

# ZVertriebsR

# Zeitschrift für

# Vertriebsrecht

[www.ZVertriebsR.de](http://www.ZVertriebsR.de)

Handelsvertreterrecht  
Vertragshändlerrecht  
Vertriebskartellrecht  
Franchiserecht  
Online-Vertriebsrecht

Herausgeber:

Eckhard Flohr  
Michael Martinek  
Karsten Metzloff  
Franz-Jörg Semler  
Ulf Wauschkuhn

Aus dem Inhalt

- Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen*  
Höhere Gewalt-Klauseln: AGB-rechtliche Pandora-Büchse  
in der Pandemie 275
- Rechtanwältin Anne Caroline Wegner/Benjamin Schwenker*  
Paukenschlag im Automobilhandel? Die Entscheidung des  
OLG Wien vom 12.5.2020 und potenzielle Auswirkungen  
auf andere Jurisdiktionen 282
- Sebastian Rünz, LL.M.*  
Neue Sorgfaltspflichten und Haftungsrisiken in der Lieferkette –  
Aktuelles zu deutschen und europäischen Gesetzesvorhaben 291
- Dr. Jörg Domisch/Dr. Kai-Oliver Giesa*  
Zur Ersatzfähigkeit von Personalkosten 298
- LG Stuttgart*  
Durchsetzung von Lieferpflichten im Wege des einstweiligen  
Rechtsschutzes 303
- OLG Düsseldorf*  
Stufenklage des Handelsvertreters auf Provisions- und  
Ausgleichszahlung 306
- LG Köln*  
Nichtkenntlichmachung des kommerziellen Zwecks eines  
Posts durch Influencer 314
- OLG Stuttgart*  
Vertriebs- und Verwendungsbeschränkungen in einem  
selektiven Vertriebssystem 326



**5/2020**

S. 273–340, 11. September 2020  
9. Jahrgang



## Aufsätze

Rechtsanwalt Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Lohmar

# Höhere Gewalt-Klauseln: AGB-rechtliche Pandora-Büchse in der Pandemie

Da Höhere Gewalt-Klauseln extrem selten sein dürften, in denen als Leistungsbefreiungstatbestand auf den Tatbestand einer Pandemie ausdrücklich hingewiesen wird, soll im Folgenden untersucht werden, welche AGB-rechtlichen Wirksamkeitsgrenzen für solche Klauseln bestehen, wenn es darum geht, die unerwarteten Auswirkungen der COVID-19-Pandemie zutreffend im Rahmen einer richterlichen Inhaltskontrolle solcher Klauseln nach § 307 BGB zu erfassen. Als zu untersuchendes Beispiel – innerhalb von typischen Lieferanten-AGB – soll eine Klausel dienen, in der zum einen der Begriff „Höhere Gewalt“ als Leistungsbefreiungstatbestand zugunsten des Schuldners als AGB-Verwender verwendet wird, zum anderen aber auch der allgemeine Auffangtatbestand, dass eben auch alle „sonstigen Ereignisse“ als Fälle Höherer Gewalt – etwa eben auch eine Pandemie – gelten sollen, die als ein „unvorhersehbares, unvermeidbares, außergewöhnliches und unabwendbares Ereignis“ apostrophiert werden. Die zu beantwortende Frage: Wie passt das alles zusammen?

## I. Ausgangslage

### 1. Definition der Höheren Gewalt – BGH-Rechtsprechung

Die Rechtsprechung versteht, wie bereits zu Beginn der hier anzustellenden Erörterungen zu unterstreichen ist, unter dem dem deutschen Schuldrecht fremden Begriff Höherer Gewalt, dass es sich um ein „betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch die äußerste, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmer in Kauf zu nehmen war“.<sup>1</sup>

### 2. Orientierung an Art. 79 Abs. 1 CISG

Eine sehr brauchbare, weil anerkannte Orientierung für die allgemein anerkannten Begriffsmerkmale der Höheren Gewalt ergibt sich im Blick auf grenzüberschreitende Lieferverträge<sup>2</sup> aus der Regel des Art. 79 Abs. 1 CISG.<sup>3</sup> Zugrunde liegt dem UN-Kaufrecht allerdings – im Gegensatz zum Schuldrecht des BGB – eine vom Verschulden losgelöste Garantiehaft des Lieferanten, so dass der Fall der Höheren Gewalt der allein anerkannte und auch anzuerkennende Leistungsbefreiungstatbestand für den Lieferanten ist. Danach gilt gemäß Art. 79 Abs. 1 CISG: „Eine

*Partei hat für die Nichterfüllung einer ihrer Pflichten nicht einzustehen, wenn sie beweist, dass die Nichterfüllung auf einem außerhalb ihres Einflussbereichs liegenden Hinderungsgrund beruht und dass von ihr vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsabschluss in Betracht zu ziehen oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden.“*

Bereits auf den ersten Blick wird beim Vergleich beider Definitionsschemata erkennbar, dass die von der Rechtsprechung entwickelte Begrifflichkeit der Höheren Gewalt offenbar deutlich strenger ist als der hier in Art. 79 Abs. 1 CISG als Befreiungstatbestand zitierte Gesetzestext. In der BGH-Judikatur ist nämlich von „äußerster, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartender Sorgfalt“<sup>4</sup> die Rede.<sup>5</sup> Es geht also um ein extrem hohes Maß an Pflichterfüllung, weil die „äußerste“ nach Lage des Falls „vernünftigerweise“ zu fordernde Sorgfalt hier in Rede steht, um ein betriebsfremdes Ereignis Höherer Gewalt abzuwenden. Demgegenüber ist in der Norm des Art. 79 Abs. 1 CISG lediglich davon die Rede, dass es darauf ankommt, ob „vernünftigerweise“ von der Partei, welche von einem Ereignis Höherer Gewalt betroffen ist, erwartet werden kann, dieses bei Vertragsabschluss bereits vorherzusehen und damit auch seine Folgen vermeiden zu können. So gesehen ist der eingetretene Hinderungsgrund nur dann für den betroffenen Schuldner nach einer in der Literatur überzeugend vertretenen Ansicht unabwendbar, wenn die insoweit erforderlichen Mehraufwendungen des Schuldners die Obergrenze übersteigen.<sup>6</sup>

## II. Höhere Gewalt-Klauseln als typische AGB-Klauseln nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB

Ob allerdings Klauseln Höherer Gewalt, die ja in aller Regel einem weithin vorgegebenen Standard folgen, überhaupt jemals als Individualabreden nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB zu werten sind, dürfte mehr als zweifelhaft sein.<sup>7</sup> Denn die Voraussetzungen, welche der BGH in ständiger Rechtsprechung fordert,<sup>8</sup> sind extrem anspruchsvoll; sie errichten bekanntlich sehr hohe, fast nicht übersteigbare Hürden.<sup>9</sup> Denn es kommt im Regelfall darauf an,

1 BGH NJW 2017, 2677 – Reiserecht – § 651 j BGB a. F.; NJW-RR 2008, 335 (336); NJW 1995, 1225.

2 So auch Graf von Bernstorff, ICC-Muster Internationaler Kaufvertrag, Berlin 2017, Rn. 544.

3 Hierzu Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer, CISG, 7. Aufl., München 2019, Art. 79 Rn. 10 ff.; BeckOGK/Bach/CISG, Art. 79 Rn. 5 ff.

4 Damit ist ein objektiv-subjektiv gemischter Maßstab angesprochen, weil zum einen auf das Wissen der Partei abgestellt wird, welches diese bei Abschluss des Vertrages tatsächlich hatte („Sonderwissen“) – BeckOGK Bach/CISG Art. 79 Rn. 37; zum anderen ist auf das Wissen abzustellen, welches „vernünftigerweise“ erwartet werden kann – Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer CISG Art. 79 Rn. 13.

5 BGH NJW-RR 2008, 335 (336).

6 MüKo/Huber CISG, 8. Aufl., München 2019, Art. 79 Rn. 9; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer CISG Art. 79 Rn. 13.

7 Diese Frage nur sehr kurz streifend Wagner/Holtz/Dötsch BB 2020, 845 (847).

8 BGH NZBau 2016, 213; NJW 2013, 856 (858); im Einzelnen auch Individualvereinbarung Rn. 9 ff.

9 Kritisch gegenüber der Rechtsprechung zu § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB Maier-Reimer NJW 2017, 1 ff.

dass der Verwender den „gesetzesfremden Kerngehalt“ der Höheren Gewalt-Klausel gegenüber seinem Vertragspartner ernsthaft zur Disposition stellt,<sup>10</sup> um diesen dann die Gelegenheit zu gewähren, die Klausel auch nach seinen eigenen Interessen abzuändern.<sup>11</sup> Man wird daher im Sinn der Rechtsprechung zur ausgehandelten Individualabrede nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB wohl fordern müssen, dass der „gesetzesfremde Kerngehalt“ einer vorformulierten Höheren Gewalt-Klausel darin besteht, dass sie vom Verschuldensprinzip des Haftungsrechts des Schuldrechts abweicht.<sup>12</sup> In der Sache wäre also ein „Rückkehr“ zum Verschuldensprinzip des BGB hier eingefordert. Denn Höhere Gewalt-Klauseln sind insoweit im Sinn von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB „gesetzesfremd“, als sie ja von ihrer Systematik her als Ausnahmetatbestand auf einer Garantiehaft des Lieferanten beruhen.

## 1. AGB-rechtliche Auslegung

### a) Auslegungsraster: Höhere Gewalt – sonstiges Ereignis

Höhere Gewalt-Klauseln sind als Auslegungsmaterial dem bekannten Raster des § 305 c Abs. 2 BGB auf Basis einer generell-abstrakten – rein objektiven – Auslegung zu unterwerfen.<sup>13</sup> Die besonderen aus § 305 c Abs. 2 BGB abzuleitenden Auslegungsschwierigkeiten beginnen daher in der Regel in den Fällen einer Höheren Gewalt-Klausel, die durchaus wohl als üblich zu bezeichnen sind: Der AGB-Verwender verwendet eine vorformulierte Klausel unter der Rubrik „Höhere Gewalt“ oder auch der „Force Majeure“. Wird der Tatbestand der Pandemie nicht eigens aufgeführt, dann ist die Frage zu beantworten, ob das Auftreten einer Pandemie als ein „sonstiges Ereignis“ zu qualifizieren sein kann, welches – etwa im Rahmen einer an die Textierung von Art. 79 Abs. 1 CISG angelehnten Klausel – als „unvorhersehbar“, „unvermeidbar“ und damit auch als „unabwendbar“ und damit eben nach dem reinen Wortlaut der Klausel auch als Ereignis Höherer Gewalt eingeordnet werden kann.

### aa) Grundsätze des § 305 c Abs. 2 BGB

Im Blick auf den Tatbestand eines „sonstigen Ereignisses“ als Fall Höherer Gewalt gilt nach § 305 c Abs. 2 BGB eine generell-abstrakte – typisierende – Auslegung.<sup>14</sup> Sie geht zwar vom Wortlaut der Klausel aus,<sup>15</sup> stellt aber in einer regelmäßig sehr weiten Auslegung der verwendeten Wörter auf das Verständnis der Parteien ab, die für gewöhnlich – ohne spezifische Rechtskenntnisse – an einem solchen Liefervertrag beteiligt sind.<sup>16</sup> Sind nach Ausschöpfen aller in Betracht kommenden Auslegungsschritte wenigstens zwei unterschiedliche Auslegungsvarianten im Rahmen von § 305 c Abs. 2 BGB vertretbar, dann greift nach ständiger Rechtsprechung zugunsten des Kunden der Grundsatz der „kundenfeindlichsten“ Auslegung an.<sup>17</sup>

Daneben gibt es aber immer in deutsch-rechtlich formulierten Liefer-AGB auch – und dies darf nicht aus dem Auge gelassen werden – die etwa auf Schadensersatz für Verzug oder auch für Unmöglichkeit gerichtete – verschuldensabhängige – Haftung des Lieferanten. Sie beruht auf dem Maßstab der allgemeinen Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 2 BGB, setzt also (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) im Blick auf einen Schadensersatzanspruch wegen Verzugs (§ 286 Abs. 4 BGB) oder auch wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 2 Satz 2 BGB) voraus, dass der Lieferant die im Verkehr „erforderliche Sorgfalt“ außer acht gelassen hat. Von diesem Vorwurf im Sinn eines Vertretenmüssens muss sich der Schuldner immer entlasten (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).

### bb) Beleuchtung der Auslegungsvarianten

Diese in der Sache völlig unterschiedlichen Pflichtenmaßstäbe im Fall von Höherer Gewalt und einer verschuldensabhängigen Haftung auf Schadensersatz führen indes auf der Ebene der allgemeinen Auslegung nach § 305 c Abs. 2 BGB zu erheblichen Verwerfungen, was nunmehr zu betrachten ist.

#### aaa) Kein einheitlicher Pflichtenmaßstab

Da hier deutsches Recht für die Lieferanten-AGB anwendbar ist,<sup>18</sup> wird man nach § 305 c Abs. 2 BGB den Begriff der Höheren Gewalt nach dem Muster auszulegen haben, das von der Rechtsprechung des BGH<sup>19</sup> als Definition vorgegeben ist. Der danach eingreifende Pflichtenmaßstab wird, um es zu wiederholen, so charakterisiert, dass es sich um solches Ereignis handeln muss, welches „durch die äußerste, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartenden Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann“.<sup>20</sup> In Bezug auf den Auffangtatbestand – unvorhersehbar, unvermeidbar, unabwendbar – stellt sich dann die nicht leicht zu lösende Auslegungsfrage nach § 305 c Abs. 2 BGB. Sie zielt auf folgendes ab: Wird der Begriff Höhere Gewalt oder auch Force Majeure in der Überschrift der betreffenden Klausel verwendet, dann dürfte es sehr nahe liegen, alle insoweit verwendeten Einzelbegriffe – damit auch den Tatbestand des „sonstigen Ereignisses“ – diesem Oberbegriff unterzuordnen. Denn diese Sicht dürfte dem objektiven Verständnis einer solchen Klauseln entsprechen, aber zwingend ist diese Auslegung nicht.

Denn man könnte ja auch – alternativ – argumentieren, dass die einzelnen, in der Klausel benannten Ereignisse erst für sich jeweils den Tatbestand Höherer Gewalt auslösen. In dieser Sicht handelt es sich dann um eine enumerative Aufzählung der Tatbestände der Höheren Gewalt. Das würde dann auch für den Auffangtatbestand des „sonstigen Ereignisses“ gelten, welches mit den Begriffen „unvorhersehbar“, „unvermeidbar“ und auch „unabwendbar“ umschrieben ist. Diese Begriffe könnte man aber auch an den Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB anlehnen. Dafür könnte vor allem der Umstand sprechen, dass ja die nach § 305 c Abs. 2 BGB durchzuführende Auslegung auf dem allgemeinen Verständnishorizont ge-

<sup>10</sup> BGH NJW 2019, 2080 mit Anm. von Pfeiffer.

<sup>11</sup> BGH NJW 2000, 1110 (1111).

<sup>12</sup> Grundlegend hierzu BGH NJW 2018, 291 – Rn. 19 – Qualitätssicherungsvereinbarung; BGH NJW 2006, 47 (49) – Rechtsmängelhaftung.

<sup>13</sup> Nur auf eine Auslegung nach den §§ 133, 157 abstellend, nicht aber auf § 305 c Beyer/Hoffmann NJOZ 2020, 609 (610).

<sup>14</sup> BGH NJW 2016, 526.

<sup>15</sup> Ohne Beachtung AGB-spezifischer Fragen Beyer/Hoffmann NJOZ 2020, 609 (610).

<sup>16</sup> Grenzen in BGH NJW 2013, 291 – Rn. 16.

<sup>17</sup> Grundsätzlich BGH NJW 2016, 526; Palandt/Grüneberg § 305 c Rn. 16.

<sup>18</sup> Ob in der Tat eine Höhere Gewalt-Klausel in einem Liefervertrag als „must“ zu bezeichnen ist (Beyer/Hoffmann NJOZ 2020, 609 (611)) dürfte nach den hier anzustellenden Erwägungen mehr als zweifelhaft sein.

<sup>19</sup> BGH NJW-RR 2008, 335 (336); Weaver ZVertriebsR 2020, 159 (160); Beyer/Hoffmann NJOZ 2020, 609; Wagner/Holtz/Dötsch BB 2020, 845 (846).

<sup>20</sup> BGH NJW-RR 2008, 335 (336); Wagner/Holtz/Dötsch BB 2020, 845 (846).

fordert ist, dem keine juristischen Kenntnisse eigen sind.<sup>21</sup>

Ähnlich müsste man wohl im Rahmen der Auslegung nach § 305 c Abs. 2 BGB entscheiden, wenn der Begriff Force Majeure sozusagen als Ausgangsbegriff („Force Majeure ist, wenn...“) einer einzigen Klausel verwendet wird, dem dann verschiedene Einzelatbestände enumerativ zugeordnet werden. Man kann diese beiden alternativen Auslegungsergebnisse so umschreiben: Entweder ordnet man alle Tatbestände der Auslegungsvariante von Höherer Gewalt zu, welche die Rechtsprechung des BGH aufgestellt hat oder man gestattet auch als Alternative eine Auslegung, die sich unmittelbar, etwa auch an den Vorgaben des Befreiungstatbestandes in Art. 79 CISG oder auch nur an dem Maßstab der erforderlichen Sorgfalt nach § 276 Abs. 2 BGB ausrichtet.<sup>22</sup> Hinzu kommt ja auch, dass einem solchen Durchschnittskunden die Definition des Tatbestandes der Höheren Gewalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gänzlich unbekannt ist.

Im Ergebnis kann man also eine Höhere Gewalt-Klausel nach § 305 c Abs. 2 BGB im Blick auf den zur Anwendung berufenen Pflichtenmaßstab durchaus verschieden interpretieren. Zum einen lässt sich die Auslegung vertreten, dass alle die Ereignisse solche Höherer Gewalt sind, die als „unvorhersehbar“, „unvermeidbar“ und auch „unabwendbar“ anzusehen ist, wobei der Pflichtenmaßstab der erforderlichen Sorgfalt nach § 276 Abs. 2 BGB entscheidet. Man kann aber auch alle in der Klausel aufgeführten Ereignisse als solche bewerten, die nach der Rechtsprechung des BGH den Pflichtenmaßstab der „äußersten Sorgfalt“<sup>23</sup> einfordern. Schließlich lässt sich auch die Auslegung vertreten, dass zwischen dem Begriff Höhere Gewalt im Sinn der Definition der Judikatur<sup>24</sup> einerseits und dem „sonstigen Ereignis“ andererseits differenziert wird, sofern dieses mit den Begriffen „unvorhersehbar“, „unvermeidbar“ und „unabwendbar“ charakterisiert wird.

Dieser unterschiedliche Auslegungsansatz führt notwendigerweise dazu, die von der Rechtsprechung entwickelten Pflichtenmaßstab im Rahmen Höherer Gewalt gegenüber demjenigen schärfer abzugrenzen, der sich an § 276 Abs. 2 BGB orientiert. Denn erst dann wird ihre AGB-rechtliche Relevanz im Sinn einer nach § 305 c Abs. 2 BGB gebotenen objektiven, aber mit alternativen Resultaten gekoppelten Auslegung erkennbar. Denn hier öffnet sich nach der nachfolgend erst noch zu begründenden Ansicht zwingend das Tor zur „kundenfeindlichsten“ Auslegung.<sup>25</sup> Dieses aber führt dann in die Untiefen der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Doch bevor dieser Weg beschritten wird, sind die unterschiedlichen Pflichtenmaßstäbe etwas deutlicher unter die Lupe zu nehmen.

### bbb) „Äußerste Sorgfalt“ v. erforderliche Sorgfalt – § 276 Abs. 2 BGB

Der von der Rechtsprechung als Erfordernis einer „äußersten Sorgfalt“<sup>26</sup> bezeichnete Pflichtenmaßstab des Schuld-

ners, der ja zur Abwendung von Ereignissen Höherer Gewalt geboten ist, wirft die Frage auf, wie die Abgrenzung gegenüber dem gewöhnlichen Begriff der Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 2 BGB verläuft. Im Rahmen der Verschuldenshaftung nach § 276 Abs. 2 BGB bezieht sich der Pflichtenmaßstab der „äußersten Sorgfalt“ auf die nach den Umständen des Falles erforderliche Sorgfalt,<sup>27</sup> welche nach objektiven Merkmalen konkretisiert wird.<sup>28</sup> Demgegenüber „hängt“ die Definition der Merkmale einer Höheren Gewalt nach der BGH-Judikatur entscheidend davon ab, ob der Betroffene „die äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt“ angewendet hat, um das betreffende Ereignis und seine drohenden Folgen für den Gläubiger abzuwenden.<sup>29</sup> Man wird also kaum zögern dürfen, dass an das Vorliegen der im Einzelfall – zur Abwendung eines Ereignisses Höherer Gewalt – anzuwendenden Maßnahmen ein höheres Maß an Anstrengungen – und damit auch an die Erfüllung der Pflichten zur Vorsorge und Abwehr – zu stellen ist als dies in einem vergleichbaren Fall nach § 276 Abs. 2 BGB im Rahmen einfacher Fahrlässigkeit geboten.

Man kann es auch sehr griffig sagen: Der Tatbestand einer Höheren Gewalt knüpft das gebotene Abwehrverhalten des Schuldners an die von einem „idealen Menschen“ zu erfüllenden Pflichten,<sup>30</sup> während der nach § 823 Abs. 1 BGB und § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB gebotene Sorgfaltsstandard an das Maß des Gewöhnlichen (nicht des Üblichen und Schlampigen), des damit Erforderlichen im Sinn von § 276 Abs. 2 BGB anbindet, um so die Pflichten zu konkretisieren, welche auf die Vermeidung der Gefahrenlage gerichtet sind und eben auch inhaltlich von ihrer situativen Erkennbarkeit abhängen.<sup>31</sup>

Der so bezeichnete Unterschied wird noch prägnanter, wenn man weiter bedenkt, dass es im Rahmen des Fahrlässigkeitsvorwurfs nach § 276 Abs. 2 BGB – bei Bestehen einer Rechtspflicht zur Abwendung einer Gefahr – darauf ankommt, inwieweit diese objektiv<sup>32</sup> betrachtet vorhersehbar war.<sup>33</sup> Dabei ist der Maßstab der zu fordernden Sorgfalt – bezogen auf die geschuldete Abwehr einer solchen Gefahr – gruppentypisch zu bestimmen, so dass es auf die durchschnittlich geschuldeten Anforderungen der beteiligten Verkehrskreise ankommt.<sup>34</sup> Demgegenüber bezieht sich die Qualifikation eines Ereignisses als Fall Höherer Gewalt darauf, dass Auftreten und Ausbreiten einer Pandemie „nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar“ gewesen sein muss.<sup>35</sup> Das ist im Zweifel auch aus dieser Sicht ein höherer, weil universeller Maßstab als der in § 276 Abs. 2 BGB bedungene. Soweit es demgegenüber im Rahmen von § 276 Abs. 2 BGB als Voraussetzung für eine Fahrlässigkeitsvorwurf darauf ankommt, inwieweit der Eintritt des schädigenden Ereignisses auch vermeidbar war,<sup>36</sup> gilt hier der Regelsatz: Die danach geschuldete Sorgfaltspflicht reicht nie so weit, dass

21 BGH NZI 2020, 269 – Rn. 24 – ständige Rechtsprechung.

22 So Graf von Bernstorff, ICC-Muster Internationaler Kaufvertrag, Berlin 2017, Rn. 542; dort ist ebenfalls „Force Majeure“ als Überschrift der Klausel in Art. 13 des ICC-Musters gewählt.

23 BGH NJW 2017, 2677 – Reise; NJW-RR 2012, 1333 – Stromausfall; NJW 2008, 335 (336) – Reise; KG Berlin VersR 2009, 1375 – Vogel-schlag/Flugzeug/keine Höhere Gewalt.

24 BGH NJW 2017, 2677; NJW-RR 2012, 1333 – Stromausfall.

25 BGH NJW 2016, 526 – ständige Rechtsprechung.

26 BGH NJW-RR 2008, 335 (336).

27 BGH NJW 2019, 3526 – Rn. 15; NJW 2018, 2956 – Rn. 18; NJW 2010, 1967 – Rn. 6.

28 Palandt/Grüneberg § 276 Rn. 16.

29 BGH NJW 2017, 2677 – Rn. 8.

30 Mit Recht MüKo/Wagner BGB § 823 Rn. 392.

31 BeckOK BGB/Lorenz § 276 Rn. 28 ff.

32 BeckOGK/Schaub BGB § 276 Rn. 60; BeckOK BGB/Lorenz § 276 Rn. 20; Palandt/Grüneberg § 276 Rn. 20.

33 BGH NJW 1983, 1603 (1604) – Derosal; im Einzelnen auch Beck-OK BGB/Lorenz § 276 Rn. 28.

34 BGH NJW 1982, 2555 (2556).

35 BGH NJW 1982, 2555 (2556).

36 BGH NJW 2007, 762 (763) – Limonadenflasche; BeckOGK/Schaub BGB § 276 Rn. 65 ff; Palandt/Grüneberg § 276 Rn. 21.

das Entstehen einer jeden Gefahr für die Rechtsgüter Dritter schlechthin auszuschließen wäre, weil es insoweit auch immer auf das Kriterium der Zumutbarkeit ankommt.<sup>37</sup> Dieses Merkmal dürfte sich allerdings an dieser Stelle im Ergebnis mit dem Erfordernis decken, dass es im Rahmen Höherer Gewalt darauf ankommt, dass der Schuldner jedenfalls – freilich mit „äußerster Sorgfalt“ handelnd – die „erträglichen Mittel“<sup>38</sup> zur Abwehr eines solchen Ereignisses einsetzt.

### cc) Einbeziehung von Dritten

Aus dem eingangs zitierten Begriff der Höheren Gewalt ist abzuleiten, dass auch solche Ereignisse in dieses Raster fallen,<sup>39</sup> in denen Handlungen Dritter zu einem solchen Ereignis führen sind. Darunter fallen zunächst einmal betriebsfremde Personen.<sup>40</sup> Doch sind stets – etwa auch im Rahmen von Art. 79 Abs. 1 CISG – die Risikosphären des Unternehmens und seines Vertragspartners gegeneinander abzugrenzen,<sup>41</sup> weil es sich ja bei einem Ereignis Höherer Gewalt um ein von außen kommendes, keinen betrieblichen Zusammenhang aufweisendes Ereignis handeln muss,<sup>42</sup> welches – wie bereits dargestellt – auch mit äußerster, vernünftigerweise zu erwartender Sorgfalt nicht abwendbar ist. Das wird deutlich, wenn man die Regel des Art. 79 Abs. 2 lit b CISG<sup>43</sup> näher unter die Lupe nimmt. Denn danach kann sich der Schuldner – etwa: als Lieferant – auch dann auf einen Leistungsbefreiungstatbestand nach Art. 79 Abs. 1 CISG mit Erfolg berufen, wenn dieser nur in der Person des von ihm eingeschalteten Dritten eingetreten ist. Diese Bestimmung ist vor dem Hintergrund des Ausgangstatbestandes von Art. 79 Abs. 2 CISG zu lesen. Danach haftet der Schuldner auch für Dritte, soweit diese als Erfüllungsübernehmer – eigenverantwortlich handelnd – für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Schuldners tätig geworden sind.<sup>44</sup> Inwieweit auch der Zulieferant in den Anwendungsbereich des Leistungsbefreiungstatbestandes nach Art. 79 Abs. 2 CISG fällt, ist offen,<sup>45</sup> kann aber letztlich dahin stehen, weil Einvernehmen darüber besteht, dass das Risiko des Zulieferanten Teil des vom Schuldner als Verkäufer einer Ware übernommenen Beschaffungsrisikos ist.<sup>46</sup>

### b) Maßgebende Unterschiede

Der Unterschied zum deutschen Recht und den Leistungsbefreiungstatbeständen der Unmöglichkeit nach § 275 BGB in Verbindung auch mit dem Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 Abs. 2 BGB könnte kaum größer sein. Legt man nämlich das für Liefer-AGB gängige Schema eines Kaufvertrages nach den §§ 433 ff. BGB zugrunde, dann steht die Rechtsprechung nachhaltig auf dem Standpunkt, dass der Zulieferant des Schuldners/Lieferanten seinerseits nicht als Erfüllungshilfe gemäß § 278 BGB einzuordnen

ist. Er wird also nicht innerhalb des Pflichtenkreises des Lieferanten als Schuldner tätig. Er ist vielmehr Dritter, der außerhalb der Risiko- und Einflussphäre des Lieferanten – und damit auch des Pflichtenkreises des Lieferanten – selbständig tätig wird.<sup>47</sup> Der nach § 276 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 433 Abs. 1 BGB auszumessende Pflichtenkreis des Lieferanten bindet also den Vorlieferanten bei Abschluss und Durchführung eines Kaufvertrages gerade nicht ein. Liegt also ein Fall der Unmöglichkeit vor, welche der Zulieferant zu vertreten hat, dann vollzieht sich dieses Ereignis außerhalb der Pflichten, für deren Nichterfüllung der Lieferant auf Schadensersatz haftet. Liegt also auf Seiten des Vorlieferanten ein Abwendungsver-schulden vor, dann kann sich der Lieferant gleichwohl mit Erfolg gegenüber seinem Käufer auf diesen für ihn haftungsbefreienden Umstand berufen.

Anders – und damit in der Sache gleichlaufend wie zu Art. 79 Abs. 1 CISG dargestellt – bewegt sich allerdings die von der Rechtsprechung für den Begriff der Höheren Gewalt verwendete Definition.<sup>48</sup> Sie bezieht sich nämlich auch auf den Dritten, dessen Handlungen – ähnlich wie Naturkatastrophen – nur dann als Ereignisse Höherer Gewalt eingeordnete werden dürfen, wenn sie auch mit „äußerster Sorgfalt“ vernünftigerweise nicht abgewandt werden konnten. Damit dürfte kaum ein belastbarer Zweifel bestehen, dass der Zulieferant in dieser Definition des Begriffs in die idealtypisch zu wertenden Abwendungspflichten des Lieferanten eingebunden ist.

### c) Auslegungsergebnis – Höhere Gewalt – Verschuldensprinzip

Damit steht für den weiteren Gang der hier anzustellenden Auslegung von Höheren Gewaltklauseln fest, dass der jeweils bedungene Pflichtenmaßstab ein je anderer ist:<sup>49</sup> Bei Berücksichtigung des Begriffs der Höheren Gewalt gilt nach der Rechtsprechung des BGH<sup>50</sup> der Maßstab „äußerster Sorgfalt“ im Blick auf Vorhersehbarkeit und daraus folgende Abwendungspflichten; diese schließen auch den vertraglich eingebundenen Dritten – vor allem den Zulieferanten – mit ein. Sieht man von dem nur idealtypisch einzuordnenden Sorgfaltsbegriff ab, dann umfasst der Pflichtenkreis des Lieferanten – genauso wie unter Herrschaft des CISG – das gesamte Beschaffungsrisiko gemäß § 79 Abs. 1 CISG. Der Unterschied zwischen dem Begriff der „äußersten Sorgfalt“ und der das CISG beherrschenden Garantiehaft des Lieferanten für die Erfüllung der vertraglich übernommenen Verkäuferpflichten ist nicht einmal mit dem Mikroskop zu entdecken, weil der Befreiungstatbestand der Höheren Gewalt im Ergebnis weithin identisch sein dürfte, zumal er Dritte umschließt.

Davon weichen alle Höhere Gewalt-Klauseln ab, die im Rahmen des deutschen Rechts – ohne Erwähnung des Tatbestandes einer Pandemie – an „sonstige Ereignisse“ in der Klausel anknüpfen müssen, welche mit den Begriffen „unvorhersehbar“, „unvermeidbar“ oder auch „unabwendbar“ gekoppelt sind. Gerade unter Beachtung des Wortlauts dieser Adjektive sowie unter Beachtung ihres – für den rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden –

37 BGH NJW 2006, 2326; NJW 2007, 762 (763) – Limonadenflasche.

38 BGH NJW 1982, 2555 (2556).

39 BGH NZV 2008, 79 (80); NJW-RR 1988, 986; RGZ 171, 104 (105).

40 BeckOGK/Walter StVG § 7 Rn. 150.

41 BGH NJW 2017, 2677 – Reiserecht – § 651 j BGB.

42 KG VersR 2009, 1375 – Vogelschlag – Schaden am Flugzeug – kein Ereignis Höherer Gewalt.

43 Im Einzelnen Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer CISG Art. 79 Rn. 39; MüKo/CISG Huber Art. 79 Rn. 24.

44 Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer CISG Art. 79 Rn. 34 ff;

45 Bejahend MüKo/HGB Mankowski Art. 79 CISG Rn. 50; ablehnend Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer CISG Art. 79 Rn. 37.

46 Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Schwenzer CISG Art. 79 Rn. 37; Piltz, Internationales Kaufrecht, 2. Aufl., München 2008, § 4-Rn. 240; Witz/Salger/Lorenz/Salger, International Einheitliches Kaufrecht, 2. Aufl., Frankfurt 2016, Art. 79 Rn. 9.

47 BGH NJW 2018, 291 – Rn. 24; NJW 2015, 2244 – Rn. 13; NJW 2014, 2183 – Rn. 31.

48 BGH NJW 2008, 335 (336).

49 Fragestellung offen gelassen Wagner/Holtz/Dötsch BB 2020, 845 (847); ebenso Beyer/Hoffmann NJOZ 2020, 609 (610); ähnlich auch Weaver ZVertriebsR 2020, 159 (161).

50 BGH NJW 2008, 335 (336).

nach dem deutsch-rechtlichen Verständnis über §§ 275, 276 BGB vorgegebenen Rechtsgehalts wird man im Kontext von § 305 c Abs. 2 BGB kaum den Weg zum Gebot der „äußersten Sorgfalt“ finden, wie es dem Begriff der Höheren Gewalt eigentümlich ist.<sup>51</sup> Dieses Defizit gilt erst recht im Blick auf die nach deutschem Recht eingreifende Exkulpation im Fall eines nur den Zulieferanten treffenden Pflichtendefizits, weil ja § 278 BGB hier nicht zu Lasten des Lieferanten eingreift.<sup>52</sup> Vielmehr wird er außerhalb des Pflichtenkreises des Lieferanten tätig, er ist selbständiger Dritter.

#### aa) Kundenfeindlichste Auslegung – Kategorie der „äußersten Sorgfalt“

Immer wenn in einer Höheren Gewalt-Klausel zum einen dieser Begriff, zum anderen aber die Tatbestandsmerkmale der „Unvorhersehbarkeit“, der „Unvermeidbarkeit“ und der „Unabwendbarkeit“ nebeneinander verwendet werden (sei es auf Grund der Überschrift der Klausel oder im Fließtext), dann kommen die zuvor aufgezeigten Auslegungsvarianten im Rahmen des § 305 c Abs. 2 BGB voll zur Entfaltung. Würde man diese ignorieren wollen und den Tatbestand der Höheren Gewalt im Sinn der Judikatur<sup>53</sup> „äußerste Sorgfalt“ – und die sonstigen auf § 276 Abs. 2 BGB zielenden Begriffe der „erforderlichen Sorgfalt“ und des so umschriebenen Pflichteninhalts unverbunden nebeneinander stehen lassen, dann wäre dieses Auslegungsergebnis unvertretbar. Es würde dann ohne Wenn und Aber das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB in sein Recht treten, weil das Grundgebot der Klarheit der Klausel in ihren rechtlichen Voraussetzungen und wirtschaftlichen Folgen missachtet wäre.<sup>54</sup>

Also ist im Sinn der Rechtsprechung die Auslegungsvariante auszuwählen, welche die kundenfeindlichste ist, weil diese im Ergebnis für den Kunden – wegen der möglichen Unwirksamkeit nach § 307 BGB – die günstigste ist.<sup>55</sup> Das bedeutet zwingend, dass jede Höhere Gewalt-Klausel im Blick auf ihren Auffangtatbestand der „sonstigen Ereignisse“ nur unter der Perspektive der BGH-Judikatur<sup>56</sup> bewertet werden kann und darf. Es gilt also allein der Pflichtenmaßstab der „äußersten Sorgfalt“ und das Beschaffungsrisiko des Lieferanten bezieht auch den Zulieferanten als „Dritten“ ein. Die auf das deutsche Recht weisende Auslegungsvariante – unvorhersehbar, unvermeidbar und nicht abwendbar – und damit die vor allem nur die Sorgfaltspflichten nach § 276 Abs. 2 BGB in den Blick nehmende Alternative scheidet aus, weil sie dem Gebot einer einheitlichen Auslegung der Höheren Gewalt-Klausel widerspricht. Doch bleibt selbstverständlich insoweit der Weg zur richterlichen Inhaltskontrolle nach dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB offen.

#### bb) Konsequenzen

Die Rechtsfolge dieser Auslegung nach § 305 c Abs. 2 BGB ist also, dass die Höhere Gewalt-Klausel insgesamt – auch im Blick auf ein „sonstiges Ereignis“, das sich ja aktuell auf die Auswirkungen der gegenwärtigen Pandemie als ein weiterer Fall Höherer Gewalt beziehen kann – nach den sehr strengen Maßstäben der BGH-Judikatur<sup>57</sup>

nach § 305 c Abs. 2 BGB ausgelegt wird. Dieses durch die vorgeschaltete Auslegung gewonnene Resultat wird daher auch ohne Einschränkungen der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterworfen.<sup>58</sup>

#### 4. Inhaltskontrolle nach § 307 BGB

##### a) Verstoß gegen das Transparenzgebot – § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB

Klauseln Höherer Gewalt sind also insgesamt an den sehr strengen Vorgaben in Bezug auf ihren Pflichteninhalt – vor allem im Blick auf die aufzuwendende „äußerste Sorgfaltspflicht“ – im Rahmen der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu messen. Unter dieser Perspektive sticht sofort ins Auge, wenn – vor allem im Blick auf „sonstige Ereignisse“ als Tatbestand einer Höheren Gewalt – der Haftungsbefreiungstatbestand abweichend auf die Parameter bezogen wird, welche die Maßstäbe der erforderlichen Sorgfalt nach § 276 Abs. 2 BGB mit ihren Merkmalen der Unvorhersehbarkeit, der Unvermeidbarkeit und auch der Unabwendbarkeit bereithalten. Eine solche bipolare Klauselgestaltung – einerseits die Bezugnahme auf „Höhere Gewalt“, andererseits die Bezugnahme auf Tatbestandselemente des Verschuldens nach § 276 Abs. 2 BGB – scheidet jedoch, wie bereits angedeutet, an der Hürde des Transparenzgebots nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Kunde ist nämlich angesichts einer solchen Klausel nicht mit hinreichender Klarheit in der Lage, selbst – ohne Einholung von Rechtsrat – zu entscheiden, ob und unter welchen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Lieferant sich leistungsbefreiend auf ein Ereignis Höherer Gewalt mit Erfolg berufen kann. Vielmehr verbleibt dem Lieferanten als Verwender ein vermeidbarer, aber im Sinn des Transparenzgebots nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB „ungerechtfertigter Beurteilungsspielraum“,<sup>59</sup> nach welchen gesetzlichen Regeln denn hier das Vorliegen einer Höheren Gewalt im Fall einer Pandemie zu begründen ist. Das aber ist nicht hinnehmbar, weil die Verpflichtung des Verwenders besteht, seine Klauseln so klar und durchschaubar zu formulieren, wie dies von ihm nach den Umständen gefordert werden kann.<sup>60</sup>

Genauso ist die Rechtslage im Sinn des Transparenzgebots nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB zu beurteilen, wenn die Klausel so gestaltet ist, dass die Tatbestandsmerkmale der Unvorhersehbarkeit und der Unvermeidbarkeit einschränkungslos auf alle Fälle anzuwenden sind, welche nach dem Wortlaut der Klausel als „Höhere Gewalt“ eingeordnet werden sollen. Auch hier prallen beide – bipolaren – Begrifflichkeiten aufeinander und erzeugen eine Dissonanz in der rechtlichen Einzelwertung. Auch hier dürfte einiges dafür sprechen, dass das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB in seiner inhaltlichen Ausgestaltung zum Zuge kommt, wie es im Verständlichkeitsgebot seinen Niederschlag gefunden hat.<sup>61</sup> Denn es gehört zu den Standardformulierungen des BGH, dass dieses Gebot dann verletzt ist, wenn der durchschnittliche Kunde über seine Rechte und Pflichten nicht einfach und präzise unterrichtet worden ist.<sup>62</sup>

51 BGH NJW 2008, 335 (336).

52 So bereits BGH NJW 2008, 2837 – Parkettstäbe.

53 BGH NJW 2008, 335 (336).

54 BGH ZIP 2019, 2345.

55 BGH NJW-RR 2016, 526.

56 BGH NJW 2008, 335 (336).

57 BGH NJW 2008, 335 (336).

58 Vgl. Palandt/Grüneberg § 307 Rn. 8.

59 BGH ZIP 2019, 2345 – Rn. 23; NJW 2015, 2244 – Rn. 16 jeweils m. w. N.

60 BGH NJW 2016, 1575 – Rn. 31.

61 Palandt/Grüneberg § 307 Rn. 26.

62 BGH NJW 2018, 1544 – Rn. 8; vgl. auch Staudinger/Wendland BGB (2019) § 307 Rn. 187.

## b) Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Man kann aber auch noch einen letzten Schritt gehen und sich der Frage nähern, ob denn die gesamte Höhere Gewalt-Klausel nicht unmittelbar im Sinn einer Art Leitbildfunktion nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB<sup>63</sup> an der Definition zu messen ist, welche die Rechtsprechung des BGH für diesen Begriff, vor allem auf das Tatbestandsmerkmal der „äußersten Sorgfalt“<sup>64</sup> – in Abweichung von dem Standard des § 276 Abs. 2 BGB – festgeschrieben hat. Insoweit hat die Rechtsprechung auch anerkannt, dass auch gefestigte Ergebnisse der Judikatur,<sup>65</sup> nicht nur die Normen des dispositiven Rechts eine Leitbildfunktion im Sinn von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB entfalten können.<sup>66</sup> Es spricht daher vieles dafür, dass dieser Grundgedanke auch für das Definitionsmuster der Höheren Gewalt gilt. Folgt man diesem Ansatz, dann sind alle Klauselbestandteile, die an den Merkmalen der Unvorhersehbarkeit sowie der Unvermeidbarkeit und der Unabwendbarkeit im Sinn des § 276 Abs. 2 BGB festmachen, als unwirksam zu verwerfen. Denn der damit in Geltung gesetzte allgemeine Standard der „erforderlichen“ Sorgfalt unterscheidet sich eben wesentlich von den Merkmalen, die auf einem höheren Niveau der zu erfüllenden Pflichten, gleichsam idealtypisch zu beachten sind, wenn es nämlich um die Wahrung der „äußersten Sorgfalt“ im Fall Höherer Gewalt geht.

## c) Tatbestand eines nur vorübergehenden Leistungshindernisses

Dieser – zugegeben – sehr rigide Standpunkt beruht allerdings auch auf einer weiteren Grundüberlegung: Das deutsche Recht knüpft den Tatbestand einer Leistungsbefreiung an das Vorliegen einer Unmöglichkeit im Sinn von § 275 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Soweit es sich nur um ein vorübergehendes Leistungshindernis<sup>67</sup> – in der Regel Verzug – handelt,<sup>68</sup> weist § 286 Abs. 4 BGB auf den Entlastungstatbestand des fehlenden Vertretenmüssens (Verschuldens). Das darin verkörperte Gerechtigkeitsprinzip betrachtet der BGH im Sinn von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB als „einer abweichenden Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen grundsätzlich nicht zugänglich“.<sup>69</sup>

Genau dieser Begriff des Verschuldens wird aber auch im Rahmen des subjektiven Unvermögens<sup>70</sup> und eines damit gekoppelten Leistungsverweigerungsrechts des Schuldners wegen eines übermäßigen Aufwands für die Leistungserbringung nach in § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB in Stellung gebracht.<sup>71</sup> Darin liegt gerade im Fall der Unmöglichkeit im Sinn einer „absoluten Unverhältnismäßigkeit“<sup>72</sup> erkennbar der Sanktionscharakter der Norm,<sup>73</sup> was auch durch den Verweis auf die allgemeinen Schadensersatzregeln in Abs. 4 zu Gunsten des Gläubigers belegt wird. An keiner Stelle des allgemeinen Schuldrechts kennt jedoch das BGB den Leistungsbefreiungstatbestand der Höheren Gewalt; die Rechtsprechung hat ihn, wie gezeigt,

ausgeprägt.<sup>74</sup> Wenn aber nunmehr der Verwender den Boden der Verschuldenshaftung des BGB<sup>75</sup> in der Textierung seiner Liefer-AGB hinter sich lässt und seine Zuflucht zu dem Tatbestand der Höheren Gewalt nimmt, dann wird man ihn auch an dieser – sehr eng gefassten – Begrifflichkeit im Sinn des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB festhalten müssen. Dann ist der Verwender eben so zu behandeln, als habe er eine Garantiehaftung übernommen und könne sich eben nur höchst selten auf eine Leistungsbefreiung wegen Höherer Gewalt mit Erfolg berufen.

## 5. Rechtsfolgen nach § 306 Abs. 2 BGB

### a) Anwendung des dispositiven Rechts

Folgt man den hier aufgezeigten Ergebnissen zu § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und/oder zu § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, dann ergibt sich, dass nach § 306 Abs. 2 BGB dispositives Recht zur Anwendung gelangt, um die Auswirkungen einer Pandemie innerhalb des insoweit missglückten Tatbestandes Höherer Gewalt zu erfassen. Doch die sich insoweit dann nach dem zur Anwendung berufenen dispositiven Recht (§ 306 Abs. 2 – §§ 275, 313 BGB) ergebenden Rechtsfolgen für etwaige Leistungsbefreiungstatbestände des Lieferanten sind für den Lieferanten in seinen Auswirkungen nicht allzu negativ, sondern durchaus überschaubar. Es kommt nämlich dann – abhängig von den Umständen des Einzelfalls – nur darauf an, ob die Auswirkungen einer Pandemie im Einzelfall die Voraussetzungen des § 275 BGB<sup>76</sup> in Form einer Unmöglichkeit der Lieferverpflichtung nach Abs. 1 oder Abs. 2 herbeigeführt haben oder die des Fortfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB.<sup>77</sup>

### b) Teilbarkeit der Klausel

Wegen der hier aufgezeigten Unwirksamkeit der Höheren Gewalt-Klausel (§ 306 Abs. 2 BGB) stellt sich mit einiger Sicherheit die weitere Frage, ob nämlich dann die ganze Klausel dem Verdikt der Unwirksamkeit verfällt oder ob diese auf den Teil begrenzt ist, in dem das „sonstige Ereignis“ als Fall Höherer Gewalt unter der Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit und der Unvermeidbarkeit gelistet ist. Die teilweise Streichung einer nur teilweise als unwirksam eingestuften Klausel setzt voraus,<sup>78</sup> dass hier eine Teilbarkeit in dem Sinn vorliegt, dass auch der verbleibende Teil der Klausel in sich noch verständlich bleibt.<sup>79</sup> Gerade weil hier ein „sonstiges Ereignis“ als ein weiterer Fall einer Höheren Gewalt angesprochen wird, wird man nicht zögern dürfen, nur diesen Auffangtatbestand nach § 306 Abs. 2 BGB ersatzlos zu streichen, die übrige Klausel allerdings aufrechtzuerhalten.

## 6. Höhere Gewalt und Verschuldenshaftung (Verzug)

Es ist keineswegs ausgemacht, dass die Auswirkungen einer Pandemie sich immer sogleich für den betroffenen Lieferanten als Fall der Unmöglichkeit wegen Fortfalls des Gläubigerinteresses darstellen, nicht aber wegen des zeitlich begrenzten (vorübergehenden) Leistungshindernisses zunächst als Fall des Verzugs. Erst die dauernde Unmöglichkeit (§ 275 BGB) schließt ja Eintritt und Beste-

63 Grundlegend BGH NJW 2017, 2986 – Rn. 37 ff.

64 BGH NJW 2017, 2677; NJW 2008, 335 (336).

65 BGH NJW 1993, 721 (722); NJW 1984, 1182 f.

66 Palandt/Grüneberg § 307 Rn. 29.

67 Hierzu BeckOK BGB/Lorenz § 275 Rn. 39 ff.

68 Soweit das Leistungsinteresse des Gläubigers als Folge der vorübergehenden Unmöglichkeit nicht fortfällt BGH NJW 2007, 3777 – Rn. 33 – Mitwirkungspflicht.

69 BGH NJW 2018, 291 – Rn. 24.

70 BGH NJW 2009, 1160 – Rn. 18 – absolute Unverhältnismäßigkeit – eng auszulegen – selten anwendbar.

71 BGH NJW 2013, 1074 – Rn. 28.

72 BGH NJW 2009, 1160 – Rn. 18.

73 MüKo/BGB/Riehm § 275 Rn. 216

74 Zur Definition in § 651 j a. F. BGH NJW 2017, 2677.

75 Grundlegend auch BGH NJW 2018, 291 – Rn. 24.

76 Hierzu auch Wagner/Holtz/Dötsch BB 2020, 845 (847 f).

77 Umfassend Kumkar/Wentz ZIP 2020, 893 ff.

78 Palandt/Grüneberg § 306 Rn. 6.

79 BGH NJW 2015, 928 – Rn. 15; NJW 2014, 141 – Rn. 14.

henbleiben des Verzugs aus.<sup>80</sup> Die dann zu beantwortende Frage bezieht sich – erneut – auf die fehlende Kongruenz des Pflichtenmaßstabs in der Höheren Gewalt-Klausel in ihrem Verhältnis zu einer vom Vertretenmüssen nach § 286 Abs. 4 BGB abhängigen Verzugshaftung des Lieferanten auf Schadensersatz nach § 280 Abs. 2 BGB und die ihm eröffnete Möglichkeit einer Exkulpation nach dem Muster des § 286 Abs. 4 BGB.

Auch dieses Zusammentreffen eines Vertretenmüssens der Verzugshaftung nach § 286 – Abs. 4 BGB und einer Leistungsbefreiung auf Grund einer Höheren Gewalt-Klausel nach § 275 BGB führt erneut zu der bereits dargestellten Konfliktlage: Der Pflichtenmaßstab der „äußersten Sorgfalt“ auf der einen und der der „erforderlichen“ Sorgfalt nach § 276 Abs. 2 BGB auf der anderen Seite sind eben auch in diesem Zusammenspiel einer vorübergehenden Unmöglichkeit nicht kongruent. Daher fragt es sich, ob der Lieferant – im Fall einer durch das Ausbreiten einer Pandemie aufgetretenen Verzögerung der Leistungserbringung – gehalten ist, zur Abwehr der Verzugshaftung im Sinn eines fehlenden Verschuldens nach § 286 Abs. 4 BGB den dort vorgesehenen Entlastungsbeweis<sup>81</sup> zu führen<sup>82</sup> oder ob er stattdessen von Anfang an verpflichtet ist, den von der Rechtsprechung bei Vorliegen einer Höheren Gewalt gebotenen Nachweis zu erbringen,<sup>83</sup> dass er nämlich in der Tat die „äußerste Sorgfalt“ angewandt hat, um die Auswirkungen der Pandemie auf die rechtzeitige Erfüllung seiner Lieferpflichten abzuwenden.

Es ist also für den Besteller unklar, nach welchem Haftungsregime Voraussetzungen und Folgen eines Verzugs in diesen Fällen zu beurteilen sind. Damit öffnet sich der Verwender einen ihm nach dispositivem Recht nicht zustehenden Beurteilungsspielraum, was die Klauselgestaltung nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB als intransparent und damit als unwirksam qualifizieren lässt.<sup>84</sup>

Man könnte allerdings auch daran denken, dass es ausreicht, wenn der Lieferant in einem solchen Fall zunächst den Entlastungsbeweis nach § 286 Abs. 4 BGB<sup>85</sup> in Bezug auf die rechtzeitige Erfüllung seiner Lieferpflichten zu führen versucht.<sup>86</sup> Denn die insoweit geschuldeten Nachweise sind ersichtlich wegen des tendenziell niedrigeren Pflichtenmaßstabs für den Lieferanten weniger belastend als wenn er von Anfang an auf die Nachweise beschränkt

wäre, die sich aus dem Tatbestand der Höheren Gewalt im Blick auf die Anwendung „äußerster Sorgfalt“ ergeben.<sup>87</sup> Doch ein solches – schrittweises – Vorgehen wird man dem Lieferanten kaum gestatten dürfen. Wenn er nämlich in seine dem deutschen Recht unterworfenen AGB eine Klausel einbaut, die als Klausel Höherer Gewalt dem deutschen Recht wesensfremd ist, dann wird man in Erwägung ziehen müssen, dass dann der Zeitpunkt der Fälligkeit der zu erbringenden Lieferung abschließend entscheidet, welchen Weg der Lieferant zu gehen beabsichtigt. Denn in diesem Zeitpunkt fallen die Würfel für die das Vorliegen der den Verzug begründenden Umstände und den vom Schuldner nach § 286 Abs. 4 BGB oder nach den Regeln der Höheren Gewalt zu führenden Entlastungsbeweis.<sup>88</sup> Gerade deswegen liegt es nahe, wegen einer solchen – durch die AGB des Lieferanten selbst geschaffenen Konfliktlage – den Verstoß gegen das des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB in Stellung zu bringen.

### III. Zusammenfassung

Die immer wieder in deutsch-rechtlich aufgebauten Lieferanten-AGB anzutreffenden Höhere Gewalt-Klauseln erweisen sich als AGB-rechtliche Büchse der Pandora. Gerade in der gegenwärtigen COVID-19-Pandemie sind sie wegen ihrer objektiv und überindividuell nach § 305 c Abs. 2 BGB gebotenen Auslegung weithin unbrauchbar. Sie vermengen nämlich oft systemwidrig die Maßstäbe des Verschuldens und die der nach den Umständen erforderlichen Sorgfalt des § 276 Abs. 2 BGB sowie die Maßstäbe der für einen Fall Höherer Gewalt und der damit verbundenen Garantiehaftung maßgebenden Pflichtenmaßstab der „äußersten“, vernünftigerweise vom Lieferanten anzuwendenden Sorgfalt. Dies gilt sowohl im Rahmen der Höheren Gewalt-Klausel selbst – etwa auch bei der Einstandspflicht für Vorlieferanten als Dritte – als auch in der tatbestandlich regelmäßig bei Auftreten eines durch die Pandemie bedingten nur vorübergehenden Leistungshindernisses, welches eine Verzugshaftung einfordert (§ 286 Abs. 4 BGB). ■

<sup>80</sup> Palandt/Grüneberg § 286 Rn. 12.

<sup>81</sup> BGH NJW-RR 2001, 806; BeckOGK/Dornis BGB § 286 Rn. 377.

<sup>82</sup> BeckOGK/Dornis BGB § 286 Rn. 256 ff.

<sup>83</sup> BGH NJW 2008, 335 (336).

<sup>84</sup> Grundlegend hierzu auch BGH NZI 2020, 269 – Rn. 24.

<sup>85</sup> Der zu führende Entlastungsbeweis bezieht sich stets einheitlich auf alle Verzugsfolgen (Verzugsschaden, Haftungsverschärfung, Verzinsung) vgl. MüKo/Ernst BGB § 286 Rn. 111.

<sup>86</sup> Es kommt hier auf den Zeitpunkt der Fälligkeit an (BeckOK BGB/Lorenz § 286 Rn. 56), wobei die Entlastungsgründe sowohl tatsächlicher, bezogen auf die Sphäre des Schuldners (BeckOGK/Dornis BGB § 286 Rn. 261) als auch rechtlicher Art – fehlerhafte Einschätzung der Sach- und Rechtslage (BeckOGK/Dornis BGB § 286 Rn. 269 ff) sein können.

<sup>87</sup> BGH NJW 2008, 335 (336).

<sup>88</sup> MüKo/Ernst BGB § 286 Rn. 94 f.; BeckOGK/Dornis BGB § 286 Rn. 226.