



L'Etude
Swiss Lawyers

LAWYERS WITH ATTITUDE



VALENTIN SCHUMACHER
ANWALT, LL.M

L'ETUDE SWISS LAWYERS SNC

FRIBOURG

21, BOULEVARD DE PÉROLLES
CP 656, CH-1701 FRIBOURG
T + 41 (0)58 123 08 00
F +41 (0)26 322 68 42

LAUSANNE

17, RUE DU PORT FRANÇ
CP 960, CH-1001 LAUSANNE
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM
LETUDE@LETUDE.CH



HÖHERE GEWALT (FORCE MAJEURE) IN ZEITEN VON COVID-19 (STAND 28. APRIL 2020)

Trotz der nun erfolgten ersten Lockerungen ist die Coronakrise noch lange nicht ausgestanden. Sollte nicht bald ein Impfstoff gefunden werden, wird das Coronavirus das Wirtschaftsleben noch lange beeinträchtigen und uns weiterhin tagtäglich vor neue Herausforderungen stellen. Dabei werden wir immer wieder mit der Frage konfrontiert, ob das Coronavirus als höhere Gewalt (Force Majeure) eingestuft werden kann und was dies für laufende Vertragsbeziehungen bedeutet.

Das Schweizer Recht regelt die höhere Gewalt nicht ausdrücklich, jedoch wird in verschiedenen Bestimmungen des Obligationenrechts (z.B. Art. 299b OR, 487 OR, 1051 OR, 1131 OR) sowie anderen Gesetzen (z.B. Art. 59a USG, 11 PauRG, 59 SVG, 5 AZG) und Regelwerken privater Natur (z.B. Art. 187 SIA-Norm 118) explizit darauf verwiesen. Danebst bestehen auch vertragliche Force Majeure Klauseln.

Gemäss Bundesgericht wird unter höherer Gewalt ein unvorhersehbares, aussergewöhnliches Ereignis verstanden, das nicht mit dem Betrieb des Haftpflichtigen zusammenhängt und mit unabwendbarer Gewalt von aussen hereinbricht (BGE 102 Ib 257; 111 II 429). Klassische Beispiele hierfür sind Kriege und Naturkatastrophen. Dies gilt jedoch nicht absolut, sondern jeweils nur unter der Voraussetzung, dass sie im Zeitpunkt des Vertragschlusses nicht voraussehbar waren.

Ob auch eine Pandemie wie das Coronavirus als höhere Gewalt eingestuft werden kann, wurde bislang noch nicht abschliessend geklärt. Sicher ist jedoch, dass diese Frage nicht abstrakt, sondern jeweils nur für den jeweiligen konkreten Einzelfall beantwortet werden kann. In der Tat kommt es letztlich darauf an, wie sich das Coronavirus - gekoppelt mit behördlichen Anordnungen - auf die laufenden Vertragsbeziehungen auswirkt.

Dabei gilt es wie folgt zu differenzieren:

a. Für den Fall, dass die Parteien die höhere Gewalt vertraglich geregelt haben

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit erlaubt es den Vertragsparteien, die Fälle höherer Gewalt eigenständig zu regeln. Dies gilt sowohl für die Umschreibung der Ereignisse, die als höhere Gewalt eingestuft werden, als auch für die vertraglichen Konsequenzen. Entsprechend ist in denjenigen Fällen, wo vertragliche Force Majeure Klauseln bestehen, der jeweilige konkrete Wortlaut derselben massgebend.

b. Für den Fall, dass die Parteien die höhere Gewalt nicht vertraglich geregelt haben

- Falls die Corona Pandemie zu einer nachträglichen dauerhaften Unmöglichkeit der Leistung führt:

Soweit eine Leistung durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, dauerhaft unmöglich geworden ist, gilt die Forderung nach Art. 119 OR als erloschen und der Schuldner muss seine Leistung nicht mehr erbringen.

Bei zweiseitigen Verträgen wirkt die Befreiung wechselseitig, d.h. die Pflicht aus Leistung und Gegenleistung gehen für beide Parteien unter, ohne dass Schadenersatzansprüche aus Nichterfüllung geltend gemacht werden könnten. Hat eine der beiden Parteien ihre Leistung bereits erbracht, so haftet der freigewordene Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung bzw. ist das Vertragsverhältnis rückabzuwickeln.

Befand sich der Schuldner im Zeitpunkt des Eintritts der höheren Gewalt jedoch bereits im Verzug, so kann er sich nicht auf die höhere Gewalt berufen (Art. 103 OR).



L'Etude
Swiss Lawyers

LAWYERS WITH ATTITUDE



VALENTIN SCHUMACHER
ANWALT, LL.M

L'ETUDE SWISS LAWYERS SNC

FRIBOURG

21, BOULEVARD DE PÉROLLES
CP 656, CH-1701 FRIBOURG
T + 41 (0)58 123 08 00
F +41 (0)26 322 68 42

LAUSANNE

17, RUE DU PORT FRANÇ
CP 960, CH-1001 LAUSANNE
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM
LETUDE@LETUDE.CH



Auch nicht auf höhere Gewalt berufen kann sich derjenige, dessen finanzielle Lage sich aufgrund der Corona Pandemie derart verschlechtert hat, dass er seine Zahlungen nicht mehr erbringen kann. In der Tat muss das Force Majeure Ereignis die konkret streitige Leistung verunmöglichen, was bei reinen Geldleistungen nie der Fall ist.

Gesetzliche Sonderregeln bestehen beim Kaufvertrag, wo Nutzen und Gefahr i.d.R. mit dem Abschluss des Vertrages auf den Käufer übergehen (Art. 185 OR) und der Verkäufer somit bei dauernder Unmöglichkeit nach Vertragsabschluss - nicht jedoch bei bloss vorübergehender Unmöglichkeit (!) - für die Unerbringlichkeit seiner Leistung nicht mehr haftet und auf der Bezahlung des Kaufpreises bestehen kann.

- Falls die Corona Pandemie bloss zu einer nachträglichen vorübergehenden Unmöglichkeit der Leistung führt:

Oftmals wird es sich so verhalten, dass der Schuldner aufgrund der Corona Pandemie seine Leistung nur während einer gewissen Zeit nicht erbringen kann. Diesfalls gilt es wie folgt zu unterscheiden:

- *Fixgeschäfte*: Dies sind Rechtsgeschäfte, bei denen die geschuldete Leistung genau zu einem bestimmten oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erfolgen hat (Art. 108 Ziff. 3 OR). Bei diesen Geschäften ist die Einhaltung des Erfüllungstermins für den Gläubiger derart wesentlich, dass eine verspätete Erbringung der Leistung für ihn nutzlos wäre (z.B. Bestellung eines Geburtstagsstraußes, Lieferung von Osterhasen). Diese Fälle sind gleich zu handhaben wie diejenigen der nachträglichen dauerhaften Unmöglichkeit.
- Bei den übrigen Geschäften (d.h. bei den *Mahnengeschäften*, also denjenigen, wo der Schuldner durch Mahnung in Verzug gesetzt wird, sowie den *Verfalltagsgeschäften*, d.h. bei denjenigen, wo der Schuldner ohne Mahnung in Verzug gerät), kommen Art. 107 ff OR zur Anwendung. Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung entbindet den Schuldner mithin nicht von seiner Leistungspflicht. Der Gläubiger hat nach Art. 107 OR (Nachfristansetzung) bzw. Art. 108 OR (ohne Nachfristansetzung) vorzugehen.

Gemäss Art. 107 OR hat der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen. Dabei gilt es der aktuellen Lage Rechnung zu tragen, d.h. die Frist ist so anzusetzen, dass sie es dem Schuldner erlaubt, trotz der geltenden coronabedingten Beschränkungen seine Leistung noch zu erbringen. Erfüllt der Schuldner auch innert dieser coronabedingt angemessenen Nachfrist nicht, so stehen dem Gläubiger folgende drei Varianten zur Verfügung: 1. Festhalten an der Vertragserfüllung und Forderung des Verzugserschadensersatzes (Art. 107 Abs. 2 OR); 2. Verzicht auf Vertragserfüllung und Forderung von Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Art. 107 Abs. 2 OR); 3. Verzicht auf Vertragserfüllung und Vertragsrücktritt (Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 109 OR).

Falls die Gewährung einer coronabedingt angemessenen (und damit genügend langen) Nachfrist die Leistung für den Gläubiger nutzlos machen würde oder die Leistung infolge des coronabedingten Verzuges für den Gläubiger bereits nutzlos geworden ist (z.B. Saisonartikel), käme eigentlich Art. 108 Ziff. 2 OR zur Anwendung. Dieser erlaubt dem Gläubiger ohne Nachfristansetzung eine der drei hiervoor erwähnten Varianten auszuwählen. Nach unserer Auffassung verhält es sich nun aber so, dass in diesen Fällen dem Gläubiger nicht



L'Etude
Swiss Lawyers

LAWYERS WITH ATTITUDE



VALENTIN SCHUMACHER
ANWALT, LL.M

die drei hiervor erwähnten Varianten zur Verfügung stehen. Vielmehr sind diese aufgrund des Umstands, dass es sich um einen coronabedingten und damit unverschuldeten Verzug handelt, gleich zu handhaben wie diejenigen der nachträglichen dauerhaften Unmöglichkeit.

- Falls die Corona Pandemie nicht zu einer nachträglichen endgültigen oder vorübergehenden Unmöglichkeit der Leistung führt, diese jedoch für den Vertragspartner nutzlos wird:

Denkbar ist auch, dass der Schuldner die Leistung trotz der Corona Pandemie erbringen kann, diese jedoch für seinen Vertragspartner nutzlos geworden ist (z.B. der Gemüselieferant kann dem Restaurantbesitzer die Ware weiterhin liefern, jedoch ist diese für ihn aufgrund der behördlich angeordneten Geschäftsschliessung wirtschaftlich nutzlos geworden).

Diesfalls stellt sich die Frage, ob sich der Vertragspartner auf die *clausula rebus sic stantibus* berufen kann.

Die *clausula rebus sic stantibus* erlaubt gemäss bundesgerichtlicher Praxis in seltenen Fällen eine richterliche Vertragsauflösung oder -anpassung, wenn das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung infolge ausserordentlicher und unvorhersehbarer Änderung der Umstände so gestört ist, dass das Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch geradezu eine wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses und damit einen offenen Rechtsmissbrauch darstellt (BGE 122 III 97).

Die *clausula rebus sic stantibus* kommt meist bei langfristigen Verträgen zur Anwendung, jedoch ist nicht ausgeschlossen, dass sie auch bei anderen Verträgen angerufen werden kann. Auch hier braucht es in jedem Fall eine Beurteilung der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalles, wobei es die Interessenlage beider Parteien zu berücksichtigen gilt.

Fazit: Ob die Corona Pandemie, allenfalls in Kombination mit behördlichen Anordnungen, als ein Ereignis der höheren Gewalt aufgefasst werden kann und welche konkreten Auswirkungen dies auf die jeweiligen Vertragsbeziehungen hat, kann nicht generell beantwortet werden, sondern bedarf immer einer Einzelfallbeurteilung. Aufgrund der aktuell schwierigen Lage vieler Unternehmen gilt es dabei nicht nur die rechtliche Problematik, sondern auch die wirtschaftlichen Auswirkungen des gewählten Vorgehens zu berücksichtigen.

L'ETUDE SWISS LAWYERS SNC

FRIBOURG

21, BOULEVARD DE PÉROLLES
CP 656, CH-1701 FRIBOURG
T + 41 (0)58 123 08 00
F +41 (0)26 322 68 42

LAUSANNE

17, RUE DU PORT FRANC
CP 960, CH-1001 LAUSANNE
T +41 (0)58 123 08 20

WWW.LETUDE.COM
LETUDE@LETUDE.CH