
Sachenrechtlich begründete Unmöglichkeit¹

Alfred Koller

Schwerpunkte im wissenschaftlichen Wirken der Geehrten sind das Familien- und das Schuldrecht. Doch sind die Interessen der Jubilarin weiter gespannt, nur schon wegen ihrer ausgeprägt «rechtsvergleichenden Ader». Ich nehme daher nicht an, dass sie sich durch den sachenrechtlichen Bezug meines an sich schuldrechtlichen Themas von der Lektüre abschrecken lassen wird. Damit will allerdings keineswegs gesagt sein, dass der Aufsatz eine Lektüre verdient.

I. Anfängliche Unmöglichkeit

Im Folgenden interessiert der Fall, dass einer Vertragspartei die Leistung von Anfang an unmöglich ist (Art. 20 OR), und zwar aus sachenrechtlichen Gründen. Das ist kein alltägliches Phänomen, aber immerhin belegt gerade die neuste Rechtsprechung, dass die anfängliche sachenrechtliche Unmöglichkeit durchaus eine gewisse praktische Relevanz hat (BGE 133 III 311, 135 III 103).

1. *Begriff und Tatbestände anfänglicher (sachenrechtlich bedingter) Unmöglichkeit*

Im schweizerischen Recht können bekanntlich nicht beliebige dingliche Rechte begründet werden. Vielmehr besteht ein Typenzwang. (Schuld-)Verträge, die auf die Begründung nicht begründbarer dinglicher Rechte gerichtet sind, bilden den Hauptfall sachenrechtlich bedingter anfänglicher Unmöglichkeit (Art. 20 OR).

Zu denken ist beispielsweise an einen Dienstbarkeitsvertrag, bei dem ein nach Art. 730 Abs. 1 ZGB unzulässiges Unterlassen (z.B. ein Konkurrenzverbot) Gegenstand der Dienstbarkeit sein soll² oder bei dem zwar ein zulässiges Unterlassen zum Gegenstand der Dienstbarkeit gemacht, die Unterlassungspflicht jedoch mit einer nicht bloss nebensächlichen positiven Leistungspflicht gekoppelt wird (Art. 730 Abs. 2 ZGB).³ Ein weiteres Beispiel gibt BGE 135 III 103⁴ ab. Hier wurde erkannt, dass der Veräusserer einer Sache die Weiterveräusserung nicht in

1 Zu diesem Thema siehe auch schon KOLLER, *Berührungspunkte zwischen Schuld- und Sachenrecht*, SJZ 2010, 212 f.

2 Siehe z.B. BGE 123 III 337; siehe ferner WOLF/GENNA, *Einschränkungen gewerblicher Tätigkeiten durch Dienstbarkeiten*, FS Bucher, Bern/Zürich 2009, 839, 841 ff.

3 Vgl. BGE 106 II 315, wo wohl zu Unrecht Nebensächlichkeit der positiven Leistungspflicht angenommen wurde («Teppichlegefall»).

4 Siehe zu dieser Entscheidung KOLLER, *Sachenrecht, Entwicklungen 2008*, Bern 2009, 21 ff.

dinglicher Weise an seine Zustimmung knüpfen kann; eine entsprechende Vereinbarung verstösst gegen den sachenrechtlichen Typenzwang und weist daher einen unmöglichen Inhalt auf.⁵

Es gibt daneben aber auch Fälle, in denen die Unmöglichkeit nicht in einem Verstoss gegen den Typenzwang zu sehen ist. Beispielsweise lässt sich das Eigentum an einem Gebäude nicht so zwischen dem Grundeigentümer und einem Dritten aufteilen, dass der Grundeigentümer qua Akzessionsprinzip (Art. 642 ZGB) und der Dritte durch Einräumung eines Baurechts berechtigt sind. Ein auf Begründung einer derartigen Rechtskombination gerichteter Vertrag hat einen unmöglichen Inhalt (BGE 133 III 311 = Praxis 2007 Nr. 125).

BGE 133 III 311 lag folgender Sachverhalt zugrunde: X war Eigentümer der Liegenschaft yyy, auf der sich eine grosse Villa befindet. Nach seinem Tode ging die Liegenschaft in das Eigentum der Erbin D über. In der Folge kam D mit den übrigen Erben (A, B und C) überein, dass die Villa zu je einem Viertel Eigentum aller vier Erben werden solle. Zu diesem Zweck schlossen A, B, C und D einen Baurechts(dienstbarkeits)vertrag; als Begünstigte wurden A, B und C bezeichnet, dies in der Annahme, ein Viertel des Eigentums an der Villa verbleibe der Erbin D als Eigentümerin der Villenliegenschaft. Das Bundesgericht stellte fest, der von A, B, C und D geschlossene Baurechtsvertrag habe einen rechtlich unmöglichen Inhalt. Denn das Eigentum an einem Gebäude könne nicht in der Weise aufgeteilt werden, dass drei Viertel an die Baurechtsberechtigten gehen und ein Viertel dem Eigentümer des dienstbarkeitsbelasteten Grundstücks verbleibe. «Rechtlich betrachtet ist bei Bestehen einer Baurechtsdienstbarkeit das Eigentum an einem Bauwerk untrennbar mit der Baurechtsberechtigung verbunden, das heisst dass der Eigentümer des Bauwerks nur der Inhaber der Baurechtsdienstbarkeit sein kann. ... Dem Eigentümer des belasteten Grundstücks kann somit nicht das (Kollektiv-Eigentum) an dem Bauwerk zugesprochen werden, ohne dass er auch Mitinhaber der Baurechtsdienstbarkeit ist.»⁶

2. Die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit

Verstösst ein Vertrag gegen den sachenrechtlichen Typenzwang oder weist er sonstwie einen sachenrechtlich unzulässigen Inhalt auf, so ist er ganz oder teilweise nichtig (Art. 20 OR). In Frage kommt auch eine modifizierte Teilnichtigkeit oder eine «modifizierte Ganznichtigkeit» (Konversion)⁷.⁸ Im letzteren Fall wird

5 Siehe ferner etwa ZBGR 1995, 40 ff.; BGE 103 II 176; BGE 111 II 134 E. 1 (Einräumung eines Baurechts an einem Teil einer Doppelgarage, die baulich und funktionell eine Einheit bilden) und – aus der deutschen Rechtsprechung – den Entscheid des OLG München, abgedruckt in JuS 2010, 72 f. Hier wurde festgestellt, dass mehrere Niessbraucher nicht als Mitberechtigte gemäss § 432 BGB in das Grundbuch eingetragen werden können. Der Vertrag, der die Begründung eines solchen Rechts zum Inhalt hat, hat einen (rechtlich) unmöglichen Inhalt.

6 BGE 133 III 311, 318.

7 Zur Umschreibung der Konversion als «modifizierte Ganznichtigkeit» siehe KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2009, § 13 N 93.

8 Siehe zur Rechtslage im Falle anfänglicher Unmöglichkeit im Einzelnen SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, N 64.02 ff.; KOLLER (Fn. 7), § 13 N 68 ff.

der ungültige Vertrag in einen gültigen, sachenrechtlich zulässigen Vertrag umgedeutet und mit dem neuen Inhalt aufrechterhalten.⁹

Zur Illustration sei nochmals BGE 133 III 311 herangezogen: Nachdem das Bundesgericht die rechtliche Unmöglichkeit des Baurechtsvertrags festgestellt hatte, äusserte es sich zu den rechtlichen Folgen der Unmöglichkeit. Diese bestand primär darin, dass der Vertrag so wie abgeschlossen keine Geltung hatte. Er konnte jedoch nach der zutreffenden Auffassung des Bundesgerichts in einen gültigen Baurechtsvertrag zugunsten von A, B, C und D (statt bloss von A, B und C) umgedeutet werden.¹⁰

Im Folgenden interessiert nur mehr die Konversion. Ob eine solche zulässig ist, beurteilt sich nach Art. 20 Abs. 2 OR, also nach dem hypothetischen Vertragswillen (vgl. § 140 BGB), doch kann sich eine Partei nach Treu und Glauben gegen eine für sie günstige Konversion nicht zur Wehr setzen, mag ihr hypothetischer Parteiwille auch in eine andere Richtung gehen.^{11 12}

Beispiel: A schliesst mit B einen «Grunddienstbarkeitsvertrag», wonach er sich bereit erklärt, die auf seinem Grundstück befindliche Quelle für CHF 10 000.– zu fassen und mittels Rohrleitungen auf das Grundstück des B zu leiten. Die positive Leistungspflicht des A dürfte hier den nach Art. 730 Abs. 2 ZGB zulässigen Rahmen sprengen, eine Dienstbarkeit somit nicht begründbar sein.¹³ Allenfalls kommt eine Konversion in einen Grundlastvertrag in Betracht, falls der «Dienstbarkeitsvertrag» öffentlich beurkundet wurde (Art. 783 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 657 ZGB; BGE 93 II 290 E. 6a). Sicher aber ist, dass B die Konversion in einen rein obligatorischen Vertrag (unter Beibehaltung des abgemachten Entgelts) verlangen kann. Denn einerseits wäre A mit einem solchen Vertrag sicher einverstanden gewesen, wenn B ihm seinerzeit einen entsprechenden Vorschlag anstelle des Dienstbarkeitsvertrages gemacht hätte, und andererseits kann A nach Treu und Glauben nicht einwenden, B hätte sich bei Vertragsabschluss mit einer obligatorischen Verpflichtung nicht zufrieden gegeben. Im erwähnten BGE 93 II 290 ist das Bundesgericht mit Selbstverständlichkeit, d.h. ohne die Grundsätze über die Konversion anzurufen, vom Bestand einer obligatorischen Verpflichtung ausgegangen.

Vermittelt die Konversion eines Vertrags einen dinglichen Anspruch, so kann dieser Anspruch nicht mittels blosser Grundbuchanmeldung durchgesetzt werden. Denn der Grundbuchverwalter darf und muss sich angesichts seiner beschränkten Kognition darauf beschränken, einigermassen klar gefasste Ansprüche einzutragen. Hingegen kann der Anspruchsberechtigte seinen Anspruch mittels Gestaltungsklage durchsetzen (Art. 665 Abs. 1 ZGB) und in der Folge das durch das Urteil entstandene dingliche Recht eintragen lassen (Art. 665 Abs. 2 ZGB).¹⁴ Der Eintrag hat diesfalls zwar lediglich deklaratorische Bedeutung, doch kann erst nach der

9 BGE 133 III 311 E. 3.4; siehe auch SCHWENZER (Fn. 8), N 64.07a.

10 BGE 133 III 311 hat noch spezifisch sachenrechtliche Komponenten, welche hier ausgeklammert bleiben; siehe dazu KOLLER, Sachenrecht, Entwicklungen 2007, Bern 2008, 58 ff.

11 Siehe SCHÖLL, Die Konversion des Rechtsgeschäfts, Diss., Basel 2005, N 498; KOLLER (Fn. 7), § 13 N 81 ff.

12 Ferner ist zu beachten, dass eine Konversion nach dem Zweck der die Nichtigkeit begründenden Norm ausgeschlossen sein kann (BGE 126 III 182, 184 E. 3b).

13 Vgl. BGE 93 II 290 E. 6a.

14 Siehe KOLLER, Sachenrecht, Entwicklungen 2009, Bern 2010, 75.

Eintragung über das – durch das Urteil ausserbuchlich entstandene – Recht verfügt werden (Art. 656 Abs. 2 ZGB).

II. Nachträgliche Unmöglichkeit

Im Folgenden interessiert die nachträgliche dauerhafte (Leistungs-) Unmöglichkeit, soweit sie sachenrechtlich begründet ist. Solche Fälle spielen in der Theorie, auch in den Lehrbüchern, eine grössere Rolle als in der praktischen Rechtsanwendung. Sie kommen aber vor, wie neustens BGE 135 III 212 belegt. Eine sachenrechtlich begründete Unmöglichkeit untersteht rechtlich dem Unmöglichkeitsrecht (insbesondere Art. 97 und 119 OR), doch ist dies nicht unbestritten. Bevor auf diese Streitfrage – hinten 2. – eingegangen wird, ist der Begriff der Unmöglichkeit zu klären.

1. *Begriff und Tatbestände nachträglicher (sachenrechtlich bedingter) Unmöglichkeit*

Sachenrechtlich begründet ist die (nachträgliche) Unmöglichkeit namentlich dann, wenn der Schuldner seiner Leistungspflicht aus sachenrechtlichen Gründen nicht nachkommen kann, obwohl er bei Vertragsabschluss dazu noch imstande gewesen wäre. Zu denken ist an den Fall, dass durch eine Rechtsänderung die geschuldete sachenrechtliche Verfügung nachträglich ausgeschlossen wird. Viel bedeutsamer aber und nachstehend allein noch von Interesse sind Fälle, in denen der Schuldner nachträglich die für die Erfüllung notwendige dingliche Verfügungsbefugnis an einen Dritten verliert. Es geht also durchwegs um Fälle bloss subjektiver Unmöglichkeit, könnte doch der dinglich Berechtigte erfüllen. Zu denken ist etwa an den Fall, dass der Eigentümer einer Sache einen Kaufvertrag nicht erfüllen kann, weil er die verkaufte Sache nachträglich nochmals verkauft und dem Zweitkäufer übereignet hat. Unmöglichkeit im hier verstandenen Sinne ist freilich nur gegeben, wenn der Zweitkäufer unter keinen Umständen bereit ist, die Sache herauszugeben, um so dem Verkäufer die Erfüllung des ersten Kaufgeschäfts zu ermöglichen. Wäre er hierzu bereit, jedoch nur unter Bedingungen, deren Erfüllung dem Schuldner unzumutbar ist, so handelt es sich um bloss sog. Unzumutbarkeit, welches vom Begriff der (subjektiven) Unmöglichkeit auszunehmen ist.¹⁵

In BGE 135 III 212 ging es um Folgendes: Der Eigentümer eines Grundstücks (E) hatte sich gegenüber einem Dritten (Z) verpflichtet, im Falle einer Überbauung seines Grundstücks eine Höhenbeschränkung von 8.5 m einzuhalten. In der Folge begründete er Stockwerkeigentum, verkaufte einzelne Stockwerkeinheiten und errichtete auf dem Grundstück ein Gebäude. Dessen

15 BGE 135 III 212 E. 3.1; siehe auch KOLLER (Fn. 7), § 53 N 6; ferner – zum deutschen Recht – FEHRE, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung, Diss., Hamburg, Berlin 2005, 23.

Dachoberkante lag gerade noch innerhalb der Höhenbeschränkung, hingegen überschritten drei Aufbauten die maximal zulässige Höhe. Hierauf verlangte Z von E die Beseitigung der Aufbauten, eventualiter Schadenersatz. Das angerufene Gericht hiess das Hauptbegehren gut, die zweite Instanz wies es ab, das Bundesgericht hat dem Hauptbegehren unter Annahme subjektiver Unmöglichkeit ebenfalls nicht stattgegeben. Es ging davon aus, dass der Rückbau entweder der Zustimmung aller Stockwerkeigentümer bedürft hätte (Art. 647e Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB) oder doch zumindest einen Mehrheitsbeschluss erforderlich gemacht hätte (Art. 647d Abs. 1 ZGB). Eine Mehrheit, geschweige denn Einstimmigkeit, wäre jedoch keinesfalls zu erreichen gewesen.¹⁶

In BGE 135 III 212 hat das Bundesgericht zum Begriff der subjektiven Unmöglichkeit Folgendes ausgeführt: «Die Leistung ist namentlich dann subjektiv unmöglich, wenn nach Treu und Glauben im Verkehr dem Schuldner die weitere Erfüllung nicht mehr zumutbar ist (BGE 82 II 332, 338 E. 5). Dabei genügt jedoch nicht, dass die Leistung bloss erheblich erschwert ist; das Leistungshindernis muss sich für den Schuldner vielmehr als geradezu unüberwindbar herausstellen.»¹⁷ Diese Präzisierung der Unzumutbarkeit («Dabei genügt jedoch nicht ...») beinhaltet in Wirklichkeit eine Praxisänderung.¹⁸ Denn in BGE 82 II 331 war zwar dem Schuldner die Leistung erheblich erschwert, doch war das Leistungshindernis keineswegs «geradezu unüberwindlich». Es wurde daher zu Unrecht Unmöglichkeit i.S.v. Art. 97 bzw. 119 OR angenommen.¹⁹

16 Die Vorinstanz hatte nämlich – für das Bundesgericht verbindlich (Art. 105 BGG) – festgestellt, dass die anderen Stockwerkeigentümer einer Entfernung der Dachaufbauten freiwillig nicht zustimmen würden, auch nicht gegen Leistung einer Entschädigung (nicht publizierte E. 2 des referierten Entscheids). – Nach PICHONNAZ (Le point sur la partie générale du droit des obligations, SJZ 2010, 194) – liegt in einem solchen Fall objektive Unmöglichkeit vor, nicht, wie hier vertreten, subjektive.

17 BGE 135 III 212, 218.

18 Solche stillschweigenden Praxisänderungen sind keine Seltenheit (siehe PROBST, Die Änderung der Rechtsprechung, Diss., St. Gallen 1992, 184). Aus der neueren Zeit siehe nebst BGE 135 III 212 z.B. BGE 134 III 497 (dazu WALTER, ZBJV 2009, 856: «Der Berichtsentcheid wird als «Präzisierung der Rechtsprechung» ausgegeben, enthält aber doch eine eigentliche Praxisänderung») und BGE 135 III 295 (= Praxis 2009 Nr. 121). Zur rechtlichen Problematik stillschweigender Praxisänderungen siehe PROBST (a.a.O., 188 f.): «Wie unschwer zu erkennen ist, läuft ein verschleiertes Vorgehen bei der Vornahme einer Rechtsprechungsänderung nicht nur tragenden Prinzipien der Rechtsordnung zuwider – wie z. B. der Rechtsgleichheit, der Rechtssicherheit und dem Grundsatz von Treu und Glauben –, sondern stellt indirekt auch die im Rechtsstaat von einem höchstinstanzlichen Gericht zu verlangende richterliche Integrität in Frage. Soweit eine höchstrichterliche Instanz daher bewusst (!) in *stillschweigender* Form von ihrer Rechtsprechung abweicht, bleibt ihr der Vorwurf nicht erspart, dass sie von einem fragwürdigen richterlichen Selbstverständnis ausgeht, das ihrem hohen Amte nicht gerecht wird.»

19 Die in BGE 135 III 212 geänderte Praxis entspricht, wie vom Bundesgericht zutreffend erwähnt, der Praxis in den Nachbarrechtsordnungen (ERNST, in: SÄCKER/RIXECKER [Hrsg.], Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 5. Aufl., München 2007, § 275 BGB Rn. 53 [zum deutschen Recht]), MEMMO, in: GALGANO [Hrsg.], Commentario breve al Codice civile, Piacenza 2006, Art. 1218 CCit N 6 [zum italienischen Recht]; REISCHAUER, in: RUMMEL [Hrsg.], Kommentar

In BGE 82 II 332 hatte Äschbacher seinem Schwiegervater Jaussi das Recht eingeräumt, lebenslang im seinem Hause Wohnung zu nehmen. Dabei gingen beide Parteien davon aus, die Ehe Äschbachers mit der Tochter von Jaussi werde nie geschieden. Als es dann doch zur Scheidung kam, wollte Äschbacher den Jaussi nicht mehr in seinem Hause wohnen lassen. Das Bundesgericht nahm an, Äschbacher sei seine Leistung (Zurverfügungstellung der Wohnung) unmöglich geworden. Falls er die Scheidung verschuldet habe, hafte er Jaussi nach Art. 97 OR auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses, nämlich des entgangenen Wohnrechts. Von Unmöglichkeit konnte indes nicht die Rede sein. Hingegen war Äschbacher die Leistung unzumutbar geworden, was ihm das Recht gab, die Wohnrechtsvereinbarung aufzulösen (vgl. hinten B., zweiter Absatz).

In BGE 84 II 6, auf den sich das Bundesgericht in BGE 135 III 212 ebenfalls beruft, war zwar subjektive Unmöglichkeit gegeben, und diese war zudem – anders als in BGE 82 II 332 – sachenrechtlich begründet, doch stand keineswegs fest, dass es sich um eine dauerhafte Unmöglichkeit handelte. Es wurde daher wiederum zu Unrecht Unmöglichkeit i.S.v. Art. 97 bzw. 119 OR angenommen.

In BGE 84 II 6 hatte A dem B versprochen, auf seiner Liegenschaft einen Weg zu erstellen. In der Folge verkaufte er die Liegenschaft an einen Dritten, ohne diesem die Bauverpflichtung zu überbinden. Das Bundesgericht hat Unmöglichkeit angenommen, ohne zu prüfen, ob B – allenfalls gegen Entschädigung – bereit gewesen wäre, dem A die Erfüllung seiner Bauverpflichtung zu gestatten. Ähnlich verhielt es sich in BGE 104 II 198: V hatte sein Grundstück dem K und nachträglich auch noch dem X verkauft. In der Folge erfüllte er den zweiten Kaufvertrag. Das Bundesgericht hat angenommen, V könne den ersten Vertrag nicht mehr erfüllen, ohne zu prüfen, ob X allenfalls bereit gewesen wäre, das Grundstück dem ersten Käufer zu übereignen und damit dem V die Erfüllung seiner Schuld zu ermöglichen.

2. Die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit

Wird dem Schuldner die Leistung dauernd unmöglich, so fällt seine Leistungspflicht *eo ipso* dahin (*impossibillum nulla obligatio est*; Art. 119 Abs. 1 OR). Trifft ihn ein Verschulden, wird er nach Art. 97 OR schadenersatzpflichtig, andernfalls kommen die Regeln über die Gefahrtragung (Art. 119 Abs. 2 und 3 OR) zum Tragen.²⁰ Das ist für die objektive Unmöglichkeit unbestritten, gilt aber m.E. auch für die hier interessierende subjektive Unmöglichkeit, insbesondere die sachenrechtlich begründete.²¹ Andere wollen stattdessen Schuldnerverzugsrecht zur An-

zum ABGB, § 920 ABGB Rn. 10 [zum österreichischen Recht]). Sie entspricht aber auch, was das Bundesgericht unerwähnt lässt, der hiesigen Lehre, jedenfalls der herrschenden (siehe z.B. BaslerKurzKomm/THIER, Art. 97 OR N 9; KOLLER [Fn. 7], § 53 N 6).

20 Vorbehalten bleiben Fälle, in denen die Unmöglichkeit vom Gläubiger zu vertreten ist; siehe dazu KOLLER (Fn. 7), § 54 N 157 ff.; GIGER, Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Diss., St. Gallen 1992, 75 ff.

21 Ebenso auch SCHWENZER (Fn. 8), N 63.13. Diese Auffassung dürfte die herrschende sein (Nachweise bei COENDET, Subjektive Unmöglichkeit als regulatives Prinzip – Über die Funktion der subjektiven Leistungsunmöglichkeit als notwendiges systematisches Regulativ gegenüber dem Schuldnerverzug, recht 2009, 128, 129 Anm. 3).

wendung bringen.²² Folgt man dieser Auffassung, so fällt die Pflicht des Schuldners, in natura zu leisten, nicht *eo ipso* mit Eintritt der Unmöglichkeit dahin. Vielmehr setzt der Dahinfall der Leistungspflicht voraus, dass der Gläubiger auf die Erfüllung verzichtet (Art. 107 Abs. 2 OR). Indes ist schwer zu ersehen, welchen Sinn eine Verzichtserklärung machen soll, wenn einmal feststeht, dass der Schuldner nicht leisten kann, und das definitiv. Wenn es daher in dem vom Bundesgericht in BGE 135 III 212 beurteilten Fall tatsächlich so war, dass sich die Stockwerkeigentümergeinschaft keinesfalls hätte dazu bewegen lassen, dem Rückbau zuzustimmen, so ist nicht ersichtlich, weshalb die Leistungspflicht bis zu einem allfälligen Leistungsverzicht des Klägers hätte fortbestehen sollen. Vielmehr war dann ohne weiteres vom Dahinfall der Leistungspflicht auszugehen.^{23 24} Das Bundesgericht hat in BGE 135 III 212 ebenfalls auf das Unmöglichkeitsrecht abgestellt, allerdings ohne Erwähnung des Theorienstreits.

Exkursweise sei kurz auf die rechtliche Behandlung der Unzumutbarkeit eingegangen. Früher hat das Bundesgericht – wie erwähnt – Unmöglichkeitsrecht zur Anwendung gebracht.²⁵ In BGE 135 III 295 E. 6²⁶ hat es stattdessen die *clausula rebus sic stantibus* herangezogen. Diese Praxisänderung, welche vom Bundesgericht freilich nicht als solche bezeichnet wird, ist aus meiner Sicht zu begrüßen.²⁷ Ist somit die Leistung dem Schuldner nicht unmöglich, aber unzumutbar geworden, so kommt je nach den konkreten Umständen eine Vertragsauflösung oder Vertragsanpassung in Frage.²⁸ Vorbehalten sind selbstverständlich Sonderregeln, ins-

22 Siehe z.B. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 9. Aufl., Zürich 2008, N 2575; weitere Nachweise bei COENDET, recht 2009, 128, 129 Anm. 5. COENDET selbst vertritt ebenfalls die «Unmöglichkeitslehre».

23 Vgl. KOLLER (Fn. 7), § 53 N 12.

24 Hätte das Bundesgericht gegenteilig entschieden und den E – wie noch die erste Instanz – zum Rückbau verurteilt, so wäre die reale Vollstreckung des (Leistungs-)Urteils am Widerstand der Stockwerkeigentümergeinschaft gescheitert, immer vorausgesetzt, dass diese sich keinesfalls zum Rückbau hätte veranlassen lassen (siehe vorn Anm. 16). Gegebenenfalls hätte Z an Stelle des geschuldeten Rückbaus Schadenersatz verlangen können (GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, 206, 628; KOLLER [Fn. 7], § 44 N 7 f.). Dasselbe gilt mit Modifikationen auch seit dem Inkrafttreten der ZPO am 1. Januar 2011: Der Gläubiger kann anstelle der gescheiterten Realvollstreckung Schadenersatz oder Umwandlung in eine Geldleistung verlangen (Art. 345 Abs. 1 ZPO).

25 Siehe BGE 82 II 332.

26 BGE 135 III 295 (= Praxis 2009 Nr. 121) betrifft eine ähnliche Problematik wie BGE 82 II 332 (in einem Vorvertrag zu einem Kaufvertrag enthaltene Klausel, worin dem Verkäufer in einem Teil des verkauften Gebäudes ein Wohnrecht eingeräumt wird; nachträglich wird es dem Käufer unzumutbar, den Verkäufer in seinem Haus wohnen zu lassen).

27 KOLLER (Fn. 7), § 54 N 191 ff.

28 Siehe im Einzelnen BernerKomm/KRAMER, Art. 18 OR N 353 ff.; KOLLER (Fn. 7), § 29 N 65 ff.; ferner – mit Bezug auf das Wiener Kaufrecht – SCHWENZER, Die *clausula* und das CISG, FS Bucher, Bern/Zürich 2009, 723, 738 ff.

besondere solche, welche die Vertragsauflösung oder -anpassung aus wichtigen Gründen regeln (z.B. Art. 297 OR; vgl. BGE 38 II 76²⁹).³⁰

29 Dazu KOLLER (Fn. 7), § 53 N 6 Anm. 2.

30 Nachtrag: Nicht mehr berücksichtigen konnte ich BGE 5A_383/2010 vom 10. Dezember 2010, da dieser Entscheid nach dem für die Manuskriptabgabe festgesetzten Termin (Ende Juni 2010 [nicht: 2011]) erschienen ist; siehe dazu meine Bemerkungen in: Sachenrecht, Entwicklungen 2010, Bern 2011, 16-18.