SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO LA PERGOLA
vom 15. Oktober 1998 *

1. Mit der vorliegenden Klage nach Artikel 181 EG-Vertrag beantragt die Kommission der Europäischen Gemeinschaften (im folgenden: Kommission), die Gesellschaft italienischen Rechts SNUA srl (im folgenden: SNUA) zur Rückzahlung der ihr in Erfüllung eines Vertrages vorab ausgezahlten Geldsumme zu verurteilen. Die Klägerin ist der Auffassung, daß der Vertrag wegen Nichterfüllung der Beklagten aufgehoben sei.

I — Sachverhalt

2. Mit dem am 8. Januar 1988 zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, vertreten durch die Kommission, und SNUA geschlossenen Vertrag Nr. BM 441/86 (im folgenden: Vertrag), verpflichtete sich die beklagte Gesellschaft, mit einem von der Kommission gewährten Beitrag in Form eines verlorenen Zuschusses in der Gemeinde San Quirino ein integriertes Sammel- und Recyclingsystem für feste Abfälle in einer privaten Anlage zu verwirklichen. Ein solches System fiel unter die Demonstrationsvorhaben und industriellen Pilotvorhaben im Energiebereich nach der Verordnung (EWG) Nr. 3640/85 [1], für die die Kommission finanzielle Unterstützungsmaßnahmen bewilligt hatte. Der Vertrag unterliegt dem italienischen Recht (siehe Artikel 14); aufgrund der in Artikel 13 enthaltenen Schiedsklausel ist der Gerichtshof für alle eventuellen Streitigkeiten über die Gültigkeit, die Auslegung und die Anwendung dieses Vertrages zuständig.

3. Die Arbeiten zur Errichtung der Anlage sollten im Juni 1987 beginnen und im August 1988 abgeschlossen sein. Nach Artikel 4.3.1 des Vertrages oblag es SNUA für den Fall, daß es nicht möglich sein sollte, mit den Arbeiten zu diesem Zeitpunkt zu beginnen, die Kommission hiervon mindestens 15 Tage vorher zu unterrichten und einen neuen Zeitpunkt für den Beginn der Arbeiten vorzuschlagen. Sollte die Kommission die von der Vertragspartnerin vorgeschlagene Änderung nicht annehmen, so sollte dies die von Rechts wegen eintretende Aufhebung des Vertrages und infolgedessen die Rückerstattung der gezahlten Vorschüsse zur Folge haben [2].

4. Auf die Regelung des Artikels 4.3 des Vertrages wird in dem nachfolgenden Artikel 8 verwiesen, der lautet: „Dieser Vertrag kann von Rechts wegen von der Kommission aufgehoben werden, wenn [SNUA] eine ihrer Verpflichtungen aus diesem Vertrag nicht erfüllt, insbesondere im Fall der Nichtbeachtung der Vorschriften des Artikels 4.3. Die

* Originalsprache: Italienisch.

1 — Verordnung (EWG) Nr. 3640/85 des Rates vom 20. Dezember 1985 zur Förderung von Demonstrationsvorhaben und industriellen Pilotvorhaben im Energiebereich durch finanzielle Unterstützung (ABl. L 350, S. 29).

2 — Artikel 4.3.2 des Vertrages sah außerdem vor, daß SNUA binnen drei Monaten nach Unterzeichnung und danach halbjährlich der Kommission Berichte über den Fortschritt der Arbeiten und eine Abrechnung über die getätigten Ausgaben vorlegen sollte.

Aufhebung wird nach einer Aufforderung zur Leistung wirksam, die per Einschreiben mit Rückschein zugestellt wird und der nicht binnen eines Monats Folge geleistet wird." Artikel 8 sah für diesen Fall weiter vor, daß SNUA „unverzüglich der Kommission die als finanzieller Beitrag gezahlten Beträge zuzüglich Zinsen ab Erhalt dieser Beträge zu erstatten hat. Der Zinssatz ist der von der Europäischen Investitionsbank am Tag der Entscheidung der Kommission über die Gewährung der finanziellen Beihilfe [am 11. November 1986] angewandte Zinssatz."

5. Artikel 9 des Vertrages sieht schließlich vor, daß „jede Vertragspartei ... mit einer Frist von zwei Monaten von diesem Vertrag zurücktreten [kann], wenn die Fortsetzung des in Anhang I dargestellten Arbeitsprogramms nicht mehr von Interesse sein sollte, insbesondere wegen eines vorhersehbaren technischen oder wirtschaftlichen Mißerfolges des oben genannten Arbeitsprogramms oder wegen einer als übermäßig eingestuften Überschreitung der veranschlagten Projektkosten."

6. Gemäß der Vereinbarung zwischen den Parteien überwies die Kommission SNUA binnen 60 Tagen nach Unterzeichnung des Vertrages, und zwar am 26. Januar 1988, 195 397 ECU als Vorschuß. Mit zwei Schreiben vom 25. August 1988 und 25. Januar 1989 verlieh die Kommission ihrer Besorgnis darüber Ausdruck, daß sie noch nicht den ersten technischen und finanziellen Zwischenbericht von SNUA erhalten habe, und erinnerte die Gegenpartei an die Verpflichtungen aus Artikel 4.3.1 des Vertrages. Am 15. März 1989 teilte die Kommission SNUA mit, daß der Vertrag gemäß Artikel 8 aufgehoben werde, wenn der erste Bericht nicht bis zum 10. April 1989 eingehe. In der Zwischenzeit hatte SNUA die Kommission mit Schreiben vom 6. März 1989 um eine Fristverlängerung für den Beginn der Arbeiten ersucht. Die beklagte Gesellschaft informierte die Kommission darüber, daß trotz Erteilung aller verwaltungsrechtlichen Genehmigungen, darunter auch der kommunalen Baugenehmigung, die Durchführung des Projektes durch den starken Widerstand der örtlichen Bevölkerung gegen den Standort des bereits genehmigten Projektes behindert werde. Es ergab sich deshalb die Notwendigkeit einer Entscheidung der Autonomen Region Friaul — Julisches Venetien (im folgenden: Region). Mit Schreiben vom 13. April 1989 stellte die Kommission das Vorliegen höherer Gewalt fest und setzte eine Frist für die Übermittlung der endgültigen Genehmigungsentscheidung für die Wiederaufnahme der Arbeiten bis zum 30. September 1989; andernfalls bestünde „die Möglichkeit, den Vertrag nach Artikel 9 zu beenden."

7. Mit Schreiben vom 24. November 1990, das vom zuständigen Assessore regionale für Umwelt gegengezeichnet war, versicherte SNUA der Kommission, daß die Region nach wie vor die Absicht habe, das Projekt, das sie teilweise mitfinanziere, vollständig und bald durchzuführen. Am 10. Juli 1991 forderte die Klägerin die Gesellschaft erneut auf, die Arbeiten bis zum 15. August 1991 aufzunehmen. Am 22. August 1991 kündigte die Region der Kommission an, daß sie einen neuen Standort für die Realisierung des Projekts in der angrenzenden Gemeinde Aviano gefunden habe und daß die Arbeiten ihrer Voraussicht nach „jedenfalls noch in diesem Wirtschaftsjahr" aufgenommen würden. Mit Schreiben gleichen Datums ersuchte SNUA die Klägerin um einen weiteren Aufschub des Termins für den Beginn der Arbeiten bis zum 15. Dezember 1991. Die Kommission nahm die von der Gesellschaft „vorgelegten Beweise" zur Kenntnis, gab ihrem Ersuchen mit Einschreiben mit Rückschein vom 18. September 1991 statt und setzte den

31. Dezember 1991 als Termin für die Aufhebung des Vertrages für den Fall fest, daß das Werk dann immer noch nicht ausgeführt würde. Mit Schreiben vom 5. November 1992 teilte die Kommission SNUA mit, daß sie angesichts des Ausbleibens von Mitteilungen über den Beginn der Arbeiten beschlossen habe, Artikel 9 des Vertrages anzuwenden. Die darauffolgenden Aufforderungen der Kommission vom 25. Januar und 2. Juni 1994 sowie vom 15. Februar 1995 an SNUA, den seinerzeit gewährten Vorschuß zuzüglich Zinsen zurückzuzahlen, blieben alle ohne Antwort.

8. Nach verschiedenen Klagen, die SNUA zunächst gegen die Gemeinde San Quirino und dann gegen die Region erhoben hatte, traf die letztgenannte am 15. Juli 1993 die für die Durchführung des Projektes nötigen Entscheidungen. Die Arbeiten zur Errichtung der Anlage begannen tatsächlich am 7. Dezember 1994, gerade zwei Monate nach Erteilung der Baugenehmigung durch die Gemeinde Aviano.

II — Vorbringen der Parteien

9. Mit der am 18. Februar 1997 erhobenen Klage beantragt die Kommission die Feststellung, daß sie ordnungsgemäß von der ausdrücklichen Aufhebungsklausel des Artikels 8 des Vertrages Gebrauch gemacht hat, indem sie die Gegenpartei hierüber mit Schreiben vom 18. September 1991 unterrichtet hat. Nach Artikel 1456 des Codice civile (italienisches Zivilgesetzbuch) [3] sei der Vertrag von Rechts wegen am 31. Dezember 1991 aufgehoben worden. Die Kommission schließt insbesondere aus, daß die Ineffizienz der Region SNUA von jeder Haftung wegen der Nichtdurchführung der Arbeiten befreien könne, die mit siebenjähriger Verspätung begonnen hätten. Die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Auswahl des ursprünglichen Standortes stellten keine unvorhersehbaren Umstände dar; SNUA hätte bei Anwendung der üblichen vertraglichen Sorgfalt zumindest die Kommission über die Gefahr von Verzögerungen unterrichten müssen. Die Klägerin hat außerdem klargestellt, daß sie sich in einigen ihrer damaligen Mitteilungen an SNUA rein irrtümlich auf Artikel 9 des Vertrages bezogen habe, wonach die Parteien bei Wegfall des Interesses an der Fortsetzung des vereinbarten Arbeitsprogramms zurücktreten könnten (siehe oben, Nr. 5).

Nach Ansicht der Kommission hat die Säumnis der beklagten Gesellschaft andere Unternehmen daran gehindert, Finanzierungen im Rahmen desselben Programms zu erhalten, ganz abgesehen davon, daß sie zu einer Verschwendung von Mitteln der Kom-

3 — Artikel 1456 (Ausdrückliche Aufhebungsklausel) lautet: „Die Vertragsparteien können ausdrücklich vereinbaren, daß der Vertrag aufgehoben wird, wenn eine bestimmte Verpflichtung nicht nach den festgelegten Modalitäten erfüllt wird. In diesem Fall erfolgt die Aufhebung von Rechts wegen, wenn die Partei, die ein Interesse daran hat, der anderen erklärt, sich der Aufhebungsklausel bedienen zu wollen."

mission in für das Allgemeininteresse wenig nützlichen Tätigkeiten geführt und die Glaubwürdigkeit der Kommission gegenüber den anderen Organen der Gemeinschaft, den Mitgliedstaaten und potentiellen dritten Vertragspartnern beeinträchtigt habe. Die Kommission ist daher der Auffassung, aufgrund des Artikels 1453 des Codice civile [4] Anspruch auf Ersatz des beschriebenen Schadens zu haben, den sie mit 60 000 ECU beziffert, wobei sie jedoch die Bestimmung der Schadenshöhe nach Artikel 1226 des Codice civile [5] in das billige Ermessen des Gerichts stellt. Die Kommission beantragt daher,

1. SNUA zur Rückzahlung von 195 397 ECU nebst Zinsen in Höhe von 43,09 ECU pro Tag ab dem 1. April 1988 bis zum Tag der tatsächlichen Zahlung zu verurteilen;

2. SNUA zu verurteilen, an die Kommission 60 000 ECU oder einen anderen Betrag, den der Gerichtshof für angemessen hält, als Schadensersatz zu zahlen;

3. SNUA die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

10. SNUA beantragt, die Klage abzuweisen und die Klägerin in die Kosten zu verurteilen. Die beklagte Gesellschaft macht hauptsächlich geltend, daß die Bestimmung des Artikels 8 des Vertrages, der eine allgemeine Bezugnahme auf eine Verletzung der vertraglichen Pflichten enthalte, nicht den Anforderungen des Artikels 1456 des Codice civile genüge, wonach die Aufhebung des Vertrages von Rechts wegen nur dann erfolge, wenn sie ausdrücklich für den Fall der Nichterfüllung einer bestimmten Verpflichtung vereinbart worden sei. Nach Auffassung der SNUA beruhen die Aufforderungen der Kommission in Wirklichkeit auf Artikel 1454 des Codice civile [6]; sie führten aber nur dann zur Aufhebung, wenn diese bei Gericht besonders beantragt worden sei, so daß hätte festgestellt werden können, ob die der säumigen Partei gesetzte Frist angemessen war und ob die Nichterfüllung wesentlich und der Beklagten zuzurechnen war. Die Kommission habe keinen solchen Antrag gestellt und SNUA auch keine den Umständen angemessene Frist für die Erfüllung gesetzt. Was die behauptete Fahrlässigkeit der ihr zur Last gelegten Nichterfüllung angeht, macht SNUA geltend, daß die Unmöglichkeit der Durchführung des Projektes am ursprünglichen Standort nicht vorhersehbar gewesen sei, da die aufgetretenen Schwierigkeiten nicht technischer, sondern politischer

4 — Artikel 1453 (Aufhebbarkeit des Vertrages wegen Nichterfüllung) lautet wie folgt:
„Erfüllt bei Verträgen mit wechselseitigen Leistungen eine der Vertragsparteien ihre Verpflichtungen nicht, kann die andere nach ihrer Wahl unbeschadet ihres Rechts auf Schadensersatz Erfüllung oder Aufhebung des Vertrages verlangen.
Die Aufhebung kann auch verlangt werden, wenn Klage auf Erfüllung erhoben ist; Erfüllung kann jedoch nicht mehr verlangt werden, wenn die Aufhebung beantragt wurde. Ab dem Zeitpunkt, zu dem die Aufhebung beantragt wird, kann der säumige Teil seine Verpflichtung nicht mehr erfüllen."

5 — Artikel 1226 (Bestimmung des Schadens nach billigem Ermessen) lautet:
„Kann der Schaden nicht in genauer Höhe nachgewiesen werden, so wird er vom Gericht nach billigem Ermessen bestimmt."

6 — Artikel 1454 (Aufforderung zur Erfüllung) lautet:
„Die nichterfüllende Vertragspartei kann von der anderen schriftlich zur Erfüllung binnen angemessener Frist mit der Erklärung aufgefordert werden, daß der Vertrag nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist ohne weiteres aufgehoben ist.
Die Frist darf nicht kürzer als fünfzehn Tage sein, sofern nicht die Parteien eine andere Vereinbarung treffen oder sich aus der Natur des Vertrages oder aus den Gebräuchen ergibt, daß eine kürzere Frist angemessen ist. Ist nach Fristablauf der Vertrag nicht erfüllt, so ist dieser kraft Gesetzes aufgehoben."

Natur gewesen seien. Nicht von ungefähr habe die Kommission selbst anerkannt, daß diese Umstände höhere Gewalt darstellten.

III — Rechtliche Würdigung

11. Wie aus dem Klageantrag der Kommission und dem Vorbringen der Parteien (siehe oben, II) hervorgeht, besteht die zentrale Frage des vorliegenden Rechtsstreits darin, zu beurteilen, ob die Voraussetzungen dafür vorliegen, daß die Bestimmung des Artikels 8 des Vertrages, die von der Klägerin geltend gemacht wird, ihre Wirkungen entfalten kann. Zu diesem Zweck ist vom Wortlaut des oben erwähnten (siehe Fußnote 3) Artikels 1456 des Codice civile auszugehen.

12. Ich wende mich zunächst — wenn auch nur zu dem Zweck, es zu widerlegen — dem Argument der Beklagten zu, daß die betreffende Klausel rein „deklaratorischer Natur" sei. In der Tat geht die Rechtsprechung der Corte di cassazione eindeutig dahin, daß eine ausdrückliche Aufhebungsklausel voraussetzt, daß die Parteien die Vertragsaufhebung als Folge einer oder mehrerer speziell bezeichneter Verpflichtungen vorsehen. Eine Klausel dagegen, die nur allgemein auf die Verletzung aller im Vertrag enthaltenen Verpflichtungen Bezug nimmt — den allgemeinen Vorschriften der Artikel 1453 (Aufhebung des Vertrages wegen Nichterfüllung) und 1455 (Bedeutung der Nichterfüllung) des Codice civile also nichts hinzufügt — stellt eine rein deklaratorische Klausel dar [7]. Nach dieser Rechtsprechung ist aber, wenn die Parteien eine solche ausdrückliche Klausel mit Bezugnahme auf bestimmte Verpflichtungen vereinbart haben, eine darauffolgende allgemeine Verweisung auf alle anderen vertraglichen Verpflichtungen nicht geeignet, diese Qualifizierung wieder zu beseitigen, da die spätere Verweisung für sich allein nicht die gemeinsame Absicht der Parteien zeigt, daß ihre frühere Angabe einer bestimmten Verpflichtung völlig bedeutungslos sein solle [8]. In unserem Fall nun erscheint es mir aber fast zwingend, daß genau diese letztgenannte Fallgestaltung vorliegt. Auch wenn die Kommission und SNUA die Aufhebung des Vertrages als Folge der Nich terfüllung *einer der* sich aus ihm ergebenden *Verpflichtungen* vorgesehen haben, haben sie nämlich außerdem speziell auf die Nichtbeachtung der *Bestimmungen des Artikels 4.3.* Bezug genommen. Dies genügt nach der von mir soeben angeführten Rechtsprechung, um auszuschließen, daß Artikel 8 des Vertrages eine rein deklaratorische Klausel darstellt.

13. Nachdem somit ausgeschlossen ist, daß die betreffende vertragliche Vorschrift wegen ihrer allgemeinen Formulierung als unwirksam anzusehen ist, ist weiter zu prüfen, ob die Kommission mit Schreiben vom 18. September 1991 ihren Willen, sich der ausdrücklichen Aufhebungsklausel zu bedienen, ord-

7 — Vgl. Cass., Urteil vom 16. November 1983, Nr. 6827, in: *Arch. civ.* 1984, S. 158. Dazu ist zu bemerken, daß, wenn die Parteien die Aufhebung des Vertrages von Rechts wegen als Folge der Nichterfüllung jeder der vereinbarten Verpflichtungen vorgesehen haben, die Bedeutung der etwaigen Nichterfüllung im Rahmen der allgemeinen Systematik des Geschäfts bestimmt werden muß; dagegen genügt es nicht, wie bei einer wirksamen ausdrücklichen Aufhebungsklausel lediglich das Vorliegen von Fahrlässigkeit festzustellen (Vgl. Cass., Urteile vom 23. Mai 1985, Nr. 3119, und vom 2. Juni 1990, Nr. 5169).

8 — Vgl. Urteil vom 16. November 1983 (zitiert in Fußnote 7).

nungsgemäß kundgetan hat. Dies ist fraglich. In dem genannten Schreiben, in dem Artikel 8 nicht ausdrücklich erwähnt wird, hat sich die Klägerin darauf beschränkt, SNUA eine neue Frist zu setzen mit dem Hinweis, daß das fruchtlose Verstreichen dieser Frist die Aufhebung des Vertrages bewirken würde. Mir scheint eine solche Willenserklärung eher einer Aufforderung zur Erfüllung nach Artikel 1454 des Codice civile (siehe Fußnote 6) zu entsprechen als einer Erklärung im Rahmen der ausdrücklichen Aufhebungsklausel. Die Kommission hat nämlich nicht festgestellt, daß der Vertrag wegen einer bereits eingetretenen Nichterfüllung aufgehoben sei; vielmehr hat sie SNUA zugestanden, den Bericht noch, wenn auch verspätet, zu erstellen, und sie darauf hingewiesen, daß die Aufhebung des Vertrages *lediglich für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der gleichzeitig gesetzten neuen Frist* gewählt worden sei.

14. Ob man das Schreiben vom 18. September 1991 als Erfüllungsaufforderung ansieht, wozu ich neige, oder als Erklärung gegenüber der Gegenpartei, sich der ausdrücklichen Aufhebungsklausel bedienen zu wollen, ändert am praktischen Ergebnis der vorliegenden Prüfung jedoch nichts [9]. In beiden Fällen kann die Willenserklärung der vertragstreuen Partei die beabsichtigte Aufhebungswirkung nur dann herbeiführen, wenn der Vertragspartner die Nichterfüllung nach Artikel 1218 des Codice civile zu vertreten hat [10]. Genauer gesagt sind, wie die Corte di cassazione festgestellt hat, bei einer ausdrücklichen Aufhebungsklausel stets auch das Vorliegen und das Vertretenmüssen der Nichterfüllung Voraussetzung für die von Rechts wegen eintretende Aufhebung des Vertrages. Eine solche Klausel macht nämlich nur die Prüfung der Bedeutung einer Nichterfüllung entbehrlich, da diese Bedeutung von den Vertragsparteien vorab beurteilt wurde; sie hat aber keine Auswirkung auf die übrigen allgemeinen Grundsätze im Bereich der Vertragsaufhebung und begründet auch keine Haftung ohne Verschulden [11]. Wie im Fall der ausdrücklichen Aufhebungsklausel kann die Aufhebungswirkung auch im Fall der Aufforderung zur Erfüllung, mit dem wir es hier zu tun haben, nicht eintreten, wenn die Nichterfüllung von der Partei nicht zu vertreten ist [12] (außerdem ist in diesem Fall *auch* die Bedeutung der Nichterfüllung, bezogen auf die Situation bei Fristablauf, festzustellen) [13].

15. Hat SNUA im vorliegenden Fall den Entlastungsbeweis erbracht, den Artikel 1218 des Codice civile (siehe Fußnote 10) dem Schuldner auferlegt? Es sollte vielleicht daran erinnert werden, daß nach dem Maßstab, der der Rechtsprechung der Corte di cassazione zu entnehmen ist, das Nichtvertretenmüssen der Nichterfüllung voll bewiesen werden muß, einschließlich des Fehlens jeglichen Verschuldens des Schuldners; es ist also

9 — Siehe aber Fußnote 13 und den zugehörigen Text.

10 — Artikel 1218 (Haftung des Schuldners) lautet: „Der Schuldner, der die Leistung nicht genau so erbringt, wie sie geschuldet ist, hat Schadensersatz zu leisten, wenn er nicht nachweist, daß die Nichterfüllung oder die Verspätung durch eine Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt wurde, deren Grund er nicht zu vertreten hat."

11 — Vgl. Cass., Urteile vom 27. Juni 1987, Nr. 5710, und vom 16. April 1992, Nr. 4659. Vgl. auch Urteil vom 17. Dezember 1990, Nummer 11960, in *Giur. it.* 1991, Teil I, Sektion 1, Spalte 773, wonach das Gericht, auch wenn das Verschulden des säumigen Vertragsteils nach Artikel 1218 des Codice civile vermutet wird, für die Vertragsaufhebung nicht nur feststellen muß, daß das in der ausdrücklichen Aufhebungsklausel vorgesehene *Ereignis* eingetreten ist, sondern nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auch das Verhalten des Schuldners untersuchen muß, da die Aufhebung nur festgestellt werden kann, wenn dieser (zumindest) fahrlässig war.

12 — Vgl. Cass., Urteile vom 31. Mai 1950, Nr. 1355, und vom 30. Mai 1981, Nr. 1812.

13 — Vgl. Cass., Urteil vom 20. März 1991, Nr. 2979.

das konkrete Hindernis zu beweisen, das die Leistung unmöglich gemacht hat, oder wenigstens der Beweis zu führen, daß der — wie auch immer geartete — Grund für die Unmöglichkeit jedenfalls nicht vom Schuldner zu vertreten ist [14].

Das Vertretenmüssen der Nichterfüllung kann insbesondere bei einem *Hoheitsakt* ausgeschlossen sein, der in einer gesetzgeberischen Maßnahme oder einer Maßnahme der Verwaltung (einschließlich der Untätigkeit der Verwaltung) [15] liegen kann, die vom Allgemeininteresse bestimmt ist und aufgrund deren die Leistung unabhängig vom Verhalten des Schuldners unmöglich wird [16]. Das Erfordernis, daß sich die behördliche Anordnung oder das behördliche Verbot als völlig unabhängig vom Willen des Schuldners und allen seinen üblichen Sorgfaltspflichten darstellt, hat zur Folge, daß der Schuldner nicht untätig bleiben darf, sondern im Rahmen der üblichen Sorgfalt alles versuchen muß, um den Widerstand oder die ablehnende Haltung der Behörde zu überwinden [17]. Wenn die im Vertrag vorgesehene Leistung in einer Tätigkeit besteht, die einer verwaltungsrechtlichen Genehmigung bedarf, handelt folglich die säumige Partei schuldhaft, wenn sie nicht nachweist, daß sie sich mit der gebotenen Sorgfalt um die Erteilung der vorgeschriebenen Genehmigung bemüht und gegen deren Ablehnung die zweckdienlich erscheinenden verwaltungsrechtlichen und gerichtlichen Rechtsbehelfe ausgeschöpft hat [18].

16. Aufgrund der hier aufgeführten Grundsätze halte ich die angebliche Fahrlässigkeit im Verhalten von SNUA für ausgeschlossen durch den erfolgreichen Entlastungsbeweis des *Hoheitsakts*, der in dem heftigen und dauerhaften Widerstand der Gemeinde San Quirino und ihrer örtlichen Verwaltung gegen die Errichtung der Recyclinganlage zu sehen ist. Die Klägerin selbst hat dieses Geschehen im übrigen seinerzeit als höhere Gewalt eingestuft (in ihrem Schreiben vom 13. April 1989 an die Gesellschaft; siehe oben, Nr. 6). Bei dieser Sachlage und angesichts des Fortdauerns des in Rede stehenden Zustands ist auszuschließen, daß der unterbliebene Beginn der Arbeiten vor Ablauf der — von der Kommission mit Schreiben vom 18. September 1991 gesetzten — Frist am 31. Dezember 1991 der Beklagten zuzurechnen ist. Der beschriebene Widerstand gegen eine frühere Aufnahme der Arbeiten war ein Umstand, der völlig unabhängig vom Willen der SNUA und ihren üblichen Sorgfaltspflichten war. Aus den Verfahrensakten geht sogar hervor, daß sich die Gesellschaft wiederholt und mit der gebotenen Sorgfalt bei den zuständigen gemeindlichen und regionalen Verwaltungsbehörden darum bemüht hat, die festgefahrene Situation zu überwinden, wobei sie die geeignetsten verwaltungsrechtlichen und gerichtlichen Rechtsbehelfe ausgeschöpft und die Kommission auch unter Einbeziehung des Assessore regionale für Umwelt in dem mit ihr geführten Schriftwechsel darüber genau unterrichtet hat.

17. Zur Aufhebung des Vertrages von Rechts wegen, deren Feststellung durch Urteil die Klägerin beantragt hat und die nach Vorstel-

14 — Vgl. Cass., Urteile vom 16. Februar 1994, Nr. 1500, und vom 19. August 1996, Nr. 7604.

15 — Vgl. Cass., Urteil vom 7. Januar 1970, Nr. 44.

16 — Vgl. Cass., Urteil vom 11. Januar 1982, Nr. 119, in: *Arch. civ.* 1982, S. 805.

17 — Vgl. Cass., Urteil vom 25. März 1970, Nr. 818.

18 — Vgl. Cass., Urteil vom 12. Mai 1973, Nr. 1706, in: *Giur. it.* Teil I, Sektion 1, Spalte 771.

lung der Kommission gemäß der ausdrücklichen Aufhebungsklausel — anstatt, wie es mir richtiger erscheint, allenfalls infolge des Ablaufs der in der Aufforderung enthaltenen Frist für die Erfüllung — erfolgt sein soll, ist es in Wirklichkeit nicht gekommen. Wie ich oben dargelegt habe, fehlt für eine solche Aufhebungswirkung zumindest eine der Voraussetzungen: die vom Schuldner *zu vertretende* Nichterfüllung (abgesehen von der Bedeutung der Nichterfüllung, sollte man das Rechtsinstitut der Aufforderung zur Erfüllung für anwendbar halten) [19]. Daher ist die Schlußfolgerung zu ziehen, daß die Klage der Kommission unbegründet und folglich abzuweisen ist.

IV — Anträge

Aus den oben dargelegten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor:

— die Klage der Kommission abzuweisen und

— der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

19 — Siehe Fußnote 13 und den zugehörigen Text.