

## BEITRÄGE

Geeignet zum Selbststudium  
mit Lernerfolgskontrolle (§ 15 FAO)

Stefan Vogenaueer\*

# *Hardship clauses* und verwandte Klauseln in internationalen Handelskäufen (IV)

## Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Die Verwendung von *hardship*- oder *force majeure*-Klauseln empfiehlt sich nicht nur deshalb, weil sowohl die nationalen Vertragsrechte als auch das CISG die einschlägigen Fallkonstellationen nur eingeschränkt regeln und der Anwendungsbereich der einschlägigen Rechtsinstitute häufig nicht klar umrissen ist. Ihr Gebrauch ist auch deshalb ratsam, weil die Parteien ihrer spezifischen Situation mit einer individuell vereinbarten Klausel wesentlich besser gerecht werden können, als wenn sie sich auf die generalisierenden Lösungen des jeweils anwendbaren materiellen Vertragsrechts verlassen. Ziel der Vertragsgestaltung muss eine passgenaue Zuweisung der Risiken sein, die durch unvorhersehbare Umstände verursacht werden.

## I. Musterklauseln und *boilerplate*-Klauseln

### 1. Interessengerechte Risiko- zuweisung

Eine passgenaue Risiko- zuweisung setzt zum einen voraus, dass die Klauseln auf den in Frage stehenden Vertragstyp zugeschnitten sind. Während etwa bei Warenkaufverträgen stets das Beschaffungsrisiko zu beachten ist, ist es bei Verträgen über IT-Dienstleistungen unwesentlich. Zum anderen sind die Umstände und Interessen der konkreten Vertragsparteien zu berücksichtigen. Ist beispielsweise ein Handelskauf Teil einer Lieferkette, liegt es regelmäßig im Interesse des Käufers, einen Gleichlauf der verwendeten Anpassungs- oder Befreiungsmaßstäbe mit denjenigen herzustellen, die er in Verträgen mit seinen Kunden verwendet.<sup>1</sup> Hat der Verkäufer seinen Sitz in Zentralafrika, liegt es nicht unbedingt nahe, auf durch Eis verursachte Transportschwierigkeiten einzugehen; anders verhält es sich in Verträgen mit kanadischen und finnischen Unternehmen.<sup>2</sup>

Die unkritische Übernahme allgemein gefasster Musterklauseln, die gelegentlich empfohlen wird, ist daher problematisch.<sup>3</sup> Vorgeschlagen wird etwa, die ICC-Klauseln oder auch gleich die diesen Klauseln als Inspirationsquelle zugrundeliegenden Artikel 79 CISG bzw. Artikel 6.2.1 – 6.2.3 und 7.1.7 PICC zum Bestandteil internationaler Handelsverträge zu machen.<sup>4</sup> Dazu wäre in allen Fällen eine ausdrückliche Einbeziehung oder Bezugnahme erforderlich, denn nach überwiegender Ansicht verkörpern weder die ICC-Musterklauseln noch die genannten Bestimmungen internationale Handelsbräuche i.S.v. Artikel 9 Abs. 2 CISG.<sup>5</sup>

### 2. Risiko der unkritischen Übernahme von *boilerplate*-Klauseln

In der Vertragspraxis häufiger ist wohl der Rückgriff auf Regelungsvorschläge in Formularsammlungen oder auf Klauseln, die sich in früheren Transaktionen der beratenden Kanzlei bewährt haben. Diese werden ohne weitere Überlegung als standardisierte Textbausteine eingesetzt.<sup>6</sup> Gerade *force majeure*-Klauseln gelten als typische *boilerplate clauses*, die sich regelmäßig am Ende von Handelsverträgen neben Rechtswahl-, Forums-, Vollständigkeits- und anderen Klauseln finden.<sup>7</sup> Vor einer gedankenlosen Übernahme derartiger Muster ist zu warnen. Die Anwendung einer für ein bestimmtes Geschäft konzipierten Klausel kann in einem anderen Zusammenhang unerwünschte Folgen haben.

### 3. Übernahme von Klauseln aus internationalen Musterverträgen

Kaum vermeiden lassen sich Musterklauseln allerdings, wenn die Parteien einen Formularvertrag einer internationalen Handelsorganisation verwenden. Von besonderer Bedeutung sind etwa die Formulare der internationalen Vereinigung von Getreide- und Futtermittelhändlern GAFTA (Grain and Feed Trade Association), die schätzungsweise 80 % des Weltgetreidehandels zugrundeliegen.<sup>8</sup> Diese enthalten herkömmlich eine *force majeure*-Klausel,<sup>9</sup>

\* Prof. Stefan Vogenaueer ist Direktor am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie in Frankfurt am Main. Dieser Beitrag ist Teil vier von fünf Teilen, deren erste drei bereits in IWRZ 2021, 3, 57 und 112 erschienen sind.

1 Christoph Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, 2009, S. 385.

2 Vgl. Marcel Fontaine/Filip De Ly, *Drafting International Contracts: An Analysis of Contract Clauses*, 2009, S. 450, 491 f.

3 Deziert Tobias Plate, *Force Majeure and Hardship in grenzüberschreitenden Langzeitverträgen. Kautelarjuristische Überlegungen auf rechtsvergleichender Grundlage*, 2005, S. 145 f., 165.

4 Zu letzteren etwa ausdrücklich der letzte Absatz der Präambel der PICC. Vgl. auch UNIDROIT, *Note of the UNIDROIT Secretariat on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the COVID-19 Health Crisis*, 15 July 2020 <<https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf>>, Rn. 5.

5 Vgl. nur Ingeborg Schwenzer in Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer/Ulrich G. Schroeter (Hrsg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht (CISG)*, 7. Aufl. 2019, Art. 79 Rn. 57.

6 Vgl. etwa Brunner (Fn. 1), 383.

7 Mark Anderson/Victor Warner, *A-Z Guide to Boilerplate and Commercial Clauses*, 4. Aufl. 2017, S. 1 f., 8; dies., *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*, 4. Aufl. 2016, S. 130 f., 272.

8 S. <<https://www.gafta.com/All-Contracts>>.

die sich seit einigen Jahren in leicht überarbeiteter Fassung unter der Überschrift „Prevention of shipment“ findet.<sup>10</sup> Die GAFTA-Klauseln lehnen sich eng an englische Vorbilder an. Sichtbar an der Lösung der PICC dagegen orientieren sich die *force majeure*- und *hardship*-Klauseln in den ITC Contractual Joint Venture Model Agreements 2004 des International Trade Centre UNCTAD/WTO.<sup>11</sup> Große praktische Bedeutung für internationale Bau- und Ingenieurverträge hat die ausführlich *force majeure*-Klausel in den Formularverträgen der Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils (FIDIC).<sup>12</sup> Speziell für internationale Warenkaufverträge stellt auch die ICC seit 1997 einen eigenständigen Formularvertrag zur Verfügung, der auf dem CISG unterliegende Verträge abgestimmt ist und eine *force majeure*-Klausel enthält.<sup>13</sup> Die neueste Fassung erschien 2020.<sup>14</sup> Diese Klauseln lehnen sich sprachlich und inhaltlich eng an die jeweilige Fassung der allgemeinen ICC-Musterklausel und damit letztlich auch an Artikel 79 CISG an.

Klauseln in derartigen Formularen haben den Vorteil, dass sie bereits auf den betreffenden Vertragstyp abgestimmt sind, die jahrzehntelange Erfahrung der Marktteilnehmer in dem betreffenden Handelssektor widerspiegeln und hinsichtlich der in ihnen verwendeten Begriffe ein gewisses Maß an Rechtssicherheit gewähren, sofern sie bereits Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gewesen sind. Darüber hinaus sehen sie normalerweise einen fairen Ausgleich der Interessen der Vertragsparteien vor.

Vorsicht ist jedoch geboten, wenn das Formular von einer Organisation stammt, die die Interessen nur einer Vertragspartei vertritt. Ein gutes Beispiel hierfür ist der 1974 veröffentlichte Formularvertrag der Shipbuilders' Association of Japan für Schiffbauverträge (SAJ Form), der in dieser oder leicht abgewandelter Form auch in anderen maßgeblichen Schiffbaunationen Ostasiens verwendet wird. Die darin enthaltene, äußerst umfangreiche *force majeure*-Klausel begünstigt den Schiffbauer gleich dreifach. Erstens sind die Umstände, bei deren Eintritt seine Verpflichtung zur pünktlichen Lieferung entfällt, besonders weit formuliert; dabei sind dutzende Hinderungsgründe explizit aufgeführt. Zweitens erstreckt sich die Klausel ausnahmslos auf alle Hinderungsgründe, die bei Erfüllungsgehilfen und Zulieferern des Schiffbauers auftreten. Drittens erfasst sie explizit auch solche Umstände, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhersehbar sind.<sup>15</sup>

Jede Musterklausel und jede von der Gegenseite vorgeschlagene Klausel ist also eingehend daraufhin zu prüfen, ob sie den Interessen der eigenen Partei gerecht wird. Ist dies nicht der Fall, sollte sie zum Verhandlungsgegenstand gemacht werden. Sollte die andere Partei sich diesem Anliegen unter Hinweis auf den angeblichen Standardcharakter der betreffenden Vertragsbestimmungen widersetzen, empfiehlt sich der Hinweis, dass Härtekláuseln und verwandte Klauseln in der Praxis durchaus umfassend ausgehandelt werden.<sup>16</sup>

## 4. Im Zweifel: Rückgriff auf die Musterklausel der ICC

Geht es darum, im Auftrag des Mandanten von Grund auf eine eigenständige Klausel für einen internationalen Handelsvertrag zu entwerfen, sind aber insbesondere die Musterklauseln der ICC hervorragende Formulierungshilfen. Sie können als Ausgangspunkt der Klauselgestaltung dienen. Ihre Bestandteile lassen sich als eine Art Checkliste der wichtigsten regelungsbedürftigen Teilprobleme betrachten. Wer sich an sie hält, geht sicher, dass er keinen relevanten Aspekt übersieht. Von den in den Musterklauseln vorgeschlagenen Lösungen kann dann im Hinblick auf die spezifische Vertragsart und die besonderen Parteiinteressen punktuell abgewichen werden.

## II. Parteiinteressen und Verhandlungsmacht

### 1. Entwicklungslinien der MAC-Klauseln

Im Einzelnen hängen die Gestaltungsmöglichkeiten selbstverständlich von der Verhandlungsmacht der Parteien ab, die sich wiederum aus allgemeinen Marktbedingungen ergeben kann. Im Hinblick auf bestimmte Klauseln und ihre Gestaltung lassen sich deshalb auch Konjunkturen beobachten.<sup>17</sup> Gut nachzuvollziehen ist das an MAC-Klauseln, die den Käufer gegen wesentliche nachteilige Veränderungen schützen. Sie fanden erstmals in den neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts Verbreitung, als der Markt

- 9 Vgl. etwa cl. 20 des GAFTA Contract No. 100 for Shipment of Feedingstuffs, effective 1 September 2010 <<https://www.gafta.com/Write/MediaUploads/Contracts/2010/100.Pdf>>.
- 10 Vgl. zuletzt cl. 20 des GAFTA Contract No. 100 for Shipment of Feedingstuffs, effective 1 September 2020 <[https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Contracts/2020/Sept%202020/100\\_2020.pdf](https://www.gafta.com/write/MediaUploads/Contracts/2020/Sept%202020/100_2020.pdf)>.
- 11 Vgl. Art. 26 und 27 des ITC Contractual Joint Venture Model Agreement (three parties or more) sowie Art. 18 und 19 des ITC Contractual Joint Venture Model Agreement (two parties only): *International Trade Centre UNCTAD/WTO*, ITC Contractual Joint Venture Model Agreements, Genf 2004 <<http://www.mid-as.it/wp-content/uploads/ITC-Contractual-Joint-Venture-Model-Agreements.pdf>> und die Erläuterungen dort auf S. 56 f. und 102 f.
- 12 Clause 19 der FIDIC (Red, Silver and Yellow) Books 1999 („Force Majeure“) und cl. 18 der Neufassung von 2017 („Exceptional Events“).
- 13 Clause 13 des ICC Model International Sale Contract – Manufactured Goods Intended for Resale, ICC Publication No. 556, Paris 1997, abgedruckt bei *Plate* (Fn. 3), 193. Vgl. auch ICC Model International Sale Contract – Manufactured Goods, ICC Publication No. 738E, 2013.
- 14 Clause 15 des ICC Model International Sale Contract – Manufactured Goods, ICC Publication No. 811E, 2020.
- 15 Vgl. Art. VIII.1 des Formulars: <<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/11666663/000119312503014910/dex47.htm>>. Die Klausel ist auch abgedruckt bei *Simon Curtis*, Force Majeure Provisions in a Shipbuilding Context, in Ewan McKendrick (Hrsg.), *Force majeure and Frustration of Contract*, 2. Aufl. 1995, S. 139, 140 f.
- 16 So *Klaus Hopt*, MAC-Klauseln im Finanz- und Übernahmerecht, in Georg Bitter u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Karsten Schmidt*, 2009, S. 681, 683, 685; *Grupo Hotelero Urvasco SA v Carey Value Added SL* [2013] EWHC 1039 (Comm) [339], per Blair J; *Rafal Zakrzewski*, Material adverse change and material adverse effect provisions: construction and application, [2011] *Law and Financial Markets Review* 344, 352.
- 17 *Marc Hammerson/Emma Richardson*, Long-term gas sales agreements, in Djakhongir Saidov (Hrsg.), *Research Handbook on International and Comparative Sale of Goods*, 2019, S. 294, beschreiben etwa den Trend zu enger gefassten *force majeure*-Klauseln in Gaslieferungsverträgen, der mit dem Übergang von *depletion contracts* zu *supply contracts* als vorherrschendem Geschäftsmodell verbunden war.

für Unternehmenskäufe als besonders käuferfreundlich galt. Als sich später der Käufer- zu einem Verkäufermarkt wandelte, weigerten sich die Verkäufer, den Käufern das Verschlechterungsrisiko ohne weiteres abzunehmen. Die Klauseln fanden kaum noch Eingang in die Verträge. Eine Renaissance erlebten sie dann im Zuge der Weltfinanzkrise ab 2008 und der durch sie ausgelösten Unsicherheit der Unternehmensbewertung und Finanzierung.<sup>18</sup> Es ist zu erwarten, dass die gegenwärtige Pandemie diesen Trend verstärkt.<sup>19</sup> Sie liefert auch ein weiteres Beispiel für derartige Konjunkturen: Großkanzleien rieten ihre Mandanten bereits im Mai 2020 zu einer differenzierteren Risikoverteilung in zukünftigen *hardship*- und *force majeure*-Klauseln als bisher üblich.<sup>20</sup>

## 2. Einfluss der jeweiligen Gestaltungs- und Verhandlungsmacht

Jenseits derartiger genereller Strömungen hängt es, wie auch sonst, von der konkreten Verhandlungsmacht und den individuellen Interessen der beteiligten Parteien ab, ob *hardship*- und verwandte Klauseln käufer- oder verkäuferfreundlich ausgestaltet werden. Sorgfältige Vertragsgestaltung erfordert hier eine zumindest rudimentäre Kosten/Nutzen-Analyse. Dabei ist unter anderem zu fragen, mit welcher Wahrscheinlichkeit bestimmte Umstände eintreten, welche finanziellen Nachteile bei Eintritt eines konkreten Umstands zu befürchten sind und welche Risiken sich versichern lassen oder sogar bereits versichert sind. Davon ist abhängig, welche Aspekte der Klausel unbedingt im Hinblick auf die eigenen Interessen ausgehandelt werden sollten und bei welchen Gesichtspunkten Konzessionen unproblematisch sind.

## 3. Wichtige Grundregeln

Dennoch gelten bei Handelskäufen für jede Klauselart gewisse Faustregeln. *Force majeure*-Klauseln werden in erster Linie zum Schutz des Verkäufers aufgenommen, der davor geschützt wird, trotz Unmöglichkeit leisten zu müssen (sie werden daher auch als *sellers' clauses* bezeichnet). Es liegt deshalb auch regelmäßig im Interesse des Verkäufers, die Hinderungsgründe möglichst weit zu fassen und die Haftungsbefreiung von möglichst wenigen weiteren Voraussetzungen (Unvermeidbarkeit, Unvorhersehbarkeit usw.) abhängig zu machen. Bei MAC-Klauseln dagegen liegt es grundsätzlich im Interesse des Käufers, den Grundsatz der Vertragsbindung bei Bedarf so stark wie möglich aufzuweichen. Sein Interesse ist daher, die zum Rücktritt berechtigenden bzw. zum Bedingungsausfall führenden Umstände möglichst auszudehnen.

Nicht so eindeutig ist die Interessenlage bei *hardship*-Klauseln. Einerseits verursachen Änderungen der Umstände häufig Lieferschwierigkeiten des Verkäufers, so dass ein Festhalten am Vertrag eine außerordentliche wirtschaftliche Härte für ihn darstellen kann. Die früher bereits vorgestellten Sachverhalte in den Rechtssachen *Scafom* und *D21*<sup>21</sup> sind insofern klassische Beispiele. Andererseits kann eine Vertragsanpassung genauso sehr im Interesse des Käufers liegen, etwa wenn der Marktpreis des Kaufgegen-

stands stark gesunken oder der eigene Absatzmarkt eingebrochen ist. Es ist daher unzutreffend, auch diese Klauseln als *sellers' clauses* zu bezeichnen, wie dies gelegentlich geschieht.<sup>22</sup> Bei der Gestaltung von *hardship*-Klauseln haben letztlich beide Parteien bei Vertragsschluss im Hinblick auf unvorhersehbare Veränderungen der Umstände ein Interesse an einer möglichst ausgewogenen Lösung.

## III. Regelungsgegenstände bei der Klauselgestaltung

Wer eine eigenständige Klausel zur Bewältigung unvorhergesehener Umstände entwerfen will, darf keinen relevanten Gesichtspunkt übersehen. Daher sollte er zunächst einige grundlegende Vorüberlegungen anstellen (dazu Ziff. 1) und sich dann einen Überblick über die zu regelnden Gegenstände hinsichtlich der Voraussetzungen (dazu Ziff. 2) und der Rechtsfolgen (dazu Ziff. 3) der Klausel verschaffen. Für jeden dieser Gesichtspunkte ist anschließend zu prüfen, welche von mehreren möglichen Lösungen den Interessen der eigenen Partei am besten gerecht wird. Die folgenden Hinweise sind insofern nicht abschließend, und aus Platzgründen ist es nur möglich, auf *hardship*- und *force majeure*-Klauseln einzugehen.<sup>23</sup>

### 1. Vorüberlegungen

Vorab ist erstens die grundlegende Entscheidung zu treffen, ob sowohl für Konstellationen der *hardship* als auch für solche der *force majeure* Vorsorge getroffen werden soll. Wollen die Parteien nur letzteres, sollten sie in ihrer *force majeure*-Klausel ausdrücklich klarstellen, dass Fälle der rein wirtschaftlichen Leistungerschwerung nicht erfasst sein sollen.

Sollen beide Sachverhaltskonstellationen geregelt werden, ist zweitens zu entscheiden, ob sie gemeinsam in einer

18 Florian Kästle/Heiko Haller, Schieds- oder Schiedsgutachterverfahren zur Feststellung eines Material Adverse Change (MAC) beim Unternehmenskauf, NZG 2016, 926. Vgl. bereits ausführlich Anne Kindt/Dennis Stanek, MAC-Klauseln in der Krise, BB 2010, 1490.

19 Nils Krause/Jasper von Georg, Globaler M&A-Markt steht vor Trendwende, Börsen-Zeitung, 19.9.2020, S. 9.

20 Kirstin Schwedt/Ulrich Wolff, Covid-19: Top tips for negotiating new commercial contracts under German law, 4.5.2020 <<https://www.linklaters.com/de-de/insights/publications/2020/may/covid-19-top-tips-for-negotiating-new-commercial-contracts-under-german-law>>.

21 *Scafom International BV v Lorraine Tubes SAS*, Cour de cassation de Belgique, C.07.0289, 19.6.2009, Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht/Revue de Droit International Privé 8 (2009) Heft 4, S. 25; *SA Dupiré Invicta Industrie SA – D21 v Société Gabo*, Cour de cassation de France, Chambre commerciale, nos. 12–29.550, 13–18.956 und 13–20.230, 17.2.2015. Vgl. im Einzelnen IWRZ 2021, 3.

22 Darauf weist Harold Ullmann, Enforcement of Hardship Clauses in the French and American Legal Systems, (1988) 19 California Western International Law Journal 81, 87 Fn. 23 hin.

23 Gestaltungshinweise auch bei Bernard J. Cartoon, Drafting an Acceptable Force Majeure Clause, [1978] Journal of Business Law 230; David Yates, Drafting Force Majeure and Related Clauses, (1991) 3 Journal of Contract Law 186; H.O. Hunter, Commentary on 'Pitfalls of Force Majeure Clause', (1991) 3 Journal of Contract Law 214; Hubert Konarski, Force majeure and hardship clauses in international contractual practice, [2003] International Business Law Journal 405; Mark Anderson/Victor Warner, A-Z Guide (Fn. 7), 344–348. Zu MAC-Klauseln, vgl. ausführlich Kenneth A. Adams, A Manual of Style for Contract Drafting, 4. Aufl. 2017, S. 219–237.

Klausel behandelt werden sollen. Da sich idealtypische *hardship*- und *force majeure*-Klauseln sowohl hinsichtlich ihrer Voraussetzungen als auch ihrer Rechtsfolgen unterscheiden, erscheint eine Abhandlung in getrennten Vertragsbestimmungen vorzugswürdig. Etwas anderes gilt, wenn eine Mischform gewünscht ist. Typischerweise geschieht dies in als „*force majeure clauses*“ bezeichneten Klauseln, die auf Tatbestandsseite das strikte Unmöglichkeitserfordernis dahingehend aufweichen, dass auch wirtschaftliche Härten erfasst sind, und die insoweit für beide Konstellationen eine einheitliche Rechtsfolge anordnen.<sup>24</sup>

Drittens ist schon aus Gründen der Übersichtlichkeit zu empfehlen, bei der Gestaltung der Klausel die Voraussetzungen und die Folgen ihres Eingreifens sorgfältig voneinander zu trennen. Wenig gelungen ist insofern die *ICC Hardship Clause 2003*, die beide Elemente in ihrem zweiten Absatz vermischt. Die *ICC Force Majeure Clause 2003* dagegen stellt gleich in ihrem ersten Satz klar, dass die ersten drei Absätze die Voraussetzungen und Absätze 4–9 die Rechtsfolgen regeln.<sup>25</sup>

## 2. Voraussetzungen

Bei der Gestaltung der Voraussetzungen müssen die Parteien zunächst festlegen, ob die Klausel sie beide oder nur eine von ihnen begünstigen soll. Traditionelle *force majeure*-Klauseln in anglo-amerikanischen Warenkaufverträgen beziehen sich häufig nur auf die Leistungspflichten des Verkäufers.<sup>26</sup> Das erscheint auf den ersten Blick sachgerecht: Die Leistungspflicht des Käufers besteht ganz überwiegend in der Zahlung des Kaufpreises, hinsichtlich derer er sich nicht auf Unmöglichkeit berufen kann.<sup>27</sup> Probleme treten allerdings auf, wenn der Käufer seine Abnahmepflicht oder eine Nebenpflicht wegen unvorhergesehener Umstände nicht erfüllen kann. Ist es ihm beispielsweise unmöglich, abredgemäß eine Importlizenz beizubringen, greift keine Haftungsbefreiung ein, wenn der Anwendungsbereich der Klausel auf den Käufer beschränkt ist.<sup>28</sup>

### a) Verschiedene Regelungstechniken

Ferner ist zwischen einer von vier grundsätzlichen Regelungstechniken zu wählen. Die Klausel kann erstens das Eintreten der jeweiligen Rechtsfolgen beim Vorliegen von *hardship* bzw. *force majeure* anordnen, ohne diese Begriffe näher zu definieren. Zweitens kann sie in kasuistischer Manier ausschließlich eine Reihe spezifischer „Umstände“ (*circumstances*) oder „Ereignisse“ (*events*), etwa Streiks oder Pandemien, aufzählen, bei denen die gewünschten Rechtsfolgen greifen sollen. Drittens besteht die Möglichkeit, die Voraussetzungen der *hardship* oder *force majeure* in allgemeiner und abstrakter Form zu beschreiben, wie es etwa in der *ICC Hardship Clause 2003* umgesetzt wird. Viertens lassen sich die zweite und die dritte Technik miteinander kombinieren, wie dies in der *ICC Force Majeure Clause 2003* und den meisten heute in der internationalen Vertragspraxis eingesetzten *force majeure*-Klauseln geschieht. Erfolgt eine derartige Kombination, kann die Generalklausel wie in der ICC-Musterklausel einer beispielhaften Aufzählung der Umstände vorangestellt oder, wie in anglo-amerika-

nischen Verträgen üblich, als Auffangtatbestand („wrap-up“,<sup>29</sup> „catch-all“ oder „sweeper-up formula“<sup>30</sup>) nachgeordnet werden.

### b) Vor- und Nachteile

Von der ersten Regelungstechnik ist bei internationalen Handelsgeschäften im Interesse der Rechtssicherheit dringend abzuraten, da weder *hardship* noch *force majeure* einen festumrissenen grenzüberschreitenden Bedeutungsgehalt haben. Die zweite Variante birgt wie jede Kasuistik die Gefahr, dass sie unvorhergesehene Fälle nicht erfasst. Sie ist daher für eine Klausel, die gerade das Auftreten unvorhergesehener Umstände regeln soll, denkbar ungeeignet. Bei der abstrahierenden dritten Lösung besteht das Risiko, dass das zur Entscheidung berufene Gericht oder Schiedsgericht die Klausel zu eng auslegt und damit Umstände nicht erfasst, auf die sie nach dem Willen der Parteien Anwendung finden soll. Das gilt insbesondere für Gerichte aus den anglo-amerikanischen Rechtsordnungen, die einer Aufweichung der Vertragsbindung grundsätzlich skeptisch gegenüberstehen.<sup>31</sup> Grundsätzlich ist daher die kombinierende Gestaltungsmethode zu empfehlen, die einerseits die für die Regelung dieser Problematik erforderliche Flexibilität gewährleistet, andererseits durch die Aufzählung von Beispielen spätere Interpretationsschwierigkeiten so weit wie möglich vermeiden hilft.

### c) Allgemeine Voraussetzungen der Klauselgestaltung

Bei der allgemeinen Beschreibung der Voraussetzungen von *hardship* und *force majeure* ist auf vier zentrale

24 Vgl. die bereits in IWRZ 2021, 59 zitierte Klausel (Hervorhebungen SV): „The Company shall not be liable to the customer for any loss or damage which may be suffered by the customer as a result, directly or however indirectly, of the supply of goods or services by the company being prevented, hindered, delayed or rendered uneconomic by reason of circumstances or events beyond the reasonable control of the company including but not limited to act of God, war, riot, strike, lock-out, trade dispute or labour disturbance, accident break-down of plant or machinery, fire, flood, storm, difficulty or increased expense in obtaining workmen, materials or transport or other circumstances affecting the supply of the goods or of raw materials thereof by the company's normal source of supply or the manufacture of the goods by the company's normal means or the delivery of the goods by the company's normal route or means of delivery.“ Weitere Beispiele aus der Praxis bei *Fontaine/De Ly* (Fn. 2), 405 f., 413, 443–445, 456 f.

25 Richtigerweise ist allerdings das Anzeigeefordernis in Abs. 4 auch zu den Voraussetzungen zu rechnen.

26 Vgl. etwa cl. 20 des GAFTA Contract No. 100 in der Version von 2020 (Fn. 10). Für die USA, vgl. *Edgar Allen Farnsworth, Contracts*, 4. Aufl. 2004, S. 624 (vgl. auch § 2–615 des Uniform Commercial Code i.d.F. von 2002). Auch Art. VIII.1 des SAI-Formulars (vgl. o. Fn. 15) begünstigt ausschließlich den Schiffbauer. Anders die Lösung in Art. 79 CISG, der sich auf die Pflichten beider Parteien bezieht.

27 Der Rechtsgedanke des „Geld hat man zu haben“ findet sich auch in ausländischen Vertragsrechten; zum CISG, vgl. *Schwenzer* (Fn. 5), CISG Art. 79 Rn. 25.

28 So in *Congimex Companhia Geral de Comercio Importadora e Exportadora Sarl v Tradax Export AS* [1981] 2 Lloyd's Rep 687, 693 (QBD), per Staughton J; bestätigt [1983] 1 Lloyd's Rep 250, 254 (CA), per Donaldson MR.

29 *Michael Furmston, Drafting of Force Majeure Clauses – Some General Guidelines*, in McKendrick (Fn. 15), S. 57, 59.

30 *Alan Berg, The Detailed Drafting of a Force Majeure Clause*, in McKendrick (Fn. 15), S. 63, 91.

31 Zur engen Auslegung insbesondere durch englische Gerichte, vgl. Teil V dieses Beitrags.

Gesichtspunkte zu achten, die auch in den entsprechenden ICC-Musterklauseln enthalten sind. Danach muss erstens eine „Veränderung der Umstände“ (*change of circumstances*) bzw. ein „Ereignis“ (*event*) vorliegen, die bzw. das zweitens zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unvorhersehbar (*unforeseeable*) war, drittens außerhalb des Einflussbereichs der benachteiligten Partei lag (*beyond the control of the disadvantaged party*) und viertens für diese Partei „unvermeidbar“ oder „unüberwindbar“ (*unavoidable*) war. Je weniger dieser Elemente eine Klausel enthält bzw. je schwächer eines dieser Elemente formuliert ist (etwa durch Ersetzung des *unavoidable for the party* durch eine Formulierung wie *the party having exercised the standard of care of a reasonable and prudent operator*), desto stärker wird diejenige Partei begünstigt, die sich *ex post* von der Vertragsbindung lösen will.

Hinsichtlich des erstgenannten Gesichtspunkts sollte klar gestellt werden, ob nur nachträgliche oder auch bereits bei Vertragsschluss vorliegende, aber für die Parteien unvorhersehbare Umstände oder Ereignisse erfasst sein sollen. Die ICC-Musterklauseln folgen, wie gesehen, implizit dem zweiten Ansatz.<sup>32</sup> Vorzugswürdig ist eine ausdrückliche Regelung dieser Frage, etwa durch Formulierungen wie *an event, which has occurred after the conclusion of the contract* oder *an event, irrespective of the time of its occurrence*.<sup>33</sup> Ferner sollten die Parteien, jedenfalls wenn sie keine Mischform aus *hardship*- und *force majeure*-Klausel entwerfen wollen,<sup>34</sup> deutlich machen, welche Auswirkungen die Veränderung der Umstände bzw. das Ereignis auf die Leistungskapazitäten der benachteiligten Partei haben soll, ob also eine bloße Leistungerschwerung oder aber Unmöglichkeit vorliegen muss.

Soll, wie für *hardship*-Klauseln charakteristisch, eine Leistungerschwerung genügen, sollten die Parteien genauer umschreiben, wie stark die wirtschaftliche Belastung der benachteiligten Partei sein muss. Hier finden sich in der Praxis stark voneinander abweichende Schwellenwerte, die von einem „wesentlichen Nachteil“ (*material disadvantage*) oder einer „erheblichen Belastung“ (*substantive burden*) bis hin zu einer „unverhältnismäßig beschwerlichen Belastung“ (*excessively onerous burden*) reichen.<sup>35</sup> Die Vorhersehbarkeit der späteren Anwendung der Klausel lässt sich gegebenenfalls dadurch erhöhen, dass bestimmte Prozentsätze für Änderungen der Marktpreise oder Abweichungen von erstrebten Profitmargen spezifiziert werden. Je detaillierter solche Regelungen werden, desto stärker rücken sie in die Nähe von Indexierungs- und anderen Anpassungsklauseln.<sup>36</sup>

#### d) Auslösende Umstände und Ereignisse im Besonderen

Die genauere Aufzählung auslösender Faktoren ist insbesondere bei *force majeure*-Klauseln üblich. Aufgeführt werden in der Regel politische und wirtschaftliche Umbrüche, Umweltkatastrophen, Änderungen der Rechtslage, Handelssanktionen,<sup>37</sup> Arbeitskonflikte, technologische Entwicklungen oder auch die drohende Gefährdung von Person oder Eigentum der Parteien oder Dritter im Falle einer vertragsgemäßen Erfüllung. Die Listen der relevanten

Umstände sind in der Praxis oft noch umfangreicher als in der Musterklausel der ICC. In Härteklauseln ist eine ausdrückliche Aufzählung besonderer *hardship events* seltener. Neben Umständen, wie sie in *force majeure*-Klauseln genannt sind, finden etwa Marktschwankungen, Inflation, die Erhöhung von Zöllen oder die Insolvenz einer Vertragspartei Erwähnung.<sup>38</sup>

#### aa) Vorsicht bei Musterklauseln

Auch diesbezüglich sollte jede Partei einen Klauselentwurf kritisch im Hinblick auf ihre konkreten Interessen durchmustern. Dient eine Musterklausel als Ausgangspunkt, kann es ratsam sein, auf die Streichung oder Präzisierung dort genannter Umstände oder auch die Nennung zusätzlicher Umstände hinzuwirken.<sup>39</sup> So liegt es etwa regelmäßig im Interesse des Verkäufers, Absatz 3 f) der *ICC Force Majeure Clause 2020* um Beschaffungsschwierigkeiten (*procurement difficulties*) zu ergänzen und klarzustellen, dass unter einer *destruction of equipment* auch ein *breakdown of machinery or similar accidents* zu verstehen sein soll. Derartige Regelungen finden sich in der internationalen Vertragspraxis häufig.<sup>40</sup> Bezüglich Absatz 3 g) der Klausel geht das Verkäuferinteresse typischerweise dahin, neben allgemeinen Arbeitskonflikten auch solche aufzuführen, die nur das eigene Unternehmen betreffen. Bei eigenständigem Entwurf einer Klausel sollten die Parteien bestimmte Umstände, die typischerweise als Anwendungsfälle von *hardship* oder *force majeure* oder als Grenzfälle gelten, ausdrücklich ausschließen, wenn diese nicht in den Anwendungsbereich der Klausel fallen sollen.<sup>41</sup>

#### bb) Abschließende oder nur beispielhafte Auflistung der Voraussetzungen

Wichtig ist ferner eine Klarstellung, ob die Aufzählung der Faktoren abschließend oder nur beispielhaft sein soll. Im Hinblick auf das zur Regelung unvorhergesehener Umstände erforderliche Minimum an Flexibilität ist letzteres sinnvoll. Erreichen lässt sich dies, indem die Aufzählung mit Formulierungen wie *in particular* oder *for example* eingeleitet oder mit *etc.* oder *or other similar circumstances* abgeschlossen wird.

32 Vgl. *International Chamber of Commerce, ICC Force Majeure Clause 2003 / ICC Hardship Clause 2003, 2003* (ICC Publication No. 650) <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-Force-Majeure-Hardship-Clause.pdf>>; *International Chamber of Commerce, ICC Force Majeure and Hardship Clauses, March 2020* <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/03/icc-force majeure-hardship-clause-s-march2020.pdf>>. Vgl. im Einzelnen IWRZ 2021, 59 f., 112–115.

33 *Plate* (Fn. 3), 166.

34 Dazu o. Fn. 24.

35 Praxisbeispiele bei *Fontaine/De Ly* (Fn. 2), 470–473.

36 Vgl. im Einzelnen IWRZ 2021, 117.

37 *Fabian Breckheimer/Tobias Karrenbrock, Wirtschaftssanktionen und politische Krisen – Auswirkungen im grenzüberschreitenden Geschäft und Möglichkeiten vertraglicher Risikobegrenzung*, BB 2014, 3011.

38 Beispiele bei *Fontaine/De Ly* (Fn. 2), 464–468.

39 Darauf weist die ICC ausdrücklich hin: *ICC Force Majeure Clause 2020 (Long Form)* (Fn. 32), Erklärung nach paragraph 3.

40 Beispiele bei *Fontaine/De Ly* (Fn. 2), 410 f.

41 Beispiele bei *Fontaine/De Ly* (Fn. 2), 416–418, 462 f., 470.

Schließlich sollte aus der Klausel deutlich hervorgehen, dass auch hinsichtlich der aufgezählten Umstände die drei übrigen allgemeinen Voraussetzungen (*unforeseeable, beyond the control of the disadvantaged party* und *unavoidable*) erfüllt sein müssen. Andernfalls ist beim Vorliegen eines solchen Umstands automatisch ein Fall von *hardship* oder *force majeure* gegeben, selbst wenn er im Einflussbereich der benachteiligten Partei lag oder vorhersehbar bzw. vermeidbar war.<sup>42</sup> Eine entsprechende Klarstellung unterbleibt in der Praxis häufig.<sup>43</sup> Als Formulierungshilfe können insofern die einleitenden Worte von Absatz 3 der *ICC Force Majeure Clause 2020* dienen. Dort wird klargestellt, dass bei Vorliegen eines der aufgezählten Umstände nur seine Unvermeidbarkeit nachgewiesen werden muss, wohingegen die ersten beiden allgemeinen Voraussetzungen widerleglich vermutet werden.<sup>44</sup>

#### e) Pflichten und Obliegenheiten der benachteiligten Partei

Viele *hardship*- und *force majeure*-Klauseln machen den Eintritt ihrer Rechtsfolge von der Mitwirkung der Partei abhängig, die durch die Veränderung der Umstände benachteiligt ist und sich auf die Klausel beruft. Sie statuieren etwa Anzeige- und Benachrichtigungserfordernisse. Ziel ist, die andere Partei möglichst schnell und umfassend über das Leistungshindernis oder die Leistungserschwerung in Kenntnis zu setzen. Gelegentlich wird auch vereinbart, dass die andere Partei vom Wegfall eines nur vorübergehenden Leistungshindernisses zu unterrichten ist. Damit soll verhindert werden, dass die andere Partei mit einem Dritten eine Ersatzlieferung vereinbart.

Wird eine derartige Regelung eingeführt, sollte nicht nur bestimmt werden, ab welchem Zeitpunkt die Pflicht zur Anzeige besteht und ob diese, wie nach Absatz 4 der *ICC Force Majeure Clause 2020*, „ohne Verzögerung“ oder innerhalb einer genau zu bestimmenden Frist erfolgen muss. Geregelt werden sollte auch, wem gegenüber und in welcher Form die Anzeige abzugeben ist. Klarstellend sollte ferner festgelegt werden, dass die benachteiligte Partei bei Verstoß gegen eine Anzeigepflicht nicht berechtigt ist, sich auf die Klausel zu berufen.<sup>45</sup>

Die Klausel kann darüber hinaus festlegen, wie die benachteiligte Partei den Hinderungsgrund oder die Leistungserschwerung nachweisen muss.<sup>46</sup> Dabei ist es möglich, besondere Beweismittel, etwa Expertengutachten, zur Voraussetzung zu machen. Umgekehrt können potenzielle Beweismittel ausdrücklich ausgeschlossen werden. Im Handel mit der Volksrepublik China empfiehlt sich dies beispielsweise hinsichtlich der so genannten *Force majeure*-Zertifikate, die der China Council for Promotion of International Trade (CCPIT) seit Februar 2019 an einheimische Unternehmen vergibt und in denen er das Vorliegen höherer Gewalt „feststellt“.<sup>47</sup>

Schließlich können die Parteien den Eintritt der Rechtsfolge der Klausel davon abhängig machen, dass die benachteiligte Partei angemessene Anstrengungen zur Überwindung vorübergehender Leistungshindernisse unternimmt

und die negativen Folgen des Umstandes oder Ereignisses soweit wie möglich abmildert.<sup>48</sup>

### 3. Rechtsfolgen

#### a) Nachverhandlungspflichten

Auch hinsichtlich der erwünschten Rechtsfolgen haben die Parteien bei der Gestaltung von *hardship*- und *force majeure*-Klauseln weitreichende Möglichkeiten. Wie bereits gesehen, ordnen Härteklauseln regelmäßig eine Pflicht zu Nachverhandlungen an; erst bei deren Scheitern ist eine Anpassung oder Aufhebung des Vertrags möglich. *Force majeure*-Klauseln ordnen dagegen in der Regel eine sofortige Befreiung von der Leistungspflicht an. Doch auch in ihnen können die Parteien eine Nachverhandlungspflicht vorsehen, die insbesondere für Fälle der langandauernden vorübergehenden Unmöglichkeit sinnvoll sein kann.<sup>49</sup> Umgekehrt besteht bei der Gestaltung von Härteklauseln die Möglichkeit, ohne vorherige Verhandlungen unmittelbar weitergehende Rechtsfolgen zu statuieren.

Bei Anordnung einer Nachverhandlungspflicht sollte die Klausel detaillierte Vorgaben hinsichtlich der Dauer und Durchführung der Verhandlungen machen und gewisse Maßstäbe für die Ernsthaftigkeit der Verhandlungsführung setzen (*reasonable endeavours, best endeavours, in good faith* usw.). Festgelegt werden kann auch, die Leistungspflichten der Parteien während der Verhandlungen aussetzen.<sup>50</sup>

#### b) Möglichkeit der Vertragsanpassung – Vertragsaufhebung

Für den Fall, dass Nachverhandlungen entweder nicht angeordnet sind oder aber scheitern, legen einige *hardship*-Klauseln keine weiteren Rechtsfolgen fest, sondern stellen die Lösung des Disputs schlicht in das Ermessen eines Experten oder eines Schiedsgerichts.<sup>51</sup> Sinnvoller scheint aber, genauere Vorgaben zu machen, etwa durch die Einbeziehung einer der in Absatz 3 der *ICC Hardship Clause 2020* vorgeschlagenen Optionen.<sup>52</sup> Wünschen die Parteien die Möglichkeit einer Vertragsanpassung (*adaptation*), können sie weitere Bestimmungen hinsichtlich des dafür zuständigen Spruchkörpers bzw. Expertengremiums sowie des anzuwendenden Anpassungsmechanismus tref-

42 So etwa in *PPG Industries, Inc. v. Shell Oil Company*, 727 F. Supp. 285 (E.D. La. 1989), bestätigt in 919 F.2 d 17 (5th Cir. 1990).

43 Formulierungsbeispiele bei *Fontaine/De Ly* (Fn. 2), 415 f., 462 f.

44 Dazu IWRZ 2021, 114.

45 Zahlreiche Beispiele bei *Fontaine/De Ly* (Fn. 2), 418–424, 465. Vgl. auch *Furmston* (Fn. 29), 60 f. und die bei *Anderson/Warner, Drafting and Negotiating* (Fn. 7), 358 vorgeschlagene Klausel.

46 *Fontaine/De Ly* (Fn. 2), 473–475.

47 CCPIT, CCPIT Carries out International Communications on Force Majeure Certificates, 30 April 2020, <[http://en.ccpit.org/info/info\\_40288117668b3d9b0171c8e0ef5408a2.html](http://en.ccpit.org/info/info_40288117668b3d9b0171c8e0ef5408a2.html)>.

48 *Fontaine/De Ly* (Fn. 2), 428–430; vgl. auch Abs. 7 der *ICC Force Majeure Clause 2020* (Fn. 32).

49 *Fontaine/De Ly* (Fn. 2), 432–434.

50 Beispiele bei *Fontaine/De Ly* (Fn. 2), 476–480, 486.

51 Vgl. etwa die streitgegenständliche Klausel in *Associated British Ports v Tata Steel UK Ltd* [2017] EWHC 694 (Ch), [2017] 2 Lloyd's Rep 11 [12], [17], per Rose J.

52 Vgl. im Einzelnen IWRZ 2021, 60.

fen. Wünschen sie eine Vertragsaufhebung (*termination*), empfiehlt sich die zusätzliche Anordnung einer Pflicht zur Rückgewähr bereits empfangener Leistungen.<sup>53</sup>

### c) Leistungsbefreiung

*Force majeure*-Klauseln stellen regelmäßig die Parteien oder wenigstens den Schuldner der vertragstypischen Leistung von der Pflicht zur Leistung und zur Zahlung von Schadensersatz frei. Für den Fall der vorübergehenden Unmöglichkeit der Leistung kann eine Nachfrist angeordnet werden, während derer, insbesondere bei Sukzessivlieferungsverträgen, auch die Pflicht zur Gegenleistung entfällt. Verwenden die Parteien die *ICC Force Majeure Clause 2020*, sollten sie die in Absatz 8 der Klausel vorgeschlagene 120 Tage-Frist gegebenenfalls durch eine dem Vertragsgegenstand angemessenere oder flexiblere Lösung ersetzen.<sup>54</sup> Für den Fall, dass der Hinderungsgrund innerhalb des festgesetzten Zeitraums nicht entfällt, kann die Aufhebung des Vertrags vorgesehen werden.<sup>55</sup>

### d) Relation der Klausel zum anwendbaren Recht

Schließlich empfiehlt sich für beide Klauseltypen eine ausdrückliche Regelung der Frage, ob die Klausel das anwendbare Vertragsrecht in ihrem Anwendungsbereich ganz verdrängen oder lediglich in der Weise ergänzen soll, dass einschlägige Rechtsinstitute wie die deutsche Lehre von der Geschäftsgrundlage oder die englische *doctrine of frustration* subsidiär anwendbar bleiben sollen. Ist ersteres gewünscht, lässt sich dies durch Klarstellungen wie

*This clause provides the parties with a remedy which is meant to be exclusive in nature.*

oder

*Der Haftungsbefreiungsmechanismus in dieser Klausel ist als abschließend zu verstehen. Nationales Recht wird insoweit verdrängt.*

erreichen.<sup>56</sup>

## Summary

This contribution constitutes the fourth of five parts of an article dealing with 'hardship' and similar clauses in international commercial sales contracts. The first part (IWRZ 2021, 3–9) outlined the various legal frameworks within which such clauses are operating: national and transnational contract laws offer very different solutions if an event that the parties did not foresee when making the contract renders performance impossible or unduly

onerous for one of them. The second part (IWRZ 2021, 57–62) discussed in which circumstances the parties should take particular care to mitigate the dangers flowing from such unforeseen circumstances by drafting contract clauses that provide for a proper allocation of risk. It focussed on 'hardship clauses' as a particular type of contractual provision designed to achieve this result. The third part (IWRZ 2021, 112–118) introduced three further types of clause that intend to protect parties against the consequences of unforeseen circumstances: force majeure clauses, material adverse change (MAC) clauses and clauses dealing with typical market and currency fluctuations, such as indexation and value maintenance clauses.

This part addresses questions pertaining to the drafting of the kinds of clause introduced in the earlier contributions. Strict adherence to model clauses and boilerplate solutions is not advisable. Careful drafting requires the parties to engage in a thorough risk analysis. Much will obviously depend on the relative bargaining power of the parties, but there is wide scope to design such clauses in a more buyer or seller friendly manner. It is therefore recommended to pay particular attention to them during the negotiations. A well-drafted clause will specify a number of requirements that will lead to the desired legal effect, ie adaptation or termination of the contract. With regard to the requirements, there are different drafting techniques adopting a more abstract or a more casuistic phrasing of the various events and circumstances. Given that the clauses in question deal with unexpected changes, a more abstract drafting technique is advisable. In order to enhance predictability, clauses should also detail the respective notice and mitigation duties of the parties, once unexpected circumstances have occurred.



Stefan Vogenaer

53 Beispiele bei *Fontaine/De Ly* (Fn. 2), 483–486.

54 So ausdrücklich die Erklärung nach paragraph 8 der *ICC Force Majeure Clause 2020 (Long Form)* (Fn. 32).

55 *Furmston* (Fn. 29), 61; *Fontaine/De Ly* (Fn. 2), 424–428, 430 f., 446 f.

56 Nach *Plate* (Fn. 3), 148.