

CHATHAM PARTNERS

**COVID - 19
Client Briefing Note**

19. März 2020

Mögliche Auswirkungen auf Verträge nach englischem Recht und internationalem common law

Die Verbreitung des neuartigen Coronavirus (Covid-19) als allgegenwärtige und in ihren Folgen und ihrer Dauer noch unabsehbare Pandemie führt im Zusammenspiel mit den behördlicherseits angeordneten Gegenmaßnahmen zu erheblichen Risiken für nahezu alle Unternehmen und Projekte. Der geschäftliche Ablauf vieler Unternehmen ist gestört; sie sind gezwungen, den gewohnten Betrieb einzustellen oder die gewohnten Arbeitsabläufe umzustellen. Dort, wo die rechtzeitige Abwicklung wichtiger Verträge scheitert oder zu scheitern droht, müssen betroffene Unternehmen jedenfalls aus englischrechtlicher Sicht und aus dem Blickwinkel des internationalen *common law* die vertraglichen und sonstigen rechtlichen Probleme, die sich infolge dieser Situation ergeben können, bedenken und entsprechende Vorkehrungen treffen.

Zu Projektverzögerungen führende Unterbrechung der Lieferkette

Unternehmen werden einerseits nicht in der Lage sein, ihre jeweiligen vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen und/oder andererseits Verluste dadurch erleiden, dass ihre Zulieferer ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht werden nachkommen können. Die Situation entwickelt sich rasant und die negativen Auswirkungen erscheinen deutlich weitreichender und tiefgreifender, als die von den Medien in diesem Zusammenhang hervorgehobenen iPhone-Lieferketten für Verbraucher nahelegten. Es wird unvermeidlich dazu kommen, dass viele Energie- und Infrastrukturprojekte ebenfalls erheblich gestört und verzögert werden. Unter normalen Umständen wäre ein Schadensersatzanspruch wegen Vertragsverletzung (*claim for damages for breach of contract*) und / oder Wiedergutmachung aufgrund von Nichterfüllungsklauseln wie pauschalitem Schadensersatz (*liquidated damages*) eine Kompensationsmöglichkeit für einige der Verluste, die dem Betroffenen entstanden sind. Wenn jedoch feststehen sollte, dass die in Rede stehende Vertragsverletzung in erste Linie durch den Ausbruch der Covid-19-Pandemie verursacht wurde, ist ein Anspruch aus Vertragsverletzung möglicherweise dann nicht durchsetzbar, wenn:

- der entsprechende Vertrag eine auf diesen Fall anwendbare Klausel in Bezug auf höhere Gewalt (sog. *force majeure*-Klausel) vorsieht.
- die Doktrin der *frustration* Anwendung findet, die der aus dem deutschen Recht bekannten „Störung der Geschäftsgrundlage“ (§ 313 BGB) vergleichbar ist.

Handeln Sie jetzt:

- ▶ Prüfung Ihrer wichtigsten Verträge – Sollte dies noch nicht geschehen sein, sollten Sie Ihre wichtigsten Verträge dringend darauf hin überprüfen, ob das Risiko besteht, dass die aktuelle Krisensituation zu einem Vertragsverstoß führen könnte. Sie sollten auch prüfen, ob und welche vorbeugenden und mildernden Maßnahmen Sie diesbezüglich ergreifen könnten.
- ▶ Kommunikationsmatrix – Zusammen mit der Überprüfung Ihrer Schlüsselverträge sollten Sie – in Abstimmung mit Ihren Vertragspartnern – die Implementierung einer Kommunikationsmatrix erwägen, um mit den Vertragspartnern dieser Schlüsselverträge ab sofort in regelmäßigem Austausch zu bleiben.
- ▶ Prüfung Ihrer Versicherungspolicen – Sie sollten Ihre Versicherungspolicen darauf hin überprüfen, ob für Fälle solcher Art Deckung besteht. Versicherungspolicen enthalten in der Regel strenge Regelungen, nach denen der Versicherer innerhalb eines bestimmten Zeitraums über tatsächliche oder potenzielle Schäden informiert werden muss, sowie die Pflicht, Verluste nach Möglichkeit zu mindern und den Versicherer zu konsultieren, bevor der Versicherungsnehmer entsprechende Maßnahmen ergreift. Daher ist es unerlässlich, diese Fragen frühzeitig zu klären. Die klassische Betriebsunterbrechungsversicherung dürfte durch Covid-19 verursachte Schäden nicht abdecken.

Rechtslage für Verträge nach englischem Recht und internationalem common law:

Verträge nach englischem Recht (und den meisten anderen Rechtsordnungen des *common law*), die eine fortlaufende Leistungserbringung vorsehen, sind grundsätzlich auch in Bezug auf die Pflicht zur fortlaufenden Leistungserbringung verbindlich. Das heißt, dass eine vom Ausbruch von Covid-19 betroffene Partei ihre Verpflichtungen weiterhin erfüllen muss und dass sie möglicherweise gegenüber ihrem Vertragspartner haftet, wenn sie ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommt (vorbehaltlich der bereits oben erwähnten beiden Ausnahmen).

Höhere Gewalt (*force majeure*).

Solche sog. *force majeure*-Klauseln regeln üblicherweise die Rechtsfolgen für den Fall, dass äußere, nicht in der Sphäre einer der Vertragsparteien liegende Umstände dazu führen, dass eine Partei an der Erbringung ihrer vertraglich geschuldeten Leistung gehindert ist. Solche Klauseln können sich – je nach der

konkret gewählten Formulierung – teils erheblich voneinander unterscheiden, so dass die jeweilige Klausel sorgfältig geprüft werden sollte. Zu den zentralen, in diesem Zusammenhang zu berücksichtigenden Faktoren, gehören:

- ▶ Wenn die Covid-19-Pandemie in dem Vertrag nicht explizit als ein Anwendungsfall höherer Gewalt benannt worden ist (wovon im Falle älterer Verträge auszugehen sein dürfte), (i) ob generell Fälle von Pandemien erfasst sind oder (ii) ob diese Art von Ereignis unter den allgemeinen Begriff der höheren Gewalt fällt oder (iii) ob eine Regierungsentscheidung getroffen oder eine Verwaltungsmaßnahme – beispielsweise in Form von Gegenmaßnahmen – vorgenommen wurde, die zu einer Verhinderung der vertraglichen Leistungserbringung geführt hat und die die üblicherweise in *force majeure*-Klausel enthaltene Definition der „höheren Gewalt“ für Fälle wie diesen (sog. *political interference language*) entspricht.
- ▶ Ob ein Ursachezusammenhang festgestellt werden muss. Die Partei, die sich auf höhere Gewalt beruft, muss in der Regel nachweisen, dass das Ereignis höherer Gewalt die Vertragserfüllung verhindert oder behindert hat. Dies dürfte in aller Regel Tatfrage sein, dürfte insbesondere aber auch vom Wortlaut der Klausel abhängen. Zum Beispiel erfordern einige *force majeure*-Klauseln, dass die Leistung unmöglich geworden sein muss, so dass beispielsweise die Anforderungen an eine den Auftragnehmer treffende Nachweispflicht, dass er kein Personal, keine Ausrüstung oder kein Material aus anderen Bezugsquellen beschaffen konnte, hoch sind. Im Allgemeinen sind *force majeure*-Klauseln häufig restriktiv formuliert und greifen nicht schon dann ein, wenn sich die Schwierigkeit der Vertragsdurchführung allein darin erschöpft, dass die geschuldete Dienstleistung von dem Auftragnehmer oder Ware von dem Verkäufer teurer eingekauft werden muss.
- ▶ Welche Schadensminderungspflichten und Mitteilungspflichten gelten. Diejenige Partei, die die Befreiung von ihren vertraglichen Leistungspflichten durch Berufung auf die *force majeure*-Klausel begehrt, ist in der Regel verpflichtet nachzuweisen, dass sie angemessene Maßnahmen unternommen hat, um die nachteiligen Auswirkungen der höheren Gewalt zu mildern oder zu vermeiden.
- ▶ Welche Konsequenzen hat die Berufung auf einen Fall höherer Gewalt. In den meisten Verträgen ist vorgesehen, dass die (zu Recht erfolgte) Berufung auf einen Fall höherer Gewalt zur (teilweisen) Suspendierung der vertraglichen Leistungspflichten führt, wodurch das Risiko einer leistungsausfallbedingten Kündigung vermieden wird, ferner zu einer entsprechenden Verlängerung vertraglich vereinbarter Fristen. In der Regel tragen die Parteien ihre eigenen Kosten, die sich aus einer Verzögerung der Leistungserbringung infolge höherer Gewalt ergeben. Es gibt jedoch Ausnahmen, wonach Entschädigung nach Ablauf einer bestimmten Zeitspanne oder bestimmte Kosten von einer Partei an die jeweils andere zu zahlen sind. Sollte der Zustand der höheren Gewalt längere Zeit andauern, kann dies dazu führen, dass eine oder mehrere Parteien das Recht haben, den Vertrag zu kündigen.

- ▶ Die Auswirkungen einer Gesetzesänderung auf den Vertrag. In einigen Verträgen ist vorgesehen, dass Entscheidungen oder Maßnahmen von Regierungen oder Behörden als Reaktion auf beispielsweise eine Pandemie zu einer (teilweisen) Suspendierung der Leistungspflichten (sog. *change in law relief*) und einer gleichzeitigen Pflicht zur Zahlung einer Kompensation führen können, wobei diese *change in law relief* häufig auf direkt das Projekt betreffende Gesetzesänderungen oder Gesetzesänderungen in dem Land, in dem das Projekt belegen ist, beschränkt sind.

Frustration.

Die Doktrin der *frustration*, die der aus dem deutschen Recht bekannten „Störung der Geschäftsgrundlage“ (§ 313 BGB) vergleichbar ist (siehe oben) findet Anwendung, wenn eine wesentliche Änderung der Umstände dazu führt, dass sich der Charakter des Vertrags im Vergleich zu der Situation bei Vertragsabschluss erheblich verändert. Eine solche Änderung der Umstände muss auf ein äußeres Ereignis oder eine Änderung der tatsächlichen Rahmenbedingungen zurückzuführen sein, die ohne das Verschulden derjenigen Partei eintritt, die sich hierauf beruft – beispielsweise auf die Covid-19-Pandemie.

Die Gerichte sind in der Regel zurückhaltend, einen Vertrag als *frustriert* im oben beschriebenen Sinne anzuerkennen. Eine ausdrückliche vertragliche Regelung für Ereignisse im vorstehend beschriebenen Sinne (z. B. eine *force Majeure-Klausel*) kann verhindern, dass der Vertrag als *frustriert* anzusehen ist. Dabei wird ein Vertrag nicht allein deshalb als *frustriert* anzusehen sein, weil seine Durchführung schwieriger oder teurer wird oder weil die Lieferkette unterbrochen ist, weil ein Zulieferer an seiner Leistungserbringung gehindert ist. Allerdings wird die Schwelle für eine *frustration* in bestimmten Situationen, die sich aus Covid-19 ergeben können, mit ziemlicher Sicherheit überschritten.

Wenn ein zur *frustration* führendes Ereignis eintritt, werden die Parteien von der Pflicht zur Erbringung ihrer vertraglich geschuldeten Leistungen frei und haften nicht für Schäden wegen Nichterfüllung. Der Vertrag gilt in diesem Fall jedoch dauerhaft als *frustriert*. Die Gerichte können die Vertragsbedingungen nicht ändern, um die Auswirkungen der erst nach Vertragsschluss hinzugetretenen, wesentlichen Änderungen der Umstände zu berücksichtigen.

Das Gesetzesreformgesetz (*Frustrated Contracts*) von 1943 regelt bestimmte Folgen der *frustration*.

Material Adverse Change.

Die sog. *material adverse change*-Klauseln (MAC), die Fälle wesentlich nachteiliger Änderungen erfassen, mögen den oben behandelten allgemeineren Vertragsklauseln und -konzepten zwar auf den ersten Blick ähnlich sein, unterscheiden sich bei genauerem Hinsehen von diesen jedoch deutlich. Anteilskaufverträge, Investitionsverträge und Fazilitätenverträge enthalten üblicherweise solche Klauseln. Klauseln zu „wesentlichen nachteiligen Änderungen“ (MAC) (o-

der „wesentlichen nachteiligen Auswirkungen“ (MAE)) dienen dabei als „Auf-fangkonzept“ (sog. *catch-all*-Klauseln), mit dem unvorhersehbare und unvor-hergesehene Ereignisse oder Umstände erfasst werden sollen, die ansonsten in der vertraglichen Dokumentation nur schwer abzubilden wären. Das Konzept wird als eine Art Gradmesser verwendet, um die Auswirkung eines Ereignisses oder Umstands zu gewichten. MAC-Klauseln werden typischerweise im Zu-sammenhang mit aufschiebenden Bedingungen, Garantien und Zusicherungen und / oder Vertragsverletzungen (*event of default*) verwendet.

Die Anwendung einer MAC-Klausel kann dem Käufer, Investor oder Kreditge-ber das Recht einräumen, von einer Transaktion zurückzutreten oder, allgemei-ner, von bestimmten Verpflichtungen Abstand zu nehmen. In vielen Fällen dürf-ten die nachteiligen geschäftlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen von Co-vid-19 die entsprechende Definition einer „wesentlichen nachteiligen Ände-rung“ in Bezug auf beispielsweise das Geschäft, den Betrieb, das Eigentum, die Finanzlage oder die (Gewinn-)Aussichten des Unternehmens oder seiner Gruppe, mithin den (Kauf-)Gegenstand des jeweiligen Vertrags, erfüllen. Sollte nach sorgfältiger Prüfung einer MAC-Klausel feststehen, dass die Vorausset-zungen der Definition einer „wesentlichen nachteiligen Änderung“ erfüllt sind, muss die betreffende Vertragspartei entscheiden, ob sie die ihr aus der MAC-Klausel zustehenden Rechte ausüben möchte oder nicht.

Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die negativen Auswirkungen der Covid-19-Pandemie selbst, aber auch der zu ihrer Bekämpfung dienenden Maß-nahmen, auf die Realwirtschaft enorm sein dürften. Die Unterstützung der Re-gierung und der Zentralbank in Form von monetären und fiskalischen Maßnah-men wird zweifellos in Kürze und in großzügigem Stile erfolgen. Dennoch ist es unerlässlich, dass jedes Unternehmen die Situation durch eigene proaktive Maßnahmen zur Kontinuität des Geschäfts frühzeitig selbst in die Hand nimmt. Die in dieser *briefing note* vorgeschlagenen Maßnahmen sind ein kleiner Teil dieses Maßnahmenpakets.

Die Autoren Angar Porthun und Dr. Sebastian Kamm sind Partner bei Chatham Partners LLP.

Angar Porthun

T + 49 (0) 40 30 39 63 33

E angar.porthun@chatham.partners

Dr. Sebastian Kamm

T + 49 (0) 40 30 39 63 14

E sebastian.kamm@chatham.partners

* * *