

<b>§ 23 Nachträgliche Unmöglichkeit (OR 119)</b>	416
I. Unmöglichkeit als Erlösungsgrund von Obligationen	416
II. Voraussetzung der Befreiung	418
1. Unmöglichkeit	418
2. Exkulpation	419
III. Sonderfragen	419
1. Unmöglichkeit aus rechtlichen Gründen	419
2. Vorübergehende Unmöglichkeit; Wahlschuld	419
3. Teilunmöglichkeit	420
4. Unmöglichkeit bei Gattungsschulden	421
5. Unmöglichkeit bei Garantie- und Chancenverträgen	421
IV. Rechtsfolgen bei unverschuldeter Unmöglichkeit	422
1. Dahinfallen der Leistungspflichten (OR 119/I, II)	422
2. Rückabwicklung (OR 119/II)	422
3. Nebenpflichten	423
4. Verjährung des Anspruchs aus OR 119/II	423
V. Rechtsfolgen bei verschuldeter Unmöglichkeit	424
VI. Die Lehre vom «stellvertretenden commodum»	424
1. Allgemeines	424
2. Rechtsnatur des Anspruches auf das stellvertretende commodum	425
3. Schranken der Ersatzherausgabe	426
4. Hinweis: Übertragung auf den ausservertraglichen Bereich	427

## § 23 Nachträgliche Unmöglichkeit (OR 119)

### Literatur

H. R. BARTH, Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung, Diss. Zürich 1957; V. BEUTHIEN, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969; I. CAYTAS, Der unerfüllbare Vertrag. Anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe im Recht der Schweiz, Deutschlands, Österreichs, Frankreichs, Italiens, Englands, der Vereinigten Staaten, im Völkerrecht und im internationalen Handelsrecht, Diss. St. Gallen 1984; G. HARTMANN, Die Obligation. Untersuchung über ihren Zweck und Bau, Erlangen 1875; H. H. JAKOBS, Unmöglichkeit und Nichterfüllung (Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 84), Bonn 1969; H. KOEHLER, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971; D. MEDICUS, Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, FS Flume, Bd. I, Köln 1978, p. 629 ff.; J. P. MEINCKE, Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag, ACP 171 (1971), p. 19 ff.; W. KISCH, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Leistung, Jena 1900; P. KRÜCKMANN, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess; zugleich eine Kritik der Entwürfe Russlands, Ungarns und der Schweiz, AcP 101 (1907), p. 1 ff.; DERS., Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, in Jher. Jb. 57 (1910), p. 1 ff., Jher. Jb. 59 (1911), p. 20 ff., 233 ff.; F. MOMMSEN, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse (Beiträge zum Obligationenrecht, 1. Abt.), Braunschweig 1853; P. PFAMMATTER, Der Anspruch auf das stellvertretende Commodum, Diss. Bern 1984; E. RABEL, Die Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch, FS Bekker, Weimar 1907, p. 171 ff. (= Ges. Aufsätze I, p. 1 ff.); DERS., Origine de la règle: impossibilium nulla obligatio, in Mélanges Gérardin, Paris 1907, p. 473 ff.; DERS., Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, in Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 3 (1911), p. 467 ff. (= Ges. Aufsätze I, p. 56 ff.); DERS., Zu den allgemeinen Bestimmungen über die Nichterfüllung gegenseitiger Verträge, FS für Dolenè, Krek, Kušej und Škerlj, Ljubliana 1937, p. 703 ff. (= Ges. Aufsätze III, p. 138 ff.); DERS., Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach Österreichischem Recht, FS zur Jahrhundertfeier des ABGB, Bd. 2, Wien 1911, p. 821 ff. (= Ges. Aufsätze I, p. 79 ff.); A. TEICHMANN, Leistungsstörungen und Gewährleistung, Juristischer Studienkurs, München 1976; H. TITZE, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht, Leipzig 1900; F. WIEACKER, Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, FS Nipperdey, Bd. I, München/Berlin 1965, p. 783 ff.; W. WIEGAND, Die Leistungsstörung, Teil 1, recht 1983, p. 1 ff.; CH. WOLLSCHLÄGER, Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen, Köln/Wien 1970; DERS., Die willenstheoretische Unmöglichkeitslehre im aristotelisch-thomistischen Naturrecht, im Symptica F. Wieacker, Göttingen 1970, p. 155 ff.; vgl. ferner auch die Literatur zu § 20.

### I. Unmöglichkeit als Erlösungsgrund von Obligationen

OR 119 will der «impossibilium-nulla-obligatio»-Regel Rechnung tragen und ein Gegenstück zum Prinzip der Vertragsnichtigkeit bei anfänglicher Unmöglichkeit

(OR 20, oben § 15/III) schaffen. Im Gegensatz zu OR 20 beschlägt OR 119 nur die Recht-Pflichtbeziehung der Parteien (Obligation), nicht jedoch das Schuldverhältnis als solches.

Erfüllbarkeit gehört nicht notwendig zur Vorstellung der Obligation; es ist eine Konversion der nicht erbrachten, da unmöglichen Leistung in Schadenersatz denkbar. Nach OR 119 wie nach BGB (§§ 275, 323) wird denn auch eine Befreiung nur im Falle des unverschuldeten («nicht zu vertretenden») Unmöglichwerdens der Leistung statuiert, während im Falle eines Verschuldens oder sonstiger zu vertretender Umstände der Schuldner in Pflicht bleibt und Schadenersatz zu leisten hat (zu Einzelfragen unten Ziff. V).

OR 119 bringt gegenüber den Grundsätzen von OR 97 ff. keinen zusätzlichen normativen Gehalt; ersatzlose Streichung der Bestimmung würde wenig Änderung bedeuten<sup>1</sup>. Einzig in der Frage, ob der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung die eigene Leistung erbringen darf oder muss, weicht OR 119 von OR 97 ab. Im übrigen ist die Regel ganz aus dem Kontext der Bestimmung über die Haftung infolge Nichterfüllung zu verstehen; im Ergebnis sind ihre Wirkungen:

- Bei Unmöglichwerden der Leistung «durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat»: Befreiung des Schuldners, d. h. Entfallen von Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Hinsichtlich der Entlastung sind die gleichen materiellrechtlichen Grundsätze und Beweisregeln wie beim Entlastungsbeweis nach OR 97 anzuwenden (vgl. unten Ziff. II/2). Als eigenständige, den Grundsatz von OR 82 ergänzende Rechtsfolge statuiert OR 119 bei zweiseitigen Verträgen das Entfallen der Gegenleistungspflicht für den Gläubiger.
- Gelingt dem Schuldner der Exkulpationsbeweis nicht, d. h. ist die Unmöglichkeit durch vom Schuldner «zu verantwortende Umstände» verursacht, wird er nach dem Wortlaut von OR 119 nicht befreit, was bedeutet, dass er für die Nichterfüllung nach den Regeln von OR 97 ff. haftet. Besonderheiten der Schuldnerhaftung im Falle der Unmöglichkeit der Leistung werden nicht im Gesetz statuiert, sondern sind von der Lehre (oben § 20/II/4) entwickelt worden: Bei Eintritt der Unmöglichkeit ist der Gläubiger nicht mehr gehalten, nach OR 107 vorzugehen, d. h. Nachfrist anzusetzen oder auf nachträgliche Leistung zu verzichten, sondern er kann direkt Schadenersatz verlangen (zu den Modalitäten unten Ziff. V); der Schaden ist dabei statt bezogen auf den Zeitpunkt der Wahlerklärung auf jenen des Eintritts der Unmöglichkeit zu berechnen<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Dies gilt nicht gleichermassen im deutschen Recht; angesichts der Verschuldensabhängigkeit des Verzugsbegriffs und der Rücktrittsmöglichkeit von BGB § 326 (vgl. oben § 20/IV/4 und Anm. 124) dort ist der Gläubiger darauf angewiesen, dass nach objektiven, verschuldensunabhängigen Gesichtspunkten die unverschuldet nicht erfüllte Leistungspflicht (und Leistungsberechtigung des Schuldners!) einmal ein Ende nimmt. Infolge der Verschiedenheit des Anwendungsbereiches lassen sich die Argumente der deutschen Doktrin nicht immer, in die Schweiz übertragen.

<sup>2</sup> Dabei hat der Gläubiger die Wahl, auch auf den Zeitpunkt des Verzugs-Eintritts abzustellen; vgl. oben § 20/II/4 und VI/7a/aa.

## II. Voraussetzung der Befreiung

### 1. Unmöglichkeit

Unmöglich ist eine Leistung immer dann, wenn sie von niemandem erbracht werden kann, d. h. «objektiv» unmöglich ist<sup>3</sup>. Gleichzustellen sind in der Person des Schuldners liegende Gründe (Krankheit u. dgl.), soweit nach Vertrag die Leistung nur von ihm persönlich erbracht werden darf. Keine Unmöglichkeit stellen dar fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Schuldners, die Unmöglichkeit, eine «à découvert» verkaufte Ware zu beschaffen usw.

Eine neuere, wohl von der BGB-Doktrin beeinflusste Auffassung will im Zusammenhang von OR 119 neben der objektiven Unmöglichkeit auch eine «subjektive Unmöglichkeit» berücksichtigen<sup>4</sup>. Sie findet teilweise Widerspruch<sup>5</sup>. Angesichts des weitgehenden Zusammenfallens der Rechtsfolgen von OR 119 mit jenen des Schuldnerverzuges nach OR 97-109 ist die Frage unter schweizerischem Recht ohne praktische Bedeutung. Selbst wenn man die «Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung» nicht als («subjektiven») Unmöglichkeitstatbestand gelten lassen wollte, müsste derselbe Gesichtspunkt eine Exkulpation des Schuldners nach OR 97 ermöglichen. Da die Nichterbringung der «unzumutbaren» Leistung per definitionem nicht schuldhaft sein kann, erweist sich die Unzumutbarkeit bei ehrlicher Betrachtung als Exkulpationsgrund eigener Art. Ebenso ist es bedeutungslos, ob man die Lieferung einer dem Verkäufer nach Vertragsschluss gestohlenen Sache als unmöglich betrachtet<sup>6</sup> oder nicht. Die Frage der Ersatzpflicht des Verkäufers richtet sich allein danach, ob er sich hinsichtlich des Abhandenkommens exkulpieren kann, während die Frage, ob die Exkulpation unter dem Gesichtspunkt von OR 97 oder 119 erfolgt, bei ihrer Beurteilung keinen Unterschied macht<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Die gemietete Scheune brennt nieder, SJZ 79, 1983, p. 217 - Die Unmöglichkeit bezieht sich immer nur auf die Obligation des Vertragsschuldners. Kein Unmöglichkeitstatbestand liegt daher vor, wenn eine Partei gehindert ist, die Leistung der Gegenpartei anzunehmen, bzw. einen Nutzen aus ihr zu ziehen (dazu auch oben § 15/III/1f.).

<sup>4</sup> BGE 82 II 338, v. T./E. § 68/I, p. 94f., WIEGAND, in recht 1983, p. 8.

<sup>5</sup> G./S., N. 1863 f., die bei subjektiver Unmöglichkeit die Vorschriften über den Schuldnerverzug anwenden wollen.

<sup>6</sup> So v. T./E. § 68/I, p. 94.

<sup>7</sup> Als Sonderfall «subjektiver Unmöglichkeit» kann auch die «Unerschwinglichkeit der Leistung» und die im deutschen Recht diskutierte «Opfergrenze» betrachtet werden; Begriffe, die heute überwiegend abgelehnt werden (vgl. etwa LARENZ, SchR I, § 21/I lit. e, FLUME, § 26/5, 508 ff.). Auch hier muss die Frage, ob der nichterfüllende Schuldner schadenersatzpflichtig wird, in wertender Beurteilung seines Verhaltens, d. h. seines Verschuldens an der Nichterbringung der Leistung, beantwortet werden. Letztlich soll entscheiden, «ob der zur Überwindung des Leistungshindernisses erforderliche Mehraufwand noch als im Verträge liegende Verpflichtung anzuerkennen ist» (ESSER/SCHMIDT, SchR I/1, § 22/II/2, p. 306, ähnlich JAKOBS, a.a.O., p. 221), wobei v. a. Gläubigerinteressen (Höhe der Gegenleistung) und Risikocharakter des Geschäftes zu berücksichtigen sind. Zu ähnlichem Ergebnis gelangt man, wenn Behinderungen des Schuldners (durch Hyperinflation, Beschaffungsschwierigkeiten etc.) nach den Regeln der clausula rebus sic stantibus (oben § 21/VII) beurteilt werden: Auflösung des Vertrages, evtl. Ermässigung der Ersatzpflicht gemäss OR 99/III, OR 43, 44. Vgl. dazu MERZ, ZGB 2 N. 253, ENGEL, p. 528 ff., W. BÜRGI, Die Clausula rebus sic stantibus, in SJK, Karte 99, 1941. - Zur Auflösung von Dauerschuldverhältnissen «aus wichtigem Grund» vgl. oben § 20/VI/8c.

## 2. Exkulpation

Unmöglichkeit befreit den Schuldner nur, soweit er diese «nicht zu verantworten hat», d. h. wenn er weder schuldhaft eine Ursache der Unmöglichkeit setzte noch diese schuldhaft abzuwenden versäumte. Die Verschuldungsgesichtspunkte sind dieselben wie im Zusammenhang von OR 97, ebenso die Verteilung der Beweislast, die dem Schuldner obliegt (dazu oben § 20/III/2a und Anm. 37). Neben dem Verschulden hinsichtlich des Eintritts der Unmöglichkeit kann bei deren Vorsehbarkeit für den Schuldner auch das Kontrahieren selber als schuldhaft aufgefasst werden<sup>8</sup>.

## III. Sonderfragen

### 1. Unmöglichkeit aus rechtlichen Gründen

Während die anfängliche Unmöglichkeit aus rechtlichen Gründen meist als Tatbestand der Widerrechtlichkeit verstanden werden darf<sup>9</sup>, kommt im Fall der nachträglichen Unmöglichkeit den Leistungshindernissen aus rechtlichen Gründen eigenständige Bedeutung zu. So tritt Unmöglichkeit häufig dann ein, wenn die versprochene Leistung nachträglich gesetzlich verboten oder durch staatlichen Hoheitsakt verhindert wird<sup>10</sup>.

### 2. Vorübergehende Unmöglichkeit; Wahlschuld

Die Unmöglichkeit der Erfüllung kann sich als vorübergehender Zustand darstellen: Streiks, Sperrung von Transportwegen, Abhandenkommen einer Sache

---

<sup>8</sup> BGE 111 II 354, 88 II 203. - Ähnlich die Lage bei anfänglicher Unmöglichkeit; vgl. oben § 15/III/3.

<sup>9</sup> Vgl. oben § 15/III/1.

<sup>10</sup> Wird beispielsweise der Einsatz von Spielautomaten behördlich untersagt, so ist die Erfüllung des Aufstellungsvertrages rechtlich unmöglich, vgl. SJZ 81 (1985) Nr. 32, p. 181.

bei berechtigter Hoffnung, diese könne wieder beigebracht werden usw. Als Regel muss gelten, dass der Gläubiger, falls er nicht zuwarten will, nach den Verzugsbestimmungen vorzugehen hat<sup>11</sup>; behauptet er Unmöglichkeit, ist er dafür, falls der Schuldner Verzug einwendet, beweispflichtig<sup>12</sup>.

Die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der im Rahmen einer *Wahlschuld* alternativ geschuldeten Leistungen sind im Gesetz nicht geregelt, dazu oben § 18/V/2 lit. d-g und Anm. 23-27.

Wird die für unmöglich gehaltene *Leistung nachträglich wieder möglich* (das gestohlene Bild wird gefunden, ein behördliches Verbot aufgehoben u. dgl.), so muss der Schuldner bei einseitiger Verpflichtung (z. B. aus Schenkung), als weiterhin verpflichtet gelten<sup>13</sup>, da ein Grund für die Befreiung aufgrund vorübergehender Unmöglichkeit nicht zu ersehen ist. Anders bei synallagmatischen Verträgen, bei denen Unmöglichkeit der einen Leistung Befreiungswirkung für beide Vertragspartner zeitigt (OR 119/II, unten Ziff. IV; zur Ausnahme Ziff. VI/2): Hier kann Unmöglichkeit im Sinne der Befreiung von der *primären* Leistungspflicht dann angenommen werden, wenn der Gläubiger in der Zwischenzeit ausdrücklich oder konkludent auf die nachträgliche Leistung verzichtet hat<sup>14</sup>.

### 3. Teilunmöglichkeit

Die Frage, ob bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung (z. B. teilweisem Untergang der Kaufsache) die Vertragspflichten bestehen bleiben oder gesamthafter Untergang der Vertragspflicht infolge Unmöglichkeit anzunehmen ist, muss nach den Verkehrsanschauungen und dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit der Annahme der Teilleistung für den Gläubiger beurteilt werden; falls der Vertrag (im Sinne der Regel von OR 20/II) auch im reduzierten Umfang geschlossen worden wäre, beschlägt die Befreiung des Schuldners nur die unmöglich gewordene Teilleistung, was für die Gegenleistung des Gläubigers eine entsprechende Reduktion zur Folge hat<sup>15</sup> (vgl. auch BGB § 275/I: «soweit»). Im Rahmen dieser Grundsätze wird OR 69 (keine Pflicht der Annahme von Teilleistungen) ausgeschaltet<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> OR 107 ff., vgl. oben § 20/VI. Damit erweist sich auch hier, dass die Annahme der Unmöglichkeit keine Änderung der Rechtslage, insbesondere der Gläubigerstellung, bewirkt.

<sup>12</sup> Oben § 20 Anm. 37.

<sup>13</sup> Falls der Gläubiger nicht Schadenersatz oder ein *commodum* (unten Ziff. VI) erlangt hat.

<sup>14</sup> Vgl. zur nachträglich wieder möglich gewordenen Leistung auch oben § 15/III/2.

<sup>15</sup> ZR 84 (1985) Nr. 142, p. 318.

<sup>16</sup> Vgl. zu Teilunmöglichkeit und Teilverzug auch oben § 20/VI/8a.

#### 4. Unmöglichkeit bei Gattungsschulden

Es gilt der Grundsatz, dass die Erfüllung von Gattungsschulden immer möglich ist («genus perire non censetur», Gattung geht nicht unter). Das bedeutet insbesondere, dass die Erfüllung von *Geldschulden* im Rechtssinn nie unmöglich werden kann. Bei begrenzter Gattungsschuld ist allerdings Unmöglichkeit denkbar<sup>17</sup>.

Den Gattungsschuldner trifft im Regelfall trotz Leistungshindernissen eine universelle Beschaffungspflicht; «Zumutbarkeit» der Beschaffung konstituiert allerdings auch hier eine Grenze<sup>18</sup>.

#### 5. Unmöglichkeit bei Garantie- und Chancenverträgen

Der *Schuldner* kann dem Gläubiger unbedingte Leistung in dem Sinne versprechen, dass er die Haftung für Zufall zu tragen, d. h. Schadenersatz auch dann zu leisten hat, wenn Verzug bzw. Unmöglichkeit der Erfüllung ohne Verschulden eintritt. OR 119 ist, im Gegensatz zu OR 20, dispositiver Natur.

Garantiert jemand die Leistung eines Dritten (OR 111), ist es Frage der Auslegung der Vereinbarung, ob er im Falle unverschuldeter Nichtleistung des Dritten haftet oder nicht<sup>19</sup>.

Der *Gläubiger* kann in verschiedenem Sinn Risiken und Chancen übernehmen; es ist zu unterscheiden: Vertragsinhalt kann *erstens* eine künftige und damit ungewisse Leistung sein<sup>20</sup>, in welchem Fall der Vertragsschluss aufschiebend bedingt ist und mit Ausfall der Bedingung die Leistung unmöglich, der Vertrag hinfällig wird (die Stute verwirft). Die Risikotragung des Gläubigers beschränkt sich auf die Qualität (Fohlen hat Geburtsfehler). - *Zweitens* kann aber eine *Chance als solche* Gegenstand eines Vertrages bilden; dies ist insbesondere bei der *emptio spei* («*Hoffnungskauf*») der Fall<sup>21</sup>. Der Käufer muss leisten, auch wenn sich die Hoffnung nicht verwirklicht; Unmöglichkeit (diesfalls anfängliche, OR 20) wäre nur dann anzunehmen,

---

<sup>17</sup> Lieferung von Wein eines bestimmten Jahrgangs des eigenen Weinbergs etc. - Vgl. zum Begriff der Gattungsschuld (beim Kauf) OR/BT, § 3/II/3; § 5/I/8 (begrenzte Gattung). Es ist auch denkbar, dass Verkäufer sich bloss zur Lieferung aus seinem Vorrat verpflichten will (Gattungs-Vorrats-Schuld). Vgl. auch ESSER/SCHMIDT, SchR I/1, § 13/I, p. 191.

<sup>18</sup> Vgl. oben Ziff. II/1 und Anm. 7; weiterhin I. CAYTAS, Der unerfüllbare Vertrag, p. 180.

<sup>19</sup> Vgl. dazu auch BECKER, OR 111 N. 13 und 15, oben § 15/III/1 a. E.

<sup>20</sup> Beispiel der *emptio rei speratae* (Kauf einer noch nicht bestehenden Sache): Das nächste Fohlen einer Stute, das nächste Bild eines Künstlers.

<sup>21</sup> Beispiele: Kauf eines Loses, der Ernte eines bestimmten Feldes, des Ertrages einer bestimmten Transaktion. Aber auch im Beispiel des Pferdehandels ist Hoffnungskauf möglich: Der Käufer kauft das, was aus der Trächtigkeit der Stute erhofft werden darf (in welchem Fall er das Risiko des Verwerfens trägt). Vgl. weiterhin OR/BT, § 3/II/2.

wenn das verkaufte Los als solches ungültig ist, das Feld, dessen Ernte verkauft wurde, gar nicht existiert, die Stute nicht trächtig war.

#### IV. Rechtsfolgen bei unverschuldeter Unmöglichkeit

##### 1. Dahinfallen der Leistungspflichten (OR 119/I, II)

Bei Unmöglichkeit der Leistung wird der *Schuldner* der unmöglich gewordenen Leistung, wenn er nach den Regeln von OR 97 ff. seine Schuldlosigkeit an der Nichterfüllung nachweist, von Schuld und Schadenersatzpflicht befreit. Diese Rechtsfolge tritt aber nur dann ein, wenn der Schuldner nicht für Zufall haftet, sei es gestützt auf OR 103/I (Schuldnerverzug) oder auf Grund vertraglicher Vereinbarung (vgl. oben III/5).

Durch Befreiung des Schuldners infolge unverschuldeter Unmöglichkeit wird auch der *Gläubiger* der unmöglich gewordenen Leistung befreit (implizite OR 119/II). Dies gilt nur unter dem Vorbehalt vertraglicher oder gesetzlicher Ausnahmen (OR 119/III); die wichtigsten Ausnahmen sind die *Gefahrtragung beim Kauf* (OR 185; dazu OR/BT, § 3/VI) und die *Lohnfortzahlungspflicht* bei Krankheit des Arbeitnehmers.

##### 2. Rückabwicklung (OR 119/II)

Hat der Schuldner einen Teil der Leistung bereits erbracht, ist nach den Umständen zu entscheiden, ob den Parteien die Teilabwicklung des Vertrages zuzumuten ist (vgl. oben Ziff. III/3). Muss dies verneint werden, ist die Teilleistung zurückzuerstatten<sup>22</sup>; ebenso kann der Gläubiger eine allenfalls erbrachte Leistung zurückfordern unter entsprechender Minderung, falls Teilleistung für ihn von Interesse ist. Nach OR 119/II unterliegt der Rückforderungsanspruch Bereicherungsgrundsätzen, d. h. der infolge Unmöglichkeit befreite Schuldner muss nur die noch vorhandene Bereicherung herausgeben (während aOR 145/II ihn noch zur Herausgabe der «empfangenen Gegenleistung» verpflichtet hatte). Diese unter dem Einfluss des BGB (§ 323/III) entstandene Regel ist sachlich keineswegs besser als die frühere. Die dem Schuldner damit eröffnete Entreichereinrede im Sinne von OR 64 muss jedenfalls mit äusserster Zurückhaltung gehandhabt werden, wobei zu beachten ist, dass der Schuldner bis zur vollständigen Erfüllung mit einer Rückgabe der empfangenen Gegenleistung rechnen muss, so dass er im Ergebnis nur eine unfreiwillige Entreichering durch Zufall oder Dritteinwirkung einwenden darf<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Zu eng der Wortlaut von OR 119/II; vgl. auch oben § 20 Anm. 175.

<sup>23</sup> Vgl. zur Rückabwicklung auch die Ausführungen oben § 20/VI/7b.



### 3. Nebenpflichten

Auch den schuldlos nicht erfüllenden und nach OR 119 befreiten Schuldner trifft die aus ZGB 2 folgende Pflicht, den Schaden des Gläubigers möglichst klein zu halten. So muss er z. B. alle zumutbaren Aufwendungen zur Rettung des Leistungsgegenstandes machen<sup>24</sup> und den Gläubiger sofort benachrichtigen, wenn die Leistungserbringung gefährdet erscheint. Auch hinsichtlich derartiger Nebenpflichten gilt OR 97, d. h. der Schuldner muss, um Schadenersatzpflicht zu vermeiden, nachweisen, dass er alles Erforderliche und Zumutbare vorgekehrt hat.

### 4. Verjährung des Anspruchs aus OR 119/II

Ein vorbehaltloses Abstellen auf Bereicherungsgrundsätze würde bedeuten, dass der Rückforderungsanspruch nach OR 119/II der einjährigen Frist von OR 67 unterläge. Diese Lösung ist nicht angängig, weil im Falle des Rücktritts infolge (schuldhafter oder unverschuldeter) Nichterfüllung der Rückforderungsanspruch gemäss OR 109/I des Gläubigers in zehn Jahren verjährt, der Gläubiger aber, der keine Leistung erhält, nicht notwendig erkennen kann, dass das Ausbleiben der Erfüllung auf unverschuldeter Unmöglichkeit im Sinne von OR 119 beruht<sup>25</sup>. Wie alle in vertraglichem Zusammenhang begründeten Ansprüche muss auch der Rückforderungsanspruch gemäss OR 119/II der ordentlichen vertraglichen Verjährung (OR 127) unterliegen<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Die Gefahrtragung des Käufers nach OR 185 enthebt den Verkäufer nicht der Pflicht, den Kaufgegenstand bis zur Ablieferung mit aller Sorgfalt zu verwahren und allenfalls erforderliche Massnahmen (Beizug des Tierarztes bei Erkranken der verkauften Kuh) zu treffen.

<sup>25</sup> BGE 63 II 258 geht von der irrigen Vorstellung aus, der Rückforderungsanspruch aus OR 109/I setze *schuldhafte* Vertragsstörung voraus und will daher nur für OR 109/I, nicht für OR 119/II die zehnjährige Frist gelten lassen.

<sup>26</sup> Vgl. im übrigen auch § 34/VIII/6. - Da das Abstellen auf Bereicherungsrecht in OR 119/II auf das Vorbild des BGB zurückgeht (anders noch aOR 145/II: «bereits empfangene Gegenleistung herauszugeben»), ist überdies zu beachten, dass das deutsche Bereicherungsrecht keine OR 67 entsprechende Verjährungs-Sondernorm kennt, der Rückforderungsanspruch gemäss BGB § 323/III daher der ordentlichen (30jährigen) Verjährungsfrist unterliegt.

## V. Rechtsfolgen bei verschuldeter Unmöglichkeit

Der *Schuldner*, dem der Exkulpationsbeweis misslingt, wird nicht befreit und hat dem Gläubiger nach OR 97 ff. Ersatz zu leisten. Dieser besitzt bei Unmöglichkeit der Leistung die gleichen Ansprüche wie bei Verzug (Vorgehen nach OR 107)<sup>27</sup>.

Der Text von OR 119 statuiert nur im Falle unverschuldeter Unmöglichkeit eine Befreiung des Schuldners, woraus bei grammatikalischer Auslegung folgen würde, dass bei verschuldeter Unmöglichkeit die Pflicht des Schuldners zur Leistung und das Recht des Gläubigers auf diese bestehen bleiben würde. Dies ist nicht die Meinung des Gesetzes; der (unausgesprochen bleibende) Grundsatz «impossibilium nulla obligatio» bedeutet, dass die primäre Leistungspflicht als solche erlischt, aber der Schuldner mit einer neuen («sekundären») Pflicht, jener der Schadenersatzleistung, belastet wird<sup>28</sup>. Bezüglich der primären Leistung kann, vom Zeitpunkt deren Unmöglichwerdens, auch kein Verzug mehr angenommen werden.

Aus dem Umstand, dass der Anspruch des Gläubigers auf Schadenersatz als Fortsetzung seines dahingefallenen Leistungsanspruchs erscheint, ergeben sich eine Reihe von Folgerungen. Diese sind behandelt im Zusammenhang des Erlöschens der Leistungspflicht infolge *Verzuges* des Schuldners (oben § 20/III/7).

Die Stellung des *Gläubigers* mit Bezug auf seine Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung bestimmt sich ebenfalls in Analogie zu den beim Schuldnerverzug aufgestellten Regeln (OR 107, 109; dazu oben § 20/VI); im Ergebnis ist es ihm anheimgegeben, ob er selber leistet und eine Gegenleistung in Form von Schadenersatz fordert oder umgekehrt auf Leistungserbringung verzichtet (in welchem Fall sich der Schadenersatzanspruch um den Wert der eigenen Leistung reduziert).

## VI. Die Lehre vom «stellvertretenden commodum»

### 1. Allgemeines

Ist gehörige Erfüllung der Primärleistung unmöglich, hat der Gläubiger, falls dem Schuldner infolge der eingetretenen Unmöglichkeit von dritter Seite ein Ersatz

---

<sup>27</sup> Vgl. hiezu oben § 20/II/4; VI/7. - Die Auffassung v. TUHRs, der den Gläubiger auf die Geltendmachung von positivem Interesse und ein Vorgehen nach der Austauschtheorie beschränken will (v. T./E., § 68/III, p. 105 Anm. 79), ist unhaltbar, da eine unterschiedliche Behandlung der Fälle des schuldhaften Verzugs und der schuldhaften Unmöglichkeit nicht zu rechtfertigen ist. So wie hier OSER/SCHÖNENBERGER, OR 97 N. 9, G./M./K., p. 216, G./S., N. 1850, CUENDET (Zit. § 20 vor Anm. 1), p. 54.

<sup>28</sup> Der normative Gehalt von OR 119 kann daher wie folgt zusammengefasst werden: Bei Unmöglichkeit der Leistung erlöschen Leistungspflicht des Schuldners und Leistungsanspruch des Gläubigers; im Falle eines Verschuldens des Schuldners (d. h. dem Misslingen des Exkulpationsbeweises) tritt Schadenersatz (Pflicht des Schuldners, Recht des Gläubigers) an Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung.

zusteht, Anspruch auf diesen Ersatzvorteil (= stellvertretendes commodum)<sup>29</sup>. Dieser Grundsatz war im Gemeinen Recht anerkannt und ist in verschiedenen Kodifikationen ausdrücklich statuiert<sup>30</sup>. Dem OR mangelt zwar eine entsprechende Bestimmung, doch wird der Anspruch auf das commodum in Lehre und Praxis zu Recht bejaht<sup>31</sup>. Wichtigster Anwendungsfall: Dem Nichtleistenden erwächst aus dem Untergang des Leistungsgegenstandes ein *Versicherungsanspruch*.

## 2. Rechtsnatur des Anspruches auf das stellvertretende commodum

Der Gläubiger darf, muss aber nicht das commodum fordern; es liegt ein Fall der sogenannten *facultas alternativa* vor<sup>32</sup>. Voraussetzung des Anspruchs ist, dass die Entstehung der Ersatzforderung auf das Unmöglichwerden der Erfüllung zurückgeht<sup>33</sup>; nicht erforderlich ist dagegen (da es sich nicht um Schadenersatz, sondern *Ersetzung* der ursprünglich geschuldeten Leistung durch ihr Surrogat handelt)<sup>34</sup>, dass der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten oder der Gläubiger einen Schaden erlitten hat<sup>35</sup>. Ebenso wenig ist erforderlich, dass es sich um einen Ersatz im

<sup>29</sup> Herausgabe des Enteignungsersatzes (BGE 43 II 233 ff.), Aushändigung der infolge Fusion neu ausgegebenen Aktien; Abtretung des Anspruchs gegen den die Leistung verunmöglichenden Brandstifter oder Dieb, gegen die Feuer- oder Diebstahlversicherung. Abgelehnt (wenig überzeugend) in BGE 112 II 240; vgl. dazu G./S., N. 1981b ff.

<sup>30</sup> WINDSCHEID, II, § 264 Anm. 6, CC art. 1303, Sächsisches BGB § 960, BGB § 281.

<sup>31</sup> v. T./E., § 71/I/2, p. 131, v. BÜREN, Bd. I, p. 388 f., ENGEL, p. 526 f., G./M./K., p. 276, BECKER, OR 119 N. 1, OR 99 N. 26, OSER/SCHÖNENBERGER, OR 119 N. 14, PFAMMATTER, p. 13 ff.; BGE 43 II 234 f., 46 II 436 ff., 51 II 175 f. – ZGB 822 bestimmt, dass eine fällig gewordene Versicherungssumme in erster Linie den Grundpfandgläubigern zufällt. Dieser gesetzlich geregelte Anspruch auf Ersatzherausgabe ist seinerseits Sonderbestimmung zu VVG Art. 57; vgl. dazu W. KOENIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967, p. 251 ff.

<sup>32</sup> Alternativermächtigung, Ersetzungsbefugnis (oben § 18/V/2g), keine Wahlschuld: «In obligatione» (geschuldet) ist die unmöglich gewordene Primärleistung, bei Verschulden Schadenersatz; der Gläubiger darf aber «in solutione» (als Erfüllungssurrogat) anstelle der unmöglichen Leistung (bzw. Schadenersatz wegen Nichterfüllung) das commodum fordern.

<sup>33</sup> So hat der Gläubiger Anspruch auf die Versicherungssumme, nicht aber auf den Schatz, der sich in den Trümmern des abgebrannten Hauses findet. - Insofern gelten, obwohl es sich beim commodum nicht um Schadensausgleich handelt, die gleichen Prinzipien wie bei der Vorteilsanrechnung (*compensatio lucri cum damno*) des Schadenersatzrechts, dort ist «Adäquanz» zwischen schädigendem Ereignis und Vorteil Voraussetzung der Anrechnung, vgl. dazu OFTINGER, Haftpflichtrecht I, p. 178 ff.; zum Begriff «Adäquanz», der hier in einem übertragenen Sinn gebraucht wird, ebenda p. 179 f.

<sup>34</sup> Daher *stellvertretendes* commodum, vgl. BGE 46 II 438. Da der Anspruch auf das commodum den ursprünglichen Leistungsanspruch ersetzt, unterliegt er der *Verjährung* im Sinne der ordentlichen Vertragsverjährung (vgl. auch oben Ziff. IV/4).

<sup>35</sup> v. BÜREN, Bd. I, p. 389; ESSER/SCHMIDT, SchR I/1, § 22/IV/2, p. 313.

Rechtssinn<sup>36</sup> handelt; Ersatz im wirtschaftlichen Sinn, z. B. der aus einem Doppelverkauf gelöste Kaufpreis<sup>37</sup>, wird gleichermaßen erfasst.

Beansprucht der Gläubiger im *gegenseitigen Vertrag* das *commodum*, bleiben, da es sich nicht um Schadenersatz, sondern um Ersetzung des Leistungsgegenstandes handelt, beide Parteien berechtigt und verpflichtet<sup>38</sup>. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit *zu vertreten*, schuldet er Ersatz in dem Ausmass, in dem das *commodum* den Schaden des Gläubigers nicht deckt<sup>39</sup>; hat umgekehrt der Schuldner die Unmöglichkeit *nicht zu vertreten*, mindert sich die Leistungspflicht des Gläubigers in dem Masse, in dem der Wert des *commodum* hinter dem Wert der (ursprünglich geschuldeten) Leistung zurückbleibt, was allerdings<sup>40</sup> nicht gilt, falls der Gläubiger gefahrbelastet ist (OR 119/III, so vor allem der Käufer, der bei zufälligem Untergang den vollen Kaufpreis schuldet)<sup>41</sup>.

### 3. Schranken der Ersatzherausgabe

Umstritten ist, ob das *commodum* vollumfänglich auch dann gefordert werden kann, wenn sein Wert die unmöglich gewordene Leistung *wesentlich übersteigt*

---

<sup>36</sup> *Commodum ex re*, z. B. Versicherungsanspruch für untergegangene Sache.

<sup>37</sup> *Commodum ex negotiatione*, vgl. v. T./E., § 71/I/2, p. 132 f. lit. d und e. In diesen Fällen kann der Anspruch auf das *commodum* konkurrieren mit Ansprüchen aus Delikt, Vertragsverletzung, ungerechtfertigter Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 422, z. B. notwendiger Verkauf der zu liefernden leichtverderblichen Ware), Geschäftseinmischung (OR 420/III), Geschäftsanmassung (OR 423). Im Falle des Doppelverkaufs (bei schuldhafter Veräusserung und Übereignung an einen zweiten Käufer) hat der Erstkäufer Anspruch auf den Erlös sowohl gemäss OR 97 ff., OR 423 (vgl. auch BGE 47 II 195 ff.) wie auch aufgrund der Regeln über das *commodum*; ausschliesslich letzterer Anspruch ist gegeben, wenn der Doppelverkauf aus entschuldbarem Irrtum erfolgte (vgl. v. T./E., a.a.O., bei Anm. 11).

Kontrovers die Frage, ob beim *commodum ex negotiatione* auch der vom Schuldner (vielleicht dank besonderer Geschäftstüchtigkeit) erzielte Gewinn (*lucrum negotiationis*) zu erstatten sei: Bejaht in BGE 43 II 234 (z. T. Vermischung von *commodum* und Schadenersatz) und von PFAMMATTER, p. 57 f., verneint von G./M./K., p. 276. - Zumindest bei Konkurrenz mit Ansprüchen, die Gewinnherausgabe umfassen, ist diese beim *commodum ex negotiatione* zu bejahen; auch im deutschen Recht wird dies zugelassen, vgl. LARENZ, SchR I, § 21/I, p. 309, mit Hinw. in Anm. 13. Zur Grenze des Herausgabeanspruchs ferner unten Ziff. 3.

<sup>38</sup> Keine Anwendung von OR 119/I; hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten, bleibt dem Gläubiger für den seltenen Fall, dass er eine Sachleistung zu erbringen hat, Anwendung der Differenztheorie verwehrt.

<sup>39</sup> BGB § 281/II, für das schweizerische Recht BECKER, OR 99 N. 26, PFAMMATTER, p. 82. Da das *commodum* ohne Schadensnachweis geschuldet ist, hat der Gläubiger wie bei der Regelung der Verzugszinsen (OR 106) einen Schaden erst nachzuweisen, wenn er einen den Wert des *commodum* übersteigenden Ersatz fordert.

<sup>40</sup> BGB § 323/II, für das schweizerische Recht BARTH, a.a.O., p. 211 und PFAMMATTER, p. 51 f.; a. M. v. T./E., § 71/I Anm. 16, ENGEL, p. 527.

<sup>41</sup> OR 185 (hier gilt erst recht: *commodum eius esse debet, cuius est periculum*).

(z. B. Versicherungsleistung bei Überversicherung). Die Frage ist nicht schematisch, sondern nach Billigkeitsrücksichten des Einzelfalles zu beantworten; zwischen Unmöglichkeit und Pflicht der Herausgabe des Ersatzvorteils muss ein innerer Zusammenhang bestehen, ungerechtfertigte Bereicherung ist zu vermeiden<sup>42</sup>.

#### 4. Hinweis: Übertragung auf den ausservertraglichen Bereich

Der Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden commodum im Falle der Unmöglichkeit der Leistung ist nicht auf vertragliche Verhältnisse beschränkt, sondern kann auch an Stelle des *Vindikationsanspruchs* treten (der Dieb verkauft die gestohlene Sache mit hohem Gewinn) und konkurriert in der Regel mit dem diesfalls gegebenen Anspruch aus (unechter) Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung<sup>43</sup>. Der aus Verletzung dinglicher Rechte entstehende Anspruch auf Herausgabe des stellvertretenden commodum ist seinerseits kein dingliches, sondern ein obligatorisches Recht.

---

<sup>42</sup> Auch die mit dem commodum (ex negotiatione) evtl. konkurrierenden Ansprüche finden ihre Grenze am Bereicherungsrecht, vgl. etwa OR 422/III, 423/II und oben Anm. 37. - Bejaht wird die Herausgabe alles Erlangten von V. BÜREN (Bd. I, p. 309), ebenso die deutsche Lehre und Rechtsprechung, vgl. LARENZ, SchR I, § 21/I, p. 286 mit Hinw. in Anm. 13; offengelassen in BGE 51 II 176.

<sup>43</sup> Vgl. v. T./E., § 71/I bei Anm. 13; G./M./K., p. 203. Zur Geschäftsführung OR/BT, § 14, zum Bereicherungsrecht unten § 34.