



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Obligationenrecht I

Abschnitt Drittbeziehungen

Stellvertretung

Prof. Dr. Alessia Dedual (Lehrstuhl für Privatrecht, mit Schwerpunkt Obligationenrecht, Rechtsvergleichung sowie Recht und Ökonomik)

27.11.2023



Einführungsfall «Stellvertretung»:

H ist krank und kann daher nicht zum Flohmarkt gehen. Daher bittet er F für ihn «nach einem Wasserkrug, am liebsten in blauem Ton» zu schauen. Wenn F den richtigen fände und der Preis nicht über CHF 30 liege, solle er ihn doch einfach für ihn kaufen.

F findet einen blauen Tonkrug am Stand der M. Um den Preis von CHF 35 zu drücken, erzählt er ihr, dass H krank zuhause liege. M ist gerührt, denn sie kennt H von seinen früheren Einkaufstouren. Daher lässt sie sich zu einem «Freundschaftspreis» für H erweichen und verkauft dem F den Krug für CHF 29.

Als F zu H nach Hause kommt und ihm den Krug vorweist, ist H gar nicht zufrieden. Er hätte – wie er sagt – «nie etwas bei der blöden Kuh M gekauft, egal wie schön der Krug auch ist.» F könne den Krug behalten oder M zurückgeben. F zieht mit dem Krug von dannen. Als F zwei Wochen später zum Markt zurückkommt und M den Krug zurückgeben will, ist diese empört: «Vertrag ist Vertrag!». Und wegen des Freundschaftspreises sei die Rückgabe ohnehin ausgeschlossen.

Wie ist die Rechtslage?



Inhalt Stellvertretung

1. Definition der Stellvertretung
2. Offenkundigkeit
3. Vertretungsmacht
4. Pro memoria: Vertreter ohne Vertretungsmacht (**Video 7**)



1. Definition der Stellvertretung (I)

Art. 32 Abs. 1 OR

Kennzeichen:

- **rechtsgeschäftliches Handeln**: Abgabe von Willenserklärungen und Abschluss von Rechtsgeschäften, auch prozessuale Handlungen umfasst.

Nicht: Realakte, also insb. kein deliktisches Handeln

- Stellvertreter gibt eine **eigene Willenserklärung** ab

Nicht: Botenschaft = Übermittlung fremder Willenserklärungen

- «**in fremdem Namen**»: Handeln für einen Dritten tritt offen hervor

Nicht: indirekte Stellvertretung (= Handeln auf fremde Rechnung in eigenem Namen)



1. Definition der Stellvertretung (II)

1) Zulässigkeit der Vertretung

- im Grundsatz zulässig
- Ausnahme: höchstpersönliche Geschäfte (Art. 19 Abs. 2 ZGB) oder vertragl. Ausschluss

2) Handlungsfähigkeit

- Urteilsfähigkeit des Stellvertreters
- Rechtsfähigkeit des Vertretenen

3) Abgabe einer Willenserklärung durch Stellvertreter

4) Offenkundigkeit der Stellvertretung

5) Vertretungsmacht



2. Offenkundigkeit (I)

Der Dritte muss erkennen können, dass es sich um eine Stellvertretung handelt (Offenkundigkeitsprinzip).

Möglichkeiten:

- Vertreter gibt Erklärung **ausdrücklich** im Namen des Vertretenen ab,
z.B. Unterzeichnung mit «i.V.», «i.A.» oder «ppa.»
- Vertreter gibt Erklärung **konkludent** im Namen des Vertretenen ab oder
- Vertretung ist **aus den Umständen objektiv erkennbar** (Vertrauensprinzip)
z.B. Ladenangestellter handelt offensichtlich nicht für sich selbst



2. Offenkundigkeit (II)

Unterscheide:

Handeln in fremdem Namen ⇔ Handeln unter fremden Namen

- Verwendung eines fremden Namens, um die eigene Identität zu verhüllen → ggfls. Unwirksamkeit des Vertrages wegen Täuschung, Art. 28 OR
- Verwendung eines fremden Namens, weil der Dritte den Vertrag nur mit dem Träger dieses Namens schliessen wollte → wenn keine Vertretungsmacht, Schadenersatzpflicht nach Art. 39 OR



2. Offenkundigkeit (III)

Ausnahmen:

– Handeln für den, den es angeht

→ Der Vertreter weist nur daraufhin, dass er nicht für sich selbst tätig werde, sondern für einen anderen, ohne dessen Identität offenzulegen.

Bsp.: A bietet bei einer Auktion um ein Gemälde für eine unbekannte Person. Der Vertrag kommt mit dieser Person zustande.

– Gleichgültigkeit des Dritten hinsichtlich der Person des Vertretenen

→ Bargeschäfte des täglichen Lebens: dem Verkäufer/Kassierer ist es in der Regel gleichgültig, ob die Ware für die Person «gekauft» werden, welche sie aufs Band legt oder für eine andere Person.

Bsp.: Während des Lockdowns kauft Student S für die Nachbarin N ein; wenn die Ware Mängel aufweist, kann N reklamieren, auch wenn S an der Kasse kein Wort über die «Vertretung» der N verloren hat.



3. Vertretungsmacht (I)

= **rechtliches Können** des Stellvertreters gegenüber dem Erklärungsgegner mit Wirkung für den Vertretenen nach Aussen zu handeln

- aus öffentlich-rechtlichem Verhältnis (Art. 33 Abs. 1 OR)
- durch (einseitiges) Rechtsgeschäft («Vollmacht» i.S.v. Art. 33 Abs. 2 und 34 Abs. 1 und 2 OR)
- aufgrund gesetzlicher Regelung (z.B. Eltern für ihre Kinder Art. 304 ZGB, Organe für juristische Personen Art. 718, 811 Abs. 1 OR)
- aufgrund Vertrauensschutzes (sog. «Anscheins-/Duldungsvollmacht»)



3. Vertretungsmacht (II)

Beschränkungen der Vertretungsmacht:

Grundsatz: der Vollmachtgeber bestimmt den Umfang der Vollmacht (Art. 33 OR)

Beschränkungen können ausdrücklich oder konkludent sein:

- **sachliche Beschränkung:** für bestimmte Geschäfte
- **zeitliche Beschränkung:** durch Fristen/Termine
- **persönliche Beschränkung:** bestimmte Geschäftspartner/Stellvertreter
- **funktionale Beschränkung:** z.B. Möglichkeit der Untervollmacht oder Formvorschriften

NB: Überschreitet der Vertreter die Beschränkung, ist er ein *falsus procurator*!



3. Vertretungsmacht (III)

Vertretungsmacht und Grundverhältnis (z.B. Auftrag) sind zu unterscheiden:

→ Vertretungsmacht = Ermächtigung, den anderen wirksam zu vertreten

NB: Wirkung nach AUSSEN

→ Auftrag = Vertrag/Rechtsverhältnis, aus dem sich die Verpflichtung ergeben kann, den andern zu vertreten

NB: Wirkung nach INNEN (zwischen Vertreter und Vertretenem)

BEACHTEN: Grundsatz der Abstraktion zwischen Vollmacht und Grundverhältnis

→ die Vollmacht ist auch dann wirksam, wenn das Grundverhältnis (Vertrag, Rechtsverhältnis) mit einem Mangel behaftet ist (und daher unwirksam oder aufhebbar ist)

GRUND: Verkehrsschutz



3. Vertretungsmacht (IV)

BEACHTEN: Kundgabe der Vollmacht, Art. 33 Abs. 3 OR

= Rechtsscheintatbestand

→ Dritte werden im Vertrauen auf die kundgegebene Vollmacht geschützt (Art. 37 Abs. 1 OR), auch wenn:

- Vollmacht gar nicht erteilt wurde
- Vollmacht widerrufen worden ist, Art. 34 Abs. 3 OR

→ Kein Vertrauensschutz besteht in Fällen des Art. 35 OR, wenn:

- Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers/Bevollmächtigten
- Konkurs, Tod oder Verschollenheitserklärung des Vollmachtgebers (oder des Bevollmächtigten)



3. Vertretungsmacht (V)

Erweiterter Drittschutz → Rechtsscheinhaftung

Situation: Es liegt keine Vollmacht vor; im Interesse eines gutgläubigen Dritten wird dennoch von einer Vollmacht ausgegangen

Unterscheide:

Duldungsvollmacht → der Vertretene hat das Tätigwerden des «Vertreters» in seinem Namen gekannt und ist nicht eingeschritten; der Dritte hat auf die Existenz einer Vertretungsmacht vertraut

Anscheinsvollmacht → der Vertretene weiss nichts vom Tätigwerden des «Vertreters»; er hätte es aber bei Anstrengung pflichtgemässer Sorgfalt erkennen können; der Dritte hat auf die Existenz einer Vertretungsmacht vertraut (Abwägung)



3. Vertretungsmacht (VI)

BGE 120 II 197, S. 197 f.:

A. H. ist Inhaber der im Handelsregister eingetragenen Einzelfirma "Sport H." in J. Mitarbeiter im Betrieb ist sein Sohn G. H., der registermässig über keine Unterschriftsberechtigung verfügt. Am 21. Dezember 1990 unterzeichnete G. H. unter dem Firmenstempel "H. Sport" einen als "Einrichtungsauftrag" benannten Vertrag mit der U. AG über die Einrichtung eines neuen Sportgeschäfts in J. zu approximativen Kosten von Fr. 200'000.– (...). Am 11. Januar 1991 gab die Lieferantin eine "provisorische Auftragsbestätigung" mit Terminplan ab. Auf Geschäftspapier der Einzelfirma ersuchte G. H. sie indessen mit Schreiben vom 24. Januar 1991, bis zur Klärung noch offener Fragen keine weiteren Schritte zu unternehmen. Unter privatem Briefkopf trat er in der Folge am 25. März 1991 vom Vertrag zurück, da es nicht gelungen sei, die Finanzierung des Vorhabens sicherzustellen. Mit Klage vom 5. März 1992 belangte die U. AG die "H. Sport, Einzelfirma des Herrn G. H." auf Fr. 50'000.– nebst Zins als Entschädigung für die Vertragsannullierung.



3. Vertretungsmacht (VII)

BGE 120 II 197, S. 198 f.:

Der Beklagte ist vertraglich gebunden, wenn sein Sohn den Vertrag in seinem Namen als Fremdgeschäft abgeschlossen hat und dazu bevollmächtigt war, oder wenn die Klägerin aus seinem Verhalten in guten Treuen auf eine solche Vollmacht schliessen durfte, oder wenn er den Vertrag nachträglich genehmigt hat. (...). Eine ausdrückliche kaufmännische oder bürgerliche Bevollmächtigung des Sohnes ist nicht erstellt, ebensowenig eine Genehmigung des Vertrags durch den Beklagten. (...) Zu prüfen ist damit einzig, ob die Klägerin Schutz ihres guten Glaubens beanspruchen kann, mit dem Beklagten den Einrichtungsvertrag geschlossen zu haben, ob mit andern Worten ihr guter Glaube das Fehlen einer normativ zwar kundgegebenen, tatsächlich aber nicht erteilten Vollmacht heilt. Der Tatbestand wird vom Regelungsgedanken von Art. 33 Abs. 3 OR erfasst. (...) Das bedeutet im Vertretungsrecht, dass der Vertretene auf einer bestimmt gearteten Äusserung zu behaften ist, wenn der gutgläubige Dritte, demgegenüber der Vertreter ohne Vollmacht handelt, sie in guten Treuen als Vollmachtenkundgabe verstehen durfte und darauf vertraute.



3. Vertretungsmacht (VIII)

BGE 120 II 197, S. 200 f.:

Im einzelnen setzt diese Vertrauenshaftung – soweit hier von Interesse – folgendes voraus: (...) Der Vertreter muss dem Dritten gegenüber in fremdem Namen handeln. (...). Erforderlich ist daher entweder, dass der Vertreter den Vertretungswillen hat und der Dritte dies erkennt, oder dass er zwar keinen Vertretungswillen hat, der Dritte jedoch nach Treu und Glauben auf einen solchen schliessen darf und tatsächlich auch schliesst (...). Demgegenüber entfällt die Annahme einer Vertretungswirkung, wenn jemand nicht in, sondern unter fremdem Namen handelt, sich beispielsweise der Angestellte als Geschäftsinhaber ausgibt. Hier wird äusserlich ein Eigen- und nicht ein Fremdgeschäft abgeschlossen, was eine Anwendung der vertretungsrechtlichen Gutglaubensvorschriften von vornherein ausschliesst (...). Das Handeln des Vertreters in fremdem Namen vermag allerdings für sich allein eine Vertrauenshaftung des Vertretenen nie zu begründen, denn aus erwecktem Rechtsschein ist nur gebunden, wer diesen Rechtsschein objektiv zu vertreten hat. (...) Die objektive Mitteilung der Vollmacht muss daher vom Vertretenen ausgehen. Entscheidend ist allein, ob das tatsächliche Verhalten des Vertretenen nach Treu und Glauben auf einen Mitteilungswillen schliessen lässt. (...).



3. Vertretungsmacht (IX)

BGE 120 II 197, S. 201 f.:

Art. 33 Abs. 3 OR begründet richtig verstanden eine Verkehrsschutzregelung des Inhalts, dass nach Massgabe des Vertrauensschutzes der Vertretene und nicht der Geschäftsgegner das Risiko fehlender Vollmacht trägt (...). Klarzustellen ist indessen, dass die Bindungswirkung nicht bereits dann eintritt, wenn der Dritte auf den Bestand einer Vollmacht schliessen darf, sondern bloss dann, wenn das Unterlassen des Vertretenen objektiv als drittgerichtete Mitteilung, als Vollmachtenkundgabe zu werten ist (...). Wie für die Willenserklärung gilt für die Kundgabe der Vollmacht, dass sie auch ohne Erklärungsbewusstsein wirksam werden kann (...). Dagegen muss die Erklärung ohne Erklärungsbewusstsein dem Erklärenden objektiv zurechenbar sein, was u.a. voraussetzt, dass er sich der ihm unterstellten Bedeutung seines Verhaltens auf Grund der ihm bekannten oder erkennbaren Umstände hätte bewusst sein können (...). Schliesslich tritt die Vertretungswirkung trotz fehlender Vollmacht nur bei berechtigter Gutgläubigkeit des Dritten ein (...). Rechtstheoretisch rechtfertigt allein der gute Glaube des Mitteilungsempfängers, den Vollmachtenmangel zu heilen (...).

[Im vorliegenden Fall wird die Anscheinsvollmacht abgelehnt.]



4. Vertreter ohne Vertretungsmacht

Pro memoria (**Video 7**)

Grundsatz: Alle Wirkungen der Erklärung des Vertreters treten unmittelbar beim Vertretenen ein. Das Verhalten des Vertreters ist dem Vertretenen zuzurechnen.

Sonderfall: *falsus procurator* (fehlende Vertretungsmacht)

- Geschäfte bedürfen zur Wirksamkeit der Genehmigung des Vertretenen (Art. 38 Abs 1 OR);
- ohne Genehmigung
 - Haftung des Vertreters auf negatives Interesse (Art. 39 OR)
 - Exkulpation: Dritter wusste, dass keine Vollmacht vorliegt (Art. 39 Abs.1 OR)
 - Reduktion: Dritter hätte wissen müssen, dass keine Vollmacht vorliegt



BGEs

- BGE 120 II 197 (Anscheinsvollmacht und Vertrauenshaftung)
- BGE 95 II 221 (Haftung des *falsus procurator*)



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Obligationenrecht I

Abschnitt: Drittbeziehungen

Abtretung

Prof. Dr. Alessia Dedual (Lehrstuhl für Privatrecht, mit Schwerpunkt Obligationenrecht, Rechtsvergleichung sowie Recht und Ökonomik)

28.11.2022



Einführungsfall Forderungsabtretung

Durch Urkunde vom 23.04.2022 trat H der W eine Darlehensforderung ab, die H gegen S zusteht in Höhe von CHF 10'000.

S, der für längere Zeit im Ausland weilte, wurde darüber nicht informiert.

Ende 2022 überwies S einen Teilbetrag von CHF 5'000 auf das Konto des H. Mit Wirkung zum 31.01.2023 wird die Rückzahlung des Darlehens fällig.

W informierte S mit Schreiben vom 15.01.2023 über die Abtretung und verlangte die fristgerechte Zahlung von CHF 10'000 auf ihr Konto.

Wie ist die Rechtslage?



Inhalt Abtretung

1. Kennzeichen der Abtretung
2. Abtretung als Verfügung
3. Voraussetzungen der Zession
4. Sonderfälle der Zession
5. Rechtsfolgen der Abtretung
6. Pro memoria: Schuldnerschutz im Zessionsrecht (vgl. **Video 7a**)
7. Gewährleistung durch den Zedenten



1. Kennzeichen der Abtretung (I)

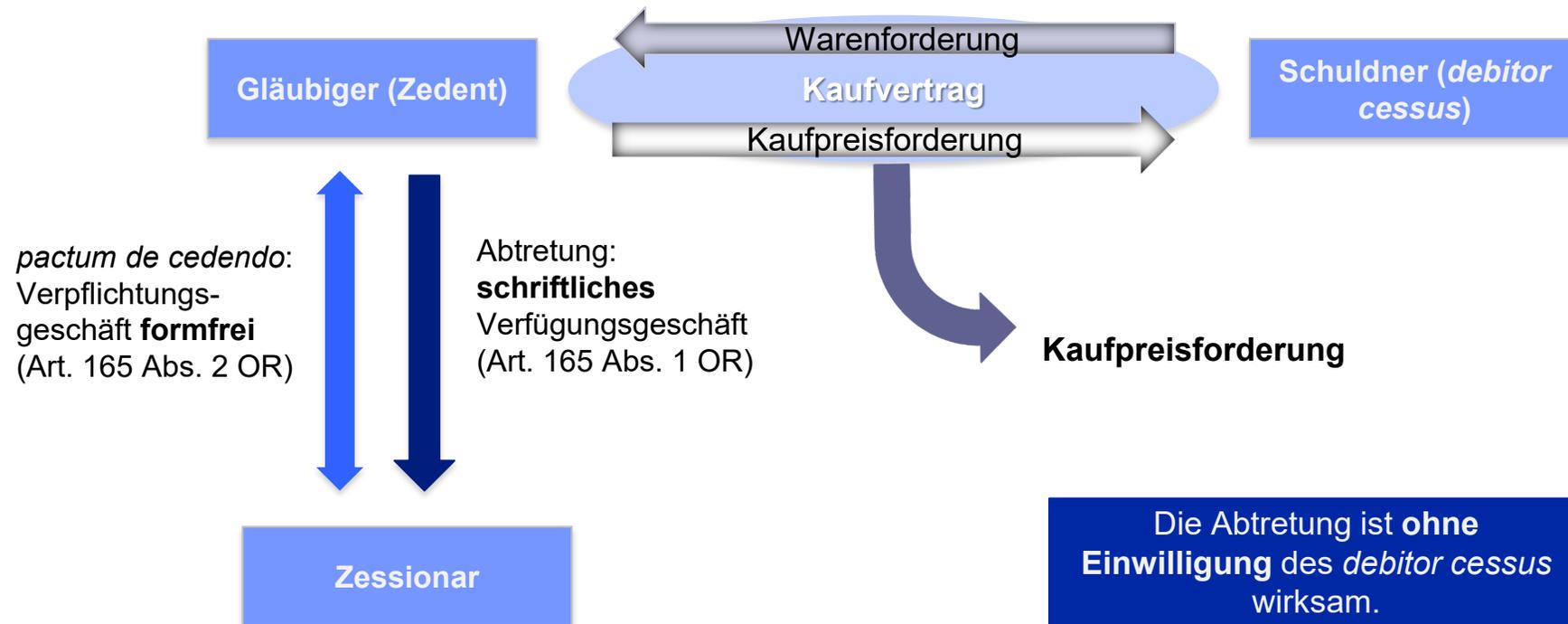
Art. 164–174 OR

Gläubiger (Zedent) überträgt eine Forderung ohne Mitwirkung des Schuldners auf einen anderen Gläubiger (Zessionar), der aufgrund der Abtretung an die Stelle des Zedenten tritt.

Schuldrechtliche Verfügung

Gesetzliche Regelung → Schuldnerschutz

1. Kennzeichen der Abtretung (II)





1. Kennzeichen der Abtretung (III)

Abgrenzungen:

- zur Stellvertretung (**Art. 32 ff. OR**): Dritter kann ermächtigt werden, die Forderung einzuziehen; er wird nicht Inhaber der Forderung
- zum echten Vertrag zugunsten Dritter (**Art. 112 Abs. 2 OR**): Dritter wird forderungsberechtigt, aber nicht Partei
- zur externen Schuldübernahme (**Art. 176 ff. OR**): Dritter tritt an die Stelle des Schuldners, der durch diesen Vertrag befreit wird:
Substitution des Schuldners, nicht des Gläubigers
- Anweisung (**Art. 466 ff. OR**): Doppelermächtigung, die nur die Modalitäten der Leistungsabwicklung definiert



2. Abtretung als Verfügung (I)

direkte Änderung der Forderungszuständigkeit (Zedent auf Zessionar)

Verfügung durch «Vertrag»

- muss alle Voraussetzungen für wirksamen Vertragsschluss erfüllen
- muss schriftlich sein, Art. 165 Ab. 1 OR

NB:

- Dem Verfügungsvertrag liegt ein Verpflichtungsgeschäft (*pactum de cedendo*) zugrunde, z.B. ein Kauf-, Schenkungs- oder Leasingvertrag
- Erfüllt der Zedent dieses Verpflichtungsgeschäft nicht, kann der Zessionar nach Art. 97 Abs. 1 OR auf Abtretung klagen



2. Abtretung als Verfügung (II)

Abstrakte oder kausale Verfügung?

- Abstraktion: Wirksamkeit der Verfügung unabhängig von der Wirksamkeit des Grundgeschäftes
- Kausalität: Wirksamkeit der Verfügung nur bei Wirksamkeit des Grundgeschäftes

Für die Abtretung: Frage der Abhängigkeit der Abtretung vom *pactum de cedendo* (= *causa*)

- abstrakt: Abtretung ist auch dann wirksam, wenn *pactum de cedendo* unwirksam (dann Rückabwicklung der Abtretung über Art. 62 ff. OR)
- kausal: Abtretung ist unwirksam, wenn *pactum de cedendo* unwirksam (dann keine Rückabwicklung nötig)



2. Abtretung als Verfügung (III)

Abstraktion: Verkehrsschutz

- v.a. bei Kettenabtretungen ist für den Letztempfänger nicht nachvollziehbar, welche Mängel möglicherweise im Innenverhältnis der Parteien vorliegen.
- v.a. weil es keinen gutgläubigen Erwerb der Forderung gibt

Kausalität: Einheitlichkeit der Rechtsordnung

- Kausalitätsprinzip im Sachenrecht (Eigentumsübertragung)
- Schutz des Verkehrs (bzw. des Schuldners) über die schuldnerschützenden Vorschriften ausreichend



2. Abtretung als Verfügung (IV)

BGE 95 II 109, S. 110: Der jüdische Bankdirektor Leo Keppich besass seit 1927 bei der Schweizerischen Bankgesellschaft (SBG) ein Konto, das 1932 in ein Nummernkonto umgewandelt wurde. Die SBG bezahlte daraus die Prämien einer Lebensversicherung, die Keppich im Jahre 1928 mit der Basler-Lebensversicherungsgesellschaft abgeschlossen hatte, und nahm im Jahre 1947 die zur Zahlung fällig gewordene Versicherungssumme entgegen. Im Juli 1948 gelangte Elemer Fogel, der Bruder der Ehefrau Keppichs, im Namen seiner Eltern Lajos und Matild Fogel-Fried, an die SBG und verlangte die Auszahlung des Kontos. Auf Grund beigebrachter Urkunden soll Keppich im Jahre 1943 in Auschwitz umgekommen, seine Ehefrau am 18. Juni 1944 in Bacsalmas gestorben und ihre Eltern die alleinigen Erben sein. Gestützt darauf zahlte die SBG das Guthaben Keppichs am 27. Oktober 1949 mit Fr. 33 481.– und – nach ihrer Darstellung – am 23. November 1949 mit Fr. 15 057.– an Fogel aus. Im April 1958 teilte Dezsö Poljak der SBG mit, Keppich habe ihm das Guthaben in den Jahren 1943/44 abgetreten. Als die SBG erklärte, sie habe es bereits ausbezahlt, und weitere Verhandlungen erfolglos blieben, erstattete Poljak am 11. Februar 1959 Strafanzeige gegen Unbekannt. Am 19. September 1961 klagte Poljak gegen die SBG auf Zahlung von Fr. 33 481.– nebst Zins zu 5% seit 27. Oktober 1949 und Fr. 15 507.– nebst 5% Zins seit 23. November 1949.



2. Abtretung als Verfügung (V)

BGE 95 II 109, S. 111f.:

[Abtretung fand in Ungarn statt und möglicherweise unter Bedingungen, die eine Übervorteilung nach Art. 21 OR darstellen], aber:

Es ist somit nicht nachgewiesen, dass der Kläger bei Abschluss des Kaufvertrages die Notlage, Unerfahrenheit oder den Leichtsinns Keppichs gekannt, also die Möglichkeit der Übervorteilung bewusst zu seinen Gunsten ausgenützt hat. Unter diesen Umständen kann wie in BGE 84 II 363/64 offen bleiben, ob die Abtretung einen gültigen Rechtsgrund voraussetzt.



3. Voraussetzungen der Zession (I)

Überblick:

- a. Verfügungsmacht des Zedenten
- b. Einhaltung der Form (**Art. 165 OR**)
- c. Abtretbarkeit der Forderung (**Art. 164 OR**)
- d. Bestimmbarkeit der Forderung
- e. Schranke des Art. 27 Abs. 2 ZGB



3. Voraussetzungen der Zession (II)

- a. Verfügungsmacht des Zedenten
 - Zedent muss **verfügungsbefugt** sein (auch mittels Stellvertretung im fremden Namen möglich)
 - Verfügungsmacht fehlt dem Forderungsinhaber nach Eröffnung des Konkurses, Art. 204 Abs. 1 SchKG
 - Bei Mehrfachzession der gleichen Forderung: Unwirksamkeit der folgenden Abtretungen mangels Verfügungsbefugnis (**Prioritätsprinzip**)



3. Voraussetzungen der Zession (III)

b. Einhaltung der Form

- Art. 165 Abs. 1 OR: einfache Schriftform für Verfügungsvertrag (nicht für *pactum de cedendo*)
- Schriftlichkeit bezieht sich auf wesentliche Punkte des Geschäfts, insb. Bezeichnung der Forderung und Dokumentation des Abtretungswillens
- Rechtsgrund muss nicht angegeben werden
- Zedent muss Urkunde unterzeichnen; Zessionar nicht (arg. Art. 13 Abs. 1 OR analog)
- Formverstoss führt zur Unwirksamkeit (Art. 11 Abs. 2 OR); Übergabe der Urkunde ist kein Formerfordernis



3. Voraussetzungen der Zession (IV)

c. Abtretbarkeit der Forderung

Grundsatz in Art. 164 OR: alle Forderungen sind abtretbar; auch Teilforderungen (wenn Forderung teilbar ist)

Ausnahmen aus **Gesetz**, **Vereinbarung** und der **Rechtsnatur** der Forderung:

- Gesetz: Art. 325 Abs. 2 OR, Art. 776 Abs. 2 ZGB
- Vereinbarung (*pactum de non cedendo*)
- Rechtsnatur: Gestaltungsrechte (Nebenrecht, das nicht selbständig abgetreten werden kann); höchstpersönliche Rechte, z.B. Unterhalt



3. Voraussetzungen der Zession (V)

c. Abtretbarkeit der Forderung

Ausnahme: Ausschluss der Abtretbarkeit durch *pactum de non cedendo* = ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung, dass eine Forderung nicht abgetreten werden darf → **Abtretungsverbot**

- Zeitpunkt: Entstehen der Forderung
- Grenze: **Art. 27 Abs. 2 ZGB** (bei pauschalen Abtretungsverboten)
- Rechtsfolge ist die Ungültigkeit der Abtretung, Ausnahme: Gutgläubenschutz des Zessionars nach **Art. 164 Abs. 2 OR**



3. Voraussetzungen der Zession (VI)

d. Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Forderung

Forderung muss nach

Schuldner, Höhe und Rechtsgrund

individualisierbar sein

→ Relevanz: Abtretung zukünftiger Forderungen

BGer: wenn die abzutretende Forderung hinsichtlich Person des Schuldners, Höhe und Rechtsgrund bestimmbar ist; dabei kann auch auf das *pactum de cedendo* zurückgegriffen werden (BGE 113 II 163).

a.A.: auch für Forderungsabtretung ist Publizität und Rechtssicherheit notwendig; **Bestimmbarkeit genügt nicht.**



3. Voraussetzungen der Zession (VII)

d. Bestimmbarkeit der Forderung

Hintergrund: Zeitpunkt des Rechtserwerbs durch den Zessionar

- ist entscheidend für Zurechnung der Forderung zum Vermögen des Zessionars oder des Zedenten (z.B. im Konkurs)

- **Durchgangstheorie**, h.L.: eine als künftige Forderung abgetretene Forderung entsteht in der Person des Zedenten («juristische Sekunde») und geht dann auf den Zessionar über

- **Unmittelbarkeitstheorie**: die als künftige Forderung abgetretene Forderung entsteht von vornherein in der Person des Zessionars



3. Voraussetzungen der Zession (VIII)

e. Grenze des Art. 27 Abs. 2 ZGB

«Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.»

- im Abtretungsrecht, v.a. bei Abtretung mehrerer Forderungen (oder aller Forderungen, «Globalzession») zu beachten
- Rechtsfolgen des Verstosses str.
 - BGer: alle Abtretungen sind unwirksam
 - a.A.: Teilunwirksamkeit (d.h. Aufrechterhaltung einiger Abtretungen), wenn diese «Herabsetzung» von Parteiwillen getragen und mit Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar (vgl. Art. 20 Abs. 2 OR)



4. Sonderfälle der Zession (I)

Globalzession

= Abtretung einer unbestimmten Vielzahl von gegenwärtigen und künftigen Forderungen (Vorausabtretung) durch ein einziges Rechtsgeschäft

- Anwendungsfälle, z.B. Kreditsicherung oder Factoring
- Verschiedene Rechtsprobleme

→ Vorausabtretung: Bestimmtheitsgrundsatz (Bestimmbarkeit der Forderungen)

→ Sittenwidrigkeitsvorwurf wegen Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Schuldners

BGE 112 II 433



4. Sonderfälle der Zession (II)

BGE 112 II 433, S. 433 f.:

Von 1978 bis 5. März 1980 mietete S. von der P. AG drei Personenautos. Als Sicherheit zederte er ihr seine sämtlichen gegenwärtigen und künftigen Guthaben und Forderungen. Im Januar 1980 wurde über S. der Konkurs eröffnet, wobei die P. AG zu Verlust kam. Diese trat in der Folge ihre Forderung samt Nebenrechten an die W. Inkasso AG ab. Am 7. Februar 1983 wandte sich die W. Inkasso AG an A. als Arbeitgeber von S.; sie gab ihm von der Lohnzession Kenntnis und forderte ihn auf, den das Existenzminimum von S. übersteigenden Betrag, einstweilen Fr. 1'400.– monatlich, an die W. Inkasso AG abzuliefern. Auf deren Wunsch setzte das zuständige Betreibungsamt den Notbedarf der Familie S. auf Fr. 3'410.– fest. Im November 1983 klagte die W. Inkasso AG beim Bezirksgericht Zürich gegen A. auf Zahlung von Fr. 13'464.05, entsprechend der Restschuld von S. aus Automiete.



4. Sonderfälle der Zession (III)

BGE 112 II 433, S. 436 f.: Die vorliegend streitige Abtretung ist eine zeitlich und gegenständlich unbeschränkte Totalzession; mit den leicht abweichenden Formulierungen der aufeinanderfolgenden Abtretungserklärungen wurden alle gegenwärtigen und künftigen Guthaben und Forderungen erfasst und namentlich Lohn, Erwerb, Provisionen, Spesen, Zinsen, Renten, Bankguthaben usw. aufgeführt. Die Klägerin sieht zwar im Vorbehalt des betriebsrechtlichen Notbedarfs, der vorerst in der Zession enthalten war (...), eine Einschränkung; der Eingriff in die wirtschaftliche Freiheit des Zedenten wird aber nicht dadurch geheilt, dass ihm wenigstens das Existenzminimum gewahrt bleibt. Angewandt auf den vorliegenden Fall ergibt sich daher die Nichtigkeit der streitigen Abtretungserklärung wegen Verstosses gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB. Das steht durchaus im Einklang mit den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens, vermeidet doch gerade die Bankpraxis derartige umfassende Zessionen durch Beschränkungen auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb oder Kundenkreis.



4. Sonderfälle der Zession (IV)

«Fiduziarische Abtretung»

= Parteien vereinbaren, dass der Zessionar (Fiduziar) die Forderung nur so verwenden darf, wie im Vertrag vorgesehen

- nach aussen vollständige Verfügungsmacht («**Können**»), nach innen vertraglich gebunden («**Dürfen**»)
- Rechtsfolgen des Verstosses: **Art. 97 OR** und **Art. 397 OR Vertragsverletzung**
- Kombination mit Sicherungszession (Globalzession) möglich, z.B. Inkassoabtretungen (Fiduziar zieht die abgetretenen Forderungen ein und leitet sie an Fiduzianten weiter)



4. Sonderfälle der Zession (V)

Legalzession und/oder Übergang durch Richterspruch, Art. 166 OR = Forderung geht von Gesetzes wegen auf einen anderen Gläubiger über (kein Rechtsgeschäft)

- grds. formfrei (Art. 165 OR ist nicht anwendbar)
- Anwendungsfälle: Subrogation (Art. 70 Abs. 3 OR, Art. 110 OR, Art. 149 OR und Art. 401 OR)
- Zession auch durch Urteil möglich

→ Art. 164 ff. OR sind analog auf diese Zessionen anwendbar (ausser: Art. 165 OR und Art. 173 Abs. 2 OR).



4. Sonderfälle der Zession (VI)

Abtretung **zahlungshalber** und **an Zahlungs statt**:

- **zahlungshalber** = Zessionar zieht den tatsächlich erhaltenen Betrag von der Schuld des Zedenten ab (Art. 172 OR)
- **an Zahlungs statt** = durch die Abtretung erlischt die Schuld des Zedenten: Überschuss oder Minus verbleiben beim Zessionar; Haftung des Zedenten nach Art. 171 Abs. 1 OR und Art. 173 Abs. 1 OR



5. Rechtsfolgen der Abtretung

a. Forderungsübergang

- Zessionar wird neuer Gläubiger des Schuldners
- bei zukünftigen Forderungen erst mit Entstehen der Forderung (s.o.)

b. Vorzugs- und Nebenrechte (Art. 170 Abs. 1 OR)

- Art. 170 Abs. 1 OR ist **dispositiv**
- Vorzugsrechte, z.B. Konkursprivilegien (Art. 146 SchKG und Art. 219 SchKG)
- Nebenrechte: Recht auf Zinsen, Sicherungsrechte, auch Gestaltungsrechte als Annex zur Forderung (str.)



6. Schuldnerschutz

Pro memoria (vgl. **Video 7a**):

Schuldnerschutz als Gegengewicht zur einseitigen Rechtsmacht des Gläubigers:

- a. **Notifikation** (Art. 167 OR): nach Notifikation kann der Schuldner befreiend an den Zessionar leisten; bis zur Notifikation kann der Schuldner befreiend an den Zedenten leisten; str. Zugangsprinzip oder Kenntnisnahme.
- b. **Prätendentenstreit** (Art. 168 OR): Erlaubnis an den Schuldner, sich durch Hinterlegung zu befreien.
- c. **Einreden und Einwendungen** (Art. 169 Abs. 1 OR): Schuldner kann dem Zessionar Einreden und Einwendungen, die er gegenüber dem Zedenten hat, entgegenhalten.
- d. **Verrechnung gegenüber dem Zessionar** (Art. 169 Abs. 2 OR): Der Schuldner bewahrt das Verrechnungsrecht aus dem Verhältnis zum Zedenten auch im Verhältnis zum Zessionar, sofern die Forderung nicht nach der abgetretenen Forderung fällig wird.



7. Gewährleistung durch den Zedenten (I)

Art. 171–173 OR

- Gewährleistung richtet sich nach *pactum de cedendo*
- gesetzliche Regelung der zessionsrechtlichen Gewährleistung sind dispositiv; dennoch Vorrang vor BT-Normen (Grenze: Art. 100 Abs. 1 OR und Art. 199 OR)
- Gewährleistung ist für entgeltliche und unentgeltliche Abtretung unterschiedlich ausgestaltet



7. Gewährleistung durch den Zedenten (II)

Entgeltliche Abtretung, Art. 171 Abs. 1 und Abs. 2 OR

- Zedent haftet für **Verität** (= Bestehen der Forderung) im Zeitpunkt der Abtretung
- Haftung auch für Verschlechterungen der Forderungen nach Abtretung, aber vor Notifikation
- Art. 20 Abs. 1 OR findet keine Anwendung auf Abtretung nicht existierender Forderung

NB: Keine gesetzliche Haftung für **Bonität** (= Zahlungsfähigkeit des Schuldners, aber Vereinbarung möglich [Art. 171 Abs. 2 OR])



7. Gewährleistung durch den Zedenten (III)

Unentgeltliche Abtretung

- keine Haftung für **Verität** der Forderung (Art. 171 Abs. 3 OR)
- keine Haftung für **Bonität** des Schuldners (Art. 171 Abs. 2 OR)

NB: keine Haftung für Verität und Bonität bei der Legalzession, vgl. Art. 173 Abs. 2 OR



BGEs

- BGE 95 II 109 (abstrakter oder kausaler Charakter der Abtretung)
- BGE 112 II 433 (Sittenwidrigkeit der Abtretung)
- BGE 113 II 163 (Globalzession)



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Obligationenrecht I

Abschnitt: Drittbeziehungen

Vertrag zugunsten Dritter

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux (Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung)

04.12.2023



Einführungsfall Vertrag zugunsten Dritter

D betreibt einen Kanarienvogelhütendienst und hat seit einiger Zeit finanzielle Schwierigkeiten. Zur Vermeidung eines Konkurses trifft er mit dem Hauptgläubiger, der Bank K, folgende aussergerichtliche Vereinbarung:

«D wird die bestehenden Aussenstände schrittweise abbauen und monatlich CHF 1'000 zur Ablösung des Kredites zahlen; im Gegenzug sieht K von der Betreibung ab und verzichtet auch auf die Forderung, die aus einer Bürgschaft gegen G zusteht.»

Ist die Vereinbarung mit Blick auf G wirksam?



Inhalt Vertrag zugunsten Dritter

1. Begriff und Funktion
2. Unechter Vertrag zugunsten Dritter
3. Echter Vertrag zugunsten Dritter



1. Begriff und Funktion (I)

Verträge zugunsten Dritter, Art. 112 f. OR

Der Versprechende, auch Promittent, verpflichtet sich gegenüber dem Versprechensempfänger, auch Promissar, **die geschuldete Leistung an einen Dritten zu erbringen**, der nicht selbst Vertragspartner ist.

Abgrenzungen:

- von der Anweisung (Art. 466 ff. OR): der Angewiesene ist nicht zur Leistung verpflichtet, sondern regelmässig nur ermächtigt.
- zur Stellvertretung (Art. 32 ff. OR): der Versprechensempfänger handelt in eigenem Namen, nicht in fremden Namen des Dritten.



1. Begriff und Funktion (II)

Arten des Vertrages zugunsten Dritter:

Echter Vertrag zugunsten Dritter	Unechter Vertrag zugunsten Dritter
Art. 112 Abs. 2 OR: Der Dritte kann selbständig die Erfüllung fordern	Art. 112 Abs. 1 OR: Der Dritte kann <u>nicht</u> selbständig die Erfüllung fordern

Zuordnung erfolgt nach Parteiwille und Übung, Art. 112 Abs. 2 OR



2. Unechter Vertrag zugunsten Dritter (I)

Art. 112 Abs. 1 OR

- Allein der Versprechensempfänger ist berechtigt, die Erfüllung – an den Dritten – zu verlangen.
- Dritter hat kein eigenes Forderungsrecht, sondern ist nur zur Entgegennahme der Leistung ermächtigt.
- **freie Widerruflichkeit** der Drittbegünstigung (str.), Bsp.: Art. 175 OR Schuldübernahme



2. Unechter Vertrag zugunsten Dritter (II)

Nichterfüllung

- nur Versprechensempfänger darf gegen den Versprechenden vorgehen
- Schadenersatz erfasst auch den Schaden des Dritten (Drittschadensliquidation mit Auskehr an den Dritten)

Schlechterfüllung

- Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht
- Mangelfolgeschaden des Dritten
- eigenes Forderungsrecht des Dritten (h.L.)



3. Echter Vertrag zugunsten Dritter (I)

Art. 112 Abs. 2 OR

- Der Dritte ist **selbständig** berechtigt, vom Versprechenden die Erfüllung zu fordern.
- Dritter ist Gläubiger, ohne am Vertragsschluss beteiligt zu sein.
- Kenntnis vom Vertragsschluss ist nicht erforderlich, **analog Art. 241 Abs. 1 OR**: Ablehnungsrecht

Bsp.: Chartervertrag zwischen Fluggesellschaft und Reiseveranstalter im Verhältnis zum Reisenden.



3. Echter Vertrag zugunsten Dritter (II)

Rechtsstellung **des Dritten**:

- Forderung der **Leistung, Erfüllung**
- Geltendmachung aller Rechte aus der Gläubigerstellung
z.B. Inverzugsetzung (Art. 102 OR), Wahlrechtsausübung (Art. 107 Abs. 2 OR), Schadenersatz (Art. 97 Abs. 1 OR)

Nicht: Rechte, die den **Bestand und Inhalt** des Vertrages betreffen, wie z.B. Geltendmachung von Willensmängeln, Ausübung von Gestaltungsrechten



3. Echter Vertrag zugunsten Dritter (III)

Rechte des **Versprechensempfängers**:

- Widerruf durch Versprechensempfänger ist beschränkt (Art. 112 Abs. 3 OR)
- Keine Verrechnung des Schuldners gegenüber dem Versprechensempfänger (Art. 122 OR)
- Einreden und Einwendungen aus dem Verhältnis zum Dritten, z.B. Stundungsabrede, Verrechnung



BGEs

- BGE 86 II 256 (Übung und Vertragswille)
- BGE 88 II 350 (Abgrenzung Stellvertretung – Vertrag zugunsten Dritter)



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Obligationenrecht

Abschnitt: Drittbeziehungen

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter/Vertrauenshaftung

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux (Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung)

05.12.2023



Einführungsfall

J und I sind Eltern von 5 Kindern. Da sie keine weiteren Kinder mehr wünschen, lässt I bei sich eine Vasektomie vornehmen. Da der sterilisierende Arzt O vergisst, I darüber aufzuklären, dass die definitive Zeugungsunfähigkeit erst nach Erstellung eines SpermioGRAMMS 4 Wochen nach dem Eingriff feststeht, haben J und I in der Folge ungeschützten Geschlechtsverkehr. Neun Monate später wird der gesunde C geboren, das sechste Kind der Eheleute.

Die Frau des J verlangt von O Schadenersatz aus dem Sterilisationsvertrag zwischen O und ihrem Mann.

Wie ist die Rechtslage?



Inhalt Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

1. Zur Rechtsfigur Vertrag mit Schutzwirkung
2. Pro memoria «Vertrauenshaftung» (**Video 8**)



1. Zur Rechtsfigur Vertrag mit Schutzwirkung (I)

Idee: ein Dritter wird in den Schutz des Vertrages miteinbezogen = Schliessung einer Schutzlücke zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung.

Voraussetzungen:

- **Leistungsnahe** (Dritter kommt bestimmungsgemäss mit der Hauptleistung des Vertrags in Berührung)
- **Schutzinteresse** des Gläubigers («Wohl und Wehe» für den Dritten; v.a. familienrechtliche, zunehmend aber auch wirtschaftliche Erwägungen; nicht mehr notwendig Interessengleichlauf)
- **Erkennbarkeit** für den Vertragspartner des Gläubigers

Rechtsfolge: (quasi-)vertragliche Schadenersatzansprüche des Dritten



1. Zur Rechtsfigur Vertrag mit Schutzwirkung (II)

Vorteile der vertraglichen Haftung im Vergleich mit dem Haftpflichtrecht

Vertragliche Schadenshaftung	Deliktische Schadenshaftung
<ul style="list-style-type: none">• Beweislastumkehr für Verschulden (Art. 97 Abs. 1 OR)• volle Haftung für reine Vermögensschäden• Haftung für Hilfspersonen (Art. 101 OR)• Verjährungsfrist (Art. 127 Abs. 1 OR): 10 Jahre	<ul style="list-style-type: none">• Keine Beweislastumkehr für Verschulden (Art. 41 Abs. 1 OR)• eingeschränkte Haftung für reine Vermögensschäden• Entlastungsmöglichkeit für Gehilfen (Art. 55 OR)• Verjährungsfrist (Art. 60 Abs. 1 OR): 3 Jahre ab Kenntnis, 10 Jahre absolut



1. Zur Rechtsfigur Vertrag mit Schutzwirkung (III)

Voraussetzungen:

1. Näheverhältnis zwischen Gläubiger und Drittem sowie Leistungsnähe zum Vertrag
2. Schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten in den vertraglichen Schutzbereich
3. Erkennbarkeit beider Kriterien für den Schuldner
4. Erfüllung aller Voraussetzungen der vertraglichen Haftungsnorm (z.B. **Art. 97 Abs. 1 OR**)



1. Zur Rechtsfigur Vertrag mit Schutzwirkung (IV)

Abgrenzungen:

Vom Vertrag zugunsten Dritter (**Art. 112 OR**)

- Vertrag zugunsten Dritter entsteht durch **Vereinbarung**, evtl. konkludent
- Vertrag zugunsten Dritter bezieht sich auf die Primärleistung
- Schutzwirkung zugunsten Dritter entsteht **von Rechts wegen**, aufgrund der besonderen Situation

Drittschadensliquidation

- Der Gläubiger, der selbst keinen Schaden erlitten hat, darf den **Schaden des Dritten** geltend machen, weil die Schadensverlagerung zufällig ist.
- Schutzwirkung zugunsten Dritter beruht nicht auf Zufall, sondern auf **Näheverhältnis** und Interesse



1. Zur Rechtsfigur Vertrag mit Schutzwirkung (V)

Anerkennung in der Schweiz?

h.L.:

- Institut ist geeignetes Hilfsmittel, um Schutzbedürfnis nahestehender Dritter zu befriedigen.
- jedenfalls für Situationen, in denen es um den Einbezug von Schutzbefohlenen in einen fremden Vertrag geht
- str. für Situationen konträrer Interessenlage (Gutachterhaftung)

BGer:

- keine explizite Anerkennung des Instituts;
- Gutachterfälle meist als Vertrauenshaftung: BGE 130 III 345; BGE 121 III 310



2. Vertrauenshaftung (I)

Vertrauenshaftung als Topos in der Rechtsprechung

- einerseits: Oberbegriff für quasi-vertragliche Haftung (*culpa in contrahendo*, Haftung von Beratern und Stellvertretern aus dem Vertragsschlussverhältnis)
- andererseits: Vergleichbarkeit der Vertrauenshaftung mit der Rechtsscheinhaftung (nicht allgemein gesetzlich anerkannt, sondern einzelne Tatbestände sind kodifiziert; generelle Voraussetzungen:
 - (a) Setzung eines Rechtsscheintatbestandes, (b) Vertrauen eines Dritten auf den Rechtsschein, (c) Investitionen des Dritten auf den Rechtsschein, (d) Zurechenbarkeit des Rechtsscheins, (e) Zumutbarkeit der Haftung

Problematik des Terminus

- Doppeldeutigkeit (quasi-vertragliche Haftung und Rechtsschein sind verschiedene Rechtsgedanken); fehlende Klarheit hinsichtlich Voraussetzungen und Rechtsfolgen



2. Vertrauenshaftung (II)

BGE 130 III 345, S. 346: A. (der Beklagte) ist Architekt und ein in der Gegend anerkannter Liegenschaftenschätzer. Er verfasste im Jahre 1994 im Auftrag der Eigentümer einen Schätzungsbericht über die Liegenschaft D. in C. Darin finden sich keine Hinweise auf Mängel der Liegenschaft. In der Absicht, das Haus zu verkaufen, liessen die Eigentümer den Schätzungsbericht samt der Verkaufsdokumentation den Kaufsinteressenten E. und S. B. (den Klägern) zukommen. Diese erwarben die Liegenschaft am 21. November 1996. Kurz nach dem am 1. März 1997 erfolgten Besitzantritt wurden die Kläger gewahr, dass sich beim Vordach Probleme stellen könnten (...). Die beigezogenen Holzbaufachleute stellten in ihrer Expertise vom 27. August 1997 Mängel betreffend Dachkonstruktion, Vordach, Statik und Feuchtigkeit im Keller fest. (...) Die Kosten für die Sanierung dieser und weiterer, hier nicht interessierender Mängel wurden auf insgesamt Fr. 63'900.– veranschlagt. Die Kläger liessen den Beklagten wissen, dass sie ihn – neben den Verkäufern und dem Architekten, der das Haus umgebaut hatte – für die Schäden haftbar machen würden. Der Beklagte lehnte seine Haftung ab. Mit Klage vom 5. Mai 1999 beantragten die Kläger dem Bezirksgericht Werdenberg, den Beklagten zu verpflichten, ihnen Fr. 68'228.65 nebst gestaffeltem Zins zu bezahlen.



2. Vertrauenshaftung (III)

BGE 130 III 345, S. 349: Die Haftung aus erwecktem Vertrauen (...), ist zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt. Es handelt sich dabei um die Haftung eines vertragsfremden Dritten, bei welcher das von diesem erweckte Vertrauen die Rechtsgrundlage eines Schadenersatzanspruchs bildet, wenn es anschliessend enttäuscht wird. Schutzwürdiges Vertrauen setzt ein Verhalten des Schädigers voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen des Geschädigten zu wecken (...). Trifft der Geschädigte sich als nachteilig erweisende Dispositionen, hat der Schädiger für den Schaden einzustehen, sofern und soweit die nicht verwirklichte Erwartung dafür adäquat kausal war. Die Haftung aus erwecktem und enttäuschem Vertrauen setzt voraus, dass die Beteiligten in eine so genannte "rechtliche Sonderverbindung" zueinander getreten sind, welche erst rechtfertigt, die aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) hergeleiteten Schutz- und Aufklärungspflichten greifen zu lassen (...). Eine derartige Sonderverbindung entsteht aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten der in Anspruch genommenen Person. Ein zufälliges und ungewolltes Zusammenprallen, wie es im Regelfall einer auf Fahrlässigkeit gründenden Deliktshaftung eigen ist (...), schafft dagegen keine derartige Sonderverbindung.



2. Vertrauenshaftung (IV)

BGE 130 III 345, S. 352: Der Beklagte konnte zwar nicht völlig ausschliessen, dass das von ihm erstellte Gutachten von irgendwelchen Personen in irgendeinem Zusammenhang zu einem späteren Zeitpunkt einmal eingesehen werden könnte. Allein die Möglichkeit einer zufälligen Kenntnisnahme vom Gutachten genügt aber nicht zur Begründung der Vertrauenshaftung. (...) Auch liegen keine Anhaltspunkte vor, die darauf hindeuten, dass der Beklagte von den Klägern hätte wissen müssen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass zwischen den Parteien zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens keine Verbindung bestand, die ein legitimes Vertrauen der Kläger in die Richtigkeit des vom Beklagten erstellten Gutachtens hätte begründen können. (...) Eine Vertrauensbasis hätte das Gutachten höchstens gegenüber der Bank darstellen können, wenn diese gestützt auf im Gutachten enthaltene falsche Angaben nachteilige Dispositionen getroffen hätte. Das Gutachten zirkulierte aber im zeitlichen Abstand von zwei Jahren innerhalb eines Personenkreises, der mit dem ursprünglichen Zweck des bestellten Gutachtens nichts mehr zu tun hatte. Diese Personen, von denen der Beklagte nichts wusste und nichts wissen musste, waren nicht berechtigt, sich auf die Richtigkeit der Angaben im Gutachten zu verlassen.



BGEs

- BGE 92 II 10, S. 12 (Einreden/Einwendungen aus dem Vertrag)
- BGE 132 V 127, S. 145 f. (Ausschluss der Verrechnung)
- BGE 130 III 345, S. 348 (Vertrag mit Schutzwirkung, «Liegenschafts-Fall»)



Obligationenrecht I

Abschnitt Drittbeziehungen

Schuldübernahme / Vertragsübernahme

Prof. Dr. Alessia Dedual (Lehrstuhl für Privatrecht mit Schwerpunkt Obligationenrecht,
Rechtsvergleichung sowie Recht und Ökonomik)

11.12.2023



Inhalt Schuldübernahme/Vertragsübernahme

1. Schuldübernahme intern
2. Schuldübernahme extern
3. Vertragsübernahme
4. Vertragsbeitritt



Einstiegsfall Schuldübernahme

P ist Betreiber einer Gaststätte. Wegen ausstehender Pachtzinse vereinbart er mit seinem Freund F eine Schuldübernahme gegenüber dem Verpächter V. Am 15.06.2021 unterzeichnen V und F eine entsprechende Vereinbarung.

Als V den F Anfang 2022 auf Zahlung der Pachtzinse in Höhe von CHF 20'000 verklagt, erhebt F für einen Teil die Verjährungseinrede. In der Tat ist die Schuld des P in Höhe von CHF 10'000 verjährt.

Wie ist die Rechtslage?

Variante:

F übernimmt nicht nur die Pachtzinsen, sondern den Betrieb des P. An wen kann sich V halten, wenn F zahlungsunfähig ist?



1. Schuldübernahme intern (I)

Übernahme **einer** Schuld (Forderung) im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses

→ interne Schuldübernahme, Art. 175 OR

→ nicht das ganze Vertragsverhältnis betreffend, sondern nur eine Forderung

Beachte: besondere Fälle der Schuldübernahme (**Art. 181 OR**)



1. Schuldübernahme intern (II)

Befreiungsversprechen eines Dritten **gegenüber dem Schuldner**

- Keine Wirkung gegenüber Gläubiger; der Schuldner wird dadurch nicht befreit
- Erfüllung des Versprechens: externe Schuldübernahme durch den Dritten oder Erfüllung
- grundsätzlich formfrei
- Schuldner kann Sicherheitsleistung vom Dritten verlangen

Voraussetzungen:

- übertragbare Schuld (Ausnahme: Art. 68 OR)
- falls Schuld selbst formbedürftig, Formbedürftigkeit der Übernahme



1. Schuldübernahme intern (III)

Unterscheide:

kumulative Schuldübernahme = ein Dritter verspricht dem Gläubiger, als zusätzlicher Schuldner für die Erfüllung einer Verbindlichkeit des Schuldners solidarisch einzustehen.

- der Schuldner wird dadurch **nicht** befreit
- ist im Gesetz nicht geregelt: Innominatkontrakt
- Abgrenzung zur Bürgschaft (Art. 492 OR) notwendig



1. Schuldübernahme intern (IV)

Kumulative Schuldübernahme	Bürgschaft
<ul style="list-style-type: none">• formfreie Mitverpflichtung• Selbstständige Verpflichtung des Übernehmers• Freies Wahlrecht des Gläubigers zwischen Mitschuldnern• Eigenes Mitinteresse des Übernehmers	<ul style="list-style-type: none">• formgebundene Mitverpflichtung• Akzessorische Verpflichtung des Bürgen• Subsidiarität der Bürgenhaftung (grds.)• Altruistisches Tätigwerden des Bürgen• BGer: Im Zweifel Bürgschaft



2. Schuldübernahme extern (I)

Art. 176–180 OR

Situation: ein Dritter verpflichtet sich **vertraglich mit dem Gläubiger** dazu, eine Forderung des alten Schuldners zu übernehmen.

- Schuldner wird befreit
- Dritter wird verpflichtet (Art. 176 OR)
 - = Schuldnerwechsel (Art. 178 OR)

NB: Bei Dahinfallen des Übernahmevertrags lebt Verpflichtung des Altschuldners wieder auf (Art. 180 Abs. 1 OR).



2. Schuldübernahme extern (II)

Voraussetzungen:

- übertragbare Schuld
- gültiger Schuldübernahmevertrag zwischen Gläubiger und Neuschuldner
- Verfügungsmacht des Gläubigers über die Schuld

Beachte:

- Regeln über Annahme, Art. 177 OR
- Beteiligung des Schuldners nicht notwendig, Art. 176 Abs. 1 OR



2. Schuldübernahme extern (III)

Zusammenhang zwischen interner und externer Schuldübernahme:

- **Mitteilung** der internen Schuldübernahme gegenüber dem Gläubiger entspricht einem Angebot zum Abschluss einer externen Schuldübernahme (**Art. 176 Abs. 2 OR**).
- **Vorbehaltlose Annahme** der Leistung durch den Neuschuldner nach interner Schuldübernahme gilt als **Annahme** der externen Schuldübernahme durch den Gläubiger (**Art. 176 Abs. 3 OR**).



2. Schuldübernahme extern (IV)

Störungen: Bei Dahinfallen des Übernahmevertrags, z.B. durch Rücktritt oder Anfechtung wegen Willensmängeln

- Art. 180 Abs. 1 OR → Wiederaufleben der Verpflichtung und der Nebenrechte
- Art. 180 Abs. 2 OR → Gläubigerschutz
- Art. 179 Abs. 1 OR → Einreden und Einwendungen bleiben erhalten
- Art. 179 Abs. 2 OR → personenbezogene Einreden und Einwendungen stehen dem neuen Schuldner nicht zu (z.B. Art. 82 OR)
- Verzicht des früheren Schuldners auf Einreden wirkt gegen den Neuschuldner
- Schuldübernahme kann als Unterbrechung der Verjährung wirken (Art. 135 Ziff. 1 OR)



2. Schuldübernahme extern (V)

Abgrenzung von externer Schuldübernahme und Novation:

Externe Schuldübernahme	Novation
<ul style="list-style-type: none">• blosser Schuldnerwechsel• Fortbestehen von Nebenrechten zwischen Gläubiger und Neuschuldner (Art. 178 OR) <p><u>Ausnahmen:</u></p> <ul style="list-style-type: none">– Nebenrechte, die mit der Person des Schuldners verknüpft sind (Art. 178 Abs. 1 OR)– Pfandschuldner haften nur, wenn sie zugestimmt haben (Art. 178 Abs. 2 OR)– Art. 493 Abs. 5 OR für Bürgschaften	<ul style="list-style-type: none">• Schuldverhältnis wird auf eine neue Grundlage gestellt• Erlöschen aller Nebenrechte und Sicherheiten; keine Fortgeltung von Vereinbarungen, die für das ursprüngliche Schuldverhältnis getroffen wurden.



2. Schuldübernahme extern (VI)

Besondere Fälle der externen Schuldübernahme

- Übernahme eines **Vermögens** oder eines Geschäfts (Art. 181 OR)
 - Übernahme der Aktiva führt zum Erwerb der Passiva (Art. 181 Abs. 1 OR)
 - **Solidarhaftung** zwischen Altschuldner und Übernehmer (Art. 181 Abs. 2 OR)
- Erbteilung und Veräusserung verpfändeter Grundstücke (Art. 183 OR)
 - Miterben haften **solidarisch** (Art. 639 Abs. 1 ZGB)
 - Aufteilung möglich, aber Fortsetzung der Solidarhaftung (Art. 639 Abs. 2 ZGB)



3. Vertragsübernahme (I)

= **gesamtes** Vertragsverhältnis mit sämtlichen Rechten und Pflichten wird von einer bisher nicht beteiligten Person übernommen

- nicht nur Einzelforderung, sondern ganzes Schuldverhältnis
- nicht nur neuer Schuldner, sondern neuer Vertragspartner
- zweiseitiges Rechtsgeschäft, nur **zwischen ausscheidendem Vertragspartner und Übernehmer**

Voraussetzung: dreiseitiger Vertrag «sui generis» = Vertrag zwischen ausscheidender Vertragspartei, verbleibendem Vertragspartner und neuer Vertragspartei

→ alle Rechte, die mit dem Vertrag zusammenhängen, gehen auf den Übernehmer über (auch Gestaltungsrechte)



3. Vertragsübernahme (II)

NB: **gesetzliche** Vertragsübernahme

Vorgesehen zum Schutz der verbleibenden Vertragspartei

z.B. im **Miet-** und **Arbeits**recht: Art. 261 Abs. 1 OR, Art. 333 Abs. 1 OR

- Kauf bricht nicht Miete (Art. 261 Abs. 1 OR)
- spezielle Kündigungsrechte (Art. 333 Abs. 1 und 2 OR)
- Solidarhaftung (zeitlich begrenzt) (Art. 333 Abs. 3 OR)



4. Vertragsbeitritt

- = Ein Dritter tritt nachträglich auf Seiten einer Vertragspartei in ein bestehendes Vertragsverhältnis ein.
- nicht Ersatz eines Vertragspartners, sondern neu zwei Vertragspartner (Stichwort: Solidarität)
 - Zustimmung von Seiten der Partei wie der Gegenpartei und dem Dritten ist erforderlich



BGEs

- BGE 108 II 107 (Art. 181 Abs. 2 OR)
- BGE 129 III 702 (Schuldübernahme – Bürgschaft)



Obligationenrecht I

Abschnitt Drittbeziehungen

Beteiligte: Mehrheit von Schuldnern / Gläubigern

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux (Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung)

12.12.2023



Einführungsfall Mehrheit von Schuldern

V und W haben bei D ein Auto gekauft und dabei solidarische Haftung für den Kaufpreis in Höhe von CHF 40'000 vereinbart.

Wie ist die Rechtslage, wenn

1. D den W auf Zahlung der CHF 40'000 verklagt?
2. D gegenüber W einen Erlass im Sinne des Art. 115 OR erklärt?
3. sich herausstellt, dass W beim Vertragsschluss einem wesentlichen Irrtum unterlag, den er nun gegenüber D geltend macht?



Inhalt Mehrheit von Schuldner

1. Teilschuld
2. Einzelschuld: Solidarschuld (pro memoria, vgl. **Video 8a**)
3. Gemeinschaftliche Schuld
4. Mehrere Schuldner einer unteilbaren Leistung



1. Teilschuld

Teilschuld

Bsp.: Der Gläubiger kann aus einem Kaufvertrag von Schuldner 1 und Schuldner 2 je CHF 200 (insgesamt CHF 400) verlangen.

- identischer Entstehungsgrund der Schuld
- Verpflichtungen sind voneinander unabhängig
- i.d.R. anzunehmen, wenn teilbare Schuld auf mehreren Schuldnern lastet (str., a.A. Solidarschuld)



2. Einzelschuld: Solidarschuld (I)

Einzelschuld: Jeder Schuldner ist verpflichtet, die ganze Leistung zu erbringen; der Gläubiger kann die ganze Leistung von jedem einzelnen Schuldner ganz fordern.

- Solidarschuld: jeder Schuldner schuldet den gleichen Betrag zu identischen Modalitäten (Art. 143 ff. OR)
- Sonstige Fälle: unterschiedliche Modalitäten der Haftung, z.B. Bürgschaft (Art. 495 OR)

Solidarschuld ist umfassend geregelt: Art. 143–149 OR



2. Einzelschuld: Solidarschuld (II)

Pro memoria (vgl. **Video 8a**)

a. Begründung der Solidarschuld:

durch Vereinbarung (auch konkludent) oder von Gesetzes wegen (Art. 143 Abs. 1 und 2 OR) → im Zweifel gilt nur eine Teilschuld

Bsp. für konkludente Solidarschuld:

- Erwerb eines Grundstücks durch zwei Hypothekarsolidarbürgen
- Verkauf von Aktienpaketen durch mehrere Aktionäre
- Werkvertrag für Ehegatten zur Errichtung einer Wohnung

Gesetzliche Fälle: Art. 1044 OR; Art. 7 PrHG; Art. 342 Abs. 2 ZGB; **Art. 50 OR**



2. Einzelschuld: Solidarschuld (III)

Pro memoria (vgl. [Video 8a](#))

b. Verhältnis zum Gläubiger (Art. 144–147) (I)

- Gläubiger kann Schuldner, von dem er die Leistung verlangt, frei wählen; er kann auch Teilbeträge von verschiedenen verlangen
- jeder Schuldner kann befreiend für alle an den Gläubiger leisten (sobald Leistung erfüllbar ist)
- alle Schuldner können sich auf Einreden und Einwendungen aus dem Grundverhältnis berufen; daneben haben manche Schuldner eigene Einreden
- jeder Schuldner muss die Einreden erheben, die allen Schuldnern zustehen (**Art. 145 Abs. 2 OR**)
- kein Schuldner kann die Lage der anderen durch persönliche Handlungen erschweren (**Art. 146 OR**)



2. Einzelschuld: Solidarschuld (IV)

Pro memoria (vgl. [Video 8a](#))

b. Verhältnis zum Gläubiger (Art. 144–147) (II)

Einzelwirkung:

- jeder Solidarschuldner gerät gesondert in Verzug
- der Gläubiger kann erst dann gem. Art. 107 OR vom Vertrag zurücktreten, wenn alle Solidarschuldner in Verzug sind
- auf Kündigung gestellte Solidarschulden werden erst dann fällig, wenn sie gegenüber jedem Schuldner einzeln gekündigt worden sind
- Art. 146 OR: Einzelwirkung persönlicher Handlungen des Solidarschuldners
- Art. 43 Abs. 1 OR: jeder Solidarschuldner kann sich auf einen persönlichen Herabsetzungsgrund berufen



2. Einzelschuld: Solidarschuld (V)

Pro memoria (vgl. [Video 8a](#))

b. Verhältnis zum Gläubiger (Art. 144–147) (III)

AUSNAHME Gesamtwirkung:

- Art. 136 Abs. 1 OR: bei Unterbrechung der Verjährung durch einen Solidarschuldner (Art. 135 OR)
NB anders: Verzicht auf Verjährungseinrede, vgl. Art. 141 Abs. 2 OR
- Art. 147 Abs. 1 OR: Forderungstilgung wirkt für alle Solidarschuldner
- Art. 147 Abs. 2 OR: Befreiung durch andere Gründe als Erfüllung haben nur dann Gesamtwirkung, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen: Einzelfallbeurteilung



2. Einzelschuld Solidarschuld (VI)

c. Verhältnis der Solidarschuldner zueinander (Art. 148 OR) (I)

- **Art. 148 Abs. 1 OR:** i.d.R. Haftung zu gleichen Teilen; Ausnahmen vertraglich oder gesetzlich, z.B. Art. 544 Abs. 3 i.V.m. Art. 533 OR; Art. 50 Abs. 2 OR
- **Art. 148 Abs. 2 OR:** Regressmöglichkeit des Schuldners, der mehr als seinen Anteil geleistet hat
- **Art. 148 Abs. 3 OR:** grundsätzlich keine Solidarität nach innen, Ausnahme: Ausfall eines Solidarschuldners
- Entfallen des Regresses nach Art. 145 Abs. 2 OR und nach Art. 508 Abs. 2 OR analog
- **Art. 149 Abs. 1 OR:** Subrogation (Übergang der Rechte des Gläubigers auf den Solidarschuldner, der ihn befriedigt hat)



2. Einzelschuld Solidarschuld (VII)

c. Verhältnis der Solidarschuldner zueinander (Art. 148 OR) (II)

UNTERSCHIED:

Regressanspruch (Art. 148 Abs. 2 OR)	Anspruch aus Subrogation (Art. 149 Abs. 1 OR)
<ul style="list-style-type: none">• Ausgleichsanspruch, der dem Schuldner von Gesetzes wegen zusteht, wenn er mehr als seinen Anteil gezahlt hat• entfällt nach Art. 145 Abs. 2 OR und analog Art. 508 Abs. 2 OR• für alle Arten der Solidarität	<ul style="list-style-type: none">• Übergang der Gläubigerforderung auf den Solidarschuldner mit allen Nebenrechten (Pfandrecht, Bürgschaft)• nur bei echter Solidarität (Art. 50 Abs. 1 OR): schuldhaftes Zusammenwirken; im Vertragsrecht: gemeinsame Begründung



3. Gemeinschaftliche Schuld

- **mehrere Schuldner einer ungeteilten Leistung** können diese lediglich gemeinsam erbringen; der Gläubiger kann sie nur von allen gemeinsam verlangen
- Zusammenwirken kann **tatsächlich** oder **rechtlich** notwendig sein → rechtlich: Ausübung des Eigentums bei Gesamthandverhältnissen (Art. 652 ff. ZGB)
- **solidarische Haftung** für Schulden von Gesamthändlern (Art. 603 Abs. 1 ZGB; Art. 544 Abs. 3 OR) gilt für Haftung bei Nichterfüllung (Sekundärleistung)



4. Mehrere Schuldner einer unteilbaren Leistung (I)

Art. 70 Abs. 2 OR

- jeder Schuldner ist **zur ganzen Leistung** verpflichtet, ohne dass eigentliche Solidarität (Art. 143 ff. OR) vorliegt.
- Unteilbarkeit der Leistung richtet sich nach Parteiwillen, subsidiär nach der Natur der Leistung
- der leistende Schuldner erwirbt einen **Ersatzanspruch** gegen die übrigen Schuldner (Art. 70 Abs. 3 OR): **Art. 148 ff. OR** analog anzuwenden

Bsp.: Rückgabe der Mietwohnung gemäss Art. 267 Abs. 1 OR durch zwei Mieter

- Stellung der Mitmieter, wenn eine Person in Wohnung verbleibt? Art. 70 OR oder Art. 101 OR ? → **BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006**
 - Art. 70 OR (formale Solidarität): keine Anwendung wegen Art. 146 OR (keine Erschwerung für die anderen Solidarschuldner)
 - Art. 101 OR (Hilfspersonenhaftung): jeder Mitbewohner ist Hilfsperson seines Mitunterzeichners
 - „Il s'ensuit que le colocataire récalcitrant doit être considéré comme l'auxiliaire du défendeur et que la bailleresse peut ainsi réclamer au colocataire non fautif une indemnité pour l'occupation illicite des locaux.“ (BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006, E. 4.2)



4. Mehrere Schuldner einer unteilbaren Leistung (II)

Rechtsfolgen der Umwandlung einer unteilbaren in eine teilbare Leistung

BGer: Solidarschuld	h.L.: Teilschuld
<ul style="list-style-type: none">• Interesse des Gläubigers, den Schaden aus der Nichterfüllung der unteilbaren Leistung rasch zu liquidieren• Interne Regressordnung der Solidarschuld entspricht der Regelung bei unteilbarer Leistung (Art. 148 Abs. 2 OR)	<ul style="list-style-type: none">• Solidarschuld ist nur durch Vertrag oder in gesetzlich vorgesehenen Fällen (Art. 143 Abs. 1 und 2 OR) anzunehmen• Schutzbedürfnis des Schuldners (kein Bedürfnis des Gläubigers, da die Schuld selbst teilbar ist)



Inhalt Mehrheit von Gläubigern

1. Teilgläubigerschaft
2. Einzelgläubigerschaft, bes. Solidargläubigerschaft
3. Gemeinschaftliche Gläubigerschaft
4. Mehrere Gläubiger einer unteilbaren Leistung



1. Teilgläubigerschaft

- mehrere Gläubiger sind **anteilig** an einer teilbaren Forderung berechtigt, wobei die Leistung insgesamt nur einmal erbracht werden muss
- jeder Gläubiger darf die **Leistung seines Teils** verlangen; der Schuldner darf an jeden Gläubiger separat leisten
- die Teilobligationen haben **denselben Rechtsgrund** (z.B. Vertrag), sind aber in Bestand und Ausübung voneinander unabhängig
- bei teilbarer Leistung ist im Zweifel von Teilgläubigerschaft auszugehen



2. Einzelgläubigerschaft, bes. Solidargläubigerschaft

= jeder Gläubiger ist berechtigt, selbständig und unabhängig die ganze Leistung zu fordern; er kann alleine über die Forderung verfügen.

NB: Der Schuldner muss nur einmal leisten, um befreit zu sein

Arten:

- bei **Gleichberechtigung** der Gläubiger liegt Solidargläubigerschaft vor (**Art. 150 Abs. 1 OR**); Schuldner kann an den Gläubiger seiner Wahl leisten und wird dadurch gegenüber allen befreit (**Art. 150 Abs. 2 OR**).
- in sonstigen Fällen gilt eine Rangfolge der Gläubiger oder alle Gläubiger können Leistung an einen von ihnen fordern

Bsp.: echter Vertrag zugunsten Dritter (**Art. 112 Abs. 2 OR**)



3. Gemeinschaftliche Gläubigerschaft

- die Forderung steht den Gläubigern nur gemeinschaftlich zu, unabhängig davon, ob sie selbst teilbar oder unteilbar ist
- gilt vor allem für **Gesamthandverhältnis** (Art. 544 Abs. 1 OR, Art. 602 ZGB, Art. 221 ZGB)
- Schuldner muss an alle gemeinschaftlich leisten; Befreiung tritt nur bei einer Leistung an alle ein
- Innenverhältnis nach Regeln der Gesamthand



4. Mehrere Gläubiger einer unteilbaren Leistung

Art. 70 Abs. 1 OR: eine unteilbare Leistung ist an alle Gläubiger zu erbringen

BEACHTEN: nur die Unteilbarkeit der Leistung begründet Notwendigkeit der Leistung an alle (extrem selten)

Bsp.: Miteigentümer verlangen die Reparatur eines in ihrem Eigentum stehenden Gegenstandes; Art. 773 f. ZGB (Nutzniessung an einer Forderung)

Bsp.: Der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch betreffend gemeinsame Bauteile ist beim Stockwerkeigentum nicht quotenbezogen, sondern steht vielmehr jedem einzelnen Stockwerkeigentümer ungeteilt zu (BGE 145 III 8)

- jeder Gläubiger kann Leistung an alle verlangen
- nur die Leistung an alle befreit den Schuldner, daher keine Regressfragen



BGEs

- BGE 106 II 250, S. 253 f. (unechte Solidarität)
- BGE 140 III 150 (Definition und Abgrenzung der Solidarforderung)



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Obligationenrecht I

Abschnitt Drittbeziehungen

Forderungssicherung / Konventionalstrafe

Prof. Dr. Ulrike Babusiaux (Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung)

18.12.2023



Inhalt Forderungssicherung / Konventionalstrafe

1. Konventionalstrafe
2. Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen
3. Abgrenzung zur Schadenspauschalierung
4. Haft- und Reugeld



1. Konventionalstrafe (I)

= aufschiebend bedingtes Versprechen für den Fall der Nicht-, Spät- oder Schlechtleistung (art. 160 Abs. 1 OR)

→ vertragliches Versprechen

→ statutarisches Versprechen

NB: als Konventionalstrafe gilt auch die Vereinbarung, dass Teilzahlungen im Fall eines Rücktritts des Schuldners der Gläubigerin verbleiben sollen (BGE 133 III 43, S. 48)

Inhalt der Strafe:

- Geldsumme
- Verwirkung von Rechten oder Anwartschaften

Ziel: Anreiz für den Schuldner, (ordnungsgemäss) zu erfüllen.



1. Konventionalstrafe (II)

Unterscheide:

echte Konventionalstrafe ⇔ unechte Konventionalstrafe

- echte Konventionalstrafe = Strafversprechen für den Fall PFLICHTWIDRIGEN Verhaltens
- unechte Konventionalstrafe = Strafversprechen für den Fall, dass der Versprechende eine an sich ERLAUBTE Handlung vornimmt



1. Konventionalstrafe (III)

Akzessorietät der Konventionalstrafe = Strafversprechen ist von der Hauptschuld abhängig

→ besteht die Hauptschuld nicht, kommt auch die Konventionalstrafe nicht zum Entstehen

Bsp.: Konventionalstrafe für Spiel und Wette, Art. 513 OR

→ Formerfordernis für die Hauptschuld gilt auch für das Strafversprechen (Ausnahme: BGE BGE 140 III 200 = Pra 103 (2014) Nr. 102 → formlos gültige Konventionalstrafe bei formbedürftigem Geschäft)

→ Befreiung von der Hauptschuld (Art. 119 Abs. 1 OR wegen Unmöglichkeit) führt grds. auch zur Befreiung von der Konventionalstrafe (Art. 163 Abs. 2 OR; Abrede des Gegenteils ist zulässig)

→ Konventionalstrafanspruch geht mit der Hauptschuld bei Abtretung über



1. Konventionalstrafe (IV)

Schuldnerschutz:

Art. 163 Abs. 3 OR erlaubt Herabsetzung der übermässig hohen Konventionalstrafe

Übermässigkeit der Strafe = ein auffälliges Missverhältnis zwischen dem vereinbarten Betrag und dem Interesse des Gläubigers (BGE 114 II 264)

→ Abwägungsfrage nach Umständen des Einzelfalls, namentlich Art, Dauer des Vertrages, Schwere der Vertragsverletzung und des Verschuldens, Interesse des Gläubigers und wirtschaftliche Lage der Beteiligten

NB: Zahlung der Strafe steht einer nachträglichen Herabsetzung nicht entgegen!



2. Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen (I)

- Strafvorsprechen für Nicht- oder Schlechtleistung
 - Grundsatz der **Alternativität**, Art. 160 Abs. 1 OR (arg.: Vermeidung der Doppelleistung)
 - Geltendmachung der Strafzahlung gilt als Verzicht auf die Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung
- Strafvorsprechen für Spätleistung oder Leistung am falschen Ort
 - Grundsatz der **Kumulation**, Art. 160 Abs. 2 OR (arg.: Sicherung der Ordnungsgemässheit der Erfüllung, nicht der Erbringung der Leistung als solcher)
 - Ausnahme: Verzicht des Gläubigers auf die Strafzahlung = fehlender Vorbehalt bei Klage aus Nichterfüllung



2. Verhältnis zu anderen Rechtsbehelfen (II)

Konventionalstrafe setzt keinen Schaden voraus, Art. 161 Abs. 1 OR

→ es genügt Nachweis der Nichterfüllung

→ i.d.R. wird Verschulden zu verlangen sein (vermutet mit Exkulpationsmöglichkeit)

Unterscheide:

- **Strafe** übersteigt den **Schaden** (bzw. Gläubigerin ist gar nicht geschädigt)
 - Strafe ist unvermindert zu zahlen
- **Schaden** übersteigt die **Strafe**
 - Mehrbetrag kann bei Verschulden eingefordert werden
 - NB: In diesen Fällen hat die Gläubigerin das Verschulden POSITIV zu beweisen!



3. Abgrenzung zur Schadenspauschalierung (I)

Konventionalstrafe: Ausübung von Druck auf den Schuldner, um ordnungsgemässe Erfüllung zu gewährleisten

Schadenspauschalierung: Erleichterung des Schadenersatzes für den Gläubiger aufgrund vorheriger Definition des Schadens (Verzicht auf Nachweis des konkret eingetretenen Schadens)

- Auslegung des vertraglichen Versprechens nach der VORRANGIGEN Zwecksetzung
- Wichtiges Kriterium: Höhe der festgesetzten Zahlung; übersteigt diese den zu erwartenden Schaden um ein Vielfaches, ist eher von einer Konventionalstrafe auszugehen



3. Abgrenzung zur Schadenspauschalierung (II)

Anwendungsfall der Unterscheidung:

Art. 404 Abs. 1 OR Widerrufs- und Kündigungsrecht beim Auftrag

→ Konventionalstrafe zur Verhinderung des Widerrufs/der Kündigung ist unwirksam (weil Widerruf und Kündigung nicht abdingbar)

→ Schadenspauschalierung für den Schaden bei Widerruf oder Kündigung zur Unzeit (Art. 404 Abs. 2 OR) ist zulässig

Kriterium für Abgrenzung: Höhe des Schadens → negatives Interesse?



3. Abgrenzung zur Schadenspauschalierung (III)

BGE 109 II 462:

Mit schriftlichem Vertrag vom 26. Dezember 1972 übertrug Martha Düssel der Kollektivgesellschaft Dietschi, Boetschi & Moccetti die Architekturarbeiten für eine Grossüberbauung in Zürich. Die Parteien erklärten die SIA-Norm 102 (1969) für die Honorarberechnung als verbindlich. Am 13. Februar 1976 wies Martha Düssel die Architekten an, ihre Arbeiten sofort einzustellen. Daraufhin klagte die Architekturfirma gegen die Bauherrin auf Zahlung von Fr. 476'907.10 nebst 5% Zins seit 19. Februar 1976.



3. Abgrenzung zur Schadenspauschalierung (IV)

BGE 109 II 462, S. 468: Das jederzeitige Widerrufsrecht des Auftraggebers aus Art. 404 Abs. 1 OR ist nach ständiger Rechtsprechung zwingend; es kann vertraglich weder wegbedungen noch eingeschränkt werden (...). In ständiger Rechtsprechung schliesst das Bundesgericht aus Art. 404 Abs. 1 OR, dass das freie Widerrufsrecht nicht durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe erschwert werden darf (...). Die Vorinstanz sieht im Honorarzuschlag nach Art. 8.1 SIA-Norm 102 indes keine Konventionalstrafe, sondern eine nach Art. 404 Abs. 2 OR zulässige Schadenersatzvereinbarung. Das Obergericht folgt damit dem bereits zitierten Urteil Disch (...), in dem das Bundesgericht den streitigen Art. 8.1 für gültig erklärt hat, weil er keine Konventionalstrafe, sondern eine "appréciation anticipée de dommage causé à l'architecte" vorsehe. Eine derartige Abmachung der Parteien liege im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit und entspreche hinsichtlich der Schädigung der Lebenserfahrung. (...)



3. Abgrenzung zur Schadenspauschalierung (V)

BGE 109 II 462, S. 468: Demgegenüber bezweckt gerade die Konventionalstrafe, den Gläubiger vom Nachweis eines Schadens zu befreien (...). Gemäss Art. 8.1 SIA-Norm 102 braucht der Architekt einen Schaden nur nachzuweisen, soweit er mehr als 15% Honorarzuschlag verlangt. Das entspricht der gesetzlichen Ordnung der Konventionalstrafe in Art. 161 Abs. 1 OR. Nicht anders verhielte es sich, wenn Art. 8.1 (...) nicht Anspruch auf Schadenersatz, sondern auf ein bestimmtes Honorar für den Widerrufsfall begründen wollte, denn auch so würde er lediglich eine Rechtsfolge des Auftragsentzugs regeln. Obschon daher entgegen der Begründung im Urteil Disch der vereinbarte Honorarzuschlag keinem pauschalieren Schadenersatz, sondern einer Konventionalstrafe gleichkommt, zieht das nicht zwangsläufig deren Ungültigkeit nach sich. Infolge ihrer akzessorischen Natur ist sie zwar ungültig, wenn sie ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigen soll (Art. 163 Abs. 2 OR). Soweit der Honorarzuschlag bedingungslos für jeden Auftragsentzug geschuldet ist, läge darin in der Tat ein Verstoß gegen das jederzeitige Widerrufsrecht. Indes kann gemäss Art. 404 Abs. 2 OR ein rechtmässiger und wirksamer Widerruf dann Schadenersatzfolgen nach sich ziehen, wenn er zur Unzeit ausgeübt wird. Gleich muss es sich hinsichtlich der Zulässigkeit einer Konventionalstrafe verhalten.



4. Haft- und Reugeld

Art. 158 Abs. 1 OR Hingabe von Geld bei Vertragsschluss (sog. Handgeld)

→ Vermutung eines Haftgeldes, nicht eines Reugeldes

Haftgeld: Bekräftigung des Vertrages, ohne Anrechnung auf die Leistung (Art. 158 Abs. 2 OR); Gläubiger darf das Geld bei Nichterfüllung behalten («Draufgeld», nicht «Angeld») → Funktion der Konventionalstrafe

Reugeld: Erlaubnis für die Schuldnerin, unter Hinterlassung des Geldes vom Vertrag zurückzutreten

Art. 158 Abs. 3 OR: Geber kann gegen Hinterlassung des Betrages, Empfänger unter Zahlung des doppelten Betrages zurücktreten

Abgrenzung: «Wandelpön», Art. 160 Abs. 3 OR → Schuldner kann zurücktreten, indem er die Konventionalstrafe hinterlässt.



ENDE DER VORLESUNG

Am 19.12.2023 findet eine Fragestunde statt.