

## Lektion 7

### Sachverhalt Nr. 1

1. *Weshalb übernimmt man eine Schuld?*
2. *Dobler sagt zu Schmid: „Ich, Dobler, übernehme als Geburtstagsgeschenk Deine Schuld gegenüber Gross.“ Um welche Form der Schuldübernahme handelt es sich? Gibt es ein Formerfordernis?*
3. *Dobler sagt zu Gross: „Ich, Dobler, übernehme das Schenkungsversprechen Schmids gegenüber Dir, Gross.“ Gross ist einverstanden. Um welche Form der Schuldübernahme handelt es sich? Gibt es ein Formerfordernis?*
4. *Schmid hat eine Uhr für Dobler bei Gross dank seinen Beziehungen viel billiger kaufen können. Schmid übergibt Dobler die Uhr mitsamt dem Einzahlungsschein, den er von Gross erhalten hat, damit sie „das Geld nicht unnötig umherschieben müssen“. Dobler ist einverstanden. Um welche Form der Schuldübernahme handelt es sich?*
5. *Dobler sagt zu Gross: „Ich, Dobler, übernehme die Schuld Schmids gegenüber Dir, Gross.“ Gross ist einverstanden. Die Schuld ist durch eine von Schmid an Gross verpfändete Uhr und durch eine Bürgschaft Bergers gesichert. Bleiben die Sicherheiten zugunsten von Gross bestehen?*
6. *In einem Vergleichsvertrag regeln Halter und Dobler, dass Dobler die Anwaltskosten Halters übernehme und dass der Anwalt Alder sein Honorar direkt bei Dobler einfordern könne. Um welche Art der Schuldübernahme handelt es sich? Kann Dobler gegen die Klage Alders vorbringen, dass Halter seinerseits den Verpflichtungen aus dem Vergleichsvertrag nicht nachgekommen sei?*
7. *Dobler sagt zu Gross: „Ich werde für die Schuld Schmids geradestehen, weil er mein Freund ist.“ Welche Form müssen die Parteien beachten?*
8. *Wenn Dobler Gross ein Angebot zur Übernahme von Schmids Schuld macht und später Vetter ebenfalls dem Gross ein Angebot unterbreitet, ist Dobler dann noch an sein Angebot gebunden? Was ist, wenn Dobler, um von seinem Antrag loszukommen, nach Unterbreitung des Angebots den zahlungsunfähigen Vetter überredet, ebenfalls einen Antrag zur Übernahme der Schuld an Gross zu unterbreiten?*

### Lösungsvorschlag Nr. 1

#### 1. *Weshalb übernimmt man eine Schuld?*

Denkbar ist, dass man eine Schuld übernimmt, um eine eigene Schuld gegenüber dem bisherigen Schuldner durch Verrechnung (Art. 120 OR) tilgen zu können. Es kann sich auch um ein Darlehen in der Höhe der zu tilgenden, übernommenen Schuld an den bisherigen Schuldner handeln. Es kann eine Schenkung an den bisherigen Schuldner sein. Ebenso kommt es vor, dass die Schuldübernahme Teil eines gegenseitigen Vertrages ist, indem beispielsweise der Käufer dem Verkäufer verspricht, für dessen Befreiung gegenüber seinem Lieferanten zu sorgen.<sup>1</sup>

#### 2. *Dobler sagt zu Schmid: „Ich, Dobler, übernehme als Geburtstagsgeschenk Deine Schuld gegenüber Gross.“ Um welche Form der Schuldübernahme handelt es sich? Gibt es ein Formerfordernis?*

Es handelt sich vorliegend um eine interne Schuldübernahme („Befreiungsversprechen“) gemäss Art. 175 Abs. 1 OR, die noch nicht befreidet wirkt. Es handelt sich deshalb um ein Schenkungsversprechen gegenüber Schmid („Geburtstagsgeschenk“). Folglich muss die Schriftform gemäss Art. 243 Abs. 1 OR eingehalten werden.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Diese Beispiele bei ZK-Spirig, vor OR 175-183 N 62-66.

<sup>2</sup> Vgl. Schwenzer, OR AT, N 91.04.

- 3. Dobler sagt zu Gross: „Ich, Dobler, übernehme das Schenkungsversprechen Schmids gegenüber Dir, Gross.“ Gross ist einverstanden. Um welche Form der Schuldübernahme handelt es sich? Gibt es ein Formerfordernis?**

Dobler muss keine Form einhalten. Die Schuldübernahme erfolgt extern, gegenüber dem Gläubiger Gross (Art. 176 Abs. 1 OR). Dobler wird durch die Übernahme des nur schriftlich gültigen Schenkungsversprechens (vgl. Art. 243 Abs. 1 OR) gegenüber Gross nicht zum Schenker.<sup>3</sup> Wenn auch die Schuldübernahme im Verhältnis zwischen Dobler und Schmid als Schenkung erfolgen soll, wäre aufgrund der sofortigen Befreiung Schmids (privative, d.h. befreiende Wirkung aufgrund des Einverständnisses von Gross) eine formlos gültige *Handschenkung* anzunehmen (vgl. Art. 242 Abs. 1 OR).<sup>4</sup>

- 4. Schmid hat eine Uhr für Dobler bei Gross dank seinen Beziehungen viel billiger kaufen können. Schmid übergibt Dobler die Uhr mitsamt dem Einzahlungsschein, den er von Gross erhalten hat, damit sie „das Geld nicht unnötig umherschieben müssen“. Dobler ist einverstanden. Um welche Form der Schuldübernahme handelt es sich?**

Es geht hier um eine interne Schuldübernahme gemäss Art. 175 OR. Dobler verspricht, die Schuld Schmids gegenüber Gross zu begleichen. Durch die Schuldübernahme wird Schmid gegenüber Gross nicht frei, sondern erst durch die tatsächliche Tilgung der Schuld durch Dobler.

- 5. Dobler sagt zu Gross: „Ich, Dobler, übernehme die Schuld Schmids gegenüber Dir, Gross.“ Gross ist einverstanden. Die Schuld ist durch eine von Schmid an Gross verpfändete Uhr und durch eine Bürgschaft Bergers gesichert. Bleiben die Sicherheiten zugunsten von Gross bestehen?**

Gemäss Art. 178 Abs. 1 OR berührt der Schuldnerwechsel die Nebenrechte nicht. Die Uhr bleibt somit im Pfandbesitz von Gross. Nur von Dritten bestellte Pfänder fallen weg, wenn der Dritte dem Schuldnerwechsel nicht zustimmt. Die Bürgschaft besteht hingegen nur weiter, wenn Berger dem Schuldnerwechsel zustimmt (Art. 178 Abs. 2 OR). Bürge Berger muss dies *schriftlich* tun, ansonsten die Bürgschaft untergeht (Art. 493 Abs. 5 OR).

- 6. In einem Vergleichsvertrag regeln Halter und Dobler, dass Dobler die Anwaltskosten Halters übernehme und dass der Anwalt Alder sein Honorar direkt bei Dobler einfordern könne. Um welche Art der Schuldübernahme handelt es sich? Kann Dobler gegen die Klage Alders vorbringen, dass Halter seinerseits den Verpflichtungen aus dem Vergleichsvertrag nicht nachgekommen sei?**

Es geht hier um eine interne Schuldübernahme (Art. 175 Abs. 1 OR). Der Sachverhalt erwähnt keine externe Schuldübernahme – dort wäre die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (Art. 82 OR)<sup>5</sup> gemäss Art. 179 Abs. 3 OR abgeschnitten. Halter und Dobler haben jedoch im Vergleichsvertrag einem Dritten (Alder) ein Klagerecht eingeräumt. Dies ist als *echter Vertrag zugunsten Dritter* zu werten (Art. 112 Abs. 2 OR), wobei Alder am Vertragsschluss nicht beteiligt sein muss.<sup>6</sup> Gläubiger Alder leitet somit

---

<sup>3</sup> Vgl. BGE 110 II 340 ff., 342 f.: „Si le contrat génératrice de l'obligation originale n'est pas soumis à une forme spéciale en raison de la nature particulière de la prestation promise, la reprise de dette n'est pas soumise non plus à une forme spéciale. Ainsi, l'obligation de livrer ou de payer incombe à celui qui a fait une promesse de donner, de même que l'obligation de payer incombe à un garant (aval, caution), peuvent être assumées sans forme par quiconque n'a pas conclu lui-même la promesse de donner ou de garantir (cf. art. 493 al. 6 CO a contrario). En revanche, si le contrat est soumis ex lege à une forme spéciale en raison de la nature particulière de la prestation promise, comme dans le cas du transfert immobilier (art. 657 CC), la reprise de l'obligation ayant pour objet cette prestation sera soumise à la même forme.“

<sup>4</sup> Beispiel aus von Tuhr/Escher, 387: „Ebenso bedarf es der Schenkungsform nicht, wenn X durch Übernahme einer Schuld dem Schuldner eine Schenkung macht. Denn diese Schenkung besteht nicht in einem Versprechen, sondern in sofortiger Befreiung des Schuldners.“; vgl. auch ZK-Spirig, vor OR 175-183 N 127.

<sup>5</sup> Vgl. von Tuhr/Peter, 27: „Die Erhebung einer Einwendung ist Vorbringen einer Tatsache, die Erhebung einer Einrede ist Ausübung eines Rechts durch Willenserklärung.“; vgl. auch von Tuhr/Escher, 391 f.

<sup>6</sup> Beschrieben bei Huguenin, N 1119 ff., insb. 1122.

seine Rechte aus diesem Vertrag ab und muss sich die Einreden aus diesem Vertrag entgegenhalten lassen.<sup>7</sup>

**7. Dobler sagt zu Gross: „Ich werde für die Schuld Schmids geradestehen, weil er mein Freund ist.“ Welche Form müssen die Parteien beachten?**

Es stellt sich die Frage, ob es sich um einen formfreien, im Gesetz nicht geregelten *Schuldbeitritt* oder um eine formbedürftige *Bürgschaft* (Art. 493 OR) handelt. Auch in Frage käme eine formfreie Garantie (Art. 111 OR). Primär ist nach dem wirklichen Willen der Parteien zu suchen – dabei helfen der Wortlaut und eine Analyse der Interessenslage. Die Analyse des Wortlauts führt noch zu keinem Ergebnis. Ein weiteres Kriterium liegt in der Geschäftsgewandtheit der Parteien, worüber hier nur spekuliert werden kann – geschäftsgewandte Personen werden an ein klares Bekenntnis zum Schuldbeitritt behaftet.<sup>8</sup> Ein wichtiges Indiz als Abgrenzungskriterium ist das *Eigeninteresse des Dritten*.<sup>9</sup> Liegt ein Eigeninteresse vor, spricht dies als Indiz für einen formlosen Schuldbeitritt. Vorliegend handelt es sich um einen Freundschaftsdienst. Die Aussage Doblers lässt darauf schliessen, dass er kein eigenes Interesse an der Leistung Schmids hat, sondern ihm nur helfen will, weil er sein Freund ist. Der vollumfängliche Bezug auf die Hauptpflicht zwischen Schmid und Gross lässt ebenfalls an einer Garantie zweifeln, denn das Abgrenzungskriterium zwischen Garantie und Bürgschaft ist die Akzessorietät des Sicherungsversprechens.<sup>10</sup> Ein Bezug zur *Schuldpflicht Schmids* ist klar ersichtlich. Vermutungsweise spricht für das Vorliegen einer Bürgschaft, wenn zur Feststellung der Leistung vollumfänglich auf das Grundverhältnis zurückgegriffen werden muss.<sup>11</sup> Das ist hier der Fall, denn das Sicherungsversprechen erwähnt explizit die Schuld Schmids, für die Dobler gerade stehen will. Er muss folglich die Bürgschaftsform einhalten.

**8. Wenn Dobler dem Gross ein Angebot zur Übernahme von Schmids Schuld macht und später Vetter ebenfalls dem Gross ein Angebot unterbreitet, ist Dobler dann noch an sein Angebot gebunden? Was ist, wenn Dobler, um von seinem Antrag loszukommen, nach Unterbreitung des Angebots den zahlungsunfähigen Vetter überredet, ebenfalls einen Antrag zur Übernahme der Schuld an Gross zu unterbreiten?**

Sofern es sich um ein spontanes, d.h. ohne Absprache mit Schmid oder Dobler erfolgtes Angebot Veters handelt, hat Gross nach wie vor das Recht, zwischen den beiden Angeboten zu wählen.<sup>12</sup> Hat Vetter

<sup>7</sup> Vgl. Schwenzer, OR AT, N 91.35 und 91.40.

<sup>8</sup> Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3945.

<sup>9</sup> Vgl. BGer 4A\_420/2007, E. 2.2.3: „Im Gegensatz zur Bürgschaft darf die Sicherung nicht das wesentliche Element im Rechtsgrund der Schuld aus Mitübernahme darstellen (BGE 129 III 702 E. 2.2 S. 705). Die akzessorische Bürgschaft unterscheidet sich von der kumulativen Schuldübernahme als selbständiger Verpflichtung indiziiert darin, dass der sich Verpflichtende bei der Schuldübernahme, nicht aber bei der Bürgschaft regelmässig ein erkennbares eigenes Interesse am Geschäft hat, das zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger geschlossen wurde. Darin, dass bei der Bürgschaft ein solches Eigeninteresse fehlt und es sich um ein uneigennütziges Geschäft handelt, das typischerweise zur Sicherstellung einer Verpflichtung von Familienangehörigen oder engen Freunden eingegangen wird, liegt denn auch der Grund, dass sie besonderen Formvorschriften unterstellt wurde. Für die Qualifikation als Schuldmitübernahme genügt es nicht, wenn der Übernehmer nur irgend einen undefinierten Vorteil daraus zieht, dass er zugunsten des Hauptschuldners beitritt. Er muss sich erkennbar aufgrund des gleichen Rechtsgrundes für den gleichen Vertrag wie der Hauptschuldner verpflichten wollen (BGE 129 III 702 E. 2.6 S. 710 f. mit Hinweisen).“

<sup>10</sup> Vgl. BGE 113 II 434 ff., 437: „Während mit der Bürgschaft als akzessorischem Sicherungsvertrag die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder die Erfüllung eines Vertrages gesichert wird, sichert der Garantievertrag als selbständige Verpflichtung eine Leistung als solche, einen bestimmten Erfolg, unabhängig von der Verpflichtung des Dritten.“

<sup>11</sup> Vgl. BGE 113 II 434 ff., 439: „Diese Betrachtungsweise verkennt, dass die Bürgschaft schuldnerbezogen, die Garantie dagegen gläubigerbezogen ist. Der Bürge stellt die Erfüllung einer bestimmten Schuldspflicht sicher, während der Garant dafür einsteht, dass der Gläubiger eine bestimmte Leistung erhält. Vermutungsweise ist daher nur bei detailliertem und selbständigem Leistungsbeschrieb im Sicherungsvertrag selbst auf Garantie zu schliessen, demgegenüber auf Bürgschaft, wenn zur Feststellung der Garantenleistung wie hier vollumfänglich auf das Grundverhältnis zurückgegriffen werden muss (...).“; vgl. BGE 125 III 305 ff., 309: „La jurisprudence voit un indice en faveur du porte-fort lorsque l'obligation du garant est définie de manière indépendante et que la garantie est donnée à un moment où l'on sait que le débiteur principal ne pourra probablement pas s'exécuter (...). Elle voit plutôt un indice en faveur du cautionnement lorsque l'obligation du garant correspond exactement à celle du débiteur principal et qu'elle est définie entièrement par référence à celle-ci (...). L'existence d'un intérêt personnel du garant, distinct de celui du débiteur principal, est plutôt un indice en faveur du porte-fort, mais il ne revêt pas de caractère déterminant (...). La renonciation à invoquer les exceptions du débiteur principal ou à exercer un recours contre lui n'ont pas non plus un caractère décisif (...).“; vgl. BSK OR I-Pestalozzi, Art. 111 N 29.

<sup>12</sup> Vgl. ZK-Spirig, OR 177 N 60: „Eine vom neuen Übernehmer spontan – ohne Verabredung mit dem Schuldner oder dem ersten Übernehmer (=Befreiungsversprechen) – gestellte Offerte hindert den Gläubiger nicht, den Antrag des ersten Übernehmers anzunehmen (...).“; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3591: «Wird vor der Annahme durch die Gläubigerin eine neue Schuldübernahme verabredet und auch von dem neuen Übernehmer der Antrag gestellt, so wird der vorhergehende Übernehmer befreit (Art. 177 Abs. 2). Das ist eine Abweichung von den allgemeinen Regeln: Die Gläubigerin hat nicht die Wahl, welchen Antrag sie annehmen will, sondern sie kann den Vertrag nur mit dem neuen Übernehmer schliessen. Das gilt nach dem Wortlaut des Gesetzes allerdings nur, sofern «eine neue Schuldübernahme verabredet» wurde (sei es zwischen dem Altschuldner und einem Zweitübernehmer oder sei es zwischen dem Erst- und einem

hingegen das Angebot an Gross als Erfüllung eines Befreiungsversprechens mit Schmid gemacht oder die Befreiung Dobler versprochen, fällt das Angebot Doblers weg – dies ergibt sich aus dem Wortlaut „...*neue Schuldübernahme verabredet*...“ in Art. 177 Abs. 2 OR.<sup>13</sup> Wenn Dobler den zahlungsunfähigen Vetter vorschiebt, könnte er theoretisch gemäss Art. 177 Abs. 2 OR freiwerden. Doch wäre dies als Simulation zu werten, denn die Parteien wollen gar nicht, was sie vorgeben (Art. 18 Abs. 1 OR).<sup>14</sup>

## Sachverhalt Nr. 2

Tanner entstand am 15. Mai 2011 wegen einer stark verzögerten Reparatur seines Wagens durch Weber ein Mehraufwand von Fr. 500, weil er ein Fahrzeug mieten musste. Weber versäumte wegen einer schlampigen Terminplanung den exakten Rückgabetermin trotz mehrfachen, vorgängigen Hinweisen Tanners auf dessen Wichtigkeit. Aufgrund der guten Beziehungen liess Tanner die Sache auf sich beruhen und erwähnte die Mehraufwendungen gegenüber Weber nicht einmal. Am 10. Mai 2021 brachte Tanner seinen Wagen erneut in die Reparatur, die Weber am 13. Mai 2021 beendete. Gleichentags rief er Tanner an und teilte ihm mit, er könne den Wagen abholen. Tanner konnte den Wagen jedoch erst am 15. Mai 2021 abholen und sah sich mit einer Rechnung (zahlbar innert 30 Tagen) konfrontiert, auf der Weber zum Werklohn „Fr. 50 Parkkosten Fahrzeug 1 Tag“ hinzählte. Tanner schäumte wegen dieser kleinlichen Rechnung vor Wut, denn es war eine teure Reparatur in der Höhe von Fr. 4'000. Er erklärte am 23. Mai 2021 die Verrechnung mit seinem Anspruch wegen verzögerter Rückgabe des Fahrzeugs im Jahre 2011. *Kann Tanner dies tun? Hat Weber überhaupt einen Anspruch auf Fr. 50?*

## Lösungsvorschlag Nr. 2

Zuerst gilt es, die Verjährung und die Rechtsnatur des Anspruchs wegen des Mehraufwands abzuklären. Die verspätete Ablieferung des Fahrzeugs ist mit den Verzugsregeln zu erfassen. Vereinbart war ein exakter Termin, dessen Wichtigkeit Tanner gemäss Sachverhalt mehrfach hervorgehoben hat, was Tanner von der Mahnung dispensiert (Art. 102 Abs. 2 OR). Er kann deshalb den Verspätungsschaden nach Art. 103 Abs. 1 OR geltend machen. Die Verletzung des Termins verhält sich dazu natürlich und adäquat kausal, denn die Verspätung war *conditio sine qua non* für den Schaden in der Höhe von Fr. 500. Ohne Verspätung wäre es nicht notwendig gewesen, ein Fahrzeug zu mieten. Nach der Lebenserfahrung und dem allgemeinen Lauf der Dinge ist zu erwarten, dass ein solcher Schaden durch die Verzögerung entstehen kann. Tanner hat sogar auf die Wichtigkeit des Termins hingewiesen. Das Verschulden liegt in der fahrlässigen Terminplanung. Dieser Anspruch ist vertraglicher Natur und verjährt in zehn Jahren (Art. 127 OR). Art. 128 Ziff. 3 OR wäre zwar auf Forderungen aus Handwerksarbeit anwendbar, jedoch nur auf Forderungen *der Handwerker*, nicht auf Forderungen *des Bestellers* auf Schadenersatz.<sup>15</sup> Den Anspruch gegen Weber kann er folglich nur noch bis zum Ablauf des 15. Mai 2021 geltend machen.

Es ist aber gemäss Art. 120 Abs. 3 OR auch nach dem 15. Mai 2021 möglich, mit einer verjährten Forderung die Verrechnung zu erklären, wenn sich die Forderungen *einmal verrechenbar gegenüberstanden*. Um dies feststellen zu können, muss die Fälligkeit der Gegenforderung Webers geprüft werden. Die Forderung aus Werkvertrag ist schon durch die Reparatur entstanden, auch wenn sie erst später fällig ist.<sup>16</sup> Somit ist die Forderung auf den Werklohn am 14. Mai 2021 und die Parkkosten schon am 15. Mai 2021 entstanden, erfüllbar. Fällig muss nur die Forderung des Verrechnenden sein – die

---

*Zweitübernehmer). Stellt hingegen ein Zweitübernehmer spontan (d.h. ohne interne Schuldübernahme) den Antrag zur Schuldübernahme, ist die Gläubigerin (im Einklang mit den allgemeinen Regeln) frei, welchen Antrag sie annehmen will.“*

<sup>13</sup> Vgl. von Tuhr/Escher, 387: „Aber diese Wirkung hat die Offerte des Y nur dann, wenn er eine „neue Schuldübernahme“ verabredet hat. Mit wem diese Verabredung getroffen sein muss, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes. Zunächst ist zu denken an eine Verabredung des Y mit dem ersten Schuldübernehmer X, welcher die Schuld, die er zu übernehmen bereit war, auf den Y abwälzen will. Aber Art. 177 II trifft auch für den Fall zu, dass der Schuldner unter Aufhebung seiner Verabredung mit X sich die Schuldübernahme von Y versprechen lässt. In beiden Fällen wird die noch nicht angenommene Offerte des X durch die spätere Offerte des Y verdrängt; wird auch diese Offerte vom Gläubiger nicht angenommen, so bleibt es bei der Haftung des Schuldners.“; vgl. ZK-Spirig, OR 177 N 55 f.

<sup>14</sup> Vgl. in diesem Sinne ZK-Spirig, OR 177 N 61: „(...) selbst wenn dieser neue „Übernehmer“ den zusätzlich notwendigen Schuldübernahmevertrag i.S. von Art. 177 Abs. 2 OR auch noch simuliert, wären seine Machenschaften nichtig.“; a.M. des Gouttes, SJK Nr. 365, Fn. 4: „Demzufolge kann der Übernehmer, um sich von seinem Antrag zu befreien, einen zahlungsunfähigen Strohmann um die Abgabe einer Offerte an den Gläubiger bitten.“

<sup>15</sup> Vgl. BSK OR I-Däppen, Art. 128 N 1a; vgl. Gauch, Werkvertrag, N 1285.

<sup>16</sup> Normalerweise ist eine Werklohnforderung mit Ablieferung fällig (Art. 372 Abs. 1 OR). Hier ist sie zahlbar innert 30 Tagen.

Forderung des Verrechnungsgegners muss erfüllbar sein.<sup>17</sup> An diesem Tag standen sich die Forderungen verrechenbar gegenüber. Die Verrechnung mit der mittlerweile verjährten Forderung ist somit gültig erfolgt. Der Rest der Forderung Webers bleibt davon unberührt.

Es stellt sich aber doch noch die Frage, ob Weber überhaupt einen Anspruch auf Fr. 50 für den Parkplatz hat. Es ist richtig, dass die Annahmeobligieheit bezüglich des reparierten Wagens mit dem Anruf grundsätzlich bestand. Der Sachverhalt erwähnt allerdings nicht, was Tanner und Weber abgemacht haben. Die Reparatur im Wert von über Fr. 4'000 hat wahrscheinlich recht lange gedauert. Für die Rückgabe des Fahrzeugs war kein Termin ausgemacht, sonst hätte Weber ihn nicht anrufen müssen. Im Gläubigerverzug kann man für Mehraufwendungen Auslagenersatz verlangen (Art. 422 Abs. 1 OR analog).<sup>18</sup> Denkbar wäre es auch, die Parkplatzkosten einfach zum Aufwand gemäss Art. 374 OR hinzuzählen. Ein Parkplatz für einen Tag ist jedoch nicht unbedingt Fr. 50 wert. Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr kann man aber nicht erwarten, dass man einen Wagen unmittelbar nach erfolgter Mitteilung abholen kann.<sup>19</sup> Es ist unzumutbar, ständig „abholbereit“ auf das Angebot warten zu müssen. Es ist sogar normal, dass man dafür einen oder vielleicht sogar zwei Tage beanspruchen kann. Webers Anspruch auf Bezahlung der Fr. 50 steht somit auf wackligen Füßen.

### Sachverhalt Nr. 3

Kurt schloss am 20. Oktober 2003 mit Viktor einen öffentlich beurkundeten Kaufsrechtsvertrag über eine Wohn- und Geschäftsliegenschaft mit Restaurant für Fr. 890'000. Für die Einräumung des Kaufsrechts war eine Entschädigung von Fr. 100'000 vereinbart, die von Kurt bei Vertragsschluss bar bezahlt worden ist. Sie sollte bei Ausübung des Kaufsrechts an den Kaufpreis angerechnet werden, sonst aber bei Viktor verbleiben. Das Kaufrecht wurde Kurt für die Dauer von 10 Jahren eingeräumt. Für diesen Zeitraum schlossen die Parteien gleichentags einen festen Mietvertrag über die Liegenschaft. Der Mietzins wurde auf Fr. 5'208 festgesetzt. Zudem war im Kaufsrechtsvertrag vereinbart, dass dieser als aufgehoben gelte, wenn Kurt mit Zahlungen, darunter namentlich auch Mietzinszahlungen, drei Monate in Rückstand geraten sollten. Kurt trat das Mietverhältnis am 21. Oktober 2003 an. Kurz nach Beginn des Mietverhältnisses kam er mit den Mietzinszahlungen in Rückstand, worauf Viktor den Mietvertrag am 26. Februar 2004 nach erfolgloser Fristansetzung gestützt auf Art. 257d OR per Ende März 2004 kündigte, nachdem er Kurt am 9. Februar 2004 mitgeteilt hatte, er hebe den Kaufsrechtsvertrag auf, womit die Entschädigung für das Kaufrecht in sein "Eigentum" falle.

*Charakterisieren Sie bitte die Rechtsnatur der Zahlung von Fr. 100'000 im Lichte von Art. 158 ff. OR und zeigen Sie die Folgen der Qualifikation auf.*

*Alternative: Wie verhält es sich, wenn sich Kurt bei Vertragsschluss verpflichtete, das Kaufrecht mit Fr. 100'000 zu entgelten und deren Bezahlung im Vertrag zu je Fr. 50'000.- am Tage der Grundbucheinschreibung und per Mietantritt, beides spätestens aber bis 15. November 2003 versprach?*

### Lösungsvorschlag Nr. 3

Es geht um den in BGE 133 III 43 ff. behandelten Sachverhalt mit einer alternativen Abwandlung. In einem ersten Schritt geht es um die Frage, ob es sich um ein Angeld handelt (Art. 158 OR). Zu den Definitionen:

- Was ist ein **Haftgeld**? „Man versteht darunter eine Geldsumme, die der Schuldner der Gläubigerin bei Vertragsschluss (als «Handgeld») mit der Vereinbarung leistet, dass die Gläubigerin das Handgeld bei Nichterfüllung der Vertragsschuld behalten darf.“<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Vgl. die Hinweise bei CHK-Killias/Wiget, OR 120 N 7, 11 und BSK OR I-Müller, Art. 120 N 4: „Mit anderen Worten muss die Verrechnungsforderung fällig sein, die Hauptforderung erfüllbar (...).“

<sup>18</sup> Vgl. BK-Weber, OR 92 N 31, ZK-Schranner, OR 92 N 27, CHK-Mercier, OR 92 N 11.

<sup>19</sup> Vgl. dazu die deutsche Regelung: „§ 299 BGB. Vorübergehende Annahmeverhinderung. Ist die Leistungszeit nicht bestimmt oder ist der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, dass er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist, es sei denn, dass der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat.“ In der Schweiz könnte man dies mit dem Grundsatz von Treu und Glauben begründen (vgl. BK-Weber, OR 91 N 122).

<sup>20</sup> Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3857.

- Was ist ein **Reugeld**? „Vielmehr gewährt es den Parteien die Option, gegen Entgelt vom Vertrag zurückzutreten.“<sup>21</sup>; „Das Reugeld ist eine Geldsumme, die der Schuldner der Gläubigerin bei Vertragsschluss (als «Handgeld») leistet.“<sup>22</sup>
- Was ist ein **Angeld**? Dieses muss an die Leistung oder Schadenersatz angerechnet werden.<sup>23</sup>
- Was ist ein **Draufgeld**? Dieses ist unabhängig von Leistung oder Schadenersatz geschuldet (Kumulation).<sup>24</sup>

*Grundsachverhalt:* Kurt hat bei Vertragsschluss geleistet, somit gilt die Vermutung, dass es sich um ein Haftgeld handelt (Art. 158 Abs. 1 OR). Die Parteien haben aber vereinbart, dass es bei Ausübung des Kaufsrechts an den Kaufpreis angerechnet werden solle und sonst dem Vertragspartner verbleiben sollte. Damit haben die Parteien die Regelung getroffen, die nicht der Vermutung von Art. 158 Abs. 2 OR entspricht – es ist also ein Angeld, falls es zur Ausübung des Kaufsrechts kommt. Muss Viktor sich diese Summe an den Schadenersatz anrechnen? Der Vertrag sagt, dass das Geld „sonst aber bei Viktor verbleiben“ solle. Dies deutet darauf hin, dass es nur an die Erfüllung des Kaufpreises angerechnet werden sollte. Da Kurt seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, ist Viktor vom Vertrag zurückgetreten. In diesem Fall kommt es also aufgrund der ausbleibenden Anrechnung zu einer Konversion des Haftgelds in eine Konventionalstrafe: „Erfüllt der Schuldner seine Vertragsschuld nicht, so hat die Zahlung des Angelds die Funktion einer zum Voraus entrichteten Konventionalstrafe. Es verbleibt deshalb der Gläubigerin (...). Die Parteien können freilich vereinbaren (Art. 158 Abs. 2), dass das Angeld den Sinn einer kumulativen oder exklusiven Konventionalstrafe hat.“<sup>25</sup>

Die Konventionalstrafe ist in Art. 160 ff. OR geregelt. Dies führt gleich zur nächsten Frage: Kann man eine schon geleistete Konventionalstrafe nach Art. 163 Abs. 3 OR herabsetzen? Das Bundesgericht bejaht die Frage, wenn die Herabsetzungsgründe im Zeitpunkt der Bezahlung noch nicht bekannt waren, mithin in der Zahlung keine Anerkennung liegen kann.<sup>26</sup> Dies war hier so – im Zeitpunkt der Leistung waren die Umstände des späteren Verfalls des Geldes nicht bekannt. Man könnte auch argumentieren, dass damals in erster Linie das Kaufsrecht oder der später zu entrichtende Kaufpreis teilweise bezahlt werden sollte. Zu beurteilen ist jetzt, ob Fr. 100'000 eine zu hohe Konventionalstrafe darstellt. Dies ist anhand aller Faktoren zu beurteilen. Dazu gehören das Verhältnis zwischen Konventionalstrafe und dem Interesse an der Erfüllung, die Schwere des Verschuldens, die Wichtigkeit der Leistung, die wirtschaftliche Leistung der Beteiligten, die Dauer des Vertragsverhältnisses, der mutmassliche Schaden etc.<sup>27</sup> Der Richter muss sich aber zurückhalten. Nur ein krasses Missverhältnis rechtfertigt einen Eingriff.<sup>28</sup> Die Anzahlung von Fr. 100'000 ist dem vereinbarten Kaufpreis von Fr. 890'000 und dem gebrochenen Mietvertrag gegenüberzustellen. In einem ähnlichen Entscheid ging es um Teilzahlungen für ein Flugzeug in der Höhe von 20%. Das Bundesgericht reduzierte dies auf 10%.<sup>29</sup> Vorliegend gab es keine Kaufspflicht, die die Kläger hätten verletzen können. Es war lediglich ein Kaufsrecht. Vielmehr haben sie den Mietvertrag verletzt, was die Gegenpartei zur Kündigung berechtigte. Die Konventionalstrafe erscheint angesichts dieser Umstände, auch unter Berücksichtigung, dass aus dem ganzen Verhältnis maximal fünf Mietzinse à Fr. 5'208 ausstehend waren, als klar übersetzt. Wo die genaue Grenze

<sup>21</sup> Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3854.

<sup>22</sup> Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3864.

<sup>23</sup> Vgl. Huguenin, N 1245: „Das Angeld ist auf die vertraglich vereinbarte Hauptleistung des Schuldners anzurechnen. Wird der Vertrag richtig erfüllt, kommt es einer Anzahlung gleich. Wird der Vertrag nicht richtig erfüllt, wird das (bereits geleistete) Angeld vom Schadenersatz abgezogen.“

<sup>24</sup> Vgl. BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat, Art. 158 N 7.

<sup>25</sup> Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3861; vgl. von Tuhr/Escher, 288: „Hat der Geber den Vertrag nicht erfüllt, so kann der Empfänger Schadenersatz ohne Anrechnung des Draufgelds verlangen. Ist das Haftgeld als Angeld gemeint, so muss es wie auf die Vertragsleistung des Gebers, so auch auf einen von ihm zu entrichtenden Schadenersatz angerechnet werden; es kann aber verabredet werden, dass der Empfänger bei Vertragsbruch des Gebers das Angeld behalten soll, unbeschadet des Ersatzes für einen darüber hinausgehenden Schaden; bei solcher Verabredung hat das Angeld die Bedeutung einer im voraus bezahlten Konventionalstrafe.“; vgl. BGE 133 III 43 ff., 47: „Soll das Angeld für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages beim Empfänger verbleiben, hat es nach herrschender Lehre die Bedeutung einer im Voraus bezahlten Konventionalstrafe.“

<sup>26</sup> Vgl. BGE 133 III 43 ff., 52 f.: „Ist in der vorbehaltlosen Bezahlung keine Anerkennung zu erblicken, steht einer Herabsetzung der Konventionalstrafe mithin nichts entgegen (...). Eine Anerkennung kann nur vorliegen, wenn die Umstände, welche zu einer Herabsetzung berechtigen, im Zeitpunkt der Bezahlung bereits bekannt sind (...).“

<sup>27</sup> Vgl. BSK OR I-Widmer/Costantini/Ehrat, Art. 163 N 16 f.

<sup>28</sup> Vgl. BGE 133 III 201 ff., 209.

<sup>29</sup> Vgl. BGE 133 III 201 ff., 210 ff.

auszumachen ist, kann man hier aber nicht exakt feststellen. Die Vorinstanz kürzte die Konventionalstrafe um 2/3 auf noch Fr. 33'000.

*Alternative:* Ein An- oder Reugeld kann es nicht sein, denn dafür müssten die Kläger dieses bei Vertragsschluss bezahlen (Art. 158 Abs. 1 OR) – der Sachverhalt erwähnt, dass sie sich im Vertrag lediglich dazu verpflichteten und dieses später leisteten.<sup>30</sup> Die Zahlung von Fr. 100'000 ist somit das normale Entgelt für die Einräumung des Kaufsrechts und Teilzahlung des potentiell geschuldeten Kaufpreises.<sup>31</sup> Falls die Kaufrechtsberechtigten dieses ausüben, wird es ihnen angerechnet. Anwendbar ist auf diese Fälle Art. 162 Abs. 1 OR, wonach Teilzahlungen, die im Falle des Rücktritts beim Gläubiger verbleiben sollen, unter das Recht der Konventionalstrafe gehören.<sup>32</sup> Somit unterliegt die Zahlung wiederum der Herabsetzung nach Art. 163 Abs. 3 OR (vgl. dazu oben).

#### Sachverhalt Nr. 4

Schuldner Schaller schuldet Gläubiger Gross die Summe von Fr. 10'000. Schaller und Gross verstehen sich jedoch schon seit längerer Zeit nicht richtig – sie können kaum noch miteinander sprechen. Deshalb wendet sich Schaller an den Dritten Dreher und bittet ihn um ein Darlehen, damit er die Schuld bei Gross abzahlen könne. Dreher will jedoch angesichts der angespannten Lage Schallers ein Darlehen nicht ungesichert gewähren. Er wäre bereit, das Darlehen zu gewähren, wenn er dafür die von Schaller an Gross verpfändete Ming-Vase als Sicherheit erhalten würde. Dreher ist angesichts der Unzuverlässigkeit Schallers dazu nur bereit, wenn er die Vase unmittelbar von Gross erhält – „*man weiss ja nie, ob Schaller sie gleich wieder verzockt*“. Wie können Schaller und Dreher effizient vorgehen? Könnte Dreher die Schuld Schallers auch gegen den Willen Schallers bei Gross begleichen?

#### Lösungsvorschlag Nr. 4

Denkbar wäre *erstens* der Gläubigerwechsel durch Zession (Art. 164 Abs. 1 OR). Es wäre hier ein Forderungskauf. Dreher kauft die Forderung von Gross für Fr. 10'000. Sie müssten dabei die einfache Schriftlichkeit gemäss Art. 165 Abs. 1 OR wählen. Dreher wäre dann Gläubiger Schallers. Mit der Forderung würden gleich auch die Nebenrechte übergehen (Art. 170 Abs. 1 OR). Dies funktioniert aber nur, wenn Gross damit einverstanden ist. Dafür müsste man mit ihm sprechen und der Sachverhalt erwähnt, dass dies ein Problem sein könnte.

*Zweitens* wäre es möglich, dass Dreher die Schuld Schallers bei Gross direkt begleicht. Schaller müsste gleichzeitig mit der Zahlung dem Gross anzeigen, dass Dreher an Stelle von Gross treten soll (so genannte *Subrogationserklärung*).<sup>33</sup> In diesem Fall tritt eine Subrogation ein (Art. 110 Ziff. 2 OR). Gross braucht damit nicht einverstanden zu sein. Geldschulden sind keine persönlichen Schulden im Sinne des Art. 68 OR. Wenn Gross die Bezahlung seitens Drehers ablehnt, gerät er in Gläubigerverzug (Art. 91 ff. OR). Auch bei dieser Form des Gläubigerwechsels, der aufgrund des Gesetzes erfolgt (Legalzession), ergibt sich ein Übergang des Pfandes als Nebenrecht (Art. 166, 170 Abs. 1, 110 Ziff. 2 OR). Diese zweite Variante ist einfacher zu realisieren: „*Der Schuldner kann mittels Subrogationserklärung den drängenden Gläubiger „ausschalten“ und so die (eigene) Erfüllung der Leistungspflicht aufschieben* (...).“<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Vgl. BGE 133 III 43 ff., 47.

<sup>31</sup> BGE 133 III 43 ff., 47 f.

<sup>32</sup> Vgl. BGE 133 III 43 ff., 48.

<sup>33</sup> Vgl. CHK-Reetz/Graber, OR 110 N 2, 17.

<sup>34</sup> Vgl. CHK-Reetz/Graber, OR 110 N 3, 20.

*Kann Dreher die Schuld Schallers auch gegen dessen Willen bei Gross begleichen? Ja, dies ist möglich.<sup>35</sup> Wenn Schaller nichts dagegen hat, muss Gross die Erfüllung sogar annehmen, ansonsten er in Gläubigerverzug fällt.<sup>36</sup>*

### Sachverhalt Nr. 5

Kurt in St. Gallen bestellt bei Viktor in Genf eine Tonne Haakjöringskod für Fr. 100'000, lieferbar Ende März als Schickschuld. Viktor verpackt den Fisch korrekt in Schachteln und übergibt diesen rechtzeitig dem Lastwagenunternehmer Lauber. Auf dem Weg zu Kurt verursacht der alkoholisierte Lauber einen Selbstunfall, der die ganze Ladung zerstört. Wie ist die Rechtslage?

### Lösungsvorschlag Nr. 5

Bei der Schickschuld bleibt der Erfüllungsort gemäss Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR unangetastet.<sup>37</sup> Die Preisgefahr geht auf Kurt über, sobald Viktor die Fische ausgesondert und für den Versand übergeben hat (Art. 185 Abs. 2 OR).<sup>38</sup> Vorliegend hat Viktor all dies getan. *Kurt muss also den Kaufpreis bezahlen, obwohl er nichts erhält.* Kurt muss auch die Transportkosten bezahlen, sofern sie keine andere Abmachung getroffen haben (Art. 189 Abs. 1 OR), obwohl nicht er, sondern Viktor den Vertrag mit dem Lastwagenunternehmer Lauber geschlossen hat.



Es stellt sich jetzt aber die Frage, ob Kurt gegen den Lastwagenunternehmer vorgehen kann. Problematisch daran ist, dass bei der Schickschuld kein Vertrag zwischen Käufer Kurt und Lauber besteht und weiter, dass das Eigentum am Fisch mangels Übertragung des Besitzes noch nicht auf Kurt übergegangen ist.<sup>39</sup> Nur Viktor hat einen Vertrag mit Lauber geschlossen, doch ist Viktor wegen der oben erwähnten Gefahrtragungsregel nicht geschädigt. Er erhält den Kaufpreis und erleidet durch die Zerstörung des Fisches keinen Schaden. Weil Kurt noch nicht Eigentümer des Fisches geworden ist,<sup>40</sup> hat Kurt keinen Anspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR gegen Lauber – nur das Eigentum ist ein absolut geschütztes Recht, das die für Art. 41 Abs. 1 OR notwendige Widerrechtlichkeit des Schadens begründet. Es geht folglich

<sup>35</sup> Vgl. BSK OR I-Schroeter, Art. 68 N 27 f.: „Denkbar ist schliesslich die Leistung eines Dritten ohne Willen des Schuldners (sog. Intervention). Da Personen in der Praxis nur selten fremde Schulden erfüllen wollen, sind entsprechende Konstellationen nicht eben häufig. Sie kommen aber vor, wenn ein Dritter trotz fehlender eigener Leistungspflicht in einer besonderen Beziehung zu einer Person des fremden Schuldverhältnisses (dessen Schuldner oder Gläubiger) steht oder ein wirtschaftliches Interesse am Eintritt des Leistungserfolgs hat (BK-Weber, N 46 ff.; ZK-Schranner, N 45). 28 Ist der Schuldner – wie gem. Art. 68 im Regelfall – nicht zur persönlichen Leistung verpflichtet, kann ein Dritter die geschuldete Leistung nach h.M. auch ohne Wissen und Willen und sogar gegen den Willen des Schuldners erfüllen (BGer, 14. 4. 2005, 4C.69/2005, E. 3; BGE 123 III 161 E. 4c; 83 III 99 E. 2; BK-Weber, N 44 ff.; von Tuhr/Escher, 26; ZK-Schranner, N 40 ff.). Voraussetzung der Erfüllungswirkung (Vor Art. 68 – 96 N 25 ff.) ist bei der Leistung eines Dritten an den Gläubiger lediglich, dass der Dritte die Leistung mit dem erkennbaren Willen erbringt, eine fremde Schuld – und zwar diejenige des Schuldners – zu tilgen (BGer, 14. 4. 2005, 4C.69/2005, E. 3; von Tuhr/Escher, 26 f.; ZK-Schranner, N 7).“

<sup>36</sup> BSK OR I-Schroeter, Art. 68 N 29: «Im Übrigen unterscheiden sich die Rechtsfolgen der Intervention je nachdem, ob der Schuldner, der Gläubiger oder beide dem Angebot des Dritten widersprechen. Lehnt der Schuldner ab, kann der Gläubiger trotzdem annehmen; sein Interesse an der Erfüllung geht vor (BGE 83 III 102 = Pra 1957, 276; BGE 123 III 161). Lehnt nur der Gläubiger das Angebot des Dritten ab, gerät er in Gläubigerverzug. Lehnen sowohl Gläubiger als auch Schuldner das Angebot des Dritten ab, kann dieser nicht mit Erfüllungswirkung leisten. In einem solchen Fall gerät der Gläubiger durch seine Ablehnung nicht in Verzug (BGE 72 III 8 = Pra 1946, 73). Vgl. umfassend zur Dritteistung entgegen dem Willen des Schuldners: Farnoli, ZBV 2010, 177 ff.“

<sup>37</sup> Schwenzer, OR AT, N 7.06: „Sowohl bei der Holschuld als auch bei der Bringschuld fallen Leistungs- und Erfolgsort zusammen. Anders ist es bei der Schickschuld, bei der die Schuldnerin verpflichtet ist, die Ware von ihrem Wohnsitz oder einem dritten Ort aus zu versenden (beim Kauf: Versendungskauf, Distanzkauf), der Leistungserfolg aber nicht bereits an diesem Ort, sondern erst mit Eintreffen der Ware beim Gläubiger eintritt.“

<sup>38</sup> BSK OR I-Koller, Art. 185 N 2: «Beim Gattungskauf gibt es – von Ausnahmen abgesehen (vgl. BGE 128 III 370 [Aktienverkauf; Auflösung der AG]) – keine eigentliche (tatsächliche) Unmöglichkeit der Leistungspflicht, da aus der Gattung normalerweise immer geleistet werden kann (trotzdem wird der Gattungsschuldner u.U. von der Leistungspflicht befreit [Leistungsgefahr], s. N 11). Die Frage der Preisgefahr im üblichen Sinn stellt sich daher nicht. Sobald jedoch die für die Erfüllung eines bestimmten Kaufvertrags vorgesehenen Stücke untergehen, lässt sich wiederum fragen, ob der Käufer den Kaufpreis für die betreffenden Stücke zugute haben soll oder nicht. Die Preisgefahr in diesem Sinne ist in Art. 185 Abs. 2 wie folgt geregelt: Sie bleibt jedenfalls solange beim Verkäufer, als die zur Erfüllung bestimmte Ware nicht ausgeschieden ist. Bei der Holschuld geht mit der Ausscheidung die Gefahr auf den Käufer über. Bei der Versendungsschuld ist zusätzlich Versendung der Ware an den Käufer erforderlich.»

<sup>39</sup> Diese Konstellation ist beschrieben bei Schwenzer, OR AT, N 14.24 und Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2883.

<sup>40</sup> Der Eigentumsübergang setzt die Übergabe des Besitzes an der Sache voraus, vgl. Art. 714 Abs. 1 i.V.m. 922 ZGB.

bei Kurt um einen *reinen Vermögensschaden*, der nur vertraglich geschützt wäre, aber mangels einer Vertragsbeziehung zwischen Kurt und Lauber nicht durchsetzbar ist. Lauber ist bei der *Schickschuld* auch nicht Hilfsperson Viktors (strittig). Bei der *Bringschuld* wäre dies so, was die Haftpflicht Viktors über Art. 101 Abs. 1 OR begründen könnte.<sup>41</sup> Das Problem, kurz gesagt, liegt hier: Der Käufer trägt die Gefahr, obwohl er noch nicht Eigentümer geworden ist. *Der Anspruchsberechtigte hat keinen Schaden, während der Geschädigte keinen Anspruch hat.*

In diesen Fällen kann die *Drittschadensliquidation* helfen. Diese zieht den *Schaden* zum *Anspruch*.<sup>42</sup> Folglich geht es darum, dass Viktor gegen Lauber den Anspruch Kurts für Kurt einfordert. Es wäre ein vertraglicher Anspruch gegen Lauber, gestützt auf Art. 447 Abs. 1 OR. Das Bundesgericht hat die Drittschadensliquidation schon häufig thematisiert, jedoch kam sie noch nie zur Anwendung.<sup>43</sup> Konkret läuft die Drittschadensliquidation wie folgt ab: „*In Korrektur der Differenztheorie wird dem Verletzten erlaubt, den Schaden, den der Dritte erlitten hat, gegenüber dem Schädiger zu liquidieren, als ob es sein eigener wäre. Der Verletzte ist sodann verpflichtet, seinen Anspruch gegen den Schädiger an die geschädigte Dritte abzutreten, so dass diese im Ergebnis ihren Schaden selbst vom Schädiger einklagen kann.*“<sup>44</sup>

Zur Drittschadensliquidation gibt es auch Alternativen: Denkbar wäre *erstens* auch die Lösung mit dem Vertrag mit *Schutzwirkung zugunsten Dritter*.<sup>45</sup> Man müsste dabei dem Frachtvertrag zwischen Viktor und Lauber eine Schutzwirkung zugunsten des Empfängers Kurt einräumen. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zieht den *Anspruch zum Schaden*, nicht wie die Drittschadensliquidation, die den *Schaden zum Anspruch* zieht.<sup>46</sup> *Zweitens* könnte man, wenn der Käufer die Kosten des Transports bezahlen muss, auch einen Vertragsschluss in indirekter Stellvertretung annehmen – Viktor wäre dann indirekter Stellvertreter Kurts beim Abschluss des Frachtvertrages mit Lauber. Bei der indirekten Stellvertretung ist die Drittschadensliquidation in der Lehre weitestgehend anerkannt.<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> Vgl. dazu Schwenzer, OR AT, N 23.08: „*Bei der Schickschuld ist nur die Versendung geschuldet, die Transportperson ist deshalb nicht Erfüllungsgehilfe. Anders ist die Sachlage bei der Bringschuld, bei der der Transport zur Leistungspflicht des Schuldners gehört.*“; a.M. Huguenin, N 2499: «*Geht die Ware auf dem Transport zufällig unter, so trägt nach dem (dispositiven) Gesetz also bereits der Käufer die Gefahr. Geht die Ware auf dem Transport dagegen aufgrund des Verhaltens der Transportperson unter, welches unter dem Gesichtspunkt der hypothetischen Vorwerbarkeit der Verkäuferin anzulasten ist, so haftet die Verkäuferin für den Untergang der Sache im Rahmen von Art. 101 OR i.V.m. der entsprechenden Haftungsnorm.*»

<sup>42</sup> Vgl. BGE 123 III 204 ff., 211: „*Auch bei der Drittschadensliquidation (vgl. GAUCH/SCHLUERP, a.a.O., Rz. 2685 ff. mit Hinweisen), auf welche die Befürworter der vertragsrechtlichen Verjährungsfrist verweisen (HANS-ULRICH BRUNNER, a.a.O., Nr. 294; GAUCH/SCHLUERP, a.a.O., Rz. 2697), wird der Schaden vom Vertragspartner selbst getilgt gemacht; eine Ausnahme ergibt sich dabei nur bezüglich des Grundsatzes, dass nur der im Vermögen des Gläubigers entstandene Schaden zu ersetzen ist.*“

<sup>43</sup> Vgl. BGE 117 II 315 ff., 319: «*Selon la théorie du "déplacement de l'intérêt" formulée par VON TUHR, le créancier peut exiger du débiteur qu'il dédommage le tiers lorsque le créancier se trouve en relation juridique avec le tiers et que l'intérêt à la prestation naît chez ce dernier au lieu de naître chez le créancier, ou bien est passé au tiers après la conclusion du contrat (...). Le dommage est donc causé à un tiers sans que le créancier lui-même ne soit lésé (Drittschaden) (...).*»; vgl. die Übersicht bei BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 40.

<sup>44</sup> Schwenzer, OR AT, N 14.25.

<sup>45</sup> Vgl. BGE 117 II 315 ff., 319 f.: «*C'est pourquoi des théories ont été imaginées afin de permettre au tiers lésé, dans certains cas, de faire valoir les droits résultant du contrat. b) Un autre moyen imaginé pour améliorer la situation du tiers lésé est le "contrat comportant un effet de protection envers les tiers" (Vertrag mit Schutzwirkung gegenüber Dritten), qui accorde une prétention en dommages-intérêts à celui qui est lésé par la transgression des devoirs accessoires de diligence, d'information ou de sécurité résultant du contrat; encore faut-il que le tiers soit appelé à "entrer en contact" avec la prestation du débiteur et que le créancier doive, de façon reconnaissable pour le débiteur, veiller à la sécurité du tiers (...). L'exemple classique est celui du couveur qui est responsable non seulement envers le maître pour la mauvaise exécution du contrat d'entreprise, mais également envers les membres de la famille dudit maître pour les dommages qu'ils pourraient subir lors des travaux (...). Dans ce cas, il n'y a pas de "déplacement de l'intérêt" (...). Le droit du tiers se justifie soit par une stipulation pour autrui implicite, soit par une interprétation complétaire du contrat (...).*»

<sup>46</sup> Vgl. Krauskopf, N 106, der auf dieses Kriterium bei der Unterscheidung des Vertrags zugunsten Dritter und der Drittschadensliquidation exakt eingeht: «*Vom Vertrag zugunsten Dritter unterscheidet sich die Drittschadensliquidation dadurch, dass kein Dritt-Leistungsversprechen des Promittenten vorliegt. Vom Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unterscheidet sich die Drittschadensliquidation insofern, als bei dieser der Schaden zur Anspruchsgrundlage (d.h. zum Gegenkontrahenten des Schädigers), bei jenem die Anspruchsgrundlage zum Schaden (d.h. zum vertragsfremden Geschädigten) gezogen wird.*»

<sup>47</sup> Vgl. Schwenzer, OR AT, N 14.26; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2886 ff.