



Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

OR II

5. Teil: Die ungerechtfertigte Bereicherung

Die ungerechtfertigte Bereicherung bildet das Spiegelbild der unerlaubten Handlung. Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung werden ihrem römisch-rechtlichem Vorbild entsprechend als "*Konditionen*" bezeichnet. Sie zielen auf den Ausgleich einer nicht gerechtfertigten Vermögensverschiebung.

Der heutige Diskussionsstand ist verwirrend, v.a. in Deutschland. Deswegen ist deutsche Literatur zu diesem Thema stets kritisch zu hinterfragen.

§ 16 Der Tatbestand

I. Die Umschreibung des Tatbestandes (Art. 62 Abs. 1 OR)

Der Tatbestand von Art. 62 Abs. 1 OR besagt dass die ungerechtfertigte Bereicherung erfüllt ist, wenn jemand "in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist".

- Es muss also jemand bereichert worden sein (Bereicherten). Seine *Bereicherung* besteht in einem Vermögensvorteil und zwar:
 - in einer *Vergrösserung des Vermögens* ("lucrum emergens"): entweder durch Vermehrung der Aktiven oder durch Verminderung der Passiven.
 - oder in einer *Nichtverminderung des Vermögens* ("damnum cessans"): entweder durch Nichtvermehrung der Aktiven oder Nichterhöhung der Passiven.
- Der Vorteil muss "*aus dem Vermögen eines anderen*" bestehen (Entreicherter) und zwar so, dass insofern eine Vermögensverschiebung stattgefunden hat.
- Der Vorteil ist "*ungerechtfertigt*". Es besteht kein Grund, der den Vermögensvorteil rechtfertigt. Insofern ist die Bereicherung "ohne rechtmässigen Grund". Ob dies zutrifft, muss für den Einzelfall entschieden werden, jedoch nach der "Wertung der Rechtsordnung". Dies ist zutreffend aber gleichzeitig schwammig. Sicher ist aber, dass das Bereicherungsrecht kein Notventil für unbillige rechtliche Ereignisse ist. So kann z.B. ein falsches aber rechtskräftiges Urteil nicht via Bereicherungsrecht korrigiert werden!

Die Bereicherung kann von Anfang an vorliegen (z.B. versehentliche Zahlung) oder erst im Nachhinein hinzutreten. Es handelt sich aber stets um eine Ausnahme des Alltages.

"Die Bereicherung besteht ... in der Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand" des Bereicherten "und dem Vermögensstand, welcher ohne die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung vorliegen würde."

Ein Verschulden des Bereicherten (oder einer anderen Person) wird im Tatbestand nicht vorausgesetzt. Gut- oder Böswilligkeit wird aber gem. Art. 64 OR bei der Rückerstattungspflicht berücksichtigt.

II. Ursachen der ungerechtfertigten Bereicherung

Rechtsgrundlose Leistung des Entreicherten

Die Fälle des Art. 62 Abs. 2

Art. 62 Abs. 2 OR unterscheidet drei Fälle. Sie sind gem. BGer nicht abschliessend und haben vor allem klassifikatorische Bedeutung. Es handelt sich allesamt um Störungen der Leistung.

- *Zuwendung "ohne jeden gültigen Grund"* (sie begründet die "condictio sine causa")
Bsp.: Erfüllung einer fremden Schuld, die der Schuldner für seine eigene hält. Nochmalige Bezahlung einer schon beglichenen Rechnung. Erfüllung an einen anderen als den Gläubiger. Zuviel bezahlte Mietzinsen.
Keine ungerechtfertigte Bereicherung liegt vor, z.B. bei einer Schenkung.
- *Zuwendung "aus einem nicht verwirklichten ... Grund"* (sie begründet die "condictio ob causam futuram" oder "... non secutam"). Die Leistung wird erbracht im Hinblick auf einen erwarteten (künftigen) Grund, der sie rechtfertigen soll, dann aber nicht eintritt.
Bsp.: Akontozahlung im Hinblick auf eine künftige Kaufpreisforderung, die mangels Vertragsabschluss nicht entsteht; Bauliche Aufwendungen eines Mieters im Hinblick auf ein längerfristiges Mietverhältnis; Kaufvertrag unter Suspensivbedingung (z.B. Baubewilligung).

- *Zuwendung aus "nachträglich weggefallenem Grund"* (sie begründet die "condictio ob causam finitam"). Zur Zeit der Leistung liegt ein Grund vor, der die rechtfertigt. Aber dieser Grund fällt nachträglich weg. *Siehe G/S/S¹, Nr. 1487 f.!* Bsp.: Kaufvertrag unter Resolutivbedingung.

Eine Besonderheit

Beim *Tatbestand der freiwilligen Erfüllung* einer Nichtschuld wird der Bereicherungsanspruch ausgeschlossen, wenn die Leistung *ohne Irrtum* über die Schuldpflicht erbracht wurde. Damit befasst sich Art. 63 Abs. 1 OR.

Weitere Ursachen

- *Das Verhalten des Bereicherten selbst.* Unberechtigte Nutzung fremder Sachen; Verarbeitung fremder Sachen (Art. 726 ZGB); Verwendung einer fremden Marke; Diebstahl von Geld und Vermischung mit dem eigenen.
- *Das Verhalten Dritter.* Eine Bank überträgt aus Versehen einen Betrag aus dem Konto des einen Kunden auf dasjenige eines anderen.
- *Ein Natureignis.* Eine Viehherde dringt ohne Zutun ihres Eigentümers in das Grundstück des Nachbarn ein und weidet diese ab.

§ 17 Die Rechtsfolge

Die ungerechtfertigte Bereicherung widerspricht dem Gedanken der materiellen Gerechtigkeit. Darum sieht das Gesetz einen Ausgleich der Bereicherung vor.

I. Bereicherungsanspruch als Folge der ungerechtfertigten Bereicherung

Grundsatz

Art. 62 Abs. 1 OR bestimmt, dass die "Bereicherung zurückzuerstatten" ist. Das Wort "Rückerstattung" muss im weiteren Sinn von "Herausgabe" verstanden werden.

Diese Rückerstattungspflicht ist eine *Schuld*. Es entsteht für den Entreicherten ein *Bereicherungsanspruch* auf Rückerstattung (Art. 67 OR). Diese Klage wird als Bereicherungsklage bezeichnet. Dabei handelt es sich um ein relatives (kein absolutes) Recht. Der Bereicherungsanspruch wird als "*Kondition*" bezeichnet. Es werden unterschieden:

- Leistungskondition
- Eingriffskondition
- Übrige Konditionen

Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen

Oft wird gesagt, dass der Bereicherungsanspruch "*subsidiären Charakter*" habe. Dies stösst neben Deutschland auch in der Schweiz zunehmend auf Kritik. Es besteht die Meinung, dass der Bereicherungsanspruch nicht mit der Vindikation oder einem Vertragsanspruch konkurriert, sondern durch diese Rechtsbehelfe verdrängt wird. Im Gegensatz dazu wird im Verhältnis zum Deliktsanspruch die Konkurrenzfähigkeit des Bereicherungsanspruchs angenommen.

- Die *Vindikation* (Eigentumsklage). Solange der Eigentümer berechtigt ist, eine Sache von einem anderen, gestützt auf sein Eigentum herauszuverlangen, hat er gegenüber dem anderen keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die *Vindikation schliesst den Bereicherungsanspruch aus*. Ist Vindikation aber nicht mehr möglich, weil der Erwerber durch Verarbeitung, Verbindung oder Vermischung originär Eigentum erworben hat, so ist eine Bereicherungsanspruch zu bejahen. Ebenfalls bei Verbrauch.
- Mit der Eigentumsübertragung verwandt ist die *Abtretung einer Forderung* (Art. 164 OR).
- Der *Vertragsanspruch*. Der Anspruch auf Erfüllung vertraglicher Leistungspflichten schliesst den Bereicherungsanspruch aus. Bsp.: Hat Verkäufer der die Kaufsache geliefert, so ist der Käufer nicht ungerechtfertigt bereichert, wenn er den vereinbarten Kaufpreis (noch) nicht bezahlt hat.

1 GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. G/S/S, Nr. ...).

- Der *Deliktsanspruch* aus Art. 41 ff. Die herrschende Meinung nimmt an, dass der Deliktsanspruch den Bereicherungsanspruch nicht ausschliesst, sondern mit diesem konkurriert. "Durch Erfüllung des einen Anspruchs" erlischt alsdann der andere Anspruch "soweit er nicht über den Umfang des ersten Anspruchs hinausgeht".

II. Gegenstand und Umfang der Rückerstattung

Es handelt sich um einen obligatorischen Anspruch; eine Forderung.

Gegenstand

Die geschuldete Rückerstattung besteht meistens in einer Geldleistung. Es kann sich aber auch um einen Gegenstand handeln. Dieser ist soweit möglich in natura zurückzugeben. Wobei dieser Lehrsatz beim Bereicherungsanspruch bei rechtsgrundloser Eigentumsübertragung von Sachen durch die Vindikation verdrängt wird.

Umfang

- *Grundsatz*: Die Bereicherung muss *in vollem Umfang* ausgeglichen werden. Wurde eine Sache unbefugt gebraucht, so richtet sich die Höhe des Ausgleichs nach dem Betrag der Ersparnis, den der Bereicherte normalerweise hätte aufwenden müssen, um sich die Gebrauchsvorteile oder die Sache selbst zu verschaffen. Es wird nach *Verkehrswert* ("Marktwert") berechnet. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass die Art. 62 ff. *keine Grundlage für eine Gewinnabschöpfung* bilden.
- *Ausnahme*: Die Ausnahme gilt zu Gunsten des gutgläubig bereicherten (Art. 64 OR). Der gutgläubig Bereicherte hat demnach die *Einwendung der nicht mehr vorhandenen Bereicherung*. Er muss nur soviel zurückerstatten, als er zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist. Massgebend ist der Zeitpunkt der ersten Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs. Leitender Grundgedanke dabei ist, dass der gutgläubig Bereicherte nach der Rückerstattung nicht schlechter dastehen soll, als wenn die Bereicherung nicht eingetreten wäre. Dazu gehören u.a.: allfällige Erwerbs-(z.B. Verurkundungs-)kosten; Bereicherungsschäden (z.B. Schenkung, Vergnügungsreise, nicht aber notwendige Ausgaben wie Unterhalt oder Arzt). Die Einwendung der nicht mehr vorhandenen Bereicherung steht nur dem gutgläubigen Bereicherten zu, der ausserdem berechtigt ist, sich auf den guten Glauben zu berufen (nach Art. 3 Abs. 2 OR).
War der Bereicherte von Anfang an bösgläubig – oder konnte er gem. Art. 3 Abs. 2 OR nicht gutgläubig sein – so steht ihm die Einwendung überhaupt nicht zu. Bei nachträglicher Bösgläubigkeit ist bis zu dessen Eintritt nach Gutgläubigkeit zu verfahren/berechnen.
- Sonderfall der Nutzung und der Verwendung. Trägt eine Bereicherung dem Bereicherten Nutzen ein (z.B. Zins), so erhöht sich der Bereicherungsanspruch gem. Rechtsprechung um diesen Nutzen. Dies in ungeklärtem Widerspruch zu Art. 938 OR!
- *Zweikondiktionentheorie*: Ansprüche werden separat angeschaut.
Saldotheorie: keine Isolierung der Ansprüche, Auszahlung der Wertdifferenz. Voraussetzung: reine Konditionen, keine Vindikationen da diese die Kondiktion verdrängen.
Siehe G/S/S, Nr. 1527.

III. Ausschluss des Bereicherungsanspruchs oder seiner Klagbarkeit

Ausschluss des Bereicherungsanspruchs

Neben weiteren Spezialbestimmungen nachfolgend nur die *allgemeinen* Ausschlussgründe.

Freiwillige und irrtumsfreie Bezahlung einer Nichtschuld

Art. 63 Abs. 1 OR: "Wer eine *Nichtschuld freiwillig bezahlt*, kann das Geleistete nur dann zurückfordern [conditio indebiti], wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im *Irrtum* befunden hat."

- Der Wortlaut "*Bezahlung*" ist zu eng. In Wirklichkeit wird neben Geld auch *jede andere Leistung* in den Anwendungsbereich aufgenommen, *die zur Erfüllung einer Schuld dienen soll*.
- "*Nichtschuld*": Entweder hat die Schuld nie bestanden, oder sie war zur Zeit der Leistung bereits erloschen. Ausgenommen ist also die Zuwendung aus nachträglich weggefallenem Grund.

- Der Leistende muss sich im "*Irrtum*" befunden haben. Also die unrichtige Vorstellung gehabt haben, die Schuld bestehe. Schon *Zweifel* an dieser Vorstellung schliessen den Irrtum aus (allerdings kontrovers). Die Beweislast liegt nach Art. 63 Abs. 1 OR grundsätzlich beim Leistenden. Hat der Leistende die Schuld in Kenntnis ihres Nichtbestehens oder im Zweifel über ihren Bestand erfüllt, so fehlt es am Irrtum, weshalb der Bereicherungsanspruch entfällt. Eine Rückforderung würde "*venire contra factum proprium*" entsprechen. Dabei ist aber das Motiv gleichgültig. Es kann also auch dann nicht zurückgefordert werden, wenn nochmalig bezahlt wurde (Nichtschuld), da man sich mangels Quittung ausserstande sah, in einem allfälligen Prozess zu beweisen.
- Für die *Rückforderung unfreiwilliger (!) Leistungen* bildet der Irrtum keine Voraussetzung. Hier verhält sich ein Rückforderer nicht widersprüchlich, da er sich ja in einer *Zwangslage* befand. Es sind folgende Unfreiwilligkeiten denkbar:
 - Beim wichtigsten Fall verweist Art. 63 Abs. 3 OR auf das SchKG.
 - Leistung aus Furcht (Art. 29 f. OR) oder Notlage (Art. 21 OR). Dabei ist zu beachten dass ein Rückforderungsanspruch in Fällen des Art. 66 OR.
 - Leistungen, die gänzlich ohne Willen – sondern vielmehr aus Versehen – geleistet wurden. Wer versehentlich geleistetes zurückfordert handelt nicht widersprüchlich.
- Sonderfragen:
 - Bei synallagmatischen Schuldverträgen siehe § 18.
 - Bei Mehrparteienverhältnissen sind insbesondere bei fehlerhaft abgewickelten Anweisungsverhältnissen die Partei-Beziehungen zu prüfen (wer wem forderungsberechtigt ist und ob überhaupt).

Erfüllung einer verjährten Schuld oder einer sittlichen Pflicht

Nach Art. 63 Abs. 2 OR ist die Rückforderung ausgeschlossen, "wenn die Zahlung für eine *verjährte Schuld* oder *in Erfüllung einer sittlichen Pflicht* geleistet wurde". Merke: Die *verjährte Schuld* ist *keine* Nichtschuld! Wird sie erfüllt, so ist der Gläubiger nicht ungerechtfertigt bereichert. Sittliche Pflichten sind zwar keine Schulden im Rechtssinn, genügen aber zur Rechtfertigung der Bereicherung.

Leistung bei faktischem Vertragsverhältnis

Wird ein unwirksamer Vertrag von einer oder beiden Seiten erfüllt, sind die Leistungsempfänger zur Rückleistung verpflichtet. Oft greift auch die Vindikation.

Oft ist eine Rückabwicklung bei unwirksamen Dauerschuldverhältnissen unpraktisch. Ein *Ausweg* führt über das *faktische Vertragsverhältnis*. Es wird vorgegangen, wie wenn ein wirksamer Vertrag vorgelegen hätte. Gesetzlich ist dies für den Spezialfall Arbeitsvertrag explizit geregelt (Art. 320 Abs. 3 OR). Wird ein unwirksamer Vertrag aber wie ein wirksamer behandelt, so fallen Bereicherungsansprüche auf Grund der Unwirksamkeit weg.

Ausschluss der Klagbarkeit

Ausschluss nach Art. 66 OR

Art. 66 OR ergänzt die Nichtigkeitsordnung von Art. 20 OR.

Die Praxis des BGer ist einerseits streng. Das Gericht schliesst die Rückforderung schon deswegen aus, *weil die Leistung auf Grund eines rechts- oder sittenwidrigen Vertrags erbracht wurde*. Dies entspricht aber nicht dem Sinn von Art. 66 OR kann aber unbillig sein, gerade wenn bei synallagmatischen Verträgen nur die kondizierende Partei geleistet hat oder die Gegenpartei vindiziert. Darum muss das BGer oft auf ZGB 2 ausweichen, um der Rückforderung doch stattzugeben.

Andererseits erachtet das BGer Art. 66 OR als eine Art "gesetzgeberisch fragwürdige Lösung, die je nach den Umständen zu moralisch unbefriedigenden Ergebnissen führen kann". Dies würde vermieden, wenn Art. 66 OR gem. Lehre angewandt würde: "Es kann nicht zurückgefordert werden, *was zur Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Handelns des Gegners gegeben*" wurde. So verstanden beschränkt sich die Anwendung des Art. 66 OR auf den "Gauernerlohn" und das "Schmiergeld". Das BGer hat aber bis auf weiteres an seiner Praxis festgehalten.

Ausschluss durch Verjährung (Art. 67 OR)

Ist ein Anspruch verjährt, ist dieser nunmehr klagbar, als der Schuldner keine Verjährungseinrede erhebt. Die Bestimmung des Art. 67 OR enthält:

- nach *Abs. 1 die Verjährungsfristen*. Diese betragen relativ ein Jahr nach Kenntnis (dann, wenn eine Klageeinleitung vernünftigerweise zugemutet werden kann) des Anspruchs und absolut zehn Jahre;

- nach Abs. 2 einen Vorbehalt. ????????

Art. 67 OR wird in bestimmten Fällen von einer vorgehenden Sondernorm verdrängt.

§ 18 Einzelfragen

I. Bereicherung/Entreicherung

Es ist streitig, ob es eine Bereicherung ohne Entreicherung geben kann. Ein Beispiel wäre das unberechtigte Bewohnen einer Ferienwohnung, in welcher der Eigentümer zur besagten Zeit aber sowieso nicht gebraucht hätte. Eine Meinung geht dahin, dass aus dem (deutschen) Wortlaut hervorgehe ("aus dem Vermögen eines andern"), dass zwischen Vorteil und Einbusse ein Kausalzusammenhang bestehe. Der Bereicherungsanspruch entfällt also, wenn trotz Bereicherung auf der einen Seite keine Entreicherung auf der anderen Seite eingetreten ist. Im Ferienwohnungs-Beispiel wäre der ungebetene Gast also nicht ungerechtfertigt bereichert, da der Eigentümer aufgrund seiner Abwesenheit nicht entreichert ist.

Nach der anderen Meinung – welche Zustimmung verdient – genügt es für die Entstehung des Bereicherungsanspruchs, dass ich der Bereicherte einen Vermögensvorteil verschafft hat, z.B. durch blosser Nutzung fremder Güter. Es genügt also, wenn die Bereicherung "auf Kosten" der anspruchsberechtigten Person geschieht. Der *Bereicherungsanspruch* ist also in Bestand und Umfang von der *Entreicherung unabhängig*. Dieser These folgt auch das BGer.

II. Rückerstattungsanspruch bei Vertragsrücktritt

Durch Rücktritt wurde der Vertrag "ex tunc" aufgelöst. Jede Partei hat Anspruch auf Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen.

- Die traditionelle Meinung konstruiert diesen Rückerstattungsanspruch als Bereicherungsanspruch. Sie gehen davon aus, dass der Rechtsgrund für die erbrachte Leistungen nachträglich entfalle.
- Mittlerweile hat sich auch das BGer der *Umwandlungstheorie* angeschlossen. Der Rücktritt von einem Vertrag führt bei dieser Theorie zu einer *inhaltlichen Umgestaltung des Vertragsverhältnisses*, welches zunächst als vertragliches Abwicklungsverhältnis (Liquidationsverhältnis) fortbesteht. Jede Partei wird verpflichtet, das Erhaltene entweder in natura oder wenn nicht mehr vorhanden wertmässig zurückzuerstatten. Diese Rückleistungsverpflichtungen sind also *vertraglicher Natur*. Die Umwandlungstheorie verdient den Vorzug, weil alle Rückleistungsansprüche nach den gleichen (vertraglichen) Regeln zu beurteilen sind. Zudem kann (unabhängig von Art. 64 OR) der *volle Betrag* zurückverlangt werden. Als praktische Relevanz ist die Verjährung beizufügen. Sie beträgt bei der vertraglichen Rückleistungspflicht 10 Jahre, nach Bereicherungsrecht nur 1 Jahr.

Es wird bei Entstehungsmängel also grundsätzlich nach Bereicherungsrecht vorgegangen und bei Erfüllungsmängel nach vertraglicher Rückabwicklung.

III. Anwendung des Art. 63 Abs. 1 OR bei synallagmatischen Schuldverträgen

Hat die eine Partei bei der Abwicklung eines unwirksamen synallagmatischen Vertrags ohne Irrtum freiwillig geleistet, bleibt ihr ein Bereicherungsanspruch gem. Art. 63 Abs. 1 OR verwehrt (Ausfluss des Verbots widersprüchlichen Verhaltens). Dies ist immer dann stossend, wenn die Gegenpartei gestützt auf die Unwirksamkeit des Vertrags entweder die Leistung verweigert, oder die schon erbrachte Leistung vindizieren oder kondizieren kann.

In solchen Fällen ist die Frage zu bejahen, dass der Bereicherungsanspruch *trotz* irrtumsfreier Leistung besteht, wenn die eine Partei in der Annahme freiwillig leistet, dass dies die Gegenpartei ebenfalls tun werde. Siehe BGE in Unterlage² 52.

IV. Unterlagen 53 und 54.

Ist es entscheidend, ob es sich um Vertrags- oder Bereicherungsrecht handelt? Ja, denn diese Qualifikation hat auf die [Länge der] Verjährung einen Einfluss. Beim Bereicherungsrecht wird die Verjährung nach Art. 67 OR berechnet, beim Vertragsrecht nach Art. 127 OR.

2 Materialien zum OR I und II (Obligationenrecht, Allgemeiner Teil), HS 2007 / FS 2008 (Reader).

Das BGer hat vorbehaltlose Zahlungen dem Bereicherungsrecht unterstellt, Abrechnungsvereinbarungen (z.B. Akontozahlungen) dem Vertrag.

6. Teil Erfüllung der Obligation

§ 19 Vorbemerkung

I. "Die Wirkung der Obligationen"

Darunter sind drei verschiedene Problemkreise angesprochen:

- Art 68-96 OR befassen sich mit der *Erfüllung der Obligation* und mit der Obliegenheit des Gläubigers zur *Mitwirkung bei der Erfüllung der Obligation*;
- Art. 97-109 OR handeln von der *Verletzung der Erfüllungspflichten* und deren *Wirkungen*;
- Art. 110-113 OR betreffen die *"Beziehungen zu dritten Personen"*.

I. Von der Erfüllung im Allgemeinen

Die Erfüllung der Obligation besteht in der Erbringung der geschuldeten Leistung, wodurch die Schuld (das ist die einklagbare Pflicht zur Leistung) getilgt wird, nicht aber notwendigerweise das ganze Schuldverhältnis erlischt.

Richtig erfüllt wird eine Obligation nur, wenn der Gläubiger nach *Person, Ort, Zeit* und *Inhalt* richtig erfüllt.

§ 20 Die richtige Erfüllung

Siehe G/S/R³, Nr. 2008 ff. (§20) und *Unterlage 56*.

I. Übersicht

Gesetzliche Erfüllungsregeln

Die Erfüllungsregeln der Art. 68-96 OR beantworten folgende Fragen:

- *Wer* soll leisten?
- *Wem* soll geleistet werden?
- *Wo* soll geleistet werden?
- *Wann* soll geleistet werden?
- *Was* soll geleistet werden?

Ist nichts anderes vereinbart, regelt das dispositive Recht;

- *Art* und *Umfang* der geschuldeten Leistung (Inhalt i.e.S.);
- die Modalitäten *der Leistungspflicht*: Person des Leistenden und des Leistungsempfängers; Ort und Zeit der Leistung; Mitwirkung des Gläubigers (Inhalt i.w.S.)

Geltungsbereich der Erfüllungsregeln

Grundsätzlich gelten die gesetzlichen Erfüllungsregeln *für alle Obligationen*, wobei präzisierend zu sagen ist:

- Die Erfüllungsregeln sind *dispositives Gesetzesrecht*, und
- Einzelne Erfüllungsregeln betreffen nur einen beschränkten Kreis von Obligationen.

II. Person des Leistenden

Grundsatz: Keine Pflicht zur persönlichen Leistung

Dieser Grundsatz folgt aus Art. 68 OR.

3 GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. G/S/R, Nr. ...).

Ausnahmen

Ausnahmen nach Gesetz

Art. 68 OR sieht die Pflicht zur persönlichen Erfüllung dann vor, "wenn es bei der Leistung auf seine *Persönlichkeit ankommt*". Dies trifft bei *Sachleistungen selten*, bei *Dienstleistungen* dagegen *häufig* zu. Bsp.: die persönliche Arbeitspflicht im Arbeitsvertrag (Art. 321 Abs. 1 OR).

Ausnahmen nach Vertrag

Die Parteien können im Rahmen der Parteiautonomie (Art. 19 Abs. 1 OR) eine *persönliche Leistungspflicht* vereinbaren. Bsp.: ein Werk darf nicht durch ein Subunternehmen ausgeführt werden. Bzw. Auch die Pflicht beispielsweise für einen Anwalt, einen Steuerfachmann beizuziehen.

Verhältnis des leistenden Dritten zum Schuldner

Der leistende Dritte erfüllt eine fremde Schuld, nimmt aber *keine Schuldübernahme* vor.

Leistung des Dritten mit Willen des Schuldners

- *Dienstleistungen*
Bsp.: Subunternehmer montiert Aussenfassade (Werkvertrag).
- *Sachleistungen*
Sachleistungen können durch Dritte *aus dem Vermögen des Schuldners* oder *aus eigenem Vermögen geleistet* werden.

Leistungen des Dritten ohne Willen des Schuldners (Intervention)

Schuldner wird befreit, auch ohne seinen Willen. Dieser leistende Dritte wird *Intervenient* genannt. Er handelt z.B. um den Schuldner zu beschenken oder als Geschäftsführer ohne Auftrag. Bsp.: Bezahlen von Nachbars Stromrechnung während dessen Abwesenheit; Begleichung der Zeche durch Onkel.

Leistung des Dritten gegen den Willen des Schuldners

Auch hier leistet der Dritte mit befreiender Wirkung des Schuldners.

Exkurs: Subrogation

Begriff

Der Leistende Dritte, der den Gläubiger einer Forderung befreit, tritt in die Rechtsstellung dieses Gläubigers gegen den Schuldner ein.

Fälle

Wirkung

Es tritt eine Befreiungswirkung des Schuldners gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger ein und gleichzeitig eine Nachrückungswirkung zwischen Schuldner und Drittem. Der Dritte wird also Gläubiger des Schuldners, wobei die Modalitäten gleich bleiben.

Einzelfragen

III. Person des Leistungsempfängers

Grundsatz

Der Schuldner hat dem Gläubiger zu leisten. Leistet er einem Dritten, so hat er grundsätzlich nicht erfüllt. Dabei gilt, dass der Vertreter des Gläubigers *kein* Dritter ist.

Ausnahmen

Es ist möglich, dass der Schuldner zur Leistung an einen Dritten verpflichtet oder auch nur berechtigt ist.

Pflicht des Schuldners zur Leistung an einen Dritten

- *Vereinbarte Pflicht zur Leistung an einen Dritten*
Dieser Dritte kann z.B. eine Bank sein, die das Geld entweder behält (Verrechnung) oder dem Gläubigerkonto gutschreibt.

- *Pflicht zur Leistung an einen Dritten auf Grund nachträglicher Weisung des Gläubigers*
Dies kann (einseitig und nachträglich!) vom Gläubiger angeordnet werden und verpflichtet den Schuldner, solange ihm daraus keine Nachteile erwachsen.
- *Pflicht zur Leistung an einen Dritten auf Grund des Gesetzes*
Art. 99 SchKG: Grundsätzlich kann der Schuldner einer gepfändeten Forderung nach der Anzeige der Pfändung rechtsgültig nur noch an das Betreibungsamt leisten.
- *Behördliche Anweisung zur Leistung an einen Dritten*
Z.B. Anweisung des Arbeitgebers den Lohn an den unterhaltsberechtigten Ehegatten zu überweisen.

Recht des Schuldners zur Leistung an einen Dritten

- *Recht zur Leistung an einen Dritten auf Grund einer Ermächtigung des Gläubigers*
Z.B. Angabe eines Postcheck- oder Bankkontos auf dem Rechnungsformular.
- *Recht zur Leistung an einen Dritten auf Grund des Gesetzes*
- *Recht zur Leistung an einen Dritten auf Grund der Verkehrsübung*
Nach Verkehrsübung ist Postcheckkonto zulässig. Bei Bankkonto ist Sachlage aber streitig.

Einzelfragen

- Der Schuldner trägt das Risiko der Leistung an einen Nichtberechtigten.
- Der Schuldner wird nicht befreit durch die Leistung an den Gläubiger des Gläubigers (wenn nicht Art. 131/260 SchKG).
- Befreiung bei vereinbarungswidriger Leistung an den Gläubiger anstatt an den Dritten.

IV. Ort der Erfüllung (Art. 74 OR)

Begriff des Erfüllungsortes

Ort, an dem der Schuldner seine Leistungshandlung vorzunehmen hat.

Bestimmung des Erfüllungsortes

Bestimmung durch Vertrag

Bestimmung durch Gesetz

Allgemeine Regeln in Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1-3 OR. Sonderregeln sind im ganzen Gesetz verstreut.

Holschuld, Bringschuld, Versendungsschuld

- *Holschuld*. Der Schuldner hat die Leistung an seinem (Wohn- oder Geschäfts-)Sitz bereitzuhalten. Der Gläubiger muss somit die Leistung beim Schuldner abholen (z.B. Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR).
- *Bringschuld*. Der Schuldner hat dem Gläubiger die geschuldete Sache an dessen Wohnsitz zur Zeit der Erfüllung zu übergeben. Er muss den Transport der Sache (oder des Geldes) besorgen und zwar auf eigene Kosten (z.B. Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR).
- *Versendungs- oder Schickschuld*. Der Schuldner hat die Nebenleistungspflicht, die geschuldete Sache an den Gläubiger zu versenden, und zwar vom Erfüllungsort aus. Dieser ist aber nicht der Wohnsitz des Gläubigers. Der Schuldner muss also an seinem Wohnsitz (oder am Ort der gelegenen Sache) tätig werden und nicht wie bei der Holschuld bloss die Leistung bereithalten: Übergabe der Sache zum Versand. Ein Anwendungsfall ist der Distanzkauf (Art. 189 OR).

Bedeutung des Erfüllungsortes

Wenn der Schuldner zwar bei Fälligkeit aber nicht am Erfüllungsort erfüllt kann er in Schuldnerverzug geraten (Art. 102 OR).

V. Zeit der Erfüllung (Art. 75 ff. OR)

Allgemeines

Begriff

Erfüllungszeit ist die Zeit, da der *Gläubiger das Recht hat, vom Schuldner die Leistung zu verlangen* oder da der *Schuldner das Recht hat, die Leistung mit Erfüllungswirkung zu erbringen*.

Fälligkeit

Fälligkeit ist eine Eigenschaft der Forderung (oder Schuld). Sie bedeutet, dass der *Gläubiger die Leistung einfordern und (im Fall der Nichtleistung) einklagen darf*.

Der Gläubiger darf also nicht verlangen, dass der Schuldner *vor* Eintritt der Fälligkeit leistet. Mit Eintritt der Fälligkeit ist es dem Gläubiger freigestellt, wann er die Leistung erheben (erheben lassen) will (vorbehaltlich Verjährung).

Erfüllbarkeit

Erfüllbarkeit bedeutet, dass *der Schuldner die Leistung erbringen darf*. Das Korrelat zur Erfüllbarkeit ist die Obliegenheit des Gläubigers die gehörig angebotene Leistung anzunehmen.

Technik der Zeitbestimmung

- *Absolute Bestimmung ("dies certus quando")*
Anhand eines absoluten Zeitmassstabes. Z.B. Am 22. Februar 2008; in einem Jahr.
- *Relative Bestimmung ("dies incertus quando")*
Anhand eines Ereignisses oder Zustandes. Z.B. Beim Tod des Schuldners.
- *Terminologie*
Termin ist ein *Zeitpunkt*, *Frist* ein *Zeitraum*.

Zeitliche Modalitäten der Erfüllung

Bestimmung der Fälligkeit und der Erfüllbarkeit

Art. 75: "Ist die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt, so kann die Erfüllung sogleich geleistet und gefordert werden."

Bestimmung durch Vertrag (Art. 75 OR)

Bestimmung durch die "Natur des Rechtsverhältnisses"

Bsp: Eine Fotoreportage an einem Fussballmatch, kann nur während dieser 90 Minuten leisten.

Bestimmung durch das Gesetz

- *Allgemeine Regeln*
Fälligkeit: Mit der Entstehung werden alle Obligationen *sogleich* fällig (Art. 75 OR). Generell gilt, dass unter "sogleich" der Zeitpunkt zu verstehen ist, der sich nach Treu und Glauben aus dem Zeitbedarf des Schuldners für die Erbringung der Leistung ergibt.
Erfüllbarkeit: Sofortige Fälligkeit impliziert "logischerweise" auch *sofortige Erfüllbarkeit* (Art. 75 OR).
- *Sonderregeln*
Sie gehen Art. 75 und 81 Abs. 1 OR vor.

Relativierung der Fälligkeit durch Art. 82 und Art. 83 OR

Ist eine Forderung fällig, kann der Gläubiger deren Erfüllung verlangen. Diese Rechtslage wird relativiert durch die Regel "*Zug um Zug*" (Art. 82 OR) und das *Zurückbehaltungs- und Rücktrittsrecht* nach Art. 83 OR. Dies sind Sicherungsfunktionen, damit nicht unfreiwillig Kredit gegeben werden muss.

Die Regel "Zug um Zug" (Art. 82 OR)

Bei vollkommen "zweiseitigen Verträgen" braucht der Schuldner eine fällige Forderung nicht zu erfüllen, bevor nicht der Gläubiger die Gegenleistung erbracht hat oder sie wenigstens anbietet (Art. 82 OR). Damit wird dem bei vollkommen zweiseitigen Verträgen immer gegebenen *Austauschverhältnis* Rechnung getragen.

Diese Regel ist aber auch auf *unvollkommen zweiseitige Verträge* analog anwendbar. Ebenso ist sie auf *bestimmte Rückabwicklungsverhältnisse* anwendbar. Ebenfalls anwendbar ist Art. 82 OR auch auf *Dauerschuldverhältnisse*.

Voraussetzungen des Art. 82 OR sind:

- *Fälligkeit* der beidseitigen Leistungen.
- Es besteht *keine Vorleistungspflicht* des Schuldners.
- Der fordernde Gläubiger hat seine Leistung *weder erbracht noch genügend angeboten*.
- Es liegt ein *vollkommen zweiseitiger (synallagmatischer) Vertrag* vor.

Zurückhaltungs- und Rücktrittsrecht (Art. 83 OR)

Art 83 OR betrifft den Fall, da bei einem vollkommen "zweiseitigen Vertrag" der eine Teil nachträglich zahlungsunfähig (Konkurs, nicht bloss vorübergehend!) geworden ist. So kann der andere Teil seine Leistung o lange zurückhalten, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird.

Diese Regel ist namentlich da bedeutend, dass statt der Leistung Zug-um-Zug eine Vorleistungspflicht besteht. Sie schützt die vorleistungspflichtige Partei.

Voraussetzungen des Art. 83 OR sind:

- Es muss ein vollkommen zweiseitiger Vertrag vorliegen.
- Eine Vertragspartei wird nachträglich zahlungsunfähig.
- Der Anspruch der Gegenpartei ist gefährdet.

Einzelfragen

Neben dem Fälligkeitstermin noch zu beachten:

- *Bestimmter Verfalltag* i.S.v. Art. 102 Abs. 2 OR. Qualifizierter Fälligkeitstermin mit Verzug ohne Mahnung. Bsp.: Lieferung bis spätestens am 22. Februar 2008.
- *Stichtag* i.S.v. Art. 108 Abs. 3 OR. Nachträgliche Erfüllung ist ausgeschlossen. Bsp.: Solistin für Konzert an Pfingsten 2008.

VI. Gegenstand der Erfüllung (Inhalt der Leistungspflicht; Art. 69 ff. OR)

Allgemeines

Gegenstand der Erfüllung und damit *Inhalt der Leistungspflicht* ist *das Geschuldete*. Geschuldet wird in einer Obligation allgemein ein Tun, ein Unterlassen oder ein Dulden. Aufgrund des "Gegenstands der Erfüllung" muss entschieden werden, ob die konkrete Leistung des Schuldners als Erfüllung, Schlechtlieferung oder Aliud-Lieferung (Nichtlieferung) zu qualifizieren ist.

Nähere Bestimmung der Leistungspflicht durch eine Partei oder durch einen Dritten

Vertragliche Regeln

Es kann vertraglich abgemacht werden, dass das Recht, die geschuldete Leistung näher zu bestimmen beim Gläubiger, dem Schuldner oder bei einem Dritten liegt. Dabei gelten die Schranken der Rechtsordnung (z.B. Art. 27 ZGB).

Regeln des Gesetzes

Das Gesetz stellt dispositive Regeln zur Verfügung.

- *Recht zur Individualisierung bei Gattungs-(Genuss-)Schulden (Art. 71 OR)*
Ist eine Leistung nur der *Gattung* nach bestimmt, so sind die einzelnen Sachen auszuwählen. Die konkrete Erfüllung erfolgt in der Übergabe der Einzelstücke. Für diesen Fall sieht Art. 71 OR dispositiv vor, dass *dem Schuldner das Wahlrecht* zusteht. Abs. 2 präzisiert dabei, dass er *nicht Sachen unter mittlerer Qualität* auswählen darf.
- *Wahlobligation (Art. 72 OR)*
Eine Wahlobligation liegt vor, wenn eine Schuld wahlweise auf die eine oder andere Sache ausgelegt ist. Diese beiden Leistungen brauchen nicht gleichwertig zu sein. Bsp.: 36'000.- oder ein Gemälde von Picasso. Nach Art. 72 OR steht hier das *Wahlrecht* dispositiv *dem Schuldner* zu. Eine gemachte Wahlerklärung ist unwiderruflich.
Ist der Gläubiger zur Wahl berechtigt und übt er das Wahlrecht nicht aus, so gerät er in Gläubigerverzug.
Ist *eine der beiden geschuldeten Leistungen nicht möglich*, besteht folgende *Rechtslage*:
 - War die Leistung *von Anfang an unmöglich*, so richtet sich die Schuld von vornherein nur auf eine (nämlich auf die mögliche) Schuld.

- Ist die Leistung *nachträglich unmöglich* geworden, so kommt es darauf an, wer diese zu verantworten hat. Siehe G/S/R, Nr. 2286 ff.

Erfüllung durch eine andere als die geschuldete Leistung

Grundsatz: Erfüllung nur durch die geschuldete Leistung

Wer statt des geschuldeten "Faust" von Goethe die "Physiker" von Dürrenmatt liefert, hat nicht erfüllt.

Ausnahmen: Alternativermächtigung und Hingabe an Erfüllung statt

Der Gläubiger kann den Schuldner ermächtigen, statt der geschuldeten eine andere Leistung als Erfüllungssurrogat zu erbringen (*Alternativermächtigung*). Es können sich aber Gläubiger und Schuldner auch vertraglich einigen, eine nicht geschuldete Leistung solle an Stelle der geschuldeten treten und Erfüllungswirkung haben (*Hingabe an Erfüllung statt*).

- *Alternativermächtigung*
Bsp.: Der Arzt gestattet dem behandelten Gärtner, die Honorarrechnung durch Gartenarbeit abzutragen. Von dieser vertraglichen Alternativermächtigung ist die gesetzliche Alternativermächtigung zu unterscheiden (z.B. Art. 84 Abs. 2 OR); vgl. Spontanfall 85: ginge der 'Cirque' unter, wenn eine Alternativermächtigung vorgelegen hätte, müsste Schaller die Alternative (14'000.-) nicht leisten, da die *Obligation* mit dem Untergang des Bildes *nachträglich unmöglich* geworden wäre.
- *Hingabe an Erfüllung statt*
Hier handelt es sich nicht um eine dem Schuldner allein zustehende Befugnis, sondern wird die Schuld nur getilgt, wenn der Gläubiger mit der neuen Leistung einverstanden ist. Es handelt sich also um eine vertragliche *Modifikation der geschuldeten Leistung*. Bsp.: Der Handlanger hilft dem Arzt (ohne hierzu ermächtigt zu sein) bei der Renovation des Bootshauses. Er einigt sich aber mit dem Arzt, dass dessen Honorarschuld damit *getilgt* sei.
- *Abgrenzung: Hingabe erfüllungshalber*
Im Gegensatz zur Hingabe an Erfüllung statt hat diese Leistung (Hingabe erfüllungshalber) nicht die Funktion einer Erfüllungshandlung. Vielmehr ist sie verbunden mit der Abrede, dass der Gläubiger (wie ein Beauftragter) das Geleistete verwertet und den Erlös auf das Geschuldete *anrechnet*.

VII. Geldzahlung als besonderer Gegenstand der Erfüllung (Art. 84-90 OR)

Begriff und Arten der Geldschuld

Begriff

Eine Geldschuld liegt dann vor, wenn die Verpflichtung zu einer Geldleistung (Zahlung) Gegenstand (Inhalt) einer Obligation ist.

Arten

- *Geldschulden im engeren Sinn (Wertschulden)*
Geldschulden sind i.d.R. Wertschulden. Der Schuldinhalt ist einzig durch eine *Zahl* bestimmt. Zur Erfüllung einer Geldschuld i.e.S. reicht es, Geldzeichen (Münzen, Banknoten) im Wert der geschuldeten Summe zu leisten.
Bsp.: Eine Tausendernote oder zehn Hunderternoten ist egal.
- *Geldschulden im weiteren Sinn (Stück- und Gattungsschulden)*
 - *Stückschuld*: Geldzeichen als individuell bestimmte Sache (Ausnahme). Bsp.: Die 20er-Note mit Unterschrift von Franco Costanzo.
 - *Gattungsschuld*: Geldzeichen als der Gattung nach bestimmte Sachen. Bsp.: Post verpflichtet sich 1000 Franken *in Fünflibern* zu liefern.

Exkurs: Die schweizerische Währungsverfassung (Währungssystem)

Begriff

Rechtliche Ordnung

Geld und Währungsartikel (Art. 99 BV)

Keine Einlöschungspflicht

Erfüllung auf inländische Währung lautender Schulden

Grundsatz: Pflicht zur Zahlung und Annahme in der Landesmünze

Der Gläubiger muss also Auslandswährung auf eine nach Inlandwährung lautende Forderung nicht annehmen. Umgekehrt zu dieser zivilrechtlichen Obliegenheit muss er die Landeswährung sogar annehmen. Ev. hat er sogar eine *öffentlich-rechtliche Annahmepflicht*.

- Öffentlich-rechtliche Annahmepflicht: Es sind alle schweizerischen Münzen und Banknoten anzunehmen.
- Zivilrechtliche Obliegenheit zur Annahme: Der Gläubiger muss inländische Landesmünzen und Banknoten annehmen. Der Schuldner muss die Zahlung in inländischen Banknoten oder Landesmünzen anbieten.

Ausnahmen von der Annahmepflicht

Der Gläubiger (mit Ausnahme des Bundes) ist nicht verpflichtet, Zahlung in Umlaufmünzen anzunehmen, wenn ihm mehr als 100 Umlaufmünzen angeboten werden (Art. 3 WZG). Ferner ist der Gläubiger nicht verpflichtet, Geldzeichen mit unzumutbar hohem Nennwert umzuwechseln. Es ist Sache des Schuldners, das erforderliche (Klein-)Geld bereitzuhalten.

Eine andere als die Landeswährung kann jedoch von den Parteien vereinbart werden, womit die Obliegenheit aufgehoben wird.

Erfüllung auf ausländische Währung lautender Schulden

Grundsatz: Pflicht zur Zahlung und Annahme in ausländischer Währung

Ausnahme: Alternativermächtigung des Schuldners zur Zahlung in Inlandwährung (Art. 84 Abs. 2 OR)

Zivilrechtlich ist jeder Schuldner einer auf ausländische Währung lautenden und in der Schweiz erfüllbaren Geldschuld alternativ ermächtigt, diese in Inlandwährung zu erfüllen (Art. 84 Abs. 2 OR). Eine Verrechnung von Forderungen in verschiedenen Währungen ist zulässig. Diese Alternativermächtigung kann rechtsgeschäftlich geschlossen werden.

Aufhebung der Alternativermächtigung des Schuldners durch Effektivklausel und Geldsortenschuld

Diese Ermächtigung gilt nicht, wenn die Parteien eine *Effektivklausel* oder eine *Geldsortenschuld* vereinbart haben. Die Abrede zur Effektivklausel (Art. 84 Abs. 2 OR) kann mit dem Wort "effektiv" oder einem ähnlichen Zusatz getroffen werden. Als *Rechtsfolge* kann diese Schuld *nur* noch in der ausländischen Währung erfüllt werden.

Bei einer *Geldsortenschuld* ist der Schuldner dem Gläubiger zu ausländischem Geld (z.B. US-Dollar) zu einem bestimmten Umrechnungskurs gegen Inlandwährung verpflichtet. Es liegt ein *Kauf* ausländischer Geldzeichen vor.

Zahlung und Erfüllung durch bargeldlose Überweisung (Buch- oder Giralgeld)

Zuwendung eines Vermögenswertes durch Gutschrift

Sehr oft wird zur Erfüllung von Geldschulden *Buchgeld* verwendet. Bei der bargeldlosen Überweisung wird die Anzeige der Online-Abrechnung innerhalb unter zehn Sekunden angezeigt.

Im Hinblick auf den Zeitpunkt der Erfüllung und wegen den mit fehlerbehafteten Überweisungen verbundenen Problemen ist es erforderlich, die Abwicklung von *Kettenüberweisungen* darzustellen: Siehe G/S/R, Nr. 2353A ff.

Es fragt sich, ob der Gläubiger in Gläubigerverzug geraten kann, wenn er Buchgeld (anstelle von Bargeld) nicht annimmt. Es ist also zu prüfen, ob der Schuldner im Einzelfall ermächtigt ist, die Leistung in Buchgeld zu erbringen:

Ermächtigung zur Leistung in Buchgeld

Girouberweisung ist *keine* Zahlung im Rechtssinne von Art. 84 OR!

Als erstes fragt sich, ob der Gläubiger verpflichtet ist, ein Konto zu eröffnen, auf das der Schuldner bargeldlos bezahlen kann. Dies ist grundsätzlich zu verneinen. Nach Auffassung des BGer ist jedoch eine *Eröffnung eines Postcheckkontos* seitens des Gläubigers eine Ermächtigung des Schuldners zur bargeldlosen Leistung (nicht jedoch beim *Bankkonto*).

Leistung in Buchgeld als Erfüllungsleistung

Die Giroüberweisung ist Leistung einer Geldschuld.

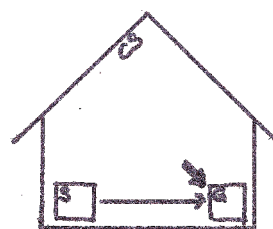
Zeitpunkt der Erfüllung

Auch im bargeldlosen Zahlungsverkehr gilt der Grundsatz, dass Geldschulden *Bringschulden* sind. Grundsätzlich tritt die Erfüllungswirkung erst ein, wenn der Betrag auf dem Konto des Gläubigers gutgeschrieben wird. Abweichungen ergeben sich z.B. wenn die Parteien eine *Schickschuld* vereinbart haben.

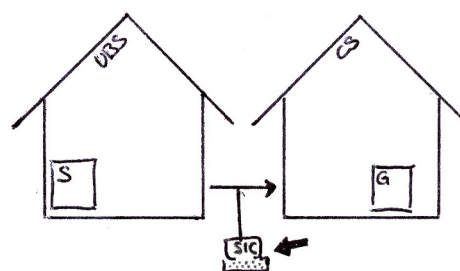
Es trägt also grundsätzlich derjenige Schuldner, der die Zahlung bargeldlos tätigt, in der Zeitspanne zwischen Zahlungsauftrag und Eintritt der Erfüllungswirkung das Verzögerungsrisiko. In BGE 124 III 149 (siehe Unterlagen 52) hat das BGer allerdings erwogen, dass bei der Voraussetzung der Verhaltensweise des Gläubigers (Zustellung eines Posteinzahlungsscheines) der Antrag auf Schickschuld gesehen werden kann und dieser somit das Risiko trägt.

Bei der Beantwortung der Frage nach dem Erfüllungszeitpunkt sollte nicht zwischen Post- und Banküberweisung unterschieden werden. Jedoch ist zwischen Ketten- und Hausüberweisung zu *differenzieren*:

- **Hausüberweisung:** Hier wird keine Risikoverteilung getroffen. Es ist der Zeitpunkt der Erfüllung der Gutschrift auf dem Konto des Gläubigers massgebend.



- **Kettenüberweisung:** Massgebender Erfüllungszeitpunkt bei der bargeldlosen Zahlung im SIC-System ist alsdann der Zeitpunkt der abgeschlossenen Interbankbuchung, somit jener Gutschrift auf dem Konto der Empfängerbank. Bezüglich *Verzögerungsgefahr* geht man bei der Zustimmung des Gläubigers zur bargeldlosen Überweisung davon aus, dass dieser die Gefahr von Verzögerungen *seiner* Bank trägt. Für den Zeitbedarf der schuldnerischen Bank hat dagegen der Schuldner einzustehen.



Bestimmung der geschuldeten Geldsumme (Bestimmungstechnik)

- **Direkte Bestimmung:** 20'000 Franken zu Ostern 2008.
- **Indirekte Bestimmung:** Die Hälfte des Reinerlöses der Oster-Tombola; Kurswert einer SBV-Namensaktie am 23. Februar 2008.
- **Kombination von direkter und indirekter Bestimmung:** Es wird bei langfristigen Geldschulden Rücksicht auf mögliche Geldwertschwankungen genommen und z.B. am Landesindex für Konsumentenpreisen festgemacht.

Zahlung und Rechtsgrund

Die Zahlung (auch Überweisung) erfolgt zur Erfüllung einer Forderung. Bestehen mehrere Rechtsgründe (und daher mehrere Forderungen), muss entschieden werden, auf welche Forderung eine Zahlung anzurechnen ist.

Zahlung ohne Rechtsgrund

Es handelt sich nicht um eine Erfüllung, sondern um eine ungerechtfertigte Bereicherung des "Gläubigers".

Zahlung bei einer Mehrzahl von Rechtsgründen (Art. 86/87 OR)

Hier ist fraglich, welcher Schuld die Leistung anzurechnen ist. Nach Art. 86 Abs. 1 OR ist der Schuldner berechtigt zu bestimmen, "welche Schuld er tilgen will".

Bei fehlender Erklärung wird die Zahlung auf diejenige Schuld angerechnet, die der Gläubiger in seiner Quittung bezeichnet.

Liegt weder eine gültige Erklärung über die Tilgung noch eine Bezeichnung in der Quittung vor, so gilt nach Art. 87 OR folgende Reihenfolge: Siehe G/S/R, Nr. 2392 ff.

Verzinsungspflicht (Art. 73 OR)

Begriff des Zinses

Zins ist "die Vergütung, welche ein Gläubiger zu fordern hat für die Entbehrung einer ihm geschuldeten Geldsumme, sofern diese Vergütung sich nach der Höhe der geschuldeten Summe und der Dauer der Schuld bestimmt.

Entstehungsgründe der Verzinsungspflicht

Die Pflicht, eine Geldschuld zu verzinsen, ergibt sich aus dem *Vertrag* (Grundgeschäft) zur Begründung der Geldschuld oder aus dem *Gesetz*.

Höhe des Zinsfusses (Art. 73 OR)

Steht die Verzinsungspflicht, nicht aber die Höhe des Zinsfusses, so gilt die subsidiäre Regel des Art. 73 Abs. 1 OR: *Zinssatz* von 5% p.a.

Bei der Vereinbarung des Zinsfusses durch die Parteien sind die *Schranken des Gesetzes* zu beachten. Die Rechtsfolge eines Verstosses bestehen nach richtiger Ansicht in der Herabsetzung des missbräuchlichen Zinses auf das zulässige Mass ("modifizierte Teilnichtigkeit").

Zinseszins (Art. 105 Abs. 1, 105 Abs. 3, 314 Abs. 3 OR)

Teilzahlungen (Art. 69 OR)

Ist die geschuldete Leistung teilbar (bei Geldschulden immer der Fall), so stellt sich die Frage, ob der Schuldner Teilleistungen erbringen darf.

Grundsatz: Keine Obliegenheit des Gläubigers zur Annahme von Teilleistungen (Art. 69 Abs. 1 OR)

Ausnahmen: Pflicht des Gläubigers zur Annahme von Teilzahlungen

- *Vertragliche Vereinbarung von Teilleistungen*
- *Geltendmachung bloss einer Teilforderung durch den Gläubiger (Art. 69 Abs. 2, 85 OR)*
- *Streitige Restforderung (Art. 69 Abs. 1 OR)*
Der Gläubiger ist verpflichtet, eine Teilzahlung anzunehmen, wenn eine Forderung zum Teil von den Parteien anerkannt wird und damit "feststeht", zum anderen Teil aber bestritten ist.
- *Weitere Fälle*
Es gibt zahlreiche *Gesetzesvorschriften*. Bsp.: Art. 120 ff. OR zur Verrechnung.

Einzelfragen

Geldschulden sind grundsätzlich Nominalschulden: Sie lauten auf eine Summe. Der *Forderungsbetrag ändert sich daher nicht, auch wenn die Kaufkraft der geschuldeten Summe abnimmt oder zunimmt*. Dies wird in der Praxis aber *nicht konsequent durchgesetzt*.

Siehe G/S/R, Nr. 2432 ff. Wichtigster Fall ist eine entsprechende Vereinbarung der Parteien.

VIII. Mitwirkungshandlungen des Gläubigers im Allgemeinen

In vielen Fällen kann der Schuldner eine Schuld nicht ohne Mitwirkung des Gläubigers erfüllen. Daher ist richtige Mitwirkung des Gläubigers Erfüllungsvoraussetzung.

Mitwirkungshandlungen des Gläubigers als Obliegenheit

Es handelt sich um keine "echten" Pflichten, sondern nur um Obliegenheiten. Der Schuldner hat keinen klagbaren Anspruch auf Mitwirkung des Gläubigers. Auch befreit die unterlassene Mitwirkung den Schuldner nicht von seiner Leistung. Wird aber vom Gläubiger zu unrecht Unterlassen, führt dies für eine Verschlechterung seiner rechtlichen Stellung.

Die Parteien können natürlich diese Obliegenheiten als echte Vertragspflichten mit entsprechenden Verletzungsfolgen ausgestalten. Daneben kennt auch das Gesetz [echte? Streit in Lehre] Gläubigerpflichten (z.B. Annahmepflicht des Käufers nach Art. 211 OR).

Im Einzelnen bewirken die *Unterlassungen von Mitwirkungshandlungen* folgendes:

- *Gläubigerverzug* bei fehlender Rechtfertigung der Unterlassung.
- Die Unterlassung muss *ungerechtfertigt* sein. Siehe G/S/R, Nr. 2454 f.

Mitwirkungsformen

Die Mitwirkung des Gläubigers dient mittelbar oder unmittelbar der *Erfüllung*. Oder sie soll dem Schuldner den *Beweis der Erfüllung* erleichtern.

Vorbereitungshandlungen (Art. 91 OR)

Darunter versteht man *Handlungen des Gläubigers, die der Erfüllungshandlung des Schuldners vorangehen müssen*. Sie ermöglichen erst die (richtige) Erfüllung. Bsp: für die Elektroinstallation im Neubau muss ein solcher Neubau vom Gläubiger bereitgestellt werden.

Mitwirkungshandlungen bei der Erfüllung (Art. 91 OR)

Es wird eine gewisse unmittelbare Mithilfe bei der Erfüllung selbst vorausgesetzt: Bsp.: Käufer muss die bestellte Ware annehmen, z.B. sein Lagerhaus aufschliessen.

Begleithandlungen

Handlungen des Gläubigers anlässlich der Leistung des Schuldners. Ihr *Ausbleiben verunmöglicht die Erfüllung durch den Schuldner aber nicht*. Zweck der erforderlichen Begleithandlung ist es, dem Schuldner den *Beweis für die richtige Erfüllung zu erleichtern*.

- *Ausstellung einer Quittung*

"Der Schuldner, der eine Zahlung leistet", ist nach Art. 88 Abs. 1 OR "berechtigt, eine Quittung ... zu fordern". Es handelt sich aber um kein durchsetzbares Recht. V.a. nicht in Fällen, in denen der Schuldner keine nachträglichen Inanspruchnahme zu befürchten hat. Bsp.: Taxi, Markt.

- *Begriff, Zweck und Arten der Quittung*

Die Quittung ist eine schriftliche Erklärung des Gläubigers, dass er eine bestimmte Leistung erhalten habe. Sie dient dem Schuldner als Beweismittel (Art. 8 ZGB), falls der Gläubiger diese Leistung ein zweites Mal fordern sollte.

Zur Saldoquittung siehe G/S/R, Nr. 2472 ff.

- *Materielle Erfordernisse: Individualisierung der Leistung*

Angabe der Leistung(en) des Schuldners und (mindestens mittelbar) des Rechtsgrundes dieser Leistung(en). Angabe der Person des Leistenden, wenn nicht schon aus der Angabe der Leistung auf sie geschlossen werden kann.

- *Formelle Erfordernisse: Ausgestaltung als Schriftstück*

Keine Anforderung aus Gesetz. Jedoch ergibt sich aus dem Urkundencharakter das Erfordernis der Schriftlichkeit mit eigenhändiger Unterschrift durch den Gläubiger. Nicht erforderlich aber empfehlenswert ist die Datierung.

- *Wirkung: Beweiskraft*

Die Quittung liefert *Beweis für die Leistung*. Der Gläubiger kann seinerseits den Beweis erbringen, (a) dass die Quittung nicht echt ist ("Gegenbeweis gegen die Vermutungsbasis") oder (b) dass die in der Quittung bestätigte Leistung in der Wahrheit nicht oder nicht gehörig erfolgt ist ("Beweis des Gegenteils des Vermuteten").

Es gibt auch die Fälle, wo Quittungen im Voraus und im Hinblick auf die zugesicherte und erwartete Zahlung ausgestellt werden oder mit dem Willen, die Forderung auf diese Weise zu erlassen.

- *Rückgabe oder Entkräftung des Schuldscheins (Art. 88 Abs. 1, 90 OR)*

IX. Zur Rechtsnatur der Erfüllung

Erfüllungstheorien

Vertragstheorie

Theorie der realen Leistungsbewirkung

Eingeschränkte Vertragstheorien

Den Theorien zugrunde liegende Fragen

Erforderliche Geschäftstätigkeit

Erforderlicher Erfüllungs- und Annahmewille

Praktische Tragweite der Kontroverse

7. Teil Leistungsstörungen

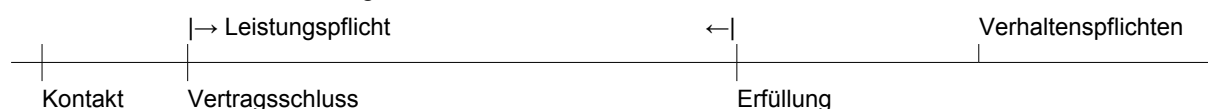
§ 21 Einleitung

I. Zum Ausdruck "Leistungsstörungen"

Bei der Abwicklung von Schuldverhältnissen können Umstände auftreten, welche die Erfüllung erschweren oder verhindern können. Es kann aber auch der einen Partei der anderen Partei zurechenbarer Schaden entstehen. Für diese Fälle dient "Leistungsstörung" als Sammelbegriff. Dieser Ausdruck steht nirgends im OR, setzt sich aber in der neueren schweizerischen Literatur durch.

II. Überblick über Formen der Leistungsstörungen

Nach der hier vertretenen Auffassung gilt als Leistungsstörung jede Verletzung einer Verhaltenspflicht, welche auf dem einheitlichen gesetzlichen Schuldverhältnis basiert.



Siehe Schema G/S/R, Nr. 2519.

III. Eingrenzungen

§ 22 Positive Vertragsverletzungen und Leistungsunmöglichkeiten (Art. 97 Abs. 1 OR)

I. Vorbemerkungen

Leistungsunmöglichkeit, positive Vertragsverletzung und Art. 97 Abs. 1 OR

Aus Art. 97 Abs. 1 OR ergeben sich *zwei* Formen von Leistungsstörungen.

Leistungsunmöglichkeit

Im Wortlaut ist nur die (nachträgliche) Leistungsunmöglichkeit enthalten.

Positive Vertragsverletzung

Praktisch bedeutender und deswegen im Folgenden der Leistungsunmöglichkeit vorgezogen ist die Erweiterung der Lehre und Rechtsprechung: die positive Vertragsverletzung.

Sie stützt sich auf das Tatbestandselement der "nicht gehörig[en]" Erfüllung, wonach die Art. 97-101 OR auf all jene Störfälle angewandt wird, in denen der Gläubiger durch "vertragswidriges Verhalten" (Art. 99 Abs. 3 OR) des Schuldners einen Schaden erleidet.

Die positiven Vertragsverletzungen nach hier verstandener Auffassung stützen sich *direkt* auf die Art. 97 ff. OR, insbesondere auf Art. 97 Abs. 1 (und Art. 98 Abs. 2) OR. Sie werden in zwei Unterformen gegliedert: Verletzung von *Nebenpflichten* und die *Schlechtleistung*.

Vorrangige praktische Bedeutung der positiven Vertragsverletzung gegenüber der Leistungsunmöglichkeit

Rechtsbehelfe gegenüber Leistungsunmöglichkeit und positiver Vertragsverletzung

Grundsätzlich die Schadenersatzpflicht des Schuldners.

II. Positive Vertragsverletzungen

Positive Vertragsverletzung als Sammelbegriff

Sie umfasst grundsätzlich alle Fälle der Nichterfüllung, die *weder als Unmöglichkeitstatabestände* zu qualifizieren sind *noch unter die Verzugsregel* fallen.

Vom Begriff der positiven Vertragsverletzung ist auch die *Nichterfüllung einer Unterlassungspflicht* im Sinne von Art. 98 Abs. 2 OR.

Die *vor Fälligkeit* (antizipierte) durch den Schuldner erklärte *Erfüllungsverweigerung* ist ebenfalls eine positive Vertragsverletzung.

Unterformen der positiven Vertragsverletzung

Nebenpflichtverletzung (Verletzung von Verhaltenspflichten)

- *Struktur und dogmatische Grundlage der Nebenpflichten (Verhaltenspflichten)*
Nebenpflichten (auch als Verhaltenspflichten bezeichnet) werden aus der auf dem Vertrauensgrundsatz basierenden Pflicht zum loyalen Verhalten abgeleitet. Es handelt sich dabei um die Pflicht der Vertragspartner, aufeinander in umfassender Weise Rücksicht zu nehmen. Z.B. Aufklärungs-, Informations-, und Beratungspflichten, sowie Sorgfalts- und Obhutspflichten. Kennzeichnend und von praktischer Bedeutung für diese *Nebenpflichten* ist, dass deren Erfüllung *nicht erzwungen werden kann*, sie sind *nicht selbständig einklagbar*. Doch besteht bei ihrer Verletzung ein Schadenersatzanspruch.
- *Erscheinungsbilder der Nebenpflichten (Verhaltenspflichten)*
Eine Gruppenbildung ist noch nicht ausgereift. Es wird nachfolgend ein Versuch unternommen.
 - *Sog. leistungsorientierte Nebenpflichten (Verhaltenspflichten)*
Das sind jene Pflichten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der vertragsgemässen Erbringung der Leistung, mit der Sicherung und der sachgerechten Verwendung zur Erreichung des Vertragszweckes stehen. Bsp.: Pistensicherungspflicht (neben Hauptleistungspflicht "Transport") des Bergbahnunternehmens.
 - *Versuch einer Gruppenbildung*
 - Obhuts- und Schutzpflichten: Verpflichtung zu gegenseitigem Schutz / Nicht-Gefährdung ihrer Rechtsgüter (Leib, Leben, Eigentum). Bsp.: Bergbahnunternehmen für Schutz körperlicher Integrität.
 - Mitteilungs- und Auskunftspflichten: Gegeben, wenn die andere Person hinsichtlich des konkreten Schuldverhältnisses offensichtlich ungenügende Kenntnis über die Rechtslage hat und die Auskunft ohne weiteres gegeben werden kann.
 - Verschaffungspflichten: dem Gläubiger muss die umfassende Erfüllung der Forderung verschaffen werden. Bsp.: Pflicht des Verkäufers zur Versendung der Ware.
 - Mitwirkungspflichten: Schuldner muss insoweit mitwirken, als es "zur Perfektion des Rechtsgeschäftes oder zur allfälligen Schadensminderung" des Leistungszweckes bedarf.
- *Abgrenzung der Nebenpflichten (Verhaltenspflichten) gegenüber Nebenleistungspflichten*
Die Erfüllung von Nebenpflichten kann nicht durchgesetzt werden, deren Verletzung löst indessen die Rechtsfolge(n) des Art. 97 Abs. 1 OR aus. Es kann also im Falle der Nebenpflichtverletzung ein Schadenersatzanspruch entstehen, jedoch lässt sich eine Leistungserbringung *nicht erzwingen*. Wird demgegenüber eine *Nebenleistungspflicht* verletzt (z.B. die Versendungspflicht des Verkäufers), steht dem Gläubiger wegen ihrer selbständigen Durchsetzbarkeit grundsätzlich ein Erfüllungsanspruch zu.
- *Zu den Rechtsbehelfen gegen Nebenpflichtverletzungen*
Als Unterform der positiven Vertragsverletzung findet für eine Nebenleistungspflicht Art. 97 Abs. 1 OR direkt Anwendung. Also Schadenersatzanspruch und grundsätzlich auch ein Rücktrittsrecht. Dabei hat der Gläubiger den Beweis der Pflichtverletzung zu erbringen, was bei Sorgfaltspflichtverletzungen u.U. schwierig sein kann.
- *Nebenpflichtverletzungen und Revision des Haftpflichtrechts*

Schlechtleistung (Schlechterfüllung)

- *Grundstruktur*
Schlechtleistung bzw. Schlechterfüllung liegt vor, wenn der Schuldner zwar die Leistung erbringt, diese jedoch nicht vertragskonforme Qualität aufweist.

- *Verhältnis zwischen den Art. 97 ff. und den Bestimmungen über die Mängelhaftung im Besonderen Teil des OR*
 - *Eingegrenzte Fragestellung*
Nach h.L. erfassen die Art. 97-101 OR über den Wortlaut von Art. 97 Abs. 1 OR hinaus insbesondere auch die Schlechtleistung und den daraus entstandenen Schaden, soweit nicht besondere Bestimmungen (z.B. Art. 98 Abs. 1 OR), insbesondere jene über die *Mängelhaftung, vorgehen*. Kann nun ein Gläubiger *statt* der *Mängelrechte* die allgemeine *Schadenersatzforderung nach Art. 97 ff. OR* erheben?
 - *Mängelhaftung und Mängelrechte im Allgemeinen*
Bei der Mängelhaftung handelt es sich um die Haftung z.B. des Verkäufers für Mängel an einer Sache. Es ist eine besonders geordnete Rechtsfolge nicht richtiger Erfüllung. Geregelt in den Art. 197 ff., 219, 259a-e und 368 ff. OR.
Der Schuldner hat für die Mangelhaftigkeit des Vertragsgegenstandes einzustehen, wobei grundsätzlich *kein Verschulden* vorausgesetzt wird. Die *Haftung des Schuldners* wird konkretisiert durch die *Mängelrechte*, welche dem Gläubiger *alternativ* zustehen:
 - Wandelungsrecht
 - Minderungsrecht
 - Nachbesserungsrecht, respektive Recht auf Beseitigung des Mangels
 - Recht auf Nachlieferung wahrhafter Ware
 - *Schadenersatzanspruch nach Art. 97 ff. und kauf- sowie werkvertragliche Mängelrechte*
Das BGer *bejaht* die *Alternativität* von Art. 97 ff. OR und den Gewährleistungsregeln für den Kaufvertrag. *Verneint* hat es dies hingegen beim Werkvertrag.
 - *Sonderfall: Lieferung eines "Aliud"*
Liefert der Schuldner einen anderen Gegenstand ("aliud") als den versprochenen, liegt eine "Falschlieferung" vor. Er gerät dadurch in Verzug, solange die versprochene Leistung noch möglich ist. Ist sie unmöglich geworden, gelten Art. 97 Abs. 1 oder Art. 119 OR. Die *Mängelrechte finden keine Anwendung*.

III. Leistungsunmöglichkeit (Art. 97 Abs. 1 OR)

Überblick

	objektiv	subjektiv
ursprünglich	Art. 20 OR	h.L. Art. 97 OR; a.M. Art. 102 ff. OR
nachträglich	Art. 97 OR	h.L. Art. 97 OR; a.M. Art. 102 ff. OR

Objektive Unmöglichkeit

Siehe G/S/R, Nr. 2589 ff.

Subjektive Unmöglichkeit

Siehe G/S/R, Nr. 2592 ff.

Unmöglichkeitstatbestand des Art. 97 Abs. 1 OR

Nachträgliche vom Schuldner zu verantwortende Unmöglichkeit

Die Leistungsunmöglichkeit nach Art. 97 Abs. 1 OR ist ein Tatbestand der definitiven Nichterfüllung, weil sie *nachträglich* unmöglich geworden ist.

Dieser Umstand hat der Schuldner zu verantworten (in erster Linie Schadenersatzpflicht). Indessen verliert er nach dem Grundsatz von Art. 119 Abs. 2 OR nicht auch sein Recht auf die Gegenleistung des Gläubigers. Vielmehr hat der Gläubiger die (noch ausstehende) eigene Leistung zu erbringen. Er kann dabei wählen zwischen Leistung in natura oder den bloss wertmässigen Ersatz.

Nachträgliche objektive (vom Schuldner zu verantwortende) Unmöglichkeit

Die nachträgliche *objektive* Unmöglichkeit, welche der Schuldner zu verantworten hat, ist ein Anwendungsfall von Art. 97 OR. Jedoch ist bei einigen Fallgruppen umstritten, ob sie als "objektiv" unmöglich zu qualifizieren sind.

Liegt objektive Unmöglichkeit im dargelegten Sinne vor, so ist es unerheblich, ob diese auf tatsächliche oder rechtliche Gründen beruht. Rechtliche Gründe sind z.B. die Pfändung des geschuldeten Leistungsgegenstandes oder gesetzliche Verbote. Tatsächlicher Grund ist z.B. die Zerstörung.

Für eine Anwendung von Art. 97 OR ist stets zu prüfen, ob der Schuldner die Unmöglichkeit auch zu verantworten hat! Andernfalls ist nach Art. 119 OR zu prüfen.

Nachträgliche subjektive (vom Schuldner zu verantwortende) Unmöglichkeit

- *Zum Tatbestandsmerkmal: Nachträgliche "subjektive" Unmöglichkeit*
Die Leistung ist nur für den konkret leistungspflichtigen Schuldner unmöglich. Dies wird auch als *Unvermögen* bezeichnet. Es gründet auf den persönlichen Verhältnissen des Schuldners (z.B. in seinen Fähigkeiten, Vermögensverhältnissen, Betriebsverhältnissen). *Der betreffende Schuldner kann nicht, was andere könnten.* Dabei hat Geldmangel grundsätzlich nie eine Leistungsunmöglichkeit im Rechtssinne zur Folge: *Geld hat man schlechtweg zu haben.*
- *Nachträgliche subjektive Unmöglichkeit als Anwendungsfall von Art. 97 Abs. 1 OR*
Wird die Leistungspflicht des Schuldners nachträglich subjektiv unmöglich, führt dies zur Schadenersatzpflicht des Schuldners nach Art. 97 Abs. 1 OR. Dies jedoch nur, wenn der Schuldner die Umstände *zu vertreten* hat. Ist dagegen der Schuldner für die Umstände nicht verantwortlich, so erlischt seine Leistungspflicht (Art. 119 OR).
- *Abweichende Auffassung hinsichtlich der nachträglichen subjektiven Leistungsmöglichkeit*
Nach der hier vertretenen Auffassung ist die (ursprüngliche oder nachträgliche) subjektive Leistungsunmöglichkeit entgegen der herrschenden Lehre überhaupt *kein Fall der Unmöglichkeit im Sinne der Art. 97 und 119 OR*. Es finden stattdessen die *Vorschriften über den Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR)* Anwendung. Gründe sind:
 - Die Regeln über den Schuldnerverzug (infolge der Wahlmöglichkeiten) stellen den Gläubiger besser als in Art. 97 OR. Es besteht das *Recht des Gläubigers auf nachträgliche Erfüllung und auf allfällige erforderliche Vollstreckungshandlungen des Staates*. Ebenfalls fällt das *Recht des Gläubigers, die eigene Leistung zu verweigern und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern* oder *vom Vertrag zurückzutreten* und gegebenenfalls *Schadenersatz* im Umfang des negativen Interesses zu fordern (Art. 107 Abs. 2 und Art. 109 OR) ins Gewicht. Rücktritt ist z.B. dann von Vorteil, wenn die Gegenleistung des Gläubigers (z.B. durch Zeitablauf) wertvoller wurde als die erbrachte Leistung des Schuldners.

Zur Problematik der Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit

Nach der hier vertretenen Auffassung wird nur die objektive Unmöglichkeit von der Bestimmung in Art. 97 Abs. 1 (und von derjenigen in Art. 20 und 110 OR) erfasst (anders die h.L.). Daher ist eine griffige Abgrenzung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit nötig.

- *Umstrittene Fallgruppen*
 - Höchstpersönliche Leistung
Bsp.: Erblindeter Maler. Objektive Unmöglichkeit.
 - Unbekannter Lageort des Gegenstandes einer Sachleistung
Bsp.: Unbekannter Lageort einer Speziessache infolge Diebstahl. Subjektive Unmöglichkeit.
 - Vorübergehende Unmöglichkeit
Bsp.: Armbruch des Malers. Verzugsfälle, obwohl "eigentlich" objektiv unmöglich.
 - Unerschwinglichkeit der Leistung ("Unvermögen" des Schuldners)
Bsp.: Die mit unverhältnismässigen Kosten verbundene Bergung des zu liefernden Ringes auf dem Meeresgrund. Neuere Lehre nimmt subjektive Leistungsunmöglichkeit an.
 - Gefährdung übergeordneter Rechtsgüter des Schuldners
Unmöglichkeit.
 - Zweckerreichung und Zweckfortfall
Zweckerreichung (z.B. Patient wird vor ärztlicher Behandlung gesund), Zweckfortfall (z.B. das zu bemalende Haus brennt zuvor ab). Hier sind echte Gesetzeslücken vorhanden.
 - Wegfall des Gläubigerinteresses
Keine objektive Unmöglichkeit.
 - Verletzung einer Unterlassungspflicht
- *Positive und generelle Kriterien der Unterscheidung*
Die übliche Formel der Unterscheidung (siehe G/S/R, Nr. 2588 ff.) ist zwar im Ansatz richtig. Man

darf aber nicht übersehen, dass sie nur mit Hilfe von *Folgeerwägungen* praktikabel ist. *Subjektive Unmöglichkeit* lässt sich je nach Leistungsgehalt wie folgt *wertend feststellen*:

- Die Unmöglichkeit von Geldleistungen gilt immer als subjektiv.
- Die Unmöglichkeit von Arbeits- und Dienstleistungen gilt als subjektiv, wenn es sich nicht um höchstpersönliche Leistungen des Schuldners handelt. Also: könnte die Arbeits- und Dienstleistung trotz Unvermögen des Schuldners *vollstreckt* werden?
- Die Unmöglichkeit von Sachleistungen gilt als subjektiv, wenn die Möglichkeit besteht, die Sache von irgendwem zu beschaffen. Paradefall: nachträglich abgeschlossene und vollzogene *Doppelverwertung*.

Einzelfragen

Der Tatbestand der objektiven oder subjektiven Unmöglichkeit ist bei *Geldleistungen* *nie* erfüllt.

Die *Teilunmöglichkeit* ist ein besonderer Fall der nicht gehörig erbringbaren Leistung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR. Sie ist zu unterscheiden vom *Teilverzug*.

Haftung tritt schon ein, wenn der Schuldner eine Leistung *versprochen* hat, *obwohl er die (objektive) Unmöglichkeit kannte oder mit ihr hätte rechnen müssen*. Die Haftung beruht diesfalls auf "*culpa in contrahendo*".

Der Gläubiger, der Schadenersatz wegen Unmöglichkeit der Leistung verlangt, hat die Unmöglichkeit zu beweisen (Art. 8 ZGB). Diese *Beweislast* kann er *ausweichen*, indem er nach den *Regeln über den Schuldnerverzug vorgeht*: also dem Schuldner Frist ansetzt und nach unbenutztem Ablauf auf die Leistung verzichtet und Schadenersatz verlangt.

§ 23 Rechtsbehelfe gegen positive Vertragsverletzung und Leistungsunmöglichkeit (Art. 97 Abs. 1 OR)

I. Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches (Art. 97 Abs. 1 OR)

Voraussetzungen

Neben dem Vorliegen von Leistungsunmöglichkeit oder positiver Vertragsverletzung bedarf es eines Schadens, natürlicher und adäquater Kausalität zwischen Leistungsunmöglichkeit bzw. positiver Vertragsverletzung und Schaden, sowie Verantwortung des Schuldners (Verschulden).

Beim ausservertraglichen Haftpflichtrecht bestand das Problem der reinen Vermögensschäden. Im vertraglichen Haftpflichtrecht stellt dies kein Problem dar, denn das Kriterium der Widerrechtlichkeit als Tatbestandselement fehlt.

Schaden

- *Schaden als unfreiwillige Verschlechterung der Vermögenslage*
Der Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensminderung. Dies kann resultieren aus einer Abnahme der Aktiven, einer Zunahme der Passiven oder entgangenem Gewinn. In der schweizerischen Praxis wird dabei der *Differenztheorie* gefolgt, was die h.L. unterstützt. Der somit berechnete Schaden wird aber nicht 1:1 zugesprochen, sondern vom Richter bestimmt.
Schaden ist somit die Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand nach dem schadensstiftenden Ereignis und dem hypothetischen Stand, wie er sich ohne dieses präsentieren würde. Massgebend ist der *Zeitpunkt*, wo der Schuldner hätte erfüllen sollen. Nach h.L. kann der Gläubiger aber auch wahlweise den Tag des Urteils wählen. Idee ist, dass der für den Gläubiger günstigeren Zeitpunkt gelten soll.
Der klassische Schadensbegriff und die mit ihm verbundene Differenzmethode zur Schadensermittlung sind *heute nicht mehr unbestritten*.
- *Relativierungstendenzen*
 - *Anerkennung der Ausgleichspflicht für seelische Unbill*. Sind die Voraussetzungen zur Leistung von Genugtuung nach Art. 47 und 49 OR erfüllt, kann, gestützt auf Art. 99 Abs. 3 OR, diese auch als Folge von Vertragsverletzung zugesprochen werden.
 - *Anerkennung des normativen Schadens*. Es besteht die Tendenz, den klassischen Schadensbegriff für rechtliche Korrekturen zu öffnen. Nämlich so, dass die Differenztheorie "wertend" zu korrigieren/ konkretisieren sei. Im Vordergrund stehen die Beeinträchtigung von Nutzungsmöglichkeiten,

nutzlose Aufwendungen und der "Haushaltsschaden".

– *Anerkennung des Marktwertes von Nutzungsmöglichkeiten ("Kommerzialisierungsschaden")*. Es besteht die Tendenz, die durch schädigende Handlungen verursachte Beeinträchtigung von Nutzungsmöglichkeiten (z.B. Folgen einer Sachbeschädigung) als Schaden zu qualifizieren und dafür Ersatz zu verlangen. Man spricht von Kommerzialisierungsschaden. Bsp.: Kaputtes Auto, unbrauchbares Hallenschwimmbad.

– *Anerkennung nutzloser Aufwendungen ("Frustration")*. Nutzen bereits bezahlten Aufwands wird vereitelt. D.h. der Aufwand wurde "für die Katz" gemacht. Bsp.: Buchung Kreuzfahrt, aber Salmonellenvergiftung am Vorabend.

– *Anerkennung des "Haushaltsschadens"*. Stirbt der haushaltsführende Ehepartner oder wird er invalid, besteht der Schaden in der Entlöhnung des "Ersatzes".

- *Beurteilung der Relativierungstendenzen*

Wie sind Kommerzialisierungs- und Frustrationsschaden unter dem Gesichtswinkel der *wirtschaftlichen Realien* zu beurteilen? Aus ökonomischer Sicht ist Vermögenswert der Nutzung durch den Nutzungsberechtigten zu bejahen. Weil dieser Wert für das Individuum nicht abschätzbar ist, wird auf den Marktwert zurückgegriffen. Wirtschaftlich gesehen überzeugt der Frustrationsschaden nicht, denn der Aufwand kann nie Gradmesser für den Nutzen sein. Doch auch hier wird man den Marktpreis gelten lassen müssen. Wirtschaftlich gesehen besteht also bei beiden Fällen ein Schaden, es stellt sich nur noch die Frage der rechtspolitischen Wünschbarkeit der Ausweitung der Schadenersatzpflicht. Ein grosses Problem besteht aber darin, dass die Bejahung dieser Frage zu einer *Ausuferung* der Schadenersatzpflicht führen würde, die nicht mehr versicherbar wäre.

Das BGer nimmt gegenüber dem entgangenen Nutzen/ Genuss als ersatzfähigem Schaden eine ablehnende Haltung ein.

- *Schadenselemente*

Der Schaden im hergebrachten Sinn, den der Gläubiger (aber *nur* er) erleidet, kann in einer (positiven) *"Vermögensminderung"* ("*damnum emergens*") oder im *entgangenen Gewinn* ("*lucrum cessans*") bestehen.

Beim entgangenen Gewinn kann im Rahmen des positiven Interesses Schadenersatz verlangt werden. Bsp.: Händler C kauft bei Hersteller B Teile für 1000.- ein und verkauft sie D für 1200.- weiter. Er macht also 200.- Gewinn. Wird diese Transaktion im Lichte des negativen Interesses betrachtet, kann er bei "Problemen" nichts verlangen, denn ohne den Vertrag mit B hätte er auch mit D keinen geschlossen. Anders sieht es aus, wenn er z.B. von A eine Offerte für dieselben Teile über 1100.- gehabt hätte.

- *Wert der ausgebliebenen Leistung*

Wird eine geschuldete Leistung *nachträglich unmöglich* (Art. 97 OR), so erleidet der Gläubiger einen Schaden im Wert der ausgebliebenen Leistung. Solange die Leistung aber noch möglich ist, handelt es sich noch um eine Forderung auf Erfüllung, denn die *Forderung* ist keine Vermögensverminderung. Ein Schaden entsteht erst, wenn z.B. das zu liefernde Bild vom Feuer zerstört wurde. Der Schuldner muss Schadenersatz im Umfang (Geld) der ausgebliebenen Leistung leisten. Es kann also von einer *Umwandlung der ursprünglichen (primären) Leistungspflicht* in eine (*sekundäre*) *Schadenersatzpflicht* gesprochen werden.

- *Kosten*

Schaden kann dem Gläubiger (zusätzlich) auch in ihm erwachsenden Kosten entstehen. Das können *Kapitalkosten* (Zinsaufwand) sein, oder *weitere Kosten* (Mahnkosten, Reisespesen) die er in guten Glauben auf die Erfüllung tätigte.

- *Weitere Schadenselemente*

Siehe G/S/R, Nr. 2701 ff.

- *Exkurs*

- *Drittschaden*

Grundsätzlich ist nur der Schaden zu ersetzen, der im Vermögen des Gläubigers entstanden ist, also keinen Schaden eines Nicht-Gläubigers. Diesen Drittschaden hat ist nach allgemeinen Prinzipien des Schadenersatzrechts vom Schuldner nicht zu ersetzen. Siehe Bsp.: G/S/R, Nr. 2706.

Da diese Rechtslage als unbillig empfunden wird, hat die deutsche Lehre diesen Drittschaden in bestimmten Fällen anerkannt. In der Schweiz wird die *indirekte Stellvertretung* anerkannt. Sub-Bauunternehmen führt Auftrag für Bauunternehmen aus.

- *Sachschaden, Personenschaden und sonstiger Schaden*
Diese drei Bereiche werden im Vertragsrecht nicht unterschieden, nicht so im ausservertraglichen Haftpflichtrecht (Art. 41 ff. OR).
- *Berechnungsarten des Schadens*
Aus klassischer Sicht wird unterschieden zwischen *positivem und negativem Vertragsinteresse*. Bei Nebenpflichtverletzungen handelt es sich um den sog. *Erhaltungs- oder Integritätsschaden*. Der Anspruch auf *Ersatz des positiven Interesses* richtet sich auf die Herbeiführung des Vermögensstandes, in dem sich der Geschädigte befände, wenn der Vertrag *richtig* erfüllt worden wäre. Mit dem *Ersatz des negativen Interesses* wird dagegen jener Vermögensstand des Geschädigten angestrebt, der bestände, wenn der Vertrag *gar nicht* abgeschlossen worden wäre. Bsp.: Überschreitung des Kostenvoranschlags im Baugewerbe. Es ist nicht nur die Differenz der Schaden, sondern der mutmassliche Vermögensstand bei richtigem Kostenvoranschlag.
Mit Erhaltungs- oder *Integritätsschaden* wird der Schaden bezeichnet, der als Folge einer Nebenpflichtverletzung (somit aus positiver Vertragsverletzung) dem Geschädigten entsteht, es handelt sich dabei meistens um einen Personen- oder Sachschaden (Bsp.: Bauherr besucht Baustelle und wird verletzt. Er möchte zwar vom Bauunternehmer sein Haus noch erstellt haben, aber doch für seine Verletzung entschädigt werden). Ziel ist die Wahrung des bisherigen Standes der Rechtsgüter. Dabei ist die konkrete Beeinträchtigung zu ersetzen, nicht nur den Geldwert. Bsp.: nicht den Wert des Schadens am Auto, sondern zusätzlich das organisieren der Reparatur.
Entsteht Schaden zufolge Unmöglichkeit oder Schlechtleistung, so ist ebenso wie beim Fortbestehen des Vertrages im Sinne von Art. 107 Abs. 2 OR grundsätzlich das *positive Interesse* (Erfüllungsinteresse) zu ersetzen. Der Ersatzpflichtige hat den Geschädigten so zu stellen, wie wenn richtig erfüllt worden wäre. Das *negative Interesse* kommt dann zum Zug, wenn das Vertrauen einer Partei in den Bestand des Vertrages enttäuscht wird (z.B. Art. 26 Abs. 1, Art. 39 Abs. 1, Art. 109 Abs. 2 OR; "Vertrauensschaden"). Beim Verzug nach Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 109 Abs. 2 OR kann der Geschädigte wählen welches Interesse er ersetzt haben möchte (Das negative Interesse kann u.U. grösser sein als das positive). Dieses Wahlrecht steht ihm "ein Mal" zu, und wird dann auf die einzelnen Schadensposten angewandt.
- *Art des Schadenersatzes*
Nach Art. 99 Abs. 3 und Art. 43 Abs. 1 OR hat der Richter die Art des Schadenersatzes nach den Umständen (Art. 4 ZGB) zu bestimmen, wenn sich die Parteien darüber nicht einig sind.
- *Umfang des Schadenersatzes*
 - *Verweisung des Art. 99 OR*
Zur Bestimmung des "Umfang(s) des Schadenersatzes" (Randtitel Art. 99 OR) ist von der Verweisung des Art. 99 Abs. 3 OR auszugehen, wonach "*die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubter Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung*" findet. Bemessung nach Art. 42 ff. OR, auch wenn es sich um vertragliche Schadenersatzpflicht nach Art. 97 ff. OR handelt:
 - Der Geschädigte hat in keinem Fall Anspruch auf einen Ersatz, der den eingetretenen Schaden übersteigt. Wobei nicht jede faktische Besserstellung ausgeschlossen ist (z.B. Hotel statt Ferienwohnung).
 - Der Nachweis der Schadenersatzhöhe obliegt dem Geschädigten (Art. 42 Abs. 1 OR).
 - Der Geschädigte hat Anspruch auf den sog. Schadenszins.
 - Den ziffernmässig nachgewiesenen oder richterlich geschätzten Schaden ist nicht ausnahmslos in vollem Umfang geschuldet. Der *Richter* bestimmt im Streitfall die *Höhe des geschuldeten Ersatzes*. Berücksichtigt werden z.B. allfälliges Selbst- oder Mitverschulden.
 - Der Geschädigte hat sich allfällige (adäquat kausal bewirkte) Vorteile in der Regel anrechnen zu lassen.
 - *Exkurs: Grenze der Verweisung*
Verjährung und Art. 45 Abs. 3 OR.
- Adäquater Kausalzusammenhang*
 - *Begriff der Adäquanz als Mittel der Haftungsbeschränkung*
Zwischen zwei Gegebenheiten muss ein Zusammenhang bestehen, wobei die eine Gegebenheit die Ursache der anderen, die andere die Folge der ersten ist.
 - *Natürlicher Kausalzusammenhang*: Das fragliche Verhalten darf nicht wegbedacht werden können, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfele.

- Adäquater Kausalzusammenhang: Die schädigende Handlung muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, den entstandenen Schaden herbeizuführen. Der adäquate Kausalzusammenhang verhindert durch Wertungen, eine Ausuferung der Verantwortlichkeit (welche beim natürlichen Kausalzusammenhang bestehen würde).
- Adäquater Kausalzusammenhang bei Unterlassung: Es ist hypothetisch zu fragen, ob bei rechtmässiger Handlung (Unterlassung der Unterlassung) der eingetretene Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung hätte vermieden werden können.
- *Weitere Bemühungen zur Haftungsbeschränkung*
In der Lehre wird kritisiert, dass die adäquate Kausalität in einem viel zu weiten Umfang bejaht würde. Deswegen hat Lehre und Rechtsprechung *zusätzliche Kriterien* entwickelt:
 - Berücksichtigung hypothetischer Kausalität: ermöglicht dem Schädiger den Einwand, der behauptete Schaden wäre unabhängig von seinem Verhalten *wegen späterer (hypothetischer) Ereignisse* ohnehin eingetreten. Bsp.: Der Anwalt könnte dem Klienten trotz Fristversäumnis entgegenhalten, die Klage wäre sowieso abgewiesen worden.
 - Schutzzwecklehre: (hauptsächlich Deutschland).
 - Lehre vom allgemeinen Lebensrisiko: (nicht besonders abgehandelt in der Schweiz).
 - Berücksichtigung von rechtmässigem Alternativverhalten: Einwand des Verantwortlichen, der gleiche Schaden wäre auch dann eingetreten, wenn er die von ihm verletzte Rechtspflicht erfüllt hätte. Bsp.: Patient hätte in den Eingriff des Arztes auch dann eingewilligt, wenn er rechtmässig aufgeklärt worden wäre.
 - Ausschluss adäquater, aber singulärer Schadensfolgen.
- *Beweislast*
Dem Gläubiger obliegt die Beweislast für den natürlichen Kausalzusammenhang. Die Anforderung an den Beweis dürfen nicht überspannt werden. Der Nachweis *überwiegender Wahrscheinlichkeit* eines bestimmten Kausalverlaufs muss genügen, wenn ein direkter Beweis nach der Natur der Sache nicht geführt werden kann. Die Überprüfung der Adäquanz ist *Rechtsfrage*.

Verantwortlichkeit

- *Kurzübersicht*
Die Verantwortlichkeit des Schuldner ergibt sich oftmals auf Grund seines Verschuldens (Art. 97 Abs. 1 OR). Sie kann aber auch auf *gesetzlich normiertem, verschuldensunabhängigem Einstehenmüssen* gründen (Kausalhaftung).
- *Verantwortlichkeit aus Verschulden*
 - *Zum Verschuldensbegriff*
Es gibt keine Legaldefinition für "Verschulden". Es wird allgemein ein vom Gesetz missbilligtes Verhalten des Schädigers verstanden. Der Schuldvorwurf setzt die Verschuldensfähigkeit als Teil der Urteilsfähigkeit (sog. subjektive Komponente des Verschuldens) voraus.
 - *Verschuldensarten*
Siehe G/S/R, Nr. 2767 ff.
 - Vorsatz (oder Absicht)
 - Eventualvorsatz
 - Fahrlässigkeit
 - *Verschuldensgrade*
Man unterscheidet *schweres und leichtes Verschulden*. Im Zusammenhang mit der Fahrlässigkeit wird von *grober und leichter Fahrlässigkeit* gesprochen.
 - grobe Fahrlässigkeit: "Wie konnte er nur!"
 - leichte Fahrlässigkeit: "Das hätte er besser nicht getan!"
 Diese Unterscheidung spielt eine Rolle bei der Bemessung des Schadenersatzes nach Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 43 OR.
 - *Fahrlässigkeit im Besonderen*
Statistisch steht die Verschuldensart der Fahrlässigkeit im Vordergrund.
 - *Gesetzliche Umschreibung der erforderlichen Sorgfalt*. Eine allgemeine Umschreibung zur Veranschaulichung findet sich in Art. 321e Abs. 2 OR.
 - *Äussere und innere Sorgfalt*. ????????

- *Objektive und subjektive Sorgfalt.* Was vom Schuldner an äusserer Sorgfalt verlangt wird, folgt aus *allen für die Erfüllung der Schuldpflicht relevanten Umständen*. Die schweizerische Rechtsprechung geht vom *objektivierten Begriff der Fahrlässigkeit* aus: Das Sorgfaltsvermögen des Schuldners wird von seiner Person gelöst. "Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt (...). Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seinen Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt". Besteht für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln, so können diese bei der Bestimmung des Sorgfaltsmasses herangezogen werden. Dies alles ist dann aber wieder eine "Resubjektivierung des objektiven Fahrlässigkeitsbegriffs".
Die subjektive Seite des Verschuldens wird in der Regel auf die Berücksichtigung fehlender Urteilsfähigkeit reduziert.
- *Objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff und Vertragswidrigkeit.* Siehe G/S/R, Nr. 2794 ff.
- *Verschulden und Rechtsfolge*
Der Schuldner haftet "im allgemeinen" für jedes (noch so geringe) Verschulden (Art. 99 Abs. 1 OR). Ausnahmen:
 - Das Gesetz ordnet in einzelnen Fällen an, dass Haftung des nicht (richtig) erfüllenden Schuldners nur dann eintritt, wenn das Verschulden qualifiziert ist. Bsp.: Art. 248 Abs. 1 OR; Art. 538 Abs. 1 OR.
 - Durch *Vereinbarung* können die Parteien die Haftung von qualifiziertem Verschulden abhängig machen (Art. 100, Art. 101 Abs. 2 und 3, Art. 199 OR).
- *Beweislast für das Verschulden*
Die allgemeine Beweislast von Art. 8 ZGB wird von Art. 97 Abs. 1 OR *umgekehrt*: Nicht der Gläubiger hat das Verschulden zu beweisen, sondern der Schuldner hat zu beweisen "dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle". Dabei genügt der Nachweis, dass der Schuldner die erforderliche Sorgfalt aufgebracht hat.
Der Schuldner trägt somit die Folgen der Beweislosigkeit, falls der Richter weder vom Verschulden noch von der Behauptung des Schuldners überzeugt ist, er habe die geforderte Sorgfalt aufgebracht.
Der Gläubiger trägt jedoch die Beweislast für die übrigen Tatbestandselemente, namentlich für die *Vertragsverletzung* (Art. 8 ZGB).
- *Verantwortlichkeit ohne Verschulden (aus Gesetz, "kausal")*
Der Grundsatz der Verschuldenshaftung aus Art. 97 Abs. 1 OR wird auf Grund Sondervorschriften durchbrochen. Zu nennen sind:
 - Haftung des Schuldners für seine Hilfspersonen, die er zur Erfüllung seiner Schuldpflicht beigezogen hat (Art. 101 OR).
 - Haftung aus Billigkeit, wenn der Schuldner nicht urteilsfähig war (Art. 54 Abs. 1 OR (kraft Verweisung durch Art. 99 Abs. 3 OR)).
 - Haftung für Zufall
 - Haftung kraft besonderer Vorschriften. Bsp.: Art. 474 Abs. 2 OR, Haftung des Aufbewahrers für Zufall.

Wegbedingung der Schadenersatzpflicht

Grundsatz: Freie Gestaltung

Die Privatautonomie (besonders die *Vertragsfreiheit*) erlaubt es den Parteien, *zum Voraus* zu vereinbaren, ob und wie der Schaden aus allfälliger Nichterfüllung zu tragen ist. So kann beispielsweise die gesetzliche Haftung präzisiert werden, eine strengere Haftung vorgesehen oder sie gar wegbedungen werden.

Mit der vertraglichen *Wegbedingung* der Haftung ist gemeint, dass die Parteien die Haftung entweder umfassend (*Ausschluss der Haftung*) oder beschränkt (*Beschränkung der Haftung*) wegbedingen können. Vielfach befinden sich solche Wegbedingungen in den Allgemeinen Vertragsbedingungen.

Schranken

Die Vertragsfreiheit besteht nur in den *Schranken des Gesetzes* (Art. 19 Abs. 1 OR). Daher kann auch die Schadenersatzpflicht nur unter Beachtung der *zwingenden Gesetzesbestimmungen* wegbedungen werden.

- Die Hauptschranke ist Art. 100 Abs. 1 OR: "Eine *zum voraus* getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit *ausgeschlossen* sein würde, ist nichtig.". Es ist also nur der Ausschluss für mittlere und leichte Fahrlässigkeit zulässig. Wird die Haftung Beschränkt, so ist diese quantitative Haftungsbeschränkung nur für mittlere und leichte Fahrlässigkeit beachtlich. Zum Verhältnis des Art. 100 Abs. 1 zu Art. 199 OR siehe G/S/R, Nr. 2826 ff. Merke: *Nach* dem Entstehen des Schadens kann uneingeschränkt voll oder beschränkt Erlassen werden.
- Weitere Schranken der Freizeichnung ergeben sich auf den nachfolgenden *Vorschriften*:
 - Art. 100 Abs. 2 OR: "Auch ein *zum voraus* erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann nach Ermessen des Richters als *nichtig* betrachtet werden, wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung *im Dienst des anderen Teiles stand*, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt".
 - Vorschriften über den Versicherungsvertrag auf Grund des Vorbehalts in Art. 100 Abs. 3 OR.
 - Vorschriften anderer Spezialgesetzen. Bsp.: Haftung nach SVG trotz Haftungsausschluss nach Art. 100 Abs. 1 OR.
 - Art. 101 Abs. 3 OR, betreffend Hilfspersonenhaftung.
 - Art. 19 und 20 OR. Diese allgemeinen Schranken, besonders aber jene in Art. 27 Abs. 2 ZGB gelten hier.
- Nach *Art. 398 Abs. 2 OR* haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes. Mehrheitlich wird die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung nach Art. 100 und 101 Abs. 3 OR trotzdem bejaht.

[Vorlesungsnotizen]

Direkte Freizeichnung:

- Ausschluss / Beschränkung der Schadenersatzpflicht

Indirekte Freizeichnung:

- inhaltliche Umschreibung der geschuldeten Leistung
- strenge Rügeobliegenheit (bez. Frist, Form)
- kurze Verjährungs- oder Verwirkungsfristen
- Beweislastabreden

Unterschied von Art. 100 und 101 OR:

- Bei Art. 100 OR ist kein Ausschluss für Grobfahrlässigkeit und Vorsatz möglich;
- bei Art. 101 OR fehlen die Schranken für den Ausschluss von Grobfahrlässigkeit und Vorsatz.

Verjährung

Die Verjährung der Schadenersatzforderung (gestützt auf Art. 97 Abs. 1 OR) richtet sich nach Art. 127 ff. OR. Die Forderung verjährt also in zehn Jahren. Hinsichtlich Fristbeginn ist zu differenzieren:

- nachträgliche Unmöglichkeit: Beginn grundsätzlich mit der Fälligkeit der Erfüllungsforderung
- positive Vertragsverletzung: Beginn mit der Vertragsverletzung.

Insbesondere: Haftung für Hilfspersonen (Siehe Unterlage 72)

Es wird der Fall geregelt, wo der Schuldner ausnahmsweise "*kausal*", also ohne eigenes Verschulden Schadenersatz leisten muss. Diese Ersatzpflicht wird als "Haftung für Hilfspersonen" bezeichnet. Siehe Grundregel in Art. 101 Abs. 1 OR.

Tatbestand

Der Schuldner erfüllt nicht persönlich, sondern er bedient sich bei der Erfüllung seiner Schuldpflicht einer Hilfsperson. Die Hilfsperson schädigt dabei den Gläubiger. Im Verhältnis zur Hilfsperson wird der Schuldner als *Geschäftsherr* bezeichnet.

• Hilfsperson

Die Hilfsperson im Sinne des Art. 101 OR wird vom Schuldner zur Erfüllung beigezogen. Es handelt sich um eine *Drittperson* (eventuell eine *juristische Person*).

• Arten der Mitwirkung

Es werden folgende Mitwirkungsarten unterschieden:

- Der Schuldner wird durch eine Hilfsperson *nur unterstützt*. Bsp.: Lehrling hilf dem Spenglermeister.
- Die Hilfsperson erfüllt *allein, aber nach allgemeiner Ordnung* oder nach Einzelweisung des Schuldners. Es fehlt ihr indes die technische und wirtschaftliche Selbständigkeit. Bsp.: Betreibt eine Gemeinde ein öffentliches Schwimmbad, haftet sie für ihren Bademeister gemäss Art. 101 OR, wenn es um die Verletzung des privaten Vertrags mit dem Besucher geht.
- Der Schuldner überträgt der Hilfsperson die *selbständige Erfüllung* des Geschäfts. Bsp.: Unternehmer überlässt die Herstellung des Werkes dem Subunternehmer.
Hier liegt i.d.R. eine Substitution vor, für die besondere Regeln gelten (Art. 399 OR). Bsp. für Substitution: Ein nicht spezialisierter Rechtsanwalt übergibt einen Fall einem Fachmann für Steuerrecht; allerdings kann ein beigezogener, nicht spezialisierter Rechtsanwalt auch Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR sein.

Materiell ist nach der Bundesgerichtspraxis und der h.L. *zwischen Substitut nach Auftragsrecht und Hilfsperson nach Art. 101 OR zu unterscheiden*. Während nämlich der Schuldner für seine Hilfsperson voll einzustehen hat, haftet er bei erlaubter Substitution nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten (Art. 399 Abs. 2 OR). Diese notwendige Unterscheidung muss indes nur getroffen werden, wenn die Mitwirkung des Dritten *zulässig* ist

- *Exkurs: Kriterien für die Unterscheidung zw. Hilfsperson und Substitut im Auftragsrecht*
In der Lehre fehlt Einmündigkeit bezüglich dieser Unterscheidung. Das BGer stellt vorab auf die *Interessenlage* ab. Diese Rechtsprechung lässt sich wie folgt zusammenfassen: Bei der Unterscheidung kommt es darauf an, ob der Beauftragte einem Dritten im eigenen Interesse, etwa um seine Leistungsmöglichkeiten auszuweiten oder im Interesse des Auftraggebers hinzuzieht. Im ersteren Falle sei nicht einzusehen, warum sich der Beauftragte, der vorwiegend im Eigeninteresse handelt, der strengen Haftung nach Art. 101 OR entziehen könne (Vgl. G/S/R, Nr. 2864). Die Unterscheidung zwischen Hilfsperson und Substitut drängt sich nur für das Auftragsrecht und auch dort nur für den Fall auf, dass der Dritte befugterweise (Art. 399 OR) beigezogen wird. Andernfalls hat der Beauftragte den Vertrag verletzt (Art. 398 Abs. 2 und 3 OR). Er haftet daher nach Art. 97 OR und muss obendrein für die Handlungen des Dritten nach Art. 101 OR eintreten.

Ist der Beauftragte zur Übertragung des Geschäfts auf einen Dritten nicht befugt, so ist noch nicht gesagt, ob er ihn nicht zumindest als Hilfsperson beziehen kann. Dies ist bei höchstpersönlichen Leistungspflichten nicht der Fall, zur Erfüllung anderer Pflichten darf der Dritte jedoch als Hilfsperson herbeigezogen werden, sofern sich aus dem Wille der Parteien nichts anderes ergibt.

Hilfsperson und Substitut	
Hilfsperson i.S.v. Art. 101 OR	Substitution
Erfüllungs- und Ausübungshilfe	Substitution: Übertragung der Erfüllung eines Auftrags an eine andere Person zur selbständigen Erledigung (<i>nur</i> Auftragsrecht gem Art. 399 OR) + Interesse des Auftraggebers an der Weitergabe (BGer)
Bei Schädigung des Gläubigers: → Haftung des Schuldners (hypothetische Vorwerfbarkeit)	Bei Schädigung des Gläubigers (Auftraggebers): → Haftung des Beauftragten nur nach Art. 399 Abs. 2 OR

- *Innenverhältnis zwischen Hilfsperson und Schuldner*
Hilfsperson ist man immer *nur mit Einwilligung des Schuldners*. Es gibt also ohne Einwilligung keine Hilfsperson!
Abgesehen von diesem Erfordernis ist es für die Rechtsfolge *gleichgültig*, wie das *Innenverhältnis* juristisch zu qualifizieren ist.
- *Schaden und funktioneller Zusammenhang*
Die Hilfsperson, die bei der Erfüllung mitwirkt, verursacht einen Schaden und zwar genau dem Gläubiger des Schuldners, für den sie handelt.
Dabei erfüllt nicht jede Schädigung den Tatbestand. Vorausgesetzt wird vielmehr, dass die Hilfsperson den Gläubiger *"in Ausübung ihrer Verrichtungen"* (Art. 101 Abs. 1 OR) adäquat kausal schädigt. Es bedarf also eines "funktionellen Zusammenhanges in dem Sinne, dass die schädigende Handlung" der Hilfsperson "zugleich eine Nichterfüllung oder schlechte Erfüllung der Schuldspflicht des Geschäftsherrn aus seinem Vertrag mit dem Geschädigten darstellt". Es geht also um eine *Vertragshandlung* und nicht (ausschliesslich) um eine unerlaubte Handlung.

- **Verschulden**
Bei der Frage, ob zum Tatbestand des Art. 101 OR ein Verschulden gehört, ist zu unterscheiden:
 - *Verschulden des Geschäftsherrn.* Bei *befugtem Beizug* einer Hilfsperson ist *kein* Verschulden (etwa hinsichtlich Auswahl, Instruktion und Überwachung) erforderlich. *Unbefugten Beizug* ist hingegen eine Vertragsverletzung, wo Art. 97 OR Verschulden vorausgesetzt wird.
 - Das *Verschulden der Hilfsperson* ist hinsichtlich der Anwendung von Art. 101 OR *nicht* von Bedeutung, weil diese Bestimmung nicht auf die tatsächliche, sondern auf die hypothetische Vorwerfbarkeit abstellt.
- **Hypothetische Vorwerfbarkeit**
Nach Art. 101 OR wird die Haftung des Geschäftsherrn begründet, wenn die *Handlung der Hilfsperson dem Schuldner vorzuwerfen wäre, hätte er sie selbst vorgenommen.*
Der Schuldner kann nicht geltend machen, die Hilfsperson treffe kein Verschulden. Massgebend ist nicht das Verschulden der Hilfsperson, sondern die Antwort auf die hypothetische Frage, ob der Schuldner verantwortlich wäre, wenn er sich wie die Hilfsperson verhalten hätte.
Der Gläubiger soll nicht besser gestellt werden, als wenn der Schuldner persönlich erfüllt hätte. Also keine Haftung, wenn Hilfsperson mit selber Sorgfalt agierte, wie sie vom Beauftragten erwartet wurde.
Es braucht auch dann nicht eingestanden werden, wenn zwar die Hilfsperson ein Vorwurf trifft, nicht aber den Schuldner, falls dieser selbst gehandelt hätte. Bsp.: Überweisung des Hausarztes an Herzspezialisten, welcher ein Herzversagen verursacht.
Zusammenfassend: Der Schuldner, der die Erfüllung durch eine Hilfsperson vornehmen lässt, haftet dem Gläubiger für allen von der Hilfsperson in funktionellem Zusammenhang mit der Erfüllung (ad-äquat) verursachten Schaden; es sei denn, er beweise, die Hilfsperson habe alle Sorgfalt angewendet, die nach dem Schuld-(Vertrags-)Verhältnis von ihm (dem Schuldner/Geschäftsherrn) selbst zu erwarten war.

Rechtsfolge: Haftung des Schuldners

Der Schuldner (Geschäftsherr) haftet dem Gläubiger für den Schaden, wie wenn er ihn durch ausschliesslich persönliche Handlung verursacht hätte. Merke: im Auftragsrecht gilt eine Sonderregelung, wenn der Beauftragte statt einer Hilfsperson befugtermassen einen Substituten einsetzt (Art. 399 Abs. 2 OR).

Der *Umfang des Ersatzes* richtet sich auf Grund der Verweisung des Art. 99 Abs. 3 OR nach der Bemessungsordnung im Recht der unerlaubten Handlung.

Wegbedingung der Haftung

Nach Art. 101 Abs. 2 OR kann der Schuldner seine Haftung für beigezogene Hilfspersonen zum Voraus beschränken oder aufheben. Es sind jedoch die zwei bedeutenden Schranken in Art. 101 Abs. 3 OR zu beachten.

Bsp.: es genügt nicht, in Handgepäck-Schliessfächern anzumerken: "Die SBB haftet nicht für Verlust oder Beschädigung der eingelagerten Gegenstände".

Einzelfragen

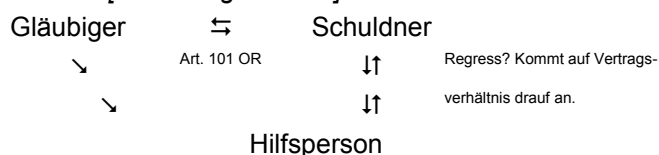
- Die Haftung für ungerechtfertigte Schädigung durch Hilfspersonen wird im OR nicht nur durch Art. 101 OR geordnet, sondern auch durch Art. 55 OR. Beide Artikel enthalten materielle Haftungsnormen. Art. 55 OR befasst sich aber mit der *Haftung des Geschäftsherrn für unerlaubte Handlungen seiner Hilfspersonen* im ausservertraglichen Bereich.

Hilfspersonenhaftung aus Vertrag und aus Delikt	
Vertragshaftung (Art. 101 OR)	Deliktshaftung (Art. 55 OR)
<ul style="list-style-type: none"> • für jede Hilfsperson • Vertragsverletzung • kein Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn möglich, aber Voraussetzung der "hypothetischen Vorwerfbarkeit" • Verjährung nach Art. 127 ff. OR 	<ul style="list-style-type: none"> • Substitutionsverhältnis nötig • unerlaubte Handlung (Widerrechtlichkeit) • Entlastungsbeweis möglich (cura in eligendo, instruendo et custodiendo) • Verjährung nach Art. 60 OR

- Keine Hilfspersonen sind Organe: Handeln Organe einer juristischen Person, so handelt diese selbst.
- Art. 101 OR ist *analoger Anwendung* zugänglich.

In Stichworten [Vorlesungsnotizen]

- Hilfsperson
 - Erfüllungsgehilfe
 - Ausübungsgehilfe (Besuch oder Kinder eines Mieters; "helfen" in der Wahrnehmung der Rechte)
- Schädigung durch Vertragsverletzung (Unmöglichkeit, Verzug, pVV)
 - durch die Hilfsperson
 - "in Ausübung ihrer Verrichtungen"
 - adäquat kausal ("verursachen")
- Verantwortlichkeit des Schuldners
 - bei unerlaubtem Beizug → Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR)
 - bei erlaubtem Beizug → "hypothetische Vorwerfbarkeit" (Würde der Schuldner ein Vorwurf treffen, wenn er an des Gehilfen Stelle gehandelt hätte?)
 - Fehlen einer wirksamen Freizeichnung (Art. 101 Abs. 2 und 3 OR)

Schema [Vorlesungsnotizen]**Vertraglicher (Art. 97 Abs. 1 OR) und ausservertraglicher (Art. 41 ff. OR) Schadenersatzanspruch***Art. 97 ff. OR als Regeln der Vertragshaftung*

Die Regeln der Art. 97 ff. OR über die Schadenersatzpflicht bei "Ausbleiben der Erfüllung" gelten für *alle Obligationen*. Praktisch sind sie aber vor allem *auf Vertragsverletzungen zugeschnitten*: auf Nichterfüllung von Vertragsobligationen infolge nachträglicher Leistungsunmöglichkeit und auf positive Vertragsverletzungen.

Haftung aus Vertrag (Art. 97 ff. OR) und ausservertragliche Haftung

Die Haftung aus Vertrag und die ausservertragliche Haftung sind die grossen Haftungskategorien, die das private Unrecht strukturieren.

Der Tatbestand der Vertragsverletzung tritt in Konkurrenz zum Tatbestand der unerlaubten Handlung (Art. 41 Abs. 1 OR), wenn die Schädigung nicht nur auf Vertragswidrigkeit, sondern auch auf einer Widerrechtlichkeit beruht. Nach zurzeit h.L. in der Schweiz besteht die Anspruchskonkurrenz darin, dass ein und derselbe Sachverhalt vertragswidrig und im objektiven Sinn widerrechtlich ist. Bsp.: Mieter verletzt den Mietvertrag, indem er die Einbauschränke demoliert. Zugleich verletzt er damit auch das Eigentum des Vermieters.

Die Auffassung, dass jede Vertragsverletzung auch widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR wäre, geht aber zu weit.

Rechtsslage: Anspruchskonkurrenz

Ist nicht nur der Vertrag, sondern auch ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung verletzt, so entsteht nach h.M. *nebeneinander*.

- ein Schadenersatzanspruch des Geschädigten aus Art. 97 ff. OR: "vertraglicher Schadenersatzanspruch"; und
- ein Schadenersatzanspruch des Geschädigten aus unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR): "ausservertraglicher Schadenersatzanspruch" oder auch "Deliktsanspruch".

In Praxis und Lehre spricht man von *Anspruchskonkurrenz*. Das bedeutet: Beide Ansprüche bestehen nebeneinander; doch liegt kein Fall von Kumulation vor; vielmehr geht der eine Anspruch mit der Erfüllung des anderen ebenfalls unter.

Die Rechtsslage der "Anspruchskonkurrenz" ist von grosser praktischer Bedeutung, weil mit der Art des Anspruchs zugleich entschieden wird über die Beweislast (Art. 97 Abs. 1 / Art. 41 Abs. 1 OR) für das Verschulden des Verletzers, die Haftung für Hilfspersonen (Art. 55 / 101 OR) und namentlich die Verjährung (Art. 60 / 127 ff. OR).

II. Rücktritt vom Vertrag

Der überwiegende Teil der Lehre will dem Gläubiger auch im Rahmen der Anwendung von Art. 97 Abs. 1 OR das Recht gewähren, analog dem Art. 107 Abs. 2 und 109 OR die Gegenleistung zu verweigern und vom Vertrag zurückzutreten. Das Gesetz erwähnt allerdings ein solches Rücktrittsrecht nicht.

Ein solches Rücktrittsrecht ist nicht von vornherein ausgeschlossen, doch sollte der Rücktritt nur in Fällen schwer wiegender Pflichtverletzungen seitens des Schuldners zugelassen werden, welche das Vertrauensverhältnis bis zur Unzumutbarkeit der weiteren Aufrechterhaltung erschüttert. Deshalb wird der Rücktritt lediglich bei noch nicht beidseitig erfüllten Dauerschuldverträgen als zulässig erachtet.

§ 24 Verzug des Schuldners (Schuldnerverzug)

I. Vorbemerkungen

Der Tatbestand des Schuldnerverzugs lässt sich umschreiben als *objektiv pflichtwidrige Verspätung der Erfüllung*. Er unterscheidet sich insofern von der Nichterfüllung im Sinne des Art. 97 OR, als der Verzug noch nichts über die endgültige Erfüllung oder Nichterfüllung der Obligation aussagt.

Da der Verzug Nichterfüllung in *zeitlicher Hinsicht* ist, kann er zwei verschiedene (tatsächliche) *Folgen* bewirken. Beide Fälle beenden den Verzug:

- Endgültiges Ausbleiben der geschuldeten Leistung. Entweder, weil der Gläubiger nach Art. 107 Abs. 2 OR auf die Leistung verzichtet, oder diese unmöglich geworden ist.
- Nachträgliche Erbringung der geschuldeten Leistung.

Bei gegebenen Voraussetzungen (Art. 103/106 OR) begründet die Verspätung eine Verpflichtung zum Ersatz des *Verspätungsschadens* bzw. bei Geldschulden *Verzugszins*.

Fälligkeit der Verbindlichkeit (Leistung ist noch <i>möglich</i>) Art. 102 OR (Vertraglich, subsidiär Art. 75 OR)	
+ Mahnung des Gläubigers ("Mahngeschäft") Art. 102 Abs. 1 OR	+ Verfalltag ergibt sich aus Vertrag oder Kündigung ("Verfalltagsgeschäft") Art. 102 Abs. 2 OR
Pflichtwidrigkeit der Nichtleistung (kein Recht zur Leistungsverweigerung (z.B.) aufgrund Gläubigerverzug; erhobener Einrede)	

II. Tatbestand

• Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit

Der Schuldner hat noch nicht geleistet, obwohl die Leistung noch möglich wäre. Sie entfällt bei *objektiver* Unmöglichkeit. Die bloss *subjektive Unmöglichkeit* der Leistung bildet dagegen nach der hier vertretenen Auffassung kein Hindernis für den Verzug (vgl. dagegen die herrschende Meinung).

• Fälligkeit der Forderung (Art. 102 Abs. 1 OR)

Voraussetzung des Verzugs ist weiter, dass die Forderung des Gläubigers *fällig* ist (Art. 102 Abs. 1 OR; Fälligkeit bedeutet, dass der Gläubiger die Forderung einfordern und, sofern der Schuldner nicht leistet, einklagen darf). Erforderlich ist grundsätzlich zudem, dass der Schuldner *gemahnt* worden ist. Bei vorzeitiger Leistungsverweigerung ("*antizipierter Vertragsbruch*") tritt der Verzug aber auch ohne Mahnung ein, sobald die Forderung *fällig* wird.

• Mahnung des Schuldners (Art. 102 OR)

• Pflichtwidrigkeit der Nichtleistung

Die Nichtleistung des Schuldners muss pflichtwidrig sein. Das setzt voraus, dass die Leistung fällig und noch möglich ist. Es bedarf, dass der Schuldner trotz Mahnung nicht ohne Aufschub geleistet hat. *Merke aber:* Einzelne Verzugsfolgen treten *nur* ein, wenn den Schuldner an der Verspätung ein Verschulden trifft.

Zu diesen positiven kommen *zwei negative Merkmale der Pflichtwidrigkeit*: Das Verhalten des Schuldner darf nicht durch *Gläubigerverzug* oder *Einreden* (Art. 82 und 83 OR; Verjährungseinreden) *gerechtfertigt* sein.

III. Mahnung des Schuldners im Besonderen (Art. 102 OR)

"[D]ie unmissverständliche Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, die geschuldete Leistung zu erbringen" (Art. 102 Abs. 1 OR).

Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner zur Vornahme der Leistung

Die Aufforderung des Gläubigers ist eine *empfangsbedürftige Willensäusserung*, die keiner (gesetzlichen) Form bedarf. Sie kann auch stillschweigend und schon vor der Fälligkeit der Forderung vorsorglich erklärt werden.

Grundsatz: Kein Verzug ohne Mahnung

Die Mahnung ist ihrem Wesen nach die unmissverständliche Aufforderung an den Gläubiger, die Leistung zu erbringen. Deshalb gerät der Schuldner erst mit ihr in Verzug. Im Einzelfall muss durch Auslegung ermittelt werden, ob eine Mahnung im rechtlichen Sinn vorliege. So ist z.B. die reine Zustellung einer Rechnung noch keine Mahnung.

Ausnahmen: Verzug ohne Mahnung

Art. 102 Abs. 2 OR nennt zwei Ausnahmen vom Erfordernis der Mahnung. Dazu haben Lehre und Rechtsprechung weitere Ausnahmen entwickelt.

Verabredung eines bestimmten Verfalltags (Art. 102 Abs. 2 OR)

Haben die Parteien verabredet, dass der Schuldner an einem bestimmten Tag (*Verfalltag*) die Leistung erbringen muss, so hat der Gläubiger seinen Forderungswillen schon durch diese Vereinbarung unmissverständlich bekundet.

Dieser Tag muss *genau* bestimmt sein. Bsp.: 14. März 2008. *Kein* verabredeter Verfalltag liegt vor, wenn sich ein (gewöhnlicher) Fälligkeitstermin aus dem Gesetz ergibt, wie das z.B. für die Art. 75, 257c und 323 OR zutrifft.

Herbeiführung der Fälligkeit durch Kündigung (Art. 102 Abs. 2 OR)

Nach Art. 102 Abs. 2 OR ergibt sich ein bestimmter Verfalltag auch ohne Vereinbarung, wenn (vertraglich) eine Kündigung vorbehalten und gehörig vorgenommen worden ist. Bsp.: "Ich kündige Ihnen das Darlehen gemäss vertraglicher Kündigungsfrist auf den 31. Dezember 2008". Der Verfalltag ist also der Tag des Ablaufs der Kündigungsfrist.

Andere Ausnahmen

Wirkung der Mahnung

Ist die Mahnung dem Schuldner zugegangen, so gerät er *nach Ablauf einer angemessenen Reaktionszeit in Verzug*.

IV. Exkurs: Verfalltagsgeschäft und Fixgeschäft

Dem Schuldner muss klar sein, bis wann er zu leisten hat. Bei Fixgeschäften entfällt die Möglichkeit der nachträglichen Erfüllbarkeit. Siehe Unterlage 66a.

V. Rechtsfolgen (Siehe Unterlage 66b)

Allgemeines

Mit Eintritt der Fälligkeit ist *der Gläubiger* befugt, die (noch) mögliche Leistung auf dem Klageweg einzufordern. Diese Befugnis dauert auch mit Eintritt des (Schuldner)Verzugs an. *Der Schuldner* bleibt trotz seines Verzugs weiterhin befugt, die Leistung (doch noch) zu erbringen.

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass der Verzug des Schuldners am Inhalt und an der Erfüllbarkeit der Forderung nichts ändert. Doch verschafft er dem Gläubiger *zusätzliche Rechte*, die teils unabhängig vom Verschulden des Schuldners, teils nur bei verschuldetem Verzug entstehen.

Verzugsfolgen ohne Rücksicht auf das Verschulden

Übersicht

Unabhängig vom Verschulden des Verzugsschuldners löst der Verzug zwei Wirkungen aus. Die Hauptwirkung betrifft nur *Geldforderungen* und besteht in der *Pflicht zur Leistung vom Verzugszins*. Die zweite Wirkung beschränkt sich auf *vollkommen zweiseitige Verträge*: Unter den Voraussetzungen der Art. 107 ff. OR wird hier ein *Wahlrecht* des Gläubigers begründet.

Verzugszins (Art. 104 f. OR)

- **Grundsatz (Art. 104 OR)**
Unmittelbar mit dem Eintritt des Verzugs beginnt bei Geldforderungen die (verschuldensunabhängige) Pflicht des Verzugsschuldners zur Verzinsung. Der Zinsfuß beträgt 5% (Art. 104 Abs. 1 OR); doch können höhere (Art. 104 Abs.2 OR) oder tiefere Verzugszinsen (???????) vereinbart werden.
- **Ausnahmen**
Nach Art. 105 Abs. 1 OR besteht die Verzinsungspflicht in zwei Fällen erst vom Tag der Anhebung der Beteibung oder der gerichtlichen Klage an. Nämlich bei Zins- oder Rentenschulden und bei Schulden aus Schenkungsversprechen. Die Sonderregeln bewirken, dass die Verzinsungspflicht trotz Eintritt des Verzuges erst in einem späteren Zeitpunkt beginnt.
- **Ende der Verzugszinspflicht**
Die Pflicht zur Leistung von Verzugszinsen endet mit der verspäteten *Zahlung* des Schuldners oder mit dem *Untergang* der Forderung.

Wahlrecht

Nach Art. 107 Abs. 2 OR stehen dem Gläubiger ohne Rücksicht auf ein allfälliges Verschulden des Schuldners am Verzug Wahlrechte zu, die es ihm ermöglichen, auf der *Erfüllung* zu beharren, *Schadenersatz wegen Nichterfüllung* zu fordern oder *vom Vertrag zurückzutreten*.

Verzugsfolgen bei verschuldetem Verzug

Hat der Schuldner den Verzug *verschuldet*, löst dieser *zwei zusätzliche Wirkungen* aus: Die Ersatzpflicht des Schuldners für *Verspätungsschaden* und seine *Haftung für Zufall*.

Pflicht zum Ersatz des Verspätungsschadens (Art. 103 und Art. 106 OR)

Der Schuldner, der sich verschuldeterweise in Verzug befindetet, hat dem Gläubiger den *Schaden zu ersetzen*, der diesem durch die *Verspätung (adäquat) kausal entstanden ist*. Art. 103 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 1 OR lassen keinen Zweifel daran, dass nur der *verschuldete* Verzug die Pflicht zum Ersatz des Verspätungsschadens auslöst.

Zum Verspätungsschaden, den der Schuldner zu ersetzen hat gehören der wegen der Verzögerung entgangene *Gewinn* und *Nutzen*, die *Wertminderung* der geschuldeten Leistung während des Verzugs und die *Kosten* und *Auslagen* des Gläubigers wegen des Verzugs. Bsp.: Ertragsausfall wegen verspäteter Lieferung der Maschine.

Der Gläubiger trägt die Beweislast hinsichtlich Existenz und Umfang des Schadens. Grundsätzlich ist eine konkrete Schadensberechnung erforderlich.

Die Höhe der Ersatzpflicht bestimmt sich nach Art. 99 Abs. 2 und 3 OR. Grundsätzlich muss der Gläubiger nach der Differenztheorie so gestellt werden, wie wenn der Schuldner rechtzeitig erfüllt hätte.

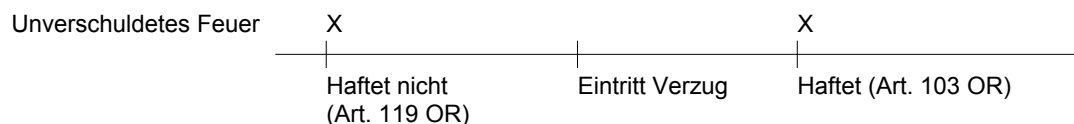
Haftung für Zufall (Art. 103 OR)

Nach Art. 103 Abs. 1 OR haftet der Schuldner auch für den *Zufall*, wenn er sich verschuldeterweise im Verzug befindet. Allerdings kann er sich von dieser Zufallshaftung unter bestimmten Voraussetzungen befreien.

- **Zufallshaftung des Verzugsrechts**

Sie betrifft nach der (zu engen) Formulierung des Art. 103 OR den Fall, da bei einer Stückschuld die zu liefernde Sache nach Eintritt des Verzugs *untergeht* (oder an Wert verliert), ohne dass der Schuldner am Untergang der Sache ein Verschulden (Art. 97 Abs. 1 OR) trifft oder eine Hilfspersonenhaftung (Art. 101 OR) Platz greift. Dem gleichzustellen sind *sämtliche Fälle*, in denen die Leistung des Vertragsschuldners durch Zufall, also ohne Verschulden und Hilfspersonenhaftung, *objektiv unmöglich* wird.

Sie bedeutet, dass der Verzugsschuldner für den zufälligen Untergang der Sache durch Schadenersatz einzustehen hat. Diese Haftung durchbricht den Grundsatz des Art. 97 Abs. 1 OR, wonach der Schuldner für die eintretende (objektive) Leistungsunmöglichkeit nur bei Verschulden haftet.



- **Haftungsbefreiung**

Nach Art. 103 Abs. 2 OR in zwei Fällen: Erstens, wenn er beweist, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten ist. Oder wenn er beweist, dass der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung den Gegenstand der Leistung zum Nachteil des Gläubigers getroffen hätte. Die *Beweislast* für beide Befreiungstatbestände trägt der Schuldner.

Haftung des Schuldners für seine Hilfspersonen

Ist der Verzug im Verhalten einer Hilfsperson des Schuldners begründet, so hat dieser für den Verspätungsschaden nach Massgabe des Art. 101 einzustehen, also ohne eigenes Verschulden. In beiden Fällen steht dem Schuldner der *Entlastungsbeweis* offen, dass er, hätte er an der Stelle der Hilfsperson gehandelt, den Verzug nicht schuldhaft herbeigeführt hätte.

VI. Verzugslage bei vollkommen zweiseitigen Verträgen

Vorbemerkungen

Neben den nun behandelten gibt es noch *besondere Verzugsfolgen*, die an den Tatbestand des Verzugs in vollkommen zweiseitigen Verträgen anknüpfen.

Sonderbestimmungen der Art. 107-109 OR [!]

Die Art. 107-109 OR sind Sondervorschriften für den Schuldnerverzug bei vollkommen zweiseitigen Verträgen. Diese besonderen Verzugsbestimmungen treten zu den übrigen Bestimmungen des Verzugsrechts *hinzu* (Art. 102-106 OR), schliessen sie also nicht aus.

Recht zur Nachfristansetzung und Wahlrecht des Gläubigers

Recht zur Nachfristansetzung

"Wenn sich ein Schuldner bei zweiseitigen Verträgen (gemeint: vollkommen zweiseitigen Verträgen) im Verzug befindet", ist der Gläubiger berechtigt, dem Schuldner "eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen"; also eine Art Gnadenfrist (Art. 107 Abs. 1 OR). Die zusätzlich gewährten Wahlmöglichkeiten stellen für den Schuldner eine Belastung dar.

Da mit dem Ablauf der Nachfrist dem Gläubiger die Wahlrechte offen stehen, muss die *Frist als Zeitraum* bestimmt sein und "*angemessen*" sein.

Der Gläubiger kann sein Recht zur Ansetzung einer Nachfrist ausüben, sobald der Schuldner in Verzug geraten ist. Das *Gesetz befristet die Ausübung des Rechts nicht*.

Siehe *Schema G/S/R, Nr. 3046a!* [BILD?]

Wahlrecht bei unbenutztem Fristablauf

- **Erstes Wahlrecht**

Nach Ablauf der Nachfrist kann der Gläubiger wählen, ob er die Leistung des Schuldners noch beansprucht oder ob er darauf verzichtet (Art. 107 Abs. 2 OR).

- Wählt der Gläubiger die *Nachleistung*, bleibt es bei der ursprünglichen Leistungspflicht und beim Verzug des Schuldners. Dem Gläubiger stehen die unten darzustellenden Möglichkeiten offen.
- Wählt der Gläubiger den *Verzicht auf die nachträgliche Leistung*, so muss er dies unverzüglich (!) erklären. Nach hier vertretenen Auffassung muss er *gleichzeitig* das zweite Wahlrecht ausüben.

- **Zweites Wahlrecht**

Verzichtet der Gläubiger auf die Leistung des Schuldners, so stehen ihm zwei verschiedene Wege offen: Einmal die *Aufrechterhaltung des Vertrages mit Schadenersatz wegen Nichterfüllung*. Zum anderen der *Rücktritt vom Vertrag mit Schadenersatz* (Art. 107 Abs. 2 OR).

Will er den Vertrag aufrechterhalten und Schadenersatz verlangen, bedeutet dies, dass er die eigene Leistung erbringen muss. Weil der Gläubiger diesfalls leisten muss, sein Schadenersatzanspruch jedoch ganz oder teilweise unerfüllt ist, wird diese Rechtslage als unbillig empfunden. Zur Lösung hat die Lehre verschiedene Möglichkeiten vorgeschlagen (siehe G/S/R, Nr. 3053).

Wahlrecht ohne Nachfristansetzung

Die "Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung" ist "nicht erforderlich" (Art. 108 OR), wenn sie sinnlos wäre.

Ohne Nachfristansetzung besteht das Wahlrecht nach Art. 108 OR in folgenden Fällen:

- Aus dem Vertrag des Schuldners geht hervor, dass sich die Fristansetzung als unnütz erweisen würde (Art. 108 Ziff. 1 OR). Beispiel ist der sog. "Antizipierte Vertragsbruch", wobei hier auch eine positive Vertragsverletzung angenommen werden könnte.
Als unnütz erweist sich eine Nachfrist auch, wenn sie nicht zur nachträglichen Leistung ausreichen würde. Bsp.: Anwalt der Frist verpasste.
- Die Leistung für den Gläubiger infolge Verzugs des Schuldners nutzlos geworden ist (Art. 108 Ziff. 2 OR). Bsp.: Braut erhält Brautkleid bis am Tag der Trauung nicht.
- Aus dem Vertrag ergibt sich die Absicht der Parteien, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll (Art. 108 Ziff. 3 OR). Es handelt sich dabei um (relative) Fixgeschäfte. Bsp.: Hochzeitsfotograf.

Das Wahlrecht im Einzelnen

Inhalt

Dem Gläubiger steht bei Verzug des Schuldners unter den genannten Voraussetzungen der Entscheid sowohl über die nachträgliche Leistung des Schuldners als auch über das Schicksal des Vertrages (an sich) zu.

- *Entscheid über die nachträgliche Leistung des Schuldners*
Zunächst hat sich der Gläubiger darüber klar zu werden, ob er trotz der Verspätung die Leistung noch beanspruchen will oder nicht. Entscheidet er sich für den Verzicht auf verspätete Leistung, muss er das "unverzüglich" (Art. 107 Abs. 2 OR) erklären. Der Gläubiger steht mithin vor folgenden Alternativen:
 - *Festhalten an der geschuldeten Leistung*
Der Gläubiger will auf die verspätete Leistung gerade *nicht* verzichten. Nach Art. 107 Abs. 2 OR kann er trotz Verzugs des Schuldners "immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung klagen". Es bleibt ihm auch weiterhin offen, eine neue Nachfrist zu setzen und dadurch die *Wahlrechtslage* wiederherzustellen.
 - *Verzicht auf die nachträgliche Leistung*
Die eigentliche Privilegierung des Gläubigers besteht darin, dass er durch unverzügliche Erklärung auf die nachträgliche Leistung des Schuldners *verzichten* kann (Art. 107 Abs. 2 OR).
- *Entscheid über das Schicksal des Vertrags*
Der Entscheid des Gläubigers, auf die Leistung des Schuldners zu verzichten, schafft noch keine unzweideutige Rechtslage. Vielmehr kann er jetzt weiter wählen zwischen der *Aufrechterhaltung des Vertrages mit Schadenersatz wegen Nichterfüllung* an Stelle der verschmähten Gegenleistung und der *Vertragsaufhebung durch Rücktritt*.
- *Zeitliche Abfolge der Ausübung der Wahlrechte*
Nach Art. 107 Abs. 2 OR muss der Gläubiger "*unverzüglich*" erklären, er wolle auf die nachträgliche Leistung verzichten. Der Wortlaut lässt hingegen offen, ob mit der unverzüglichen Verzichtserklärung *zugleich* auch der Entscheid für die Aufrechterhaltung des Vertrages oder für den Rücktritt mitgeteilt werden müsse. Nach der hier vertretenen Auffassung *ja*.

Insbesondere: Entscheid für Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags (Art. 107 Abs. 2 OR)

- *Umwandlung der Leistungspflicht des Schuldners in eine Schadenersatzpflicht*
Entscheidet sich der Gläubiger, der auf die Leistung des Schuldners verzichtet, für Aufrechterhaltung des Vertrags, so tritt eine Vertragsänderung ein: *An Stelle der nicht mehr erwünschten Leistung hat der Schuldner nun Schadenersatz zu leisten* (Art. 107 Abs. 2 OR). Der zu ersetzende Schaden setzt sich aus folgenden Elementen zusammen:
 - *Wert der ausgebliebenen Leistung*. Massgebend ist der Zeitpunkt des Verzichts auf die Leistung, doch kann der Gläubiger einen späteren Zeitpunkt wählen.
 - *Verspätungsschaden* (Art. 103 Abs. 1 OR). Der Gläubiger ist so zu stellen, wie wenn die ursprüngliche Vertragsleistung zeitgerecht erbracht worden wäre.
- *Fortbestand der Leistungspflicht des Gläubigers*
Hat sich der Gläubiger für die Aufrechterhaltung des Vertrags entschieden, ist er grundsätzlich *zur*

Erbringung seiner eigenen Leistung weiterhin verpflichtet. Fraglich ist indessen, ob es sinnvoll ist, ihn noch "in natura" leisten zu lassen, obwohl er selbst auf die Leistung seines Schuldners *verzichtet* hat. Sehr viel praktischer erscheint es, den Gläubiger nicht zur eigenen Leistung "in natura" zu zwingen, *sondern seine Leistungspflicht nach ihrem Wert in eine Geldschuld umzuwandeln.* Dies ist die *Kontroverse zwischen Austausch- und Differenztheorie.* Lehre und Rechtsprechung haben die Tendenz, dem *Gläubiger die Wahl zu lassen.*

Insbesondere: Umwandlung des Vertrags (Art. 109 OR)

- *Im Allgemeinen*

Der Gläubiger kann auch, statt am Vertrag festzuhalten, Rücktritt vom Vertrag erklären (Art. 107 Abs. 2 OR). Der Vertrag wird dadurch in ein Abwicklungs- oder Liquidationsverhältnis umgewandelt. In einigen Sonderfällen ist der Rücktritt indessen ausgeschlossen.

Ihrer Rechtsnatur nach ist die Rücktrittserklärung des Gläubigers ein Gestaltungsgeschäft: Sie hebt ein bestehendes Geschäft auf und ersetzt es durch ein Abwicklungsgeschäft.

- *Wirkungen des Rücktritts*

Mit der Rücktrittserklärung wird der Vertrag nicht aufgehoben bzw. aufgelöst, sondern in ein Abwicklungsgeschäft überführt. Das Rücktrittsrecht steht dem Gläubiger auch zu, wenn der Schuldner kein Verschulden am Verzug trifft. Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses hat der Gläubiger allerdings nur, sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (Art. 109 Abs. 2 OR):

- *Umwandlung des Vertrags in ein Abwicklungsverhältnis*

Die gegenseitigen Forderungen der Parteien auf Leistung *erlöschen, soweit sie noch bestehen.* Jede Partei (also entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht nur der zurücktretende Gläubiger) kann die von ihm versprochene Leistung verweigern.

Jede Partei (also entgegen dem Gesetzeswortlaut nicht nur der zurücktretende Gläubiger) hat *Anspruch auf Rückerstattung* bereits erbrachter Leistungen.

Massgebend bezüglich der Fristen ist Art. 127 OR zur (vertraglichen) Verjährung.

- *Ersatz des negativen Vertragsinteresses*

Das Rücktrittsrecht steht dem Gläubiger auch zu, wenn der Schuldner kein Verschulden am Verzug trifft. Anders verhält es sich mit der Pflicht des Schuldner, dem Gläubiger den Schaden zu ersetzen. Nach Art. 109 Abs. 2 OR hat der Verzugsgläubiger nur (aber immerhin) Anspruch auf Schadenersatz, "sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zu Last falle". Dieser Schadenersatzanspruch richtet sich auf Ersatz des *negativen Interesses.*

Der Vorteil der Wahl des Rücktrittsrechts ist dann besonders augenfällig, wenn die eigene Leistung des Verzugsgläubigers im Vergleich zur späteren Schuldnerleistung erheblich an Wert gewonnen hat.

Zum negativen Interesse, das nach Art. 109 Abs. 2 OR zu ersetzen ist, gehören vorab *Kosten* als "damnum emergens". Dazu kommt der *Ersatz* für nicht bezogene Früchte und Zinsen. Ferner gehört dazu der *entgangene Gewinn* ("lucrum cessans") aus einem Geschäft, das infolge des Vertragsschlusses unterblieben ist, nicht aber der zum Erfüllungsinteresse gehörende, mutmassliche Gewinn aus Folgegeschäften des dahingefallenen Vertrags.

Schema [Vorlesungsnotizen]

Sachverhalt: Velo, Wert 700 Fr. wird für 500 Fr. verkauft. Verkäufer befindet sich in Verzug.

1. Wahlrecht

Ist die Leistung (in natura) noch gewollt?

Ja + Schadenersatz
(Trambillet für 20 Tage)

Nein + (Verspätungs-)Schaden

2. Wahlrecht

Das Ausüben des Wahlrechts setzt kein Verschulden voraus, der Schadenersatz aber schon!

Vertrag ja

positives Vertragsinteresse:
Stellung, wie wenn Vertrag richtig erfüllt worden wäre
(Velo: 700-500=200 Fr.
+ Trambillet für 20 Tage)
Eigene Leistung muss erbracht werden.

Vertrag nein

negatives Interesse

3. Wahlrecht

herrschende Tendenz:
Gläubiger/Wahlberechtigter kann wählen

erbringen der eigenen Leistung
(*Austauschtheorie*)

nur wertmässige Anrechnung
(*Differenztheorie*)

abstrakte Differenz
(neues Velo mit Marktpreis)

konkrete Differenz
(Occasion, ohne Marktwert)
Bedarf Nachweis zu Drittverkauf, z.B. zu 400 Fr.
(Velo: 500-400=100 Fr.)

VII. Nachtrag zum Schuldnerverzug

Siehe G/S/R, Nr. 3130 ff!

Schematische Übersicht

Voraussetzungen des Schuldnerverzugs

Allgemeine Verzugsfolgen

Besondere Verzugsfolgen

Vereinfachung

Teilverzug

Das Gesetz regelt den Fall nicht ausdrücklich, dass der Schuldner nur einen Teil seiner fälligen Leistung anbietet und daher mit dem Recht in Teilverzug gerät. Grundsätzlich stehen dem Gläubiger bei Annahme der Teilleistung die Rechte aus Art. 109 OR nur im Blick auf den Restvertrag zu.

Besondere Gesetzesbestimmungen

Anmerkung zum UN-Kaufrecht (CISG, Wiener Kaufrecht)

§ 25 Gläubigerverzug

I. Gläubigerverzug (Annahmeverzug, Art. 91-95 OR)

Übersicht

Wirkt der Gläubiger trotz Bereitschaft des Schuldners (d.h. trotz gehörig angebotener Leistung) bei der Erfüllung nicht oder nicht gehörig mit, so *gerät er in Gläubigerverzug* (auch *Annahmeverzug*, Art. 91.95 OR). Dies, wenn er "ungerechtfertigterweise" verweigert. Ein Verschulden ist nicht erforderlich, aber im Rahmen einer allfälligen Schadenersatzpflicht von Bedeutung. Bsp.: Der Gläubiger erscheint nicht beim Schneider zur Anprobe.

Diese Regeln sind v.a. dann praktisch bedeutsam, wenn der Schuldner vollkommen zweiseitiger Verträge *vorleistungspflichtig* ist.

Der Gläubigerverzug bringt dem Schuldner Erleichterungen im Verhältnis zum Gläubiger; diesem aber bringt er eine Erschwerung der Gläubigerlage:

- Der *Gläubigerverzug schliesst den Schuldnerverzug aus*.
- Die *Gefahr* des zufälligen Untergangs der geschuldeten Sache geht auf den Gläubiger über. Ausdrücklich geregelt für den Werkvertrag in Art. 376 Abs. 1 OR.
- Der Übergang der Gefahr auf den Gläubiger bedeutet nicht, dass der Schuldner von *Sorgfaltspflichten* im Umgang mit der Sache befreit ist.
- *Vertragszinsen* laufen selbstverständlich weiter, solange der Schuldner nicht hinterlegt hat. Dagegen entfallen *Verzugszinsen* (Art. 104 ff. OR), da der Gläubigerverzug den bestehenden Schuldnerverzug aufhebt.
- Der Schuldner hat das Recht zur *Hinterlegung* oder (mit Bewilligung des Richters) zur Verwertung des Leistungsgegenstandes (Art. 92/93 OR).
- Der Schuldner hat das *Recht zum Rücktritt vom Vertrag* bei Verträgen über andere als Sachleistungen (Art. 95 OR).
- Hat der Gläubiger die Wahl zwischen mehreren Kaufgegenständen (*Spezifikationskauf*) und übt er trotz Ansetzung einer Nachfrist das Wahlrecht nicht aus, geht dieses auf den Schuldner-Verkäufer über.
- Befindet sich der *Arbeitgeber* im Annahmeverzug, liegt die Verletzung einer Rechtspflicht, nicht bloss einer Obliegenheit vor: Rechtsfolge ist nach Art. 324 Abs. 1 OR die Fortsetzung der Lohnzahlungspflicht.

Ausschluss des Schuldnerverzugs

Nochmals: Gläubigerverzug schliesst Schuldnerverzug aus. Der Schuldner *darf* die Leistung verweigern.

Recht des Schuldners zu selbständigen Befreiungshandlungen (Art. 92/93 OR)

Grundsatz: Recht zur Hinterlegung (Art. 92 OR)

Bei Sachleistungsschulden (auch Geldschulden) hat der Schuldner bei Gläubigerverzug das *Recht, die geschuldete Sache bei einem Dritten oder bei einer Amtsstelle zu hinterlegen*. Der Ort wird durch den Richter bestimmt oder darf (immer) ein Lagerhaus sein (Art. 92 Abs. 2 OR). *Die Hinterlegung bewirkt Befreiung*.

Der Schuldner darf die hinterlegte Sache wieder zurücknehmen:

- falls der Gläubiger sich noch nicht angenommen hat (Art. 94 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 3 OR);
- falls nicht infolge der fingierten Erfüllungswirkung der Hinterlegung ein Pfandrecht zugunsten des Gläubigers erloschen ist (Art. 94 Abs. 1 OR).

Wird die hinterlegte Forderung zurückgenommen, so lebt die Forderung samt Nebenrechten wieder auf (Art. 94 Abs. 2 OR).

Ausnahme: Recht zum Selbsthilfeverkauf (Art. 93 OR)

Der Schuldner einer Sachleistung darf nach Art. 93 Abs. 1 OR einen Selbsthilfeverkauf tätigen, falls "nach der Beschaffenheit der Sache oder nach der Art des Geschäftsbetriebes eine Hinterlegung nicht

tunlich" oder "die Sache dem Verderben ausgesetzt" ist oder "Unterhaltungs- oder erhebliche Aufbewahrungskosten" erheischen.

Voraussetzung des Rechts auf Selbsthilfeverkauf sind nach Art. 93 Abs. 1 OR eine vorgängige *Androhung* und eine *Bewilligung des Richters*. Der Verkauf der geschuldeten Sache allein befreit den Schuldner nicht, wohl aber die *Aushändigung des Erlöses* an den Gläubiger oder (bei Annahmeverweigerung) die *Hinterlegung* nach Art. 92 OR.

Sonderfolge bei Nicht-Sachleistungen (Art. 95 OR)

Z.B. Dienstleistungen. Hier kann der Schuldner nach Art. 95 OR "beim Verzug des Gläubigers nach den Bestimmungen über den Verzug des Schuldners vom Verträge *zurücktreten*".

Das Gesetz verweist auf die "Bestimmungen über den Verzug des Schuldners", womit die Art. 107-109 OR gemeint sind.

Die Frage, ob der (schuldhaft) in Annahmeverzug geratene Gläubiger *ersatzpflichtig* werde ist für den (Haupt-)Fall des Rücktritts zu bejahen.

Sonderregeln für einzelne Vertragsverhältnisse

- Mietrecht (Art. 264 Abs. 2 OR)
- Pachtrecht (Art. 293 OR, analog Mietrecht)
- Arbeitsrecht (Art. 324 Abs. 1 OR)
- Werkvertragrecht (Art. 376 Abs. 1 OR)

Exkurs: Nichtausübung eines Wahlrechts durch den Gläubiger

Siehe G/S/R, Nr. 3203.

II. Gläubigerverzug im weiteren Sinn (Art. 96 OR)

Begriff

Gläubigerverzug im weiteren Sinn liegt vor, wenn die "*Erfüllung der schuldigen Leistung aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde oder infolge einer unverschuldeten Ungewissheit über die Person des Gläubigers*" nicht erfolgen kann (Art. 96 OR).

Der Schuldner will zwar erfüllen, kann es indessen aus Gründen nicht, die dem Gläubiger anzulasten sind.

Tatbestände

In der Person des Gläubigers liegende Gründe für die Hinderung der Erfüllung

Der Gläubiger kann nicht annehmen, auch wenn er annehmen wollte. Dies weil sein Aufenthaltsort unbekannt ist, oder weil er urteilsunfähig ist, keinen Vertreter hat und die Leistung des Schuldners rechtsgültig nicht entgegennehmen kann.

Ungewissheit über die Person des Gläubigers

Der Schuldner weiss ohne eigenes Verschulden nicht, wer sein Gläubiger ist.

Rechtsfolgen

Es treten die gleichen Rechtsfolgen wie beim gewöhnlichen Gläubigerverzug ein: Der Schuldner erhält das Recht zur *Hinterlegung* oder zum *Rücktritt vom Vertrag* im Sinne des Art. 95 (Art. 96) OR. Das Gesetz erwähnt den *Selbsthilfeverkauf* nicht. Die Lücke ist im Sinne des Art. 93 OR zu füllen.

§ 26 Leistungsunmöglichkeit ohne Verantwortung des Schuldner s (Art. 119 OR)

I. Tatbestand

Der Tatbestand des Art. 119 Abs. 1 OR ist durch zwei Merkmale gekennzeichnet:

- Die *geschuldete Leistung ist unmöglich geworden*. Gemeint ist eine dauernde Unmöglichkeit tatsächlicher oder rechtlicher Art, und zwar eine *nachträgliche* und *objektive*. Bsp.: Die gemietete Scheune brennt während des Mietverhältnisses nieder.
- Der *Schuldner hat die Unmöglichkeit nicht zu verantworten*; sie fällt nicht in seinen Risikobereich. Das trifft vorab unter *drei* Voraussetzungen zu:
 - Den Schuldner trifft "keinerlei Verschulden" an der Unmöglichkeit (Art. 97 Abs. 1 OR).
 - Der Schuldner muss nicht nach Art. 101 OR für Hilfspersonen einstehen, welche die Unmöglichkeit verursacht haben.
 - Der Verzugsschuldner kann sich von der Haftung für Zufall nach Art. 103 Abs. 2 OR befreien.

II. [Zwei] Rechtsfolgen

Untergang der Forderung gegen den Schuldner

Der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung wird befreit, und zwar ohne Pflicht zur Schadenersatzleistung (Art. 119 Abs. 1 OR). Darin liegt der Unterschied zu Art. 97 Abs. 1 OR.

Der Schuldner ist auch nicht verpflichtet, eine andere Leistung zu erbringen (z.B. einen nach Vertragsschluss öffentlich-rechtlich verbotenen Spielapparat durch einen anderen zu ersetzen). Daher darf z.B. der Mieter auch nicht vom Vermieter verlangen, die abgebrannte Scheune wieder aufzubauen. Doch tritt die Befreiung selbstverständlich nur ein, wenn keine abweichende Gesetzesbestimmung vorgeht oder wenn die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben: Art. 119 OR ist *dispositives* Recht. Es kann also vereinbart werden, dass auch für Zufall gehaftet wird.

Erlöschen auch der Gegenforderung bei (vollkommen) zweiseitigen Verträgen

Mit der Befreiung des Schuldners der unmöglich gewordenen Leistung ist bei vollkommen zweiseitigen Verträgen nichts über die *Gegenleistung des Vertragspartners* gesagt.

Grundsatz

Die *Gegenforderung des befreiten Schuldners erlischt* ebenfalls. Es wird auf Art. 62 OR verwiesen. Dabei lehnt es die Lehre aber grundsätzlich ab, auch Art. 64 und 67 OR anzuwenden.

Der Vertrag besteht zwar immer noch, das Leistungsaustauschverhältnis wird aber in ein *Abwicklungsverhältnis* abgeändert. Die Rückabwicklung ist daher entgegen dem Wortlaut von Art. 119 Abs. 2 OR nach denselben vertraglichen Grundsätzen vorzunehmen wie im Falle des Rücktritts nach Art. 109 OR. Dementsprechend wird für die Frage der *Verjährung* Art. 127 OR angewandt.

Der Grundsatz des Erlöschens der Gegenforderung des befreiten Schuldners entspricht dem Austauschcharakter des vollkommen zweiseitigen Vertrags: "Wer nichts leisten muss ..., soll auch nichts bekommen".

Ausnahmen

Nach Art. 119 Abs. 3 OR sind von der Grundregel die Fälle ausgenommen, "in denen die Gefahr *nach Gesetzesvorschrift* oder *nach dem Inhalt des Vertrages* vor der Erfüllung auf den Gläubiger übergeht". Die Ausnahmefälle bedeuten: Der frei gewordene Schuldner (Art. 119 Abs. 1 OR) behält seine Gegenforderung und ist nicht verpflichtet, eine bereits erhaltene Gegenleistung herauszugeben.

Gesetzliche Sonderregeln sind z.B.: Art. 185 Abs. 1 OR (Kaufvertrag) Übergang von Nutzen und Gefahr; Art. 324a OR (Arbeitsvertrag) Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers trotz unverschuldeter Unmöglichkeit seitens des Arbeitnehmers, die Arbeitsleistung zu erbringen.

Auch *die Parteien* können mit oder nach Abschluss des Vertrags eine von Art. 119 Abs. 2 OR abweichende Ordnung *vereinbaren*.

III. Abgrenzungen

Der Tatbestand des Art. 119 OR ist *abzugrenzen von ähnlichen Fällen*, die aber *nicht* als nachträgliche objektive Unmöglichkeit zu qualifizieren sind:

Subjektive Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners

Die h.L. stellt die subjektive der objektiven Unmöglichkeit gleich. Nach G/S/R wird die nachträgliche subjektive Unmöglichkeit als *Verzugsfall* behandelt.

Unerschwinglichkeit der Leistung des Schuldners

Wenn die Leistung dem Schuldner unverhältnismässig grosse Opfer auferlegt, spricht man von "Unerschwinglichkeit". Das ist richtiger Ansicht nach *kein Tatbestand der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit*. So muss der Verkäufer, den "Château Petrus MC 1982", der ihm sein Lieferant nicht liefern kann nicht teuer auf einer Auktion ersteigern.

Es gilt der Grundsatz, dass nach Treu und Glauben danach zu fragen ist, ob die an sich mögliche Leistung dem Schuldner angesichts der veränderten Verhältnisse (noch) *zumutbar* sei.

Unbedingt versprochene Leistung

Hat der Schuldner *die Leistung garantiert*, muss er Schadenersatz auch dann leisten, wenn er die nachträgliche Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.

Vorübergehende Unmöglichkeit

Fall des Verzugs.

Stellvertretendes Commodum

Bezieht der Schuldner infolge der nachträglichen Leistungsunmöglichkeit eine *Ersatzleistung* (z.B. eine Versicherungsprämie Dritter), so muss er diesen Ersatz an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung dem Gläubiger auf dessen Verlangen hin herausgeben.

Teilunmöglichkeit

Art. 119 OR befasst sich nicht mit der Teilunmöglichkeit.

Fraglos wird der Schuldner, der die Teilunmöglichkeit nicht zu verantworten hat, von der unmöglich gewordenen Teilleistung ohne Schadenersatzpflicht befreit (Art. 119 Abs. 1 OR). Demgegenüber wird er schadenersatzpflichtig, wenn und soweit er die Teilunmöglichkeit zu verantworten hat (Art. 97 Abs. 1, Art. 101 und 103 OR).

Da die Unmöglichkeit nur einen Teil der geschuldeten Leistung betrifft, bleibt der Schuldner zur *Restleistung* verpflichtet. Es frag sich, ob der Gläubiger die noch mögliche Restleistung zu verminderter Vergütung annehmen muss oder sie unter voller Befreiung der eigenen Leistungspflicht ausschlagen darf. Massgebend ist, was dem Gläubiger *zumutbar* ist und dies muss unter Berücksichtigung von Verkehrsauffassung und Umständen einzelfallbezogen entschieden werden.

Trägt jedoch der Gläubiger der teilweise unmöglich gewordenen Leistung ausnahmsweise die Gefahr (Art. 119 Abs. 3 OR), so verhält es sich ganz anders: Der Gläubiger kann die noch mögliche Teilleistung nicht mit befreiender Wirkung für sich selbst ausschlagen; vielmehr bleibt er in jedem Fall zur vollen Gegenleistung verpflichtet.

Vom Gläubiger zu vertretende nachträgliche Leistungsunmöglichkeit

Hat nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger die Unmöglichkeit der Schuldnerleistung zu verantworten, ist Art. 119 Abs. 1 OR jedenfalls analog, wenn nicht gar direkt anwendbar: Die Forderung erlischt ohne Schadenersatzpflicht des Schuldners.

Über das Schicksal der Gegenforderung gibt das Gesetz indessen keine Antwort. Lehre und Rechtsprechung halten es so, dass wie wenn der Schuldner erfüllt hätte seinen Anspruch auf Gegenleistung behält.

§ 27 Exkurs: Nichtleistung und Erfüllungszwang in den Formen des Zivilprozesses und des Vollstreckungsverfahrens

Siehe G/S/R, Nr. 3264 ff.

I. Erkenntnisverfahren

II. Vollstreckungsverfahren

III. Vollstreckungsarten

Vollstreckung von Geldleistungspflichten

Realvollstreckung von Nicht-Geldleistungen

IV. Vollstreckungsregeln des Obligationenrechts

Art. 97 Abs. 2 OR

Art. 98 Abs. 1 und 3 OR

Ersatzvornahme (Art. 98 Abs. 1 OR)

Beseitigung des rechtswidrigen Zustands (Art. 98 Abs. 3 OR)

8. Teil: Erlöschen der Obligation

§ 28 Der dritte Titel (Art. 114-142 OR)

Obligationen können aus mannigfachen Gründen erlöschen. Mit dem Erlöschen der Obligation *entfällt das Recht des Gläubigers* auf die geschuldete Leistung *und die Pflicht des Schuldners* zur Erbringung der Leistung.

§ 29 Einzelne Erlöschungsgründe

I. Übersicht

Art. 114-126 OR. Darin sind folgende *Erlöschenstatbestände* geregelt:

II. Aufhebung durch Übereinkunft

Übersicht

Nach Art. 115 OR kann eine "Forderung ... durch Übereinkunft ganz oder zum Teil ... aufgehoben werden". Häufig bezeichnet man die Übereinkunft als *Aufhebungs-* oder auch als (*Schuld-*)*Erlassvertrag* zwischen Gläubiger und Schuldner. Dieser Vertrag kann *formlos* abgeschlossen werden.

Schulderlass

Nach seinem Inhalt richtet sich der Aufhebungsvertrag des Art. 115 OR auf die vollständige oder teilweise Aufhebung einer Forderung, was sich für den Schuldner als ganzen oder teilweisen Erlass seiner Schuld auswirkt. Die Obligation erlischt ganz oder teilweise.

Gegenstand des Erlassvertrags können *nur Forderungen* sein, nicht auch andere Rechtsverhältnisse (wie z.B. die Zession).

Verfügungsvertrag

Der Aufhebungsvertrag mit der Folge des Schulderlasses ist ein *Verfügungsgeschäft*. Im Einzelnen:

- Als Verfügung bezeichnet man "jedes Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht oder ein Rechtsverhältnis ... namentlich durch Veräußerung, Belastung, Änderung oder Verzicht" unmittelbar betroffen wird. Vereinfacht: *Verfügungen mindern die Aktiven dessen, der verfügt*. Dies im Gegensatz zu Verpflichtungsgeschäften, die (wie die Begründung einer Schuld) die Passiven dessen vermehren, der sich verpflichtet hat.
- Da der Gläubiger im Erlassvertrag über seine Forderung verfügt, muss ihm *Verfügmacht* zustehen.
- Der Gläubiger kann nach Art. 115 OR auf seine Forderung *nicht einseitig verzichten*. Dies kann aber auch stillschweigend erfolgen (Art. 6 OR).
- Da der Gläubiger den Schuldner durch das Verfügungsgeschäft über seine Forderung begünstigt, ist der Erlassvertrag ein *Zuwendungsgeschäft*. Zuwendung ist eine Handlung, die einem anderen einen *Vermögensvorteil* verschafft.

Abschluss des Erlassvertrags

Der Erlassvertrag ist von Gesetzes wegen an keine besondere Form gebunden. Das gilt nach Art. 115 OR selbst dann, "wenn zur Eingehung der Verbindlichkeit eine Form erforderlich oder von den Vertragsschliessenden gewählt war". Die Parteien können freilich eine bestimmte Aufhebungsform vertraglich vorbehalten.

Diese Regel steht in Konflikt mit Art. 12 OR: Nach richtiger Ansicht ist Art. 115 OR anwendbar, wenn *einzelne Forderungen* (eines Vertragsverhältnisses) ganz oder teilweise erlassen werden. Art. 12 OR hingegen für irgendwelche Änderungen des *ganzen Vertrags*.

Bsp.: Der Verkauf eines Hauses zu 500'000.-, bei welchem der Verkäufer nachträglich auf das Geld verzichtet, fällt unter Art. 12 OR, da es sich um eine Vertragsänderung handelt (Kaufvertrag in Schenkungsvertrag).

Weil der Erlassvertrag an keine besondere Form gebunden ist, kann er *auch stillschweigend* abgeschlossen werden.

Abgrenzung

Die "Aufhebung durch Übereinkunft" (Art. 115 OR; Erlassvertrag) ist zu unterscheiden von folgenden *ähnlichen Tatbeständen*:

- Aufhebung eines ganzen Vertrags.
- Negative Schuldanerkenntnis. ("Erlass" nur für den Fall verabredet, dass die Forderung eventuell noch besteht.)
- Verzicht auf künftige Forderungen.
- "Pactum de non petendo". (Die Vereinbarung, worin der Gläubiger dem Schuldner verspricht, er werde eine bestehende Forderung nicht geltend machen, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt.)
- Stundung. (Sie ist ein Vertrag, durch den die Leistungspflicht des Schuldners nachträglich aufgeschoben wird.)
- Nachlassvertrag des SchKG.
- Klagerückzug. (Stellt eine einseitige Rechtshandlung dar. Daher ist er kein Vertrag und auch nicht Offerte zum Abschluss eines Erlassvertrags. Doch kann er als letzten Akt einen Erlassvertrag vollenden.)

III. Neuerung (Art. 116 f. OR)

Begriff

In Art. 116 Abs. 1 OR wird die Neuerung (auch Novation genannt) als *Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen* umschrieben. Die praktische Bedeutung der Neuerung ist gering ausser für die sachenrechtlichen Spezialfälle der Begründung von Schuldbriefen.

Tatbestand (Novationsvertrag)

- *Bestand einer Forderung*. Es ist gleichgültig, aus welchem Rechtsgrund die Forderung entstanden ist. Sie kann aus unerlaubter Handlung, aus Kauf ect. erfolgen.
- *Abgabe und Annahme eines neuen Leistungsversprechens*. Der Schuldner verpflichtet sich durch Vertrag mit dem Gläubiger zu einer neuen Leistung.
- *"Animus novandi"*. Die Parteien sind sich *einig darüber, dass die neue Forderung an die Stelle der alten tritt*, die alte Forderung also durch Aufhebungsvertrag *erlischt*. Dies kann auch stillschweigend geschehen, darf aber nicht leichthin angenommen werden.

Rechtsfolgen (Novationswirkungen)

Tilgung der alten Schuld durch Begründung einer neuen

Die alte Schuld geht durch *Verfügungsvertrag* unter. Es entsteht eine neue *Forderung*.

Untergang von Einrede- und Nebenrechten

Der Sinn des neuen Leistungsversprechens besteht i.d.R. darin, die Rechtslage des Schuldners (*durch Einredeverzug*) und die des Gläubigers (*durch Verzicht auf Nebenrechte*) im Blick auf die ursprüngliche Forderung (nicht auf das ganze Rechtsverhältnis) zu verändern.

Gesetzliche Vermutung gegen die Neuerung

"Die Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen wird" nach Art. 116 Abs. 1 OR "nicht vermutet". Art. 8 ZGB.

Sonderfall des Kontokorrentverhältnisses

Die Beweislage des Art. 116 Abs. 1 OR wird modifiziert durch Art. 117 Abs. 1 OR. Sie ordnet unmissverständlich an, die Einsetzung der einzelnen Posten in einen Kontokorrent *habe keine Neuerung zur Folge*. Ausser, (Abs. 2), wenn der Saldo gezogen und anerkannt wird. Die *"Saldoanerkennung"* begründet mithin (als Ausnahme von Art. 116 Abs. 1 OR) die Vermutung einer Neuerung. Anders lautende Vereinbarungen der Parteien bleiben somit vorbehalten.

Allerdings wird die vermutete Neuerung der Saldoanerkennung nach drei Richtungen hin relativiert:

- *Fortbestand der Sicherheiten zu Gunsten des Gläubigers.* Die für den Gläubiger einschneidendste Folge der Novation (Untergang der Nebenrechte) schliesst das Gesetz aber im Kontokorrentverhältnis aus: siehe *Art. 117 Abs. 3 OR!*
- *Berichtigungsmöglichkeit des anerkannten Saldos.* Nach der Rechtsprechung hat die Anerkennung des Saldos nicht zur Folge, dass sich der Schuldner gegen versehentliche Buchungen nicht zur Wehr setzen kann. Die Saldoanerkennung hat also nicht den Sinn eines Verzichts, nachträglich zum Vorschein kommende Unrichtigkeiten geltend zu machen.
- *Saldoanerkennung als (gewöhnliche) Schuldanerkennung.*

Einzelfragen

IV. Vereinigung (Art. 118 OR)

Begriff

Nach Art. 118 Abs. 1 OR ist die Vereinigung (oder auch Konfusion) ein *Zusammentreffen von "Eigenschaften des Gläubigers und des Schuldners in einer (und derselben) Person"*. Pointiert: Der Schuldner wird nachträglich sein eigener Gläubiger oder umgekehrt.

Tatbestand

Der Tatbestand von Art. 118 Abs. 1 OR ist erfüllt, wenn der Gläubiger einer Forderung nachträglich zugleich Schuldner dieser (identischen!) Forderung oder der Schuldner nachträglich Gläubiger seiner eigenen Schuld wird. Diese *schuldrechtliche* Vereinigung ist zu unterscheiden von der *sachenrechtlichen* nach Art. 735 ZGB.

Bsp.: Ein Gläubiger wird von seinem Schuldner (als einzigen Erben) beerbt; Gläubiger und Schuldnerin heiraten und treten in den Güterstand der Gütergemeinschaft.

Rechtsfolgen

Übersicht

Ist der Tatbestand der Vereinigung im Sinne von Art. 118 Abs. 1 OR erfüllt, *"so gilt die Forderung als ... erloschen"*. Sie lebt wieder auf, wenn die Vereinigung rückgängig gemacht wird.

Erlöschen der Obligation

Die Forderung "gilt" als erloschen (Art. 118 Abs. 1 OR). Niemand kann sein eigener Gläubiger sein.

Ausnahmen

Nach Art. 118 Abs. 3 OR "bleiben die besonderen Vorschriften über das Grundpfandrecht und die Wertpapiere" vorbehalten.

Grundpfandrecht (Art. 859 Abs. 2 und Art. 863 ZGB). Bei Schuldbrief und Gült geht die pfandgesicherte Forderung selbst dann nicht unter, wenn der Schuldner sie erwirbt. Zweck dieser Regelung ist es, die Kreditbeschaffung zu erleichtern.

Wiederaufleben der erloschenen Forderung

Auch wenn die Obligation nach einer Konfusion erlischt (Art. 118 Abs. 1 OR), heisst das nicht, dass sie endgültig untergegangen ist. Vielmehr lebt die Forderung nach Art. 118 Abs. 2 OR wieder auf, wenn "die Vereinigung rückgängig gemacht" wird. Bsp.: Der Schuldner schlägt die Erbschaft, zu der die Forderung gehört, aus.

Dieses Wiederaufleben *bestätigt*, dass die Forderung bei Vereinigung nicht wirklich erlischt, sondern "als erloschen *gilt*" (Art. 118 Abs. 1 OR).

Es besteht kein Grund, das Wiederaufleben der Forderung nicht auch auf die Nebenrechte zu beziehen.

Einzelfragen

V. Unmöglichwerden einer Leistung ohne Verantwortung des Schuldners (Art. 119 OR)

VI. Verrechnung (Art. 120 ff. OR)

Begriff

Das Gesetz definiert die Verrechnung nicht. Die *Grundnorm* findet sich in Art. 120 Abs. 1 OR. Sie lautet: "Wenn zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, schulden, so kann jede ihre Schuld, insofern beide Forderungen fällig sind, mit ihrer Forderung verrechnen".

Vom verrechnenden Schuldner aus gesehen ist die Verrechnung *Tilgung einer fremden Forderung durch Opferung einer eigenen*. Präzisierend:

- Am Vorgang der Verrechnung sind zwei Personen beteiligt: der *Verrechnende* ("Kompensant") und der *Verrechnungsgegner* ("Kompensat").
- Der Verrechnende ("Kompensant") tilgt eine Forderung des Verrechnungsgegners ("Kompensat") durch Aufopferung einer eigenen Forderung (Eigenforderung). Die Forderung, die er zur Verrechnung bringt (die er opfert), heisst *Verrechnungsforderung*. Die Forderung des Verrechnungsgegners wird als *Hauptforderung* bezeichnet.
- Wer verrechnen "kann", hat ein Recht zur *Verrechnung*. Dieses Recht ist ein *Gestaltungsrecht*, das von verschiedenen Voraussetzungen abhängt.

Die Probleme der Verrechnung stellen sich in vor allem in Fällen, wo über den einen Vertragspartner Konkurs eröffnet wird. Angenommen:

B $\xrightarrow{10'000}$ A

B $\xleftarrow{8'000}$ A

Nun gerät A in den Konkurs. Könnte B *nicht* verrechnen. Müsste er A 8'000.- in die Konkursmasse bezahlen und bekäme als Gläubiger z.B. noch 100.- aus der Konkursmasse. *Kann* er verrechnen, so bleibt ihm eine Forderung von 2'000.-.

Voraussetzungen

Siehe zur Übersicht G/S/R, Nr. 3394 ff.

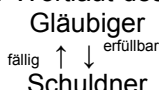
Positive Voraussetzungen

- *Gegenseitigkeit der zu verrechnenden Forderungen (Art. 120 Abs. 1 OR)*
Wer verrechnen will, muss Gläubiger des Verrechnungsgegners und dieser wiederum muss Gläubiger des Verrechnenden sein. Präziser: *Die Verrechnungsforderung muss sich gegen den Verrechnungsgegner und die Hauptforderung gegen den Verrechnenden richten*. Dieses Erfordernis der Gegenseitigkeit bildet die Hauptvoraussetzung der Verrechnung. Schwierigkeiten können sich ergeben bei Dreiecksverhältnissen und bei Personengesellschaften. Art. 121 f. OR; siehe ev. G/S/R, Nr. 3399 ff.
Bsp.: A ist Aktionär der X. AG. B als aussenstehender Dritte hat eine Forderung gegen A (1'000) und die AG gegen B ebenfalls (1'000). Hier kann nicht verrechnet werden, weil die Voraussetzung der Gegenseitigkeit fehlt. In der Praxis sind die Beziehungen oft nicht so einfach zu eruieren.
- *Gleichartigkeit der zu verrechnenden Forderungen (Art. 120 Abs. 1 OR)*
Die beiden Forderungen (Haupt- und Verrechnungsforderung) müssen *"ihrem Gegenstande nach gleichartig"* sein. Dieses Erfordernis *verlangt*, dass sich die Forderungen auf inhaltlich gleichartige Leistungen richten. Unproblematisch ist dies bei *Geld und anderen vertretbaren Sachen*. Bei Stückschuld ist die Gleichartigkeit nie gegeben. Das Erfordernis der Gleichartigkeit *verlangt aber nicht*:
 - dass die zu verrechnenden Forderungen *gleichwertig* sind;
 - dass die beiden Forderungen *unbestritten* sind (Art. 120 Abs. 2 OR);

- dass die Forderungen *konnex* sind, indem sie dem gleichen Rechtsgrund entspringen. (So ist möglich Rückforderung aus Darlehen und Kaufpreisforderung zu verrechnen, ebenfalls eine Forderung aus Zivil- mit einer aus öffentlichem Recht);
- dass für beiden Forderungen der *gleiche Erfüllungsort* gilt;
- dass (im Streitfall) beide Forderungen vor dem *gleichen Gericht* einklagbar sind.

Bsp.: Kauf eines Computers gegen 1'799.-. Diese beiden Forderungen sind eindeutig nicht gleichartig. Gleichartigkeit kann sich jedoch "im Verlaufe der Zeit" ergeben: Gerät nämlich der Computerhändler in Verzug und macht der Käufer schlussendlich sein Wahlrecht auf positives Vertragsinteresse (Wert des Computers; 1'799.-) geltend, stehen sich zwei gleichartige (Geld)Forderungen gegenüber.

- **Fälligkeit**
Voraussetzung ist *Fälligkeit* nur der Verrechnungsforderung, nicht auch der Hauptforderung, wie der Wortlaut des Art. 120 Abs. 1 OR glaubhaft macht. *Für die Hauptforderung genügt Erfüllbarkeit.*



- **Klagbarkeit**
 - Die *Verrechnungsforderung* (die Eigenforderung des Verrechnenden) *muss klagbar sein*. Verlangt ist unbedingte Klagbarkeit (Durchsetzbarkeit), so dass *verjährte* Eigenforderungen nicht verrechnet werden können. "Ausnahme": Art. 120 Abs. 3 OR, wobei es sich eigentlich gar nicht um eine Ausnahme handelt.



Diese beide Forderungen können heute (!) verrechnet werden, da sie während eines bestimmten Zeitpunktes gleichzeitig fällig waren.

- Die Hauptforderung (die Forderung des Verrechnungsgegners) braucht dagegen *nicht* klagbar zu sein. Der Verrechnende kann auch eine Naturalforderung des Verrechnungsgegners durch Aufrechnung mit einer eigenen (klagbaren) Forderung tilgen.

Negative Voraussetzungen

- **Kein Ausschluss der Verrechnung durch Vertrag (Art. 126 OR)**
Die Parteien können die Verrechnung durch Vertrag *wirksam ausschliessen*, was in Art. 126 OR ausdrücklich bestätigt wird. Danach kann der Schuldner auf die Verrechnung "zum voraus Verzicht leisten", d.h. versprechen, die Hauptforderung nicht durch Verrechnung zu tilgen. Dieser Verzicht erfolgt nicht durch eine einseitige Erklärung sondern durch Vertrag.
- **Kein gesetzlicher Ausschluss (Art. 125 OR)**
Das OR nennt in Art. 125 OR eine Reihe von Fällen, in denen Verrechnung von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist. *Wider Willen des Gläubigers* können danach *nicht* durch Verrechnung getilgt werden:
 - Verpflichtungen zur Rückgabe oder zum Ersatz hinterlegter, widerrechtlich entzogener oder böswillig vorenthaltener Sachen (Art. 125 Ziff. 1 OR).
 - Verpflichtungen, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangt (Art. 125 Ziff. 2 OR), wie Unterhaltsansprüche und Lohnguthaben.
 - "Verpflichtungen gegen das Gemeinwesen aus öffentlichem Recht" (Art. 125 Ziff. 3 OR; zum Schutz des Fiskus als Gläubiger).

Merke: Ausgeschlossen ist nach dem Wortlaut von Art. 125 OR nämlich nur eine Tilgung durch Verrechnung "gegen seinen Willen". Der Gläubiger kann also *einwilligen*.

Recht zur Verrechnung

Sind die umschriebenen Voraussetzungen erfüllt, so besteht das Recht zur Verrechnung. Es handelt sich um ein *Gestaltungsrecht*.

Ausübung des Verrechnungsrechts

Das Verrechnungsrecht wird durch einseitige Willenserklärung des Verrechnenden ausgeübt. Die Erklärung richtet sich an den Verrechnungsgegner, ist mithin empfangsbedürftig. Es gilt der Grundsatz: Ohne Verrechnungserklärung keine Verrechnungswirkung.

Wirkungen der Ausübung des Verrechnungsrechts

Übt der Berechtigte sein Verrechnungsrecht durch Erklärung aus, bewirkt das den Untergang sowohl der Verrechnungs- wie der Hauptforderung; dies jedoch nur bis zur Höhe des niedrigeren Forderungsbetrages. Ist die Hauptforderung grösser als die Gegenforderung, muss sich der Kompensat in Abweichung vom Grundsatz des Art. 69 Abs. 1 OR mit einer "Teilzahlung" zufrieden geben.

Der Eintritt der Verrechnungswirkung wird nach Art. 124 Abs. 2 OR zurückbezogen auf den *Zeitpunkt*, da die Forderung "zur Verrechnung geeignet einander gegenüberstanden". Die Forderungen gehen also nicht erst im Zeitpunkt der Abgabe (bzw. des Zugangs) der Verrechnungserklärung über.

Einzelfragen

Keine Verrechnung im Sinne der Art. 120 ff. OR ist die *Verrechnung durch Vertrag*.

Bestehen zwischen zwei Personen *mehrere zur Verrechnung geeignete Forderungen*, muss entschieden werden, welche der mehreren Forderungen zur Verrechnung gebracht werden sollen.

Das *Erfordernis der Gegenseitigkeit* bildet die Hauptvoraussetzung der Verrechnung. Es soll durch den Hinweis auf fünf Sonderfälle illustriert werden: siehe G/S/R, Nr. 3443 ff.

Vorschriften kantonaler Zivilprozessordnungen dürfen die materielle Verrechnungsordnung des Bundesrechts nicht verletzen.

Das *Verbot des Rechtsmissbrauchs* (Art. 2 Abs. 2 ZGB) gilt auch im Verrechnungsrecht.

Verrechnung dient der offenkundigen *Vereinfachung des wirtschaftlichen Verkehrs*.

§ 30 Verjährung (Art. 127 ff. OR)

I. Begriff und Merkmale

Die Verjährung ("praescriptio") kann umschrieben werden als *Entkräftung einer Forderung durch Zeitablauf*. Die Verjährung ist nach schweizerischem Recht ein *materiell-rechtliches*, kein prozessrechtliches Institut.

Entkräftet wird eine *Forderung*. Die Verjährung beschlägt also Forderungen des Privatrechts und betrifft namentlich *nicht*:

- *Ganze Vertragsverhältnisse*. Die Forderung eines Vertragsverhältnisses (z.B. eines Kaufvertrags) verjähren je einzeln und unabhängig voneinander.
- *Herrschaftsrechte* (dingliche Rechte, Immaterialgüterrechte), Persönlichkeitsrechte, Mitgliedschaftsrechte und Gestaltungsrechte.
Bsp.: der Rückgabeanspruch des hinterlegenden Eigentümers einer Sache gegenüber dem Verwahrer unterliegt keiner Verjährung, da dieser dinglicher Natur ist, die Verjährung aber nur obligatorische Ansprüche erfasst.
- *Forderungen aus öffentlichem Recht*. Art. 127 ff. OR kommt daher *höchstens analog* zur Anwendung.

Die Forderung "entkräftet". In dieser Entkräftung besteht die Verjährungswirkung. Sie beschlägt nicht den Bestand der Forderung, sondern nur (aber doch) deren *Durchsetzbarkeit*: Der Schuldner erhält das Recht, die eingeklagte Leistung (obwohl geschuldet) durch Einrede zu verweigern.

Die Verjährungswirkung gründet im *Zeitablauf*. Dieser wird bestimmt durch die Verjährungsfristen. Somit kann gesagt werden: *Die Wirkung tritt ein, sobald die Verjährung durch Ablauf der Verjährungsfrist eingetreten ist*.

Zweck: Rechtsfrieden, Rechtssicherheit, Beweisprobleme.

II. [Zwei] Voraussetzungen der Verjährung

Verjährbare Forderungen

Grundsätzlich sind alle Forderungen verjährrbar, z.B. also auch familien- und erbrechtliche Forderungen.

Ausnahmen:

- Forderungen, für die ein *Grundpfand* eingetragen ist, unterliegen keiner Verjährung, solange die Pfandsicherheit besteht.
- *Lidlohnforderungen* (Art. 334/334^{bis} ZGB)
- *Erbteilungsansprüche* (Art. 604 Abs. 1 ZGB) sind unverjährbar.
- Der Anspruch des *hinterlegenden Eigentümers* auf Rückgabe der Sache ist unverjährbar. Dies deshalb, weil sich der Herausgabeanspruch zugleich als Vindikation darstellt.

Ablauf der Verjährungsfrist

Die Verjährungsfristen werden im Gesetz geordnet. Jede Verjährungsfrist hat eine *Dauer*. Sie beginnt zu einem bestimmten Zeitpunkt zu laufen und endet zu einem anderen Zeitpunkt.

Berechnung der Frist

Der *“Tag, von dem an die Verjährung läuft, (ist) nicht mitzurechnen, und die Verjährung (ist) erst dann als beendet zu betrachten, wenn der letzte Tag unbenutzt verstrichen ist“* (Art. 132 Abs. 1 OR). “Im übrigen gelten die Vorschriften für die Fristberechnungen bei der Erfüllung (Art. 77 f. OR) auch für die Verjährung (Art. 132 Abs. 2 OR).

Dauer der Frist

- *Im Allgemeinen*
 - *Grundsatz*
Die *ordentliche Verjährungsfrist beträgt zehn Jahre*. Sie ergibt sich aus Art. 127 OR. Danach ist sie massgeblich für “alle Forderungen, für die das Bundeszivilrecht nicht etwas anderes bestimmt”. Beispiele siehe *G/S/R, Nr. 3481!*
 - *Ausnahmen [in zahlreichen Sondervorschriften]*
In den Fällen des *Art. 128 Ziff. 1-3 OR* ist die Verjährungsfrist für Vertragsforderungen abgekürzt und beträgt nur *fünf Jahre*. Da Ansprüche auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung den vertraglichen Erfüllungsanspruch fortsetzen, gilt die kürzere Verjährungsfrist in diesen Fällen auch für sie. Zu *Art. 128 Ziff. 3 OR* ist die Abgrenzung wichtig, was als Handwerksarbeit im Sinn des Gesetzes gilt und was nicht. *Abgrenzungskriterium* ist das *“handwerkliche Können”* massgeblich. Es muss die reine Serienproduktion überwiegen.
Andere Fälle: Nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes beträgt die Verjährungsfrist für Forderungen aus dem *Versicherungsvertrag* zwei Jahre (Art. 46 VVG).
Deliktsanspruch. Der ausservertragliche “Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung verjährt in einem Jahre von dem Tag hinweg, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat” (relative Verjährungsfrist), “jedenfalls mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet” (absolute Verjährungsfrist): Art. 60 Abs. 1 OR. Sondervorschriften über die Verjährung ausservertraglicher Forderungen finden sich in Spezialgesetzen. Bsp.: Art. 83 Abs. 1 SVG.
“Der *Bereicherungsanspruch* verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat” (relative Verjährungsfrist), “in jedem Fall aber mit Ablauf von Zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs” (absolute Verjährungsfrist). Bei Rückleistungspflichten gemäss Art. 109 und 119 Abs. 2 OR.
Wechselrechtliche Ansprüche verjähren nach Art. 1069 OR.
 - *Bei Ansprüchen aus Vertragsverletzung*
die dargestellte Regelung erfasst auch die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche aus Vertragsverletzung, insbesondere auch aus positiver Vertragsverletzung. Sie verjähren *grundsätzlich nach zehn Jahren* (Art. 127 OR); zu beachten ist daher, dass z.B. der Anspruch auf Ersatz des Sachschadens, den der Unternehmer dem Besteller bei der Ausführung des Werkes, also *vor* Ablieferung, durch die Verletzung *einer vertraglichen Nebenpflicht* zufügt, ebenfalls der zehnjährigen Verjährungsfrist unterliegt. Im Einzelnen:
 - Der Grundsatz (zehn Jahre) gilt auch für den Genugtuungsanspruch des *Vertragspartners* sowie *Ansprüche aus Versorgerschaden und Genugtuungsansprüche der Angehörigen* (Art. 45 und 47 OR), die sich von einer Vertragsverletzung herleiten.
 - *Ersatzforderungen aus “culpa in contrahendo”* sind zwar keine Ansprüche aus Vertragsverletzung im traditionellen Sinn. Dennoch rechtfertigte es sich, auch Ansprüche der ordentlichen Verjährungsfrist des Art. 127 OR (und nicht Art. 60 OR) zu unterstellen.
- Der Grundsatz wird wiederum durch zahlreiche *Sondervorschriften* durchbrochen. Bsp.: Art. 210 OR.

Eine Besonderheit gilt für Schadensersatzansprüche, *die an die Stelle der ursprünglichen Forderung treten*. Diese Ansprüche unterliegen der gleichen Verjährungsfrist wie die ursprüngliche Forderung, die sie mit einem anderen Inhalt fortsetzt. Umstritten ist allerdings, welche Ansprüche dazu gehören.

Beginn des Fristenlaufs

Das Gesetz spricht vom “Beginn der Verjährung” (Randtitel bei Art. 130 OR). Gemeint ist aber der Zeitpunkt, an dem die Verjährungsfrist zu laufen beginnt (“dies a quo”).

• *Grundsatz*

Nach Art. 130 Abs. 1 OR gilt der *Grundsatz, dass die Verjährung mit der Fälligkeit der Forderung (Art. 75 OR) zu laufen beginnt*.

Indem Art. 130 Abs. 1 OR auf die *Fälligkeit der Forderung* abstellt, wird klargestellt, dass es für den Verjährungsbeginn nicht darauf ankommt, ob der Schuldner sich im Verzug befindet oder nicht. Das gilt namentlich auch für vertragliche Erfüllungsansprüche.

Die *Fälligkeit von Schadensersatzansprüchen* setzt voraus, *dass der Schaden eingetreten ist*. Soweit keine der zahlreichen Ausnahmen eingreift, beginnen Ersatzansprüche daher erst mit dem *Schadenseintritt* zu verjähren. Das trifft namentlich für den Anspruch auf *Ersatz des Verspätungsschadens* (Art. 103 ff. OR) und für den *Schadenersatzanspruch* aus Art. 109 Abs. 2 OR zu. Dieser beginnt zu verjähren, sobald die Rücktrittserklärung des Verzugsgläubigers wirksam wird.

Wird die Fälligkeit einer Forderung durch *Stundung* herausgeschoben, so verschiebt sich auch der Verjährungsbeginn nach Art. 130 Abs. 1 OR.

Bsp. Kaufvertrag: Im Falle des Verzugs beginnt die Frist mit Fälligkeit. Im Falle einer Verletzung einer Nebenpflicht (positive Vertragsverletzung; Monteur beschädigt Vase beim Aufstellen des Kaufgegenstands) beginnt der Fristenlauf ab Verletzung.

• *Ausnahmen*

- *Schadenersatzansprüche wegen nachträglicher Leistungsunmöglichkeit* (Art. 97 Abs. 1, Art. 101 und Art. 103 OR) und *Ersatzansprüche nach Art. 107 Abs. 2 OR* (auf das positive Interesse). Diese Ansprüche unterliegen der gleichen Verjährung wie die ursprüngliche Forderung, die sie mit anderem Inhalt fortsetzen. Mit dem Beginn der Verjährung der ursprünglichen Forderung beginnt deshalb auch ihre Verjährung zu laufen.

- *Schadenersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung*. Auf sie ist die Regel des Art. 130 Abs. 1 OR *nicht* zugeschnitten. Es ist anzunehmen, dass solche Ansprüche (auch Ersatzansprüche aus der Verletzung einer Unterlassungspflicht; Art. 98 Abs. 2 OR) *mit der Vertragsverletzung zu verjähren beginnen*, somit unabhängig von der Kenntnis der Gläubiger von seinem Anspruch hat.

- Deliktische Schadensersatzansprüche aus Art. 41 ff. OR.

- *Bereicherungsansprüche aus Art. 62 ff. OR*. Für sie ist zu unterscheiden: die *relative Verjährungsfrist* fängt mit Kenntnis des Bereicherungsanspruchs zu laufen (Art. 67 Abs. 1 OR). Die zehnjährige *absolute Verjährungsfrist* beginnt dagegen bereits mit der Entstehung des Anspruchs (Art. 67 Abs. 1 OR). So beginnt die absolute Frist beim Bereicherungsanspruch auf Rückerstattung von Leistungen aus nicht verwirklichtem Rechtsgrund (Art. 62 Abs. 2 OR) im Zeitpunkt, in dem feststeht, *dass sich der Zahlungs- oder Zuwendungsgrund nicht verwirklichen wird oder nicht mehr verwirklichen kann*.

- *Genugtuungsansprüche* verjähren nach Art. 60 OR.

- *Schadenersatzansprüche aus “culpa in contrahendo”* beginnen mit der vorvertraglichen Pflichtverletzung des Schädigers zu verjähren.

- Weitere Ausnahmen innerhalb und ausserhalb des OR.

Verlängerung der Frist

• *Ruhen der Verjährung*

Die Verjährung ruht in zwei Fällen: bei *Hinderung oder Stillstand* des Fristenablaufs.

- Unter *Hinderung* des Fristenablaufs versteht man den Fall, dass die Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnt. Die Frist kann nicht laufen (Art. 134 Abs. 1 OR). Stillstand liegt dagegen vor, wenn der bereits begonnene Fristenlauf nicht weiterläuft, d.h. stillsteht: Der Fortlauf der Frist wird gehemmt (Art. 134 Abs. 1 OR).

- In beiden Fällen ruht die Verjährung. Das hat zur *Folge*, dass die Verjährungsfrist um die Zeit verlängert wird, während der sie nicht oder nicht mehr läuft. Bei Stillstand geht also die bereits abgelaufene Verjährungszeit nicht verloren.

Die Gründe für die Hinderung oder den Stillstand der Verjährung sind in Art. 134 Abs. 1 OR abschliessend aufgezählt. Allerdings kommen ausserhalb des OR *Sonderbestimmungen* dazu.
Grundgedanke: Die Frist soll nicht zu laufen beginnen (Hinderung) oder stillstehen (Stillstand):

- Solange der Gläubiger dem Schuldner *besonders eng verbunden* oder von ihm in besonderer Weise *abhängig* ist oder aus rechtlichen Gründen nicht gegen ihn vorgehen kann (Ziff. 5). Man kann nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht erwarten, dass der Gläubiger seine Forderung geltend machen wird.
- Solange der Gläubiger durch objektive (von seinen persönlichen Verhältnissen unabhängige) Umstände daran gehindert wird, die Forderung vor einem schweizerischen Gericht geltend zu machen.
- *Unterbruch der Verjährung (Art. 135-138 OR)*
Im Unterschied zum "Ruhe der Verjährung" versteht man unter der *Unterbrechung* was folgt:
 - *Neubeginn des Fristenlaufs*
"Mit der Unterbrechung beginnt die Verjährung von neuem" (Art. 137 Abs. 1 OR). Die bereits abgelaufene Verjährungszeit wird nutzlos und die Verjährungsfrist in diesem Sinne verlängert. Selbst die zehnjährige absolute Verjährungsfrist des Art. 60 Abs. 1 OR kann unterbrochen werden (und beginnt damit neu), wenn der Gläubiger "weiss oder vermutet, dass ein Schaden entstanden ist, aber noch nach Ablauf der zehnjährigen Verjährungsfrist den Umfang oder das Vorhandensein des Schadens nicht kennt".
 - *Unterbrechungsgründe*
 - *Unterbrechungshandlungen des Schuldners* sind Handlungen, durch die der Schuldner die Forderung anerkennt. Die *Forderungsanerkennung* des Schuldners unterbricht die Verjährung ohne weiteres (Art. 135 Ziff. 1 OR), auch wenn er sich dessen nicht bewusst ist. Ausdrücklich (Ausstellung eines Schuldnerscheins; Erklärung des Schuldners, er werde bald bezahlen) oder stillschweigend (Leistung von Zins- oder Teilzahlungen) möglich.
 - *Unterbrechungshandlungen des Gläubigers* sind Handlungen, mit welchen der Gläubiger sein Forderungsrecht *geltend macht* "durch Schuldbetreibung, durch Klage oder Einrede vor einem Gericht oder Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs und Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch" (Art. 135 Ziff. 2 OR). Private Schritte (wie Einschreibebrief) wirken allerdings nicht unterbrechend. Im einzelnen zählt Art. 135 Ziff. 2 OR folgende Unterbrechungsgründe *abschliessend* auf:
 - Schuldeintreibung. Unterbrechend wirkt schon die Aufgabe des Betreibungsbegehrens an die Post, nicht erst die Zustellung des Zahlungsbefehls. Nimmt die Betreibung ihren Lauf, so beginnt die Verjährung mit jedem Betreibungsakt von neuem (Art. 138 Abs. 2 OR).
 - Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch.
 - Klage oder Einrede vor einem Gericht oder Schiedsgericht. Mit der Klage, welche unterbrechend wirkt, ist die *Klageerhebung* gemeint. Tritt der Richter materiell auf die Klage ein, wird die Verjährung durch gerichtliche Verfügung und Parteihandlungen im Sinne des Art. 138 Abs. 1 OR von Neuem unterbrochen. Das Gleiche gilt für die Einrede. Nach schweizerischem Recht gilt die Unterbrechung nicht für die ganze Zeit der Rechtshängigkeit – die Forderung kann also "unter der Hand des Richters" verjähren.
 - Eingabe im Konkurs des Schuldners.
 - *Zeitpunkt des Beginns und Dauer der neuen Frist*
Die neue Frist beginnt *sogleich mit der Unterbrechung* zu laufen (Art. 137 Abs. 1 OR). Sie ist von *gleicher Dauer* wie die unterbrochene. Auch von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen (siehe ev. G/S/R, Nr. 3548)
 - *Nachfrist bei Rückweisung der Klage*
Wird die Klage (oder Einrede) vom Gericht ohne materiellen Entscheid zurückgewiesen (z.B. mangels Zuständigkeit), so ist die Verjährung trotz Klageeinreichung nicht unterbrochen. Läuft aber die Verjährungsfrist während des betreffenden Verfahrens ab, so erhält der Gläubiger unter den Voraussetzungen von Art. 139 OR eine *Nachfrist von 60 Tagen* zur Geltendmachung seines Anspruchs. Diese Nachfrist *läuft auf eine nachträgliche Verlängerung der ursprünglichen Verjährungsfrist hinaus*.

III. Wirkung der Verjährung

Das Gesetz behandelt die Verjährung unter dem Titel “Das Erlöschen der Obligationen” (Dritter Titel). In Wirklichkeit ist sie jedoch nur ein Erlöschensgrund minderen Grades. Sie begründet *nur ein Einrederecht des Schuldners*, lässt aber das Recht des Gläubigers auf Leistung unberührt.

Der Schuldner der verjährten Forderung ist berechtigt, die geschuldete Leistung zu verweigern. Gegen die Klage des Gläubigers hat er eine peremptorische *Einrede*.

Unterlässt der Schuldner dagegen die Verjährungseinrede (aus Absicht oder Unkenntnis), ist die Klage (falls die übrigen Voraussetzungen vorliegen) trotz der Verjährung gutzuheissen: *“Der Richter darf die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen”* (Art. 142 OR). Eine Einrede kann aber u.U. rechtsmissbräuchlich sein (Art. 2 Abs. 2 ZGB).

Der Gläubiger der verjährten Forderung hat trotz der Verjährung ein Recht auf die geschuldete Leistung. Bsp.: Erfüllt der Schuldner, so ist der Gläubiger trotz der Verjährung nicht ungerechtfertigt bereichert.

Zusammenfassend: Der Gläubiger verliert zwar nicht seine Forderung jedoch die Möglichkeit, sie im Prozess *gegen den Willen* des Schuldners durchzusetzen.

IV. Einzelfragen

Unabänderlichkeit der Fristen. Nach h.L. verbietet Art. 129 OR sowohl eine vertragliche Verlängerung als auch eine Verkürzung und macht solche Vereinbarungen unwirksam.

Verzicht auf die Verjährung. Auf die Verjährung kann nach Art. 141 Abs. 1 OR “nicht *zum voraus* verzichtet werden”.

Verwirkung. Sie ist *von der Verjährung zu unterscheiden*. Man begreift darunter den “Untergang eine subjektiven Rechts infolge Ablaufs der Frist, die entweder dem Rechte selbst oder einer zu dessen Ausübung unerlässlichen Rechtshandlung (z.B. Klage) gesetzt ist”. Im Unterschied zur Verjährung führt die Verwirkung zum *Untergang des betreffenden Rechts* (und nicht bloss zum Verlust der Durchsetzbarkeit). Sie ist *von Amtes wegen* zu berücksichtigen. Im Einzelnen:

- Verwirkte Rechte sind erloschen, verjährte Forderungen dagegen nicht.
- Verwirkungsfristen werden im Gesetz mitunter fälschlicherweise als “Verjährungsfristen” bezeichnet (vgl. etwa Art. 137 Abs. 2, Art. 138 Abs. 2, Art. 521, Art. 533 ZGB). Merkmal der Verwirkungsfristen ist, dass sie weder gehemmt noch unterbrochen werden können. Die Art. 134/135 OR kommen nicht zur Anwendung, auch nicht analog.

Verjährung	Verwirkung
<p><i>“Entkräftung”</i> der Forderung (diese besteht noch) Berücksichtigung nur <i>auf Einrede</i></p> <p>Unterbrechung der Frist insbesondere durch Betreuung möglich</p>	<p><i>Untergang</i> der Forderung (diese ist erloschen) Berücksichtigung <i>von Amtes wegen</i> (d.h. nicht, dass der Richter Nachforschungen anstellt! Er muss sich auf die Sachverhaltsdarlegungen beschränken. Es bedarf jedoch keine ausdrückliche Einrede)</p> <p>Unterbrechung <i>nicht</i> möglich (Wahrung i.d.R. nur durch Klage)</p>

Eine überaus strenge Verjährungsordnung enthalten die Gewährleistungbestimmungen des Kauf- und des Werkvertragsrechts (Art. 210/371 ZGB). Die Verjährung der Mängelrechte beginnt nach den einschlägigen Normen bereits mit Ablieferung der Kaufsache oder des Werkes. Das hat zur Folge, dass die Mängelrechte verjähren können, noch bevor der Berechtigte den Mangel überhaupt kennt.

9. Teil Abtretung und Schuldübernahme

§ 32 Abtretung einer Forderung

Die *Abtretung einer Forderung* (nicht eines ganzen Rechtsverhältnisses) wird auch als *Zession* bezeichnet. Sie führt, wenn sie wirksam ist, zum Gläubigerwechsel. An die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt ein anderer.

I. Vom Gläubigerwechsel im Allgemeinen

Die Obligation ist ein Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger, das sich in einer Forderung des Gläubigers und in einer korrespondierenden Schuld des Schuldners erschöpft. Dieses Verhältnis ist zu präzisieren:

Im *Normalfall* steht dem Schuldner bis zum Untergang der Forderung immer der gleiche Gläubiger gegenüber.

Im *Ausnahmefall* wechselt die Person des Gläubigers während der Dauer der Obligation. Zu unterscheiden sind:

- Gläubigerwechsel durch Universalsukzession;
- Gläubigerwechsel durch Auswechslung einer Vertragspartei;
- Wechsel des Gläubigers nur einer (oder mehrerer) Forderung(en); sei es von Gesetzes wegen, durch Richterspruch oder *kraft Abtretung*. Die Abtretung ist ein Verfügungsvertrag, mit dem wir uns nachfolgend befassen.

II. Abtretung als Verfügungsvertrag

Nach Art. 164 Abs. 1 OR kann der Gläubiger "eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen". Die *Abtretung ist kein einseitiges Rechtsgeschäft* des Gläubigers. Vielmehr ist sie ein Vertrag zwischen dem Gläubiger einer Forderung und einem Dritten, worin vereinbart wird, dass der Dritte an Stelle des bisherigen Gläubigers neuer Gläubiger wird. Der Dritte heisst "*Zessionar*", der abtretende Gläubiger "*Zedent*" und der Schuldner "*debitor cessus*" (kurz: "*Zessus*"). Im Einzelnen:

Die Abtretung ist ein Vertrag. Im Besonderen ist sie ein *Verfügungsvertrag*. Er kann auch bedingt geschlossen werden. An diesem Vertrag sind folgende Parteien beteiligt: Der bisherige Gläubiger (Zedent) und der neue Gläubiger (Zessionar), nicht aber der Schuldner (Zessus) der abgetretenen Forderung.

Die *Form* der Abtretung wird durch Art. 165 Abs. 1 OR vorgeschrieben:

- Verlangt ist die *einfache Schriftlichkeit*, nicht aber die (allgemein übliche) Datierung der Urkunde. Der gesetzlichen Schriftform unterliegt einzig der Erklärung des Zedenten, nicht auch jene des Zessionars.
- Insbesondere muss die abzutretende Forderung *ausreichend bezeichnet* oder *mindestens bestimmbar* und der Wille des Zedenten zur Abtretung an den namentlich genannten Zessionar ersichtlich sein.
- Die Erklärung des Zessionars (Verpflichtungsgeschäft) kann eine *ausdrückliche oder stillschweigende* sein.
- Wird die *Form nicht eingehalten*, ist die Abtretung *ungültig*.

Der *Rechtsgrund* der Abtretung ist im Normalfall ein *Schuldvertrag*, worin sich der Zedent gegenüber dem Zessionar zur Abtretung verpflichtet hat, so dass eine Forderung des Zessionars auf Abtretung besteht.

Vorbehalten bleiben nach Art. 174 OR besondere Vorschriften, die das Gesetz für die Übertragung von Forderungen aufstellt.

Als Verfügungsvertrag, der einen Wechsel der Gläubigerstellung unmittelbar bewirkt, kann die erfolgte Zession *nicht nach Art. 115 OR rückgängig* gemacht werden.

III. Gegenstand der Abtretung

Gegenstand einer gültigen (wirksamen) Abtretung können ausschliesslich abtretbare Forderungen, aber nach Art und Zahl irgendwelche Forderungen sein.

Abtretbarkeit der Forderungen

Grundsatz

Aus Art. 164 Abs. 1 OR ergibt sich, dass grundsätzlich *alle Forderungen* abtretbar sind. Bsp.: Forderungen aus ein- oder zweiseitigen Verträgen; aus unerlaubter Handlungen.

Keine Forderungen sind dagegen die *Gestaltungsrechte*: Sie können grundsätzlich nicht abgetreten werden. Die Bestimmungen über die Abtretung finden auf sie, wenn überhaupt, nur sinngemässe Anwendung. Nicht abtretbar sind (unter Vorbehalt einer anders lautenden Vereinbarung) die vertraglichen *Kaufrechte*, die *Vorkaufs- und Rückkaufsrechte* (Art. 216b OR). Nicht übertragbar sind ferner die Sachgewährleistungsrechte.

Ausnahmen

Soweit es um öffentlich-rechtliche Forderungen geht, ergibt sich die Abtretbarkeit aus dem anwendbaren öffentlichen Recht (so sind z.B. Steuerforderungen nicht abtretbar). Für das Privatrecht ist die allgemeine Schranke des Art. 164 Abs. 1 OR zu beachten: Der Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners nur abtreten, "soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen".

- *Ausschluss der Abtretbarkeit durch Gesetz*. Zahlreiche Bestimmungen.
- *Ausschluss der Abtretbarkeit durch Vereinbarung*. Gläubiger und Schuldner können vereinbaren, dass die Forderung nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen (z.B., dass der Zessionar kein Inkassoagent ist) abgetreten werden darf ("pactum de non cedendo"). Es stellt sich die *Frage*, ob das *Abtretungsverbot* auch einen *gutgläubigen Zessionar entgegengehalten werden darf*. Die Antwort folgt aus *Art. 164 Abs. 2 OR*, der dem gutgläubigen Zessionar nur (aber immerhin) für einen *Sonderfall* Schutz gewährt, indem er bestimmt: "Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält, kann der Schuldner die Einrede dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei, nicht entgegensetzen". Somit muss sich im *Normalfall* der Zessionar das "pactum de non cedendo" entgegenhalten lassen, wenn der Gläubiger die Forderung trotz des Verbots abgetreten hat.
- *Ausschluss der Abtretbarkeit durch die Natur des Rechtsverhältnisses*. Nicht abtretbar sind auch Forderungen, die mit der Person des Gläubigers derart verbunden sind, dass der Gläubigerwechsel faktisch zu einer Änderung des Wesens, Inhalts oder Zwecks der Obligation führt. Bsp.: Ansprüche auf Arzthonorare dürfen ohne Zustimmung des Schuldners nicht an gewerbliche Verrechnungsstellen abgetreten werden.

Grundsätzlich ist die fiduziarische Abtretung gültig; sie kann indessen unzulässig sein, wenn damit beispielsweise eine Gesetzesumgehung bezweckt wird.

Rechtsfolgen der Abtretung nicht abtretbarer Forderungen

Die Abtretung einer nicht zediblen Forderung ist *ungültig*. Der *Zedent bleibt weiterhin Gläubiger*. Soweit freilich das Abtretungsverbot den Interessen des Schuldners dient, kommt die Zession mit dessen *Zustimmung* oder *Genehmigung* trotzdem zustande. Aber auch das nur, wenn das Abtretungsverbot nicht auf Gesetz beruht.

Abtretbarkeit von Forderungen irgendwelcher Art und Zahl

Ist eine Forderung abtretbar, kommt es weder auf die Anzahl noch auf die Eigenart der abgetretenen Forderung an: Im Einzelnen:

Der bisherige Gläubiger kann dem Zessionar sowohl eine einzige Forderung übertragen, als auch eine Mehrzahl von Forderungen. Zulässig ist auch eine bloss teilweise Übertragung einer einzelnen Forderung. Dabei darf allerdings die Rechtslage des Schuldners nicht verschlechtert werden.

Selbst *künftige Forderungen*, die bei Abschluss des Abtretungsvertrags noch nicht bestehen, *können gültig abgetreten werden, sofern sie nur zedibel sind* (vgl. zur gesetzlich eingeschränkten Abtretbarkeit künftiger Lohnforderungen Art. 325 OR). Gegenstand der Abtretung können z.B. "alle künftigen Forderungen" sein, die der Zedent gegenüber einem bestimmten Schuldner erlangen wird.

Dem Zedent muss aber im Zeitpunkt der Entstehung (nicht der Abtretung!) die *Verfügbarmacht* zustehen. Gerät er vorher in Konkurs, wird somit die vor Konkurseröffnung abgetretene künftige Forderung admissiert.

Zulässig ist die Abtretung künftiger Forderungen auch in Form der *Globalzession*: Ein Gläubiger kann (in der Regel zur Kreditsicherung) *sämtliche Forderungen, die er in seinem Geschäftsbetrieb erwerben wird* (Kundenguthaben), z.B. seiner Bank abtreten. Dies allerdings nur mit der *wichtigen Einschränkung*, "dass die abzutretende Forderung hinsichtlich der Person des debitor cessus, Rechtsgrund und Höhe hinreichend bestimmt wird oder wenigstens bestimmbar ist". Darüber herrscht in der schweizerischen Lehre *Einigkeit*. *Streitig* ist dagegen, ob die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Forderung schon vor deren Entstehung oder erst nachher gegeben sein muss. Das BGer sagt, dass der Zeitpunkt der Entstehung massgebend ist.

Eine *Schranke* der "Abtretungsfreiheit" bildet indessen schon im Blick auf das "pactum de cedendo" *Art. 27 ZGB* (Art. 19 f. OR). Das versteht sich von selbst, dass eine zeitlich und gegenständlich unbeschränkte Zession *sittenwidrig und daher nichtig* ist.

IV. Rechtswirkungen der gültigen Abtretung

Allgemeines

Die gültige Abtretung bewirkt vorab einen Gläubigerwechsel. Zu dieser Hauptwirkung treten Nebenwirkungen:

Gläubigerwechsel

Die *Rechtsfolge der Abtretung besteht darin, dass an die Stelle des bisherigen Gläubigers ein neuer Gläubiger tritt*. Die Forderung geht vom Zedenten auf den Zessionar über.

Nebenwirkungen

Die gültige Abtretung führt nicht nur zu einem Gläubigerwechsel; sie löst damit weitere Wirkungen aus.

Nach der Aufzählung des Art. 170 OR bewirkt die Zession über den Gläubigerwechsel hinaus im Einzelnen was folgt:

- *Vorzugsrechte* gehen grundsätzlich mit der Forderung auf den Zessionar über, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren.
- *Nebenrechte* gehen grundsätzlich mit der Forderung auf den Zessionar über, soweit die Parteien nicht etwas anderes vereinbaren. Dazu gehören unter anderem: Sicherungsrechte wie Bürgschaftsrechte, Retentionsrechte ect.
- Gestaltungsrechte können Nebenrechte der Forderung sein, die mit ihrer Abtretung auf den Zessionar übergehen. Ausgeschlossen ist dies jedoch für solche Gestaltungsrechte, die mit der Forderung als solcher verbunden sind, sondern mit dem Schuldverhältnis als Ganzem.
- *Urkunden und Beweismittel* hat der Zedent dem Zessionar auszuliefern (Art. 170 Abs. 2 OR). Bsp.: Zollquittungen, Versicherungspolice.

Eine *Einschränkung des Übergangs der Vorzugs- und Nebenrechte* bringt Abs. 1 des Art. 170 OR: Diese Rechte gehen nicht über, wenn sie "untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind".

Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner

Übersicht

Der *Schuldner* ist (wie gesagt) an der Abtretung der Forderung *nicht beteiligt*. Er wird aber vom Forderungsübergang unmittelbar betroffen, weil er nun einem *neuen Gläubiger* leisten muss. In diesem Zusammenhang stellt sich von selbst die Frage nach den *materiell-rechtlichen* und den *legitimationsrechtlichen Wirkungen* der Abtretung.

Materiell-rechtliche Wirkung

Die materiell-rechtliche *Wirkung der Zession* besteht darin, dass der Zessionar durch die Abtretung *neuer Gläubiger* des Schuldners wird und somit an die Stelle des Zedenten tritt. Da dieser Vorgang auch gegen den Willen des Schuldners stattfinden kann, muss das Gesetz dafür sorgen, dass dessen materiell-rechtliche Lage durch den Forderungsübergang *nicht verschlechtert* wird.

- *Grundsatz der Identität*

Die Schuld wird durch die Abtretung der Forderung *qualitativ nicht verändert*. *Einreden*, "die der Forderung des Abtretenden entgegenstanden, kann der Schuldner auch gegen den Erwerber geltend machen, wenn sie schon zu der Zeit vorhanden waren, als er von der Abtretung Kenntnis er-

hielt" (Art. 169 Abs. 1 OR). Die "Einrede" des Art. 169 OR umfasst über die technische Wortbedeutung hinaus auch das *Recht zur Verrechnung, obwohl es am Erfordernis der Gegenseitigkeit fehlt*.

- **Ausnahme**

Das Prinzip der Identität wird *durch Art. 18 Abs. 2 OR durchbrochen*: "Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, kann der Schuldner die Einrede der Simulation nicht entgegensetzen". Der *gute Glaube des Zessionars* wird demnach geschützt.

Legitimationsrechtliche Lage

Die Legitimationsregeln geben Antwort auf die Frage, "unter welchen Voraussetzungen der Schuldner den (angeblichen) Zessionar als Gläubiger anerkennen darf und muss". Es geht um die Voraussetzungen, unter denen der Schuldner einem richtig ausgewiesenen (aber materiell falschen) Gläubiger *befreiend leisten* und dem mangelhaft ausgewiesenen (aber materiell berechtigten) Gläubiger *die Leistung verweigern* darf, ohne in Verzug zu geraten.

- **Hauptregeln**

Sie ergeben sich aus der Bestimmung des *Art. 167 OR*:

- Die *erste Hauptregel* lautet: Solange dem Schuldner die Abtretung nicht angezeigt wurde, darf er den alten Gläubiger als Noch-Gläubiger betrachten und ihm mit befreiender Wirkung leisten oder sich durch ihn (eventuell nur vorläufig) befreien lassen.
- Die *zweite Hauptregel* lautet: Der Schuldner wird erst dann verpflichtet, den Zessionar als Gläubiger anzuerkennen (und ihm zu leisten), wenn ihm der Zedent die Abtretung angezeigt hat: sei es durch direkte Mitteilung, sei es indirekt durch die vom Zedenten unterzeichnete und vom Zessionar vorgewiesene Abtretungsurkunde.

- **Nebenregeln**

- Die *erste Nebenregel* setzt die erste Hauptregel für den Fall ausser Kraft, dass der Schuldner nicht gutgläubig ist. Mag auch die Anzeige unterblieben sein: Der Schuldner wird nicht befreit, wenn er bösgläubig dem früheren Gläubiger leistet.
- Die *zweite Nebenregel* schränkt die zweite Hauptregel ein. Sie ist in Art. 168 OR enthalten und betrifft den Fall, dass streitig ist, wem die Forderung materiell zusteht. In dieser Rechtslage ist der Schuldner trotz Anzeige der Abtretung durch den Zedenten nicht verpflichtet, den Zessionar als Gläubiger anzuerkennen; er kann vielmehr *"die Zahlung verweigern und sich durch gerichtliche Hinterlegung befreien"* (Art. 168 Abs. 1 OR). Er kann dazu von jeder der streitenden Parteien sogar angehalten werden, wenn "der Streit vor Gericht anhält und die Schuld fällig" ist (Art. 168 Abs. 3 OR).
Der Schuldner kann sich durch Hinterlegung aber nur befreien, wenn er auf Grund sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage *zu Zweifeln an der Person des Gläubigers berechtigt ist*.
- Die *dritte Nebenregel* präzisiert die zweite Hauptregel. Sie betrifft den Fall, dass der Gläubiger dem Schuldner eine Abtretung anzeigt, die überhaupt nicht erfolgt oder unwirksam geblieben ist. Leistet der Schuldner im Vertrauen auf diese Mitteilung gutgläubig (Art. 3 ZGB) dem angezeigten "Zessionar", so wird er nach richtiger Ansicht befreit.

Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar

Die *Hauptwirkung* der Abtretung auf das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar besteht darin, dass dieser neuer Gläubiger geworden ist, jener dagegen die Gläubigerstellung verloren hat. *Neuer Gläubiger ist der Zessionar*. Im Einzelnen:

- Auch wenn der Schuldner nicht von der Abtretung weiss, ist doch materiell-rechtlich der Zessionar (und nur er) Gläubiger.
- Weil nur der Zessionar Gläubiger ist, steht nur ihm die *Verfügungsmacht* über die Forderung zu.
- Leistet der Schuldner mit befreiender Wirkung an den Zedenten, hat dieser (als Nicht-Gläubiger) dem Zessionar die *ungerechtfertigte Bereicherung* herauszugeben.
- Soll die Abtretung "rückgängig" gemacht werden, so ist dies nur möglich durch (formbedürftige) *Rückzession*.

V. Einzelfragen

Ist die Abtretung ein abstraktes oder kausales Geschäft?

Klassisches Problem betreffend Verhältnis Zedent/Zessionar. Es setzt den Fall voraus, dass der Rechtsgrund der Abtretung an einem Mangel leidet. Es fragt sich nun, ob auch die Abtretung wegen des Mangels unwirksam wird oder ob sie trotz des Mangels wirksam sei.

- Betrachtet man die Abtretung als abstraktes Geschäft, so ist sie trotz des mangelhaften Rechtsgrundes gültig. Die Forderung geht also auf den Zessionar über.
- Betrachtet man die Abtretung als kausales Geschäft, geht die Forderung bei mangelhaftem Rechtsgrund nicht auf den Zessionar über. Der Zedent hört nicht auf, Gläubiger zu sein. Durch die unwirksame Zession hat der Zessionar nämlich nichts erworben.

Gewährleistungspflicht des Zedenten (Art. 171-173 OR)

Übersicht

Die Gewährleistungspflicht des Zedenten ergibt sich (wenn überhaupt) aus dem Grundgeschäft ("pactum de cedendo"). Das Gesetz ordnet sie jedoch nicht im Recht der einschlägigen Schuldverträgen (z.B. Kauf, Schenkung), sondern systematisch falsch im fünften Teil über die Abtretung: in den Art. 171-173 OR. Im Verhältnis zu den allgemeinen Gewährleistungsregeln des Kauf- und Sachenrechts gehen die zessionsrechtlichen Gewährleistungsbestimmungen vor.

Grundmerkmale

Die gesetzlichen Grundleistungspflichten betreffen als mögliche Gegenstände der Gewährleistung den Bestand der Forderung im Zeitpunkt der Abtretung und die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (im Zeitpunkt der Abtretung oder der Fälligkeit oder der Kündbarkeit der Forderung). Je nachdem haftet der Zedent für die *Verität* (Bestand) der Forderung oder für die *Bonität* (Zahlungsfähigkeit) des Schuldners. Im Einzelnen:

- Bei *unentgeltlicher Abtretung* haftet der Zedent weder für *Verität* noch für *Bonität* (Art. 171 Abs. 3 OR)
- Bei *entgeltlicher Abtretung* haftet der Zedent (auch ohne Verschulden) für *Verität* (Art. 171 Abs. 1 OR), soweit diese Haftung nicht (im Rahmen von Art. 100 Abs. 1 OR) wegbedungen worden ist. Für *Bonität* haftet der Zedent grundsätzlich nicht.

Blankoabtretung

Trotz der Formerfordernissen von Art. 165 Abs. 1 OR *kann die Abtretungsurkunde blanko ausgestellt werden*: "d.h. so, dass der Name des Erwerbers oder die Bezeichnung der abzutretenden Forderung von einem anderen, insbesondere auch vom Zessionar selbst ausgefüllt werden soll".

Gläubigerwechsel ohne Abtretung

Der Gläubiger einer Forderung kann auch ohne rechtsgeschäftliche Abtretung (nach Art. 164 ff. OR) durch einen oder mehrere Rechtsnachfolger ersetzt werden. Im Einzelnen:

- *Universalsukzession*. Wechselt der Trägers eines ganzen Vermögens, so gehen selbstverständlich auf alle Forderungen über. Bsp.: Erbschaft, Fusion handelsrechtlicher Körperschaften. Siehe Art. 333 OR.
- *Auswechslung einer Vertragspartei*. Eine neue Partei tritt an die Stelle der alten in das ganze Vertragsverhältnis (mit Forderungen, Schulden und weiteren Bestandteilen). Ein solcher Wechsel wird in bestimmten Einzelfällen im Gesetz ausdrücklich vorgesehen.
- *Legalzession (Art. 166 OR)*. Das Gesetz sieht in zahlreichen Fällen vor, dass eine Forderung von Gesetzes wegen auf einen neuen Gläubiger übergeht. Wichtigster Fall ist die Subrogation. Obwohl keine Zession im Rechtssinn vorliegt, löst die Legalzession annähernd die gleichen Wirkungen aus wie die rechtsgeschäftliche Abtretung.
- *Übergang durch Richterspruch (Art. 166 OR)*.

Wann geht die Forderung über [Vorlesungsnotizen]

Vertrag vom 29.04.2008, dass Forderung abgetreten werden soll. Die Forderung ist am 01.08.2008 fällig. Es fragt sich, wann diese Forderung über geht.

Die praktische Frage stellt sich, wenn der Gläubiger am 01.07.2008 Konkurs geht. Geht die Forderung sofort über, kann Zessionar die Schuld einfordern. Geht die Forderung aber erst bei Fälligkeit über, steht sie dem Gläubiger für mindestens eine logische Sekunde zu. Hier also für 4 Monate. Somit wäre sie bei Konkurs noch beim Gläubiger und fällt in dessen Konkursmasse. Die h.L. spricht sich dafür aus, dass bei der *Entstehung der Forderung* die *Verfügungsmacht* nötig ist. ???????

§ 33 Schuldübernahme

Das *spiegelbildliche Gegenstück* zur Abtretung mit Gläubigerwechsel bildet die *Schuldübernahme* mit Schuldnerwechsel. Hier hängt der Wert einer Forderung massgebend von der Bonität des Schuldners ab, so dass bei jedem Schuldnerwechsel automatisch die Interessen des Gläubigers tangiert werden.

I. Vom Schuldnerwechsel im Allgemeinen

Was vom Gläubiger einer Obligation im Zusammenhang mit der Abtretung einer Forderung gesagt wurde, gilt sinngemäss auch für den Schuldner und die Schuldübernahme:

- Im Normalfall bleibt die Obligation bis zu ihrem Untergang in der Weise unverändert, dass dem Gläubiger immer der gleiche Schuldner gegenübersteht.
- Der Ausnahmefall besteht darin, dass die Person des Schuldners während der Dauer der Obligation wechselt. Das kommt im schweizerischen Recht in verschiedenen Ausgestaltungen vor:
 - Universalsukzession
 - "Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes" i.S.v. Art. 181 OR
 - Schuldnerwechsel bei Auswechslung einer Vertragspartei
 - *Schuldnerwechsel für eine einzelne Schuld* (der eine einzelne Forderung entspricht). Damit be-fassen sich die Bestimmungen der Art. 176 ff. OR. Sie stehen im Zentrum der folgenden Betrachtungen und handeln vom Schuldübernahmevertrag zwischen dem *Gläubiger* und einem *Dritten* (Art. 176 OR). Dieser Vertrag wird als *externe Schuldübernahme* bezeichnet. Er ist zu unter-scheiden von der *internen Schuldübernahme* des Art. 175 OR, die ein Rechtsverhältnis zwischen dem *Schuldner* und einem *Dritten* betrifft.

II. Interne Schuldübernahme des Art. 175 OR

Die interne Schuldübernahme bewirkt entgegen ihrer irreführenden Bezeichnung *keinen Schuldnerwechsel*. Gemeint ist vielmehr ein Vertrag zwischen dem Schuldner und einem Dritten, worin der Dritte *verspricht*, den Schuldner von seiner Schuld zu befreien. Der Gläubiger ist davon nicht betroffen.

Vertrag zwischen dem Schuldner und einem Dritten

Ein Dritter ("Schuldübernehmer") verspricht dem Schuldner in einem Vertrag, seine Schuld zu über-nehmen (Art. 175 Abs. 1 OR).

Inhalt dieses Vertrages ist das Versprechen des Dritten, den Schuldner von seiner Schuld zu *befreien* ("*Befreiungsversprechen*"). Er wird nur verpflichtet, wenn *das Versprechen Bestandteil eines Vertrags ist*, was Zustimmung des Schuldners voraussetzt. Befreiungsversprechen erfolgen i.d.R. entgeltlich.

Gegenstand des Befreiungsversprechens kann irgendeine Schuld des Schuldners sein. Selbst beding-te, verjährte oder zukünftige Schulden können intern übernommen werden, sofern sie bestimmt oder bestimmbar sind.

Die Rechtswirkungen des Befreiungsversprechens

Bei gültigem Zustandekommen ist der "Schuldübernehmer" an sein Versprechen gebunden und daher *verpflichtet, den Schuldner vertragsmässig zu befreien*.

Der Schuldner kann vom Übernehmer fordern, dass er ihn befreie (Art. 175 Abs. 1 OR). Dieser *An-spruch auf Befreiung* entsteht zwar unmittelbar mit Abschluss des Vertrags zwischen dem Schuldner und dem Dritten. Präzisierend:

- Vor Fälligkeit der Schuld kann der Schuldner vom Übernehmer nicht verlangen, dass er den Gläubi-ger befriedigt. Wohl aber kann er schon vor Fälligkeit fordern, dass der Übernehmer durch Vertrag mit dem Gläubiger (Art. 176 OR) die Schuld auch extern übernehme und ihn (den Schuldner) da-durch befreie.

- Hat der Übernehmer den Schuldner im *Zeitpunkt der Fälligkeit* weder durch Befriedigung des Gläubigers noch durch externe Schuldübernahme befreit, *muss der Schuldner selber leisten*. Art. 175 Abs. 3 OR berechtigt ihn in diesem Fall, vom Übernehmer Sicherheit zu verlangen.
- Der Gläubiger muss die Erfüllung der Schuld durch den Übernehmer annehmen soweit der Schuldner *nicht persönlich zu leisten verpflichtet ist*.

III. Externe Schuldübernahme des Art. 176 OR

Die externe Schuldübernahme bewirkt anders als das Befreiungsversprechen einen *Schuldnerwechsel*, und zwar durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Dritten.

Vertrag zwischen dem Gläubiger und einem Dritten

Im Allgemeinen

Der *Gläubiger und der Dritte* ("Übernehmer") vereinbaren, dass der *bisherige Schuldner* ("Altschuldner") befreit wird und der Dritte an dessen Stelle tritt. Der Altschuldner ist an diesem Vertrag nicht als Partei beteiligt. Ein interner Schuldübernahmevertrag zwischen Altschuldner und Übernehmer ist nicht vorausgesetzt, wohl aber die Regel.

Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft

Der erwähnte Inhalt des externen Schuldübernahmevertrags ist *sowohl Verfügungsgeschäft als auch Verpflichtungsgeschäft*.

Antrag und Annahme

Die externe Schuldübernahme ist ein Vertrag. Er kommt durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen, durch *Antrag* und *Annahme* zustande. Es besteht keine gesetzliche Formvorschrift. Zur Anwendung gelangen grundsätzlich die gemeinsamen Regeln über den Vertragsabschluss. Einzelpunkte:

- *Art. 176 Abs. 2 OR*: Die Mitteilung der internen Schuldübernahme (zwischen Übernehmer und Schuldner) wird somit von Gesetzes wegen als Antrag (des Übernehmers) zum Abschluss eines Vertrags zur externen Schuldübernahme (zwischen Gläubiger und Übernehmer) ausgelegt.
- Die Annahmeerklärung *des Gläubigers* kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (Art. 176 Abs. 3 OR). Vielfach wird sie stillschweigend erklärt. *Gesetzliche Vermutung* in Art. 176 Abs. 3 OR.
- *Art. 177 Abs. 2 OR* als Abweichung von den allgemeinen Regeln: Der Gläubiger hat nicht die Wahl, welchen Antrag er annehmen will, sondern kann den Vertrag nur mit dem *neuen* Übernehmer schliessen.

Gegenstand der externen Schuldübernahme

Irgendeine Schuld möglich.

Rechtswirkungen der gültigen (externen) Schuldübernahme

Allgemeines

- *Schuldnerwechsel als Hauptwirkung*
An die Stelle des bisherigen tritt der neue Schuldner. Der bisherige Schuldner wird befreit; der Übernehmer dagegen wird in der gleichen Art und im gleichen Umfang verpflichtet, wie es der Schuldner zur Zeit der Übertragung war.
 Wie im Zessionsrecht gilt auch bei der Schuldübernahme das Prinzip der *Identität der Schuld*. Was rechtlich geschieht, ist nicht etwa eine Novation, sondern eine blosse Auswechslung des Schuldners im Rahmen ein und derselben Obligation.

- *Nebenwirkungen*

Grundsatz: "Die Nebenrechte werden vom Schuldnerwechsel ... nicht berührt" (Art. 178 Abs. 1 OR). Wie sie gegenüber dem alten Schuldner bestanden, so bestehen sie auch gegenüber dem neuen. Bsp.: Zinsansprüche, verfallene Konventionalstrafen, Schadenersatzansprüche aus Vertragsverletzung des Altschuldners.

Ausnahmen werden in Art. 178 OR genannt und betreffen:

- Nebenrechte des Gläubigers, die "mit der Person des bisherigen Schuldners untrennbar verknüpft sind" (Art. 178 Abs. 1 OR). Sie gehen unter, belasten mithin den neuen Schuldner nicht.

- "Von Dritten bestellte Pfänder sowie Bürgen". Sie "haften ... dem Gläubiger nur dann weiter, wenn der Verpfänder oder der Bürge der Schuldübernahme zugestimmt hat" (Art. 178 Abs. 2 OR).

Verhältnis zwischen Gläubiger und Übernehmer

Der Grundsatz der Identität der Schuld macht verständlich, dass nach Art. 179 Abs. 1 OR *Einreden aus dem Schuldverhältnis dem neuen Schuldner wie dem bisherigen zustehen*. Im Einzelnen:

- War die Schuld z.B. verjährt, so kann auch der neue Schuldner die Verjährungseinrede erheben.
- Auch die Einwendungen stehen dem Übernehmer zu. Bsp.: dass die Schuld infolge Nichtigkeit des Schuldvertrages gar nie bestanden habe.
- Keine *Verrechnung* mit einer Forderung die der *bisherige* Schuldner gegenüber dem Gläubiger hat.
- Hat der Altschuldner z.B. auf die Geltendmachung der Verjährungseinrede verzichtet, kann auch der Übernehmer diese Einrede nicht vorbringen.

Einreden aus einem internen Schuldübernahmevertrag stehen dem Übernehmer gegenüber dem bisherigen Schuldner und nicht gegenüber dem Gläubiger zu.

Fällt ein (externer) Übernahmevertrag als unwirksam dahin, so besteht die in Art. 180 OR umschriebene Rechtslage: Es "lebt die Verpflichtung des früheren Schuldners mit allen Nebenrechten ... wieder auf" (Abs. 1); Schadenersatz (Abs. 2).

IV. Einzelfragen

Parteien einer Vertragsobligation können vereinbaren, dass der Schuldner die Schuld ohne besondere Zustimmung des Gläubigers auf einen neuen Schuldner übertragen darf.

V. Abgrenzungen

Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäft (Randtitel zu Art. 181 OR)

Tatbestand

Ein Vermögen oder ein Geschäft wird mit Aktiven und Passiven übernommen. Und zwar in einem Übernahmevertrag.

[Drei] Rechtsfolgen

- Der Veräusserer wird verpflichtet, dem Erwerber die "übernommenen" Aktiven zu übertragen.
- Nach Mitteilung an die Gläubiger (Art. 181 Abs. 1 OR) gehen die übernommenen Schulden ohne weiteres, also von Gesetzes wegen auf den Erwerber über. Ein externer Schuldübernahmevertrag zwischen Erwerber und (jedem) Gläubiger ist für den Schuldübergang *nicht notwendig*.
- Der bisherige Schuldner haftet (anders als nach Art. 176 OR) noch während dreier Jahre solidarisch mit dem Übernehmer (Art. 181 Abs. 2 OR). Vorbehalten ist eine andere Vereinbarung der Parteien, da es sich um dispositives Recht handelt.

Sonderfall: "Vereinigung und Umwandlung von Geschäften" (Art. 182 OR)

Aufgehoben, bzw. Teil des FusG.

Schuldbeitritt

Vertrag über den Schuldbeitritt eines Dritten

Das Gesetz regelt den Schuldbeitritt *nicht*. Es handelt sich um einen *Vertrag zwischen dem Gläubiger (oder dem Schuldner) und einem Dritten, worin dieser die Schuld solidarisch mit übernimmt*. Der Dritte verspricht dem Gläubiger, die Verpflichtung des Schuldners zu erfüllen, ohne dass der Schuldner durch diese Verpflichtung befreit werden soll (*Kumulative Schuldübernahme* oder *Schuldmitübernahme*). Keine besondere Formvorschrift.

Rechtswirkungen

Schuldübernahme bei Erbteilung und bei Veräusserung verpfändeter Grundstücke (OR 183)

Schuldübernahme bei der Erbteilung

Veräusserung verpfändeter Grundstücke

10. Teil Sonderverhältnisse

§ 34 Mehrzahl von Gläubigern oder Schuldern

I. Übersicht

Die Obligation ist eine Rechtsbeziehung zwischen zwei Personen, die sich in einer Forderung erschöpft. Im Normalfall steht ein einziger Gläubiger einem einzigen Schuldner gegenüber. Doch gibt es Sonderfälle, in denen *an ein und derselben Obligation eine Mehrzahl von Gläubigern oder Schuldern beteiligt sind*.

II. Mehrzahl von Gläubigern

Eine Mehrzahl von Gläubigern kann an ein und derselben Forderung in verschiedener Weise beteiligt sein. Je nachdem ist zu unterscheiden zwischen:

Teiigläubigerschaft

Die einfachste Form der Beteiligung mehrerer Gläubiger an einer Forderung ist die *Teiigläubigerschaft*. Sie wird vom Gesetz nicht eigens behandelt, obwohl (oder gerade weil) sie den *Normalfall* der Beteiligung mehrerer Gläubiger an einer einzigen Forderung bildet.

Merkmal: Die Forderung ist unter mehrere Gläubiger derart aufgeteilt, dass *jeder Gläubiger berechtigt ist, nur einen Teil der Leistung zu fordern*. Der Schuldner muss jedem Gläubiger den ihm zustehenden Teil leisten. Die Teilforderungen bilden hier nur (aber immerhin) *insoweit ein Ganzes* (eine ganze Forderung), als sie *aus dem gleichen Rechtsgrund* entstanden sind.

Bsp.: Die Miteigentümer A, B und C verkaufen ihre Liegenschaft für 90'000.-. Der Käufer wird vertraglich verpflichtet, den drei Miteigentümer z.B. je 30'000.- zu bezahlen.

Einzelgläubigerschaft

Merkmal: Die gesamte Forderung (nicht die Gläubigerstellung aus einem umfassenden Vertragsverhältnis) steht jedem der mehreren Gläubiger ungeteilt und selbständig zu. *Jeder Gläubiger ist berechtigt, ohne Mitwirkung der andern (also selbständig), das Ganze und nicht nur einen Teil der Leistung zu verlangen*. Doch hat der Schuldner nur einmal zu leisten und wird dadurch befreit.

Zwei verschiedene *Erscheinungsformen* sind:

- *Gleichberechtigung der Gläubiger: Solidargläubigerschaft*. Hier ist *jeder Gläubiger* unter den gleichen Voraussetzungen berechtigt, *die ganze Leistung an sich selbst* zu verlangen (z.B. selbständig einzuklagen). Umgekehrt gilt aber auch; Bei Erfüllbarkeit *kann der Schuldner jedem Gläubiger mit befreiender Wirkung leisten*, solange er nicht von einem bestimmten Gläubiger rechtlich belangt worden ist.
Die Solidarität unter den mehreren Gläubigern macht deren Forderung zu einer *Solidarforderung*. Sie entsteht in seltenen Fällen (z.B. Art. 399 Abs. 3 OR) von *Gesetzes wegen*, häufiger aber durch *vertragliche Abrede*. Bsp.: Gemeinschaftskonto, wonach jeder der mehreren Kontoinhaber (z.B. Ehegatten) selbständig über das Konto verfügen kann.
- *Keine Gleichberechtigung der Gläubiger* trotz Einzelgläubigerschaft. Unterscheide:
 - Nur *einer* der mehreren Gläubiger soll die Leistung erhalten und kann Leistungen an sich selbst fordern; Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 112 Abs. 2 OR).
 - Der eine Gläubiger ist *primär* berechtigt, der andere nur *subsidiär* (z.B. beim Tod des primären Gläubigers).

Gemeinschaftliche Gläubigerschaft

Merkmal: Die *gesamte Forderung steht den mehreren Gläubigern ungeteilt zu, und zwar gemeinschaftlich*: derart, dass alle Gläubiger die Forderung nur *gemeinsam* geltend machen können. Umgekehrt kann der Schuldner sich nicht durch Leistung an einen einzelnen Gläubiger befreien.

Nach der *Rechtsstellung* der Gläubiger sind *zwei Erscheinungsformen* der gemeinschaftlichen Gläubigerschaft zu unterscheiden:

- *Gläubigerschaft zur gesamten Hand*. Sie entspringt dem sachenrechtlichen Gesamteigentum (Art. 652 ff. ZGB) und entsteht nur, wenn die mehreren Gläubiger untereinander durch ein *Gesamthandverhältnis* verbunden sind, z.B. in einer einfachen Gesellschaft.
- *Gläubigerschaft mit Quotenbeteiligung*. Sie entspricht dem sachenrechtlichen Miteigentum (Art. 646 ff. ZGB): Jeder der mehreren Gläubiger ist wie bei der Gläubigergemeinschaft zur gesamten Hand zusammen mit den übrigen Gläubigern auf die gesamte Forderung berechtigt. Doch steht jedem der mehreren Gläubiger eine *ideelle Quote* zu, über die er *selbständig* (z.B. durch Abtretung) *verfügen kann*. Ist im Gesetz nirgends vorgesehen, aber allgemein akzeptiert.

Sonderfall: Gläubigergemeinschaft bei unteilbarer Leistung

Als *Sonderfall* ist der Tatbestand zu bezeichnen, dass die Forderung der mehreren Gläubiger (nur) deshalb auf das Ganze geht, weil sie eine unteilbare Leistung des Schuldners zum Inhalt hat. Siehe Art. 70 Abs. 1 OR (dispositiv). Bsp.: A und B sind Gläubiger, welche einen Papagei zu gute haben.

III. Mehrzahl von Schuldnern

An einer Obligation können *mehrere Schuldner* beteiligt sein. Im Blick auf die Art der Beteiligung sind *spiegelbildlich* die gleichen Gestaltungen möglich, wie bei einer Mehrheit von Gläubigern:

Teilschuldnerschaft

Merkmal der Teilschuldnerschaft: *Jeder der mehreren Schuldner hat dem Gläubiger bloss einen Teil der insgesamt geschuldeten Leistung zu erbringen*.

Die Einheit der mehreren Teilschulden zeigt sich nur im *Entstehungsgrund*. In Frage kommen *Gesetz* (z.B. Art. 428 Abs. 2 ZGB) oder *Vertrag*.

Einzelschuldnerschaft

Merkmal der Einzelschuldnerschaft: Jeder der Schuldner ist dem Gläubiger auf das Ganze verpflichtet, so dass der Gläubiger die ganze Leistung von jedem Schuldner fordern kann. Erfüllt einer der Schuldner, so ist die Forderung getilgt.

Unterscheide zwei Erscheinungsformen:

- *Gleiche Verpflichtung* der mehreren Schuldner: *Solidarschuldnerschaft* (passive Solidarität; Art. 143 ff. OR). Jeder Schuldner ist hier grundsätzlich *gleich verpflichtet*. Der Gläubiger kann von jedem Schuldner unter den gleichen Voraussetzungen die ganze Leistung verlangen. Leistet ein Schuldner, so ist die Forderung getilgt. *Solidarschuld* (Randtitel zu Art. 143 OR).
- *Ungleiche Verpflichtung* der mehreren Schuldner. Sie besteht dann, wenn die mehreren Schuldner unter verschiedenen Voraussetzungen haften.

Gemeinschaftliche Schuldnerschaft

Sehr *seltener Fall* (Orchester als Ganzes schuldet eine Aufführung). Siehe ev. G/S/R, Nr. 3893 ff.

Sonderfall: Schuldnergemeinschaft bei unteilbarer Leistung

Art. 70 Abs. 2 und 3 OR. Art. 70 Abs. 2 OR lautet: "Ist eine unteilbare Leistung von mehreren Schuldnern zu entrichten, so ist jeder Schuldner zu der ganzen Leistung verpflichtet". Diese Verpflichtung jedes Schuldners zur ganzen Leistung wird vom Gesetz zwar nicht als Solidarität betrachtet, läuft aber in der Ausgestaltung auf eine Solidarschuldnerschaft hinaus (vgl. Art. 136 Abs. 1 OR).

IV. Die Solidarschuldnerschaft im Besonderen (Art. 143-149 OR)

Die Solidarschuldnerschaft hat in der *Praxis* eine derart *grosse Bedeutung* erlangt, dass sie hier gesondert behandelt wird, und zwar unter folgenden Aspekten:

Entstehungsgründe

Die Solidarschuldnerschaft entsteht entweder von Gesetzes wegen oder aus Vertrag (Art. 143 OR). Von Gesetzes wegen (Art. 143 Abs. 2 OR) entstehen Solidarschuldverhältnisse in folgenden Hauptfällen:

- Solidarhaft der Personengesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten (Art. 544 Abs. 3 und 568 ff. OR).

- Solidarhaft der gemeinsam schuldhaften Schadensverursacher für den Schaden aus unerlaubter Handlung (Art. 50 OR).
- Solidarhaft nach SVG.
- Siehe auch G/S/R, Nr. 3902 ff.

Durch Vertrag entstehen Solidarschuldverhältnisse, wenn dies dem erklärten Vertragswillen der mehreren Schuldner und des Gläubigers entspricht. Dass die Parteien das Wort "solidarisch" verwenden ist nicht erforderlich. Möglich ist auch eine stillschweigende Erklärung. Massgebend ist die Auslegung nach Vertrauensprinzip. Bsp.:

- Ehegatten schliessen mit dem Vermieter einen gemeinsamen Mietvertrag ab.
- Siehe auch G/S/R, Nr. 3915.

Rechtslage

Zum Solidarschuldverhältnis gehören mehrere Schuldner. Daher stellt sich die Frage, wie die mehreren Schuldner nach *aussen* (d.h. ihrem Gläubiger) verpflichtet sind. Haben mehrere Schuldner die Schuld indessen getilgt, muss entschieden werden, in welchem Verhältnis sie *intern* die Schuldlast zu tragen haben.

Aussenverhältnis (Art. 144-147 OR)

"Der Gläubiger kann nach seiner Wahl von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze fordern" (Art. 144 Abs. 1 OR), sobald die Forderung fällig ist. Im Einzelnen:

- Jeder Solidarschuldner hat (*unter Vorbehalt anderer Abrede*) die gleiche Leistung unter den gleichen Modalitäten (Fälligkeitstermin, Erfüllungsort) zu erbringen.
- Der belangte "Solidarschuldner kann dem Gläubiger nur solche *Einreden* (und *Einwendungen*) entgegensetzen, die entweder aus seinem *persönlichen Verhältnis* (z.B. Verrechnung, Erlass, Irrtum) zum Gläubiger oder aus dem *gemeinsamen Entstehungsgrund* (z.B. Formfehler, mangelhafte Geschäftsfähigkeit des Gläubigers bei Vertragsschluss) oder *Inhalt* der solidarischen Verbindlichkeit hervorgehen" (Art. 145 Abs. 1 OR).
- Einreden und Einwendungen, die allen Solidarschuldnern *gemeinsam* zustehen, muss der belangte Schuldner erheben; andernfalls wird er den andern Schuldnern verantwortlich (Art. 135 Abs. 2 OR).

Jeder Solidarschuldner ist berechtigt, die geschuldete Leistung zu erbringen, sobald die Forderung erfüllbar ist. Er kann somit der Wahl des Gläubigers zuvorkommen, wodurch dessen Wahlrecht (Art. 144 Abs. 1 OR) eingeschränkt wird.

"*Sämtliche Schuldner bleiben so lange verpflichtet, bis die ganze Forderung getilgt ist*" (Art. 144 Abs. 2 OR). Wenn und soweit einer der Solidarschuldner leistet, werden auch die übrigen Schuldner befreit (Art. 147 Abs. 1 OR). Merke:

- Befreiende Wirkung für sämtliche Schuldner hat auch die Tilgung der Forderung durch Verrechnung (Art. 147 Abs. 1 OR).
- Wird hingegen "*ein Solidarschuldner ohne Befriedigung des Gläubigers* befreit, so wirkt die Befreiung zu Gunsten der andern nur so weit, *als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit es rechtfertigen*" (Art. 147 Abs. 2 OR). Diese Regel ist vor allem wichtig bei Befreiung eines Solidarschuldners durch Erlass (Art. 115 OR).
- *Kein Erlöschensgrund*, der zum Untergang der Forderung führt, ist die *Verjährung*. Sie läuft für jeden Solidarschuldner getrennt.

"Ein Solidarschuldner kann, soweit es nicht anders bestimmt ist, durch seine persönliche Handlung die Lage der andern nicht erschweren" (Art. 146 OR). Bsp.: Bei nachträglicher Leistungsunmöglichkeit wird nur derjenige Schuldner zum Ersatz verpflichtet, der die Unmöglichkeit nach Art. 97 Abs. 1, Art. 101 oder Art. 103 OR zu verantworten hat.

Ein Rückblick auf das Gesagte zeigt, dass die Rechtslage im Aussenverhältnis grundsätzlich für alle Solidarschuldner die gleiche ist. Im Einzelnen kann sie indessen für jeden Solidarschuldner doch individuell gestaltet sein (z.B. bei Befreiung ohne Befriedigung des Gläubigers, Verjährung, Verzug usw.) z.B.:

- Der Gläubiger trifft nur mit dem einen Schuldner eine Stundungsabrede;
- Ein Mangel des Rechtsgrundes (z.B. ein Willensmangel) ist nur bei einem Schuldner gegeben.

Innenverhältnis

Als Innenverhältnis bezeichnet man das "*Verhältnis unter den Solidarschuldern*" (Randtitel zu Art. 148 OR). Im Einzelnen gilt, was folgt:

- *Haftung nach Köpfen*
"Von der an den Gläubiger geleisteten Zahlung" hat im Innenverhältnis "ein jeder einen *gleichen Teil* zu übernehmen", "sofern sich aus dem Rechtsverhältnisse unter den Solidarschuldern nicht etwas anderes ergibt". (Art. 148 Abs. 1 OR).
Eine andere Verteilung ergibt sich z.B. für die Fälle der Art. 50 (richterliches Ermessen) und 51 (Rechtsgrund) OR!
- *Rückgriff*
Leistet ein Solidarschuldner mehr, als er im Innenverhältnis zu tragen verpflichtet ist, hat er für den *Mehrbetrag* (und nur für diesen!) *Rückgriff auf seine Mitschuldner* (Art. 148 Abs. 2 OR), und zwar auch für solche, denen der Gläubiger die Schuld erlassen hat. Durch *Gesetz* (Art. 50 Abs. 2, Art. 51 OR, Art. 60 Abs. 2 SVG) oder *Vereinbarung* kann etwas anderes vereinbart werden. *Regressordnung* im Einzelnen:
 - Die mehreren Rückgriffsschuldner haften dem Regressberechtigten *nicht solidarisch*. Vielmehr haftet jeder (nur) für den *Anteil, der sich aus dem Innenverhältnis ergibt*. Diese innere Anteilsordnung wird indessen korrigiert, wenn ein Rückgriffsschuldner nicht leisten kann. *Siehe Art. 148 Abs. 3 OR! Beispiel siehe G/S/R, Nr. 3959!*
 - Die *Rückgriffsforderung* entsteht erst mit der Leistung an den Gläubiger, nicht schon mit der Belangung durch diesen.

Echte und unechte Solidarität

Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen echter und unechter Solidarität. Die Unterscheidung stellt ab auf den Rechtsgrund, aus dem heraus die Solidarschuldner verpflichtet sind. Die Unterscheidung ist aber (nur) sinnvoll, wenn die Rechtslage tatsächlich verschieden ist. Richtiger Ansicht nach ist die Unterscheidung aber begriffsjuristisch und ohne praktische Konsequenz.

§ 35 Sicherung von Forderungen

I. Überblick

Entsteht eine Obligation, so ist in diesem Zeitpunkt noch *ungewiss, ob der Gläubiger die geschuldete Leistung tatsächlich erlangen werde*. Zwar sichert das Gesetz selbst die Gläubigerstellung in mehrfacher Hinsicht. Doch bleibt daneben Raum für rechtsgeschäftlich begründete Sicherheiten.

Gesetzliche Sicherung

Für bestimmte Einzelfälle ist die Einräumung gesetzlicher Pfandrechte vorgesehen. Die wichtigste gesetzliche Sicherung besteht aber in den Rechtsbehelfen, die das Gesetz dem Gläubiger für den Fall der Nicht- oder nicht richtigen Erfüllung zur Verfügung stellt. Pro memoria: Zusprechendes Urteil; Vollstreckungsmassnahmen; SchKG; Schadenersatz, usw.

Indessen führen diese Rechtsbehelfe erfahrungsgemäss nicht immer zur Befriedigung des Gläubigers. Daher besteht oftmals das Bedürfnis, die Lage des Gläubigers zum Vornherein durch rechtsgeschäftliche Sicherung seiner Forderung zu verbessern.

Rechtsgeschäftliche Sicherung

Übersicht

Die Parteien selbst können vereinbaren, dass dem Gläubiger über die gesetzlichen Sicherungen hinaus zusätzliche Sicherheiten gewährt werden oder dass die gesetzliche Gläubigerstellung verstärkt wird.

Bestellung zusätzlicher Sicherheiten

Es handelt sich um Sicherheiten für den Gläubiger, die auf Vertrag beruhen. Der *Art* nach unterscheidet man:

- *Personalsicherheiten*, bei denen sich ein Dritter zur Sicherung des Gläubigers *mitverpflichtet*. Bsp.: Solidarschuldnerschaft; Bürgschaft.
- *Realsicherheiten* durch *Pfandbestellung* von Seiten des Schuldners oder eines Dritten, wodurch dem Gläubiger ein beschränktes dingliches Recht eingeräumt wird.
- *Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren*, und zwar durch Vertrag (Art. 472 ff.), den der Schuldner (oder ein Dritter) zu Gunsten des Gläubigers (Art. 112 Abs. 2 OR) mit dem Verwahrer abschliesst. Darin verpflichtet sich der Verwahrer, dem Gläubiger die hinterlegten Sachen bei Fälligkeit der zu sichernden Forderung und unter den vereinbarten Voraussetzungen herauszugeben.
- *Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung* als fiduziarische Verfügungen zum Zweck der Sicherung einer Forderung. Der Gläubiger ist zur Rückübertragung oder Rückzession verpflichtet, sobald seine Forderung erfüllt worden ist.

Verstärkung der gesetzlichen Gläubigerstellung

Bsp.: Verurkundung der Schuld durch den Schuldner; Verurkundung der Schuld durch ein Wertpapier (z.B. Schuldbrief); Übernahme der Kausalhaftung durch den Schuldner für den Fall der Nichterfüllung; Abrede einer *Konventionalstrafe*; Abrede eines *Haftgeldes*.

II. Vereinbarung einer Konventionalstrafe (Art. 160-163 OR)

Die Konventionalstrafe dient der Sicherung einer Hauptforderung. Sie hat die Funktion, den Schuldner unter Erfüllungsdruck zu setzen.

Tatbestand

Der *Tatbestand* der Konventionalstrafe besteht im Abschluss eines Schuldvertrags, worin der Schuldner dem Gläubiger eine Leistung ("Konventionalstrafe") für den Fall verspricht, dass er eine bestimmte Schuld (Hauptverpflichtung) nicht oder nicht richtig erfüllt (Art. 160 Abs. 1 OR). Bsp.: Der Bauunternehmer verspricht für den Fall der verspäteten Fertigstellung des Hauses Fr. 50'000.- Konventionalstrafe.

Die *Hauptverpflichtung* für deren Nichterfüllung bzw. nicht richtigen Erfüllung die Konventionalstrafe versprochen wird, ist im Normalfall eine Vertragsschuld. Pro Memoria: es können aber auch *Obligationen aus anderen Rechtsgründen* durch Konventionalstrafen gesichert werden (Bsp.: Verletzung einer Unterlassungspflicht wie z.B. eines Konkurrenzverbotes).

Die versprochene Konventionalstrafe wird bisweilen auch als Vertragsstrafe bezeichnet (vgl. Art. 91 Abs. 2 ZGB). Sie kann (in den Schranken des Gesetzes) *in irgendeiner Leistung* bestehen (wozu auch ein benachteiligendes Unterlassen oder Dulden zählt) und *"in beliebiger Höhe bestimmt werden"* (Art. 163 Abs. 1 OR):

- In der Regel wird Zahlung einer Geldsumme vereinbart. Sie kann zum Voraus bestimmt, oder unbestimmt sein (z.B. nach Schwere der Vertragsverletzung).
- Die *Streitfrage*, ob die Übernahme eines Rechtsnachteils (z.B. Verwirkung von Rechten) bei pflichtwidrigem Verhalten als Konventionalstrafe zu beurteilen sei, wird *vom BGer verneint*. Wobei gerade vom Wortlaut her nicht einzusehen ist, weshalb sich die Verpflichtung auf ein Tun zu beschränken hat.

Bei der Konventionalstrafe handelt es sich um ein (aufschiebend) *bedingtes Leistungsversprechen*. Die Bedingung besteht in der Nichterfüllung bzw. nicht richtigen Erfüllung der Hauptverpflichtung. Teilweise wird sie konkretisiert (Bsp.: Konventionalstrafe ist geschuldet, wenn die zu liefernde Maschine eine bestimmte Tourenzahl nicht erreicht).

Erfolgt die *Vereinbarung* der Konventionalstrafe mit Abschluss des Hauptvertrags, handelt es sich um eine "Vertragsklausel" und somit um einen Bestandteil des Vertrags. Sie kann aber auch im Nachhinein getroffen werden und stellt dann einen selbständigen Vertrag dar.

Es ist keine bestimmte *Form* erforderlich. Ausnahme: Ist der Hauptvertrag formbedürftig, unterliegt die Konventionalstrafe denselben Formerfordernissen.

Rechtsfolgen

Übersicht

Die Rechtsfolgen der Vereinbarung einer Konventionalstrafe besteht in der Bindung des Schuldners an sein Versprechen. Doch greift diese Folge nicht ohne Ausnahme Platz.

Bindung an das Versprechen

- *Leistungspflicht des Schuldners (Unterziehungspflicht)*
Der Schuldner ist (seinem Versprechen gemäss) *bedingt verpflichtet*, sich der vereinbarten Konventionalstrafe *zu unterziehen*. Tritt die Bedingung ein, so wird die Konventionalstrafe zur unbedingten Schuld, die *sofort fällig* ist.
- *Verhältnis zum Erfüllungsanspruch des Gläubigers*
 - *Regelfall: Alternativität*
Der Gläubiger ist "mangels anderer Abrede nur berechtigt, entweder die Erfüllung oder die Strafe zu fordern" (Art. 160 Abs. 1 OR), also nicht beides. Dieser Wortlaut spricht für eine Wahlobligation. In Wahrheit liegt aber ein Fall *alternativer Ermächtigung des Gläubigers* vor. Dabei muss der Gläubiger die Hauptverpflichtung annehmen. Wählt er die Konventionalstrafe, verzichtet er damit endgültig auf die Hauptleistung. Statt die Konventionalstrafe anzunehmen, kann er auf sie verzichten und auf Erfüllung beharren.
 - *Ausnahmen*
Die *Rechtslage der Alternativität* besteht nicht ausnahmslos, sondern nur, wenn nicht die *Ausnahmefälle der Kumulation* oder der *Wandelpön (Exklusivität)* vorliegt.
 - *Kumulation* von Erfüllungsanspruch und Anspruch auf Leistung der Konventionalstrafe besagt, dass der Gläubiger beide Ansprüche nebeneinander geltend machen kann. Kumulation entsteht entweder durch *Vereinbarung* oder durch gesetzliche *Anordnung*. Für Letzteres siehe Art. 160 Abs. 2 OR.
 - *Wandelpön*. Wird eine Konventionalstrafe in der Weise vereinbart, dass dem Schuldner "*gegen Erlegung der Strafe der Rücktritt freistehen*" soll (Art. 160 Abs. 3 OR), hat man es mit einer Wandelpön zu tun. Deren Zweck ist die einseitige Befreiung von der Hauptpflicht zu ermöglichen. Es handelt sich also genau genommen nicht um eine Konventionalstrafe.
- *Verhältnis zum Schaden des Gläubigers*
Durch die Nichterfüllung bzw. nicht richtige Erfüllung der Hauptverpflichtung kann dem Gläubiger Schaden entstehen. Im Verhältnis zur Konventionalstrafe gilt:
 - *Leistungspflicht auch ohne Schaden*. Art. 161 Abs. 1 OR. Der Gläubiger muss den Nachweis des Schadens nicht erbringen, wenn er die Konventionalstrafe einfordern will. Die Konventionalstrafe ist *unabhängig vom Bestand eines Schadenersatzanspruchs* geschuldet.
 - Recht auf Ersatz des grösseren Schadens. Erleidet der Gläubiger durch Nichterfüllung bzw. nicht richtige Erfüllung einen Schaden, der "den Betrag der Strafe *übersteigt*", so kann er "den *Mehrbetrag* nur so weit einfordern, als er ein Verschulden nachweist" (Art 161 Abs. 2 OR). Der Mehrbetrag (aber nur diesen) kann der Gläubiger einfordern, also nicht vollen Schadenersatz (zusätzlich) zur Konventionalstrafe kassieren. Es gilt dabei eine Beweislastumkehr (!).

Ausnahmen von der Bindungswirkung

Vom Grundsatz, dass der Schuldner an das abgegebene Versprechen zur Leistung der Konventionalstrafe gebunden ist, gibt es Ausnahmen:

- *Keine Bindung wegen mangelhaften Hauptversprechens (Art. 163 Abs. 2 OR)*
Nach Art. 163 Abs. 2 OR kann die Konventionalstrafe "nicht gefordert werden, wenn sie ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigen soll". Die Vereinbarung ist also *nichtig*. Explizit: Art. 91 Abs. 2 ZGB.
Die Konventionalstrafe kann auch dann nicht gefordert werden, wenn die zu sichernde Hauptforderung wegen ursprünglicher Leistungsunmöglichkeit (Art. 20 OR) gar nie bestanden hat. Gleich behandelt wird der Fall nachträglicher, unverschuldeter Unmöglichkeit (vgl. Art. 119 Abs. 1 OR): *Der Schuldner wird grundsätzlich infolge fehlender Verantwortlichkeit frei*.
Merke aber: das Gesagte gilt nur "mangels anderer Abrede".
- *Beschränkte Bindung bei übermässiger Höhe (Art. 163 Abs. 3 OR)*
Zwar kann die Konventionalstrafe "von den Parteien in beliebiger Höhe bestimmt werden" (Art. 163 Abs. 1 OR). Die Vereinbarung einer übermässig hohen Konventionalstrafe bindet indessen den Schuldner nur beschränkt. Denn der Richter hat "übermässig hohe Konventionalstrafen ... nach seinem Ermessen herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Dies ist zu präzisieren:
 - Es bestehen [eine] Spezialregel, welche das "übermässig" bestimmt. Nämlich ~~Art. 226i Abs. 2 und 227h Abs. 3 OR~~.
 - In allen übrigen Fällen muss er nach Art. 4 ZGB vorgehen.

- Die *Prüfung der Angemessenheit* ist grundsätzlich erst möglich, *nachdem* die gesicherte Hauptverpflichtung verletzt worden ist.
- Stellt der Richter *Übermässigkeit* der Konventionalstrafe fest, so hat er die Strafe auf das *zulässige Mass* herabzusetzen.
- Ausgeschlossen ist eine Herabsetzung grundsätzlich, wenn der Schuldner der Verpflichtung schon nachgekommen ist. Ausnahmen sind möglich, wenn eine Abhängigkeit zwischen den beiden besteht oder wenn die *Übermässigkeit* erst nach der Zahlung erkannt wurde.

Schema [Vorlesungsnotizen]

Tatbestand: Strafabrede

→ Rechtsfolge: Strafe

Bedingtes Versprechen für den Fall der nicht oder nicht richtigen Erfüllung einer Hauptverpflichtung.

Wenn die Bedingung eintritt: sofortige Fälligkeit der Strafe.

(i.d.R. Geldsumme für nicht richtige Erfüllung einer Vertragsschuld)

("Unterziehungspflicht")

Einzelfragen

Das Verhältnis zwischen Konventionalstrafe und Hauptforderung wird üblicherweise mit "*Akzessorie-tät*" umschrieben.

III. Haft- und Reugeld (Art. 158 OR)

Übersicht

Im Zusammenhang mit der Konventionalstrafe regelt das Gesetz auch das *Haftgeld*, das man als *vorweggenommene Konventionalstrafe* (also nicht erst bei Nichterfüllung zu erlegende Strafe) bezeichnen könnte. Weiter gehört im Rahmen der gesetzlichen Systematik auch das *Reugeld* dazu.

Das Gesetz stellt eine *doppelte Vermutung* auf: Zum einen vermutet es, eine bei Vertragsschluss geleistete Zahlung ("Handgeld") sei *Haftgeld* (also nicht Reugeld; Art. 158 Abs. 1 OR). Und es vermutet weiter, der Gläubiger müsse sich (unter Vorbehalt einer anderen Vereinbarung oder eines abweichenden Ortsgebrauchs) *das Haftgeld weder an die Erfüllungs- noch an eine allfällige Schadenersatzleistung des Schuldners anrechnen lassen*: Das Haftgeld ist demnach vermutungsweise *Draufgeld* und nicht *Angeld* (Art. 158 Abs. 2 OR). Im Falle der Nichterfüllung liegt also *Kumulation* vor. Erfüllt der Schuldner dagegen richtig, ist die Vereinbarung des Haftgelds nichts anderes als eine Erweiterung der Leistungspflicht des Schuldners.

Haftgeld (Art. 158 Abs. 1 und 2 OR)

Das Gesetz definiert den *Begriff* des Haftgeldes nicht. Man versteht darunter eine Geldsumme, die der Schuldner dem Gläubiger *bei Vertragsschluss* (als "Handgeld") mit der Vereinbarung leistet, *dass der Gläubiger das Handgeld bei Nichterfüllung der Vertragsschuld behalten darf*.

Daraus ergibt sich folgende *Rechtslage*:

- Erfüllt der Schuldner seine Vertragsschuld nicht, so hat die Zahlung des Haftgelds die *Funktion einer zum voraus entrichteten und kumulativ geschuldeten Konventionalstrafe*. Sie bleibt deshalb dem Gläubiger. Die Parteien können freilich vereinbaren (Art. 158 Abs. 2 OR), dass das Haftgeld an die Schadenersatzleistung angerechnet ist oder gar den Sinn einer exklusiven Konventionalstrafe hat.
- *Erfüllt dagegen der Schuldner seine Vertragsschuld*, so stellt sich die Frage, ob das Haftgeld auf die Schuld *anzurechnen* und daher Teil der Erfüllung sein (*Angeld*) oder ob es als *Zugabe* zur Leistung dem Gläubiger trotz der Erfüllung verbleiben soll. Nach der *Vermutung des Gesetzes* verbleibt das Haftgeld dem Empfänger ohne *Anrechnung an die Hauptleistung*, ist also nach der widerlegbaren gesetzlichen Vermutung *Draufgeld* (Art. 158 Abs. 2 OR). Man hat es mit einer Erweiterung der Leistungspflicht des Schuldners zu tun.

Reugeld (Art. 158 Abs. 3 OR)

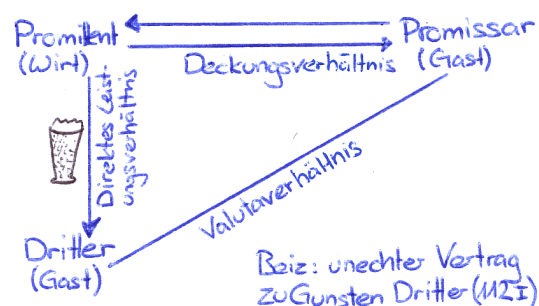
Das Reugeld *ist eine Geldsumme, die der Schuldner dem Gläubiger bei Vertragsschluss* (als "Handgeld") *leistet*. Die Leistung erfolgt indessen mit dem vereinbarten Zweck, dass der Geber unter Zurücklassung des hingegebenen und der Nehmer gegen Erstattung des doppelten Betrages vom Ver-

trag *zurücktreten können*. Wie bereits gesagt, stellt das Gesetz die Vermutung auf, das Handgeld sei kein Reugeld (Art. 158 Abs. 1 OR). Tritt keine der Parteien zurück, so gilt für das entrichtete Reugeld die Vermutung, dass Art. 158 Abs. 2 OR analog: Unter Vorbehalt abweichender Abrede oder anders lautenden Ortsgebrauch *liegt demnach Draufgeld* vor. Die Vermutung ist jedoch *widerlegbar*.

Die daraus entstehende *Rechtslage* entspricht genau dieser Vereinbarung. Es wird ein *vertragliches Rücktrittsrecht* beider Parteien begründet, das allerdings *zur Entschädigung der Gegenpartei in der Höhe des Reugelds verpflichtet*.

§ 36 Vertrag zu Gunsten und zu Lasten Dritter (Art. 111-113 OR)

I. Übersicht



Im *Normalfall* begründen die Parteien durch Vertrag Rechte und Pflichten ausschliesslich *zu eigenen Gunsten und Lasten*:

Das entspricht gesundem Menschenverstand, wenn man sich eine Verpflichtung *zu Lasten eines Dritten* vor Augen hält: "Unlogisch" wäre es, wenn zwei Vertragsparteien etwas vereinbaren könnten, was einen Dritten rechtlich belasten würde. Art. 111 OR regelt dann auch mehr den *Fall eines Garantievertrags*, in dem eine Partei der anderen die Leistung eines Dritten in dem Sinn

verspricht, *dass sie für die Leistung dieses Dritten einstehen will*.

Bsp: A und B, die in einer Bar ein Bier trinken, können nicht vereinbaren, dass der am Nebentisch sitzende C die Zeche bezahlt. Wohl aber kann A dem B "garantieren", der C werde die Zeche bezahlen. Beahlt sie dieser aber nicht, so hat A dafür einzustehen.

Andererseits steht nichts entgegen, dass zwei Vertragsparteien vereinbaren, der Schuldner habe *einem Dritten* eine Leistung zu erbringen (*Vertrag zu Gunsten eines Dritten*).

II. Vertrag zu Gunsten eines Dritten (Art. 112 f. OR)

Begriff

Es handelt sich um einen Schuldvertrag, worin sich "jemand, der auf eigenen Namen handelt, eine Leistung an einen Dritten zu dessen Gunsten versprechen" lässt (Art. 112 Abs. 1 OR). Der Schuldner *verpflichtet sich* somit gegenüber dem Gläubiger, *einem Dritten zu leisten*. *Der Dritte ist am Vertrag nicht als Partei beteiligt*.

Terminologie

Die Rechtssprache hat zum Vertrag zu Gunsten Dritter eine besondere Terminologie entwickelt:

- Wer einem Dritten zu leisten verspricht, heisst *Promittent* oder *Schuldner*.
- Wer sich Leistung an einen Dritten versprechen lässt, heisst *Promissar* oder *Stipulant*.

Rechtsgründe

Fragt man nach den Rechtsgründen, die dem Vertrag zu Gunsten Dritter zugrunde liegen, so ist *zu unterscheiden*:

- Ist der Rechtsgrund im *Verhältnis zwischen Promittent und Promissar* gemeint, so wird nach der "causa" des "*Deckungsverhältnisses*" gefragt.
- Geht es dagegen um den Rechtsgrund im *Verhältnis zwischen Promissar und Drittem*, fragt man nach dem Rechtsgrund des "*Valutaverhältnisses*".

In Frage kommen *irgendwelche Rechtsgründe*. Bsp. für Valutaverhältnis: Der Promissar will einen Dritten *beschenken*. Er lässt sich vom Promittenten (z.B. exLibris) eine Leistung (CD) an einen Dritten versprechen, wobei er den Kaufpreis selbst bezahlt ("Rechnungs- und Lieferadresse").

Arten

Der Vertrag zu Gunsten Dritter kommt in *zwei verschiedenen Arten* vor. Das Kriterium der Sonderung liegt in der *Rechtsstellung des begünstigten Dritten*. Danach unterscheidet man:

Unechter (gewöhnlicher) Vertrag zu Gunsten Dritter

Die Besonderheit besteht darin, dass *einzig dem Promissar ein Forderungsrecht auf Leistung an den Dritten zusteht*. Nur der Promissar kann daher gegen den Promittenten auf Leistung klagen.

Somit ist die *Stellung des Dritten* die eines *Begünstigten*. Bsp.: Der Vater schliesst mit dem Töchterinstitut einen Pensionsvertrag ab, durch den sich das Institut ihm gegenüber (und nur ihm gegenüber) verpflichtet, der Tochter Unterhalt und Unterricht zu gewähren.

Echter (qualifizierter) Vertrag zu Gunsten Dritter

- *Merkmale und Besonderheiten*

Im Unterschied zum gewöhnlichen Vertrag zu Gunsten eines Dritten wird *nicht nur der Promissar (als Vertragspartei), sondern auch der Dritte (als Begünstigter) berechtigt*. Dieser wird Gläubiger der versprochenen Leistung, obwohl er nicht Partei des Vertrags ist. Somit kann er (oder sein Rechtsnachfolger) *selbständig die Erfüllung fordern und klagen* (Art. 112 Abs. 2 OR).

Das Recht des Dritten auf die versprochene Leistung lässt sich auf verschiedene Weise *begründen*: durch *Gesetz* (Bsp.: Art. 113 OR), Vereinbarung oder auf Grund einer *Übung*.

- *Rechtsslage*

Das *wesentliche Merkmal* der Rechtsslage besteht im *selbständigen Forderungsrecht des Dritten* auf die zwischen Promittent und Promissar vereinbarte Leistung. Doch *verbleiben dem Promissar alle Rechte*, die nach der Begünstigungsklausel oder nach der Natur des Vertrags *nicht auf den Dritten übergehen sollen* (z.B. Wandlungs- und Minderungsrecht). Auch der Promissar kann nur Leistung *an den Dritten* verlangen (Art. 112 Abs. 1 OR). Weitere:

- Das Forderungsrecht des Dritten entsteht unmittelbar und originär.
- Der echte Vertrag zu Gunsten Dritter hat zwei Gläubiger, ohne das jedoch ein Fall von Solidargläubigerschaft vorläge.
- Das Recht des Dritten entsteht kraft Vertrags zwischen dem Promittenten und dem Promissar. Daher kann der Promittent alle Einreden (und Einwendungen) gegenüber dem Dritten erheben, welche sich aus diesem Vertrag ergeben (z.B. Ungültigkeit infolge eines Willensmangels).

Einzelfragen und Abgrenzungen

Exkurs: Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter

Zu unterscheiden vom Vertrag zu Gunsten Dritter ist der von der deutschen Rechtsprechung entwickelte *Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter*. Problem: Ein Dritter soll aus einem Vertrag, an dem er nicht beteiligt ist, (und auch nicht etwa aus Delikt) gegenüber dem vertragsbrüchigen Schuldner allfällige Verletzungsfolgen geltend machen können.

In *Deutschland* sieht man den Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ein eigenständiges Rechtsinstitut ohne besondere gesetzliche Regelung. Das Problem besteht einfach darin, den Kreis der Schutzberechtigten Dritten nicht ausufern zu lassen.

In der *Schweiz* wird die Figur mit geteiltem Interesse diskutiert.

III. Vertrag zu Lasten eines Dritten (Garantievertrag; Art. 111 OR)

Begriff und Merkmale

Die eine Partei (der Promittent) *verspricht der anderen Partei* (dem Promissar) *"die Leistung eines Dritten"* (Art. 111 OR). Dieses Versprechen gibt sie *im eigenen Namen, nicht als Stellvertreter* des Dritten. Der Dritte ist nicht Partei des Vertrags, sondern steht ausserhalb. Deshalb entstehen Ansprüche nicht gegen ihn, sondern gegen den *Promittenten*.

Im Vertrag zu Lasten eines Dritten *verspricht also der Promittent, dass ein Dritter eine bestimmte Leistung erbringen werden*. Der *Sinn* dieses Versprechens liegt nicht darin, den Dritten zur Leistung zu *verpflichten* oder zu *ermächtigen*. Vielmehr verpflichtet sich der Promittent, *durch Ersatzleistung dafür einzustehen, dass der Dritte leisten werde*. In diesem Sinne "garantiert" er die Leistung des Dritten. Deshalb wird der Vertrag häufig auch als *Garantievertrag* bezeichnet.

Der Dritte, dessen Leistung vom Promittenten "garantiert" wird, ist *nicht Vertragspartei*. Deshalb kommt es für die Gültigkeit des Garantievertrags auf die *Handlungsfähigkeit* diese Dritten überhaupt nicht an.

Rechtslage

Der umschriebene Garantievertrag *bindet den Promittenten (und nur ihn)*, nicht auch den Dritten. Deshalb ist der Promittent beim Ausbleiben der "garantierten" Leistung des Dritten ("Garantiefall") zum *Ersatz des aus der Nichtleistung entstandenen Schadens verpflichtet* (Art. 111 OR). Zu ersetzen ist das *positive Vertragsinteresse*.

Art. 111 OR ist dispositives Recht.

Funktion und Abgrenzung

Abgrenzung Garantie- oder Bürgschaftsvertrag oder allenfalls kumulative Schuldübernahme. Diese Qualifikation ist von allergrösster praktischer Bedeutung, da die Bürgschaft formbedürftig ist, der Garantievertrag und die kumulative Schuldübernahme dagegen formlos vereinbart werden können.

Die Unterscheidung ist mit Hilfe der Auslegung zu ermitteln. Es gibt aber die Vermutung, das im Zweifel grundsätzlich die mildere Verpflichtung, somit die Bürgschaft anzunehmen ist. Das dient dem im Bürgschaftsrecht angestrebten Schutz des Verpflichteten am besten.

Siehe auch Unterlage 89a.

§ 37 Bedingungen

I. Begriff

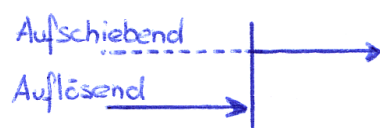
Eine Bedingung im Rechtssinn liegt dann vor, wenn die Verbindlichkeit *oder die Auflösung eines Vertrags vom Eintritt einer ungewissen Tatsache abhängig* gemacht werden (Art. 151 Abs. 1, Art. 154 Abs. 1 OR). Die Abhängigkeit von der ungewissen Tatsache beruht auf *Vereinbarung* der Parteien, die auch stillschweigend getroffen werden kann. Bedingungen sind als rechtshindernde oder rechtsaufhebende Tatsachen vom Beklagten zu beweisen. *Im Einzelnen* ist zu präzisieren was folgt:

- Die Tatsache, von der die Verbindlichkeit oder Auflösung des Vertrags abhängt, ist "*ungewiss*". Das heisst: bei Vertragsschluss steht *objektiv* nicht fest, ob sie überhaupt eintreten werden oder nicht. Bloss *subjektive Unkenntnis* der Parteien genügt nie für die Annahme einer Bedingung. *Vergangene oder gegenwärtige objektiv feststehende Tatsachen sind daher auch dann nicht Bedingungen, wenn eine oder beide Parteien sich nicht kennen*.
- Die Legaldefinition ist auf Verträge (insbesondere auf *Schuldverträge*) zugeschnitten und bedarf einer *Erweiterung in zweifacher Hinsicht*: Einmal können nicht nur ganze Vertragsverhältnisse, sondern auch einzelne Forderungen eines Vertrags von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Zum andern können grundsätzlich auch *andere Rechtsgeschäfte* als Verträge bedingt abgeschlossen werden.
- Bisweilen wird die Bedingung von den Parteien *zeitlich präzisiert*: in der Weise, dass die ungewisse Tatsache innerhalb einer bestimmten (oder bestimmbaren) Frist eintreten muss, damit sie als erfüllt gelten kann (z.B.: "wenn du bis zum 20. Oktober eine Stelle findest"). Der *Zweck* der Befristung liegt darin, die Schwebezeit auf ein vernünftiges Mass zu beschränken.

Sonderfälle: In einer Reihe von Gesetzesbestimmungen spielen ungewisse künftige Tatsachen eine Rolle, unterstehen aber einer *Sonderregelung*. Bsp.: Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe. Es gilt Art. 160 ff. OR; Eigentumsvorbehalt (Art. 714 f. ZGB).

II. Erscheinungsformen

Aufschiebende und auflösende Bedingungen



Aufschiebend ist die Bedingung, wenn von ihr die "Verbindlichkeit" des Geschäfts abhängig gemacht wird (Art. 151 Abs. 1 OR). Man spricht von einer *Suspensivbedingung*. Bsp.: Eine Konventionalstrafe wird unter der aufschiebenden Bedingung fällig, dass die Hauptverpflichtung nicht oder nicht richtig erfüllt wird.

Auflösend ist die Bedingung, wenn von ihr die "Auflösung" (Beendigung) eines Geschäfts abhängig gemacht wird (Art. 154 Abs. 1 OR). Man spricht von einer *Resolutivbedingung*. Bsp.: Der Anspruch auf Rentenzahlung bis zur Wiederverheiratung des Berechtigten ist auflösend bedingt.

Jede ungewisse künftige Tatsache kann *sowohl als aufschiebende als auch als auflösende Bedingung* formuliert werden: "Das Geschäft gilt erst, wenn du das Staatsexamen erfolgreich abgelegt hast"; oder aber: "Das Geschäft gilt, es sei denn, du legst das Staatsexamen nicht erfolgreich ab". Gelegentlich sind Bedingungen so formuliert, dass die Art der gewollten Bedingung streitig sein kann.

Potestative, kasuelle gemischte Bedingungen

Potestative Bedingungen (Willensbedingungen) sind Bedingungen, deren Eintritt oder Nichteintritt vom Willen einer Vertragspartei oder eines (i.d.R. irgendwie am Geschäft beteiligten) Dritten abhängig ist. Bsp.: Genehmigung der Kaufsache durch den Käufer beim Kauf auf Probe.

Kasuelle Bedingungen (zufällige Bedingungen) sind Bedingungen, deren Verwirklichung oder Nichtverwirklichung nicht vom Willen der Vertragsparteien oder eines Dritten abhängig ist, wohl aber von "ändern Umständen". Bsp.: Die Forderung von Versicherungsleistungen setzt den Eintritt eines Schadens voraus.

Positive und negative Bedingungen

Siehe ev. G/S/R, Nr. 4206 f., wobei die Unterscheidung *rein klassifikatorische Bedeutung* hat.

III. Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Bedingungen

Grundsatz: Bedingungsfreundlichkeit

Alle Rechtsgeschäfte können im *Regelfall* unter eine Bedingung gestellt werden, also nicht nur Schuldverträge, sondern auch schuldrechtliche Verfügungsverträge (z.B. Abtretung) und sogar einseitige Rechtsgeschäfte.

Ausnahme: Unzulässigkeit der Bedingung

Zu unterscheiden sind bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte und das Bedingungsverbot des Art. 157 OR:

- *Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte* können wirksam *nicht unter einer Bedingung abgeschlossen werden*. Werden sie von den Parteien doch unter eine Bedingung gestellt, *so ist entweder (nur die Bedingung nichtig oder das bedingte Geschäft*. Massgebend ist, ob die Parteien den Vertrag auch ohne die unzulässige Bedingung abgeschlossen hätten. Bsp.: Eheschliessung; erbrechtliche Ausschlagung; die Grundbuchanmeldung als sachenrechtliches Verfügungsgeschäft; Gestaltungsgeschäfte wie Kündigung, Rücktritt, Ausübung eines Wahlrechts bei Wahlobligationen, Verrechnung. Sie sind grundsätzlich bedingungsfeindlich. Allerdings gibt es Ausnahmen. So sind bedingte Gestaltungsgeschäfte zulässig, wenn trotz der Bedingung beim Erklärungsempfänger keine Unsicherheit über die Rechtslage entsteht, weil der Eintritt der Bedingung von dessen eigenem Willen abhängt.
- *Bedingungsverbot des Art. 157 OR*. Verboten sind Bedingungen, die in der Absicht beigefügt werden, "eine *widerrechtliche oder unsittliche Handlung oder Unterlassung* zu befördern" (Art. 157 OR). Der unter einer solchen Bedingung begründete Anspruch ist *nichtig* (z.B. das Schenkungsversprechen unter der Bedingung, dass der Vertragspartner ein Verlöbnis bricht). Im Verhältnis zu Art. 20 OR kommt der Vorschrift des Art. 157 OR *ergänzende Funktion* zu.

IV. Rechtslage

Rechtslage beim aufschiebend bedingten Geschäft

Wird z.B. eine Wohnung unter der Bedingung vermietet, dass der Mieter vom Freiburger Staatsrat zum Oberassistenten ernannt wird, so lässt sich die Rechtslage (wie für alle aufschiebend bedingten Geschäfte) wie folgt präzisieren:

Das Geschäft wird erst, aber doch dann voll wirksam, wenn die Bedingung in Erfüllung geht (Art. 151 Abs. 2 OR); und zwar *mangels anderer Abrede genau in diesem Zeitpunkt*.

Wird nach Abschluss des Geschäfts gewiss, dass die Bedingung sich nicht mehr verwirklichen kann (*Ausfall der Bedingung*), ist es so zu halten, *als wären sich die Parteien nie gegenübergestanden*. Ha-

ben sie indessen bereits Leistungen erbracht, so sind diese "aus einem nicht verwirklichten ... Grund" erfolgt (Art. 62 OR).

Bis die *Erfüllung* der Bedingung (oder deren *Ausfall*) befindet sich das Geschäft in einem Schwebestand.

Konkretisiert wird diese Rechtslage durch verschiedene Bestimmungen des Gesetzes, wenn auch nur für den bedingten Schuldvertrag, nicht aber für bedingte Verfügungen. *Siehe Art. 152 f. OR!!*

Rechtslage beim auflösend bedingten Geschäft

Ein auflösend bedingtes Geschäft ist zwar *sofort (voll) wirksam*. *Es verliert aber seine Wirksamkeit mit dem Zeitpunkte, wo die Bedingung in Erfüllung geht* ("ex nunc": Art. 154 Abs. 1 OR). *Mit der Erfüllung der Bedingung* (z.B. dass der auflösend bedingte Mietvertrag dahinfalle, wenn der Mieter eine Stelle in Luzern findet) wird der Vertrag (auch ohne Wissen der Parteien) hinfällig. Die auflösend bedingte *Forderung erlischt*; bei bedingtem *Verfügungsgeschäft* fällt das übertragene Recht (Forderung, Eigentum) ohne weiteres an den Veräusserer zurück, ohne dass es also einer Rückzession oder Rückübereignung bedürfte. Bedingt erlassene schulden leben ipso iure wieder auf.

Mit dem *Ausfall der Bedingung* wird das Geschäft zu einem *unbedingten*. Bedingte Verfügungen werden endgültig wirksam; der bedingt Verpflichtete wird endgültig verpflichtet.

Bis zur Erfüllung der Bedingung oder bis zu deren Ausfall befindet sich auch das resolutiv bedingte Geschäft in einem Schwebestand, *der sich hier auf den Fortbestand des Vertragsverhältnisses oder der Forderung bezieht*, weil diese vor Eintritt der Bedingung schon bestehen. Da das Geschäft sogleich (voll) wirksam ist, hat das bedingte Geschäft im Schwebestand die gleiche Wirkung wie ein unbedingtes.

Gemeinsame Vorschriften

Art. 155 OR.

Art. 156 OR. Diese Bestimmung ist sinngemäss *zu ergänzen* durch die nicht ausgesprochene Regel: Eine Bedingung gilt als ausgefallen, wenn ihr Eintritt von dem einen Teil wider Treu und Glauben herbeigeführt worden ist. Aus dem derart ergänzten Art. 156 OR ergibt sich folgende Gesamregel: *Kein Beteiligter darf den Eintritt einer Bedingung wider Treu und Glauben verhindern oder herbeiführen*.

V. Abgrenzungen

Bedingungen im untechnischen Sinn

Das Wort "Bedingung" wird in der Rechtssprache häufig untechnisch zur Beziehung von Erscheinungen verwendet, die keine Bedingungen im umschriebenen (technischen) Sinne sind:

- "*Bedingung*" als *Ursache*. Schaden ist "bedingt" durch ein bestimmtes Tun.
- "*Vertragsbedingungen*". Gemeint sind einzelne Abreden eines Vertrags, die als Klauseln den Inhalt des Geschäfts ausmachen.
- "*Rechtsbedingungen*" ("conditiones iuris"). Gemeint sind Tatsachen, die "kraft gesetzlicher Vorschrift zu den Willensäusserungen der Parteien hinzutreten müssen, um den Tatbestand eines Vertrags oder sonstigen Rechtsgeschäfts zu vollenden.
- "*Bedingung*" im Sinne von *Voraussetzung*. Bsp.: Verkauf einer Liegenschaft unter der (uneigentlichen) "Bedingung", dass der verschollene Onkel verstorben ist.
- "*Bedingung*" im Sinne von *Auflagen* ("modi").

Befristungen (Termine)

Die Parteien können den *Beginn* und das *Ende* (und damit die Dauer) eines Rechtsgeschäfts nicht nur von einer Bedingung abhängig machen. Sie können das Geschäft vielmehr auch *befristen* ("terminieren"). Unter Termin ist ein Zeitpunkt zu verstehen, der *sicher* eintritt. Damit steht der Termin im Gegensatz zur Bedingung. Die das Gesetz als *ungewisse* Tatsache bezeichnet. Sicher kann ein vorbestehender Zeitpunkt sein (16. Mai 2008) oder zukünftig aber unbestimmt ("Tod des Vaters"), wobei der Tod eigentlich der einzige sichere Wert ist.