

**OR 97, OR 119, Stellvertretendes Commodum.** Wenn die Erfüllung eines (Miet-)Vertrages gegenüber dem ursprünglichen Vertragspartner unmöglich wird und das Objekt einem Dritten zu einem höheren Preis überlassen wird, schuldet der Leistungspflichtige dem Verletzten die Differenz.

(Sachverhalt:)

Die Beklagten vermieteten den Klägern eine Wohnung in der Stadt Zürich. Eine umfassende Renovation verunmöglichte zeitweise die Benützung der Wohnung. Die Kläger bezogen für diese Zeit eine ihnen gehörende Eigentumswohnung, hatten aber die Absicht, in die gemietete Wohnung zurückzukehren. Nach Ende der Renovation überliessen die Beklagten die Wohnung einem Dritten, der dafür monatlich Fr. 1'000.-- mehr zahlte. Mit einem Befehlsbegehren zur Durchsetzung ihres vertraglichen Anspruches als Mieter unterlagen die Kläger, weil der Richter die verlangte Leistung als unmöglich betrachtete. Sie klagten darauf die Vermieter auf Leistung von Schadenersatz ein.

(Aus dem Entscheid des Obergerichts:)

III. 6. Die Kläger verlangen Schadenersatz gestützt auf Art. 97 OR wegen verschuldeter Nichterfüllung des Vertrages. Dass die Wohnung mit einem behaupteten Marktmietwert von Fr. 4'400.-- pro Monat bei korrekter Vertragsabwicklung den Klägern für Fr. 3'400.-- zur Selbstnutzung zur Verfügung gestanden hätte, hat weder ihre Passiven vermehrt, noch ihre Aktiven vermindert und es ist ihnen auch kein geldwerter Gewinn entgangen, so dass es an einem Schaden fehlt. Die Unmöglichkeit der Nutzung einer Sache ist nämlich nur dann ein Schaden, wenn ein gleichwertiger Nutzen anderswo teurer beschafft werden muss und dies auch getan wird. So hätte es sich etwa verhalten, wenn für eine Wohnung des gleichen Standards wie jene an der G.strasse 30 bei einem anderen Vermieter ein höherer Mietzins zu bezahlen gewesen wäre. Die Kläger haben nichts Derartiges behauptet und könnten dies ausserdem auch nicht tun, weil sie in einer Eigentumswohnung leben. Damit ist unter diesem Aspekten kein Schaden eingetreten. Sie berufen sich ausserdem auf ungerechtfertigte Bereicherung bei Vorliegen eines Rechtsgrundes. Dass ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereiche-

zung bei gegebenem Rechtsgrund entfällt, hat die Vorinstanz bereits dargelegt, worauf im Sinne von § 161 GVG verwiesen werden kann.

7. Auf den Sachverhalt, wie er dem Gericht vorgelegt wird und - wenn nötig - zu beweisen ist, ist das materielle Recht anzuwenden, wozu es nach dem Grundsatz von *iura novit curia* keiner Parteibehauptungen bedarf. Deshalb ist weiter zu prüfen, ob der von den Klägern geltend gemachte Anspruch auf anderen Rechtsgrundlagen bejaht werden muss. In Betracht kommt das sog. stellvertretende Commodum, bei dem der Gläubiger einer nachträglich unmöglich gewordenen Leistung die an deren Stelle getretene Ersatzleistung beanspruchen kann (vgl. z.B. Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 8. Auflage, Zürich 2003, Rz 3248). Da sich weder die Parteien noch die Vorinstanz dazu geäußert haben, wurde den Parteien im Sinne von § 55 ZPO Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

a) Die Kläger führten aus, das stellvertretende Commodum sinngemäss beansprucht zu haben, wenn auch unter dem Titel von Schadenersatz, worauf es nicht ankommen könne. Das stellvertretende Commodum müsse auf ein Unmöglichwerden der Erfüllung zurückgehen, was im vorliegenden Fall zutreffe; hingegen sei nicht erforderlich, dass der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten und der Gläubiger einen Schaden erlitten habe. Der beim Mieter K. erzielte Mietzins entspreche jenem der Mieten an der G.strasse 30. (...)

b) Die Beklagten führen zur Anwendbarkeit der Regeln über das stellvertretende Commodum aus, (...) der Anspruch auf das stellvertretende Commodum entstehe erst, wenn feststehe, dass der Schuldner die Verfügungsmacht definitiv nicht mehr erlangen könne. Dies sei bei einer Weitervermietung, bei der die Verfügungsmacht letztlich vollumfänglich auf den Schuldner zurückgehe, nicht der Fall. Der Wert der unmöglich gewordenen Leistung entspreche dem im Mietvertrag ausgehandelten Betrag, was die Obergrenze des Anspruchs des Gläubigers darstelle und dem positiven Vertragsinteresse entspreche. Selbst wenn man sich dieser Ansicht nicht anschliessen wollte, so sei nicht gesagt, wem das überschüssende stellvertretende Commodum zukomme und weder der Gläubiger noch der Schuldner würden schematisch den Vorzug verdienen. Ohne besondere Umstän-

de sei der Überschuss zu teilen. Die Kläger hätten schon vor dem an sich temporär gedachten Auszug ein Einfamilienhaus in M. erworben und seien auch dort eingezogen. Sie hätten nie beabsichtigt, dieses wieder zu verlassen. Eine Untervermietung wäre aus verschiedenen Gründen nicht in Frage gekommen (Sonderkonditionen an die bisherigen Mieter, Missbräuchlichkeit der Untermiete im Verhältnis zur Hauptmiete). Was das Mietrecht ausschliesse, könne nicht durch die Hintertüre mit dem stellvertretenden Commodum beansprucht werden. Selbst wenn denjenigen Autoren gefolgt würde, die das überschüssende stellvertretende Commodum grundsätzlich dem Gläubiger zuhalten wollten, ergäbe sich daraus für den vorliegenden Fall nichts. Die Kläger hätten bei einer Untervermietung auf Grund zwingender mietrechtlicher Regeln gar nicht mehr verlangen dürfen.

8. Die Regeln über das so genannte stellvertretende Commodum haben ihren Ausgangspunkt in Art. 119 OR, welcher vorsieht, dass der Schuldner einer Forderung, die unverschuldet unmöglich geworden ist, nicht mehr zu leisten hat und dass bei zweiseitigen Verträgen die bereits empfangene Gegenleistung zurück zu erstatten ist. Für den Fall, dass die Unmöglichkeit auf das Verschulden des Schuldners zurückgeht, ist Art. 97 OR anwendbar, wobei die herrschende Lehre zu Recht davon ausgeht, dass das Commodum auch bei verschuldeter Unmöglichkeit der vertraglich geschuldeten Leistung an deren Stelle treten kann (BSK OR I-Wiegand, N. 55 zu Art. 97; von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Zürich 1974, S. 133; Ingeborg Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006, Rz 64.23; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1988, S. 425 f.). Die Anwendbarkeit bei verschuldeter Unmöglichkeit wird damit begründet, dass es eine echte (und damit ausfüllungsbedürftige) Lücke zu schliessen gebe (CR CO I-Thévenoz, N. 61 zu Art. 97) bzw. damit, dass ein Schuldner, der die Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten habe, nicht härter angepackt werden dürfe als derjenige, der die Vertragsverletzung verschuldet habe (von Tuhr/Escher, a.a.O., S. 133; Schwenger, a.a.O., Rz 64.23).

Die Beklagten [haben] im massgeblichen Zeitpunkt nicht davon ausgehen können, dass die Kläger auf die Fortführung des Mietverhältnisses verzichten wollten. Ist es bei der mietvertraglichen Bindung der Parteien aus dem Vertrag von 1999 geblieben, so hätten die Beklagten den Klägern das Mietobjekt zur Verfügung halten müssen (...). Durch die Weitervermietung des Mietobjektes an der G.strasse 30 an den Mieter K. ist die Rückkehr der Kläger in die gemietete Wohnung unmöglich geworden. Dass das Mietobjekt dereinst - bei einem allfälligen Auszug des Mieters K. - wieder in die Verfügungsmacht der Beklagten zurückfällt, ändert nichts daran, dass die Wohnung den Klägern auf absehbare Zeit nicht zur Verfügung gestellt werden konnte.

Auf Ausführungen dazu, ob die Unmöglichkeit verschuldet oder unverschuldet eingetreten ist, kann verzichtet werden, da das stellvertretende Commodum unabhängig davon beansprucht werden kann.

9. Das stellvertretende Commodum ist der Ersatzvorteil bzw. eine Ersatzleistung, welche dem Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung zukommt bzw. zugekommen ist. Die Erlangung des Vorteils muss mit dem Unmöglichwerden der Vertragserfüllung ursächlich zusammenhängen (Bucher, a.a.O., S. 425). Der Anspruch geht bei Unmöglichkeit der geschuldeten Gebrauchsüberlassung auf den vom Dritten geleisteten Ersatz (Paul Pfammatter, Der Anspruch auf das stellvertretende Commodum, Diss. Bern 1983, S. 39, 41). Die Beklagten haben die Wohnung ab 1. Februar 2005 an den neuen Mieter K. vermietet und erhalten dafür eine Gegenleistung, den Mietzins. Nur um diesen [in der Höhe von Fr. 4'400.-- pro Monat] geht es im Folgenden und nicht um das hypothetische Einkommen des Mieters aus einer (nicht zulässigen) Untervermietung. (...)

[10./11.] Auf den genannten Betrag ist als Gegenleistung die geschuldete Miete anzurechnen (zur Gegenleistung vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, a.a.O., Band II, Rz 3250; Schwenger, a.a.O., Rz 64.23). (...)

Die Kläger können den Ersatzvorteil unabhängig von seinem Wert beanspruchen (Schwenger, a.a.O., Rz 64.23; von Tuhr/Escher, a.a.O., S. 132 Anm. 13; Pfammatter, a.a.O., S. 54). In zeitlicher Hinsicht ist bei einer entfallenen Ge-

brauchsüberlassung das Commodum höchstens für diejenige Zeitspanne geschuldet, während der die Beklagten das Mietverhältnis nicht durch Kündigung hätten beenden können. Im Mietvertrag von 1999 ist eine Kündigungsfrist von drei Monaten auf Ende März und Ende September (frühestens auf 1. April 2001) vorgesehen. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass ein mietrechtliches Verfahren betreffend Kündigungsschutz/Erstreckung zwischen den Parteien am 2. Juni 2004 mit einem Vergleich abgeschlossen wurde. Gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. [e] Ziff. 4 OR kann eine Kündigung angefochten werden, wenn diese vor Ablauf von drei Jahren nach Abschluss eines mit dem Mietverhältnis zusammenhängenden Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens erfolgt ist und zwischen den Parteien des Mietverhältnisses ein Vergleich geschlossen wurde, und zwar unabhängig vom Umfang des Nachgebens (vgl. auch BSK OR I-Weber, N. 25 zu Art. 271/271a OR). Der Mietvertrag zwischen den Parteien stand damit unter dem dreijährigen Kündigungsmoratorium. (...) Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die Beklagten die höhere Miete in der Höhe von Fr. 4'400.-- seit dem 1. Februar 2005 beziehen konnten. (...) [Der Mehrerlös für die Beklagten als Vermieter wird mit insgesamt Fr. 32'900.-- ermittelt.]

12. Nach herrschender Ansicht (von Tuhr/Escher, a.a.O., S. 133; Becker, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen [Art. 1 - 183 ff. OR], 2. Auflage, Zürich 1941, N. 26 zu Art. 99 OR; Bucher, a.a.O., S. 425) stehen die Ansprüche - Schadenersatz und stellvertretendes Commodum - dem Gläubiger nicht kumulativ, sondern alternativ zur Verfügung; der Gläubiger, der auf Grund des stellvertretenden Commodum - als Erfüllungssurrogat - einen höheren Betrag beanspruchen kann als er dies auf Grund von Schadenersatz tun könnte, kann letzteren nicht zusätzlich fordern. Die Kläger haben die beiden Ansprüche nebeneinander gefordert. (...)

13. Ist das stellvertretende Commodum geschuldet, so ist das zusätzliche Begehren betreffend die geltend gemachten Rechtsverfolgungskosten, die unzweifelhaft unter dem Gesichtspunkt von eigentlichem Schadenersatz geltend gemacht werden, wegen der Alternativität von Commodum und Schadenersatz abzuweisen. Anzumerken ist, dass dieser, wäre darüber zu entscheiden gewe-

sen, jedenfalls um die den Klägern auferlegten Prozesskosten aus dem audienzrichterlichen Verfahren zu kürzen gewesen wäre. Der Geltendmachung von rechtskräftig auferlegten Kosten- und Entschädigungen im Rahmen eines anschließenden Schadenersatzprozesses steht die Rechtskraft jenes Entscheides entgegen und die Kläger hätten - wären sie mit dem Kostenentscheid des Audienzrichters nicht einverstanden gewesen - diesbezüglich ein Rechtsmittel ergreifen müssen. Die weiteren, unter dem Gesichtspunkt von wirklichem Schadenersatz geltend gemachten Posten (Vorhänge, Schränke und Rattanbett, ISDN-Anlage, zusätzliche Telefonkosten, Kosten von Transport und Einlagerung, nicht näher substantiierte Zusatzaufwendungen), entfallen ohnehin, wie bereits die Vorinstanz zu Recht entschieden hat.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss vom 27. September 2007  
NG060009