

Auswirkungen einer Pandemie auf Dauerschuldverhältnisse

MICHAEL HOCHSTRASSER*

1. Einleitung

Seit Anfang 2020, inzwischen seit mehr als einem halben Jahr, bestimmt Covid-19 unseren Alltag. Es gibt inzwischen auch mehr als genug «Corona-Publikationen». Als mich die Redaktion des ASDA-Bulletins anfragte, für das diesjährige Bulletin etwas zu den Auswirkungen einer Pandemie auf Dauerschuldverhältnisse in der Luftfahrt zu schreiben, wollte ich deshalb schon ablehnen. Erst als mir die Idee kam, das Thema in einen (insbesondere zeitlich) grösseren Kontext zu stellen, habe ich zugesagt. Dieser Aspekt kommt in anderen Publikationen m.E. zu kurz und verdient es, näher angeschaut zu werden.

Covid-19 bringt neben Krankheit und Tod auch Unsicherheit und Existenzängste und richtet einen grossen volkswirtschaftlichen Schaden an. Behördliche Massnahmen führen zu massiven Einschränkungen. «Müssen Verträge unter diesen Umständen eingehalten werden?» mag manch einer sich fragen. Covid-19 ist freilich nicht die erste Herausforderung für die Menschheit, für die Wirtschaft oder für das Vertragsrecht; zum Glück auch nicht die grösste. Es ging uns zuletzt so gut, dass bisweilen der Eindruck entstand, so etwas wie Covid-19 habe es noch nie gegeben. Es gab aber schon früher einschneidende Ereignisse. Weit schlimmere gar. Man denke an die beiden Weltkriege, die spanische Grippe oder die Weltwirtschaftskrise Ende der 1920er- und im Verlauf der 1930er-Jahre. Und es wird auch künftig solche Ereignisse geben – möglicherweise eine neue Pandemie (was, wenn ein Virus so ansteckend ist und eine ähnlich lange Inkubationszeit hat wie Covid-19, es aber so letal ist wie Ebola?), einen Krieg, einen Blackout, der Ausbruch eines Supervulkans oder etwas ganz anderes, woran wir noch gar nicht denken. Dann wird das Vertragsrecht auch gefordert sein, mehr noch als heute.

Wenn wir meinen, die Fragen, mit denen wir heute konfrontiert seien, stellten sich zum ersten Mal, dann täuschen wir uns: Die gleichen oder ähnliche Fragen stellten sich schon früher. Und sie wurden schon damals beantwortet.

Dieser Aufsatz erhebt nicht den Anspruch, neue Lösungen zu präsentieren. Er will vielmehr aufzeigen, unter welchen Voraussetzungen Verträge an veränderte Umstände angepasst werden können. Es soll darin ein Blick zurück geworfen werden, wie das Bundesgericht früher mit langanhaltenden, störenden Ereignissen umgegangen ist. Und es soll untersucht werden, ob und unter welchen Umständen ein Vertrag (Dauerschuldverhältnis) anzupassen ist oder eben nicht.

* PD Dr. Michael Hochstrasser, Rechtsanwalt in Winterthur und Privatdozent an der Universität Zürich. Der Verfasser dankt Herrn lic.iur. Simon Gluch für die Unterstützung bei diesem Beitrag.

2. Ausgangslage

Die ersten bekannten Erkrankungen an Covid-19 – genauer SARS-CoV-2 – traten Ende Dezember 2019 in Wuhan (China) auf. Im Januar 2020 entwickelte sich Covid-19 in China zu einer Epidemie, die bald auch auf weitere Länder übergriff. Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) erklärte am 11. März 2020 den Ausbruch zu einer Pandemie. Bis zu diesem Zeitpunkt waren mehr als 118000 Fälle aus 114 Ländern und insgesamt 4291 Todesfälle gemeldet worden, mit stark ansteigender Tendenz.¹

Der Bundesrat rief am 28. Februar 2020 die besondere Lage nach Art. 6 des Epidemiengesetzes (EpG)² und am 16. März 2020 die ausserordentliche Lage nach Art. 7 EpG aus. Am 28. Februar 2020 erliess der Bundesrat die Covid-19-Verordnung³ und am 13. März 2020 die COVID-19-Verordnung⁴. Am 16. März 2020 kam der sog. *Lockdown*: Der Bundesrat verfügte die Schliessung von Läden, Restaurants, Bars, Unterhaltungs- und Freizeitbetrieben sowie der Schulen in der ganzen Schweiz; geöffnet blieben nur Lebensmittelläden und Gesundheitseinrichtungen wie Apotheken. Weiter führte der Bundesrat ein Einreiseverbot mit Ausnahmen ein, was praktisch einer Schliessung der Grenze gleichkam. Am 20. März 2020 erliess der Bundesrat ein Versammlungsverbot für mehr als fünf Personen; zudem rief er die Bevölkerung auf, das Haus nur noch zu verlassen, um zur Arbeit oder zum Arzt gehen, Lebensmittel einzukaufen oder einem anderen zu helfen.⁵

Ab dem 27. April 2020 wurden die Massnahmen etappenweise wieder gelockert, am 11. Mai 2020 folgte die Öffnung der obligatorischen Schulen und der Läden.⁶ Die Grenzen waren noch bis zum 15. Juni 2020 für eine Einreise zu nicht absolut notwendigen Zwecken geschlossen. Der Bundesrat hat die ausserordentliche Lage gemäss Epidemiengesetz auf den 19. Juni 2020 beendet.⁷ Seit Mitte/Ende Juni 2020 steigen die Fallzahlen allerdings wieder, eine zweite Welle bahnt sich an. Seit dem

¹ <<https://www.euro.who.int/de/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/novel-coronavirus-2019-ncov>> (besucht am 30. August 2020).

² Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012, SR 818.101.

³ Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung) vom 28. Februar 2020, SR 818.101.24 (nicht mehr in Kraft), <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20200619/index.html>> (besucht am 30. August 2020).

⁴ Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020, SR 818.101.24 (nicht mehr in Kraft), <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20200744/index.html>> (besucht am 30. August 2020).

⁵ Medienmitteilung des Bundesrates vom 20. März 2020 <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78513.html>> (besucht am 30. August 2020).

⁶ Medienmitteilung des Bundesrates vom 16. April 2020 <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78818.html>> (besucht am 30. August 2020).

⁷ Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 3) vom 13. März 2020, SR 818.101.24; Medienmitteilung des Bundesrates vom 27. Mai 2020 <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-79268.html>> (besucht am 30. August 2020).

6. Juli 2020 gilt im gesamten öffentlichen Verkehr eine Maskenpflicht. Zudem müssen sich Einreisende aus gewissen Staaten in Quarantäne begeben. Einige Kantone haben die Massnahmen des Bundes verschärft und zum Beispiel eine Maskenpflicht auch in Läden eingeführt.⁸

Die behördlichen Massnahmen hatten und haben weitreichende Auswirkungen auf fast alle Wirtschaftszweige. Die Reisebranche und die Flugindustrie sind besonders stark betroffen. Die geschlossenen Grenzen, Quarantänenvorschriften und die verbreitete Angst vor dem Virus legten den Reiseverkehr lahm. Am Flughafen Zürich wurden im April 2020 99% und im Mai 2020 98.4% weniger Passagiere abgefertigt als im Vorjahr.⁹ Fluggesellschaften, Flughäfen und flugnahe Betriebe erlitten (und erleiden weiter) hohe Verluste. Beispielsweise bei der Swiss brach der Umsatz im zweiten Quartal 2020 um 83% ein. In dieser Zeit führte sie fast nur noch Fracht- und Repatriierungsflüge aus, mit denen im Auftrag des Bundesrates 7400 Reisende nach Hause zurückgebracht wurden.¹⁰ Der Lufthansa-Konzern erwartet eine Erholung des Geschäfts erst für 2024; nächstes Jahr sollen 300 und übernächstes Jahr immer noch 200 von rund 760 Flugzeugen dauerhaft am Boden bleiben.¹¹

3. Instrumente zur Anpassung von Verträgen bei veränderten Verhältnissen

3.1 Übersicht

Verträge sind zu halten. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Verhältnisse ändern. In diesem Fall ist der Vertrag zunächst einmal *nicht* anzupassen. Gerade bei langfristigen Verträgen müssen die Parteien damit rechnen, dass die Verhältnisse, die zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehen, später ändern. Namentlich ist voraussehbar, dass die Gesetze ändern könnten.¹²

Das Bundesgericht hat dies in einem Urteil aus dem Jahre 1978 prägnant formuliert: «Grundsätzlich hat jede Partei die Risiken zu tragen, die sich für sie aus der versprochenen Leistung ergeben; sie hat selbst bei langfristigen Verträgen mit folgenschweren Verpflichtungen keinen Anspruch darauf, dass die Erfüllung sich für sie zu einem <guten Geschäft> gestalte und der Vertrag aufgehoben oder angepasst werde, wenn die Verhältnisse sich während der Vertragsdauer zu ihrem Nachteil ändern oder nicht mehr ihren Erwartungen entsprechen.»¹³

⁸ Die gesundheitliche und wirtschaftliche Lage sowie die Massnahmen von Bund und Kantonen zur Bekämpfung von Covid-19 ändern im Wochen- und Tagesrhythmus. Der vorliegende Beitrag berücksichtigt die Entwicklung bis Ende August 2020.

⁹ <<https://www.flughafen-zuerich.ch/unternehmen/medien/news-center/2020/mai/mm-20200513-verkehrsstatistik>>; <<https://www.flughafen-zuerich.ch/unternehmen/medien/news-center/2020/jun/mm-2020611-verkehrsstatistik-mai>> (besucht am 30. August 2020).

¹⁰ Neue Zürcher Zeitung NZZ vom 7. August 2020, S. 17.

¹¹ Neue Zürcher Zeitung NZZ vom 7. August 2020, S. 17.

¹² WIEGAND, Basler Kommentar OR I, 7. Aufl., Art. 18 N 103.

¹³ BGE 104 II 314, E. a. Vgl. auch HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., N 320.

Eine Anpassung des Vertrags bei veränderten Verhältnissen ist die Ausnahme. Sie kommt nur dann in Frage, wenn die Erfüllung des Vertrags, so wie er geschlossen wurde, für mindestens eine Partei nicht mehr zumutbar ist.¹⁴

Dieser Aufsatz konzentriert sich auf Dauerschuldverhältnisse. Dauerschuldverhältnisse sind Rechtsgeschäfte, die nicht mit dem einmaligen Austausch der Leistungen erfüllt sind, wie zum Beispiel ein Kaufvertrag oder Beförderungsvertrag. Vielmehr hängt der Umfang der Gesamtleistung bei Dauerschuldverhältnissen von der Zeit ab, während der die Leistungspflicht besteht (wie z.B. bei einem Mietvertrag).¹⁵

Die Parteien haben die Möglichkeit, die Anpassung an veränderte Verhältnisse im Vertrag zu regeln (nachstehend 3.2). Daneben kennt auch das Gesetz verschiedene Instrumente: Diverse Einzelbestimmungen erlauben, den Vertrag an veränderte Umstände anzupassen (z.B. Art. 373 Abs. 2 Obligationenrecht [OR]¹⁶, nachstehend 3.3); ist die Leistung unmöglich geworden, wird der Schuldner nach Art. 119 OR frei (nachstehend 3.4); die veränderten Verhältnisse können zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen (nachstehend 3.5); und schliesslich erlaubt die *clausula rebus sic stantibus* (auch kurz: *clausula*), den Vertrag unter gewissen Voraussetzungen an die veränderten Verhältnisse anzupassen (nachstehend 3.6). Hingegen liegt kein Grundlagenirrtum vor, wenn die Umstände ändern (nachstehend 3.7).

Die *clausula rebus sic stantibus* ist, wenn man so will, der allgemeine Grundsatz und die einzelnen Bestimmungen im Gesetz – Art. 373 Abs. 2 OR, Art. 119 OR, die Kündigung aus wichtigem Grund – sind Anwendungsfälle davon. Die *clausula* kommt als «Generalklausel» nur dann zur Anwendung, wenn keine andere – vertragliche oder gesetzliche – Anpassungsregel greift.¹⁷ In diesem Sinn werden die Instrumente zur Vertragsanpassung ausgehend vom Besonderen zum Allgemeinen dargestellt, die *clausula rebus sic stantibus* folgt zuletzt.

¹⁴ WIEGAND, *op. cit.* Fn. 12, Art. 18 N 95.

¹⁵ In diesem Sinne BGE 138 III 304 E. 6 m.w.Nachw.; HUGUENIN, *op. cit.* Fn. 13, N 59; der Begriff des Dauerschuldverhältnisses wird im Schrifttum nicht einheitlich verwendet; vgl. die Nachweise bei FELLMANN, Berner Kommentar, Art. 394 OR N 196.

¹⁶ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

¹⁷ ENZ, Risikoordnung in Verträgen und die COVID-19 Situation: Teil 1 – Anwendungsbereich der *clausula rebus sic stantibus*, der Unmöglichkeit nach Art. 119 OR und der Kündigung aus wichtigem Grund, Jusletter vom 18. Mai 2020. Der Autor stellt die einzelnen Rechtsfiguren ausführlich dar und stellt weiterführende, eigenständige Überlegungen an.

Das deutsche Recht kennt die Rechtsfigur der Störung der Geschäftsgrundlage.¹⁸ Die theoretische Konzeption ist im Wesentlichen die gleiche wie bei der *clausula*.¹⁹ Weil durch die veränderten Verhältnisse die Geschäftsgrundlage weggefallen ist, kann der Vertrag nicht unverändert weiterbestehen. Die Rechtsfigur der Störung der Geschäftsgrundlage konnte sich in der Schweiz jedoch nicht richtig durchsetzen. Da die *clausula rebus sic stantibus* allgemein anerkannt ist, braucht es sie aber auch nicht.

3.2 Vertragliche Anpassungsregeln

Die Parteien können im Vertrag regeln, ob und wie der Vertrag anzupassen ist, wenn die Verhältnisse ändern. Dies kann in verschiedener Hinsicht geschehen. Möglich ist etwa eine Indexklausel (z. B. kann der Mietzins bei einem langfristigen Mietvertrag an den Landesindex der Konsumentenpreise gekoppelt werden, vgl. Art. 269b OR). Die Parteien können eine Anpassung des Vertrags vorbehalten, wenn bestimmte Umstände ändern (z. B. Erhöhung des Flugpreises, wenn der Treibstoff teurer wird). Verbreitet sind auch sog. *Force-Majeure*-Klauseln. Diese definieren, welche Ereignisse als höhere Gewalt (*Force Majeure*) gelten (häufig werden Krieg, Terrorismus, behördliche Massnahmen oder Pandemien aufgeführt) und welche nicht, und sie legen die Rechtsfolgen fest, die gelten, wenn ein solches Ereignis eintritt (z. B. Nachfrist zur Erfüllung, Kündigungsmöglichkeit etc.). Ausserdem lässt sich vertraglich regeln, welche Umstände als wichtiger Grund anzusehen sind, der zu einer Kündigung des Vertrags berechtigt.

3.3 Spezielle Gesetzesvorschriften (insb. Art. 373 Abs. 2 OR)

Das wohl bekannteste Beispiel einer gesetzlichen Anpassung des Vertrags an die veränderten Umstände findet sich beim Werkvertrag. Vereinbaren der Besteller und der Unternehmer einen festen Preis, gilt dieser grundsätzlich auch dann, wenn der Unternehmer mehr Aufwand hat, als womit er beim Vertragsabschluss rechnete (Art. 373 Abs. 1 OR).²⁰ Von diesem Grundsatz macht Art. 373 Abs. 2 OR nun aber eine wichtige Ausnahme. Wenn ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen

¹⁸ § 313 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB):

«Störung der Geschäftsgrundlage

(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.»

¹⁹ WIEGAND, *op. cit.* Fn. 12, Art. 18 N 97.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 4C.385/2005 vom 31. Januar 2006, E. 4 und 5.

Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren, so kann der Richter nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen. Art. 373 Abs. 2 OR ist ein im Gesetz geregelter Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus*.²¹

Ausserordentlich im Sinn von Art. 373 Abs. 2 OR sind jene Umstände, mit denen der Unternehmer nicht zu rechnen brauchte, weil sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht vorhersehbar waren oder mit denen die Parteien nach gemeinsamer Vorstellung nicht gerechnet haben. Sie können bereits bei Vertragsabschluss bestehen oder erst nachträglich eintreten. Die ausserordentlichen Umstände berechtigen nur dann zu einer Anpassung, wenn sie nicht dem Verhalten des Unternehmers zuzuschreiben sind.²²

Unvorhersehbar sind vor allem Ereignisse der höheren Gewalt; die Lehre nennt aber auch unerwartete geologische Verhältnisse, eine erhebliche Steigerung von Lohn- oder Materialkosten, einschneidende behördliche Massnahmen etc.²³

Eine Anpassung des Preises erlaubt auch das Mietrecht, wenn die Mietsache aufgrund der veränderten Umstände nicht mehr wie beim Vertragsabschluss vorgesehen genutzt werden kann (Art. 259d OR). Gemäss Art. 256 Abs. 1 OR ist der Vermieter verpflichtet, die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand zu übergeben und in demselben zu erhalten. Taugt die Mietsache nicht oder nicht mehr zum vorausgesetzten Gebrauch oder ist ihr Gebrauchswert beeinträchtigt, liegt ein Mangel vor,²⁴ der – unter anderem – zur Herabsetzung des Mietzinses berechtigt (Art. 259a Abs. 1 lit. b und Art. 259d OR). Der Mangel kann nicht nur tatsächlicher, sondern auch rechtlicher Natur sein.²⁵ Der Umfang der Herabsetzung des Mietzinses wird nach der relativen Methode berechnet. Dabei ist der Wert der mangelhaften Sache ins Verhältnis zum Wert der gebrauchstauglichen Sache zu setzen.²⁶

²¹ BGE 104 II 314 E. a.

²² BGE 104 II 314 E. b; HÜRLIMANN/SIEGENTHALER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Art. 373 OR N 11.

²³ ZINDEL/SCHOTT, Basler Kommentar OR I, 7. Aufl., Art. 373 OR N 18; GAUCH, Werkvertrag, 6. Aufl., N 1080 ff.

²⁴ WEBER, Basler Kommentar OR I, 7. Aufl., Art. 258 OR N 1.

²⁵ HIGI/WILDISEN, Zürcher Kommentar, Art. 258 OR N 30.

²⁶ WEBER, *op. cit.* Fn. 24, Art. 259d OR N 6. Ein Beispiel hierfür liefert der Schiedsspruch des Schiedsgerichts Schenkel & Serrago Rechtsanwälte AG vom 30. März 2020, in Mietrechtspraxis (mp), 2020, S. 152 ff., bei dem ein Restaurant aufgrund von Art. 6 Abs. 2 lit. b der COVID-19-Verordnung 2 am 17. März 2020 schliessen musste und nur noch ein Take-Away-Service betrieben werden konnte (Herabsetzung des Mietzinses um 60%). Vgl. auch den Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über den Miet- und den Pachtzins während Betriebsschliessungen und Einschränkungen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Geschäftsmietegesetz), das der Bundesrat am 1. Juli 2020 in die Vernehmlassung geschickt hat; damit soll der Mietzins für Geschäftsräume für die Zeit der behördlich angeordneten Schliessung oder Einschränkung der Tätigkeit auf 40% reduziert werden. <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/62051.pdf>>, besucht am 30. August 2020).

Weitere gesetzliche Regelungen finden sich z.B. in Art. 476 und 486 OR. Sie berechtigen den Aufbewahrer bzw. Lagerhalter, die hinterlegte Sache ausnahmsweise vor Ablauf der bestimmten Zeit zurückgeben, wenn unvorhergesehene Umstände ihn ausserstand setzen, die Sache länger mit Sicherheit oder ohne eigenen Nachteil aufzubewahren.

3.4 Nachträgliche Unmöglichkeit der Vertragserfüllung (Art. 119 OR)

Wird die Leistung nach dem Vertragsabschluss durch Umstände unmöglich, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, gilt die Forderung als erloschen (Art. 119 Abs. 1 OR). Der Schuldner wird frei, er verliert bei zweiseitigen Ansprüchen aber seine Gegenforderung bzw. muss die bereits erbrachte Gegenleistung zurückgeben (Art. 119 Abs. 2 OR).²⁷ Für die Anwendung von Art. 119 OR genügt es, dass der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Das Ereignis, das die Erfüllung unmöglich macht, muss nicht die Intensität höherer Gewalt haben. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit hingegen zu vertreten, wird er schadenersatzpflichtig (Art. 97 Abs. 1 OR).

Art. 119 OR ist, wenn man so will, ebenfalls ein Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus*. Er regelt den Fall, dass die Erbringung der geschuldeten Leistung nicht nur erschwert, sondern ganz unmöglich geworden ist; die Äquivalenzstörung ist unendlich gross.²⁸

Umstritten ist, ob Art. 119 OR nur bei der objektiven Unmöglichkeit (niemand kann die Leistung erbringen) anwendbar ist oder auch bei der subjektiven Unmöglichkeit (der Schuldner kann nicht leisten, eine andere Person könnte es aber). Ein Teil der Lehre spricht sich gegen eine Anwendung von Art. 119 OR auf die subjektive Unmöglichkeit aus und will sie stattdessen den Regeln des Schuldnerverzugs (Art. 102 ff. OR) unterstellen.²⁹ Die Anwendung der Regeln des Schuldnerverzugs ist m.E. abzulehnen. Für den Schuldner, der die subjektive Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, kann es hart sein, wenn der Gläubiger die Wahlrechte nach Art. 107–109 OR ausübt (etwa wenn der Gläubiger auf die nachträgliche Leistung verzichtet und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangt). Dies zeigt sich im Falle von Covid-19, wenn der Schuldner aufgrund behördlicher Anordnung – und ohne eigenes Verschulden – in Quarantäne muss und deshalb den Vertrag

²⁷ Art. 119 Abs. 3 OR nimmt die Fälle aus, in denen die Gefahr aufgrund des Gesetzes oder eines Vertrags vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht, wie zum Beispiel nach Art. 185 Abs. 1 OR im Kaufrecht.

²⁸ ENZ, *op. cit.* Fn. 17, Rz. 4; ENZ, *Clausula rebus sic stantibus* – Insbesondere im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich 2018 Rz. 5.

²⁹ AEPLI, Zürcher Kommentar, Art. 119 N 49; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 10. Aufl., N 2575 ff., VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 365 und 390; für die Anwendung von Art. 119 OR auch auf die subjektive Unmöglichkeit demgegenüber HUGUENIN, *op. cit.* Fn. 13, N 842, SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., § 64.09 ff.; VON THUR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1974, S. 94. Das Bundesgericht hat die Frage noch nicht entschieden.

nicht erfüllen kann. Praktisch, freilich, relativiert sich der Unterschied zwischen den beiden Lehrmeinungen, da der Schadenersatzanspruch auch beim Schuldnerverzug ein Verschulden voraussetzt.

Die Unmöglichkeit nach Art. 119 OR muss dauerhaft sein. Ist die Leistung bloss vorübergehend unmöglich, kommen die Regeln über den Schuldnerverzug zur Anwendung.³⁰ In diesem Fall ist die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* denkbar.

Von der Unmöglichkeit ist die Unzumutbarkeit (Unerschwinglichkeit) der Leistung für den Schuldner zu unterscheiden. Unzumutbar ist die Leistung, wenn Umstände eintreten, die sie zwar nicht unmöglich machen, für den Schuldner aber so grosse Nachteile bringen, dass ihm die Erfüllung nicht mehr zugemutet werden kann. In diesem Fall wird der Schuldner nicht nach Art. 119 OR frei; der Gläubiger kann die Leistung weiter fordern und nach den Verzugsregeln vorgehen. Jedoch ist es möglich, das Missverhältnis der Leistungen über die *clausula rebus sic stantibus* zu korrigieren.³¹

3.5 Kündigung aus wichtigem Grund

Das Gesetz sieht an einigen Stellen vor, dass ein Dauerschuldverhältnis ausserordentlich gekündigt werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (z.B. Art. 337 OR, Art. 545 Abs. 2 OR). Eine allgemeine Bestimmung fehlt jedoch, das Gesetz ist insofern lückenhaft. Rechtsprechung und Lehre anerkennen freilich, dass Dauerschuldverhältnisse generell, auch ohne ausdrückliche Gesetzesgrundlage, aus wichtigem Grund gekündigt werden können.³²

Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Weiterführung des Vertrags einer Partei nicht mehr zugemutet werden kann. In älteren Entscheidungen hat das Bundesgericht unter anderem die «Gefährdung oder Erschwerung der Erreichung des Vertragszwecks»³³ sowie den «Wegfall wesentlicher Voraussetzungen persönlicher oder sachlicher Art», vor deren Hintergrund der Vertrag geschlossen wurde,³⁴ als wichtigen Grund anerkannt. Die neuere Rechtsprechung bejaht das Vorliegen eines wichtigen Grundes «wenn das Gebundensein an den Vertrag für die Partei wegen veränderter Umstände ganz allgemein unzumutbar geworden ist».³⁵ Die Unzumutbarkeit ist anhand objektiver Kriterien zu beurteilen; massgebend ist, ob einem vernünftigen Dritten in der Situation der kündigenden Partei zuzumuten wäre, bis zum nächsten ordentlichen

³⁰ AEPLI, *op. cit.* Fn. 29, Art. 119 N 44; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, *op. cit.* Fn. 29, N 2563 f.; KILLIAS/WIGET, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Art. 119 OR N 10.

³¹ KILLIAS/WIGET, *op. cit.* Fn. 30, Art. 119 OR N 13; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, *op. cit.* Fn. 29, N 2565; vgl. HUGUENIN, *op. cit.* Fn. 13, N 825.

³² BGE 138 III 304 E. 7; BGE 128 III 428 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 4A_598/2012 vom 19. März 2013, E. 4.2; HUGUENIN, *op. cit.* Fn. 13, N 797.

³³ BGE 30 II 453 E. 8.

³⁴ BGE 45 I 335 E. 2, BGE 16 I 769 E. 3.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 4C.67/2006 vom 12. Mai 2006, E. 2.1; HUGUENIN, *op. cit.* Fn. 13, N 800.

Kündigungstermin zu warten.³⁶ Ob ein wichtiger Grund vorliegt, beurteilt das Gericht im Einzelfall nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB).³⁷

Die Lehre sieht in der Kündigung aus wichtigem Grund einen Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus*.³⁸ Für das Bundesgericht steht der Schutz der Persönlichkeit im Sinn von Art. 27 ZGB im Vordergrund; die betreffende Partei soll sich vom Vertrag lösen können, weil eine Fortführung des Vertrags ihre Persönlichkeitsrechte unzumutbar einschränken würde. Von der *clausula* grenze sich die Kündigung aus wichtigem Grund gerade ab, weil keine gravierende Äquivalenzstörung vorliegen müsse, sondern nur darauf abzustellen sei, ob das Gebundensein an den Vertrag unzumutbar geworden sei.³⁹ Diese Überlegung ist dogmatisch richtig, praktisch aber wenig bedeutsam, denn wenn keine gravierende Äquivalenzstörung vorliegt, dürfte das Gebundensein an den Vertrag meist nicht unzumutbar sein.

3.6 Clausula rebus sic stantibus

Ist die Erbringung der Leistung für eine oder beide Parteien aufgrund der veränderten Umstände nicht mehr zumutbar, stellt sich die Frage, ob der Vertrag vom Gericht anzupassen ist. Hier kommt die *clausula rebus sic stantibus* zur Anwendung.

Die *clausula rebus sic stantibus* setzt Folgendes voraus:⁴⁰

- Veränderung der Verhältnisse: Die Verhältnisse müssen sich seit dem Vertragsabschluss geändert haben. Dadurch grenzt sich die *clausula* vom Grundlagenirrtum ab. Hatte eine Partei bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eine falsche Vorstellung über den Sachverhalt, liegt ein Grundlagenirrtum vor.⁴¹
- Fehlende Voraussehbarkeit: Eine Berufung auf die *clausula rebus sic stantibus* ist nicht möglich, wenn die Änderung der Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses voraussehbar war.⁴² Massgebend ist die objektive Voraussehbarkeit: ob die Veränderung so wahrscheinlich war, dass eine vernünftige Partei beim Vertragsabschluss darauf Rücksicht genommen hätte.⁴³ Dabei ist die Voraussehbarkeit zu verneinen, wenn die Veränderung (z.B. eine Gesetzesänderung) zwar als solche voraussehbar war, nicht aber Art, Umfang und Auswirkungen auf den Vertrag.⁴⁴

³⁶ BGE 129 III 380 E. 3.1; BGE 128 III 428 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 4A_598/2012 vom 19. März 2013, E. 4.2.

³⁷ BGE 128 III 428 E. 4.

³⁸ WIEGAND, *op. cit.* Fn. 12, Art. 18 N 97; vgl. auch GAUCH, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968, S. 186 ff.

³⁹ BGE 128 III 428 E. 3.c.

⁴⁰ WIEGAND, *op. cit.* Fn. 12, Art. 18 N 99 ff., OLIVER KÄLIN, Unmöglichkeit der Leistung nach Art. 119 OR und *clausula rebus sic stantibus*, recht 2004, S. 246 ff., 252 ff.; vgl. auch BGE 127 III 300 E. 5b.

⁴¹ WIEGAND, *op. cit.* Fn. 12, Art. 18 N 99.

⁴² BGE 135 III 1 E. 2.4; BGE 127 III 300 E. 5.b.

⁴³ Urteil des Bundesgerichts 4A_375/2010 vom 22. November 2010, E. 3.1.

⁴⁴ KRAMER, Berner Kommentar, Art. 18 N 675.

– Unzumutbarkeit: Schliesslich muss die Fortführung des unveränderten Vertrags unzumutbar sein. Soweit es um den Austausch von vermögenswerten Leistungen geht, muss eine gravierende Äquivalenzstörung eingetreten sein, d.h. aufgrund der veränderten Verhältnisse besteht ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.⁴⁵ Nicht erforderlich ist, dass die Erfüllung des Vertrags für die betroffene Partei ruinös ist oder die andere Partei das Missverhältnis ausbeutet.⁴⁶

Die *clausula rebus sic stantibus* ist grundsätzlich bei Dauerschuldverhältnissen (z.B. Mietvertrag) wie auch bei Einmalschuldverhältnissen (z.B. Kaufvertrag) anwendbar.⁴⁷ Nicht auf die *clausula* berufen kann sich hingegen, wer die Veränderung der Verhältnisse selbst verschuldet hat oder wer die Folgen hätte vermeiden bzw. sich hätte anpassen können.⁴⁸

Die Rechtsnatur der *clausula rebus sic stantibus* ist umstritten. Das Bundesgericht stützt die Vertragsanpassung auf Art. 2 Abs. 2 ZGB. Das Festhalten am Vertrag trotz der eingetretenen gravierenden Äquivalenzstörung stelle einen offenbaren Rechtsmissbrauch dar und dürfe keinen Rechtsschutz finden.⁴⁹ Demgegenüber geht die herrschende Lehre – m. E. zu Recht – davon aus, dass der Vertrag in Bezug auf die Anpassung an die veränderten Umstände eine Lücke aufweise, welche zu füllen sei.⁵⁰ Es ist zu entscheiden, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die Änderung der Verhältnisse beim Vertragsabschluss vorausgesehen hätten.

Im Gegensatz zur Unmöglichkeit (Art. 119 OR) ist die Leistung bei der *clausula rebus sic stantibus* immer noch möglich.⁵¹

3.7 Kein Anwendungsfall des Grundlagenirrtums

Wie gezeigt, können die veränderten Verhältnisse dazu führen, dass die Schuldpflicht erlischt (Art. 119 OR), dass eine Kündigung aus wichtigem Grund möglich ist oder der Vertrag aufgrund spezieller Gesetzesvorschrift (z. B. Art. 373 Abs. 2 OR) oder aufgrund der *clausula rebus sic stantibus* anzupassen ist.

Hingegen berechtigen die veränderten Verhältnisse nicht zur Berufung auf einen Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Beim Grundlagenirrtum betrifft die irri- ge Vorstellung einen Umstand, der bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegt (und nicht erst nachträglich eintritt).⁵²

⁴⁵ WIEGAND, *op. cit.* Fn. 12, Art. 18 N 104; vgl. BGE 59 II 372 ff. E. 3.

⁴⁶ HAEFELI/GALLI/VISCHER, Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 1 ff., N 51.

⁴⁷ Vgl. Art. 373 Abs. 2 OR (der Werkvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis); ENZ, *op. cit.* Fn. 17, Rz. 6.

⁴⁸ BGE 127 III 300 E. 5.b; 107 II 331 E. 4; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Zürcher Kommentar, Art. 18 OR N 770.

⁴⁹ BGE 122 III 97 E. 3a; 107 II 343 E. 2; 100 II 345 E. 2b.

⁵⁰ SCHWENZER, *op. cit.* Fn. 29, § 35.05; WIEGAND, *op. cit.* Fn. 12, Art. 18 N 116 f.; vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, *op. cit.* Fn. 48, Art. 18 N 591 ff.

⁵¹ AEPLI, *op. cit.* Fn. 29, Art. 119 OR N 10.

⁵² JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, *op. cit.* Fn. 48, Art. 18 N 702.

Künftige Sachverhalte werden vom Grundlagenirrtum grundsätzlich nicht erfasst. Das Bundesgericht bejaht ausnahmsweise einen Irrtum über einen künftigen Sachverhalt, wenn beide Vertragsparteien die Verwirklichung des künftigen Sachverhalts als sicher angesehen haben.⁵³ Lässt man einen Irrtum über zukünftige Sachverhalte zu, so ist der Irrtum von der *clausula rebus sic stantibus* abzugrenzen. Dann liegt in den Fällen, in denen die Parteien beim Vertragsabschluss nicht an die zukünftige Veränderung gedacht haben – in denen sie sich keinerlei Vorstellung gemacht haben – kein Grundlagenirrtum vor; vielmehr ist in diesen Fällen die *clausula rebus sic stantibus* anwendbar.⁵⁴

4. Ein Blick zurück

Die beiden Weltkriege hatten naturgemäss äusserst starke Auswirkungen auf das Leben und die Wirtschaft in der Schweiz. Dies schlug auch auf die Ebene der Verträge durch, wo viele Parteien Mühe bekundeten, einen vor Kriegsausbruch geschlossenen Vertrag unter den veränderten Verhältnissen zu erfüllen. Auch weitere Ereignisse wie die Weltwirtschaftskrise Ende der 1920er- und im Verlauf der 1930er-Jahre, die Ölkrise der 1970er-Jahre sowie die Finanzmarktkrise (*Subprime*-Krise) ab 2007 wirkten sich auf die Erfüllung von Verträgen aus.

Das Bundesgericht hatte sich in vielen Fällen mit der Anpassung eines Vertrags an veränderte Verhältnisse zu befassen. Die meisten dieser Urteile stammen aus der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg und der Weltwirtschaftskrise der 1920er-/30er-Jahre. Im bzw. nach dem Zweiten Weltkrieg kam es zu weniger Urteilen, was bemerkenswert ist. Hier eine nicht repräsentative Auswahl von Urteilen des Bundesgerichts:

BGE 46 II 429 ff. vom 18. Oktober 1920 («Baumwollgarn»): Eine Spinnerei in Dietfurt (Kanton St. Gallen) verkaufte dem Besitzer einer Zwirnerei in Mülhausen (Frankreich) im Mai und Juni 1915 mehrere Tonnen Baumwollgarn. Unter anderem wegen eines vom Bundesrat am 19. Oktober 1915 erlassenen Garnausfuhrverbots war es der Verkäuferin vorübergehend nicht mehr möglich, das Garn zu liefern. Im Juni 1919 wäre die Lieferung wieder möglich gewesen, doch hätte die Verkäuferin die zu liefernde Ware für mehr als das Dreifache des mit dem Käufer vereinbarten Preises ankaufen müssen. Das Bundesgericht erwog, die Verhältnisse seit dem Vertragsabschluss hätten geändert. Die Mehrleistung, welche die Verkäuferin hätte erbringen müssen, wäre viel grösser gewesen, als was die Parteien beim Vertragsabschluss vernünftigerweise gewollt hätten. Die Verkäuferin könne daher nicht zur Erfüllung angehalten werden (E. 1, S. 435). Die Leistung sei unmöglich geworden (Art. 119 OR).

⁵³ Urteil des Bundesgerichts 4C.34/2000 vom 24. April 2001, E. 3c.bb; BGE 118 II 297 E. 2.b; 117 II 218 E. 4; 109 II 105 E. 4.b; zustimmend SCHWENZER/FOUNTALAKIS, Basler Kommentar OR I, 7. Aufl., Art. 24 N 18; a.M. HUGUENIN, *op. cit.* Fn. 13, N 521.

⁵⁴ SCHWENZER, *op. cit.* Fn. 29, § 37.40; ENZ, *op. cit.* Fn. 17, Rz. 16 und 17.

BGE 47 II 314 ff. vom 14. Juli 1921 («Kaspar-Escher-Haus»): Die Klägerin vermietete der Beklagten von 1. Januar 1914 bis 1. Januar 1923 Parterre- und Souterrainräumlichkeiten, insgesamt 487 m², im Kaspar-Escher-Haus in Zürich. Der Mietzins betrug CHF 22 000 während der ersten fünf Jahre und CHF 24 000 während der zweiten fünf Jahre. Die Heizungskosten, die im Mietzins inbegriffen waren, stiegen während und nach dem Ersten Weltkrieg massiv an. Machten sie beim Abschluss des Vertrags 1/14 des Mietzinses aus, beliefen sie sich 1918/19 bereits auf 1/4 und 1919/20 sogar auf 1/3 des Mietzinses. Das Bundesgericht erwog, es lägen völlig neue Umstände vor, die für die Vertragsparteien nicht vorhersehbar gewesen seien. Der Wille der Parteien habe sich nicht auf diese Wirkungen bezogen, der Vertrag sei deshalb lückenhaft und zu ergänzen. Es handle sich um einen analogen Fall zu Art. 373 Abs. 2 OR (E. 3, S. 317 f.).

BGE 48 II 249 ff. vom 4. Mai 1922 («Vierwaldstättersee»): Die Beklagte schloss mit der Klägerin am 1. Juli 1907 einen Pachtvertrag für den Restaurationsbetrieb auf den Schiffen des Vierwaldstättersees. Am 1. März 1911 erneuerten die Parteien den Vertrag bis Ende 1917, der Pachtzins wurde von CHF 7 000 auf CHF 10 000 erhöht. Bis 1914 wurde der Vertrag wie vereinbart erfüllt. Nach dem Ausbruch des Ersten Weltkriegs gingen die Passagierzahlen um 44% zurück, die Beklagte erlitt einen Einnahmehausfall von 52%. Das Bundesgericht erwog, die Leistungserschwerung führe zu einer gänzlichen oder teilweisen Befreiung des Schuldners, wenn sich die Verhältnisse derart geändert hätten, dass es sich für ihn um eine vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus ganz andere Leistung handle bzw. ihm die Leistung nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden könne. Diese Voraussetzung war nach dem Bundesgericht im zu beurteilenden Fall erfüllt (E. 2, S. 251 f.). Es bestätigte die von der Vorinstanz vorgenommene Kürzung der ausstehenden Pachtzinsen um 43% von CHF 40 000 auf CHF 23 000 (E. 3, S. 252).

BGE 50 II 165 ff. vom 8. Mai 1924 («Wohnhäuser»): Die Klägerin baute vier Wohnhäuser für die Stadt Genf. Der Werkvertrag wurde im Januar 1917 abgeschlossen. Im Januar 1918 verlangte die Klägerin eine Erhöhung des Werkpreises, weil die Lohn- und Materialkosten angestiegen seien. Das Bundesgericht gab der Klägerin Recht und erhöhte den Preis gestützt auf Art. 373 Abs. 2 OR. Der Vertrag sei in Zeiten grosser Instabilität geschlossen worden. In den 2.5 Jahren zwischen dem Ausbruch des Ersten Weltkriegs und dem Vertragsabschluss seien die Lohn- und Materialkosten um 6% gestiegen. Ein weiterer Anstieg sei voraussehbar gewesen. Die Klägerin habe aber nicht damit rechnen müssen, dass die Lohn- und Materialkosten nach dem Vertragsabschluss in nur 1.5 Jahren um volle 60% ansteigen würden (E. 2).

BGE 59 II 372 ff. vom 10. Oktober 1933 («Börse»): Am 10. Mai 1929 mietete der Kläger von der Klägerin Parterre- und Kellerräume im damals noch im Bau befindlichen neuen Börsengebäude in Zürich, um darin ein Restaurant zu betreiben. Der Mietvertrag wurde für eine Dauer von 15 Jahren von 1. Juli 1930 bis 30. Juni 1945 geschlossen, der Mietzins sollte während der Vertragslaufzeit von CHF 150 000 bis auf CHF 198 000 ansteigen. Der Kläger beantragte, den Mietzins

zu reduzieren, eventuell den Vertrag aufzuheben, da die Wirtschaftskrise sein Unternehmen getroffen und zu einem Einnahmefall in den Jahren 1931 und 1932 geführt habe. Das Bundesgericht lehnte eine Aufhebung oder Anpassung des Vertrages gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* ab. Es argumentierte, der Kläger hätte die Weltwirtschaftskrise 1930 einkalkulieren müssen. In der 15-jährigen Mietdauer erblickte das Bundesgericht ein spekulatives Element.⁵⁵ Solche Verträge, so das Bundesgericht, dürften nicht leicht angepasst werden. Bei einer längeren Vertragsdauer sei mit Konjunkturschwankungen in grösserem Ausmass zu rechnen (E. 4, S. 380).

BGE 138 V 366 ff. vom 31. Juli 2012 («Pensionskasse»): In diesem Entscheid ging es um die Frage, ob eine Pensionskasse die reglementarisch zugesicherte Zusatzrente im Bereich der weitergehenden Vorsorge kürzen kann, wenn bei ihr eine Unterdeckung vorliegt. Die Pensionskasse argumentierte, mit der Unterdeckung sei eine nicht voraussehbare Äquivalenzstörung eingetreten, womit in Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* eine Anpassung vorzunehmen sei. Das Bundesgericht widersprach. Die *clausula* komme nicht zum Tragen, weil die Veränderung der Verhältnisse vorhersehbar gewesen sei. Die Finanzmarktkrise von 2008 sei keineswegs unvorstellbar gewesen. In der Vergangenheit habe es wiederholt Rückschläge gegeben, bei denen es längere Zeit gedauert habe, bis die Börsen sich wieder erholt hätten. Das Bundesgericht führte wörtlich aus (E. 5.2): «So verhielten sich beispielsweise die Börsen während der Weltwirtschaftskrise der beginnenden 1930er-Jahre und auch in den Kriegs- und Nachkriegsjahren bis 1948 äusserst unbeständig. Auch während der Ölkrise in den Jahren 1972–1985 durchliefen die Märkte eine lange Phase der Baisse und Stagnation. Dies zeigt, dass die Finanzkrisen der vergangenen Jahre im historischen Vergleich keinesfalls einzigartig sind. Unbestreitbar ist, dass die wiederholten Erschütterungen der Märkte das finanzielle Fundament der beruflichen Vorsorge schwächen. Das Ausmass der Wertschwankungen in den letzten Jahren erscheint jedoch nicht derart aussergewöhnlich und singulär, dass es schlicht nicht erwartet werden konnte.»

5. Generelle Auswirkungen von COVID-19 auf Verträge

Die oben dargestellten gesetzlichen Instrumente (Art. 373 Abs. 2 OR, nachträgliche Unmöglichkeit, Kündigung aus wichtigem Grund, *clausula rebus sic stantibus*) setzen allesamt voraus, dass die Verhältnisse nach dem Vertragsabschluss geändert haben. Im Zusammenhang mit der aktuellen Covid-19-Pandemie ist dazu zweierlei anzumerken: Erstens ist es in der Regel nicht das Virus, das die Erfüllung des Vertrags (direkt) verunmöglicht oder erschwert. Dies wäre der Fall, wenn der Schuldner an Covid-19 erkrankte und er aus diesem Grund nicht in der Lage wäre, den Vertrag zu erfüllen. Meist sind es die behördlichen Massnahmen, insbesondere die mit den Notverordnungen erlassenen Anordnungen des Bundesrates – die Schliessung nicht lebensnotwendiger Betriebe, die

⁵⁵ Kein spekulatives Element hatte das Bundesgericht demgegenüber in der 10-jährigen Mietdauer im Kaspar-Escher-Haus-Fall (BGE 47 II 314 ff.) gesehen.

Einschränkungen bei den Grenzübertritten, das Verbot von Grossanlässen –, welche die Erfüllung des Vertrags verunmöglichen oder erschweren.⁵⁶ Zweitens liegt eine Änderung der Verhältnisse nur bei den Verträgen vor, welche schon vor dem Inkrafttreten bzw. der Ankündigung der behördlichen Massnahmen abgeschlossen wurden. Bei Verträgen, die abgeschlossen wurden, als die Massnahmen bereits in Kraft waren, haben die Verhältnisse nicht geändert.

Mit der zweiten Überlegung hängt die weitere Voraussetzung zusammen, dass die Änderung der Verhältnisse nicht voraussehbar gewesen sein darf. Die fehlende Voraussehbarkeit ist sowohl Voraussetzung einer Preisanpassung nach Art. 373 Abs. 2 OR als auch der *clausula rebus sic stantibus*, der Befreiung nach Art. 119 OR⁵⁷ und der Kündigung aus wichtigem Grund (Ereignisse, die voraussehbar waren, stellen keinen wichtigen Grund dar, der die Fortführung nach Treu und Glauben unzumutbar macht). Epidemien und Pandemien sind nichts noch nie Dagewesenes. Wir erinnern uns noch gut an die Pandemien jüngerer Datums wie SARS (SARS-CoV) 2002/03, die Vogelgrippe (Influenzavirus A H5N1) ab 2004 sowie die Schweinegrippe (Influenzavirus A H1N1) 2009/10. Weiter zurück liegt die Spanische Grippe, die aber immer noch präsent ist, weil sie von 1918–1920 weltweit 20–50 Mio. Menschenleben forderte. Ein weiteres bekanntes Beispiel ist das Ebolavirus, bei dem es in den letzten Jahren immer wieder lokale Ausbrüche in West- und Zentralafrika gab. Es kommt immer wieder zu Epidemien und Pandemien. Auch nach Covid-19 ist es nur eine Frage der Zeit, bis die nächste kommt. Epidemien und Pandemien sind voraussehbar. Wie zuvor ausgeführt, ist es aber nicht die Pandemie (das Virus) selber, welche die Erfüllung des Vertrags verunmöglicht oder erschwert, sondern die behördlichen Massnahmen. Gestützt auf das Epidemien-gesetz (insb. Art. 6 Abs. 2 EpG, Art. 7 EpG) kann der Bundesrat Massnahmen anordnen – mit behördlichen Massnahmen ist daher ebenfalls zu rechnen. Allerdings waren Art und Umfang der vom Bundesrat erlassenen Massnahmen nicht voraussehbar.⁵⁸ Vor dem Hintergrund, dass erste Erkrankungen Ende Dezember 2019 bekannt waren und das Virus sich bis Januar 2020 als Epidemie in Wuhan ausbreitete, ist ENZ der Ansicht, die behördlichen Massnahmen seien ab Ende Dezember 2019/Anfang Januar 2020 voraussehbar gewesen. Er spricht sich dafür aus, den 31. Dezember 2019 als Stichtag zu nehmen.⁵⁹ Meines Erachtens ist dieses Datum zu früh. Art und Umfang der Massnahmen – der Lockdown mit Betriebsschliessungen und faktischer Grenzschiessung – kamen am 15. März 2020 ziemlich unerwartet. Zugegeben, die steigenden Fallzahlen und die Entwicklung im Ausland liessen absehen, dass auch der Bundesrat Massnahmen würde ergreifen müssen. Im Januar und Februar war dies aber noch nicht klar, jedenfalls Art und Umfang der Massnahmen noch nicht absehbar. Aus meiner Sicht sollte der Stichtag deshalb auf den 29. Februar 2020 festgesetzt werden.

⁵⁶ ENZ, *op. cit.* Fn. 17, Rz. 10.

⁵⁷ HAEFELI/GALLI/VISCHER, *op. cit.* Fn. 46, N 68.

⁵⁸ ENZ, *op. cit.* Fn. 17, Rz. 15; Schiedsspruch des Schiedsgerichts Schenkel & Serrago Rechtsanwälte AG vom 30. März 2020, in Mietrechtspraxis (mp), 2020, S. 152 ff., E. 6.4.

⁵⁹ ENZ, *op. cit.* Fn. 17, Rz. 15; ENZ hat sich, soweit ersichtlich, als erster aus dem Fenster gelehnt und sich auf einen Stichtag festgelegt.

Wie einleitend ausgeführt (vorne 3.1), sind Verträge bei einer Veränderung der Verhältnisse grundsätzlich *nicht* anzupassen. Eine Anpassung kommt nur ausnahmsweise in Frage, wenn die Erfüllung des Vertrags für mindestens eine Partei nicht mehr zumutbar ist. Dies ist bei vermögenswerten Leistungen dann der Fall, wenn eine gravierende Äquivalenzstörung eingetreten ist. Gerade bei Dauerschuldverhältnissen stellen sich dabei interessante Fragen. Wenn z.B. ein Wirt die Räume für den Restaurantbetrieb von März 2020 bis Mai 2020 mietete (oder pachtete), und er das Restaurant vom 16. März 2020 bis am 11. Mai 2020 schliessen musste (oder er lediglich einen *Take-Away*-Betrieb mit einem viel geringeren Umsatz aufrechterhalten konnte), ist eine gravierende Äquivalenzstörung evident. Wie verhält es sich aber, wenn der Mietvertrag 2011 mit einer 10-jährigen Laufzeit abgeschlossen wurde und die Schliessung des Restaurants nur rund 2% der gesamten Vertragslaufzeit betrifft? Auch dann liegt eine Äquivalenzstörung vor, doch ist sie im Hinblick auf die gesamte Vertragsdauer wohl nicht gravierend. Freilich kann ein Unternehmen durch hohe Fixkosten auch schon nach zwei oder drei Monaten ohne Einnahmen finanziell an den Anschlag kommen. ENZ spricht sich dafür aus, den Zeitraum, in welchem durch die Veränderung der Verhältnisse vorübergehend ein Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung bestand, abzuwägen gegen den Zeitraum, in welchem es kein Ungleichgewicht gab. Eine gravierende – und damit zur Anpassung berechtigende – Äquivalenzstörung nimmt er an, wenn mehr als 50% der Vertragsdauer von der Veränderung betroffen ist.⁶⁰ Gerade bei langfristigen Verträgen wäre diese Schwelle kaum je erreicht. Bei einem 10-jährigen Mietvertrag würde eine durch Covid-19 bedingte behördliche Betriebsschliessung erst nach fünf Jahren zu einer Anpassung des Mietzinses berechtigen. Derart hohe Anforderungen an die Vertragsanpassung zu stellen, wäre im oben genannten Wirte-Beispiel zu hart. Argumentiert man mit der vertraglichen Lückenfüllung, ist anzunehmen, dass die Parteien – hätten sie den Fall einer pandemiebedingten Betriebsschliessung bedacht – bereits früher eine Anpassung des Mietzinses in Erwägung gezogen hätten. Meines Erachtens sollte eine Anpassung deshalb möglich sein, wenn die gravierende Äquivalenzstörung entweder mehr als 50% der Vertragsdauer betrifft oder sie für mindestens sechs (je nach Bereich allenfalls auch nur drei) Monate besteht. Ob dann effektiv eine Anpassung vorzunehmen ist, ist im Einzelfall zu prüfen. Das Wirte-Beispiel gibt Anlass zu einer weiteren Bemerkung: Der Vermieter ist weiter in der Lage, das Geschäftslokal zum Gebrauch zu überlassen. Seine Pflicht wird vom behördlichen Verbot nicht tangiert. Tangiert ist vielmehr der Mieter, konkret sein Recht, die Sache zu gebrauchen. Man könnte daher argumentieren, es handle sich um ein Risiko, das in die Sphäre des Mieters falle. Wenn man sich aber überlegt, was die Parteien als vernünftige Geschäftsleute vereinbart hätten, wenn sie beim Abschluss des Vertrags damit gerechnet hätten, dass das Lokal während einiger Wochen nicht zum Betrieb eines Restaurants genutzt werden kann, ist es keineswegs abwegig, dass sie eine Reduktion des Mietzinses für diese Zeit vereinbart hätten.⁶¹ Freilich ist dies im Einzelfall zu prüfen. Baut

⁶⁰ ENZ, *op. cit.* Fn. 17, Rz. 22, mit weiterführenden Überlegungen.

⁶¹ Schiedsspruch des Schiedsgerichts Schenkel & Serrago Rechtsanwälte AG vom 30. März 2020, in Mietrechtspraxis (mp), 2020, S. 152 ff., E. 6.

der Mieter nämlich während der Dauer des Mietvertrags um, hat er nicht ohne weiteres Anspruch auf eine Reduktion des Mietzinses (Pachtzinses).

Ebenfalls im Einzelfall zu prüfen sind vertragliche Anpassungsklauseln. Da jeder Vertrag und jede Anpassungsklausel anders ausgestaltet ist, lässt sich an dieser Stelle keine allgemeingültige Aussage machen. Immerhin lässt sich festhalten, dass Covid-19 und die behördlich angeordneten Massnahmen nach den meisten vertraglichen Klauseln wohl als *Force Majeure* gelten dürften.

Keine Anpassung des Vertrags an die veränderten Umstände verlangen kann schliesslich der Schuldner, der mit seiner Leistung noch 2019 oder Anfang 2020 in Verzug fiel und sie dann aufgrund der behördlichen Massnahmen nicht mehr erbringen konnte. Soweit eine Unmöglichkeit vorliegt, hat der Schuldner diese zu vertreten, weil er die Leistung nicht rechtzeitig erbracht hat (vgl. Art. 103 OR).

6. Überlegungen zu Verträgen im Umfeld des Luftrechts

Die Covid-19-Pandemie hat massive Auswirkungen auf die Luftfahrt. Dementsprechend stellt sich bei vielen Verträgen im luftrechtlichen Umfeld die Frage, ob und inwiefern sie an die geänderten Verhältnisse anzupassen sind.

Die Einschränkungen bei der Ein- und Ausreise wirkten sich unmittelbar auf die Flüge aus. Für den Passagier stellte sich die Frage, ob er vom Flug zurücktreten kann, wenn er am Bestimmungsort nicht (mehr) einreisen darf, wenn das Ferienhotel geschlossen ist oder wenn er zunächst in Quarantäne müsste? Für die Fluggesellschaft stellte sich die Frage, ob sie einen Flug annullieren kann, wenn es sich wirtschaftlich nicht lohnt, ihn durchzuführen und, wenn ja, welche Rechtsfolgen die Annullation nach sich zieht? Stellt die Covid-19-Pandemie bzw. stellen die behördlichen Massnahmen einen aussergewöhnlichen Umstand im Sinn von Art. 5 Abs. 3 der Verordnung 261/2004⁶² dar, der die Fluggesellschaft von der Pflicht zur Zahlung einer Ausgleichsleistung befreit? All diese und weitere Fragen werden sicher noch rechtlich aufgearbeitet werden. Da der Beförderungsvertrag zwischen dem Passagier und der Fluggesellschaft ein Einmalschuldverhältnis ist, wird an dieser Stelle nicht weiter auf diese Fragen eingegangen. Im Fokus dieses Aufsatzes stehen die Dauerschuldverhältnisse.

Im Umfeld des Luftrechts gibt es verschiedenste Dauerverträge (Dauerschuldverhältnisse). Lediglich beispielhaft seien die *Wet-Lease-* oder *Dry-Lease-Arrangements*, mit denen ein Luftfahrzeug – mit oder ohne Personal, Wartung und Versicherung – einer Fluggesellschaft für eine bestimmte Zeit überlassen wird, oder die Leasing- und anderen Verträge zur Flugzeugfinanzierung genannt. Auch *Ground-Handling-Agreements*

⁶² Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 (ABl. L 46 vom 17. Februar 2004, S. 1 ff.).

mit einer bestimmten Laufzeit gehören dazu. Es würde den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen, all diese Verträge im Einzelnen zu untersuchen. Zudem ist *Wet-Lease* nicht gleich *Wet-Lease* und auch Finanzierungsverträge kommen in allen Schattierungen vor. Selbst innerhalb eines Vertragstyps lassen sich kaum allgemeingültige Aussagen machen. Jeder Fall ist ein Einzelfall.

Wichtig ist zunächst die Feststellung, dass das Luftrecht kein «Sonder-Recht» ist, für das in Bezug auf die Vertragsanpassung eigene Regeln gälten. Weder das Montrealer Übereinkommen (MÜ)⁶³ noch die Lufttransportverordnung (LTrV)⁶⁴ oder die Verordnung 261/2004, noch, soweit ersichtlich, ein anderer luftrechtlicher Erlass enthalten Vorschriften zur Anpassung von Verträgen an veränderte Verhältnisse. Weder die Internationalität des Luftrechts noch seine Durchdringung durch öffentlichrechtliche Vorschriften spielen eine Rolle. In Bezug auf die Vertragsanpassung gilt gerade nichts Spezielles. Vielmehr sind die oben dargestellten allgemeinen Instrumente auch im Luftrecht anwendbar.

Auch wenn jeder Fall ein Einzelfall ist, so lassen sich aus den oben angeführten Bundesgerichtsurteilen in Krisenzeiten einige Schlussfolgerungen ziehen, die für die Beurteilung luftrechtlicher Dauerschuldverhältnisse im Einzelfall relevant sein können.

Als die Spinnerei im «Baumwollgarn-Fall» die Ware aufgrund der veränderten Verhältnisse für das Dreifache des mit dem Käufer vereinbarten Preises hätte einkaufen müssen, bejahte das Bundesgericht eine nachträgliche Unmöglichkeit. Im «Kaspar-Escher-Haus-Fall» erachtete es eine Erhöhung der Heizungskosten, die 26% des Mietzinses ausmachte (die Heizungskosten stiegen von 7% auf 33% des Mietzinses), für ausreichend, um den Vertrag anzupassen; im «Vierwaldstättersee-Fall» genügte ein Rückgang der Passagierzahlen um 44% und der Einnahmen um 52% und im «Wohnhäuser-Fall» eine Erhöhung der Lohn- und Materialkosten um 60% (vorne 4.). Am Flughafen Zürich wurden im April 2020 99% und im Mai 2020 98.4% weniger Passagiere abgefertigt als im Vorjahr; bei der Swiss brach der Umsatz im zweiten Quartal 2020 um 83% ein (vorne 2.). Bei anderen Flughäfen und Fluggesellschaften sieht die Bilanz ähnlich aus. Der pandemiebedingte Rückgang des Passagieraufkommens und der Umsätze ist um einiges höher als im «Vierwaldstättersee-Fall». Ein Vergleich mit diesen Bundesgerichtsurteilen legt nahe, dass in vielen Fällen eine Vertragsanpassung in Betracht kommt.

Bei den vor März 2020 abgeschlossenen Verträgen war Art und Umfang der behördlichen Massnahmen noch nicht absehbar. Auch unter diesem Aspekt ist eine Anpassung der luftrechtlichen Verträge denkbar.

Im Einzelfall wird genau zu prüfen sein, ob die aufgrund der Pandemie geänderten Verhältnisse so lange anhalten, dass mit Blick auf die gesamte Vertragsdauer eine gravierende Äquivalenzstörung vorliegt.

⁶³ Übereinkommen zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr, abgeschlossen am 28. Mai 1999 in Montreal, für die Schweiz in Kraft getreten am 5. September 2005, SR 0.748.411.

⁶⁴ Verordnung vom 17. August 2005 über den Lufttransport, SR 748.411.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine Anpassung möglich, wenn das Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung entweder mehr als 50% der Vertragsdauer betrifft oder für mindestens sechs (allenfalls drei) Monate besteht (vorne 5.). Bei einem Vertrag mit einer Laufzeit von fünf oder zehn Jahren dürfte ein Rückgang der Passagierzahlen und des Umsatzes allein im zweiten Quartal 2020 grundsätzlich noch keine Anpassung rechtfertigen. Da eine schnelle Erholung unwahrscheinlich erscheint und der Umsatz auch in den nächsten Monaten, wenn nicht Jahren, zwar nicht gleich stark, aber doch erheblich tiefer liegen dürfte, ist eine Anpassung auch insofern denkbar.

Eine Anpassung des Vertrags bedeutet allerdings nicht, dass die Vergütung auf null herabzusetzen wäre, wenn eine Fluggesellschaft ihre Flüge streichen musste. Dies wäre insbesondere dann nicht gerechtfertigt, wenn auch der Vertragspartner unter der Situation leidet oder er Ausgaben hat, die weiterlaufen. Wenn etwa beim Finanzierungsleasing der Leasinggeber seinerseits das Geld aufnehmen und dafür Zinsen zahlen muss, ist eine Herabsetzung des Leasingzinses auf null keine Option.

Anders als das Restaurant, das geschlossen bleiben muss (vorne 5.), darf das im Rahmen eines *Wet-Lease*-Vertrags gecharterte Flugzeug fliegen. Das Flugzeug kann zum vorgesehenen Vertragszweck verwendet werden, es liegt insofern kein Mangel vor. Aufgrund der veränderten Verhältnisse wäre es aber nicht mehr wirtschaftlich zu fliegen. Dieses Risiko fällt grundsätzlich in die Sphäre der Fluggesellschaft.⁶⁵ Dennoch ist zu prüfen, ob der Preis mittels der *clausula rebus sic stantibus* anzupassen ist. Es ist ohne weiteres vorstellbar, dass die Parteien als vernünftige Geschäftsleute eine Reduktion des Preises oder eine sonstige Anpassung des Vertrages vorgesehen hätten, wenn sie beim Abschluss des Vertrags damit gerechnet hätten, dass das Flugzeug für mehrere Monate nicht eingesetzt werden kann. Hier ist im Einzelfall zu beurteilen, für welchen Zeitraum der Vertrag abgeschlossen wurde und wie lange das Flugzeug nicht eingesetzt werden kann; in die Abwägung wird auch einzubeziehen sein, welche Kosten dem Leasinggeber in dieser Zeit anfallen (Flugzeugfinanzierung, Lohnkosten, Unterhalt etc.).

Letztlich ist die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* immer ein Einzelfallentscheid. Es geht darum, ob die Fortführung eines konkreten Vertrags unzumutbar geworden ist. Die Antwort ist für den konkreten Vertrag zu geben: ob und wie er anzupassen ist. Die obigen Überlegungen führen aber zum Schluss, dass (auch) bei den Verträgen im Umfeld des Luftrechts eine Anpassung durchaus denkbar ist.

7. Schlussfolgerungen

Die Covid-19-Pandemie kann zu einer Anpassung von Dauerschuldverhältnissen im luftrechtlichen Umfeld berechtigen. Doch ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Verhältnisse nach dem Vertragsabschluss

⁶⁵ Vgl. den Schiedsspruch des Schiedsgerichts Schenkel & Serrago Rechtsanwälte AG vom 30. März 2020, in Mietrechtspraxis (mp), 2020, S. 152 ff., E. 2.4. Das Schiedsgericht bejahte in jenem Fall einen Mangel der Mietsache.

geändert haben, ob die Änderung der Verhältnisse nicht voraussehbar war und ob eine gravierende Äquivalenzstörung eingetreten ist. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist eine Anpassung des Vertrags gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* – oder je nachdem aufgrund spezieller Gesetzesvorschrift, nach Art. 119 OR oder eine Kündigung aus wichtigem Grund – möglich.