

für das Juge-d'appui-Verfahren geschehen, die bestehende Regel in der Schweizer ZPO tel quel in das IPRG zu übertragen, mitsamt der ungeklärten Fragen. Auch in handwerklicher Hinsicht wäre noch einiges zu tun; es sei dazu etwa auf die Ausführungen hinsichtlich der vorgesehenen Möglichkeit für ausländische Schiedsgerichte, sich für Beweisaufnahmen oder die Vollstreckung von einstweiligen Maßnahmen an das Schweizer Gericht zu wenden, und auf die Erläuterungen zum Rechtsmittel der Revision oder zur Verwendung der englischen Sprache verwiesen. Noch ist es für eine Überarbeitung nicht zu spät: Der Entwurfstext wird erst nach Abschluss der parlamentarischen Beratungen, die im Laufe dieses Jahres stattfinden werden, seine endgültige Form annehmen, und dürfte hoffentlich noch die eine oder andere Präzision erfahren.

V. Summary

Swiss international arbitration law has been under revision since 2012. At the end of last year, the reform process reached an important step marked by the publication of a revised draft by the *Federal Office of Justice*. The present article deals with this draft and shows that, seven years after its launch, the originally large-scale revision of Swiss arbitration law has turned out to be a mini-reform, essentially limited to a selective addition or amendment of secondary points. This is not an illegitimate goal. Not every reform needs to be visionary, and in the case of Swiss arbitration law it is certainly right to leave the

great pillars of party autonomy, flexibility and efficiency untouched and to confine oneself to secondary issues such as the involvement of state courts in arbitration proceedings. However, the draft is a missed opportunity to deal with the questions in more detail. Some rules have been "copied and pasted" from the provisions on domestic arbitration, without solving the problems that have arisen in application of those rules in the past. Some newly introduced provisions seem to not have been properly thought through, such as the possibility for foreign arbitral tribunals to apply to Swiss state courts for the taking of evidence or the enforcement of interim measures, the consequences of setting aside an arbitral award, or the use of the English language before state courts. At least, the last word has not been spoken yet. The draft will not take its final form until the end of the parliamentary deliberations that will take place later this year, and it is to be hoped that the text experiences the one or the other much-needed precision.



Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis

Dr. Oliver M. Habel*

Strafzölle und nichttarifäre Handelsbeschränkungen bei Verträgen im internationalen Handel

Ein Überblick zur Force Majeure bzw. höheren Gewalt

In Zeiten des wieder erstarkenden Nationalismus, in denen die Regierungen verschiedener Länder sich oft kurzfristig entschließen, Strafzölle zu erheben oder auch gesteigerte Zulassungsvoraussetzungen und Handelsverbote mit Drittländern zu erlassen, wachsen zwangsläufig auch die rechtlichen Herausforderungen für den grenzüberschreitenden Handel mit Produkten und Dienstleistungen aller Art. Welche Regelungen sind insoweit bei der Vertragsgestaltung einschlägig? Wie geht das jeweils anwendbare Recht mit solchen Störungen im vertraglichen Leistungsaustausch um? Diese Fragen sollen nachfolgend mit einem Blick auf die Unterschiede bei der Vertragsgestaltung unter Common Law und unter kontinentaleuropäischen Rechtssystemen beantwortet werden. Doch auch die nach deutschem Recht einschlägigen gesetzlichen Regelungen, einschließlich UN-Kaufrecht (CISG) werden in einem Überblick dargestellt,

und Regelungen zu Force Majeure und Hardship für die Vertragsgestaltung im grenzüberschreitenden Handel vorgestellt.

I. Unterschiedliches Verständnis bei der Vertragsgestaltung aus kontinentaler Rechtssicht gegenüber Common Law

Das rechtliche Hintergrundverständnis des anwaltlichen Beraters wie auch das des Gestalters eines Vertrags wirken sich zwangsläufig auf die Herangehensweise an die Vertragsgestaltung ebenso wie auf die Ausformulierung einzelner Regelungen aus. Der Aufbau von Verträgen mit Common Law als

* Dr. Oliver M. Habel ist Rechtsanwalt und Inhaber der Kanzlei tecLEGAL Habel Rechtsanwälte in München.

Rechtshintergrund ist vielen aus der Praxis bekannt: Der Präambel folgen umfangreiche Definitionen und im Anschluss detaillierte vertragliche Regelungen. Verträge im Handel nach deutschem Recht sind in der Regel deutlich kürzer und zum Teil auch pragmatisch gestaltet. Ursache hierfür ist das Denken der Vertragsverfasser in dem eigenen Rechtssystem.

1. Grundsätze kontinentalen europäischen Vertragsrechts

■ Die Vertragsschließenden haben im Rahmen dieses Rechtssystems wechselseitig einen Anspruch auf Erfüllung des Vertrags¹. Sie sind also bei einer vertraglichen Nichterfüllung nicht auf Schadensersatzansprüche beschränkt, sondern der Schuldner kann gerichtlich zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten verpflichtet werden. Ein titulierter Erfüllungsanspruch ist vollstreckbar.²

■ Die vertragliche Haftung ist auf das Verschuldensprinzip ausgerichtet.³

■ Die Vertragsschließenden können sich zumindest grundsätzlich auf eine Ausbalancierung des Vertragsverhältnisses durch gesetzliche Regelungen, z. B. zu Treu und Glauben und zur Zumutbarkeit als gesetzliche Korrektive, verlassen, ohne dass dies im Einzelnen im Vertrag zu vereinbaren ist.

■ Es liegen, etwa auch im deutschen Recht gesetzliche Regelungen zur Unmöglichkeit, zur Unzumutbarkeit und zu Störungen der Geschäftsgrundlage vor.⁴

■ Die Rolle des staatlichen Richters im Zivilprozess ist aktiv.⁵ Das Gericht kann vertragliche Regelungen auslegen bis hin zur Ergänzung vertraglicher Regelungen.

■ Die Vereinbarung eines Schiedsgerichts unter Verweis auf eine der bestehenden Schiedsgerichtsordnungen statt einer Entscheidung eines etwaigen Rechtsstreits aus und im Zusammenhang mit dem Vertrag und seiner Entstehung/Abwicklung durch ein staatliches Gericht ist möglich.

2. Common Law

■ Ein Anspruch auf Vertragserfüllung gegenüber dem Schuldner besteht mit Ausnahmen nicht. Stattdessen ist der Gläubiger bei Vertragsstörungen grundsätzlich auf Ansprüche auf Schadensersatz beschränkt.⁶

■ Die vertragliche Haftung ist als Garantief Haftung ausgestaltet.⁷

■ Generelle Grundsätze wie „good faith“ und „fair dealing“ haben im Common Law eine geringere Bedeutung als der Grundsatz von Treu und Glauben in kontinental-europäischen Rechtssystemen. Bei der Anwendbarkeit des Grundsatzes von „good faith and fair dealing“ wie z. B. im US-amerikanischen Recht als „implied term“ gibt es offenbar aber eine Fortentwicklung auch im englischen Recht.⁸ Jedoch gilt auch hier die Grenze der „bones mores“ bzw. „good morals“, die auf die Beachtung grundsätzlicher Werte mit allgemeingesellschaftlicher Akzeptanz als verbindlich abstellen. Ein Verstoß führt zur Rechtswidrigkeit oder Nichtigkeit der Regelung.

■ Im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Recht wird die Autonomie der Vertragsparteien in den Vordergrund gestellt,

die die Bedingungen für Austauschverhältnisse selbst zu regeln haben. Fehlende oder unbefriedigende Regelungen gehen zu Lasten der Vertragspartei, in deren Verantwortung die Regelung fällt. „The losses lie where they fall“.⁹ Eine Regelung zu Fällen höherer Gewalt ist im Vertragsrecht unter dem Begriff „frustration“ entwickelt worden.¹⁰

■ Die Rolle des Richters in den Common Law-Systemen, insbesondere in den Prozessrechtsregimen der USA¹¹, ist grundsätzlich passiver als in Civil Law-Systemen und dient vornehmlich einer koordinierenden Funktion zwischen den Parteien durch Sicherung eines fairen Verfahrens. Das Verfahren wird auch „adversarial system“ genannt im Gegensatz zu „inquisitorial system“ in kontinental-europäischen Rechtsordnungen. Der Beibringungsgrundsatz der Parteien ist deutlich ausgeprägter. Damit einher geht eine erheblich aktivere Rolle der Parteivertreter im Prozess. Mit Hilfe des Verfahrensrechts soll der Sachverhalt zutreffend ermittelt und ein Ausgleich zwischen den Parteien erzielt bzw. eine faire Entscheidung getroffen werden. Die Zivilverfahrensrechte in den Staaten der USA und in UK sind deutlich unterschiedlich. In den Staaten der USA dominiert das Laienelement im Verfahren. Die Parteivertreter bestimmen weitestgehend die prozessuale Taktik. In UK hat aber durch die Novelle des Zivilverfahrensrecht von 1999 eine Aufnahme von Grundsätzen für die Verfahrensführung durch das Gericht stattgefunden, nach denen das Gericht die Beweiserhebung steuern, Beweisanträge auch ablehnen und ein Kreuzverhör beschränken kann.¹²

■ Die Vereinbarung von Schiedsklauseln im internationalen Handel ist durchgehende Praxis. Ihre Formulierung lässt es regelmäßig zu, das Schiedsgericht so zu besetzen, dass die Schiedsrichter rechtsvergleichende Kenntnisse haben, die sie als Hintergrundwissen in ihre Prozessführung und in Entscheidungen einfließen lassen können.

II. Force Majeure bzw. höhere Gewalt

„Force Majeure“-Klauseln sind vertragliche Regelungen, die die Vertragsparteien autonom vereinbaren, unabhängig davon, ob eine gesetzliche Regelung zur höheren Gewalt in dem jeweiligen Vertragsstatut zum Vertrag besteht. Solche Klauseln basieren darauf, dass die eine „force majeure“ begründenden Hindernisse in der Regel erst nach dem Vertragsabschluss

1 Z.B. § 433 BGB (Kaufvertrag), § 611 Abs. 1 BGB (Dienstvertrag), § 631 Abs. 1 BGB (Werkvertrag).

2 Vgl. §§ 887, 888 ZPO.

3 Vgl. z. B. § 280 Abs. 1 BGB; Grün/Steffens, in: Ostendorf/Kluth, Internationale Wirtschaftsverträge, 2. Aufl. 2016, Teil B, § 10 Rdnr. 15.

4 Vgl. z. B. §§ 275, 323 Abs. 2 Nr. 3, 437 Abs. 1, 439 BGB.

5 Vgl. z. B. §§ 136, 139 ZPO.

6 Grün/Steffens (o. Fußn. 3), Rdnr. 24; Klaf, in: Ostendorf/Kluth (o. Fußn. 3), § 21 Rdnr. 68.

7 Grün/Steffens (o. Fußn. 3), Rdnr. 24.

8 Klaf (o. Fußn. 6).

9 Grün/Steffens (o. Fußn. 3), Rdnr. 24.

10 Johannsen, in: Bock/Zons, Rechtsdb. Anlagenbau, 2015, Teil B Kap. IX Rdnr. 10, 43 ff.

11 UK Civil Procedure Rules, Part 32.1, in Kraft seit 27.4.1999; Zekoll, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 1. Aufl. 2006, S. 1330.

12 Zekoll, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2. Aufl. im Erscheinen, zu Chapter 47, II.1; mit Dank an den Autor für die Vorabesicht in dieses Kapitel.

aufgetreten sind und dass sie außerhalb der Kontrolle der oder einer der Vertragsparteien liegen. So gestaltete Vereinbarungen sollen klären, welche Partei die Risiken eines nachträglich aufgetretenen Erfüllungshindernisses trägt und welches die Rechtsfolgen sind. Hinzu kommen wechselseitige Informationspflichten zur Art des betreffenden Hindernisses und dessen voraussichtlicher Dauer.¹³ Force Majeure kann rechtssystematisch mit höherer Gewalt verglichen werden. Das deutsche Recht benutzt den Terminus „höhere Gewalt“ z.B. bei § 206 BGB, Hemmung der Verjährung, und bei § 7 Abs. 2 StVG, keine Haftung des Fahrzeughalters, wenn die Ursache für den eingetretenen Schadensfall auf höherer Gewalt beruht. Der BGH hat in laufender Rechtsprechung den Begriff „höhere Gewalt“ als fremdes, von außen als elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis definiert, das außerdem nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlichen Mitteln auch durch äußerste Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit in Kauf zu nehmen ist.¹⁴ Eine Force Majeure-Klausel kann eine von dieser Definition der höheren Gewalt abweichende Regelung zur Verantwortlichkeit der Vertragsparteien in einer von den Parteien selbst definierten Force Majeure-Situation in den Vertrag einführen.

III. Höhere Gewalt unter deutschem Recht als Vertragsstatut

1. UN-Kaufrecht

Soweit die Voraussetzungen für die Einbeziehung des CISG erfüllt sind, ist bei Vorliegen höherer Gewalt für grenzüberschreitende Kaufverträge Art. 79 CISG anwendbar. Unter den dort genannten Voraussetzungen ist keine Partei verpflichtet, für die Erfüllung ihrer Vertragspflichten einzustehen. Danach muss die Nichterfüllbarkeit beweisbar auf einem außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegenden Hinderungsgrund beruhen.¹⁵ Besonders hervorzuheben ist bei Art. 79 CISG, dass der befreiende Hinderungsgrund sowohl ein anfängliches, als auch nachträgliches Hindernis sein kann.¹⁶ Vom Schuldner muss vernünftigerweise nicht zu erwarten gewesen sein, den Hinderungsgrund bei Vertragsabschluss in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden. Andere Rechte und Ansprüche auf Schadensersatz nach dem CISG werden jedoch gem. Art. 79 Abs. 5 CISG nicht durch die Freistellung von der Erfüllungspflicht des Schuldners ausgeschlossen. Systematisch ist Art. 79 CISG direkt im Anschluss an die Regelungen zur Haftung bei einer Vertragsverletzung verortet und begrenzt das weitgehende Haftungskonzept des UN-Kaufrechts, allerdings unter Beachtung hoher Voraussetzungen im jeweiligen Tatbestand. Es bietet sich also auch für Verträge, die dem UN-Kaufrecht unterfallen, an, eine Regelung zu den Verantwortlichkeiten der Parteien bei selbst definierten Voraussetzungen für die Annahme einer Force Majeure-Situation in den Vertrag aufzunehmen.

2. Vertragsauslegung, §§ 133, 157 BGB

Es ist allgemein anerkannt, dass bei Fällen der Unmöglichkeit oder bei Störung der Geschäftsgrundlage zunächst im Wege einer Vertragsauslegung versucht werden soll, ob die Parteien

selbst im Vertrag Hinweise zum vertraglichen Umgang mit der Situation geben.¹⁷

- Anknüpfungspunkt für eine Auslegung kann die Wahl des Erfüllungsorts für die Leistungspflicht des Schuldners sein.
- Insbesondere wenn in den vertraglichen Lieferbedingungen auf die Geltung der Incoterms (2010) verwiesen wird, sind dort z. B. Regelungen enthalten, welche Partei Abgaben und Zölle bei Vereinbarung welcher Art von Incoterms tragen soll.¹⁸
- Des Weiteren können in der Präambel eines Vertrags Anhaltspunkte für die Zuordnung von Risiken der Vertragsparteien enthalten sein.¹⁹

3. Gesetzliche Verbote, §§ 134, 139 BGB

Erfüllt das Hindernis ein gesetzliches Verbot, kann dies zur Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit eines Vertrags führen.

4. Ausschluss der Leistungspflicht, § 275 BGB

Eine Leistungspflicht des Schuldners ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB). Gleiches gilt, wenn eine Leistungspflicht nach dem Gebot von Treu und Glauben zu einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers führt, wie aus § 275 Abs. 2 BGB abzulesen. Ein Recht zur Leistungsverweigerung besteht auch bei persönlich zu erbringenden Leistungen, die dem Schuldner nicht zugemutet werden können, § 275 Abs. 3 BGB. Diese Befreiung des Schuldners von einer Leistungspflicht bei Unmöglichkeit belässt dem Gläubiger gem. § 275 Abs. 4 BGB Ansprüche z. B. auf Schadens- oder Aufwendungsersatz nach den Regeln der §§ 280, 283-285 und 311a und 326 BGB. Die Regelung zur Unmöglichkeit in § 275 BGB geht in der Regel hierbei einer Anwendung von § 313 BGB, Störung der Geschäftsgrundlage, vor.²⁰

5. Nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachte Leistungen, §§ 323, 325 BGB

Unter den Voraussetzungen des § 323 BGB kann sich der Gläubiger von einem nicht oder nicht vertragsgemäß erfüllten Vertrag durch Rücktritt befreien, wobei ein Rücktritt einen möglichen Anspruch auf Schadensersatz nicht ausschließt.

6. Kündigungsrecht des Bestellers beim Werkvertrag, §§ 648, 648 a BGB

Teilweise gibt es gesetzliche Sonderregelungen zu Vertragsrücktritt oder Kündigungsrecht für eine oder beide Vertrags-

¹³ Grün/Steffens (o. Fußn. 3), Rdnr. 2.

¹⁴ BGHZ 62, 531, 534; 109, 8, 14 f.

¹⁵ Stoll/Gruber, in: Schlechtriem/Schwenzer, Komm. zum einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG –, 4. Aufl. 2004, Art. 79 Rdnr. 2; Grün/Steffens (o. Fußn. 3), Rdnr. 10.

¹⁶ Stoll/Gruber (o. Fußn. 15), Rdnr. 12.

¹⁷ BeckOK BGB/Lorenz, 49. Ed. 1.2.2019, BGB § 313 Rdnr. 3, 55.

¹⁸ Z.B. „DDP“ Incoterms (2010), Gliederung A 6 c: Verkäufer trägt alle Zölle, Steuern, Abgaben bei Aus- und Einfuhr.

¹⁹ Ferrari, in: Schlechtriem/Schwenzer (o. Fußn. 15), Präambel Rdnr. 3, 4; Ostendorf, in: Ostendorf/Kluth (o. Fußn. 3), § 2 Rdnr. 10.

²⁰ BeckOK BGB/Lorenz (o. Fußn. 17), Rdnr. 20.

parteien, und zwar auch unabhängig von höherer Gewalt o. Ä. So hat der Besteller beim Werkvertrag nach § 648 BGB ein jederzeitiges Kündigungsrecht, muss aber die Vergütung nach Abzug der ersparten Aufwendungen des Werkunternehmers bezahlen. Nach § 648 a BGB haben beide Vertragsparteien ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund, wenn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für eine Vertragspartei unzumutbar wird.

7. Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

Soweit sich die Umstände, die zur Vertragsgrundlage geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändern, und unter der Voraussetzung, dass die Vertragsparteien den Vertrag bei Kenntnis dieser neuen Umstände nicht geschlossen hätten, können sie eine Anpassung des Vertrags verlangen, soweit auch unter Berücksichtigung der gesetzlichen und vertraglichen Risikoverteilung der betroffenen Vertragspartei ein Festhalten am Vertrag nicht zuzumuten ist. Entsprechendes gilt, wenn Umstände, die wesentliche Voraussetzung für den Abschluss des Vertrags waren, sich im Nachhinein als falsch herausstellen (§ 313 Abs. 1 BGB). Nur soweit eine Anpassung des Vertrags nicht möglich ist, kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten (§ 313 Abs. 3 Satz 1 BGB)²¹. Ergänzend wird in § 313 Abs. 3 Satz 2 BGB auf die Regelung zur außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund in § 314 BGB verwiesen.

Soweit für Fälle von Strafzöllen und nichttarifären Handelshemmnissen, die nach Vertragsabschluss verhängt bzw. angeordnet werden, eine Auslegung des Vertrags über die jeweilige Risikotragung nicht zum Ziel führt und ebenfalls kein Fall einer Unmöglichkeit vorliegt, kann die gesetzliche Regelung zur Störung der Geschäftsgrundlage zur Anwendung gelangen. Berücksichtigt man hier die bereits kurz apostrophierte Rechtsprechung des *BGH*²² zum Begriff der höheren Gewalt, so wird deutlich, dass an die Erfüllung des (in der Regel weitergehenden) Tatbestands einer Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB sehr hohe Hürden aufgebaut sind. Doch nachträgliche Änderungen der Wirtschaftsgesetzgebung können grundsätzlich eine Störung der Geschäftsgrundlage begründen²³, ebenso wie z. B. der Wegfall einer Produktzulassung, der zu einer Nichtverkaufbarkeit einer Ware führt.

8. Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund, § 314 BGB

Bei Dauerschuldverhältnissen, ggf. auch bei Sukzessivlieferungen²⁴, aber auch bei Rahmenverträgen²⁵ besteht die Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grund bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 314 BGB, wenn also eine Fortsetzung des Vertrags bis zu seiner Beendigung oder bis zum Ablauf der Kündigungsfrist für eine Partei nicht zumutbar ist. Ein wichtiger Grund setzt voraus, dass die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und eine Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien an einer Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Vertragsende vorzunehmen ist. Soweit eine vertragliche Pflichtverletzung einer Partei vorliegt, verlangt § 314 Abs. 2 BGB regelmäßig, dass die zur Kündigung berechtigte Partei zuvor die andere Partei – mit Fristsetzung – erfolglos abgemahnt hat. Bei den typischen

Fällen einer Force Majeure wird es aber häufig an einer Pflichtverletzung fehlen.

IV. Force Majeure- und Hardship-Klausel

Bei dem Entwurf der Klauseln bedarf es neben der Tatbestandsseite auch einer Rechtsfolgenregelung. Die von der *International Chamber of Commerce (ICC)* entwickelten Regelungen werden in Verträgen häufig verwendet.²⁶

1. Hardship-Klausel am Beispiel ICC Hardship Clause 2003

Pacta sunt servanda: Ausgangspunkt ist die Verpflichtung der Parteien eines Vertrags zur Erfüllung ihrer wechselseitigen Pflichten, auch wenn sich die Umstände gegenüber denen bei Vertragsschluss zu erwartenden Umständen zum Nachteil verändert haben.²⁷ Auf der Rechtsfolgenseite kann der Schuldner erst bei Vorliegen einer Unzumutbarkeit, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses jedoch nicht voraussehbar war und die nicht mit angemessenen Mitteln vermieden werden konnte, eine Neuverhandlung der betreffenden Vertragsregelung innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens verlangen.²⁸ Eine so gestaltete Hardship-Klausel kann sich also für solche Umstände anlässlich eines Vertrags anbieten, die nicht den Bestand des ganzen Vertrags infrage stellen sollen, aber eine der Parteien zu einem Verlangen nach einer Nachverhandlung berechtigen können. Es wäre denkbar, beide Beispielsfälle – also: Strafzölle und nichttarifäre Handelshemmnisse – ausdrücklich unter dem Regime einer Hardship-Klausel vertraglich zu regeln. In diesem Fall ist es empfehlenswert, diese Falltypen in die Hardship-Regelung aufzunehmen, um zu einer höheren Rechtssicherheit zu gelangen.

2. Force Majeure am Beispiel der ICC Force Majeure Clause 2003

Die Rechtsfolge ist hier die Befreiung der von einem Fall der Force Majeure betroffenen Vertragspartei von der Leistungspflicht und ebenfalls von einer möglichen Schadensersatzpflicht, ggf. für die Dauer des Vorliegens der Force Majeure-

²¹ *Grün/Steffens* (o. Fußn. 3), Rdnr. 21-23; *Johannsen* (o. Fußn. 10), Rdnr. 13-16; *BeckOK BGB/Lorenz* (o. Fußn. 17), Rdnr. 3.

²² S.o. Fußn. 14.

²³ *BeckOK BGB/Lorenz* (o. Fußn. 17), Rdnr. 57.

²⁴ *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 314 Rdnr. 2.

²⁵ *BGH NJW-RR* 1972, 977.

²⁶ ICC FORCE MAJEURE CLAUSE 2003 AND ICC HARSHIPCLAUSE, published in February 2003 by ICC PUBLISHING S.A., an affiliate of ICC: Cours Albert 1er, 75008 Paris, ICC Publication No. 650, ISBN 92 842 1319. 3/; *Johannsen* (o. Fußn. 10), Rdnr. 74, 75.

²⁷ ICC Hardship Clause 2003, paragraph 1: "1 A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract."

²⁸ *Johannsen* (o. Fußn. 10), Rdnr. 51-56; *Grün/Steffens* (o. Fußn. 3), Rdnr. 5; ICC Hardship Clause 2003, paragraph 2 b): "2 Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that: [a] the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that [b] it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event."

Situation²⁹. Es kann sowohl einen Vor- als auch einen Nachteil nach sich ziehen, dass bei Vorliegen einer Force Majeure-Situation und Vereinbarung einer Force Majeure-Klausel kein Versuch einer richterlichen Vertragsanpassung z. B. nach § 313 BGB vorgenommen werden kann. Durch die Vertragsgestaltung wird aber Rechtssicherheit für eine Force Majeure-Situationen erreicht, dass die zur Erfüllung einer Vertragspflicht verpflichtete Vertragspartei von ihrer Leistungspflicht befreit und von keiner Schadensersatzpflicht bedroht wird. Bezogen auf die Beispielfälle ist fraglich, ob diese unter Ziff. 3 lit. d der ICC Force Majeure-Klausel subsumiert werden können: „Act of authority weather lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, rule, regulation or direction ...“³⁰ Deshalb bietet sich an, die Force Majeure-Regelung bei der Auflistung von Beispielfällen um diese Tatbestände zu ergänzen.

3. Anforderung an die Wirksamkeit einer Force Majeure- oder Hardship-Klausel

Grundlegend ist der Rechtssatz *pacta sunt servanda*.³¹ Eine Ausnahme von einer vertraglich übernommenen Leistungspflicht muss deshalb an Umstände anknüpfen, die den Vertragsparteien oder auch nur der betreffenden Vertragspartei bei Vertragsabschluss nicht bekannt oder auch beim Anlegen eines Maßstabs einer ordentlichen kaufmännischen Sorgfalt, § 347 HGB, nicht erkennbar waren. Sollen aber auch zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Parteien bereits bekannte Umstände als Force Majeure-Tatbestände aufgenommen werden, sollte der Grund benannt werden. Ansonsten kann die Grenze zu einem jederzeitigen Kündigungsrecht einer Partei wie z. B. in § 648 BGB verschwimmen und möglicherweise die Wirksamkeit der Klausel kippen. Des Weiteren muss die (nachträglich) eingetretene Änderung zu einer wesentlichen Störung des Äquivalenzverhältnisses der wechselseitigen Leistungspflichten führen.³²

4. Informationspflichten

Es sind gegenseitige Informationspflichten in die Regelung aufzunehmen, ebenso wie eine Aussage, was für eine nur vorübergehende Force Majeure-Lage gelten soll und ab wann ein Recht zur Vertragsbeendigung mit welchen weiteren Rechtsfolgen besteht, soweit der Vertrag schon teilweise durchgeführt wurde.³³

V. Zusammenfassung

Bei Störungen der Äquivalenz von vertraglich im Austausch stehenden Leistungspflichten geht das Common Law von einer strikten Bindung der Parteien an den Vertrag und einer vom Gericht auch zu beachtenden Autonomie der Vertragsparteien bei Formulierung der vertraglichen Regelungen aus, die für sich stehen und grundsätzlich nicht Gegenstand einer richterlichen Auslegung oder Vertragsanpassung werden. Im kontinentaleuropäischen Vertragsrecht bestehen dagegen für Störungen im Austauschverhältnis je nach Rechtssystem z. B. im BGB gesetzliche Regelungen, die entweder bereichsspezifisch geregelt sind oder die neben einem Recht zum Rücktritt oder zur Kündigung eines Vertrags auch die Möglichkeit einer Vertragsauslegung und/oder einer Vertragsanpassung durch den Richter geben. Für das Vorliegen von Force Majeure bzw.

höherer Gewalt ist im Regelfall erforderlich, dass die betreffenden Umstände bei Vertragsabschluss nicht bekannt waren oder bekannt sein konnten und erst nachträglich³⁴ aufgetreten sind. Es muss zudem eine essenzielle Störung der Äquivalenz zwischen den Leistungen der Vertragsparteien entstehen. Eine Hardship-Klausel hält die betroffene Vertragspartei am Vertrag fest, gibt aber dieser Partei einen Anspruch, eine Neuverhandlung der betroffenen Bedingungen verlangen zu können.

Bei einer Force Majeure-Klausel geht es dagegen um die – ggf. vorübergehende – Befreiung einer Vertragspartei von der Leistungspflicht, einschließlich einer Befreiung von einer Schadensersatzpflicht. Hierfür sollten in einer Force Majeure-Klausel Fallgruppen beim Tatbestand gebildet werden, um eine erhöhte Rechtssicherheit für den Vertrag zu erreichen. Die praktische Funktionsfähigkeit der Klausel setzt eine Regelung zu Informationspflichten der Parteien voraus, ebenso wie zu den Rechtsfolgen, insbesondere bei teilweise schon abgewickelten Verträgen. Auch wenn das Vertragsstatut einem kontinentalen Rechtssystem unterfällt, können Hardship- bzw. Force Majeure-Klauseln wirksam vereinbart werden. Sie dienen damit der vertraglich begründeten Rechtssicherheit, z. B. auch im Vergleich zur Anwendung von § 313 BGB, Störung der Geschäftsgrundlage. Bei internationalen Handelsverträgen ist die vertragliche Vereinbarung eines Schiedsgerichts als allein

²⁹ ICC Force Majeure Clause 2003, paragraphs 4 to 6: “4 A party successfully invoking this Clause is, subject to paragraph 6 below, relieved from its duty to perform its obligations under the contract from the time at which the impediment causes the failure to perform if notice thereof is given without delay or, if notice thereof is not given without delay, from the time at which notice thereof reaches the other party. 5 A party successfully invoking this Clause is, subject to paragraph 6 below, relieved from any liability in damages or any other contractual remedy for breach of contract from the time indicated in paragraph 4. 6 Where the effect of the impediment or event invoked is temporary, the consequences set out under paragraphs 4 and 5 above shall apply only insofar, to the extent that and as long as the impediment or the listed event invoked impedes performance by the party invoking this Clause of its contractual duties. Where this paragraph applies, the party invoking this Clause is under an obligation to notify the other party as soon as the impediment or listed event ceases to impede performance of its contractual duties.”

³⁰ ICC Force Majeure Clause 2003, paragraph 3 a. to g.: “3 In the absence of proof to the contrary and unless otherwise agreed in the contract between the parties expressly or impliedly, a party invoking this Clause shall be presumed to have established the conditions described in paragraph 1[a] and [b] of this Clause in case of the occurrence of one or more of the following impediments: [a] war (whether declared or not), armed conflict or the serious threat of same (including but not limited to hostile attack, blockade, military embargo), hostilities, invasion, act of a foreign enemy, extensive military mobilisation; [b] civil war, riot rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, civil commotion or disorder, mob violence, act of civil disobedience; [c] act of terrorism, sabotage or piracy; [d] act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, rule, regulation or direction, curfew restriction, expropriation, compulsory acquisition, seizure of works, requisition, nationalisation; [e] act of God, plague, epidemic, natural disaster such as but not limited to violent storm, cyclone, typhoon, hurricane, tornado, blizzard, earthquake, volcanic activity, landslide, tidal wave, tsunami, flood, damage or destruction by lightning, drought; [f] explosion, fire, destruction of machines, equipment, factories and of any kind of installation, prolonged break-down of transport, telecommunication or electric current; [g] general labour disturbance such as but not limited to boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premise”.

³¹ Grün/Steffens (o. Fußn. 3), Rdnr. 49.

³² Grün/Steffens (o. Fußn. 3), Rdnr. 34 ff.; Johannsen (o. Fußn. 10), Rdnr. 52 ff.

³³ Grün/Steffens (o. Fußn. 3), Rdnr. 27.

³⁴ Ausnahme bei Art. 79 CISG, s. o. III.1.

zuständiges Gericht für Rechte und Ansprüche aus dem Vertrag einschließlich einer zu Grunde zu legenden Schiedsgerichtsklausel in jedem Fall empfehlenswert.

VI. Summary

The article makes reference to the current trend in international politics that certain governments impose punitive tariffs on the import of products and material or impose other (non tariff) trade barriers. It is questioned if these trade barriers can be treated as cases of force majeure. The legal treatment of force majeure cases vary substantially between the legal systems. The article demonstrates in an overview certain basic differences between the understanding of the binding nature of a contract amongst private parties under the Continental European and the Anglo-American legal system and the effect on force majeure cases and their legal treatment. For the Continental European legal systems, the *author* depicts the potentially applicable clauses in the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), especially the rights of a contractual party to refuse performance of the contract, § 275 BGB, to request renegotiating of

the contract, § 313 para. 1 BGB, or to withdraw from the contract, § 313 para. 3 BGB. The legal barriers to apply such rights are substantially high. As a matter of a legal certainty for a contract, the *author* refers to contractual hardship and force majeure clauses, making reference to the ICC Hardship and Force Majeure Clauses 2003, and introduces the content and structure of these clauses. By way of conclusion the *author* strongly recommends the inclusion of these, respectively, of hardship and/or force majeure clauses in general into cross-border contracts on the delivery of products and materials combined with an arbitration clause.



Dr. Oliver M. Habel

RECHTSPRECHUNG

WIRTSCHAFTSRECHT

EuGH | Vorleistung der Rücksendekosten im Fernabsatz zur Nacherfüllung

RL 1999/44/EG Art. 3 Abs. 3, BGB § 269

1. Art. 3 Abs. der RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter ist dahin auszulegen, dass die Mitgliedstaaten für die Bestimmung des Orts zuständig bleiben, an dem der Verbraucher gem. dieser Vorschrift dem Verkäufer ein im Fernabsatz erworbenes Verbrauchsgut für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands bereitzustellen hat. Dieser Ort muss für eine unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands binnen einer angemessenen Frist ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher geeignet sein, wobei die Art des Verbrauchsguts sowie der Zweck, für den der Verbraucher das Verbrauchsgut benötigte, zu berücksichtigen sind. Insoweit ist das nationale Gericht verpflichtet, eine mit der RL 1999/44 vereinbare Auslegung vorzunehmen und ggf. auch eine gefestigte Rechtsprechung zu ändern, wenn diese auf einer Auslegung des nationalen Rechts beruht, die mit den Zielen dieser RL unvereinbar ist.

2. Art. 3 Abs. 2-4 RL 1999/44 ist dahin auszulegen, dass das Recht des Verbrauchers auf eine „unentgeltliche“ Herstellung des vertragsgemäßen Zustands eines im Fernabsatz erworbenen Verbrauchsguts nicht die Verpflichtung des Verkäufers umfasst, wenn das Verbrauchsgut zum Zweck der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands an den Geschäftssitz des Verkäufers transportiert wird, einen Vorschuss auf die damit verbundenen Kosten zu leisten, sofern für den Verbraucher die Tatsache, dass er für diese Kosten in Vorleistung treten muss, keine Belastung darstellt, die ihn von der Geltendmachung seiner Rechte abhalten könnte; dies zu prüfen ist Sache des nationalen Gerichts.

3. Art. 3 Abs. 3 i. V. m. Art. 3 Abs. 5 2. Gedankenstrich RL 1999/44 ist dahin auszulegen, dass in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens der Verbraucher, der dem Verkäufer die Vertragswidrigkeit des im Fernabsatz erworbenen Verbrauchsguts mitgeteilt hat, dessen Transport an den Geschäftssitz des Verkäufers für ihn eine erhebliche Unannehmlichkeit darstellen könnte, und der dem Verkäufer dieses Verbrauchsgut an seinem Wohnsitz zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands bereitgestellt hat, mangels Abhilfe binnen einer angemessenen Frist die Vertragsauflösung verlangen kann, wenn der Verkäufer keinerlei angemessene Maßnahme ergriffen hat, um den vertragsgemäßen Zustand des Verbrauchsguts herzustellen, wozu auch gehört, dem Verbraucher den Ort mitzuteilen, an dem er ihm