

Zürich, 21. April 2020

## Die COVID-19-Pandemie Wie sind Force Majeure-Klauseln in Zukunft zu entwerfen?

In unserem Alert Ende Februar haben wir Sie über die Anwendbarkeit und die Rechtsfolgen von Force Majeure-Klauseln in bestehenden Verträgen im Lichte der COVID-19-Pandemie und der entsprechenden staatlich durchgesetzten Einschränkungen der wirtschaftlichen Aktivitäten informiert. Mit vorliegendem Alert wollen wir Ihnen erläutern, was zu beachten ist, wenn in neuen oder anzupassenden Verträgen Force Majeure-Klauseln vorgesehen sind oder verhandelt werden.

### Einführung

Die staatlichen Massnahmen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie haben die wirtschaftlichen Aktivitäten praktisch aller Sektoren weltweit einschneidend gehemmt und insbesondere auch diverse Wertschöpfungsketten unterbrochen. Vor diesem Hintergrund haben verschiedene Unternehmen ihre Verträge überprüft, um herauszufinden, ob und inwiefern diese globale Krise ausgelöst durch eine Pandemie Einfluss hat auf die Verbindlichkeit der vertraglich festgelegten Rechte und Pflichten und auf die Durchsetzbarkeit von Leistungsansprüchen. Dabei stehen sog. Force Majeure-Klauseln im Vordergrund.

Eine Force Majeure-Klausel ist eine vertragliche Regelung, welche eine Vertragspartei von der Pflicht, gewisse Vertragsleistungen zu erbringen, ganz oder teilweise befreit, sofern ein unerwartetes Ereignis die Umstände zum Nachteil der verpflichteten Partei wesentlich verändert hat, welches der Kontrolle der Parteien gänzlich entzogen ist. Typischerweise definiert eine Force Majeure-Klausel:

- welche Art von Ereignissen zur Befreiung von Vertragspflichten führen sollen;
- den Grad der Befreiung von vertraglichen Pflichten;
- die Schadenminderungspflichten der befreiten Partei; und
- die Beendigungsmöglichkeiten.

Hiermit möchten wir Ihnen eine Anleitung und Übersicht präsentieren, auf was zu achten ist, wenn Sie im Lichte der aktuellen COVID-19-Pandemie existierende Verträge anpassen oder neue Verträge mit einer Force Majeure-Klausel abschliessen. Es ist zu berücksichtigen, dass sich die Wichtigkeit und die Ausgestaltung einer Force Majeure-Klausel von Fall zu Fall ganz unterschiedlich beurteilt, je nachdem wer welche Leistungen schuldet und ob, resp. zu welchem Grad, eine Partei auf vertragliche Leistungen der anderen Partei angewiesen ist. Zudem spielen Haftungsfolgen im Falle einer Nichterfüllung (Konventionalstrafe, Schadenersatz), die Verhandlungsmacht und das auf den Vertrag anwendbare Recht eine wichtige Rolle.

### Sinn und Zweck der Force Majeure-Klausel

Aber was sind genau die Risiken, welchen mit einer Force Majeure-Klausel begegnet werden sollen? Primär ist es das Risiko, dass eine Partei wegen eines Force Majeure-Ereignisses massiv höhere Kosten und Aufwendungen tätigen muss, um die vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen und dass diese Partei einen gewissen Vertrag resp. gewisse Vertragskonditionen unter den geänderten Bedingungen so niemals eingegangen wäre. Im schlimmsten Falle sieht sich die verpflichtete Partei mit hohen Konventionalstraf- oder Schadenersatzansprüchen der anderen Vertragspartei konfrontiert, falls sie die Vertragsleistungen nicht oder nicht wie vereinbart erbringt. Dieses gewissermassen unkalkulierbare Risiko soll mit Hilfe einer Force Majeure-Klausel abgedeckt werden.

### Erfasste Force Majeure-Ereignisse und Voraussehbarkeit

In den meisten Rechtssystemen legen die Gerichte Force Majeure-Klauseln eher eng aus. D.h. im Zweifel führen verhindernde Ereignisse eher nicht zur Befreiung von den Vertragspflichten einer sich auf eine Force Majeure-Klausel berufenden Partei.

Eine Voraussetzung ist die Unvorhersehbarkeit des Ereignisses. Eine Schwierigkeit könnte dabei sein, dass bspw. nach der Schweinegrippe-Epidemie und nach der herrschenden COVID-19-Pandemie sich die Parteien nur noch beschränkt auf den Standpunkt stellen können, ein solches Ereignis sei gänzlich unvorhersehbar gewesen, weil sich diverse Experten dahingehend äussern, in der Zukunft sei vermehrt mit Problemen im Zusammenhang mit der Verbreitung solcher oder ähnlicher Krankheitserreger und mit entsprechenden einschneidenden Massnahmen der Behörden zum Schutz der Bevölkerung zu rechnen.

Anders präsentiert sich der Fall, wenn Epidemien und Pandemien explizit in einer solchen Klausel als Force Majeure-Anwendungsfälle resp. Ereignisse aufgeführt sind (allenfalls mit dem Zusatz, dass die Voraussehbarkeit diesbezüglich keine Rolle spielt). Zudem sollten als Konsequenzen solcher Ereignisse Anordnungen, Erlasse oder übrige Handlungen staatlicher Behörden betreffend die Einschränkung der Bewegungsfreiheit und/oder der wirtschaftlichen Tätigkeiten zum Zwecke der Eindämmung der Ausbreitung von Krankheiten und Infektionen aller Art oder zum anderweitigen Schutz der Bevölkerung in den Katalog der Force Majeure-Anwendungsfälle aufgenommen werden.

### Grad der Befreiung bei Eintritt eines Ereignisses

Eine Force Majeure-Klausel sollte darüber hinaus festlegen, welcher Grad an Befreiung sie mit sich bringt. Soll die verpflichtete Partei ganz befreit werden von der Erfüllungspflicht währenddem das Force Majeure-Ereignis andauert, soll eine ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit bestehen oder sollen die Vertragspflichten für eine gewisse Zeit gestundet oder teilweise gestundet oder eingeschränkt werden? Ein Kündigungsrecht wird insbesondere dort Sinn machen wo zeitsensitive Dienstleistungen oder Güter betroffen sind, welche durch Konkurrenzprodukte ersetzbar sind. Damit zusammenhängend ist auch zu regeln, ob ein Force Majeure-Ereignis eine feste Vertragsdauer verlängern soll oder nicht.

### Schadensminderungspflichten

Auch bei einer anwendbaren und voll greifenden Force Majeure-Klausel sind die Parteien jedoch in der Regel verpflichtet, die negativen Auswirkungen einer Befreiung von den vertraglichen Pflichten auf die Gläubigerpartei nach Möglichkeit zu beschränken und alles daran zu setzen, die Vertragsleistungen so bald und so weit wie möglich (wieder) zu erbringen.

Dabei ist es empfehlenswert, den Grad der Schadensminderungspflicht festzulegen: muss die befreite Partei «alles Mögliche» unternehmen, um weiterhin oder bald wieder zu liefern oder soll diese Pflicht auf das «wirtschaftlich Zumutbare» oder auf das «vernünftigerweise nach Treu und Glauben Zumutbare» beschränkt sein? Zugegebenermassen sind auch diese Wendungen vage und auslegungsbedürftig, aber sie geben immerhin einen Hinweis wie weitgehend die Schadensminderungspflicht sein soll. Da die herrschende COVID-19-Pandemie wegen der globalen weitgehenden staatlichen Einschränkungen des wirtschaftlichen Lebens tatsächlich viele Unternehmen in ihrer Existenz gefährdet, könnte die Beschränkung auf «wirtschaftlich zumutbare Schadensminderungspflichten» von Bedeutung sein – solange ein Unternehmen mit existenziellen Liquiditätseingpässen zu kämpfen hat, ist es wohl wirtschaftlich nicht zumutbar, dass Leistungen erbracht werden müssen, welche wegen massiv gesteigerten Kosten ein grosses Verlustgeschäft darstellen.

### Sind COVID-19-spezifische Klauseln zu empfehlen?

In der zukünftigen Vertragsgestaltung ist zu entscheiden, ob vor dem Hintergrund der nun bekannten Risikosituation von COVID-19 spezifische separate Force Majeure-Klauseln entworfen werden sollen, oder ob dieses realisierte Risiko in allgemeine Force Majeure-Klauseln integriert werden soll. Im erstgenannten Fall wäre jedoch zwingend zu klären, ob diese COVID-19-Klausel anstatt oder zusätzlich zur generellen Force-Majeure Klausel Anwendung finden soll: Welcher Grad der Befreiung soll in welchem Fall gelten und welche Schadensminderungspflicht kommt zur Anwendung.

### Force Majeure darf nicht mit der vertraglichen Risikoallokation im Widerspruch stehen

Die Force Majeure-Klausel sollte sich nicht mit der Risikoallokation in den übrigen Vertragsklauseln widersprechen. Ein Gericht könnte unter Umständen zur Auffassung gelangen, ein gewisses Risiko sei im Vertrag bewusst einer Partei zugewiesen worden, weshalb sich diese nun nicht über die allgemeine Force Majeure-Klausel befreien könne.

### Fazit

Die COVID-19-Pandemie hat unsere Welt und die Art und Weise wie wir miteinander agieren verändert. Experten gehen davon aus, dass wir uns in Zukunft wohl mit solchen Einschränkungen und temporären staatlichen Massnahmen zum Schutze der Bevölkerung arrangieren müssen. Dadurch verursachte erschwerende oder verunmöglichende Umstände in der Vertragserfüllung sind damit nur beschränkt unvorhersehbar, weshalb Standard-Force Majeure-Klauseln, wie sie heute weit verbreitet sind und welche auf die Unvorhersehbarkeit abstellen, keinen verlässlichen Schutz mehr bieten. Wir empfehlen das Thema COVID-19 und ähnliche Epidemien oder Pandemien in den Vertragsverhandlungen aktiv zu thematisieren und im Falle der entsprechenden Risikoidentifikation explizit zu regeln.

Gian Marchet Kasper, [g.kasper@blumgrob.ch](mailto:g.kasper@blumgrob.ch)

Michael Kuhn, [m.kuhn@blumgrob.ch](mailto:m.kuhn@blumgrob.ch)

# Breaking & News