

Friedrich Graf von Westphalen^{*)}

Beschaffungs-AGB und Klauseln Höherer Gewalt

Es fügt sich in das bereits seit Jahrzehnten bekannte Bild: AGB-rechtliche Entscheidungen zu den komplexen Fragen von Beschaffungsverträgen sind sehr selten – ganz im Gegensatz zur Rechtsprechung, die sich Verkaufs- und Vertriebsverträgen zuwendet. Auch während des mittlerweile etwas abgeflauten „Höhenflugs“ von COVID-19-spezifischen Publikationen in nahezu allen juristischen Journalen wurde diese Regel – Rechtsprobleme von Beschaffungsverträgen stehen nicht im Fokus – nicht nachhaltig durchbrochen. Indessen sind die Rechtsprobleme, die sich in diesem Kontext bei der Verwendung von Klauseln Höherer Gewalt (mit oder auch ohne Bezug auf die COVID-19-Pandemie) stellen, sowohl praktisch wie auch wissenschaftlich von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Ziel dieses Beitrags ist es, ihrer Spur nachzugehen und einige AGB-rechtliche Fragen aufzuwerfen, ohne den Anspruch zu erheben, damit auch schon abschließende Antworten zu geben.

I. Favorisierung der Abwehrklausel in Einkaufs-AGB bei kollidierenden AGB

Es ist nach wie vor bemerkenswert, dass der BGH in einer schon fast zwanzig Jahre zurückliegenden Entscheidung, die aber immer noch „steht“, einer umfassend formulierten Abwehrklausel in den AGB des Bestellers gegenüber den AGB des Lieferanten zum Durchbruch verholfen hat.¹⁾ Dieses Judikat stärkt nach wie vor – aber nicht allein – die Macht des Bestellers, zusammen mit dem alten Slogan: „Wer die Kasse hat, der hat das Recht!“ Die Abwehrklausel des Bestellers in der hier zu referierenden BGH-Entscheidung lautete: „Anderslautende Bedingungen – soweit sie nicht in dieser gesamten Bestellung festgelegt sind – gelten nicht.“ Doch die in Bezug genommenen AGB des Lieferanten enthielten ein Aufrechnungsverbot, was aber das Berufungsgericht nicht als maßgebend ansah und unbeachtet ließ. Die Bestell-AGB ihrerseits enthielten – wie üblich – keine dem Aufrechnungsverbot entgegenstehende, mithin insoweit auch keine „anderslautende“ Klausel im Sinn der Abwehrklausel. Trotz der erkennbaren Kollision von Einkaufs- und Verkaufs-AGB folgte der BGH

nicht der weithin für diese Fälle anerkannten Dissens-Konsens-Theorie im Rahmen der §§ 154, 155 BGB,²⁾ sondern klammerte sich an die Tatsache, dass der Besteller die Anlage erst knapp zwei Jahre nach Erteilung des Auftrags abnahm und dass eben eine Abwehrklausel „wegen ihrer Eindeutigkeit“³⁾ die Geltung der AGB des Lieferanten auf Grund der dann nach Ansicht des BGH gesicherten Geltung des § 150 Abs. 2 BGB ausschloss.⁴⁾

Folgt man dem im Hinblick auf die Dominanz der Abwehrklausel in den Bestell-AGB,⁵⁾ was allerdings nicht als zutreffend anzusehen ist,⁶⁾ dann wird man unter dem Gesichtspunkt des § 150 Abs. 2 BGB kaum an der Feststellung vorbeigehen dürfen, dass dann auch der Besteller es weitestgehend durch eine umfassend formulierte Abwehrklausel in der Hand hat, seine AGB jedenfalls in all den Fällen erfolgreich durchzusetzen, in denen der Lieferant seinerseits keine hinreichend umfassend textierte Abwehrklausel verwendet.⁷⁾ Trifft dies zu, dann entfaltet auch eine in den Bestell-AGB vorformulierte Klausel Höherer Gewalt unmittelbare Geltung für den mit dem betreffenden Lieferanten abgeschlossenen Vertrag. Dabei soll allerdings die Frage hier nicht weiter vertieft werden, ob denn⁸⁾

^{*)} Dr. iur. Friedrich Graf von Westphalen ist Rechtsanwalt in Lohmar und Honorarprofessor an der Universität Bielefeld.

1) BGH NJW-RR 2001, 484.

2) Im Einzelnen Staudinger/Mäsch, BGB, 2019, § 305 Rz. 235 ff.

3) BGH NJW-RR 2001, 484, 485.

4) Kritisch hierzu Graf von Westphalen, in: Festschrift Krefit, 2004, S. 97 ff.

5) MünchKomm-Basedow, BGB, 2019, § 305 Rz. 111; a. A. Becker, in: BeckOK BGB, Stand: 1. 5. 2020, § 305 Rz. 83 f.; Kollmann, in: NK-BGB, 3. Aufl., 2016, § 305 Rz. 116 ff.; im Einzelnen auch Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., 2016, § 305 Rz. 182 ff.; auch Graf von Westphalen, in: Festschrift Horn, 2006, S. 159 ff.

6) Staudinger/Mäsch (Fußn. 2), § 305 Rz. 236; Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl., 2020, § 305 Rz. 54.

7) Kritisch auch Graf von Westphalen, in: Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 45. EL, 2020 – Vertragsabschlussklauseln Rz. 51 ff.

8) Martens, in: BeckOGK BGB, Stand: 1. 7. 2020, § 313 Rz. 226; Liebscher/Zeyher/Steinbrück, ZIP 2020, 852 ff.

und wenn ja in welchem Umfang⁹⁾ Ereignisse und Auswirkungen der COVID-19-Pandemie – außerhalb der gesetzlichen Sonderregeln¹⁰⁾ – uneingeschränkt die Tatbestandsmerkmale einer Höheren Gewalt-Klausel erfüllen. Vielmehr ist für den weiteren Gang der hier anzustellenden Erwägungen zu unterstellen, dass es sich bei dieser Pandemie um ein Ereignis handelt, welches zu Recht als ein Fall Höherer Gewalt qualifiziert werden kann.

II. Definition des Begriffs Höhere Gewalt durch die Rechtsprechung

1. Merkmale

Die Rechtsprechung versteht unter dem Begriff Höherer Gewalt¹¹⁾ im Einzelnen, dass es sich um ein „betriebsfremdes, von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis handelt, 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“.

Damit stehen die wesentlichen Tatbestandsmerkmale fest, welche nachfolgend im Einzelnen unter die Lupe zu nehmen sind, nämlich: Dass es sich um ein betriebsfremdes, von außen kommendes Ereignis handelt, welches unvorhersehbar ist und auch nicht „durch die äußerste, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt verhütet oder unschädlich gemacht werden kann“ und das eben auch nicht häufig ist und aus diesem Grund vom Schuldner/Betriebsinhaber in Kauf zu nehmen ist.

Umgekehrt formuliert bedeutet eine solche Klausel Höherer Gewalt aber auch, dass der Schuldner grundsätzlich für eine Pflichtverletzung und deren haftungsrechtliche Folgen eintreten muss, es sei denn, es liegen die Voraussetzungen eines Leistungsbefreiungstatbestandes im Sinne Höherer Gewalt vor. Ein Blick auf die in den Bestimmungen des CISG enthaltene Garantiehafung mit dem in Art. 79 CISG formulierten Befreiungstatbestand weist den Weg und auch das Ziel. Danach kommt es darauf an, ob die Nichterfüllung auf einem Hinderungsgrund beruht, der außerhalb des Einflussbereichs des Schuldners liegt¹²⁾ und von ihm „vernünftigerweise nicht erwartet werden konnte, den Hinderungsgrund bei Vertragsabschluss in Betracht zu ziehen¹³⁾ oder den Hinderungsgrund oder seine Folgen zu vermeiden oder zu überwinden.“

2. Fragestellung

2.1 Ausgangsfrage

Daher stellt sich in erster Linie die Frage, inwieweit der mit dem Begriff der Höheren Gewalt korrespondierende Tatbestand der Zufallshaftung, wie er etwa auch in § 206 Abs. 1 BGB verankert ist,¹⁴⁾ mit dem allgemeinen Verschuldensprinzip der Schadensersatzhaftung des Lieferanten nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB in Einklang zu bringen ist. Denn nach der Konzeption des BGB haftet der Schuldner für die Folgen einer ihm zurechenbaren Pflichtverletzung nur im Falle des Verschuldens

(§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Demgegenüber haftet er in den Rechtsordnungen, welche – wie etwa das CISG – einen allgemeinen Leistungsbefreiungstatbestand der Höheren Gewalt kennen, immer für die haftungsbegründenden Folgen der Nichterfüllung von Vertragspflichten, es sei denn, es liegt ein Fall der Höheren Gewalt-Regel (Art. 79 Abs. 1 CISG) vor.¹⁵⁾

Dieser unterschiedliche Ansatz ist im Rahmen von Beschaffungs-AGB von zentraler Bedeutung, weil die allgemeine Schadensersatzhaftung des Lieferanten ja nach den Vorgaben des dispositiven Rechts als verschuldensabhängig einzuordnen ist. Gelingt ihm der Nachweis i. S. d. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB, dass ihn an der eingetretenen Pflichtverletzung kein Verschulden trifft, er also nicht fahrlässig gehandelt hat, dann kommt die gegen ihn gerichtete Haftung des Bestellers auf Schadensersatz nicht zum Zug. Umgekehrt: Weisen die Bestell-AGB eine Klausel Höherer Gewalt als maßgebenden Leistungsbefreiungstatbestand auf, dann liegt es nahe zu erwarten, dass der Lieferant sich nicht auf die Leistungsbefreiung nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wegen fehlenden Verschuldens mit Erfolg berufen kann, weil er vielmehr immer für den Eintritt des zugesagten Leistungserfolgs eintreten muss, soweit nicht im Einzelfall ein Tatbestand der in den Bestell-AGB verankerten Höheren Gewalt zu seinen Gunsten gegeben ist. Ob also zwischen einer dem deutschen Recht immanenten verschuldensabhängigen Schadensersatzhaftung und einer Garantiehafung, gekoppelt an eine Klausel Höherer Gewalt, eine Wertungsdifferenz liegt und wie diese – wenn überhaupt – AGB-rechtlich aufzulösen sein könnte, wird im Einzelnen darzulegen sein.

Im Hintergrund steht ja zudem der Befund, dass der allgemeine Begriff der geschuldeten Sorgfalt, mithin der der Fahrlässigkeit, wie er sich in § 276 Abs. 2 BGB findet, auf den Tatbestand der nach den Umständen objektiv erforderlichen,¹⁶⁾ der dem Schuldner auch zumutbaren, Sorgfalt im Falle einer Pflichtverletzung abstellt. Demgegenüber bezieht sich jedoch der Tatbestand der Höheren Gewalt auf einen höheren Sorgfaltsmaßstab, weil er ja – wie gezeigt – die „äußerste, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt“ einfordert.¹⁷⁾ Unterhalb dieser hohen Schwelle aber besteht eine vom Verschulden nach § 276 Abs. 2 BGB losgelöste unbedingte Einstandspflicht.

9) Weaver, ZVertriebsR 2020, 159 ff.; Otte-Gräbener, GWR 2020, 147 ff.; Beyer/Hoffmann, NJOZ 2020, 609 ff.

10) Zum Vertragsrecht allgemein Schmidt-Kessel/Möllnitz, NJW 2020, 1103 ff.; Scholl, WM 2020, 765 ff.; Mayer/Jenne, BB 2020, 835 ff.; Fröhling/Ismer, WM 2020, 669 ff.; zum Darlehensrecht Herresthal, ZIP 2020, 989 ff.; Lübbmann, NJW 2020, 1321 ff.; zum Mietrecht Sittner, NJW 2020, 1169 ff.; zum Insolvenzrecht Hölzle/Schulenberg, ZIP 2020, 633 ff.; Römermann, NJW 2020, 1108 ff.; Knauth/Krajczyk, WM 2020, 677 ff.

11) BGH NJW 2017, 2677, Rz. 8; BGH NJW 1997, 3164; BGH NJW 1987, 1938, 1939, dazu EWIR 1987, 455 (Schwerdtner).

12) Im Einzelnen Schwenger, in: Schlechtriem/Schwenger/Schroeter, Komm. z. UN-Kaufrecht, 7. Aufl., 2019, Art. 79 CISG Rz. 10 ff.; MünchKomm-Huber, BGB, 8. Aufl., 2019, Art. 79 CISG Rz. 10 ff.

13) MünchKomm-Mankowski, HGB, 4. Aufl., 2018, Art. 79 CISG Rz. 39.

14) Hierzu MünchKomm-Grothe, BGB, 8. Aufl., 2018, § 206 Rz. 4; Henrich, in: BeckOK BGB, Stand: 1. 5. 2020, § 206 Rz. 3.

15) Saenger, in: BeckOK BGB, Stand: 1. 2. 2020, Art. 79 CISG Rz. 2.

16) Lorenz, in: BeckOK BGB, Stand: 1. 8. 2020, § 276 Rz. 20; MünchKomm-Grundmann, BGB, 8. Aufl., 2019, § 276 Rz. 54.

17) BGH NJW 2017, 2677; BGH NJW 1987, 1938, 1939.

Diese Zusammenhänge sind im Übrigen auch aus der Figur der Gefährdungshaftung – Betriebsgefahr – des § 7 Abs. 2 StVG bekannt; sie beziehen sich dort auf den so genannten „Idealfahrer“. Unabwendbar ist für ihn danach ein haftungsbegründendes Ereignis, wenn es durch die äußerste mögliche Sorgfalt nicht abzuwenden war.¹⁸⁾ Mit anderen Worten: Ein danach als unabwendbar einzuschätzendes Ereignis setzt im Blick auf seine Vermeidung einen deutlich strengeren Pflichtenmaßstab voraus als nur die Bejahung eines unverschuldet eintretenden Haftungsereignisses. Der Begriff der Höheren Gewalt findet schließlich auch innerhalb des BGB in § 206 BGB im Rahmen der Hemmung der Verjährung seinen Niederschlag.¹⁹⁾ Dabei ist es hier so, dass bereits das geringste Verschulden dazu führt, das Vorliegen eines Ereignisses Höherer Gewalt im Blick auf seine Unabwendbarkeit zu verneinen.²⁰⁾ Denn dann ist eben nicht die idealtypisch zu verstehende „äußerste Sorgfalt“ nach Lage der Umstände beachtet worden. Auch im Reiserecht war dieser Begriff bis zur Änderung des § 651j BGB im Jahr 2017 bekannt²¹⁾ und durch Rechtsprechung ausgefüllt.²²⁾ Auch enthält § 701 Abs. 3 BGB bei der Regelung der unbedingten Gastwirthaftung für die vom Gast eingebrachten Sachen einen Haftungsausschluss, der auf dem Merkmal der Höheren Gewalt aufbaut.²³⁾

2.2 Gruppentypische objektive Sorgfalt – Idealtypische Sorgfalt

Zwischen dem allgemeinen Verschuldensmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB und dem der „äußersten Sorgfalt“ im Rahmen der Höheren Gewalt besteht indessen ein weiterer Unterschied, der wertungsmäßig – vor allem auch unter der Perspektive des AGB-Rechts – bedeutsam werden kann. Der Maßstab der nach den jeweiligen Umständen erforderlichen Sorgfalt nach § 276 Abs. 2 BGB ist nach den objektiv-abstrakt zu beurteilenden Pflichten²⁴⁾ ausgerichtet, wie sie in den jeweiligen Verkehrskreisen typisch sind und als erforderlich angesehen werden.²⁵⁾ Maßgebend sind insoweit die beiden Merkmale der Vorhersehbarkeit²⁶⁾ des haftungsbegründenden Ereignisses und dann eben auch seine Vermeidbarkeit.²⁷⁾ Demgegenüber beurteilt sich die Frage, ob denn ein Schuldner in der Tat die nach den Umständen erforderliche „äußerste“ Sorgfalt im konkreten Fall hat walten lassen, um ein Ereignis Höherer Gewalt abzuwenden und zu verhindern, primär nach dem Maßstab eines Schuldners in der Person eines Idealtypus.²⁸⁾ Das betont auch das BVerfG, indem es folgendes zur Ausfüllung des Begriffs der Höheren Gewalt festhält: „Unter höherer Gewalt i. S. d. § 60 Abs. 3 VwGO ist ein Ereignis zu verstehen, das unter den gegebenen Umständen auch durch die größte nach den Umständen des gegebenen Falls vernünftigerweise von dem Betroffenen unter Anlegung subjektiver Maßstäbe – also unter Berücksichtigung seiner Lage, Erfahrung und Bildung – zu erwartende und zumutbare Sorgfalt nicht abgewendet werden konnte.“²⁹⁾

Damit sind zwei zentrale Unterschiede in den jeweiligen Begriffen der Fahrlässigkeit und des Verschuldens angedeutet, die nunmehr für die AGB-rechtliche Beurteilung von Beschaffungs-AGB fruchtbar zu machen sind. Im Zentrum steht dabei die Frage, ob denn ein Lieferant nach Maßgabe der allgemeinen Verschuldenshaftung des § 276 Abs. 2 BGB für eine ihm zu-

rechenbare Pflichtverletzung eintreten muss oder ob es auf Grund der Beschaffungs-AGB und einer dort verankerten Klausel Höherer Gewalt so ist, dass eine weithin strikte – unbedingte – Erfüllungshaftung und damit auch eine vom Verschulden losgelöste Haftung auf Schadensersatz besteht, die dann nur unter den sehr engen Voraussetzungen von einer durch „äußerste Sorgfalt“ des Schuldners nicht abwendbaren Höheren Gewalt ausgehebelt wird.

Von diesem Ausgangspunkt her ist nunmehr die Frage zu beantworten, wie denn die Rechtsprechung des BGH die Konstellationen nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB einstuft, in denen der Besteller als AGB-Verwender eine vom Prinzip des Verschuldens losgelöste Haftung des Lieferanten auf Erfüllung und damit auch auf Schadensersatz im Falle der Nichterfüllung verankert hat. Denn im Grundsatz hat in diesen Fällen der Besteller als Verwender zum Nachteil des Lieferanten eine als unbedingt zu bewertende Garantiehafung formularmäßig begründet.

III. Zementierung der Verschuldenshaftung durch die Rechtsprechung?

1. Einschlägige Judikate

1.1 Keine wirksame formularmäßige Begründung einer vom Verschulden losgelösten Haftung

In einer jüngeren Entscheidung musste sich der BGH mit der Frage befassen, ob denn der Besteller berechtigt ist, in einer Qualitätssicherungsvereinbarung formularmäßig zu bestimmen, dass der Lieferant im Falle eines Mangels verpflichtet ist, den insoweit beim Besteller entstehenden Mehraufwand zu ersetzen.³⁰⁾ Die Klausel lautete: „*Mehraufwand bei dem AG, der aus Mängeln von Liefergegenständen entsteht, geht in angefallener Höhe zu Lasten des AN. Der Mehraufwand ist dem AN durch den AG nachzuweisen.*“ Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB³¹⁾ stellte der BGH fest, dass die zu beurteilende Klausel die Ersatzpflicht des Lieferanten nicht an den Tatbestand eines Verschuldens bindet. Daher entschied das Gericht: „*Damit weicht sie von dem in § 280 Abs. 1 Satz 2, § 286 Abs. 4,*

18) *Geigel/Kaufmann*, Haftpflichtprozess, 28. Aufl., 2020, Kap. 25 Rz. 114; aus der Rechtsprechung BGH NJW 1976, 1504; BGH VersR 1971, 909, 910 – jeweils Verschulden.

19) BGH NJW 1997, 3164.

20) BGH NJW 1994, 2752, 2753; *Palandt/Grüneberg* (Fußn. 6), § 206 Rz. 4; *MünchKomm-Grothe* (Fußn. 14), § 206 Rz. 4.

21) *Bergmann/Blankenburg*, NJW 2019, 3678 ff.

22) BGH NJW 2002, 3700; BGH NJW 1983, 33; OLG Bremen BeckRS 2012, 24986.

23) *MünchKomm-Henssler*, BGB, 8. Aufl., 2019, § 701 Rz. 34; *Erman/Graf von Westphalen*, BGB, 15. Aufl., 2017, § 701 Rz. 16.

24) *Palandt/Grüneberg* (Fußn. 6), § 276 Rz. 15.

25) *MünchKomm-Grundmann* (Fußn. 16), § 276 Rz. 59; *Palandt/Grüneberg* (Fußn. 6), § 276 Rz. 17; *Erman/Westermann*, BGB, 15. Aufl., 2017, § 276 Rz. 11.

26) BGH NJW-RR 1996, 681; BGH NJW 1994, 2232; *Palandt/Grüneberg* (Fußn. 6), § 276 Rz. 20.

27) BGH NJW 2007, 762, Rz. 11; *Lorenz* (Fußn. 16), § 276 Rz. 31 f.

28) Vgl. auch *Gelb*, in: BeckOK BGB, Stand: 1. 8. 2020, § 651h Rz. 17; *Geigel/Kaufmann* (Fußn. 18), Kap. 25 Rz. 114.

29) BVerfG NJW 2008, 429 – 2. Leitsatz der Redaktion.

30) BGH ZIP 2017, 2363 = NJW 2018, 291, dazu EWiR 2018, 205 (*Christensen*); vgl. auch *Koch*, IWRZ 2017, 119 ff.

31) BGH ZIP 2017, 2363 = NJW 2018, 291, Rz. 17, 23.

§ 278 BGB für vertragliche wie für gesetzliche Ansprüche gleichermaßen zum Ausdruck kommenden Gerechtigkeitsgebot und damit von dem wesentlichen Grundgedanken dieser gesetzlichen Bestimmungen ab, wonach eine Verpflichtung zum Schadensersatz regelmäßig nur bei schuldhaftem Verhalten besteht und deshalb einer abweichenden Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen grundsätzlich nicht zugänglich ist“.³²⁾

Vorausgegangen war die bekannte „bring or pay“-II³³⁾ Entscheidung des BGH.³⁴⁾ Es ging dabei um Lieferung und Verwertung von Restabfällen zu einem bestimmten Preis. Sofern der Lieferant die zugesagte Jahresmindestmenge nicht lieferte, musste er eine im vorformulierten Vertrag festgelegte Pauschalentschädigung zahlen. In seiner an das Berufungsgericht adressierten „Segelanweisung“ gab der BGH zu bedenken, dass diese Pauschale auch als eine vom Verschulden losgelöste Entschädigungspflicht des Lieferanten qualifiziert werden könnte. Dann aber könnte sie nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein. Denn „nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist es ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung i. S. v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, dass eine Verpflichtung zum Schadensersatz regelmäßig nur bei schuldhaftem Verhalten besteht“.³⁵⁾ Darin sieht der BGH einen „allgemeinen Grundsatz des Haftungsrechts“ sowie den Ausdruck eines „Gerechtigkeitsgebots“.³⁶⁾

Ausgangspunkt dieser Entscheidungslinie ist in beiden Fällen ein Urteil des BGH vom 5. 10. 2005.³⁷⁾ Hier hatte der Besteller in seinen Einkaufs-AGB bestimmt, dass der Lieferant im Rahmen der Rechtsmängelhaftung auch „für unverschuldete Rechtsmängel eintreten“ müsse. Der BGH verwarf die Klausel als nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam und berief sich erstmals auf die soeben zitierte Sentenz.³⁸⁾ Doch er fügte an, dass eine vom Verschulden des Lieferanten losgelöste Garantiehafung „neben den speziell geregelten Fällen der Gefährdungshaftung“ nur dann in Betracht komme, wenn der Lieferant – wie hinzuzusetzen ist – auf der Ebene eines Individualvertrages eine Beschaffenheitsgarantie für die Mangelfreiheit der zu liefernden Sache übernommen hat.³⁹⁾ Denn die formularmäßige Begründung einer verschuldensunabhängigen Garantiehafung⁴⁰⁾ scheidet mangels einer individualvertraglichen Absicherung am Vorrang des Individualvertrages nach § 305b BGB,⁴¹⁾ aber eben auch an der Leitbildfunktion⁴²⁾ des dispositiven Rechts (§ 280 Abs. 1 Satz 2, § 286 Abs. 4 BGB) i. S. d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.⁴³⁾

1.2 Keine Haftung für den Vorlieferanten – keine Erfüllungsgehilfenschaft nach § 278 BGB

Dabei kommt ein weiterer Gesichtspunkt hinzu: Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist der Vorlieferant nicht Erfüllungsgehilfe des Lieferanten.⁴⁴⁾ Auch der Hersteller ist für die Erfüllung der Pflichten des Lieferanten kein Erfüllungsgehilfe.⁴⁵⁾ Diese Resultate gehen auf die Ursprungsentscheidung des BGH in Sachen TREVIRA zurück.⁴⁶⁾ Da nach § 278 BGB nur derjenige als Erfüllungsgehilfe anzusehen ist, der bei der Erfüllung einer dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeit mit dessen Wissen und Wollen als seine Hilfsperson tätig ist,⁴⁷⁾ fällt hier ins Gewicht, dass der Verkäufer nach § 433 Abs. 1 BGB eben nur die Übergabe und Übereignung der gekauften Sache an den Käufer schuldet, nicht aber deren Herstellung.⁴⁸⁾

2. Dominanz des dispositiven Rechts (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) – Unwirksamkeit der Höheren Gewalt-Klausel?

2.1 Vorgeschaltete Auslegung – § 305c Abs. 2 BGB

Liest man im Rahmen der gebotenen generell-abstrakten Auslegung die – wie auch immer textierte – Höhere Gewalt-Klausel in Bestell-AGB, dann stellt sich die Frage, ob denn die hier idealtypisch zu wertende „äußerste Sorgfalt“ grundsätzlich eine unbedingte, vom Verschulden des § 276 Abs. 2 BGB losgelöste Haftung auf Schadensersatz im Falle einer Pflichtverletzung des Lieferanten auslöst. Oder ist die Höhere Gewalt-Klausel so zu verstehen, dass sie unberührt neben der allgemeinen Verschuldenshaftung des Lieferanten für etwaige Pflichtverletzungen nach der Grundregel des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB Bestand hat und nur Leistungsbefreiungstatbestände erfasst? Da man beide Auslegungsvarianten für vertretbar ansehen kann, wird man wohl oder übel zu der Maxime der „kundenfeindlichsten“ Auslegung⁴⁹⁾ seine Zuflucht nehmen müssen. Diese aber führt dazu, dass dann die Höhere Gewalt-Klausel deswegen weichen muss, weil sie mit ihrem überaus strengen Verschuldensmaßstab das dispositive Recht des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB (§ 286 Abs. 4 BGB) hinter sich lässt.

2.2 Leitbildfunktion – § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Zur Folge hat diese Einordnung, dass die Höhere Gewalt-Klausel im Zweifel als unwirksam anzusehen ist.⁵⁰⁾ Denn sie benachteiligt den Lieferanten unangemessen, weil sie zu seinem Nachteil einen idealtypisch geprägten Sorgfaltsmaßstab im Hinblick auf die Pflichten begründet, welche ein Ereignis höherer Gewalt – und damit einen Hinderungsgrund für die ordnungsgemäße Pflichterfüllung – voraussehen und auch vermeiden sollen. Die Höhere Gewalt-Klausel sieht eben kein allgemeines, an § 276 Abs. 2 BGB ausgerichtetes Vertretenmüssen als Voraussetzung einer Schadensersatzhaftung vor.⁵¹⁾

Doch der BGH anerkennt, dass die Regel des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB trotz ihrer strikten Ausrichtung an der Leitbildfunk-

32) BGH ZIP 2017, 2363 = NJW 2018, 291, Rz. 24.

33) BGH NJW 2013, 856 – bring or pay I.

34) BGH NZBau 2016, 213 – bring or pay II; kritisch *Maier-Reimer*, NJW 2017, 1 ff.

35) BGH NZBau 2016, 213, Rz. 27.

36) BGH NZBau 2016, 213, Rz. 27.

37) BGH ZIP 2006, 235.

38) BGH ZIP 2006, 235 = NJW 2006, 47, 49.

39) BGH ZIP 2006, 235 = NJW 2006, 47, 49 f.

40) BGH ZIP 1999, 607, dazu EWiR 2000, 63 (*Nielsen*) – selbständiger Garantievertrag.

41) Im Einzelnen *Graf von Westphalen* (Fußn. 7), Einkaufsbedingungen Rz. 44 ff.; *Christensen*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., 2016, Klauseln (17) Rz. 5.

42) Grundlegend BGH ZIP 2017, 1610 = NJW 2017, 2986, Rz. 37 ff., dazu EWiR 2017, 677 (*John*) – Bearbeitungsgebühr für gewerbliche Darlehen.

43) *Dammann*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 6. Aufl., 2014, Rz. E 96 ff.

44) BGH NJW 2018, 281, Rz. 24; BGH ZIP 2015, 2030 = NJW 2015, 2244, Rz. 13, dazu EWiR 2015, 543 (*Pottgiesser*); BGH ZIP 2014, 1177 = NJW 2014, 2183, Rz. 31.

45) BGH ZIP 2015, 2030 = NJW 2015, 2244, Rz. 13; BGH ZIP 2014, 1177 = NJW 2014, 2183, Rz. 31 f.

46) BGH NJW 1967, 1903.

47) BGH NJW 1967, 1903, 1904.

48) BGH ZIP 2014, 1177 = NJW 2014, 2183, Rz. 31.

49) Grundlegend BGH ZIP 2009, 329 (LS) = NJW 2008, 2172, dazu EWiR 2008, 673 (*Rottmayer*).

50) Grundlegend BGH ZIP 2017, 1610 = NJW 2017, 2986, Rz. 37 ff.

51) BGH ZIP 2017, 2363 = NJW 2018, 291, Rz. 27.

tion des dispositiven Rechts die Sanktion der Unwirksamkeit gegenüber dem Lieferanten nur „im Zweifel“ in Stellung bringt.⁵²⁾ Daher kann es ausnahmsweise so sein, dass die Abweichung einer Klausel vom dispositiven Recht gleichwohl „sachlich gerechtfertigt“⁵³⁾ ist oder dass eben „höhere Interessen“ des Verwenders ein solches Abweichen legitimieren,⁵⁴⁾ soweit nicht die so geschaffenen Nachteile durch anderweitige Vorteile zugunsten des Lieferanten kompensiert werden.⁵⁵⁾ Doch eine sachliche Rechtfertigung – im Sinne einer notwendigen, formularmäßigen Ergänzung des dispositiven Rechts – für die Verankerung einer Höheren Gewalt-Klausel wird man jedoch unter der Perspektive der Norm des § 311a Abs. 2 Satz 2 BGB schwerlich zugunsten des Bestellers begründen können.⁵⁶⁾ Denn nach dieser Norm tritt für den Lieferanten im Falle der Unmöglichkeit seiner vertraglich geschuldeten Leistung die gesetzliche Leistungsbefreiung ein, soweit er das jeweilige Leistungshindernis bei Abschluss des Vertrages weder kannte und auch die Unkenntnis nicht zu vertreten hatte.⁵⁷⁾ Stellt man hingegen auf die angeblich „höheren Interessen“⁵⁸⁾ des Bestellers als Verwender ab, um für die Wirksamkeit der Höheren Gewalt-Klausel im Sinne einer Ausnahme nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine Lanze zu brechen, dann liegen diese allein darin, dass Erfüllungspflicht und damit auch Schadensersatzleistung des Lieferanten bei alleiniger Geltung einer Höheren Gewalt-Klausel deutlich strikter sind als im Rahmen des Vertretenmüssens nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB unter Berücksichtigung der allgemeinen Fahrlässigkeit gem. § 276 Abs. 2 BGB vorgesehen. Doch es ist ja gerade diese Konstellation, welche wegen ihrer Abweichung vom dispositiven Recht im Rahmen des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht anzuerkennen ist. Demgegenüber sind ausgleichende und auch konnexe Vorteile⁵⁹⁾ einer solchen Konstellation zugunsten des Lieferanten im Sinne der referierten Rechtsprechung nicht erkennbar.⁶⁰⁾

2.3 Kein Rückgriff auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche nach § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB

Bevor man aus diesem argumentativen Ansatz die Konsequenz der Unwirksamkeit der Höheren Gewalt-Klausel nach § 306 Abs. 2 BGB zieht und abschließend auf die Grundnorm des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB und des § 286 Abs. 4 BGB zurückgreift, wird man einen kurzen Moment innehalten und § 310 Abs. 1 BGB zu Rate ziehen müssen. Denn Klauseln Höherer Gewalt sind ja ein eiserner Bestandteil aller internationalen Verträge (Art. 79 CISG) und finden sich auch sehr oft in Verkaufs- oder Bestell-AGB, die primär nur für den innerdeutschen Warenverkehr verwendet werden. Es handelt sich also insoweit um ein durchaus sehr gebräuchliches Klauselwerk.⁶¹⁾

Doch der BGH hat in seiner grundlegenden Entscheidung vom 4. 7. 2017⁶²⁾ die Hürden sehr, sehr hoch gehängt, welche sich in § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB finden und der Rechtsanwendung vorschreiben, bei der richterlichen Inhaltskontrolle im unternehmerischen – kaufmännischen Bereich – auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche angemessen Rücksicht zu nehmen.⁶³⁾ Auch wenn der BGH auf das Erfordernis der gegenüber der Inhaltskontrolle im Verbraucherbereich „stärkeren Elastizität“ der Klauselkontrolle im un-

ternehmerischen Bereich abstellt,⁶⁴⁾ so weist er doch im Ergebnis zutreffend auf die Norm des § 346 HGB hin, welche sich in § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB wiederfindet.⁶⁵⁾ Seine wegweisende Aussage: „Von einem Handelsbrauch kann vielmehr erst gesprochen werden, wenn eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffene Regelung auch ohne besondere Vereinbarung oder Empfehlung freiwillig befolgt würde.“⁶⁶⁾ Dass diese Voraussetzungen für eine Höhere Gewalt-Klausel in einem rein nationalen Beschaffungsvertrag zutreffen, kann mit Sicherheit nicht schlüssig begründet werden.

2.4 Zwischenergebnis

Man wird daher kaum in Abrede stellen können, dass eine Höhere Gewalt-Klausel in einem vorformulierten Beschaffungsvertrag deswegen nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB als unwirksam anzusehen ist, weil sie zum Nachteil des Lieferanten eine vom Verschuldensprinzip des § 276 Abs. 2 BGB losgelöste Schadensersatzhaftung für allfällige Pflichtverletzungen begründet (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) und nur in den in der Höheren Gewalt-Klausel gelisteten Fällen eine Haftungsbefreiung vorsieht. Diese ist definitorisch daran gebunden, dass der Lieferant die nach den Umständen gebotene „äußerste Sorgfalt“ beachtet hat, um den jeweiligen Hinderungsgrund vorherzusehen und auch wirksam abzuwenden. Unterhalb dieser Schwelle aber besteht eine unbedingte Erfüllungs- und eben auch Schadensersatzpflicht.

IV. Beispielhaft: Fixhandelskauf – § 376 HGB

Da in der Praxis viele Fälle, in denen sich eine der beiden Parteien eines Kaufvertrages auf einen Umstand höherer Gewalt beruft, dadurch gekennzeichnet sind, dass nicht Unmöglichkeit im Sinn von § 311a BGB, sondern ein nur zeitlich befristetes Leistungshindernis mit der Rechtsfolge des Verzugs vorliegt, sollen Tatbestand und Auswirkungen eines solchen Falls Höherer Gewalt jetzt am Beispiel eines Fixhandelskaufs nach § 376 HGB untersucht werden.

1. Gesetzliche Ausgangslage

Ist bei einem Handelskauf eine bestimmte Frist für die Lieferung zwischen den Parteien i. S. d. § 376 HGB fest vereinbart, dann stellt sich als Erstes die Frage, ob es sich um eine relative

52) BGH ZIP 2017, 2363 = NJW 2018, 291, Rz. 27; BGH ZIP 2017, 1610 = NJW 2017, 2986, Rz. 41.

53) BGH ZIP 2017, 1610 = NJW 2017, 2986, Rz. 41.

54) BGH ZIP 2017, 2363 = NJW 2018, 291, Rz. 27.

55) BGH NJW 2003, 889, 891.

56) Das Gleiche gilt im Falle eines durch Höhere Gewalt herbeigeführten Verzugs nach § 286 Abs. 4 BGB, weil diese Norm verschuldensabhängig gestaltet ist.

57) BGH NJW 2014, 3365, Rz. 23, dazu EWiR 2014, 553 (Jaensch); statt aller Palandt/Grüneberg (Fußn. 6), § 311a Rz. 9.

58) BGH ZIP 2017, 2363 = NJW 2018, 291, Rz. 27.

59) BGH NJW 2003, 889, 891; Palandt/Grüneberg (Fußn. 6), § 307 Rz. 14.

60) BGH ZIP 2017, 2363 = NJW 2018, 291, Rz. 27.

61) Im Einzelnen Thüsing, in: Graf von Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 45. EL, 2020 – Höhere Gewalt Rz. 5 ff.

62) BGH ZIP 2017, 1610 = NJW 2017, 2986, Rz. 54 ff. – Bearbeitungsgebühr bei gewerblichen Darlehen; vgl. auch Graf von Westphalen, BB 2017, 2051 ff.

63) Zur Berücksichtigung vgl. auch Wendland, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019, S. 920 ff., 939 ff.

64) BGH ZIP 2017, 1610 = NJW 2017, 2986, Rz. 55.

65) BGH ZIP 2017, 1610 = NJW 2017, 2986, Rz. 57.

66) BGH ZIP 2017, 1610 = NJW 2017, 2986, Rz. 57.

oder um eine absolute Fixschuld handelt. Ersteres ist dann zu bejahen, wenn auch die spätere, nach der Leistungszeit vorgenommene, nachgeholte Erfüllung durch den Lieferanten für den Besteller noch ein Interesse hat.⁶⁷⁾ Hingegen liegt ein absolutes Fixgeschäft dann vor, wenn die Einhaltung der Lieferzeit nach dem übereinstimmenden Parteiwillen so wesentlich ist, dass bei Versäumung der Frist die Unmöglichkeit der Leistung eintritt.⁶⁸⁾ Bezogen auf ein relatives Fixgeschäft definiert die Rechtsprechung die Voraussetzungen für eine Anwendbarkeit der Regel des § 376 HGB dahingehend, dass das Geschäft mit der rechtzeitigen Erfüllung steht oder fällt.⁶⁹⁾ Folglich zeichnet sich die nur für diese Fälle anwendbare Norm des § 376 HGB dadurch aus, dass die Parteien an einer verspäteten Erfüllung schlicht kein Interesse mehr haben.⁷⁰⁾ Das Bestehen eines nur starken Interesses des Bestellers an einer pünktlichen Lieferung reicht insoweit nicht.⁷¹⁾

Klauseln, welche den Charakter eines Fixgeschäfts im Sinn des § 376 HGB hervorheben, wie etwa „fix“ oder auch „genau“,⁷²⁾ haben indessen nur eine Indizfunktion, weil im Blick auf die getroffene Terminabrede kein Auslegungsspielraum verbleiben darf.⁷³⁾ Gleichzeitig ist anerkannt, dass der Besteller es im Rahmen seiner AGB nicht in der Hand hat, einseitig die Voraussetzungen eines Fixhandelskaufs nach § 376 HGB durch eine AGB-Klausel erst zu begründen.⁷⁴⁾ Solche Klauseln sind im Blick auf den jeweiligen Individualvertrag sowohl überraschend nach § 305c Abs. 1 BGB;⁷⁵⁾ sie verstoßen aber auch gegen das Vorrangprinzip des Individualvertrages nach § 305b BGB,⁷⁶⁾ schließlich sind auch nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zu beanstanden, weil sie – gemessen an der Leitbildfunktion des § 376 HGB – den Lieferanten unangemessen benachteiligen.⁷⁷⁾ Für diese Wertung ist im Sinne einer Unwirksamkeit der einseitig begründeten Fix-Klausel entscheidend, dass der Besteller berechtigt wäre, im Falle des Verzugs (§ 286 Abs. 4 BGB – Verschulden vorausgesetzt) Schadensersatz statt der Leistung zu fordern, ohne an die sonst zu beachtende Anspruchsnorm des § 280 Abs. 2 BGB – nur Ersatz des Verzugschadens – gebunden zu sein. Im Falle eines nicht zu vertretenden Verzugs, also eben auch im Falle Höherer Gewalt, wäre der Besteller nach § 376 Abs. 1 HGB bei Überschreiten der bedungenen Frist in jedem Fall zum Rücktritt berechtigt. Diese Konstellation ist jetzt im Hinblick auf den verschuldensabhängigen Anspruch auf Ersatz des Schadens statt der Leistung zu vertiefen.

2. Unterstellte Wirksamkeit einer Höheren Gewalt-Klausel

2.1 Gesetzliche Ausgangslage nach § 376 HGB

Nach § 376 Abs. 1 HGB setzt die Geltendmachung eines solchen Schadensersatzanspruchs (§ 281 BGB) voraus, dass der Lieferant am Tag der geschuldeten Leistungserbringung in Verzug geraten ist.⁷⁸⁾ Damit ist für den Lieferanten aber auch die Norm des § 286 Abs. 4 BGB in Ansatz gebracht,⁷⁹⁾ so dass er nur dann dem Besteller Schadensersatz schuldet, wenn er nicht den Nachweis führen kann, am Überschreiten der fest bedungenen Lieferfrist kein Verschulden zu haben. Im Blick auf die übrigen Voraussetzungen des Verzugs nach § 286 BGB ist anzumerken, dass in der kaufmännischen Praxis Lieferzeiten in aller Regel nach dem Kalender gemäß § 286 Abs. 1 Nr. 2 BGB bestimmt sind, so dass eine Mahnung als Voraussetzung eines

Schadensersatzanspruchs statt der Leistung im Sinne des § 376 Abs. 1 HGB als entbehrlich anzusehen ist.⁸⁰⁾

2.2 Höhere Gewalt-Klausel – Konsequenzen für die Verzugs-haftung

Weiter oben wurde die Gemengelage zwischen einer verschuldensabhängigen Schadensersatzhaftung auf der einen und einer hiervon losgelösten Garantiefhaftung des Lieferanten (bei Verwendung einer Klausel Höherer Gewalt) nach § 305c Abs. 2 BGB auf der anderen Seite in der Weise aufgelöst, dass die Höhere Gewalt-Klausel an § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB als unwirksam scheiterte. Nunmehr ist die Frage umzudrehen: Es ist zu untersuchen, wie es sich im Rahmen des Fixhandelskaufs nach § 376 HGB auswirkt, wenn der allgemeine Entlastungsgrund des fehlenden Verschuldens nach § 286 Abs. 4 BGB erhalten bleibt und sich – etwa auf Grund des auslegungsspezifischen Gedankens der Spezialität – die Höhere Gewalt-Klausel ebenfalls als Leistungsbefreiungstatbestand für den Lieferanten durchsetzt. Zu prüfen ist demnach, ob das dann auf der Ebene der Schadensersatzhaftung wegen Nichterfüllung nach § 376 Abs. 1 HGB eintretende Ergebnis für den Lieferanten nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB hinnehmbar ist oder diesen unangemessen benachteiligt.

2.3 Erhebliche Erschwerung der Beweisführungslast

2.3.1 Im Rahmen des § 286 Abs. 4 BGB

Wird der Lieferant bei behauptetem Vorliegen eines Falls Höherer Gewalt nach § 376 Abs. 1 HGB auf Ersatz des Schadens statt der Leistung in Anspruch genommen, weil die Lieferung erst mit einiger Verspätung wegen eines Ereignisses Höherer Gewalt hätte erbracht werden können, so dass das Interesse des Bestellers an der Leistung in Fortfall geraten ist, dann gilt folgendes: Nach der Grundregel des § 286 Abs. 4 BGB ist der Lieferant als Schuldner verpflichtet, den Nachweis fehlenden Verschuldens im Sinne eines Nicht-Vertretenmüssens nach § 276 Abs. 2 BGB zu führen.⁸¹⁾ Ist jedoch zwischen den Parteien ebenfalls eine Klausel Höherer Gewalt formularmäßig in den Bestell-AGB verankert und diese auch als wirksam anzusehen, dann liegt es insoweit auf der Hand, dass die vom Lieferanten zu erfüllende Beweislast – bei Anwendung der nach den Um-

67) Hierzu auch Höpfner, in: BeckOGK HGB, Stand: 1. 7. 2020, § 376 Rz. 22 f.

68) MünchKomm-Grünefeld, HGB, 4. Aufl., 2018, § 376 Rz. 11.

69) BGH NJW-RR 1998, 1489, 1490; BGH ZIP 1990, 237, dazu EWiR 1990, 1041 (Wölf); hierzu auch EBJS/Müller, HGB, 3. Aufl., 2015, § 376 Rz. 15; Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl., 2020, § 376 Rz. 7; MünchKomm-Grünefeld (Fußn. 68), § 376 Rz. 11.

70) Schwartze, in: BeckOK HGB, Stand: 15. 7. 2020, § 376 Rz. 4.

71) Baumbach/Hopt (Fußn. 69), § 376 Rz. 7.

72) Weitere Klauselgestaltungen bei Baumbach/Hopt (Fußn. 69), § 376 Rz. 8; EBJS/Müller (Fußn. 69), § 376 Rz. 25 ff.

73) Höpfner (Fußn. 67), § 376 Rz. 29.

74) BGH ZIP 1990, 237 – Weinhandel; OLG Hamburg BeckRS 2014, 17529, Rz. 66.

75) EBJS/Müller (Fußn. 69), § 376 Rz. 24.

76) Oetker/Koch, HGB, 6. Aufl., 2019, § 376 Rz. 20.

77) Graf von Westphalen (Fußn. 7), Rz. 9 ff.

78) MünchKomm-Grünefeld (Fußn. 68), § 376 Rz. 21; Baumbach/Hopt (Fußn. 69), § 376 Rz. 11; Oetker/Koch (Fußn. 76), § 376 Rz. 37 f.

79) EBJS/Müller (Fußn. 69), § 376 Rz. 47.

80) Vgl. auch EBJS/Müller (Fußn. 69), § 376 Rz. 48.

81) Palandt/Grüneberg (Fußn. 6), § 286 Rz. 49; Lorenz (Fußn. 16), § 286 Rz. 86.

ständen geschuldeten „äußersten Sorgfalt“⁸²⁾ – erheblich gegenüber dem Anwendungsfall des § 286 Abs. 4 BGB erschwert ist. Denn bereits das geringste, persönlich dem Schuldner anzulastende Verschulden – gemessen am Schuldner als Idealtypus – schließt die Berufung auf den Tatbestand der Höheren Gewalt aus⁸³⁾ und begründet so seine Schadensersatzhaftung im Sinne des Fixhandelskaufs nach § 376 HGB.

2.3.2 Nachweis der „äußersten Sorgfalt“

Dieser Maßstab aber liegt für den Lieferanten sehr deutlich über der objektiven Messlatte der erforderlichen Sorgfalt nach § 276 Abs. 2 BGB, der im Rahmen des § 286 Abs. 4 BGB zur Anwendung gelangt. Doch nach dem zugrunde liegenden dispositiven Recht des § 376 HGB ist der Lieferant nur dazu verpflichtet, die generellen Kataloge der Sorgfaltspflichten als Tatbestand einer Leistungsbefreiung nachzuweisen. Legt man insoweit den generell-abstrakten Maßstab der Klauselkontrolle der Auslegung nach § 305c Abs. 2 BGB an und dann eben auch mit dem so gefundenen Resultat⁸⁴⁾ den der richterlichen Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, dann lassen sich durchaus Konstellationen bei der Auslegung der Klauseln ersinnen, welche belegen, dass der Lieferant den Nachweis des Nicht-Vertretenmüssens nach § 286 Abs. 4 BGB im Rahmen von § 376 HGB erbracht hat, nicht aber auch den, welche die Klausel der Höheren Gewalt mit ihrem Merkmal der nach den Umständen gebotenen „äußersten Sorgfalt“ adressiert.

2.3.3 Testfrage: Vereinbarung eines Selbstbelieferungs-vorbehalts

Das kann etwa dann der Fall sein, wenn der Lieferant seinerseits eine klassische Selbstbelieferungsklausel mit seinem Vorlieferanten in wirksamer Weise vereinbart hat. Dann ist nämlich die Lieferpflicht des Lieferanten auflösend dadurch bedingt, dass er selbst nicht beliefert wird, obwohl er einen entsprechenden vertraglichen Anspruch auf pünktliche Belieferung hat.⁸⁵⁾ Dass diese Leistungsbefreiung indessen nur dann gilt, wenn der Lieferant auch ein kongruentes Deckungsgeschäft mit seinem Vormann abgeschlossen hat, sei der Vollständigkeit halber erwähnt.⁸⁶⁾ Für den Nachweis fehlenden Verschuldens nach § 286 Abs. 4 BGB reicht dieser Zusammenhang allemal aus, um den Lieferanten zu entlasten.

Doch man könnte im Rahmen des Gebots der Höheren Gewalt-Klausel, „äußerste Sorgfalt“ walten zu lassen, durchaus bezogen auf einen idealtypisch zu qualifizierenden Lieferanten – die Frage stellen, ob es denn – abhängig von den konkreten Umständen – nicht geboten war, einen anderen Lieferanten als Vormann auszusuchen, einen, der möglicherweise über eine größere Lieferkapazität verfügt, also noch länger in der Lage gewesen wäre, den Zusammenbruch der Lieferkette wegen des Ereignisses der Höheren Gewalt aufzuhalten und lieferfähig zu bleiben.

2.3.4 Zwischenergebnis

Frage also: Mit welcher Elle ist hier zu messen, mit derjenigen, die § 376 HGB vorschreibt oder mit derjenigen, die sich aus dem speziellen Tatbestand der Höheren Gewalt ergibt, der ja im Ergebnis von einer grundsätzlich unbedingten, vom all-

gemeinen Verschulden des § 276 Abs. 2 BGB losgelösten Lieferpflicht ausgeht? Nimmt man daher – wegen der Alternativität der auch hier als zulässig anzusehenden Antworten i. S. d. § 305c Abs. 2 BGB – wieder seine Zuflucht zum Grundsatz der „kundenfeindlichsten“ Auslegung,⁸⁷⁾ dann wird man wohl kaum umhin können als den Schutz des Lieferanten auf sein Panier zu schreiben, dem dispositiven Recht des § 376 HGB und damit dem Grundsatz von § 286 Abs. 4 BGB Reverenz zu erweisen und die Höhere Gewalt-Klausel zu begraben.

V. Letztlich: Schadensersatz nach § 437 Nr. 3 BGB und Höhere Gewalt-Klausel

Auch wenn, wie bereits gezeigt, der BGH strikt der Auffassung ist, dass die Mängelhaftung des Lieferanten im Sinne von § 437 Nr. 3 BGB nicht als Garantief Haftung durch eine AGB-Klausel ausgestaltet werden darf,⁸⁸⁾ so bleibt doch die Frage, ob nicht genau dieses Resultat erzielt wird, wenn in Bestell-AGB eine Klausel Höherer Gewalt eingeführt wird. Nimmt man hier an dem Vorbild von Art. 79 CISG Maß, dann kann es gar nicht zweifelhaft sein, dass eine solche Klausel als Leistungsbefreiungstatbestand von ihrer Systematik her voraussetzt, dass dann auch eine Garantief Haftung des Lieferanten für die Mängelfreiheit der zu liefernden Sache voraussetzt eingreift.⁸⁹⁾ Der Grund: Klauseln Höherer Gewalt ersetzen das ansonsten geltende, die Haftung des Schuldners begründende Verschuldensprinzip, weil sie den allein maßgebenden Leistungsbefreiungstatbestand für den Schuldner auf die Fälle Höherer Gewalt verlegen.

Geht man jedoch von diesem Befund aus, dann sind die zuvor bereits berichteten Urteile des BGH einschlägig:⁹⁰⁾ Es ist mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht vereinbar, dass der Besteller formularmäßig seinem Lieferanten eine vom Verschulden losgelöste Haftung auferlegt, weil das Haftungsprinzip des dispositiven Rechts – sowohl im Bereich der vertraglichen als auch der deliktischen Haftung – auf dem Verschuldensprinzip beruht. Dann ist aber auch hier das Resultat über § 306 Abs. 2 BGB vorgegeben, dass nämlich die Klausel Höherer Gewalt als unwirksam einzuordnen ist; sie ist nicht wirksam und verdrängt damit auch nicht das für die Schadensersatzhaftung des Lieferanten nach § 437 Nr. 3 BGB maßgebende Verschuldensprinzip. Die Klausel Höherer Gewalt entfaltet somit auch im Rahmen der Mängelhaftung des Lieferanten keine Rechtswirkungen.

VI. Gesamtergebnis

Soweit in Beschaffungs-AGB Klauseln Höherer Gewalt vorgehen sind, stehen sie quer zu dem Verschuldensprinzip, welches das gesamte Haftungsrecht des BGB – gleichgültig, ob im Rahmen des Verzugs oder der Mängelhaftung – kraft sei-

82) BGH NJW 2003, 2849, 2850.

83) BGH NJW 1997, 3164; *Henrich* (Fußn. 14), § 206 Rn. 3.

84) Hierzu auch *Palandt/Grüneberg* (Fußn. 6), § 307 Rz. 8.

85) BGH NJW 1968, 1805; *EBJS/Joost*, HGB, 3. Aufl., 2015, § 346 Rz. 119.

86) BGH NJW 1995, 1959, 1960.

87) BGH ZIP 2009, 329 (LS) = NJW 2008, 2172 – grundlegend.

88) BGH NJW 2996, 47, 49 – Rechtsmängelhaftung.

89) *Schwenzer* (Fußn. 12), Art. 79 CISG Rz. 1.

90) BGH ZIP 2017, 2363; BGH ZIP 2006, 235 = NJW 2006, 47, 49.

ner Leitbildfunktion nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB beherrscht. Sie benachteiligen daher wegen ihres durch Auslegung nach § 305c Abs. 2 BGB nicht widerspruchsfrei auflösbaren Konflikts zum allein maßgebenden Verschuldensprinzip des BGB (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 286 Abs. 4 BGB) den Lieferanten in unangemessener Weise und sind unwirksam. Soweit

pandemiebedingte Hinderungsgründe im Rahmen von Beschaffungs-AGB zu bewältigen sind, ist daher ausschließlich auf die einschlägigen Regeln über Unmöglichkeit (§ 311a Abs. 1 und 2 BGB) sowie auf § 286 Abs. 4 BGB im Falle eines nur vorübergehenden Leistungshindernisses zurückzugreifen.

Georg Bitter/Ronja Wösch^{*)}

Abzinsung von Betriebsrentenansprüchen in der Insolvenz nach § 46 Satz 2, § 45 Satz 1 InsO

Kritische Anmerkungen zum Urteil des LAG Stuttgart v. 16. 6. 2020 – 15 Sa 2/20, ZIP 2020, 2034

Mit dem Urteil des LAG Stuttgart vom 16. 6. 2020 – 15 Sa 2/20 (ZIP 2020, 2034) und der Vorinstanz ArbG Reutlingen vom 28. 1. 2020 – 7 Ca 251/19 (ZIP 2020, 1037) hat die im Jahr 2001 vom Erstverfasser publizierte These, Betriebsrentenansprüche seien in der Insolvenz trotz ihrer Schätzung gem. § 45 InsO nach dem in § 41 Abs. 2 und § 46 Satz 1 InsO zugrunde gelegten gesetzlichen Zinssatz abzuzinsen, erstmals die Gerichtspraxis erreicht. Die gegen jene These vom LAG Stuttgart und auch von der Vorinstanz vorgetragene Argumente werden kritisch gewürdigt, um so eine Diskussionsgrundlage für das anstehende Revisionsurteil des BAG (Az.: 3 AZR 317/20) zu liefern.

I. Einführung

Die Vorschriften der §§ 41 bis 46 InsO, welche sich u. a. mit der Anmeldung nicht fälliger, bedingter, nicht auf Geld gerichteter und betragsmäßig unbestimmter Forderungen in der Insolvenz beschäftigen, sind selten Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Die Vorschriften stehen ein wenig im Schatten der großen Brüder aus §§ 47 ff. InsO. Weil es dort um Aussonderungs- und Absonderungsrechte geht, deren wirtschaftliche Bedeutung in der Insolvenz erheblich über jener von schlichten Insolvenzforderungen i. S. v. § 38 InsO liegt, fristeten die §§ 41 bis 46 InsO lange Zeit ein Dasein am Rande des wissenschaftlichen und praktischen Interesses. Dies galt bereits für den Referentenentwurf zur InsO, dessen Begründung sich nicht einmal zwei dürre Seiten mit allen sechs Vorschriften befasste.¹⁾ Im späteren Regierungsentwurf war dies mit nur einer Seite Begründung wenig anders²⁾ und auch nicht in den der Reform vorangehenden Überlegungen der Kommission für Insolvenzrecht: Während sie sich mit den betagten, bedingten und nicht auf Geld gerichteten Forderungen nur knapp im Zusammenhang mit der Aufrechnung befasste (vgl. jetzt § 95 Abs. 1 Satz 2 InsO)³⁾ und sie auf die Kapitalisierung von (betriebsrechtlichen Versorgungs-)Ansprüchen nur beiläufig im Rahmen der Überlegungen zum Insolvenzplan einging,⁴⁾ wurden Fragen der Aus- und Absonderung, insbesondere des Fortbestandes der publizitätslosen Sicherheiten im Vorfeld der Insolvenzordnung ausführlich diskutiert.⁵⁾ Die sehr unterschiedliche Beachtung der beiden Normkomplexe galt namentlich auch für viele Kommentare zum Insolvenzrecht, in denen die §§ 47 bis 52 InsO oft sehr ausführlich, die §§ 41 ff. InsO

hingegen spärlich kommentiert wurden. Teilweise hat sich das bis heute nicht geändert, dies freilich sehr zu Unrecht, weil jene Vorschriften nicht minder spannende Rechtsfragen aufwerfen.

Der Erstverfasser hatte sich deshalb in seiner im Jahr 2001 erstmals vorgelegten Kommentierung im Münchener Kommentar zur InsO aufgemacht, die §§ 41 bis 46 InsO systematischer als zuvor wissenschaftlich zu durchdringen. Aus jenem Bestreben nach Systematisierung und Widerspruchsfreiheit waren u. a. Überlegungen zu den Grundlagen der insolvenzmäßigen Berücksichtigung unverfallbarer Versorgungsanswartschaften entstanden.⁶⁾ Jene Versorgungsanswartschaften haben nämlich – ebenso wie schon laufende Pensionen der Rentner eines Betriebs – aufgrund ihrer oft enormen betragsmäßigen Höhe eine große wirtschaftliche Bedeutung, und zwar trotz ihres Status als Insolvenzforderungen. Aus dem Bemühen um Systematisierung war damals auch der Gedanke entstanden, in allen Fällen, in denen Ansprüche (auf Renten) in der Insolvenz vorzeitig fällig gestellt werden, bei der Abzinsung einen einheitlichen Zins zugrunde zu legen: denjenigen des § 41 Abs. 2 InsO und dies auch in solchen Fällen, in denen eine Schätzung nach § 45 Satz 1 InsO erfolgt.⁷⁾

Nach § 41 Abs. 1 InsO gelten nicht fällige Forderung in der Insolvenz als fällig; sie werden jedoch, soweit sie unverzinslich sind, gem. § 41 Abs. 2 InsO mit dem gesetzlichen Zinssatz, also grundsätzlich mit 4 % (§ 246 BGB) oder bei handelsrecht-

^{*)} Prof. Dr. Georg Bitter ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht an der Universität Mannheim und Vorstandsvorsitzender des dortigen Zentrums für Insolvenz und Sanierung (ZIS); Ronja Wösch, LL.B. ist dort als wissenschaftliche Hilfskraft sowie als wissenschaftliche Mitarbeiterin bei SZA Schilling, Zutt & Anschütz in Mannheim tätig.

1) Vgl. Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Referentenentwurf – Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, RWS-Verlag, 1989, S. 46 f. zu §§ 46 bis 51 des Entwurfs (jetzt §§ 41 bis 46 InsO).

2) Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf einer Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443, S. 124 zu §§ 48 bis 53 des Entwurfs (jetzt §§ 41 bis 46 InsO).

3) Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, RWS-Verlag, 1985, S. 266 f., 338.

4) Vgl. Fußn. 3, S. 245 zu der Frage, welcher Zinsfuß bei der Berechnung des Barwerts anzuwenden ist. Dazu unten Ziff. IV 3.

5) Vgl. Fußn. 3, S. 14, 17–19, 95–97, 119–120, 139, 251–258, 306–327.

6) Bitter, NZI 2000, 399 ff.

7) MünchKomm-Lwowski/Bitter, InsO, Band 1, 1. Aufl., 2001, § 45 Rz. 22, 26 und § 46 Rz. 5.