

---

## Die *clausula* und das CISG

INGEBORG SCHWENZER\*

### Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	724
II.	Nationale Lösungsansätze.....	725
III.	Internationale Lösungsansätze.....	726
IV.	<i>Force majeure</i> und <i>hardship</i> als Hinderungsgrund im Sinne des CISG.....	728
	1. Allgemeines.....	728
	2. Relevanter Schwellenwert.....	729
	3. Der relevante Zeitpunkt.....	731
	4. Umstände, die vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen oder überwunden werden mussten.....	733
V.	Rechtsfolgen bei <i>force majeure</i> und <i>hardship</i> .....	734
	1. Haftungsbefreiung.....	734
	2. Recht zur Vertragsaufhebung.....	735
	3. Die Pflicht zur Neuverhandlung in Fällen von <i>hardship</i> .....	736
	4. Vertragsanpassung und -aufhebung.....	738
VI.	Schlussbemerkungen.....	741

30 Jahre ist es her, seitdem der Jubilar die erste Auflage seines Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts veröffentlicht und damit massgeblich die Entwicklung des Schweizerischen Obligationenrechts beeinflusst hat. Gleichzeitig hat sich der Jubilar auch schon immer ausländischen Rechtsordnungen und als einer der Ersten auch der UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) zugewandt. Der folgende Beitrag soll sich deshalb mit ein paar offenen Fragen des internationalen Kaufvertragsrechts beschäftigen.

\* Für seine wertvolle Unterstützung danke ich meinem wissenschaftlichen Assistenten, lic. iur. Alain F. Hosang.

## I. Einleitung

Veränderte Umstände gehören vermutlich mit zu den grössten Problemen, die sich für Parteien im internationalen Handel stellen. Dies gilt insbesondere im Rahmen von länger dauernden komplexen Vertragsverhältnissen und Dauerschuldverhältnissen. Mit der fortschreitenden Globalisierung des Handels haben diese Probleme noch zugenommen. Heute sind regelmässig bei internationalen Verträgen Hersteller und Zulieferer in verschiedenen Ländern beteiligt, was immer grössere Unwägbarkeiten mit sich bringt. Naturkatastrophen oder Veränderungen der politischen oder wirtschaftlichen Gegebenheiten können die Grundlage eines Vertrages erheblich beeinflussen. So mag ein Erdbeben, eine Flutkatastrophe oder ein Bürgerkrieg in einem bestimmten Herstellungsland eines Zulieferers den Warenproduzenten zwingen, die erforderlichen Komponenten in anderen Ländern mit wesentlich höheren Produktionskosten zu beschaffen; Import- oder Exportverbote mögen den in Aussicht genommenen Handel verhindern; Preisschwankungen, die im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages nicht vorhersehbar waren, bedingen für den Verkäufer eine unzumutbare Erschwerung der Leistungserbringung oder entwerten die Vertragsleistung für den Käufer.

Nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* bleibt das Risiko für veränderte Umstände schlicht bei der Partei, auf die es fällt. Mit dem Prinzip *impossibulum nulla est obligatio* hat freilich bereits das römische Recht eine grundlegende Ausnahme von diesem Grundsatz anerkannt. Damals freilich waren die Dinge einfach: Der verkaufte Sklave war gestorben, das verkaufte Vieh war eingegangen, die verkaufte Ernte war missraten. Darüber hinaus wurde ab der Renaissance<sup>1</sup> mit der Lehre der *clausula rebus sic stantibus* die Möglichkeit eröffnet, Abhilfe bei einer ungewöhnlichen Veränderung der Umstände zu gewähren, wenn diese die Vertragserfüllung aussergewöhnlich erschwerten. Unmöglichkeit, *force majeure* oder ähnliches ist heute in allen Rechtssystemen als Grund anerkannt, der eine Partei von ihrer Leistungspflicht befreit.<sup>2</sup> Die Frage jedoch, ob auch Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse einen Schuldner von der Haftung für die Erfüllung des Vertrages befreien können, ist bis heute umstritten geblieben.<sup>3</sup> Der folgende Beitrag will zu-

<sup>1</sup> Der Terminus *rebus sic stantibus* wurde erstmals im frühen 16. Jahrhundert erwähnt. Um 1507 schlug JASON DE MAYNO (1435-1519) vor, die *rebus sic stantibus* Doktrin als ein allgemeines Prinzip im Vertragsrecht anzuerkennen. Zur Vertiefung vgl. KÖBLER, Die „clausula rebus sic stantibus“ als allgemeiner Rechtsgrundsatz, Tübingen 1991, S. 30 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Schweiz: Art. 119 Abs. 1 OR; Deutschland: § 275 Abs. 1 BGB; Italien: Artt. 1256-1258 CC; Frankreich: Art. 1148 CC. Aus rechtsvergleichender Sicht, vgl. ZWEIGERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen 1996, S. 533.

<sup>3</sup> Vgl. ZWEIGERT/KÖTZ (FN 2), S. 534 ff. Der eigentliche Auslöser dieser Diskussion war der enorme Preisanstieg von Gütern aufgrund der Weltwirtschaftskrise in den 1920er Jahren.

nächst einen Überblick über die Lösung in verschiedenen nationalen Rechtsordnungen zu dieser Frage geben.

## II. Nationale Lösungsansätze

Das französische Recht vertritt eine Extremposition, die schon oft beschrieben wurde. Während die Frage der *force majeure* in Art. 1148 Code Civil (CC) positivrechtlich niedergelegt ist, stehen sowohl das allgemeine französische Zivilrecht als auch das Handelsrecht einer rechtlichen Anerkennung veränderter Umstände im Wege der *clausula* ablehnend gegenüber.<sup>4</sup> Die berühmte Theorie der *imprévision*<sup>5</sup>, nach der es möglich ist, im Falle einer Veränderung der Umstände einen Vertrag anzupassen, wurde grundsätzlich nur für Verwaltungsverträge angenommen.<sup>6</sup> In jüngerer Zeit scheint sich allerdings der französische Kassationshof vorsichtig vom ehernen Grundsatz des *pacta sunt servanda* weg zu bewegen und allmählich die Möglichkeit einer Anpassung auf Grund der *clausula* anzuerkennen.<sup>7</sup>

Anders als Frankreich akzeptieren die meisten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen die *clausula*. Zu ihnen gehören Deutschland, die Niederlande, Italien, Griechenland, Portugal, Österreich sowie die skandinavischen Staaten.<sup>8</sup> Jüngst wurde die *clausula* ausdrücklich im deutschen BGB kodifiziert.<sup>9</sup> Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2001 hat das Recht auf Vertragsanpassung bei Wegfall der Geschäftsgrundlage nunmehr in § 313 BGB verankert.

Das englische Recht zeigt sich zögerlich, wenn es darum geht, eine Veränderung der Umstände, die nicht zur Unmöglichkeit der Leistungserbringung führt, anzuerkennen. Allein im Falle des *frustration of contract*, das heisst, wenn auf Grund der veränderten Umstände die Vertragserfüllung sinn-

<sup>4</sup> Vgl. zum Ganzen KESSEDJIAN, *Competing Approaches to Force Majeure and Hardship*, (2005) 25 *Int'l Rev. L. & Econ.*, 415, 427.

<sup>5</sup> Vgl. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision: vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Aix-en-Provence 1994, S. 59 ff.

<sup>6</sup> Conseil d'Etat, 30. März 1916, D.P.1916, 325; ABAS, *Rebus sic stantibus*, Köln 1993, S. 43.

<sup>7</sup> Vgl. KESSEDJIAN (FN 4), S. 425; MALAURIE/AYNÈS, *Droit Civil: Les Obligations*, Paris 2007, S. 379 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Deutschland: § 313 BGB (*Störung der Geschäftsgrundlage*); Niederlande: Art. 6:258 Niederländisches Zivilgesetzbuch (BW); Italien: Art. 1467 CC (*eccessiva onerosità sopravvenuta*); Griechenland: Art. 388 griechisches Zivilgesetzbuch; Portugal: Art. 437 portugiesisches Zivilgesetzbuch (GC); Österreich: §§ 936, 1052, 1170a ABGB; Skandinavien: Vgl. Art. 6:111 PECL 1999, Comment note 1, S. 328. Vgl. auch LANDO, *CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law*, (2005) 53 *Am. J. Comp. L.* 379, 397.

<sup>9</sup> Vgl. BAMBERGER/ROTH/UNBERATH, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. von BAMBERGER/ROTH, 2. Aufl., München 2007, § 313 N 2 ff. Für die Voraussetzungen betreffend die Vertragsanpassung an veränderte Umstände, vgl. § 313 N 25 ff.

los geworden ist, wird eine Ausnahme zur allgemeinen Regel anerkannt.<sup>10</sup> Hingegen kennen die USA mit der *doctrine of impracticability*<sup>11</sup> ein der *clausula* verwandtes Institut. Diese Doktrin wurde einerseits im Uniform Commercial Code niedergelegt,<sup>12</sup> sie findet sich aber auch im Restatement of the Law, Second, Contracts.<sup>13</sup>

### III. Internationale Lösungsansätze

Sowohl die Principles on International Commercial Contracts (PICC)<sup>14</sup> wie auch die Principles on European Contract Law (PECL)<sup>15</sup> und der Draft Common Frame of Reference (DCFR)<sup>16</sup> sehen ausdrückliche Bestimmungen für den Fall veränderter Umstände vor. Im Jahre 2003 hat die ICC Modellbestimmungen sowohl für *force majeure* als auch für *hardship* veröffentlicht.

Demgegenüber kennt das CISG keine besondere Bestimmung, die sich mit Fragen der *clausula* auseinandersetzt. Weder *force majeure* noch *hardship* finden im CISG eine ausdrückliche Erwähnung.<sup>17</sup> Nach Art. 79 CISG ist eine Partei von der Pflicht, Schadenersatz zu zahlen, jedoch befreit, wenn der Vertragsbruch auf einem ausserhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht. Welche Fälle von Art. 79 CISG erfasst sind, ist aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung nicht eindeutig ersichtlich. Ob auch wirtschaftliche Schwierigkeiten zu einer Befreiung führen können, war bei den Vorarbeiten zum CISG äusserst umstritten.<sup>18</sup> Anlässlich der Wiener

<sup>10</sup> Vgl. TREITEL, Frustration of Purpose and Force Majeure, 2. Aufl., London 2004, S. 314 ff. Die *frustration of purpose doctrine* führt zur Aufhebung des Vertrags. Für weitere Hinweise, vgl. GUEST/MCKENDRICK, Chitty on Contracts, hrsg. von GUEST, Vol I.: General Principles, 29. Aufl., London 2004, N 23-001 ff. Im Common Law scheint *hardship* kein juristisches Konzept zu sein, sondern ein Terminus, welcher eine Sachlage beschreibt, vgl. PERILLO, Hardship and its Impact on Contractual Obligations: A Comparative Analysis, Saggi, Conferenze e Seminari #20, 1996; A.H. PUELINCKX, Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances, (1986) 3 J. Int'l Arb. 47, 64.

<sup>11</sup> Vgl. zum Ganzen CALAMARI/PERILLO, Calamari and Perillo on Contracts, 5. Aufl., St. Paul 2003, S. 512 ff.

<sup>12</sup> Vgl. § 2-615 UCC.

<sup>13</sup> Vgl. § 261, Restatement (2d) of Contracts.

<sup>14</sup> Art. 6.2.3. PICC 2004.

<sup>15</sup> Art. 6:111 PECL 1999.

<sup>16</sup> Art. III. – 1:110 DCFR 2008.

<sup>17</sup> Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, hrsg. von SCHWENZER, 5. Aufl., München 2008, Art. 79 N 4; BIANCA/BONELLI/TALLON, Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Convention, hrsg. von BIANCA/BONELLI, Mailand 1987, Art. 79 N 1.3.

<sup>18</sup> Vgl. HONNOLD, Documentary History of the Uniform Law for International Sales, Deventer 1989, S. 602; SCHLECHTRIEM, Internationales UN-Kaufrecht, Tübingen 2007, N 288; BRUNNER, Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption of

Konferenz wurde ein Antrag der norwegischen Delegation abgelehnt, in Art. 79 CISG eine Klarstellung aufzunehmen, dass der Schuldner endgültig von seiner Verpflichtung befreit sein sollte, wenn nach Wegfall eines vorübergehenden Leistungshindernisses eine grundlegende Veränderung der Umstände stattgefunden hat.<sup>19</sup> Auf Grund dieser Entstehungsgeschichte mag es verständlich erscheinen, dass in den ersten Jahren nach in Kraft treten des CISG einige Autoren die Auffassung vertraten, dass Art. 79 CISG nicht zur Lösung der Fälle der *clausula* geeignet sei.<sup>20</sup>

Heute jedoch besteht allseits weitgehende Einigkeit, dass Art. 79 CISG auch Fragen von *hardship* abdeckt.<sup>21</sup> Deshalb liegt insoweit keine externe Lücke vor, die durch einen Rückgriff auf nationale Rechtsbehelfe geschlossen werden müsste.<sup>22</sup> Wollte man eine andere Auffassung vertreten, so hiesse dies, dass die durch das CISG erreichte Rechtsvereinheitlichung in einem wichtigen Bereich durch Anwendung nationalen Rechts unterlaufen werden würde. Nationale Konzepte wie *frustration of purpose*, *clausula rebus sic stantibus*, *fundamental mistake*, oder Wegfall der Geschäftsgrundlage müssten dann alle in Betracht gezogen werden.

Damit ist freilich noch nicht geklärt, welche Fälle der veränderten Umstände als Hinderungsgrund im Sinne des Art. 79 CISG angesehen werden können und welche Rechtsbehelfe in einem derartigen Fall zur Anwendung gelangen.

Non-Performance in International Arbitration, Den Haag 2009, S. 216; BIANCA/BONELL/TALLON (FN 17), Art. 79 N 2.6.7.

<sup>19</sup> Die norwegische Delegation schlug damals vor, dass Art. 65 Abs. 3 der 1978 UNCITRAL Draft Convention wie folgt geändert würde: „[...] Nevertheless, the party who fails to perform is permanently exempted to the extent that, after the impediment is removed, the circumstances are so radically changed that it would be manifestly unreasonable to hold him liable.“ Vgl. U.N. DOCUMENT A/CONF.97/C.1/L.191/Rev.1.

<sup>20</sup> Vgl. SCHLECHTRIEM/STOLL, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, hrsg. von SCHLECHTRIEM, 1. Aufl., Oxford 1998, Art. 79 N 39.

<sup>21</sup> Vgl. CISG AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG, Rapporteur: GARRO, 12.10.2007, Opinion 3.1; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 4; LINDSTRÖM, Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law 1/2006, 1, 23; BRUNNER (FN 18), S. 218; SCHLECHTRIEM (FN 18), N 291. Die Gerichte entschieden jedoch meist, dass *hardship* in concreto nicht als Hinderungsgrund nach Art. 79 Abs. 1 CISG anerkannt werden konnte, da das vertragliche Gleichgewicht nicht fundamental gestört war, vgl. *Bulgarian Chamber of Commerce and Industry*, 12.02.1998, CISG-online 436; *Rechtbank van Koophandel, Hasselt*, 02.05.1995, CISG-online 371; *Tribunale Civile di Monza*, 29.03.1993, CISG-online 102; *Cour d'Appel de Colmar*, 12.06.2001, CISG-online 694.

<sup>22</sup> HONNOLD, Uniform Law for International Sales, 3. Aufl., Den Haag 1999, Art. 79 N 425, 432.2; BIANCA/BONELL/TALLON (FN 17), Art. 79 N 3.1.2.; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 12; RIMKE, Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Pace Int'l L. Rev. eds. 1999-2000, 197, 219.

## IV. *Force majeure* und *hardship* als Hinderungsgrund im Sinne des CISG

### 1. Allgemeines

Art. 79 Abs. 1 CISG bestimmt, dass eine Partei für die Nichterfüllung ihrer Pflichten nicht einzustehen hat, wenn sie beweist, dass die Nichterfüllung (1) auf einem ausserhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht, und (2) dass von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsschluss in Betracht zu ziehen oder (3) den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden.<sup>23</sup> Art. 7.1.7 Abs. 1 PICC 2004, Art. 8: 808 Abs. 1 PECL 1999, sowie Art. III. – 3:104(1) DCFR 2008 sind mit Art. 79 Abs. 1 CISG praktisch wortgleich. Dasselbe gilt für die ICC *force majeure* Klausel. Letztere enthält jedoch darüber hinaus eine Liste von Ereignissen, die einen Hinderungsgrund darstellen können, wie insbesondere Krieg, Naturkatastrophen, Explosionen, Streik, behördliche Eingriffe etc.<sup>24</sup> Übereinstimmend kann deshalb bezüglich *force majeure* als Hinderungsgrund von drei Voraussetzungen ausgegangen werden: Das Ereignis darf nicht der Risikosphäre des Schuldners zuzuordnen sein, es muss unvorhersehbar gewesen sein und das Ereignis selbst oder seine Konsequenzen müssen unvermeidbar gewesen sein.<sup>25</sup>

Auch die internationalen Lösungen zur Regelung der *hardship* Problematik ähneln einander sehr. Zunächst betonen alle Bestimmungen und Klauseln das Prinzip *pacta sunt servanda*.<sup>26</sup> Die bloße Tatsache, dass die Erfüllung einer Vertragspflicht den Schuldner mehr belastet, als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vernünftigerweise vorausgesehen werden konnte, befreit den Schuldner nicht von der Leistung bzw. der Verpflichtung zum Schadenersatz bei Nichtleistung.<sup>27</sup> *Hardship* kann nur angenommen werden, wenn die Vertragserfüllung ganz aussergewöhnlich erschwert wird<sup>28</sup> oder – in anderen

<sup>23</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 10; SCHMIDT/MANKOWSKI, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, hrsg. von SCHMIDT, München 2004, Art. 79 N 34; SCHLECHTRIEM (FN 18), N 289.

<sup>24</sup> Vgl. Art. 3 lit. a-g ICC *Force majeure* Klausel 2003.

<sup>25</sup> BRUNNER (FN 18), S. 111 ff.; BIANCA/BONELL/TALLON (FN 17), Art. 79 N 2.6.1. ff.; HONNOLD (FN 22), Art. 79 N 423.4.

<sup>26</sup> Vgl. Art. 6.2.1 PICC 2004; Art. 6:111 Abs. 1 PECL 1999; Art. III. – 1:110 DCFR 2008; Art. 1 ICC *Hardship* Clause 2003; RIMKE (FN 22), Pace Int'l L. Rev. eds. 1999-2000, 197, 237.

<sup>27</sup> Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 14; SCHLECHTRIEM (FN 18), N 291; RIMKE (FN 22), Pace Int'l L. Rev. eds. 1999-2000, 197, 200.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 6:111 Abs. 2 PECL 1999; Art. III. – 1:110 Abs. 2 DCFR 2008; Art. 2 lit. a ICC *Hardship* Clause 2003. Vgl. auch SCHLECHTRIEM, Uniform Sales Law: The UN-Convention on the International Sale of Goods, Wien 1986, S. 102; STAUDINGER/MAGNUS, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), 15. Aufl., Berlin 2006, Art. 79 N 4; ENDER-

Worten – wenn das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung grundlegend verändert wurde.<sup>29</sup> Wie bei den Bestimmungen zur Befreiung bei *force majeure* wird auch in den Bestimmungen zu *hardship* verlangt, dass das belastende Ereignis nicht in der Risikosphäre der betroffenen Partei anzusiedeln ist, dass es weder vorhersehbar noch überwindbar war. *Hardship* kann deshalb ohne Weiteres als Untergruppe der allgemeinen *force majeure* Bestimmungen angesehen werden. Für die Fälle, in denen die Leistungserbringung zwar noch möglich, aber für den Schuldner zu beschwerlich ist, wird näher präzisiert, wie der Begriff Hinderungsgrund auszulegen ist. Es erscheint deshalb angezeigt, *hardship* und *force majeure* insbesondere unter dem CISG, aber auch in Zusammenhang mit den anderen internationalen Vereinheitlichungsbestrebungen gemeinsam zu diskutieren.

## 2. Relevanter Schwellenwert

Zunächst stellt sich die zentrale Frage, wie die Grenze, ab derer *hardship* anzunehmen ist, zu bestimmen ist. Wann ist die Vertragserfüllung zu beschwerlich geworden? Wann hat sich das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung grundlegend geändert? Dabei kann entweder eine Erhöhung der Kosten für die Vertragserfüllung oder eine Verminderung des Wertes der erhaltenen Leistung in Betracht kommen.<sup>30</sup> Das heisst, dass die durch die veränderten Umstände belastete Partei sowohl der Verkäufer als auch der Käufer sein kann.

Zur Bestimmung der relevanten Schwelle für die Anerkennung von *hardship* ist zunächst vom Vertrag und dessen Bestimmungen selbst auszugehen. Es ist Sache der Parteien, die jeweiligen Risikosphären in ihrem Vertrag selbst zu bestimmen.<sup>31</sup> So mag eine Partei ausdrücklich oder stillschweigend das Risiko einer grundlegenden Veränderung der Umstände auf sich genommen haben oder – im Gegenteil – bestimmte Risiken wurden ausdrücklich

LEIN/MASKOW/STROHBACH/MASKOW, Internationales Kaufrecht, hrsg. von ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH, Berlin 1991, Art. 79 N 6.3; PERILLO, Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, (1996) 5 Tul. J. Int'l & Comp. L. 1, 9; BUND, Force Majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner, (1998) 17 J.L. & Com. 381, 389; AUDIT, La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris 1990, S. 174; HEUZÉ, La vente internationale de marchandises, droit uniforme, Paris 2000, S. 425.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 6.2.2 PICC 2004.

<sup>30</sup> BRUNNER (FN 18), S. 221 ff.

<sup>31</sup> Vgl. *Bulgarian Chamber of Commerce and Industry*, 12.02.1998, CISG-online 436; KATZ, Remedies for Breach of Contract under the CISG, (2006) 25 Int'l Rev. L. & Econ. 378, 381. In der Literatur wird auch die Ansicht vertreten, dass die Zuordnung der Risikosphären primär durch die Rechtswahl der Parteien erfolgt, vgl. dazu OBERMAN, Transfer of risk from seller to buyer in international commercial contracts: A comparative analysis of risk allocation under the CISG, UCC and Incoterms, Juli 1997, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>> (08.09.2008).

oder stillschweigend ausgeschlossen.<sup>32</sup> Ob dies der Fall ist, ist durch Vertragsauslegung im Einzelfall zu bestimmen.

Handelt es sich beispielsweise um ein hoch spekulatives Geschäft, so ist davon auszugehen, dass der Schuldner das Risiko von wirtschaftlichen Schwankungen auf sich genommen hat.<sup>33</sup> So hat ein deutsches Oberlandesgericht entschieden, dass der Verkäufer sich nicht auf eine Befreiung nach Art. 79 CISG berufen kann, obwohl der Marktpreis für den Kaufgegenstand, Eisenmolybdän aus China, um 300% gestiegen war. Das Gericht berief sich darauf, dass in hochspekulativen Handelsbereichen die Schwelle, oberhalb derer *hardship* angenommen werden kann, hoch angesetzt werden müsste. So dürften auch typische Preisschwankungen im Rohstoffhandel grundsätzlich nicht geeignet sein, den Schuldner auf Grund von *hardship* zu befreien.<sup>34</sup>

Liegen keine derartigen besonderen Umstände vor, so erscheint es fraglich, wie die für eine Befreiung relevante Schwelle bestimmt werden soll. Noch im Jahre 1994 erwog der Kommentar zu Art. 6.2.2 PICC<sup>35</sup> in seiner ersten Auflage eine Grenze von 50%, jenseits derer eine grundlegende Veränderung der Umstände angenommen werden sollte. Die zweite Auflage der PICC aus dem Jahre 2004 enthält hingegen keine klar festgelegte Grenze mehr.

Grundsätzlich ist bei der Frage, ob eine Veränderung der Umstände als *hardship* zu bewerten ist, auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. So mag es insbesondere relevant sein, ob es sich um einen Kaufvertrag mit einmaligem Leistungsaustausch oder um einen langfristigen Sukzessivliefervertrag handelt.<sup>36</sup> Auch mag die im jeweiligen Handelssektor übliche Gewinnmarge eine Rolle spielen. Schliesslich kann es erforderlich sein, die Schwelle, jenseits derer *hardship* anzunehmen ist, in Fällen herabzusetzen, in denen dem Schuldner andernfalls der finanzielle Ruin drohen würde.<sup>37</sup>

Aus Gründen der Rechtssicherheit erscheint es jedoch unabdingbar, für den Regelfall, in dem keine besonderen Umstände vorliegen, einen bestimmten Schwellenwert festzulegen. So hat insbesondere BRUNNER auf Grund sorgfältiger rechtsvergleichender Analyse der nationalen Lösungen als Faustregel einen Schwellenwert von 100% vorgeschlagen.<sup>38</sup> Die Gerichte und Schiedsgerichte jedoch, die bislang Art. 79 Abs. 1 CISG in Fällen veränderter

<sup>32</sup> Vgl. BRUNNER (FN 18), S. 147 ff.; TREITEL (FN 10), S. 455 ff.; KATZ (FN 31), (2006) 25 Int'l Rev. L. & Econ. 378, 391; CISG AC Opinion No. 7 (FN 21), Comment N 39.

<sup>33</sup> Vgl. BRUNNER (FN 18), S. 220; *ICC Award*, 26.08.1989, No. 6281, CISG-online 8; *Rechtbank van Koophandel, Tongeren*, 25.01.2005, CISG-online 1106.

<sup>34</sup> *OLG Hamburg*, 28.02.1997, CISG-online 261.

<sup>35</sup> Vgl. Kommentar 2.

<sup>36</sup> Vgl. BRUNNER (FN 18), S. 438 ff.

<sup>37</sup> Vgl. BRUNNER (FN 18), S. 439.

<sup>38</sup> BRUNNER, UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, Bern 2004, Art. 79 N 26; BRUNNER (FN 18), S. 428.



wirtschaftlicher Umstände anzuwenden hatten, zeigten sich sehr zurückhaltend, soweit es um Preisschwankungen ging.<sup>39</sup> Bis heute ist kein veröffentlichter Entscheid eines Gerichtes oder Schiedsgerichtes bekannt, der eine Partei, weder einen Verkäufer noch einen Käufer, auf Grund von *hardship* nach CISG als befreit angesehen hätte. Alle Entscheide, die das Problem im Rahmen von Art. 79 CISG diskutierten, gelangten zu dem Ergebnis, dass selbst Preisschwankungen von über 100% für die Annahme eines Hinderungsgrundes nicht ausreichend seien.<sup>40</sup> Der vorgeschlagene Schwellenwert von 100% scheint sich auf Überlegungen abzustützen, die für nationale Märkte Anerkennung finden können, wo Preisschwankungen nicht im selben Masse in Betracht gezogen werden müssen wie auf internationalen Märkten. Auf internationalen Märkten kann man von der potenziell belasteten Partei durchaus eher erwarten, dass sie darauf besteht, Anpassungsklauseln in den Vertrag aufzunehmen, oder dass sie andernfalls das Risiko höherer Preisschwankungen als auf nationalen Märkten auf sich nimmt. Der Grenzwert muss deshalb für internationale Märkte sicher höher festgesetzt werden als für nationale Märkte; vertretbar erscheint ein solcher von 150% bis 200%.

### 3. Der relevante Zeitpunkt

Für *force majeure*-Fälle ist mittlerweile anerkannt, dass es für die Frage der Befreiung nach Art. 79 Abs. 1 CISG nicht darauf ankommen kann, ob der Hinderungsgrund nach dem Abschluss des Vertrages eintrat oder bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand.<sup>41</sup> Wird Ware verkauft, die bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses untergegangen ist, so ist einerseits der Kaufvertrag wirksam, andererseits kann der Verkäufer sich auf eine Befreiung nach Art. 79 Abs. 1 CISG berufen, wenn er den Untergang nicht kennen konnte und ihn auch nicht hätte verhindern können.

<sup>39</sup> Vgl. *ICC Award*, 26.08.1989, No. 6281, CISG-online 8; *Tribunale di Monza*, 14.01.1993, CISG-online 540; LOOKOVSKY, Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", (2005) 25 Int'l Rev. L. & Econ. 434, 438.

<sup>40</sup> Es wird argumentiert, dass Preisschwankungen bis zu einem gewissen Grade für eine im internationalen Handel tätige Unternehmung voraussehbar seien, vgl. *CIETAC*, 10.05.1996, CISG-online 1067; *Bulgarian Chamber of Commerce and Industry*, 12.02.1998, CISG-online 436; *Rechtbank van Koophandel, Hasselt*, 23.02.1994, CISG-online 371.

<sup>41</sup> Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 12; HERBER/CZERWENKA, Internationales Kaufrecht, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, München 1991, Art. 79 N 11; UN (Hrsg.), Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat (Sekretariatskommentar), U.N. DOC. A/CONF. 97/5, Official Records (O.R.), S. 14, Art. 65 N 4; NEUMAYER/MING, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, commentaire, Lausanne 1993, Art. 79 N 6. A. A. BIANCA/BONELL/TALLON (FN 17), Art. 79 N 2.4.3.

Eine Befreiung auf Grund von *hardship* wird jedoch teilweise auf Fälle beschränkt, in denen die Veränderung der Umstände erst nach Vertragsschluss stattgefunden hat.<sup>42</sup> Dies gilt vor allem für die meisten nationalen Rechtsordnungen.<sup>43</sup> Dementsprechend beschränkt auch Art. 6:111 Abs. 1 PECL 1999<sup>44</sup> seine Anwendbarkeit auf eine solche nachträgliche Veränderung der Umstände. Der Wortlaut von Art. 6.2.1 PICC 2004<sup>45</sup> scheint in dieselbe Richtung zu weisen, Art. 6.2.2 lit. a PICC 2004 stellt indes klar, dass *hardship* einerseits vorliegen kann, wenn die Umstände, die zu einem Ungleichgewicht der Leistungen führen, nach Vertragsschluss eintreten oder wenn sie lediglich der davon nachteilig betroffenen Partei nach Vertragsschluss bekannt werden.<sup>46</sup>

Wie diese Frage unter Art. 79 CISG zu behandeln ist, das heisst, ob auch ein ursprüngliches Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung zu einer Befreiung führen kann, wurde bislang weder von der Rechtsprechung noch von der Literatur behandelt. Zur Beantwortung dieser Frage erscheint es nützlich, sich zu überlegen, auf welche Rechtsbehelfe die belastete Partei zurückgreifen könnte, wenn bei anfänglichem Ungleichgewicht eine Befreiung nach Art. 79 CISG ausgeschlossen wäre. Mit höchster Wahrscheinlichkeit wären unter diesen Umständen nach anwendbarem nationalen Recht wie auch unter Zugrundelegung der PECL 1999 Rechtsbehelfe wegen Irrtums gegeben.<sup>47</sup> Nach Schweizer Recht käme insoweit eine Anfechtung wegen Grundlagenirrtums in Betracht.<sup>48</sup> Eine derartige Anspruchskonkurrenz mag innerhalb eines Rechtssystems hinnehmbar und angemessen sein. Unlösbare Probleme entstehen jedoch, wenn derartige konkurrierende nationale Rechtsbehelfe bei einem Kaufvertrag zugelassen werden, der dem CISG unterliegt.<sup>49</sup> Da das CISG keine Bestimmungen zur Geltendmachung von Willensmängeln

<sup>42</sup> Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 12; Comment No. 3.a zu Art. 6.2.2. PICC 2004; BRUNNER (FN 18), S. 399.

<sup>43</sup> Vgl. z.B. § 313 Abs. 1 BGB: „Haben sich die Umstände [...] nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert [...]“.

<sup>44</sup> „[...] if performance *has become* more onerous [...]“. Vgl. auch Art. III. – 1:110 Abs. 2 DCFR 2008.

<sup>45</sup> „Where the performance [...] *becomes* more onerous [...]“.

<sup>46</sup> Die ICC *Hardship* Clause 2003 scheint eine solche Interpretation ebenfalls zuzulassen.

<sup>47</sup> Vgl. Art. 6:111 PECL 1999 Comment B. (ii); Niederlande: VAN ROSSUM, in: BUSCH et al. (Hrsg.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law*, Den Haag 2002, S. 193; USA: § 266, Restatement (2d) of Contracts („*Existing Impracticability or Frustration*“).

<sup>48</sup> Vgl. BaslerKomm/SCHWENZER, OR I, hrsg. von HONSELL/VOGT/WIEGAND, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 24 N 16 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., Zürich 2008, N 775 ff.; BUCHER, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 202 ff.; KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Bern 2009, S. 255 ff.; SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Bern 2006, N 37.23 ff.

<sup>49</sup> Vgl. LEYENS, *CISG and Mistake: Uniform Law vs. Domestic Law: The Interpretative Challenge of Mistake and the Validity Loophole*, *Pace Int'l L. Rev. eds.*, 2003-2004, 3, 15.

enthält, müsste insoweit auf das auf Grund internationalen Privatrechts zu bestimmende subsidiär anwendbare nationale Recht zurückgegriffen werden.<sup>50</sup> Eine solche Gemengelage jedoch führt leicht zu unvorhersehbaren Ergebnissen. So mag es beispielsweise fraglich sein, zu welchem Zeitpunkt Produktionskosten erheblich gestiegen sind, vor Vertragsschluss, während der Vertragsverhandlungen oder erst danach. Darüber hinaus würde die Anwendung von nationalen Rechtsregeln zu Willensmängeln die durch das CISG angestrebte Einheitlichkeit stark gefährden. Es sind genau diese Überlegungen, die im Falle von *force majeure* zu Recht zu der Auffassung geführt haben, anfängliche und nachträgliche Hinderungsgründe gleich zu behandeln.<sup>51</sup> Das heisst, wenn die verkaufte Ware im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zerstört ist, bleiben nationale Regeln, nach denen ein solcher, auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag unwirksam wäre, ausser Betracht.<sup>52</sup> Nichts anderes kann jedoch für die Fälle von *hardship* gelten. Der Begriff *hardship* sollte deshalb im CISG möglichst weit ausgelegt werden. Er sollte jegliche Veränderung der Umstände nach Vertragsschluss wie auch ein erhebliches Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung, das bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegt, erfassen.

#### 4. Umstände, die vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen oder überwunden werden mussten

*Force majeure* wie auch *hardship* kann als Befreiungsgrund nur dann in Betracht kommen, wenn die belastete Partei den Hinderungsgrund im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht voraussehen konnte.<sup>53</sup> Hätte sie ihn in Betracht ziehen müssen, ist davon auszugehen, dass diese Partei auf der Aufnahme einer entsprechenden Vertragsbestimmung bestanden hätte. Es muss deshalb

<sup>50</sup> Vgl. LEYENS (FN 49), Pace Int'l L. Rev. eds., 2003-2004, 3, 36; KRÖLL, Selected Problems Concerning the CISG's Scope of Application, (2005) 25 J.L. & Com. 39, 55.

<sup>51</sup> Vgl. Sekretariatskommentar (FN 41), Art. 65 N 4; FLAMBOURAS, The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus sic Stantibus in the 1980 Convention on the Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law – A Comparative Analysis, (2001) 13 Pace Int'l L. Rev. 261, 268.

<sup>52</sup> Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 12; BIANCA/BONELLI/NICHOLAS (FN 17), Art. 68 N 3.1; STAUDINGER/MAGNUS (FN 28), Art. 4 N 44 u. Art. 79 N 33; HONSELL/SIEHR, Kommentar zum UN-Kaufrecht, hrsg. von HONSELL, Berlin 1997, Art. 4 N 5, 15; BRUNNER (FN 38), Art. 4 N 9; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH/MASKOW (FN 38), Art. 79 N 5.2; Vgl. aber BIANCA/BONELLI/TALLON (FN 17), Art. 79 N 2.4.3.

<sup>53</sup> Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 13; BIANCA/BONELLI/TALLON (FN 17), Art. 79 N 2.6.3.; WITZ/SALGER/LORENZ/SALGER, International einheitliches Kaufrecht: Praktiker-Kommentar und Vertragsgestaltung zum CISG, hrsg. von WITZ/SALGER/LORENZ, Heidelberg 2000, Art. 79 N 5; STAUDINGER/MAGNUS (FN 28), Art. 79 N 32.

angenommen werden, dass die Partei, die den Hinderungsgrund hätte in Betracht ziehen müssen, auf eigenes Risiko handelt.<sup>54</sup>

Selbst ein Hinderungsgrund, der von der belasteten Partei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vorhergesehen werden konnte, befreit diese nicht, wenn es möglich und vernünftig wäre, diesen Hinderungsgrund oder seine Konsequenzen zu überwinden.<sup>55</sup> Ob vom Schuldner eine solche Vermeidung oder Überwindung erwartet werden kann, ist anhand der im vorstehenden erarbeiteten Schwellenwerte für die Annahme von *hardship* zu bestimmen. Muss der Verkäufer beispielsweise die Ware von einem anderen Lieferanten beziehen oder muss er auf alternative Transportwege zurückgreifen, so kommt eine Befreiung nur in Betracht, wenn die Kostenerhöhung den relevanten Grenzwert überschreitet.

## V. Rechtsfolgen bei *force majeure* und *hardship*

### 1. Haftungsbefreiung

Ist die Nichterfüllung auf einen Hinderungsgrund zurückzuführen, der die Voraussetzungen nach Art. 79 Abs. 1 CISG oder der vergleichbaren Bestimmungen<sup>56</sup> erfüllt, so ist der Schuldner zunächst von der Verpflichtung zur Schadenersatzleistung befreit.<sup>57</sup> Hierunter fällt auch die Verpflichtung zur Zahlung von Schadenspauschalen sowie allfälliger Vertragsstrafen,<sup>58</sup> soweit diese nach dem anwendbaren nationalen Recht überhaupt zulässig sind,<sup>59</sup> es sei denn dass die Parteien in ihrem Vertrag etwas anderes vereinbart hätten.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 13; AUDIT (FN 28), S. 174; BIANCA/BONELL/TALLON (FN 17), Art. 79 N 2.6.3.; NEUMAYER/MING (FN 41), Art. 79 N 4.

<sup>55</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 14; HONNOLD (FN 22), Art. 79 N 432.1; BRUNNER (FN 18), S. 323; STAUDINGER/MAGNUS (FN 28), Art. 79 N 34.

<sup>56</sup> Vgl. Art. 7.1.1 PICC 2004; Art. 8:108 PECL 1999; Art. III. – 3:104 DCFR 2008.

<sup>57</sup> Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 49 ff.; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH/MASKOW (FN 28), Abschnitt IV: Befreiungen, Vorbemerkung 4; HONNOLD (FN 22), Art. 79 N 423.4; BRUNNER (FN 18), S. 320.

<sup>58</sup> Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 51. Ein Antrag der damaligen DDR, den heutigen Art. 79 Abs. 5 CISG auch auf „[...] any penalties or liquidated damages [...]“ zu erstrecken, wurde ausdrücklich abgelehnt, vgl. O.R., S. 135, U.N. DOC A/CONF.97/C.1/L.217. Für „liquidated damages“, vgl. Chitty on Contracts/MCKENDRICK (FN 10), N 26-010; CALAMARI/PERILLO (FN 11), S. 611 ff.; BRIDGE, *The International Sale of Goods, Law and Practice*, 2. Aufl., Oxford 2007, N 10.44.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 4 lit. a CISG.

<sup>60</sup> Dies ist durch Auslegung zu ermitteln, vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 51; BRUNNER (FN 38), Art. 79 N 39; STAUDINGER/MAGNUS (FN 28), Art. 79 N 53; MünchKommHGB/MANKOWSKI (FN 23), Art. 79 N 27.

Art. 8:101 Abs. 2 PECL 1999 statuiert darüber hinaus, dass die Befreiung nicht nur die Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz betrifft, sondern sich auch auf den Erfüllungsanspruch erstreckt.<sup>61</sup> Im Rahmen von Art. 79 CISG ist die Frage, ob auch der Erfüllungsanspruch erfasst wird, auf Grund des teilweise missverständlichen Wortlauts des Art. 79 Abs. 5 CISG vor allem unter deutschsprachigen Autoren umstritten.<sup>62</sup> Ein Antrag der deutschen Delegation, dass im Falle eines dauernden Hinderungsgrundes auch die Vertragserfüllung als solche nicht verlangt werden könne, wurde bei der Wiener Konferenz zurückgewiesen.<sup>63</sup> Dahinter stand die Auffassung, dass im Falle tatsächlicher Unmöglichkeit in der Praxis ohnehin keine Probleme entstehen würden. Hingegen wurde auf die Gefahr hingewiesen, dass eine Verneinung des Erfüllungsanspruches Nebenansprüche des Gläubigers gefährden könnten.<sup>64</sup> Auch wenn deutschsprachige Autoren bis heute um die genaue dogmatische Rechtfertigung ringen, so scheint es doch inzwischen unbestritten, dass, wann immer der Erfüllungsanspruch des Gläubigers die Befreiung des Schuldners faktisch zunichte machen würde, Erfüllung nicht verlangt werden kann, soweit und solange der Hinderungsgrund besteht.<sup>65</sup> Dieses Ergebnis kann nicht auf die Fälle tatsächlicher Unmöglichkeit der Leistung beschränkt bleiben, sondern muss auch in den Fällen von *hardship* gelten.<sup>66</sup>

## 2. Recht zur Vertragsaufhebung

Unter den Rechtsbehelfen, die durch die Befreiung nicht beeinflusst werden, ist als Erster und Wichtigster das Recht zur Vertragsaufhebung zu nennen.<sup>67</sup> Vertragsaufhebung setzt jedoch voraus, dass die Nichterfüllung einen wesent-

<sup>61</sup> Vgl. auch FLAMBOURAS, Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108, Mai 2007, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html>> (20.08.2008).

<sup>62</sup> Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 52 ff. Bei objektiver Unmöglichkeit wird das Entfallen des Erfüllungsanspruches dogmatisch auf Art. 79 CISG selbst sowie auf die Wertungen der Regeln über den Gefahrenübergang gestützt, vgl. STAUDINGER/MAGNUS (FN 28), Art. 79 N 58; MünchKommHGB/MANKOWSKI (FN 23), Art. 79 N 8; ENDERLEIN/MASKOW/STROHBACH/MASKOW (FN 28), Art. 79 N 13.6. Vgl. auch HONNOLD (FN 22), Art. 79 N 495.2; BUND (FN 28), (1998) 17 JL & Com 381, 388; BRIDGE (FN 58), N 12.61; HEUZÉ (FN 28), S. 430.

<sup>63</sup> Vgl. O.R., S. 383 f.

<sup>64</sup> Vgl. die Ausführungen von HJERNER (Schweden), O.R., S. 384, N 25.

<sup>65</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 54, mit weiteren Nachweisen.

<sup>66</sup> Vgl. *BGH*, 27.11.2007, CISG-online 1617; STAUDINGER/MAGNUS (FN 28), Art. 79 N 60;

<sup>67</sup> ACHILLES, Kommentar zum einheitlichen UN Kaufrecht (CISG), Berlin 2000, Art. 79 N 14. Sekretariatskommentar (FN 41), Art. 65 N 8; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER (FN 17), Art. 79 N 55; HONNOLD (FN 22), Art. 79 N 435.4; STAUDINGER/MAGNUS (FN 28), Art. 79 N 55 f.; BIANCA/BONELL/TALLON (FN 17), Art. 79 N 2.10.

lichen Vertragsbruch darstellt. Ob ein solcher wesentlicher Vertragsbruch vorliegt, hängt ganz entscheidend von den Umständen des Einzelfalles ab.<sup>68</sup>

Art. 25 CISG, und in ähnlicher Weise Art. 7.3.1 Abs. 2 PICC 2004 und Art. 8:103 PECL 1999, bezeichnet eine Vertragsverletzung dann als wesentlich, wenn sie für die andere Partei einen solchen Nachteil zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie nach dem Vertrag hätte erwarten dürfen. Eine der zentralen Fragen ist dabei, ob es möglich und in Anbetracht der legitimen Erwartungen der anderen Partei zumutbar ist, dass der Vertragsbruch durch Nacherfüllung behoben wird.<sup>69</sup> Auf diese Frage wird im Rahmen der folgenden Diskussion zurückzukommen sein.

### 3. Die Pflicht zur Neuverhandlung in Fällen von *hardship*

In echten Fällen von *hardship* sehen sowohl Art. 6.2.3 Abs. 1 PICC 2004 als auch Art. 6:111 Abs. 2 PECL 1999 zunächst eine Verpflichtung zur Neuverhandlung vor. Auch nach der ICC *Hardship* Clause 2003 müssen die Parteien zunächst versuchen, alternative Vertragsbedingungen auszuhandeln, die die Folgen der veränderten Umstände vernünftig berücksichtigen.<sup>70</sup> Diese Pflicht zur Neuverhandlung wird in vielen kontinentalen Rechtsordnungen als Ausfluss der allgemeinen Pflicht, nach Treu und Glauben<sup>71</sup> zu handeln, betrachtet.

Viele nationale Rechtssysteme kennen freilich eine derartige Pflicht zur Neuverhandlung nicht. Dies gilt nicht nur für die Rechtssysteme des Common Law und zwar selbst jene, die das generelle Prinzip von *hardship* oder *impracticability* wie zum Beispiel Sec. 2-615 UCC<sup>72</sup> anerkennen. Es gilt auch für viele nationale Rechtsordnungen in Kontinentaleuropa.<sup>73</sup> So hat das Schweizer Bundesgericht im Rahmen der *clausula rebus sic stantibus* bislang lediglich die gerichtliche Vertragsanpassung diskutiert.<sup>74</sup> Auch der Wortlaut

<sup>68</sup> Vgl. STAUDINGER/MAGNUS (FN 28), Art. 25 N 3; BRUNNER (FN 38), Art. 25 N 8; *OLG Stuttgart*, 12.03.2001, CISG-online 841; *CIETAC*, 30.10.1991, CISG-online 842.

<sup>69</sup> Vgl. CISG AC Opinion No. 5, The buyer's right to avoid the contract in case of the non-conforming goods or documents, Rapporteur: SCHWENZER, 07.05.2005, Opinion 3.

<sup>70</sup> Vgl. Art. 2 lit. b ICC *Hardship* Clause 2003.

<sup>71</sup> Vgl. Schweiz: Art. 2 ZGB; Frankreich: Art. 1148 CC; Italien: Art. 1337 CC; Deutschland: § 242 BGB. Das Common Law hingegen steht dem Prinzip des Guten Glaubens als allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz skeptisch gegenüber, vgl. BRIDGE, Does Anglo-Canadian Law Need a Doctrine of Good Faith?, (1984) 9 Can Bus LJ 412, 426; FARNSWORTH, Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws, (1995) 3 Tul. J. Int'l & Comp. L. 47, 51 ff.

<sup>72</sup> Vgl. Sec. 2-615 (a) UCC: „[d]elay in delivery or non-delivery [...] is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency [...]“

<sup>73</sup> Vgl. nur § 313 BGB, welcher sich über eine allfällige Wiederverhandlungspflicht ausschweigt.

<sup>74</sup> Vgl. BGE 107 II 343, 348. Die richterliche Vertragsanpassung wird vom Bundesgericht dogmatisch auf das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 ZGB gestützt. Der überwiegende

des erst vor kurzem Gesetz gewordenen § 313 BGB enthält keine Pflicht zur Neuverhandlung. Zwar vertreten einzelne deutsche Autoren die Auffassung, dass § 313 BGB entsprechend ergänzt werden könne,<sup>75</sup> die überwiegende Auffassung stellt jedoch auf den klaren Wortlaut der Bestimmung ab, der eine solche Neuverhandlungspflicht nicht erwähnt, sondern es der betroffenen Partei sofort ermöglicht, sich zwecks Vertragsanpassung an das Gericht zu wenden.<sup>76</sup> Auch die Bestimmungen des italienischen Codice Civile<sup>77</sup> und des niederländischen BW<sup>78</sup> enthalten keine Neuverhandlungspflicht.

Art. 79 Abs. 5 CISG befreit – wie bereits hervorgehoben – die betroffene Partei ausschliesslich von der Verpflichtung, Schadenersatz zu leisten.<sup>79</sup> Vereinzelt wird freilich auch hier eine Pflicht zur Neuverhandlung in Erwägung gezogen. Diese soll sich auf Art. 7 Abs. 1 CISG stützen, wonach bei der Auslegung des Übereinkommens unter anderem die Notwendigkeit zu berücksichtigen ist, die Wahrung des guten Glaubens im internationalen Handel zu fördern.<sup>80</sup> Nun erscheint es bereits sehr fraglich, ob Art. 7 Abs. 1 CISG entgegen seinem Wortlaut dazu herangezogen werden kann, das Prinzip des Handelns nach Treu und Glauben für die Parteien selbst festzulegen.<sup>81</sup> Ohne dass diese Streitfrage entschieden werden muss, kann die Frage einer Neuverhandlungspflicht nach CISG jedoch ohnehin verneint werden.

Zunächst muss darauf hingewiesen werden, dass Neuverhandlung wie schon ursprüngliche Verhandlung auf dem Prinzip der Freiwilligkeit und des Vertrauens beruht. Konstruktive und kooperative Neuverhandlung kann den

Teil der Lehre begreift die *clausula* jedoch als Teil der richterlichen Vertragsanpassung, vgl. dazu BernerKomm/KRAMER, Obligationenrecht, hrsg. von MAYER-HAYOZ, Bern 1986, Art. 18 N 275; BaslerKomm/WIEGAND, OR I (FN 48), Art. 18 N 58 ff. Vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT (FN 48), N 1256 ff.; SCHWENZER, OR AT (FN 48), N 35.04 ff.

<sup>75</sup> Vgl. PALANDT/GRÜNEBERG, Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. von PALANDT et al., 67. Aufl., München 2008, § 313 N 41; HEINRICHS, Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage: Eine Skizze der Anspruchslösung des § 313 BGB, in: LORENZ et al. (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, 183, 195; RIESENHUBER, Vertragsanpassung wegen Geschäftsgrundlagenstörung – Dogmatik, Gestaltung und Vergleich, Betriebs-Berater 2004, 2697, 2698.

<sup>76</sup> Vgl. SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Tübingen 2005, N 111; PALANDT/GRÜNEBERG (FN 75), § 313 N 41; KRÜGER/ROTH, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von KRÜGER, 5. Aufl., München 2007, § 313 N 81 ff., 87 ff; BAMBERGER/ROTH/UNBERATH (FN 9), § 313 N 85; DAUNER-LIEB/DÖTSCH, Prozessuale Fragen rund um § 313 BGB, NJW 2003, 921, 922.

<sup>77</sup> Vgl. Artt. 1467-1469 CC.

<sup>78</sup> Vgl. Artt. 6:258 und 6:260 BW.

<sup>79</sup> S. oben V. 1.

<sup>80</sup> Vgl. CISG AC Opinion No. 7 (FN 21), Comment N 40; ICC Award, März 1999, No. 5953, Clunet 1990, 1056 ff.

<sup>81</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/FERRARI (FN 17), Art. 7 N 26; FARNSWORTH (FN 71), (1995) 3 Tul. J. Int'l & Comp. L. 47, 56; SCHLECHTRIEM (FN 18), N 44.

Parteien nicht aufgezwungen werden.<sup>82</sup> Darüber hinaus bleibt jede Neuverhandlungspflicht kaum mehr als eine Farce, wenn sie nicht sanktionsbewehrt ist. Die Neuverhandlungspflicht hätte allenfalls dann Bedeutung, wenn ihre Verletzung Konsequenzen nach sich zieht. Dies ist in der Tat in Art. 6:111 Abs. 3 lit. c PECL 1999 vorgesehen. Nach dieser Bestimmung kann das Gericht Schadenersatz zusprechen, wenn eine Partei auf Grund der Weigerung der anderen Partei neu zu verhandeln oder auf Grund eines treuwidrigen Abbruchs der Neuverhandlungen einen Schaden erlitten hat. Die PECL 1999 indes stehen mit dieser schadenersatzbewährten Neuverhandlungspflicht im internationalen Konzert gänzlich allein da.<sup>83</sup> Im Ergebnis erscheint eine solche Schadenersatzpflicht auch nicht wünschenswert. Die Fälle von *hardship* betreffen derart komplexe Sachverhalte und Bewertungen, dass es kaum möglich erscheint zu bestimmen, ob eine Partei, die Neuverhandlungen verweigert oder abbricht, in gutem oder in bösem Glauben gehandelt hat. Darüber hinaus ist der internationale Handel regelmässig auf Schnelligkeit und Rechtssicherheit angewiesen, was als solches gegen langwierige Neuverhandlungen spricht. Klare Fälle von bösem Glauben können geahndet werden, soweit es um die Festsetzung von Verfahrenskosten geht.

Insgesamt sollte deshalb in Fällen von *hardship* einer Neuverhandlungspflicht nicht das Wort geredet werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Angebot einer Partei, den Vertrag den veränderten Umständen anzupassen, nicht bei der Behandlung der möglichen Rechtsbehelfe der Parteien Berücksichtigung finden könnte.

#### 4. Vertragsanpassung und -aufhebung

Wie im Schweizer Recht so gilt in verschiedenen anderen kontinentaleuropäischen Rechtssystemen, dass im Falle von *hardship* das Gericht zunächst aufgerufen ist, den Vertrag an die veränderten Umstände anzupassen.<sup>84</sup> Vertragsaufhebung wird als höchst subsidiärer Rechtsbehelf angesehen, wenn eine Anpassung der Vertragsbedingungen entweder nicht möglich oder für die Parteien unzumutbar ist.<sup>85</sup> Art. 6.2.3 Abs. 4 PICC 2004, Art. 6:111 Abs. 3 PECL 1999 und auch Art. III. – 1:110 Abs. 2 lit. b DCFR 2008 folgen ebenfalls diesem Ansatz. Eine andere Position vertreten Art. 1467 des italieni-

<sup>82</sup> So auch MünchKommBGB/ROTH (FN 76), § 313 BGB N 93; DAUNER-LIEB/DÖTSCH (FN 76), NJW 2003, 921, 925.

<sup>83</sup> Weder PICC 2004, noch DCFR 2008 sanktionieren die Nichtaufnahme der Neuverhandlungen.

<sup>84</sup> Vgl. Schweiz: BGE 107 II 343, 348; BernerKomm/KRAMER, OR (FN 74), Art. 18 N 275; Deutschland: § 313 Abs. 1 BGB; Italien: Art. 1467 CC; Niederlande: Art. 6:258 BW; Russland: Art. 451 russisches Zivilgesetzbuch. Vgl. auch ZWEIGERT/KÖTZ (FN 2), S. 516 ff.

<sup>85</sup> Vgl. z.B. § 313 Abs. 3 BGB.



schen Codice Civile sowie die ICC *Hardship* Clause 2003.<sup>86</sup> Die Partei, die sich auf *hardship* beruft, hat das Recht zur Vertragsaufhebung; eine Vertragsanpassung an die veränderten Umstände kommt nicht in Betracht.

Anerkennt man *hardship* als einen Hinderungsgrund im Sinne des Art. 79 CISG<sup>87</sup>, so ist fraglich, ob eine Vertragsanpassung unter dieser Bestimmung möglich erscheint. Eine Lücke innerhalb des CISG, die dadurch geschlossen werden könnte, dass man dem Gericht die Befugnis zur Vertragsanpassung bei einer Veränderung der Umstände einräumt, kann wohl kaum angenommen werden. Von einzelnen Autoren wurde deshalb empfohlen, auf Art. 6.2.3 Abs. 4 PICC 2004 zurückzugreifen, indem man diese Bestimmung als internationalen Handelsbrauch im Sinne des Art. 9 Abs. 2 CISG ansieht, um so zu dem wünschbaren Ergebnis der Möglichkeit einer Vertragsanpassung zu gelangen.<sup>88</sup> Dieser dogmatische Winkelzug erscheint jedoch nicht notwendig. Der nach CISG mögliche Rechtsbehelfsmechanismus ergänzt durch das allgemeine Prinzip der Schadensminderung<sup>89</sup> erscheint ohne Weiteres als ausreichend, um befriedigende und flexible Ergebnisse für die Praxis zu erzielen. Dies soll im Folgenden an Hand eines Beispielfalls erörtert werden.

Nehmen wir an, dass sich die Gestehungskosten für den Verkäufer verdreifacht haben, so dass er sich auf *hardship* berufen kann. Setzt der Verkäufer den Käufer davon in Kenntnis, dass er nicht in der Lage ist, auf Grund dieser Tatsache den Vertrag zu den ursprünglichen Bedingungen zu erfüllen, so ergeben sich zwei Möglichkeiten.

Szenario 1: Der Verkäufer schlägt vor, die Ware zu liefern, wenn der Käufer bereit ist, einen höheren Kaufpreis zu bezahlen. Stimmt der Käufer diesem Verlangen zu, so ist der Vertrag entsprechend angepasst. Lehnt der Käufer eine Erhöhung des Kaufpreises ab und verweigert der Verkäufer die Lieferung unter Berufung auf *hardship*, so wird nunmehr der Käufer gegen den Verkäufer klagen, sei es auf Vertragserfüllung oder – wahrscheinlicher – auf Schadenersatz. Das Gericht oder das Schiedsgericht wird nunmehr zu dem Ergebnis gelangen, dass der Verkäufer von der Haftung auf Grund von *hardship* befreit ist. Will der Verkäufer seinerseits am Vertrag festhalten, wenn gleich unter anderen Bedingungen, so wird er im Wege einer Widerklage vom Käufer Erfüllung oder Schadenersatz wegen unzulässiger Vertragsaufsage verlangen. Der Käufer wird nunmehr geltend machen, er habe den Vertrag auf Grund eines wesentlichen Vertragsbruchs aufgehoben. Es ist nun

<sup>86</sup> Vgl. ICC *Hardship* Clause 2003: „[...] the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract.“

<sup>87</sup> Vgl. CISG AC Opinion No. 7 (FN 21), Comment N 40.

<sup>88</sup> Vgl. SCHLECHTRIEM (FN 18), N 291.

<sup>89</sup> Vgl. dazu ausführlich SCHWENZER/MANNER, *The Pot Calling the Kettle Black: The Impact of the Non-Breaching Party's (Non-)Behaviour on its CISG-Remedies*, in: ANDERSEN/SCHROETER (Hrsg.), *Sharing International Commercial Law Across National Boundaries – Festschrift for Albert H. Kritzer*, London 2008, 470, 480.

Sache des Gerichts oder Schiedsgerichts zu entscheiden, ob die Tatsache, dass der Verkäufer die Ware nur zu einem höheren Preis als vertraglich ursprünglich vereinbart liefern wollte, einen wesentlichen Vertragsbruch darstellt, der dem Käufer das Recht zur Vertragsaufhebung gibt. Das Gericht wird hierbei darauf abstellen, ob es für den Käufer im gegebenen Fall zumutbar gewesen wäre, die vom Verkäufer angebotene Vertragsanpassung anzunehmen. Wenn das Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Käufer einer Vertragsanpassung nach Treu und Glauben hätte zustimmen müssen, wird es zu Gunsten des Verkäufers entscheiden.

Szenario 2: Der Käufer bietet an, einen höheren Preis zu bezahlen, der Verkäufer hingegen möchte sich vom Vertrag auch unter diesen Umständen lossagen. Auch in diesem Fall wird vermutlich der Käufer eine Klage auf Erfüllung oder Schadenersatz wegen Vornahme eines Deckungskaufs anstrengen. Das Gericht muss jetzt bestimmen, ob im Hinblick auf die vom Käufer vorgeschlagene Vertragsanpassung von *hardship* für den Verkäufer überhaupt noch die Rede sein kann. Ist dies nicht der Fall, so ist der Verkäufer weder von seiner Erfüllungspflicht noch von einer allfälligen Schadenersatzpflicht befreit.

Damit können in beiden Szenarios Ergebnisse erzielt werden, die jenen entsprechen, die in Rechtssystemen erzielt werden, die ausdrücklich die Möglichkeit des Gerichts oder Schiedsgerichtes vorsehen, den Vertrag an die veränderten Umstände anzupassen. Obwohl nach CISG keine ausdrückliche Pflicht zur Neuverhandlung besteht, so besteht doch unzweifelhaft eine Pflicht zur Schadensminderung nach Art. 77 CISG. Diese Schadensminderungspflicht kann ohne Weiteres so ausgelegt werden, dass sie die belastete Partei verpflichtet, zu einer Vertragsänderung sogar mit der vertragsbrüchigen Partei Hand zu bieten. *A fortiori* gilt dies in Fällen, in denen unvorhersehbare Umstände die Erfüllung für eine Partei ausserordentlich erschweren.<sup>90</sup>

Obgleich dieser Mechanismus primär auf Fälle von *hardship* zugeschnitten ist, mag er auch bei anderen Hinderungsgründen im Sinne des Art. 79 CISG von Nutzen sein. Hat beispielsweise ein Verkäufer Speziesware verkauft und wurde diese nach Vertragsschluss zerstört, so ist es durchaus denkbar, dass Ersatzware existiert, mit denen die Interessen des Käufers ebenso gut befriedigt werden können, wie mit der ursprünglich im Vertrag festgelegten Ware. Bietet der Verkäufer dem Käufer diese Ware als Ersatzleistung an, so kann vom Käufer erwartet werden, dass er dieses Angebot annimmt, da ein wesentlicher Vertragsbruch in einem solchen Fall nicht vorliegt.

<sup>90</sup> Vgl. SCHWENZER/MANNER (FN 89), 470, 486 ff.

## VI. Schlussbemerkungen

Während viele Systeme, insbesondere in neuerer Zeit PICC und PECL 1999, deutlich zwischen *force majeure* und *hardship* unterscheiden, sind im Rahmen des CISG beide Fälle gleich zu behandeln und Art. 79 CISG zu unterstellen. Diese Lösung erscheint auch sinnvoll. Häufig ist es kaum möglich, eine genaue Grenze zwischen *force majeure* und *hardship* zu ziehen. Die Tage der alten römischrechtlichen Unmöglichkeit sind vorüber; spätere Ereignisse führen im Regelfall nicht zur Unmöglichkeit der Erfüllung und stellen deshalb nicht einen tatsächlichen Hinderungsgrund im Sinne des Art. 79 CISG dar. Meist führen neue Umstände lediglich dazu, dass die Erfüllung durch den Schuldner mehr oder weniger erschwert wird. Von daher erscheint es wünschenswert und sinnvoll, beide Fälle unter derselben Bestimmung mit denselben Voraussetzungen und denselben Konsequenzen zu behandeln.

Der vorliegende kleine Beitrag wollte aufzeigen, dass das Rechtsbehelfssystem des CISG flexibel genug ist, um angemessene Ergebnisse zu erzielen, die einerseits Rechtssicherheit gewährleisten und andererseits zur Durchsetzung von Treu und Glauben im internationalen Kaufrecht beitragen. Die Lückenhaftigkeit des CISG im Falle von *hardship* ermöglicht es geradezu, zu Ergebnissen zu gelangen, die den täglichen Bedürfnissen eines globalisierten Handels angepasst sind.