

## Reports:

### „Stellvertretendes commodum und Unmöglichkeit der Leistung“

Koji TANAKA

#### 1. Zweck

Das vorliegende Referat basiert auf meiner Monographie: „Stellvertretendes commodum und Unmöglichkeit der Leistung“, Shinzansha Verlag, Tokyo, 2018, xxix, 535, xxi Seiten, ISBN 978-3-16-155630-2, die die historischen und rechtsvergleichenden Materialien über die zwei Rechtsinstitute „Stellvertretendes commodum“ und „Unmöglichkeit der Leistung“ in umfassender Weise einordnet.

#### 2. Fragestellung

##### a. Neue Vorschriften

Das neue japanische Schuldrecht (2017), das am 1. 4. 2020 in Kraft tritt, hat die folgenden neuen Vorschriften:

§ 422-2: Erlangt der Schuldner infolge der Unmöglichkeit der Leistung für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder die Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen, solange hierdurch ein Schaden entsteht.

§ 412-2: (1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese mit Rücksicht auf den Vertrag und die anderen Anspruchsgrundlagen sowie die Verkehrssitte unmöglich ist.

(2) Der Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach § 415 steht es nicht entgegen, dass die Unmöglichkeit der Leistung schon bei Vertragschluss vorliegt.

##### b. Fall

Dies ist z. B. beim Kaufvertrag der Fall, wenn die verkaufte Sache von einem fahrlässigen Dritten zerstört wird und der Verkäufer von dem Dritten Schadensersatz erhält. In diesem Fall wird die Leistung des Verkäufers unmöglich und der Anspruch darauf ist ausgeschlossen (§ 412-2 Abs. 1). Andererseits kann der Käufer vom Verkäufer Herausgabe des Schadensersatzes verlangen (§ 422-2).

#### 3. Geschichte

##### a. Vorausgehende Geschichte

Nach *Ernst Rabel* (1874-1955) ist die älteste Unmöglichkeit eine physikalische Unmöglichkeit (*αδυνατοσ*) der altgriechischen Zeit wie z.B. der Flug eines Grundstücks; dies hat die römische Lehre beeinflusst. Bereits im römischen Recht ist ein Rechtssatz über die ursprüngliche Unmöglichkeit anerkannt: „*Impossibilium nulla obligatio est*“.

##### b. Pandektistik

Erst in der Pandektistik wurden die Begriffe der nachträglichen Unmöglichkeit und des stellvertretenden commodums entwickelt. Zuerst schuf *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861) die Begriffe „objektive und subjektive Unmöglichkeit“, die jedoch im Zusammenhang dieses Referats keine große Rolle spielen. Wichtiger ist *Rudolf von Jhering* (1818-1892), der mittels seiner Analyse der römischen Rechtsquellen „stellvertretendes und akzessorisches commodum“ trennte. Danach hat *Friedrich Mommsen* (ebenfalls

1818-1892) nicht nur zwischen „ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit“ unterschieden, sondern auch die nachträgliche Unmöglichkeit als eine Anspruchsvoraussetzung des Surrogationsanspruchs formuliert. Es war *Bernhard Windscheid* (1817-1892), der *Mommssens* Unmöglichkeitslehre in den ersten Entwurf des BGB für das Deutsche Reich (1887) einführte.

c. Kodifikation des deutschen BGB

Das BGB ist 1896 mit den folgenden Vorschriften zustande gekommen:

§ 275 (1) Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung in Folge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

§ 281 (1) Erlangt der Schuldner in Folge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

(2) Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem im Abs. 1 bestimmten Rechte Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.

d. Entscheidungskriterium der Unmöglichkeit

In der Rechtsprechung hat der BGH im Urteil vom 4. 11. 1971 – VII ZR 175/69, NJW 1972, S. 152, das Entscheidungskriterium der Unmöglichkeit der Leistung gezeigt. Nach diesem Urteil ist eine Verurteilung, aus der unter keinen Umständen vollstreckt werden kann, „sinnlos“; zu einer solchen Leistung dürfe nicht verurteilt werden. Das Entscheidungskriterium der Unmöglichkeit liege nämlich darin, ob die Verurteilung überhaupt im zukünftigen Vollstreckungsverfahren vollstreckbar sei oder nicht.

e. Die deutsche Schuldrechtsmodernisierung (2001)

Die § 275 und § 281 (jetzt § 285) sind in der Schuldrechtsmodernisierung fast unverändert geblieben.

f. Das geltende japanische Zivilgesetzbuch (1890)

Das alte japanische Zivilgesetzbuch (1890), das *Gustave Émile Boissonade* (1825-1910), der Franzose, der in der Meiji-Zeit nach Japan kam, um bei der Einführung europäischer Rechtsinstitute zu helfen, entwarf, das jedoch nie in Kraft trat, besaß eine Vorschrift (§543) über das stellvertretende commodum, die das alte italienische Zivilgesetzbuch (1865) zum Muster machte. Demgegenüber besitzt das geltende japanische Zivilgesetzbuch (1896) keine entsprechende Vorschrift. *Masaakira Tomii* (1858-1935), einer der Verfasser, hielt die Vorschrift unnötig, weil der Käufer ohne Auflassung oder Übergabe schon durch bloße Willenserklärung Eigentümer werde (§176. Im japanischen Zivilrecht ist das Trennungsprinzip nicht anerkannt) und er daher aufgrund der Verletzung seines Eigentums unmittelbar vom Dritten Schadensersatz verlangen könne.

g. Übernahme des deutschen Rechts

Unabhängig vom Willen des Gesetzgebers hat die japanische Lehre, zuerst *Otoshirō Ishizaka* (1877-1917), die deutsche Unmöglichkeitslehre übernommen. Beachtenswert ist, dass sein Nachfolger *Masaakira Katsumoto* (1895-1993) BGB § 281 Abs. 2 als eine negative Anspruchsvoraussetzung missverstanden hat, wonach ein Surrogationsanspruch entstehe, so lange ein Schaden entstehe. Diese Auffassung wurde ohne weiteres vom

Obersten Gerichtshof übernommen (OGH Urt. vom 23. 12. 1966, *minshū* Bd. 20, Nr. 10, S. 2211).

h. Die japanische Schuldrechtsreform (2017)

In der Beratung der Schuldrechtsreform ist die oben erwähnte historische Entwicklung sowohl des japanischen, als auch des deutschen Recht nicht erwähnt worden. Die beiden neuen Vorschriften beruhen im Wesentlichen nur auf dem o.g. OGH Urteil vom 23. 12. 1966 und den jetzigen deutschen Vorschriften.

4. Ergebnis

a. § 422-2 (Stellvertretendes commodum)

Es ist zweifelhaft, ob wir § 422-2 überhaupt gebraucht haben, weil wir das Trennungsprinzip nicht kennen (3. f.). Außerdem ist der Anwendungsbereich des § 422-2 mit der Anspruchsvoraussetzung „solange hierdurch ein Schaden entsteht“, die aus einem rein sprachlichen Missverständnis eingefügt wurde (3. g.), stark eingeschränkt, weil beim Doppelverkauf der erste Käufer, der den gekauften Gegenstand schließlich nicht erwerben kann, vom Verkäufer den vom zweiten Käufer gezahlten höheren Preis nicht verlangen kann, weil der erste Käufer nur den Schaden für den niedrigeren Preis erleidet. In Deutschland könnte der erste Käufer nach BGB § 285 vom Verkäufer den vom zweiten Käufer gezahlten höheren Preis verlangen.

b. § 412-2 (Unmöglichkeit der Leistung)

Obwohl Japaner bisher gar nicht über Entscheidungskriterien der Unmöglichkeit der Leistung gesprochen haben, könnte die Auffassung der deutschen Rechtsprechung (3. d.) berücksichtigt werden.

## La nullité d'une clause illicite et la volonté des parties

*Naoya SAKAMAKI*

La question de l'étendue de la nullité est débattue depuis longtemps dans le droit japonais, bien que le Code civil japonais ne comporte aucune disposition relative à cette question. La doctrine classique considère que l'étendue de la nullité se détermine en fonction de la volonté des parties. Selon cette doctrine, après avoir éliminé un élément illicite d'un contrat, il faut rechercher si les parties auraient quand même contracté sans cet élément. Pourtant, cette solution n'est pas conforme à la jurisprudence japonaise qui décide l'étendue de la nullité d'une clause illicite. La plupart des arrêts fixe l'étendue de la nullité sur le but de la règle transgressée.

Cette divergence tient à l'incertitude sur le fondement de nullité partielle. En effet, la réforme du droit des obligations de 2017 (la loi entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2020) ne prévoit aucune disposition relative à la question de l'étendue de la nullité en raison de l'absence du consensus.

La théorie de la nullité partielle française nous fournira des nouvelles perspectives. En France, la nullité est considérée comme une sanction juridique : elle est imposée en raison de la violation d'une règle de formation du contrat et a pour objectif de rétablir la légalité transgressée. Afin de fixer l'étendue de la nullité, on doit prendre en considéra-

# SHIHO

(JOURNAL OF PRIVATE LAW)

April 2020

No.82

## CONTENTS

### *Symposia*

The contemporary problems in real property.....Reporters : Katsumi Yoshida et al.  
 A reexamination of the stock system: From the viewpoint of basic theory  
 in Companies Act.....Reporters : Tamesaburo Yamamoto et al.

### *Workshops*

Les immeubles sans maître et le droit civil.....Reporters : Takeshi Sakuma et al.  
 A Legal Education Innovation through Legal Edtech and Animated Materials  
 .....Reporters : Masanobu Kato et al.  
 The role of external auditors under the Companies Act  
 —in respect to those charged with governance, Board of Directors and General  
 Meeting.....Reporter : Masao Yanaga  
 Reconsideration of Directors' Liability to Third Parties.....Reporter : Yoichi Takahashi  
 Succession of Rights and Obligations of the Deceased  
 under Japan's New Inheritance Law.....Reporters : Atsumi Kubota et al.  
 Collecting Descriptive Data on Hard and Soft Law: Why and How  
 .....Reporter : Makiko Shimizu

### *Reports*

„Stellvertretendes commodum und Unmöglichkeit der Leistung“.....Koji Tanaka  
 La nullité d'une clause illicite et la volonté des parties.....Naoya Sakamaki  
 Beurteilungskriterien der Haftung von Freiwilligen für Schäden  
 an dem Begünstigten.....Kenichi Tanaka  
 Ensuring the Effectiveness of Corporate Governance Through the Code and  
 the Disclosure Regulation of the Companies Act.....Naoto Ichinosawa  
 Controlling Directors in Corporate Insolvency.....Shigehiro Iwabuchi

Published Annually by  
 NIHON SHIHOGAKKAI  
 (Japan Association of Private Law)

© Printed in Japan

定価 本体 2,000 円 (税別)

