

3 | 2020

20. Jahrgang
15. Juni 2020
S. 89–132
PVSt 10439



Internationales Handelsrecht

Zeitschrift für das Recht des
internationalen Warenkaufs
und Warenvertriebs

Herausgegeben von: RA Prof. Dr. Rolf Herber · RiOLG Prof. Dr. Ulrich Magnus ·
RA Prof. Dr. Burghard Piltz · RA Dr. Karl-Heinz Thume

internationales-handelsrecht.net

gemeinsam mit: MDgtin. Prof. Dr. G. Beate Czerwenka · RA Dr. Tobias Eckardt · RA Dr. Raimond
Emde · Prof. Dr. Franco Ferrari · Prof. Dr. Christiana Fountoulakis · RA Dr. Christian Groß · Prof. Dr.
Peter Huber · RA Prof. Dr. Stefan Kröll · Prof. Dr. Brigitta Lurger · Prof. Dr. Peter Mankowski · Prof.
Dr. Ingo Saenger · Prof. Dr. Ingeborg Schwenger

Aufsätze >	Martin Rothermel – Ereignisse (Coronavirus, Brexit, u.a.) und höhere Gewalt etc. – braucht es eine Klausel?	89
Entscheidungen >	Keine konkludente Abwahl des CISG durch Argumentation auf Basis nationalen Kaufrechts (OLG München, Urt. v. 12.4.2018 – 32 U 2098/17)	97
	Zur Abgrenzung der Begriffe „neu“/„neu hergestellt“ und „gebraucht“ bei Tieren (BGH, Urt. v. 9.10.2019 – VIII ZR 240/18)	99
	Keine Aufklärungspflicht der Verkäufers gegenüber Verbraucher bei anstehendem Modellwechsel (LG Wuppertal, Urt. v. 9.1.2020 – 9 S 179/19)	108
	Auch außerhalb § 377 HGB kann den Käufer eine Untersuchungsobliegenheit treffen (BGH, Beschl. v. 2.7.2019 – VIII ZR 74/18)	109
	Keine neuen Angaben zum Streitwert im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren (BGH, Beschl. v. 18.12.2019 – VII ZR 151/19)	114
	Entscheidung über Wiederklage und Aufrechnung im Schiedsspruch wirkt sich streitwerterhöhend aus (BGH, Beschl. v. 23.7.2019 – I ZB 1/16)	124
	Der „Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist“, ist der Ort, an dem die Preise des Marktes verfälscht wurden. (EuGH, Urt. v. 29.7.2019 – C 451/18)	128

ottoschmidt



Aufsätze

RA Martin Rothermel

Ereignisse (Coronavirus, Brexit, Embargos, Zölle, u.a.) und höhere Gewalt, Unmöglichkeit, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Hardship, Frustration im BGB und in anderen Rechtsordnungen – braucht es eine Klausel?

„Höhere Gewalt“ mag im Moment in fast aller Munde sein (wenn auch hinter Schutzmasken) und ist praktisch täglich stark spürbar; das nationale und internationale Zivil- und Handelsrecht gibt auf die Fragen davon betroffener Vertragsparteien aber kaum praktische Antworten. Der Schuldner der vertragstypischen Pflicht (Verkäufer, Dienstleister, Werkunternehmer) weiß nicht, ob er von der Leistung befreit ist und welche Rechtsfolgen (etwa Schadensersatz) dies hat. Noch unklarer ist für den Gläubiger (Käufer oder Auftraggeber) was gilt, wenn er die Leistung nicht annehmen kann. Die Entwicklungen der Covid-19 Infektion haben gezeigt, dass durchaus beides vorliegen kann und es scheint, als sei der Schuldner (Verkäufer, Dienstleister, Werkunternehmer) im Vergleich zum Gläubiger (Käufer oder Auftraggeber) privilegiert. Dieser Artikel will die Regelungen und Konsequenzen für Leistung und Gegenleistung aufzeigen. Es wird deutlich, dass die betroffenen Vertragsparteien in der konkreten Situation wenig konkrete Orientierung im Gesetz finden. Es stellen sich dort stattdessen eine ganze Reihe diffuser Abwägungsfragen und es steht zu befürchten, dass „ein Gericht hinterher schlauer“ ist. Braucht es also Vertragsklauseln zur höheren Gewalt?

1. Höhere Gewalt, Hardship, Frustration, Unmöglichkeit, Wegfall der Geschäftsgrundlage: Leistung und Gegenleistung sowie Schadensersatz im deutschen Recht

Im deutschen Zivilrecht ist der Begriff der höheren Gewalt, also grob gesagt „unabwendbare Ereignisse“¹ oder auch „acts of god“ oder „force majeure“ kaum geregelt. Nur vereinzelt und in Nebengebieten finden sich Bezüge auf höhere Gewalt, so beispielsweise im BGB für die Verjährungshemmung in § 206 BGB oder bis 2018 im Reiserecht (§ 651j BGB a.F., nunmehr ersetzt durch § 651h Abs. 3 BGB², wobei der Begriff „höhere

1 Wikipedia meint, es komme „von lateinisch“ *vis maior* und liege vor, wenn ein schadenverursachendes Ereignis von außen einwirkt, also seinen Grund nicht in der Natur der gefährdeten Sache hat (objektive Voraussetzung) und das Ereignis auch durch die äußerste zumutbare Sorgfalt weder abgewendet noch unschädlich gemacht werden kann (subjektive Voraussetzung) wie bspw.: „Naturkatastrophen jeder Art, insbesondere Erdbeben, Überschwemmungen, Unwetter, Vulkanausbrüche, aber auch niederer Zufall (latein *casus fortuitus*) wie Aufruhr, Blockade, Brand, Bürgerkrieg, Embargo, Geiselnahmen, Krieg, Revolution, Sabotage, Streiks (sofern diese bei einem Dritten stattfinden; Beispiel: Vertrag zwischen Verbraucher und Fluggesellschaft und Streik bei Fluglotsen, auch bei einem Streik bei der Fluggesellschaft), Terrorismus, Verkehrsunfälle oder im industriellen Sinne Produktionsstörungen“.

2 Siehe dazu etwa *Paulus*, Das neue Pauschalreisevertragsrecht, JuS 2018, 647 ff.

Gewalt“ weggefallen ist³) oder im Teilzeitwohnrechtvertragsbereich in § 484 BGB und bei der Haftung des Gastwirts in § 701 Abs. 3 BGB, sowie früher im Überweisungsverkehr nach §§ 676b, 676g a.F. oder im Erbrecht in § 1996 a.F. Daneben gibt es noch Regelungen im Verkehrsrecht (etwa § 7 Abs. 2 StVG) oder etwa dem Haftpflichtgesetz (HPfG) für die Haftung im Zusammenhang mit Schienenbahnen, Elektrizität, Gasen, Dämpfen, Flüssigkeiten, Stromleitungs- oder Rohrleitungsanlagen, Bergwerken, Steinbrüchen, Gruben oder Fabriken⁴.

Das deutsche Schuldrecht kommt also weitestgehend ohne den Begriff der höheren Gewalt aus. Es wird stattdessen in den betreffenden Fällen auf die Leistungsbefreiungstatbestände der Unmöglichkeit in § 275 BGB oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (WGG) in § 313 BGB zurückgegriffen.

Vor diesem Hintergrund ist schon mal überraschend, wie selbstverständlich doch vielfach von „höherer Gewalt“ gesprochen wird, obwohl sie in den betreffenden Gesetzesvorschriften nicht vorkommt.

Der eher Common Law geprägte Begriff „Hardship“ (oder „Härtefall“) ist im deutschen Recht gar nicht enthalten und könnte allenfalls auch unter WGG zu subsumieren sein. Gleichmaßen ist das bei „Frustration“ (s. unten).

a) Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage – Auswirkungen auf die Leistung

aa) Unmöglichkeit

§ 275 Abs. 1 BGB sieht vor, dass der Anspruch auf Leistung *ipso iure* (also ohne Einrede oder Erklärung⁵) ausgeschlossen ist, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann schlicht unmöglich ist (objektive, subjektive oder auch echte Unmöglichkeit⁶).

- ▶ Bereits hier stellt sich also die Frage, ob diese *ipso iure* Folge auch gilt, wenn der Schuldner eigentlich meint, leisten zu können. Kann sich gleichwohl derjenige, der die Gegenleistung nicht erbringen will (s. unten) auf die Unmöglichkeit beim Leistenden berufen?

Darüber hinaus gewähren § 275 Abs. 2 BGB (faktische oder praktische oder normative Unmöglichkeit) und § 275 Abs. 3 BGB (persönliche, sittliche, moralische oder psychische Unmöglichkeit oder einfach nur persönliche Unzumutbarkeit) dem Schuldner Leistungsverweigerungsrechte, wenn die Leistung zwar möglich ist, aber nur unter unzumutbaren Anstrengungen zu erbringen wäre, wobei hier in § 275 Abs. 2 BGB schon etwas zu Lasten des Schuldners die Frage nach dem Verschulden ins Spiel kommt (dazu unten mehr). Wenn also die Leistung zwar grundsätzlich noch möglich, jedoch aufwendiger ist, kann der Schuldner unter Abwägung zum Leistungsinteresse des Gläubigers auf Einrede befreit werden.

- ▶ Wie soll der Schuldner diese schwierige Abwägung gegen die Interessen des Gläubigers vornehmen? Kann er das Gläubigerinteresse selbst abschätzen und abwägen, braucht er dazu den Gläubiger, wird der sich dazu erklären?

Die Fälle in denen man hingegen nicht das Gläubigerinteresse abwägen muss, sondern den Aufwand des Schuldners ins Verhältnis zum Ertrag setzen darf (eine viel einfachere Frage für den Schuldner), werden nach § 313 BGB unter dem Wegfall

der Geschäftsgrundlage (WGG) behandelt (s. unten), man spricht dabei von der wirtschaftlichen Unmöglichkeit⁷. Das Verhältnis der beiden Vorschriften mit ihren unterschiedlichen Rechtsfolgen, die je nach Perspektive in beiden Varianten mal mehr mal weniger gewollt sein können, ist bereits sehr schwierig⁸.

- ▶ Wie kann der Schuldner für sich feststellen, ob Unmöglichkeit oder WGG vorliegt?

Sowohl Literatur als auch Rechtsprechung wenden zudem § 275 BGB auch bei einer nur vorübergehenden Unmöglichkeit der Leistungserbringung (also etwas, das zunächst wie Verzug aussieht) für die jeweilige Dauer des Leistungshindernisses „analog“ an⁹. Die Rechtsprechung stellt die nur vorübergehende Unmöglichkeit einer dauernden Unmöglichkeit in bestimmten Fällen gleich¹⁰. Es soll dabei zwar im Grunde auf den Zeitpunkt des Eintritts der Störung ankommen, aber wenn diese im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung behoben

3 Die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/10822, 76) führt dazu aus, dass Umstände unvermeidbar und außergewöhnlich sind, wenn sie nicht der Kontrolle der Partei unterliegen, die sich hierauf beruft, und sich ihre Folgen auch dann nicht hätten vermeiden lassen, wenn alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen worden wären. Die EU-Pauschalreisen-Richtlinie 2015/2302, gibt mehrere Beispiele: so etwa bei Kriegshandlungen, anderen schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Sicherheit wie Terrorismus, erheblichen Risiken für die menschliche Gesundheit wie ein Ausbruch einer schweren Krankheit am Reiseziel oder bei Naturkatastrophen wie Hochwasser oder Erdbeben oder Witterungsverhältnissen, die eine sichere Reise an das im Pauschalreisevertrag vereinbarte Reiseziel unmöglich machen. Der Begriff der höheren Gewalt entfiel mit dem Ziel eines einheitlichen europäischen Begriffsverständnis zur Verordnung (EG) Nr. 261/2004 (über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen).

4 Vielfach wird im Moment dazu (dem HPfG) als „ständige Rechtsprechung“ zur höheren Gewalt zitiert, wie etwa BGH, 16.10.2007 – VI ZR 173/06: „betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch äußerste, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmen in Kauf zu nehmen ist“. Teilweise wird im Moment auch zitiert BGH, 16.5.2017 – X ZR 142/15, wo zum Reiserecht ausgeführt wurde, höhere Gewalt sei ein von außen kommendes, auch durch die äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis, das weder der betrieblichen Sphäre des Reiseveranstalters noch der persönlichen Sphäre des Reisenden zuzuordnen ist.

5 Ernst in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, § 326 Rz. 10.

6 Siehe zu den Begrifflichkeiten in § 275 BGB etwa Musielak, Der Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 BGB, JA 2011, 801 ff.

7 Bei der Unmöglichkeit i.S.v. § 275 Abs. 2 BGB geht es in der Abwägung ausschließlich um das Interesse des Gläubigers am Erhalt der Leistung; bei § 313 BGB wird auf den Aufwand des Schuldners, der in einem Missverhältnis zur Gegenleistung steht, abgestellt (BT-Drucks. 14/6040, 130).

8 Siehe zur großen Komplexität der zu diskutierenden Fragen Schulze/Ebers, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 265 ff.

9 BGH, 12.3.2013 – XI ZR 227/12; Lorenz in BeckOK/BGB, 53. Edition, Stand 1.2.2020, § 275 Rz. 39; Ernst in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, § 275 Rz. 141.

10 Wohl am meisten zitiert dazu ist BGH, 19.10.2007 – V ZR 211/06 „wenn durch das Hindernis die Erreichung des Vertragszwecks in Frage gestellt wird und der einen oder anderen Partei bei billiger Abwägung der beiderseitigen Belange nicht mehr zugemutet werden kann, die Leistung dann noch zu fordern oder zu erbringen“. Warum hier aber auf beide Parteien und „fordern“ und „erbringen“ abgestellt wird, ist nicht ganz klar, aber interessant. Es kann sein, dass das Urteil auf vorhergehenden Entscheidungen und Lehrmeinungen der Rechtsordnung vor 2002 basiert denn das tönt schon irgendwie nach Wegfall der Geschäftsgrundlage (jedenfalls das zitierte Urteil aus 1967 hatte auch so entschieden).

ist, dann könnte doch nur eine vorübergehende Störung vorliegen haben¹¹, wenn kein „Fixgeschäft“¹² gegeben war.

- Woher soll der Schuldner also sicher wissen, ob er „nur“ in Verzug oder im Bereich der Unmöglichkeit ist?

Liegen die Voraussetzungen des § 275 BGB vor, entfällt als Rechtsfolge und in Ausnahme zum Grundsatz *pacta sunt servanda* (Verträge sind zu erfüllen) die primäre Leistungspflicht des Schuldners, d.h. der Lieferant muss nicht mehr liefern. Die Gegenleistungspflicht fällt regelmäßig nach § 326 BGB weg (dazu später mehr). Der Schuldner ist nach § 283 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wenn ihn Verschulden trifft (dazu später mehr). Diese Unmöglichkeits-Mechanik ist einigermaßen klar.

bb) Wegfall der Geschäftsgrundlage

Etwas anders ist die Mechanik beim Wegfall der Geschäftsgrundlage (WGG) in § 313 BGB: er gibt als Rechtsfolge primär eine Anpassung des Vertrages. WGG greift unter Umständen bei Ereignissen die nicht unter die Privilegierung des § 275 BGB (s. oben) fallen¹³ (sog. wirtschaftliche Unmöglichkeit).

WGG als *clausula rebus sic stantibus* (Regelung gleichbleibender Umstände) wurde erst im Jahr 2002 Gesetz – zuvor war sie seit langem in der Rechtsprechung als Formel gängig. Nach der Begründung des Gesetzes¹⁴ sind nun objektive und auch subjektive Elemente der Geschäftsgrundlage erfasst; einfach ausgedrückt soll nach dem Willen des Gesetzgebers folgendes gelten: „Bei den Voraussetzungen werden mehrere Merkmale aufgeführt, die kumulativ vorliegen müssen: (i) Es müssen sich nach Vertragsschluss Umstände entscheidend verändert haben. (ii) Diese Umstände müssen Inhalt des Vertrags geworden sein. (iii) Die Parteien müssten, wenn sie die Änderung vorausgesehen hätten, den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen haben. (iv) Das Festhalten am unveränderten Vertrag muss für den einen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, unzumutbar sein.“ In der deutschen Juristerei spricht man schon sehr lange vom realen, hypothetischen und normativen Element.

Ob eine bloße Leistungsschwerung letztlich zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage führt, ist abstrakt nicht zu beantworten. Verlangt werden „überobligationsmäßige“ Anstrengungen¹⁵; teilweise wird vertreten, Leistungsschwerungen trage grundsätzlich der Lieferant¹⁶. Dabei spielt auch regelmäßig die Frage nach dem Beschaffungsrisiko (s. § 276 BGB) des Verkäufers eine Rolle. Dies müsste sich grundsätzlich aus dem Parteiwillen ergeben¹⁷, wird aber bei der Gattungsschuld vermutet.¹⁸ Geht die Sache unter, bevor der Verkäufer seine Leistungspflicht erfüllen konnte, trifft ihn die Pflicht, eine andere Sache aus der geschuldeten Gattung zu organisieren und mit ihr seine Pflicht gegenüber dem Käufer zu erfüllen.¹⁹ Konsequenz daraus ist, dass sich der Verkäufer nur bei einer groben (und daher unzumutbaren) Inäquivalenz und wenn die Verteuerung von keiner Seite zu vertreten war²⁰ darauf berufen darf.

- Der Rechtssuchende hat wenig Orientierung, um für sich festzustellen ob ein Fall der WGG vorliegt.

b) Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage – Auswirkungen auf die Gegenleistung

Die Unmöglichkeits-Mechanik funktioniert wie folgt: Liegen die Voraussetzungen des § 275 BGB vor, entfällt als Rechtsfolge die primäre Leistungspflicht des Schuldners, d.h. der Lieferant muss nicht mehr liefern. Die Gegenleistungspflicht entfällt dann im Grunde nach § 326 BGB, außer der Gläubiger ist für die Unmöglichkeit verantwortlich (§ 326 Abs. 2 BGB); der Gläubiger kann auch zurücktreten nach § 326 Abs. 6 BGB, was im Schuldverhältnis zur Rückgewähr führt, die gesetzestech-nisch nötig ist, wenn schon Teilleistungen erfolgt sind. Teilweise Unmöglichkeit führt zu teilweisem Wegfall der Vergütung²¹. Allerdings ist der Schuldner auch nach § 283 BGB zum Schadensersatz verpflichtet, wenn ihn Verschulden trifft (dazu später mehr).

Bei WGG nach § 313 BGB gibt es eine Anpassung des Vertrages (§ 313 Abs. 1 BGB) oder, wenn dies nicht möglich oder nicht zumutbar ist, eine Rücktritts- bzw. Kündigungsmöglichkeit (§ 313 Abs. 3 BGB).

- In beiden Varianten sind wieder schwierige Fragen zu beantworten, ehe die Rechtsfolge klar ist.

c) Unmöglichkeit – Schadensersatzpflicht

Die Unmöglichkeit kann zur Schadensersatzpflicht des Schuldners (ein Fall der Schadensersatzpflicht statt der Leistung) führen, setzt aber Verschulden voraus (§§ 275 Abs. 4, 283, 280, 276 BGB). Dies dürfte in den typischen Fällen unabwendbarer Ereignisse nicht gegeben sein. Anders ist dies eventuell bei Übernahme des Beschaffungsrisikos durch den Schuldner gem. § 276 BGB. Wann das vorliegt, ist aber eine Frage des Sachver-

11 Grüneberg in Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 275 Rz. 12.

12 BGH, 28.5.2009 – Xa ZR 113/08: „Beim absoluten Fixgeschäft begründet die Nichteinhaltung der Leistungszeit Unmöglichkeit der Leistung (BGHZ 60, 14 [16]). Die Qualifikation eines Rechtsgeschäfts als absolutes Fixgeschäft erfordert daher, dass der Leistungszeitpunkt nach Sinn und Zweck des Vertrags und nach der Interessenlage der Parteien so wesentlich ist, dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt.“

13 Jauernig/Stadler, BGB, 17. Aufl. 2018, § 275 Rz. 11; Lorenz in BeckOK/BGB, 53. Edition, Stand 1.2.2020, § 275 Rz. 33.

14 BT-Drucks. 14/6040 vom 14.5.2001, S. 174 ff. „In der Rechtslehre sind zum Fehlen und zum Wegfall der Geschäftsgrundlage zahlreiche Theorien entwickelt worden, und es bestehen weitgehend unterschiedliche Auffassungen, die jedoch weniger die Ergebnisse als deren Begründung betreffen. Nach der Rechtsprechung, vor allem der des BGH, wird die Geschäftsgrundlage gebildet durch die nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt gewordenen, bei Vertragsschluss aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen der Vertragsparteien oder die dem anderen Teil erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen Partei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, auf denen sich der Geschäftswille der Parteien aufbaut (RGZ 103, 328, 332; BGHZ 25, 390, 392; BGHZ 89, 226, 231). Diese Formel geht letztlich auf Oertmann, Die Geschäftsgrundlage 1923, zurück.“

15 Jauernig/Stadler, a.a.O., § 313 Rz. 17.

16 Otte-Gräbener, Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf Lieferverträge, GWR 2020, 147 ff., 150 m.w.N.

17 Lorenz in BeckOK/BGB, 53. Edition, Stand 1.2.2020, § 276 Rz. 43.

18 MünchKommBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 313 Rz. 73.

19 Grundmann in MünchKommBGB, 8. Aufl. 2019, § 276 Rz. 178.

20 MünchKommBGB/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, § 313 Rz. 209.

21 Jauernig/Stadler, a.a.O., § 326 Rz. 10.

halts²². Nicht ganz klar ist dabei, ob man für die Pflichtverletzung auf die Handlung abstellt, die die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat oder ob man die Nichterfüllung meint, bei der das Verschulden vermutet wird²³. Und es darf nicht vergessen werden, dass der Schuldner bei irriger Annahme, er sei von der Leistung nach § 275 BGB befreit (etwa weil er in § 275 Abs. 2 das Gläubigerinteresse falsch abgewogen hat), auf Leistung verklagt werden kann oder wegen Nichterfüllung nach § 281 BGB haftet²⁴. Auch ist zu bedenken, dass ein Unternehmen die Pflicht trifft, ein gewisses Risikomanagement vorzuhalten (s. etwa § 91 Abs. 2 AktG²⁵).

► Auch hier ist der Rechtssuchende in der konkreten Situation einigermaßen auf sich gestellt.

d) Besonderes Problem: Unmöglichkeit nicht auf Seiten des Leistenden sondern des „Gegenleistenden“ also des Annehmenden

Wird dem Schuldner die Leistung unmöglich, dann entfällt, wie gezeigt, seine Leistungspflicht (es greift also die Unmöglichkeits-Mechanik) und er ist eventuell schadensersatzpflichtig (§§ 275, 283 BGB). Die Gegenleistungspflicht entfällt meist ebenfalls (wenn der Gläubiger für die Unmöglichkeit nicht verantwortlich ist, § 326 Abs. 2 BGB) und es kommt eventuell noch ein Rücktritt in Betracht (§ 326 Abs. 6 BGB).

Was passiert aber, wenn nicht (nur) der Lieferant oder Verkäufer, Dienstleistungserbringer oder Werkunternehmer Schwierigkeiten hat, die Leistung zu erbringen, sondern der Käufer bzw. Auftraggeber die Leistung nicht mehr gebrauchen kann oder sogar nicht annehmen kann? Was also, wenn Bedarfe wegfallen, Veranstaltungen ausfallen oder gar verboten werden, etc.? Die Frage, ob die Annahme der Leistung möglich wäre oder nicht, erscheint dann nicht uneingeschränkt zielführend. Wie oben gezeigt, gibt es auch eine Vielzahl von Unmöglichkeiten mit teilweise auch normativer oder theoretischer Natur (faktische, praktische, normative, persönliche, sittliche, moralische, psychische, persönliche oder wirtschaftliche Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit) die gleichwohl allesamt zum § 275 BGB (insbesondere dessen schwer fassbare Abs. 2 und 3) oder vielleicht auch zum § 313 BGB führen.

Das Gesetz kennt auf Seiten des Gegenleistenden den Annahmeverzug in § 293 BGB und § 615 BGB mit besonderen Rechtsfolgen. Die Unmöglichkeitsmechanik (§§ 275, 323 BGB) bei der Annahme mit der Wirkung, dass dann auch die Vergütungspflicht entfällt, ist jedoch nicht vorgesehen und dürfte allenfalls die Ausnahme sein. Ein Grund dafür ist etwa, dass die Annahme oder Abnahme der Leistung durch den Gläubiger nicht als Hauptpflicht sondern wie z.B. im Kaufvertrag als Nebenpflicht²⁶ oder Obliegenheit²⁷ angesehen wird und nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis (oder *Synallagma*) steht²⁸.

Dennoch ist anerkannt, dass die Annahme der Leistung oder deren Abnahme (eine Art Mitwirkungshandlung) ausnahmsweise eine echte Rechts- und damit Schuldnerpflicht darstellen kann – etwa, wenn dies vereinbart ist. Gesetzliche Fälle dafür sind zudem §§ 640 Abs. 1 BGB²⁹, 375 HGB³⁰ und mit Einschränkungen § 433 Abs. 2 BGB³¹. Anerkannt ist auch, dass § 275 BGB grundsätzlich wohl für alle Schuldverhältnisse und zwar sowohl für Haupt- als auch für Nebenleistungspflichten,

gilt³² – nicht aber für Zahlungspflichten³³, „Geld hat man zu haben“; die Leistungspflicht muss für § 275 BGB wohl auch nicht in einem Synallagma stehen³⁴. Kann man die Unmöglichkeits-Mechanik also doch auch auf die Annahme/Abnahme anwenden?

Problematisch ist dabei, dass die Annahme/Abnahme nach dem Gesetz meist allenfalls eine von mehreren Pflichten auf Seiten des Käufers oder Auftraggebers ist und dies lässt die stumpfe Anwendung der Unmöglichkeits-Mechanik zweifelhaft erscheinen (also startet eben nicht das Ping-Pong-Spiel: „ich kann/muss nicht abnehmen, der andere kann/muss nicht leisten, ich muss nicht bezahlen – außer bei Verschulden Schadensersatz“). Es leuchtet ein, dass dies bei mehreren Pflichten des Gläubigers nicht richtig passt, wenn ihm die Erfüllung nur einer Pflicht schwerfällt. Beim Dienstvertrag hingegen schuldet der Auftraggeber „nur“ die Vergütung zu entrichten (§ 611 BGB) – das Spiel wäre hier eröffnet, weshalb es dort neben dem allgemeinen § 293 BGB den § 615 BGB und die Betriebs-

-
- 22 BGH, 19.10.2007 – V ZR 211/06: „Anders als bisher kann jedoch der vertraglichen Verpflichtung des Schuldners allein nicht mehr eine seinem Versprechen immanente Garantie für sein Leistungsvermögen entnommen werden. Damit würde der Kerngehalt der [...] Gesetzesänderungen durch die Schuldrechtsmodernisierung unterlaufen, nach denen der Schuldner grundsätzlich nur noch verschuldensabhängig haften soll [...]. Entgegen einer vereinzelt vertretenen Auffassung [...] muss die Garantie nicht ausdrücklich übernommen werden. Es genügt eine konkludente Vereinbarung [...]; Voraussetzung ist aber, dass konkrete Anhaltspunkte für eine Garantieübernahme vorliegen. Fehlen diese, bleibt es bei der verschuldensabhängigen Haftung“.
 - 23 *Looschelders*, „Unmöglichkeit“ und Schadensersatz statt der Leistung, JuS 2010, 849 (856).
 - 24 Auch ein Schadensersatz statt der Leistung, inhaltlich gleichlaufend wie in § 283 BGB (daher hat letzterer einen eingeschränkten Anwendungsbereich – s. *Grüneberg* in Palandt, a.a.O., § 283 Rz. 1 f.) aber mit anderen Voraussetzungen.
 - 25 „Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden“ – Ausfluss des KontraG (Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich 1998).
 - 26 Die Abnahmepflicht ist in der Regel und im Zweifel Nebenpflicht, weil sie keine Gegenleistung für die verkaufte Sache darstellt und soll nur ausnahmsweise im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen; *Palandt/Weidenkaff*, a.a.O., § 433 Rz. 44. HK-BGB/*Saenger*, 10. Aufl. 2019, BGB § 433 Rz. 15; *Westermann* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 433 Rz. 69, dort aber auch „Unmöglichkeit der Abnahme kann Annahmeverzug sein mit den daraus für den Verkäufer folgenden Möglichkeiten, die Sache loszuwerden; im Folgenden kann es aber auch zu einem beiderseits nicht zu vertretenden Unmöglichwerden des Leistungsaustauschs kommen“.
 - 27 „Entgegennahme der Leistung und Vornahme der Mitwirkungshandlung sind bloße Gläubigerobliegenheiten“, *Jauernig/Stadler*, a.a.O., § 293 Rz. 1.
 - 28 „Hauptpflicht des Käufers ist die Zahlung des in Geld bestehenden Kaufpreises, kann aber auch die in § 433 Abs. 2 ausdrücklich erwähnte und gewöhnlich nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Pflicht zur Abnahme der Sache sein. Im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen die Hauptpflichten der Parteien, so gesehen ist die Abnahme nur Gegenstand einer Nebenpflicht“; *Westermann* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 433 Rz. 65.
 - 29 *Busche* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 640 Rz. 2.
 - 30 *Jauernig/Stadler*, a.a.O., § 293 Rz. 9.
 - 31 *Westermann* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 433 Rz. 69.
 - 32 *BeckOK/Lorenz*, BGB Kommentar 53. Edition 2020, § 275 Rz. 18.
 - 33 BGH, Urt. v. 28.2.1989 – IX ZR 130/88; BGH, Urt. v. 25.3.1982 – VII ZR 60/81; *Ernst* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rz. 11-16 m.w.N. und Frage nach Anwendung in der Finanzkrise.
 - 34 *Ernst* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rz. 12.

risikolehre gibt³⁵, so dass es meist das Problem des Annehmenden bleibt und das Spiel nicht läuft.

Wann also greift der § 275 BGB für die Annahme der Leistung dennoch bzw. was sind die Rechtsfolgen? Vereinzelt wird diskutiert, ob die Nicht-Annahme/Abnahme zur Unmöglichkeit der Leistung führt³⁶. Es scheint allerdings, dies wäre für den Gegenleistenden zunächst sogar ein Vorteil, denn dann würde seine Zahlungspflicht über § 326 BGB entfallen³⁷. Teilweise spricht man auch vom Zweckfortfall, wenn durch besondere Umstände außerhalb der persönlichen oder sachlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners, namentlich durch den Wegfall des Leistungssubstrats (also des Gegenstandes der Leistung), der Eintritt des Leistungserfolges verhindert wird³⁸. Die Konsequenz wäre mehr oder weniger eine beiderseitige Unmöglichkeit und es wird dann praktisch zum Zufall, wer sich zuerst auf die Unmöglichkeits-Mechanik beruft (er muss nicht leisten, Gegenleistung fällt weg, Schadensersatz bei Verschulden) und für wen das dann besser ist (gibt es hier eine Art „First-Mover-(Dis)Advantage“?). Daher wird erwoogen über Hilfskonstruktionen eine abweichende Verteilung der Gegenleistungsgefahr zu begründen³⁹ oder den § 326 Abs. 2 BGB anzuwenden, um den Fall, dass ein Gläubiger für die Unmöglichkeit der Schuldnerpflicht verantwortlich ist (wohlgemerkt, nicht „zu vertreten hat“⁴⁰), auszugleichen. Auch werden dabei die §§ 615 und 645 BGB erwähnt (also im Ergebnis wie oben).

► Dies ist nicht besonders klar; es wird Fälle geben, in denen der Gläubiger die Leistung dauerhaft oder halt im nicht nachholbaren Moment nicht annehmen kann und dies von ihm nicht verschuldet oder zu verantworten ist. Der Schuldner findet dann im Gesetz erst mal keine klare Antwort auf die Frage, ob der Gläubiger dennoch bezahlen muss und er wird überrascht sein, wenn der Gläubiger entspannt wissen lässt, dem Schuldner sei ohne die Annahme durch den Gläubiger die Leistung unmöglich und der Gläubiger müsse daher nicht bezahlen. Anders herum stellt sich aber gleichermaßen die Frage, weshalb der Leistende bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit nicht leisten und keinen Schadensersatz bezahlen muss, der Gläubiger im umgekehrten Fall aber vielleicht schon.

Die Rechtsprechung behandelt (soweit ersichtlich) die Fälle, in denen einem Auftraggeber nicht möglich war, die Leistung abzunehmen nach den Regelungen des betreffenden Schuldverhältnisses, ohne auf § 275 BGB im allgemeinen Teil abzustellen: Das OLG Nürnberg bspw. entschied 2010, dass bei Absage einer Veranstaltung als Nachwirkung der 9/11-Anschläge, allenfalls eine Kündigung des Werkvertrages für Planung, und Konzeption, Gesamtorganisation und gastronomischen Caterings nach § 649 Satz 2 Halbs. 1 BGB a.F. möglich war; der Unternehmer behielt seinen Vergütungsanspruch, musste sich aber ersparte Aufwendungen anrechnen lassen⁴¹. Einen Wegfall der Geschäftsgrundlage hatte das Gericht geprüft aber abgelehnt (dazu unten). Anders sah es das OLG Karlsruhe 1992 im Falle einer Absage einer Faschingsveranstaltung, nachdem die Gemeinde die Halle wegen des Golfkrieges nicht für eine solche Veranstaltung zur Verfügung stellen wollte; die engagierte Musikkapelle ging aufgrund WGG leer aus (auch hier wurde Werkvertrag angenommen)⁴². Es gibt noch Spezialfälle und -fragen bei Reiseveranstaltungen⁴³ oder der Verschiebung von Fußballveranstaltungen⁴⁴ oder beim Veranstaltungssponsoring⁴⁵.

2. Fälle von höherer Gewalt oder Wegfall der Geschäftsgrundlage in der deutschen Rechtsprechung und Literatur

Fälle in der Rechtsprechung finden sich (noch) etwas weniger, als erwartet. Die Literatur war vor Covid-19 auch eher überschaubar. Zur Unmöglichkeit fand sich im Kontext Virus, Embargo, Brexit, Krieg, etc. bislang fast nichts⁴⁶, es ging nur um höhere Gewalt oder Wegfall der Geschäftsgrundlage.

a) Epidemie, Pandemie, Virus

Im Zivilrecht kann bezüglich einer Epidemie bislang „nur“ auf deutsche Rechtsprechung zum Reiserecht zurückgegriffen werden (ansonsten waren keine Urteile auffindbar). In mehreren Entscheidungen wurde diese überwiegend als höhere Gewalt eingestuft⁴⁷ (s. dazu auch oben zur Entwicklung der Regelungen von § 651j zu § 651h Abs. 3 BGB).

35 Henssler in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 615 Rz. 103.

36 Ernst in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 293 Rz. 9 mit Verweis auf die sog. Abstrahierungsformel (es wird die fehlende Mitwirkung des Gläubigers unterstellt und geprüft, ob – Mitwirkung unterstellt – dem Schuldner die Leistung möglich wäre) und Leistungstheorie (ist das beim Gläubiger aufgetretene Annahmehindernis nicht nur vorübergehend und die Leistung im Grunde nicht nachholbar, liegt eine Unmöglichkeit der Leistung vor). Siehe auch Jauernig/Stadler, a.a.O., § 293 Rz. 8 m.w.N. (a.A. wohl die früher h.M., vgl. BGHZ 24, 96).

37 So ohne vertiefte Begründung Spenner/Estner, Absage von Veranstaltungen wegen des Coronavirus – wer zahlt?, BB 2020, 852 ff., 855. Ansonsten greifen die zahlreichen Veröffentlichungen, die es im Moment zu Covid-19 gibt, die Frage der Unmöglichkeit der Annahme überwiegend gar nicht auf.

38 Ernst in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rz. 158 – mit Abgrenzung zur Zweckvereitelung und dem Verwendungsrisiko (dann allenfalls Wegfall der Geschäftsgrundlage) in Rz. 167.

39 Ernst in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rz. 160.

40 Ernst in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 326 Rz. 52: „Das Gesetz vermeidet es hier, anders als § 324 Abs. 1 a.F., von einem vom Gläubiger „zu vertretenden“ Umstand zu sprechen. An den Sprachgebrauch des § 324 Abs. 1 a.F. hatte sich die Streitfrage geknüpft, nach welchem Maßstab es sich bestimmt, ob der Gläubiger einen Umstand „zu vertreten hat“. Die Auseinandersetzung dreht sich vor allem um die Frage, ob hier Raum für eine entsprechende Anwendung der §§ 276–278 ist oder ob im Rahmen des § 326 Abs. 2 Var. 1 auf andere Kriterien wie namentlich die sog. Risikosphären der Parteien abzustellen ist (Stichwort: Sphärentheorien). Das Gesetz lässt zwar durch Vermeiden des Begriffs „Zuvertreten-haben“ auf der Gläubigerseite erkennen, dass es sich nicht um eine Anwendung der §§ 276 ff. handelt, eine sachliche Bestimmung dessen, was der Gläubiger zu verantworten hat, fehlt aber. Insofern dürften die Ansichten, die bisher zu § 324 a.F. vertreten wurden, auch für § 326 Abs. 2 Var. 1 zu diskutieren sein“.

41 OLG Nürnberg, 27.5.2010 – 12 U 1442/09.

42 OLG Karlsruhe, 15.5.1992 – 15 U 297/91.

43 Tonner, Auswirkungen von Krieg, Epidemie und Naturkatastrophe auf den Reisevertrag, NJW 2003, 2783 – zum damaligen § 651j BGB (nun § 651h BGB).

44 Hauck/Stephan, Rechtsfolgen bei Absage und Verlegung einer Sportveranstaltung, JuS 2012, 585.

45 Jedlitschka, Risikoverteilung beim Veranstaltungssponsoring – „The Games must go on“, GRUR 2014, 842.

46 Ausser OLG Frankfurt v. 25.9.2018 – 16 U 209/17 zu Unmöglichkeit der Flugbeförderung wegen Kuwait-Israel-Boycott; wobei es allerdings früher noch hiess (OLG Frankfurt v. 9.5.2011 – 23 U 30/10): „Das Verbot einer Leistung [aufgrund von US Sanktionen] führt nicht dazu, dass diese nicht erbracht werden kann.“

47 Siehe etwa AG München v. 23.10.2007 – 114 C 19795/06 (Chikungunya-Virus, aber zu ungefährlich), AG Augsburg v. 9.11.2004 – 14 C 4608/03 (SARS) oder AG Königstein v. 11.10.1995 – 21 C 84/95 (Pest in Indien)

b) Maßnahmen von hoher Hand, Embargos, Zölle

Bei Gesetzesänderungen oder anderen Maßnahmen von hoher Hand wird eher Wegfall der Geschäftsgrundlage angewandt⁴⁸. Behördliche Maßnahmen wie Embargos oder Einschränkungen der Produktion können aber auch als höhere Gewalt eingestuft werden⁴⁹. Bei Zollerhöhungen, Einfuhrbeschränkungen und damit verbundenen Kosten sind regelmäßige Hardship-Klauseln einschlägig⁵⁰; unter Force Majeure fallen wohl nur konkrete Export-Verbote, die es dem Verkäufer absolut unmöglich machen, den Vertrag zu erfüllen⁵¹.

c) Brexit

Bei Ausscheiden eines EU-Mitglieds kann ein Wegfall der Geschäftsgrundlage gegeben sein⁵². Allerdings muss seit dem Brexit-Referendum die Frage gestellt werden, warum denn die Parteien dies in danach geschlossenen Verträgen nicht berücksichtigt haben bzw. ob dies überhaupt ein unvorhergesehener Umstand sein kann. Ob der Brexit höhere Gewalt ist, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt und könnte von der konkreten Vertragsgestaltung abhängen⁵³; in der Literatur wird das unterschiedlich gesehen⁵⁴.

d) Terror, Krieg

Das OLG Nürnberg⁵⁵ hatte 2010 für den Fall einer Veranstaltungsabsage als Nachwirkung zu den 9/11-Anschlägen keinen Fall von WGG angenommen. Eine solche Störung der Geschäftsgrundlage läge allenfalls dann vor, wenn das geplante Fest wegen unvorhersehbarer Kriegsereignisse, Katastrophenfälle etc. hätte ausfallen müssen. Anders sah es das OLG Karlsruhe 1992 im Zusammenhang mit einer Veranstaltungsabsage wegen des Golfkrieges⁵⁶.

3. Klauseln zu höherer Gewalt, Hardship oder Wegfall der Geschäftsgrundlage im deutschen Recht

Vielfach werden Klauseln zur höheren Gewalt empfohlen⁵⁷. Ob eine solche auch für den Wegfall der Geschäftsgrundlage ratsam ist, erscheint fraglich, da dann ja vielleicht die Subsumtion unter WGG nicht klappt (wie oben), da im Vertrag ja etwas dazu vorgesehen ist. Vielleicht ist eine Kombination aus höhere Gewalt- und Hardship-Klausel sinnvoll.

Soll eine höhere Gewalt-Klausel Sinn machen, dann muss sie wohl einen Tatbestands- und einen Rechtsfolgenteil haben und sie muss die oben angesprochenen Fragen klarer und besser beantworten, als z.B. das deutsche Gesetz. Eventuell machen noch Informationspflichten und Kooperationspflichten der Parteien Sinn.

Tatbestandlich werden die betroffenen Leistungen (auch Gegenleistung, auch Zahlung, auch bei einem oder mehreren Vorlieferanten?) und die höhere Gewalt definiert (wie sehr unmöglich, wie sehr erschwert, wie sicher absehbar, von wem zu beweisen, vom wem wie zu vertreten oder nicht, etc.) werden müssen (eventuell mit Beispielen) und es müssen Zeiträume bestimmt werden (vorübergehend/endgültig?).

Als Rechtsfolgen sind denkbar, dass eine Wartepflicht besteht sowie eine oder die andere Partei etwas unternehmen muss und/oder eventuell gleich oder später unter gewissen Voraus-

setzungen ein Lösungsrecht besteht, vielleicht nachdem man über eine Modifikation des Vertrages gesprochen hat. Man wird womöglich auch die Kosten während einer Wartepflicht regeln und die Folgen einer Lösung (Schadens- und/oder Aufwendungsersatz, andere Leistungen bzw. Vertragsverhältnisse, Rückabwicklung, Rechterückfall, etc.). Man könnte auch daran denken, gesetzliche Regelungen wie in §§ 275, 313, 326, 280 ff. BGB abzubedingen oder zu modifizieren.

oder AG Homburg v. 2.11.1992 – 2 C 1451/92-18 (Cholera). Zum Reise-recht generell s. auch die Fälle zum Arabischen Frühling in Ägypten oder zu Protestmärschen in Bangkok oder zu Naturkatastrophen wie die Aschewolke aufgrund eines Vulkanausbruchs oder zum Reaktorunfall von Fukushima bei *Staudinger*, Aktuelle Streitfragen bei Pauschalreisen und spezifischen Versicherungsprodukten, DAR 2015, 183 ff.. Weiterführend auch die Fälle zu Terroranschläge bzw. die Drohung mit solchen (z.B. in der Türkei, in Ägypten, auf Sri-Lanka oder in Spanien [ETA]) oder zu den Ereignissen des 11.9.2001 in New York bzw. von Djerba, Bali und Sharm El-Sheikh oder auch Naturkatastrophen, Epidemien, Streiks, zu Bienen- oder Heuschreckenschwärmen oder gar zur Bärenjagd in Sibirien (mit Abschussgarantie) und Hurrican „Georges“ bei v. *Westphalen/Thüsing*, VertrR/AGB-Klauselwerke, Allgemeine Reisebedingungen (Stand Februar 2008) Rz. 87, beck-online.

48 Zu Einfuhrverboten BGH v. 8.2.1984 – VIII ZR 254/82 (bejahend); in der Literatur auch bei Zöllen erwähnt (vgl. MünchKomm/BGB/*Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 BGB Rz. 230–231).

49 OLG Frankfurt v. 16.9.2004 – 16 U 49/04; behördliche Maßnahmen sind grundsätzlich auch nach dem BGH ein möglicher Fall Höherer Gewalt, sofern unvorhersehbar, erheblich und von außen kommend, vgl. BGH v. 16.5.2017 – X ZR 142/15 sowie LG Nürnberg-Fürth v. 27.11.2015 – 5 S 9724/14.

50 *Reithmann/Martiny*, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, 3. Teil: Geltungsbereich des Vertragsstatuts, 3.15.8-9.

51 *Reithmann/Martiny*, 3.16.0-3 mit Verweis auf: S. *Czarnikow Ltd. v. Rolimpex*, 1978, 2 All ER 1043 (*House of Lords 1978* – polnischer Händler verkaufte Zucker an englischen Käufer, jedoch wurde nach Missernte die Exportgenehmigung widerrufen und der Händler – schadensersatzlos – von der Leistungspflicht befreit).

52 *Lehmann/Zetsche*, Die Auswirkungen des Brexit auf das Zivil- und Wirtschaftsrecht, JZ 2017 S. 62, 66; str. ob bereits auf Austrittsvotum oder Austritt als maßgeblichen Zeitpunkt abgestellt werden muss, s. *Paulus* in *Kramme/Baldus/Schmidt-Kessel*, Brexit und die juristischen Folgen 2017 S. 101, 120 f.; *Grupp*, Vertragsgestaltung in Zeiten von Brexit, NJW 2017, 2065 (2066).

53 *Emde*, Brexit und Vertrieb, ZVertriebsR 2018, 77 (79); *Rüscher*, Vertragsanpassungen als Reaktion auf den Brexit nach deutschem, englischem, französischem, italienischem und spanischem Recht sowie nach UN-Kaufrecht, EuZW 2018, 937 ff., 940 stellt dagegen auf den Zeitpunkt der Bekanntgabe eines konkreten Termins für das Brexit-Referendum am 20.2.2016 (so lange ist das schon her) ab.

54 Für eine mögliche Zuordnung zu Force Majeure z.B. *Reiff/David*, Brexit – Auswirkungen auf Handel und Vertrieb, ZVertriebsR 2017 S. 35, 37; gegen Einordnung als Force Majeure z.B. *Emde*, a.a.O., 78.

55 OLG Nürnberg v. 27.5.2010 – 12 U 1442/09.

56 OLG Karlsruhe v. 15.5.1992 – 15 U 297/91; s. auch BGH v. 23.11.1989 – VII ZR 60/89 (Reise einer Schulklasse nach Prag kurz nach dem Reaktorunfall von Tschernobyl bei nicht auszuschließender Gesundheitsgefährdung).

57 *Plate*, Die Gestaltung von „force majeure“-Klauseln in internationalen Wirtschaftsverträgen, RIW 2007, 42 ff.; instruktiv auch *Weick*, Force Majeure – Rechtsvergleichende Untersuchung und Vorschlag für eine einheitliche europäische Lösung, ZEuP 2014, 281 ff.; *Bälz*, Ausländische Wirtschaftssanktionen als Leistungshindernis in internationalen Verträgen, NJW 2020, 878 ff. Siehe auch die Gedanken bei *Wagner/Holtz/Döttsch*, Auswirkungen von Covid-19 auf Lieferverträge, BB 2020, 845 ff.; *Giesa*, Lieferverträge in Zeiten des Coronavirus, DB 13 vom 30.3.2020; *Weller/Lieberknecht/Habrich*, Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung, NJW 2020, 1017 ff.; *Breckheimer*, Krise oder „The new normal“?! – Ausgewählte vertriebsrechtliche Überlegungen anlässlich der aktuellen Corona-Krise, jurisPR-IWR 3/2020 Anm. 1; *Stariradef*, Auswirkungen der Corona-Pandemie auf den Online-Warenhandel, CR 2020, 241 ff.

Ansätze und Ideen gibt es bestimmt viele; vielleicht hilft auch die im März 2020 neu erschienene Beispielklausel der ICC⁵⁸.

- In Anbetracht der diffusen Regelungen im BGB, kann eine gut gemachte höhere Gewalt und Hardship Klausel nicht schaden. Man mag beklagen, dass sie trotz der Regelungen im Gesetz vielleicht sogar nötig erscheint.

4. Höhere Gewalt, Hardship, Frustration, Unmöglichkeit, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Leistung und Gegenleistung sowie Schadensersatz im UN Kaufrecht

Das UN Kaufrecht (Convention on the International Sale of Goods – CISG oder „Vienna Convention“ oder „Wiener Kaufrecht“)⁵⁹ findet Anwendung, wenn es sich um einen internationalen Warenkauf handelt, der dem Recht eines Vertragsstaates unterliegt (und die Geltung des CISG nicht, wie oft, in einer Rechtswahlklausel ausgeschlossen wird) oder wenn die Parteien die Anwendbarkeit vereinbart haben⁶⁰. Das UN Kaufrecht regelt dabei „nur“ den Kernbereich von Kaufverträgen in etwa 100 Artikeln – es hat Lücken, die von einem daneben geltenden nationalen Recht (dem Einbettungsstatut) auf- bzw. ausgefüllt werden.

Das CISG hat keine expliziten Regelungen zu höherer Gewalt oder dem Wegfall der Geschäftsgrundlage oder Unmöglichkeit. Es gewährt im Gegensatz zum BGB aber einen verschuldens-unabhängigen Schadensersatzanspruch. Es verwundert also etwas, dass eine die Haftung regulierende Bestimmung zur höheren Gewalt fehlt. Aber es gibt in Art. 79 Abs. 1 CISG eine zentrale Norm, wonach eine Partei für die Nichterfüllung einer ihrer Pflichten nicht einzustehen hat, wenn sie beweist, dass die Nichterfüllung auf einem außerhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht und dass von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsabschluss in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden. Die Frage, ob und inwiefern auch ein Entfall der Leistungspflicht (wie deutsche Unmöglichkeit) oder eine Anpassung des Vertrages (wie deutscher Wegfall der Geschäftsgrundlage) in Art. 79 CISG oder das CISG im allgemeinen hineingelesen werden kann, ist sehr umstritten⁶¹. Selbst wenn man dies annimmt, fällt aber womöglich die Gegenleistung nicht automatisch weg, sondern der Gläubiger wird auf seine allgemeinen Rechtsbehelfe aus Art. 45 ff. CISG, insbesondere auf das Rücktrittsrecht aus Art. 49 CISG, verwiesen⁶².

Es gibt zu Art. 79 Abs. 1 CISG, wenig Fälle in denen die Rechtsprechung eine Entlastung angenommen hat⁶³. Die Literatur geht dabei davon aus, dass auch Epidemien einen solchen Hinderungsgrund im Sinne der Norm darstellen können⁶⁴. Auch staatliche Eingriffe, wie beispielsweise Betriebsschließungen, Blockaden oder die Schließung von Transportwegen, welche die Erfüllung unmöglich machen, sind anerkannte Leistungshindernisse⁶⁵. Export- bzw. Importverbot, Boykott, Embargo, Sperrung von Verkehrswegen können den Schuldner ebenfalls entlasten⁶⁶. Wohl führt auch die wirtschaftliche Unmöglichkeit (wenn die äußerste Opfergrenze überschritten ist) zu einer Entlastung nach Art. 79 CISG und ein Rückgriff auf entsprechende funktionsäquivalente Rechtsbehelfe des nationalen Rechts wie

etwa Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt daneben nicht zur Anwendung⁶⁷.

Der Schuldner haftet aber nach Art. 79 Abs. 1 CISG wohl stets für seine finanzielle Leistungsfähigkeit (wie „Geld hat man zu haben“, oben)⁶⁸.

- Das UN Kaufrecht ist zu dem Thema also auch einigermaßen vage; eine vertragliche Klausel kann auch hier nicht schaden.

5. Höhere Gewalt, Hardship, Frustration, Unmöglichkeit, Leistung und Gegenleistung sowie Schadensersatz im Common Law

Das Common Law⁶⁹ hält den Grundsatz *pacta sunt servanda* traditionell hoch⁷⁰. Force Majeure Klauseln gab und gibt es aber seit jeher⁷¹.

Im Recht von England und Wales gibt es allerdings die Frustration (wegweisend der *Coronation Case Krell v. Henry 1903 zu Edward VII*⁷² – *in casu* wurde derjenige, welcher ein Zimmer mietete, um den Krönungszug zu sehen von seiner Leistungspflicht entlassen, weil die Krönung krankheitsbedingt ausfiel) und in seltenen Fällen ist auch Unmöglichkeit denkbar (*Taylor*

58 <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-forcemajeure-hardship-clauses-march2020.pdf>.

59 Siehe den kurzen Überblick zu Ähnlichkeiten und Unterschieden zwischen deutschem Recht, UN Kaufrecht, Schweizer Recht und Common Law bei Rothermel, Internationales Kauf-, Liefer- und Vertriebsrecht, 2016.

60 Siehe dazu die Auflistung der Mitgliedschaften auf www.uncitral.org.

61 Sehr instruktiv dazu Seite 44 ff. und 79 ff. der Dissertation „Leistungsstörungenrechte des BGB, der CISG, des DCFR und der Principles“, von Dominic-Alexander Peter Vogg, 2010/2011 abrufbar bei ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/pdf/Dissertation.

62 Huber in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, CISG Art. 46 Rz. 20.

63 Huber in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, CISG Art. 79 Rz. 1, 2.

64 Schwenzer in Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, Kommentar zum UN-Kaufrecht, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 79 Rz. 16; MünchKomm/Mankowski, HGB, 4. Aufl. 2018, CISG Art. 79, Rz. 34.

65 MünchKomm/Mankowski, HGB, 4. Aufl. 2018, CISG Art. 79, Rz. 35.

66 Magnus in Staudinger, Neubearbeitung 2018, Art. 79 CISG Rz. 28.

67 Huber in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, CISG Art. 79 Rz. 21, der allerdings den Wegfall der Leistungspflicht und auch eine Anpassung des Vertrages in Art. 79 CISG erkennen kann.

68 Huber in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, CISG Art. 79 Rz. 16.

69 Siehe den kurzen Überblick zu Ähnlichkeiten und Unterschieden zwischen deutschem Recht, UN Kaufrecht, Schweizer Recht und Common Law bei Rothermel, Internationales Kauf-, Liefer- und Vertriebsrecht, 2016.

70 Sehr instruktiv dazu Berger and Behn, Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study (April 20, 2020). McGill Journal of Dispute Resolution, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3575869> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3575869>. Siehe auch Seite 80 ff. der Dissertation „Leistungsstörungenrechte des BGB, der CISG, des DCFR und der Principles“, von Dominic-Alexander Peter Vogg, 2010/2011 abrufbar bei ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/pdf/Dissertation.

71 Reithmann/Martiny, a.a.O., 3.16 mit Verweis auf: S. Czarnikow Ltd. v. Rolimpex, 1978, 2 All ER 1043 (House of Lords 1978 – polnischer Händler verkaufte Zucker an englischen Käufer, jedoch wurde nach Missernte die Exportgenehmigung widerrufen und der Händler – schadensersatzlos – von der Leistungspflicht befreit.

72 Coronation Case Krell v. Henry (1903) 2 KB 740.

v. *Caldwell 1863*⁷³ – hier musste der Verpächter eines Konzertschalls keinen Schadensersatz leisten, weil ebenjener Saal vor Pachtbeginn, jedoch nach Vertragsschluss abbrannte; s. auch *Parker v. Arthur Murray 1973*⁷⁴ – das Opfer eines Autounfalls, welches physisch nicht mehr in der Lage ist zu tanzen, kann Ersatz der bereits gezahlten Summe für Tanzstunden verlangen). Für Frustration wird ein überraschendes Ereignis verlangt, das keiner Vertragspartei zurechenbar ist und die Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung unmöglich macht oder das Parteiinteresse an der Erfüllung entfallen lässt⁷⁵.

Die *doctrine of excuse* umfasst im US-amerikanischen Recht Fälle der „*impossibility*“, „*frustration of purpose*“ und „*commercial impracticability*“, wobei letztere in § 2–615 Uniform Commercial Code (UCC) kodifiziert wurde und zwar Bezüge zur Force Majeure aufweist, jedoch sehr eng aufgefasst wird⁷⁶, wonach eine Leistung „*impracticable*“ ist, wenn sie nur zu übermäßigen und unangemessenen Kosten durchgeführt werden kann⁷⁷. Die Anwendung der Doktrin „*commercial impracticability*“ erfolgt somit äußerst restriktiv. So auch in den Fällen, in denen amerikanische Gerichte sich mit starken Preiserhöhungen durch Ereignisse auseinandergesetzt haben, wie u.a. in *Public Service Co. v. Peabody Coal Co.*⁷⁸ (keine Vertragsanpassung bei Öllieferanten, weil der Nachteil durch das Ölembargo im Nahen Osten im Jahr 1973 auf dem vereinbarten Fixpreis beruhte, was auf schlechte Vertragsführung und nicht die äußeren Umstände zurückzuführen ist) oder in *Iowa Electric Light & Power Co. v. Atlas Corp.*⁷⁹ (keine Entlastung des Verkäufers von Uran trotz Kostenerhöhung da Verkäufer das in anderen Geschäften kompensieren könne) oder in *Publicker Industries Inc. v. Union Carbide Corp.*⁸⁰ (keine Entlastung des Ethylenverkäufers – Preisanstieg lag bei 75 % und das Gericht sieht erst ab 100 % Preiszuwachs „*impracticability*“ gegeben.).

- ▶ Schadensersatz ist im Common Law allerdings verschuldensunabhängig und daher verwundert es etwas, dass nicht klarere Grundsätze zum Wegfall der Leistungspflicht vorhanden sind. Es ist nachvollziehbar, dass in Common Law Verträgen höhere Gewalt und Hardship oft detailliert geregelt sind.

6. Höhere Gewalt, Hardship, Frustration Unmöglichkeit, Leistung und Gegenleistung sowie Schadensersatz in weiteren Rechtsordnungen – ein kleiner Rechtsvergleich

a) EU Recht

Im EU Kollisionsrecht ist zu beachten, dass (Art. 12 Abs. 1 lit. c der Rom-I-VO) sich „die Folgen der vollständigen oder teilweisen Nichterfüllung dieser Verpflichtungen“ nach dem auf den Vertrag anzuwendenden materiellen Recht beurteilen. Hierzu gehören Leistungsbefreiung wegen Unmöglichkeit, Rücktritt und Ausübung des Rücktritts, Vertragsanpassung bei Wegfall der Geschäftsgrundlage oder das Eingreifen von sog. Hardship-Klauseln bei Langzeitverträgen und die Folgen höherer Gewalt⁸¹.

b) Frankreich, Italien, Spanien, Portugal, Griechenland, China, Türkei, Japan, Mexiko, Schweiz

Nach dem seit dem 1.10.2016 geltenden neuen Art. 1195 Code Civil ist auch in Frankreich der Wegfall der Geschäftsgrundlage (*imprévision*) gesetzlich geregelt⁸². Die höhere Gewalt findet sich in Art. 1218 Code Civil. Nach italienischem Recht werden die Fälle des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (*eccessiva onerosità*) unter Art. 1467 Codice Civile aufgefasst. Das spanische Recht kennt den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht explizit aber knüpft an Art. 1258 Código Civil (Treu und Glauben) an oder stützt sich direkt auf *clausula rebus sic stantibus* als eine stillschweigend vereinbarte Bedingung des Vertrags⁸³. In Portugal erlaubt Article 437°/1 Zivilgesetzbuch den Parteien in solchen Fällen eine Vertragsbeendigung zu verlangen. In Griechenland findet sich das in Art. 388 des griechischen Zivilgesetzbuches. In China regelt Art. 107 des chinesischen Vertragsgesetzes, dass zivilrechtliche Haftung für Nichtleistung nicht eintritt, sofern Force Majeure vorliegt, also wenn die Situation objektiv betrachtet unvorhersehbar, unvermeidbar und unüberwindbar ist. Gleichermaßen gewährt das türkische Recht, welches überwiegend auf dem Schweizer Obligationenrecht basiert, die Unmöglichkeitseinrede und verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche. Das Schweizer Recht⁸⁴ kennt keine Force Majeure und regelt in Art. 119 OR die Unmöglichkeit.

73 *Taylor v. Caldwell (1863)* EHCW QB J1; dort wird über eine implied condition argumentiert.

74 *Parker v. Arthur Murray (1973)* 295 N. E. 2d 487.

75 *Rüscher, a.a.O.*, 937 ff., 942 m.w.N.

76 *Grün/Steffens*, Internationale Wirtschaftsverträge, 2. Aufl. 2017, § 10 Rz. 30 f.

77 *Mineral Park Land Co. v. Howard (1916)* 172 Cal. 289, 156 P. 458 (460); *Transatlantic Financing Corp. v. United States of America (1966)*, 363 D. C. Circ. F.2d 312 (320) – Gericht soll nach einer Drei-Schritt-Methode prüfen: (i) zufälliges, unerwartetes Ereignis eingetreten (ii) das einer Partei weder durch Vertrag noch wegen der gepflogenen Sitten zugewiesen sein darf und (iii) dazu führt, dass die Leistung wirtschaftlich nicht mehr erreichbar ist. So auch der *Fall Louisiana Power & Light Co. v. Allegheny Ludlum Industries (E.D. La.1981)* 517 F.Supp 1319 (1321, 1326) – ein Preisanstieg von 38 % sei kein Fall der „*commercial impracticability*“, sonst würde dies unumgänglich zu rechtsmissbräuchlichen Vorgehensweisen führen. Siehe auch *Aluminium Co. of America v. Essex Group Inc. (1980)* 499 F. Supp 53 (92) (W.D.Pa): Haben die Parteien Probleme, die die Ausgewogenheit der Vereinbarung und die Verteilung der damit verbundenen Risiken stören, vorausgesehen und versucht, diese Risiken zu begrenzen und gibt es schwerwiegende Verluste und was entspräche den Sitten und Erwartungen der jeweiligen Geschäftswelt?.

78 *Mo. Public Service Co. v. Peabody Coal Co. (1979)* 583 S.W.2d 721 (728).

79 *Iowa Electric Light & Power Co. v. Atlas Corp. (1978)* 467 F. Supp. 129 (140).

80 *Publicker Industries Inc. v. Union Carbide Corp (1975)* 17 U.C.C. Rep. Serv. (Callaghan) 989 (992).

81 *Hohloch* in Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, Art. 12 ROM-I-VO, Rz. 10.

82 Interessant: *Vogel* in „*Adiue Canal de Craponne!*“ in FS für Klausur-Peter Schroeder 2017; der Court de Cassation hatte in der Leitentscheidung „*Canal de Craponne*“ vom 6.3.1876 eine Vertragsanpassung grundsätzlich auch in Konstellationen abgelehnt, in denen sich die Umstände des Vertrags seit Abschluss schwerwiegend und unerwartet geändert haben; teilweise wurde eine Pflicht zur Nachverhandlung aber über die § 242 BGB vergleichbare Regelung in Art. 1134 Code civil zur bonne foi befürwortet – s. *Rüscher, a.a.O.*, 943.

83 *Rüscher, a.a.O.*, 942.

84 Siehe den kurzen Überblick zu Ähnlichkeiten und Unterschieden zwischen deutschem Recht, UN Kaufrecht, Schweizer Recht und Common Law bei *Rothermel*, Internationales Kauf-, Liefer- und Vertriebsrecht, 2016.

Das geltende Zivilgesetzbuch in Japan unterstützt ebenfalls Force Majeure (für das japanische Leistungsstörungenrecht s. Art. 412 ff. japanisches Zivilgesetzbuch; ausgenommen sind jedoch Geldschulden nach Art. 419 Abs. 3 japanisches Zivilgesetzbuch). Dem japanischen Kaufrecht steht allerdings eine große Zivilrechtsreform bevor, welche voraussichtlich ab 2020 in Kraft treten wird. Art. 1827 des Código Civil Federal (mexikanisches Zivilgesetzbuch) schließt unmögliche oder rechtswidrige Verpflichtungen (z.B. im Falle von Embargos) aus.

7. Folgerung

Es hört sich wie eine einfache Frage an: „*ich kann gerade wegen Corona nicht liefern/nicht annehmen, wie ist das rechtlich?*“. Die juristischen Prüfungen und vor allem die konkrete Beratung des Mandanten ähneln dann aber der Lösung einer Gleichung mit zu vielen Unbekannten. Je länger man sich damit befasst, desto eher wird man sich wünschen, die Vertragspar-

teien hätten das einfach geregelt, was der Gesetzgeber kompliziert einigermaßen ungeregelt lässt. Insofern könnte es sein, dass die aktuellen Entwicklungen zu stärkerem und auch detaillierterem Einsatz von höhere-Gewalt-Klauseln auch in Verträgen nach deutschem Recht, ähnlich dem angloamerikanischen Rechtskreis, führt.

Martin Rothermel

ist Leiter der Practice Area Handels- und Vertriebsrecht bei Taylor Wessing. Er arbeitete seit seiner Anwaltszulassung als Justitiar eines mittelständischen EDV-Unternehmens und danach als Unternehmensberater für Roland Berger Strategy Consultants. 2004 wechselte er in das Münchner Büro von Taylor Wessing.

