslegung, die weiterhin gesteigerten Wert auf den Wortlaut legt, auch zukünftig bestehen bleiben wird. Nicht zu verkennen ist der im Vergleich zu Deutschland bestehende institutionelle Unterschied. Den englischen Richtern stehen geringere Eingriffsmöglichkeiten im Hinblick auf den Vertrag als ihren deutschen Kollegen zu. Dies mag aber damit zusammenhängen, dass der englische Richter kommerzielle Fälle, der deutsche Richter häufig nicht-kommerzielle Fälle entscheidet.⁵⁵ Vor diesem Hintergrund scheint der Unterschied weniger deutlich zu sein. Denn in nicht-kommerziellen Fällen sind englische Richter eher gewillt, in die Vertragsmechanik einzugreifen. Auch im deutschen Recht gibt es insbesondere bei juristischen Laien die Tendenz, sich im Einzelfall über den Wortlaut der Auslegung hinwegzusetzen,⁵⁶ sog. „laiengünstige Auslegung“.

II. Zusammenfassung in Thesen

1. *Wood v Capita* enthält die willkommene Klarstellung, dass die Vertragsinterpretation nach englischem Recht sowohl einen *textual* als auch einen

⁵³ *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896, at 912 f. per Lord Hoffmann.

⁵⁴ *Czarnecki* (Fn. 50) 139.

⁵⁵ *Hein Kötz*, Vorvertragliche Verhandlungen und ihre Bedeutung für die Vertragsauslegung, ZEuP 2013, 777 (786 f.).

⁵⁶ *Bork* (Fn. 49) Rn. 545.

contextual approach verfolgt. Beide werden als gleichberechtigte Werkzeuge zur Ermittlung der objektiven Bedeutung des Vertrags verstanden. Die Gewichtung hängt von den jeweiligen Umständen im Einzelfall ab. Als Leitlinie lässt sich festhalten, dass der Wortlaut bei formalen Verträgen, insbesondere solchen zwischen Geschäftsleuten und erst recht solchen, die von Juristen ausgearbeitet wurden, eine größere Rolle spielt. Dennoch kann auch bei solchen Verträgen im Falle einer Ambivalenz des Wortlauts über den sog. *business common sense* dem Vertragskontext eine entscheidende Rolle zukommen. Zu dessen Ermittlung kann dann vor allem die immanente Systematik des Vertrags dienen.

2. *Wood v Capita* belegt auch die Bedeutung der vertragsimmanenten Systematik als ein zentrales Auslegungskriterium für die Interpretation des Vertrags. Das Zusammenspiel von weiten *warranties* und engen *indemnities* erweist sich hier als das zentrale Argument für eine enge Interpretation der fraglichen *indemnity clause*.

3. Der Supreme Court bestätigt in *Wood v Capita* wiederholt, dass die englischen Gerichte nicht in der Position seien und dass es auch nicht ihre Aufgabe sei, das Verhandlungsergebnis der Parteien durch einen übermäßigen Eingriff in die Vertragsmechanik zu unterlaufen. Nach dem in der Entscheidung vertretenen Selbstverständnis fällt die Berichtigung schlechter Verhandlungsergebnisse nicht in den Kompetenzbereich von Gerichten.

4. Unterstellt man in *Wood v Capita* die Geltung deutschen Rechts, würde ein deutsches Gericht auch auf das Zusammenspiel von weiten *warranties* und engen *indemnities* abstellen. Auch im deutschen Recht kommt der Vertragssystematik eine zentrale Bedeutung zu.

5. Zwischen der Vertragsauslegung in England und Deutschland bestehen dennoch Unterschiede, wie etwa diejenigen in Bezug auf die Möglichkeit der Berücksichtigung der vorangegangenen Vertragsverhandlungen. Sie können auch nach englischem Recht weiterhin nicht für die Interpretation des Vertrags herangezogen werden. Gerade *Wood v Capita* zeigt jedoch, dass die Bedeutung der fraglichen Klauseln mit hoher Wahrscheinlichkeit noch besser herausgearbeitet werden könnte, wenn man die Textstufen der Vertragsdokumentation berücksichtigen könnte.