

Übungen im OR AT im FS 2017: Fall 2

Beachten Sie: Diese Lösungsskizze konzentriert sich auf den Stoff des OR AT; die eingefügten Hinweise zum OR BT dienen der Orientierung.

A. Esperanza gegen Anna auf Rückzahlung von CHF 250'000.--

Esperanza kann von Anna Rückzahlung der 250'000 CHF verlangen, wenn die Forderung gegenüber Bea besteht, fällig ist (I) und sodann von Bea wirksam an Esperanza abgetreten wurde (II).

I. Darlehensforderung Bea gegen Anna

1. Zustandekommen und Gültigkeit des Vertrags (Art. 1 ff. OR)

Konsensebene (Art. 1 Abs. 1 OR): Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR kommt ein Vertrag zustande, wenn die Parteien korrespondierende Willensäusserungen austauschen. Diese Willenserklärungen müssen tatsächlich oder normativ übereinstimmen und die Parteien müssen sich mit ihren Aussagen rechtlich binden wollen (HUGUENIN, Rz. 140). *In concreto* haben sich Anna und Bea dahingehend geeinigt, dass Bea Anna ein Darlehen in Höhe von CHF 250'000.-- ausrichtet, welches Anna jährlich mit 3 % zu verzinsen hat. Gemäss Vereinbarung haben die Zinszahlungen monatlich, jeweils am 1. eines Monats zu erfolgen. Die Zinszahlungspflicht der Anna lässt erkennen, dass trotz der Freundschaft zwischen Bea und Anna keine blosser Gefälligkeit gewollt ist, sondern dass die Parteien mit Rechtsbindungswillen gehandelt haben.

Gültigkeitsebene (Art. 13–15, 19–21, 23 ff. OR): Vorliegend sind weder Form-, Inhalts- noch Willensmängel ersichtlich, welche das gültige Zustandekommen des Vertrags verhinderten. Insbesondere sind die Sondervorschriften des KKG auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, da es sich um einen Vertrag unter Konsumentinnen handelt. Bea führt kein Gewerbe, das auf die Ausrichtung von Konsumkrediten ausgerichtet wäre. Ein Zins von 3 % p.a. liegt zudem wohl unter dem handelsüblichen und im Gesetz angedeuteten (vgl. 314 Abs. 1 OR), weshalb hier auch keine geltungserhaltende Reduktion durch das Gericht in Frage käme.

Inhaltsebene: Die Parteien könnten sich auf einen Darlehensvertrag im Sinne von Art. 312 OR geeinigt haben. Die vertragstypischen Leistungen des Darlehens sind auf Seiten der Darlehensgeberin die Übertragung des Eigentums an einer Summe Geld gegen die Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte durch

die Darlehensnehmerin. Von Gesetzes wegen ist das Darlehen daher als unvollkommen zweiseitiger Vertrag ausgestaltet. Indem sich Anna und Bea als Gegenleistung für das Darlehen auf eine Verzinsung geeinigt haben, handelt es sich vorliegend in (zulässiger) Abweichung von der gesetzlichen Ausgestaltung um einen vollkommen zweiseitigen Vertrag (vgl. Art. 313 Abs. 1 OR). Das Synallagma zeichnet sich nämlich dadurch aus, dass die eine Vertragsleistung im Austausch gegen eine andere erbracht wird.

Zwischenergebnis: Vorliegend ist zwischen Anna und Bea ein gültiger Darlehensvertrag, ausgestaltet als vollkommen zweiseitiges Austauschverhältnis, zustande gekommen.

2. Fälligkeit der Forderung (Art. 318 OR)

Das Darlehen ist ein Dauerschuldverhältnis. Gemäss Art. 318 OR ist ein Darlehen, für dessen Rückzahlung weder ein bestimmter Termin, noch eine Kündigungsfrist, noch der Verfall auf beliebige Aufforderung hin vereinbart wurde, innerhalb von sechs Wochen seit der ersten Aufforderung an zurückzubezahlen.

Die Fälligkeit tritt bei Darlehen, für welche keine anderslautende Vereinbarung getroffen wurde, sechs Wochen nach Kündigungserklärung ein. Vorliegend enthält der Vertrag zwischen Anna und Bea keine Kündigungsvereinbarung. Nachdem Anna ihren Verbindlichkeiten seit 01. April 2016 nicht mehr nachkommt, schreibt Bea am Samstagabend, 25. September 2016, per E-Mail an die Geschäftsadresse von Anna, dass sie „das Geld umgehend zurückzubezahlen“ habe. Dies ist als Kündigungserklärung anzusehen. Die Willenserklärung zur Kündigung ist an keine besondere Form gebunden, womit sich eine Kündigung per E-Mail als zulässig erweist. Fraglich ist aber, wann diese zugegangen ist und ab wann damit die sechswöchige Frist zu laufen beginnt. Zugang liegt vor, wenn mit Kenntnisaufnahme zu rechnen ist. Wendet sich jemand an die Geschäftsadresse, kann er erst zu den gewöhnlichen Geschäftszeiten mit dem Zugang der Erklärung rechnen. Daher ist das an Anna gerichtete Email vom Samstagabend 25. September 2016, erst am folgenden Montag um 8.00 Uhr zugegangen. Die Frist für den Ablauf der sechs Wochen beginnt gemäss Art. 77 Abs. 1 Ziff. 1 OR am Dienstag, 28. September 2016, zu laufen. Soweit die Frist, wie hier, nach Wochen läuft, endet sie gemäss Art. 77 Abs. 1 Ziff. 2 OR am selben Wochentag, also am Dienstag, 9. November 2016, um 24 Uhr. Somit wird die Rückerstattung der Darlehensvaluta vorliegend am Mittwoch, 10. November 2016, um 0.00 Uhr fällig.

Zwischenergebnis: Der Rückerstattungsanspruch gemäss Art. 312 OR von Bea wird am Mittwoch, 10. November 2016, fällig.

II. Abtretung von Bea an die Esperanza Bank

Der Rückerstattungsanspruch von Bea könnte infolge Zession an die Esperanza Bank nach Art. 164 Abs. 1 OR übergegangen sein. Abtretung ist die vertragliche Übertragung einer einzelnen Forderung aus einem Schuldverhältnis durch die ursprüngliche Gläubigerin (Zedentin) auf eine Dritte (Zessionarin). Die Schuldnerin („*debitor cessus*“) ist an diesem Rechtsgeschäft nicht beteiligt; sie braucht darüber nicht einmal benachrichtigt zu werden (vgl. Art. 164 Abs. 1 OR).

1. Die Abtretung als Verfügungsgeschäft

Die Abtretung ist ein Verfügungsgeschäft, weil sich durch sie die Rechtszuständigkeit ändert (Art. 165 Abs. 1 OR). Dem Verfügungsgeschäft liegt jeweils ein Verpflichtungsgeschäft („*pactum de cedendo*“) zugrunde, durch das sich der Zedent gegenüber dem Zessionar zur Abtretung verpflichtet (Art. 165 Abs. 2 OR). Als Grundgeschäft kommen u.a. Forderungskauf sowie Übertragung der Forderung an Zahlungs statt oder zahlungshalber in Frage.

2. Verpflichtungsgeschäft: Forderungskauf

a. Konsensebene

Die Vereinbarung über die Abtretung ist durch die übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserungen von Bea und der Esperanza Bank nach Art. 1 Abs. 1 OR zustande gekommen.

b. Gültigkeitsebene

Verfügungsmacht: Damit die Abtretungsvereinbarung gültig zustande kommt, muss die Zedentin Verfügungsmacht über den Anspruch haben. Vorliegend war Bea als Anspruchsgläubigerin zur Verfügung über die Forderung berechtigt.

Form: Die Abtretung bedarf zu ihrer Gültigkeit ferner der schriftlichen Form (Art. 165 Abs. 1 OR). Gemeint ist einfache Schriftlichkeit nach Art. 13 ff. OR. Entsprechend müssen alle wesentlichen Punkte von der Form gedeckt sein (bestimmbare Forderung und Wille zur Übertragung an den Empfänger, BGE 105 II 84). Mindestens der Zedent muss die Urkunde unterschreiben. Gemäss Sachverhalt hat Bea die Forderung schriftlich und damit formgültig an die Esperanza Bank abgetreten.

Gegenstand der Abtretung und Bestimmbarkeit: Grundsätzlich können alle einer Gläubigerin zustehenden Forderungen Gegenstand der Abtretung sein. Ausserdem können auch bestrittene, bedingte oder nicht fällige Forderungen gültig abgetreten werden. Künftige Forderungen und Globalzessionen sind nur im Rahmen von Art. 27 Abs. 2 ZGB zulässig. Ausnahmen der Abtretbarkeit von Forderungen können sich aus Gesetz, Ver-

trag oder aus der Natur des Rechtsverhältnisses ergeben (vgl. Art. 164 Abs. 1 OR). Derartige Hindernisse sind hier nicht ersichtlich. Die bereits fällige Forderung stellt daher vorliegend einen gültigen Zessionsgegenstand dar.

III. Rechtsfolgen der Abtretung

1. Hauptwirkung

Die Hauptwirkung einer gültigen Abtretung ist der Übergang der abgetretenen Forderung vom Vermögen der Zedentin, vorliegend Bea, in dasjenige der Zessionarin, die Esperanza Bank. Es findet also ein Gläubigerwechsel statt.

2. Nebenwirkungen

Zusammen mit der Forderung gehen – vorbehältlich anderslautender Parteivereinbarung – auch die Neben- und Vorzugsrechte, mit Ausnahme derer, die untrennbar mit der Person der Abtretenden verknüpft sind, über (Art. 170 Abs. 1 OR). Unter „Nebenrechten“ i.S.v. Art. 170 Abs. 1 OR sind v.a. akzessorische, der Sicherung der Forderung dienende Rechte zu verstehen, wie etwa: Pfandrechte (BGE 135 III 378), Rechte aus Bürgschaften (BGE 78 II 57), obligationenrechtliche Retentionsrechte, der Eigentumsvorbehalt (BGE 77 II 127), vorgemerkte Rechte und Verfügungsbeschränkungen (Urteil des Bundesgerichts 4A_134/2007 vom 31. Juli 2007). Unter den Begriff der „Vorzugsrechte“ werden v.a. Privilegien des Gläubigers im Pfändungs- und Konkursverfahren subsumiert, wie etwa diejenigen nach Art. 146 und 219 SchKG (BSK-Girsberger/Hermann, Art. 170 OR N 7). Vorliegend kommen als Nebenrechte allfällige Verzugszinsen auf die Darlehensvaluta und die Zinsforderungen aus dem Darlehensvertrag in Frage. Während erstere dem Herausgabeanspruch der Darlehensvaluta akzessorisch anhaften, erweist sich der vertraglich vereinbarte Darlehenszins als eigene Hauptleistungspflicht, welche nicht als „Nebenrecht“ im Sinne von Art. 170 Abs. 1 OR aufgefasst werden kann, da sie im Austausch zur Überlassung der Darlehensvaluta das Schuldverhältnis im weiteren Sinne betrifft (siehe im Einzelnen unten). Damit kann die Esperanza Bank von Anna die Darlehensvaluta samt allfälligen, noch zu prüfenden Verzugszinsen seit 10. November 2016 zurückfordern, soweit diese durchsetzbar sind.

IV. Einreden von Anna

Um zu beurteilen, ob sich die Esperanza Bank zur Befriedigung ihrer Ansprüche tatsächlich an Anna halten kann, ist aus deren Sicht zu prüfen, ob sie der Forderung Einwendungen oder Einreden entgegenhalten kann.

1. Einreden von Anna gegen Bea

Falls Anna, bevor ihr die Abtretung angezeigt wurde, in gutem Glauben an die frühere Gläubigerin geleistet hätte, wäre sie gültig befreit. Dies hat sie allerdings nachweislich nicht getan. Zudem wäre es Anna erlaubt, sich durch Hinterlegung zu befreien, wenn streitig wäre, wem die Forderung zusteht (vgl. Art. 168 OR), sog. Prätendentenstreit. Schliesslich kann der *debitor cessum* Einreden, die der Forderung des Abtretenden entgegenstanden auch gegen den Erwerber geltend machen, wenn diese schon zu der Zeit vorhanden waren, als sie von der Abtretung Kenntnis erhielt (Art. 169 Abs. 1 OR). Ebenso ist eine Verrechnung gemäss Art. 168 Abs. 2 OR möglich. Vorliegend sind weder Einreden noch Einwendungen – zum Beispiel Nichtigkeit des Grundverhältnisses, Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR, Tilgung, Stundung, Verzicht oder Verjährung – ersichtlich, die Anna dem Herausgabeanspruch von Bea entgegenhalten könnte.

2. Einreden von Anna gegen die Esperanza Bank

Im Verhältnis von Anna gegen die Esperanza Bank könnte Anna ein *pactum de non petendo* als Einrede geltend machen. Hierbei handelt es sich um eine Stundungsabrede, die entsprechend Art. 1 Abs. 1 OR korrespondierender Willenserklärungen bedarf, die zu einem Zahlungsaufschub führen. Vorliegend hat die Bank versprochen, den Herausgabeanspruch vom 02. September 2017 an für sechs Monate zu stunden. Allerdings ist zu prüfen, ob diese Willenserklärung mängelfrei erfolgt ist. Die Bank hatte die Stundung nämlich davon abhängig gemacht, dass Anna Sicherheiten leistet. Dafür hat sie einen Dritten angeboten, der ein Bild von Gustavo Giacometti als Pfand leisten sollte. Da das Bild eine schlechte Kopie war, was die Bank am 10. Februar 2017 feststellte, bot es sich als Realsicherheit gerade nicht an. Fraglich ist, ob Anna die Esperanza Bank absichtlich getäuscht hat im Sinne von Art. 28 OR. Eine absichtliche Täuschung führt dazu, dass die beeinflusste Partei der Vertragspartnerin innert Jahresfrist erklären kann, dass sie den Vertrag nicht halte (vgl. Art. 31 Abs. 1 OR). Von Täuschungsabsicht seitens von Anna ist hier nicht auszugehen. Auch liegt kein Erklärungsirrtum vor (vgl. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1–3 OR), denn der Bankangestellte hat genau die Erklärung abgegeben, die er abgeben wollte. Allerdings könnte die Bank einem Motivirrtum unterlegen sein, der unter den Voraussetzungen von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ausnahmsweise als wesentlich gilt. Damit ein Motivirrtum als wesentlicher Grundlagenirrtum anzusehen ist, ist in subjektiver Hinsicht erforderlich, dass die Irrende den irrtümlich vorgestellten Sachverhalt – vorliegend die Autorschaft des Bildes – zur Zeit des Vertragschlusses als „notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet“ hat. Der vorgestellte Sachverhalt ist auf Seiten der Irrenden *conditio sine qua non* für den Vertragsabschluss. Hätte sich die Erklärende nicht im Irrtum befunden, so wäre der Vertrag überhaupt nicht oder nicht mit dem betreffenden Inhalt abgeschlossen worden. In objektiver Hinsicht wird vorausgesetzt, dass die Irrende den vorgestellten Sachverhalt „nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr“ als notwendige Grundlage des Vertrags betrachten durfte (BGE 118 II 62). Es muss

sich also bei objektiver Betrachtung rechtfertigen, dass die Irrende den vorgestellten Sachverhalt für eine notwendige Grundlage des Vertrags hielt. Hier erschliesst sich ein weiterer Wertungsspielraum, doch kann argumentiert werden, dass die Esperanza Bank hinsichtlich der Stundungsabrede einem Grundlagenirrtum unterlag, der sie zur Rücknahme ihrer Willenserklärung innert Frist von Art. 31 Abs. 2 OR befähigt. Auch erweist sich die Berufung auf Irrtum vorliegend nicht als unstatthaft (vgl. Art. 25 Abs. 1 OR). Die Frist beginnt im den Fällen des Irrtums oder der Täuschung mit der Entdeckung zu laufen. Vorliegend hat die Bank ihren Irrtum mit Schreiben vom 17. Februar 2017 fristgerecht angezeigt, womit sie an das *pactum de non petendo* nicht mehr gebunden ist.

Zwischenergebnis: Der Herausgabepflicht der Darlehensvaluta gegenüber der Bank stehen von Seiten Annas weder Einwendungen noch Einreden entgegen.

B. Esperanza gegen Anna auf Zahlung von Verzugszinsen gemäss Art. 104 OR in Höhe von 5 %

Überträgt die Darlehensnehmerin die Darlehensvaluta nicht, kann die Darlehensgeberin nach den Regeln über den Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR) vorgehen. Weil es sich beim verzinslichen Darlehen um einen synallagmatischen Vertrag handelt, stehen der Darlehensgeberin alternativ die Wahlrechte von Art. 107 ff. OR zur Verfügung (HUGUENIN, Rz. 3077).

I. Voraussetzungen des Schuldnerverzugs (Art. 102 OR)

Die Voraussetzungen, dass sich die Schuldnerin im Schuldnerverzug befindet, sind *erstens* Nichtleistung trotz Leistungsmöglichkeit. Das heisst, die Schuldnerin leistet nicht, obwohl ihr das (noch) möglich wäre. Bezüglich einer Geldleistung gilt im Privatrecht die allgemein anerkannte Regel „Geld muss man haben“, womit diese Voraussetzung vorliegend erfüllt ist.

Sodann muss die Forderung *zweitens* fällig sein (vgl. Art. 102 Abs. 1 OR). Die Fälligkeit trat vorliegend, wie oben gezeigt, mit der Kündigung am 10. November 2016 ein.

Drittens muss die Schuldnerin, um in Verzug zu geraten, gemahnt werden. Auf die Mahnung kann verzichtet werden, wenn ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde oder sich ein solcher aus einer gehörig vorgenommenen Kündigung ergibt (Art. 102 Abs. 2 OR). Wie oben dargelegt, ist *in casu* von einer im Sinne von Art. 318 OR rechtmässig vorgenommenen Kündigung auszugehen, welche eine Mahnung erübrigt.

Sind die vorstehenden Voraussetzungen erfüllt, liegt dennoch kein Schuldnerverzug vor, wenn die Schuldnerin der Gläubigerin *viertens* ein Leistungsverweigerungsrecht entgegenhalten kann. Zu denken wäre an den Gläubigerverzug, die Einrede des nicht erfüllten

Vertrags (Art. 82 f. OR), die Verjährung (Art. 127 ff. OR) sowie Erlass oder Stundung. Ein solches Leistungsverweigerungsrecht ist vorliegend jedoch nicht ersichtlich.

II. Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs gemäss Art. 102 ff. OR: Verzugszinsen (Art. 104 f. OR)

Art. 104 Abs. 1 OR bestimmt, dass wenn der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug ist, er „Verzugszinse zu fünf vom Hundert für das Jahr zu bezahlen“ hat. Ausnahmsweise sieht Art. 105 Abs. 1 OR vor, dass ein Schuldner, der mit der Zahlung von Zinsen im Verzuge ist, „erst vom Tage der Anhebung der Beitreibung oder der gerichtlichen Klage an Verzugszinse zu bezahlen“ habe. Vorliegend sind zwei Geldmassen zu unterscheiden: Die Darlehensvaluta und der vereinbarte Darlehenszins. Während auf die Darlehensvaluta Verzugszins gemäss Art. 104 Abs. 1 OR geschuldet ist, ist fraglich, ob die *in casu* vereinbarten Darlehenszinsen der Ausnahmebestimmung unterfallen. Nach herrschender Lehre werden unter Zinsen nur Kapitalzinsen gefasst. Das heisst, Zinsen für Geldkredite fallen darunter, wohingegen Miet- oder Pachtzinsen, Lizenzgebühren etc. davon ausgenommen sind. (vgl. BGE 45 II 676; VON TUHR/ESCHER, 147; BUCHER, OR AT, 362; BK-WEBER, Art. 105 OR N 13 f.; BSK-Wiegand, Art. 105 OR N 3). Da Darlehenszinsen als Kapitalzinsen zu definieren sind, ist der Verzugszins erst ab Betreibungs- oder Klageeinleitung geschuldet.

Der Zinslauf für die Darlehensvaluta hat am 10. November 2016 begonnen. 5 % Zins pro Jahr auf den Betrag von CHF 250'000.-- führt zu einem monatlichen Zins von rund CHF 1'041.--. Die Esperanza Bank hat den Herausgabeanspruch auf Rückerstattung am 20. Dezember 2016 übernommen. Damit ist auch das Nebenrecht zur Forderung des Verzugszinses auf sie übergegangen (Art. 170 Abs. 1 OR). Bis am 10. Februar 2017 sind für vier Monate Zahlungsrückstände also Verzugszinsen in Höhe von CHF 4'166.-- aufgelaufen. Der Anspruch auf Verzugszinsen wird auch durch das *pactum de non petendo* nicht gehindert, da dieses irrtümlich vereinbart wurde und mit der rechtzeitigen Anfechtungserklärung auch der Anspruch auf Verzugszinsen *ex tunc* wieder aufgelebt ist. Im Übrigen ist der Anspruch auf Verzugszinsen noch nicht verjährt (vgl. Art. 128 OR).

Zwischenergebnis: Indem Anna mit Ablauf der Kündigungsfrist die Darlehensvaluta nicht herausgegeben hat, ist sie in Schuldnerverzug geraten und schuldet einen Verzugszins in Höhe von 5 % p.a. Kein Verzugszins kann für die Verspätung der Darlehenszinsen verlangt werden, da bislang weder Betreibung noch Klage eingeleitet wurden.

C. Esperanza Bank gegen Bea aus Art. 171 OR

Das OR sieht für die entgeltliche Abtretung Gewährleistungsansprüche der Zessionarin vor (vgl. Art. 171 Abs. 1 OR im Gegensatz zu Art. 171 Abs. 3 OR, der keine Gewährleistungsansprüche im Falle der unentgeltlichen Abtretung vorsieht). Entgeltlich ist eine Abtretung, bei welcher der Zessionar eine Gegenleistung vornimmt; bei einer unentgeltlichen Abtretung dagegen erhält der Zessionar die Forderung ohne Gegenleistung. In casu hat Bea der Esperanza Bank die Forderung „in Anrechnung an ein Darlehen in Höhe von CHF 500'000.--, das ihr die Bank vor einigen Jahren zum Kauf einer Finca auf Ibiza gewährte hatte“ abgetreten. Diese Bestimmung ist als Gegenleistung für die erfolgte Abtretung anzusehen, da offenbar gemeint ist, dass die Forderung gegen Anna insoweit anstelle der Forderung der Esperanza gegen Bea gestellt werden soll. Daher ist von einer entgeltlichen Abtretung auszugehen.

Bei einer entgeltlichen Abtretung haftet die Zedentin für den Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung, die sog. Verität (Art. 171 Abs. 1 OR). Vorliegend ist der Bestand der Forderung, wie oben gezeigt, gegeben. Für die Zahlungsfähigkeit, die sog. Bonität, der Schuldnerin, haftet die Zedentin dagegen nur, wenn sie sich dazu verpflichtet hat. Die Esperanza Bank und Bea haben auf eine entsprechende Klausel, wonach Letztere für die Zahlungsfähigkeit von Anna haftete, verzichtet.

Zwischenergebnis: Die Esperanza Bank kann keine Haftungsansprüche gegen Bea aus Art. 171 OR geltend machen.

D. Esperanza Bank gegen Otto

I. Drittpfandverwertung

Otto hat der Esperanza Bank zur Sicherung ihres Herausgabeanspruchs gegenüber Anna ein Bild von Gustavo Giacometti als Drittpfand angeboten. Beim Drittpfand fallen Schuldner- und Pfandeigentümerstellung auseinander: Der Pfandeigentümer ist nicht Schuldner der gesicherten Forderung. Das Drittpfand wird begründet, indem der Eigentümer einer Sache diese für eine fremde Schuld verpfändet (vgl. Art. 824 Abs. 2 und Art. 845 ZGB). Droht in der Folge die Verwertung der Pfandsache durch den Gläubiger, so kann der Dritte, um sein Eigentum daran nicht zu verlieren, den Gläubiger befriedigen (vgl. Art. 110 Ziff. 1 OR). Die Forderung gegen den Schuldner geht sodann auf den Leistenden über, und er verliert das Eigentum an der Pfandsache nicht. Vorliegend wird Otto aufgrund der Wertlosigkeit des Bildes kein besonderes Interesse haben, für die Forderung von Anna einzustehen. Gleichzeitig wird die Esperanza Bank nichts gewinnen, wenn sie das Drittpfand verwertet.

II. Quasivertragliche und ausservertragliche Ansprüche

Da zwischen der Esperanza Bank und Otto kein Vertragsverhältnis besteht, könnte Otto quasivertraglich aus einer *culpa in contrahendo* haftbar gemacht werden. Die *culpa in contrahendo* bezeichnet die Haftung aus Verschulden beim Vertragsschluss (SCHWENZER, OR AT, N 47.01). Um hier eine Haftung zu begründen, ist es zunächst erforderlich, dass zwischen den Parteien überhaupt ein geschäftlicher Kontakt stattgefunden hat, durch den bei der verletzten Partei ein erhöhtes Vertrauen hervorgerufen wurde. Dieses Näheverhältnis kann auch auf Dritte zutreffen, die beim Vertragsabschluss mitgewirkt haben. Insofern ist es auch für Otto zutreffend, da er an der Stundungsvereinbarung zwischen der Esperanza Bank und Anna beteiligt war.

Die Haftung aus *culpa in contrahendo* setzt nach h.M. neben einer Pflichtverletzung, einen Schaden und Kausalität grundsätzlich ein Verschulden voraus (vgl. KOLLER, OR AT, § 28 N 27). Vorliegend kann offen bleiben, ob Otto eine Pflichtverletzung und ein Verschulden vorzuwerfen sind, denn es fehlt bereits am Schaden. Die Aktiven der Bank haben sich durch das Zusammentreffen mit Otto weder verringert noch haben die Passiven dadurch zugenommen. Indem die Esperanza Bank den Irrtum hinsichtlich des Bildes, welches Otto als Sicherheit gestellt hatte, nämlich während der Anfechtungsfrist nach Art. 31 OR erkannt und geltend gemacht hatte, wurde die Stundungsvereinbarung aufgehoben und die Verzugszinsansprüche sind *ex tunc* wieder aufgelebt. Damit entfallen sowohl quasivertragliche als auch ausservertragliche Haftungsansprüche gegen Otto.

Zwischenergebnis: Die Bank hat keinen vertraglichen, quasivertraglichen oder ausservertraglichen Anspruch gegenüber Otto.

E. Bea gegen Anna auf den vereinbarten Darlehenszins

Trotz der Zession könnte Bea von Anna den für die Überlassung der Darlehensvaluta vereinbarten Darlehenszins verlangen, wenn dieser 1. nicht mit der Darlehensforderung an die Esperanza abgetreten wurde und 2. auch nach der Abtretung der Forderung noch der Bea zusteht.

Was Bea von Anna trotz der Zession zurückverlangen kann, richtet sich nach der Frage, wie der Darlehenszins rechtlich einzuordnen ist. Zur rechtlichen Einordnung des Darlehenszinses zeigt sich die Lehre gespalten und auch die Rechtsprechung hat nicht zur vollständigen Klärung beigetragen. Während eine Lehrmeinung und das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung den Darlehenszins als akzessorische Nebenpflicht des Darlehensvertrags qualifiziert, da die Verzinsung für den Darlehensvertrag nicht begriffswesentlich sei (vgl. VON THUR/PETER, OR AT, § 10 S. 71; BGE 52 II 215 E. 3; BGE 80 II 327 E. 4a; BGE 93 II 189 E. b.), vertritt die neuere und wohl herrschende Lehre die Ansicht, dass der Zins beim verzinslichen Darlehen keine akzessorische Nebenpflicht,

sondern eine synallagmatische Hauptpflicht des Borgers im Gegenzug für die Übergabe und Überlassung der Valuta sei (BSK-SCHÄRER/MAURENBRECHER, Art. 313 OR N 1; ZK-HIGL, Art. 313 OR N 14 f., 25; WIEGAND/GEIGER, S. 115; CHK-SCHÖNENBERGER, Art. 313–314 OR N 2.). Das Bundesgericht hat in einem neuen Entscheid den Darlehensvertrag im Sinne seiner bisherigen Rechtsprechung weiterhin als unvollkommen zweiseitigen Vertrag qualifiziert, da „die allenfalls hinzutretende Verzinsung für den Darlehensvertrag begrifflich unwesentlich“ sei und es zudem am gegenseitigen Austauschverhältnis zwischen Darlehenshingabe und Rückzahlung fehle (BGE 136 III 247 E. 5.). Hingegen sei, im Einklang mit der herrschenden Lehre, im „Verhältnis zwischen Zinszahlungen und Aufrechterhaltung der Wertüberlassung (...) von einem echten Synallagma auszugehen“, mit dem Zins als Entgelt und Gegenleistung für die Zurverfügungstellung von Kredit (BGE 136 III 247 E. 5.).

Somit ist vorliegend davon auszugehen, dass der Zins im verzinslichen Darlehen die echte Gegenleistung für die Überlassung und Entbehrung der Valuta ist. Diese Einordnung führt dazu, dass es Bea weiterhin offensteht, die fälligen Darlehenszinsen im Zeitraum seit April 2016 über die Kündigung hinaus bis zur Erfüllung des Herausgabeanspruchs zu fordern. Die Zinsansprüche sind mit der Kündigung oder der Zession – es handelt sich, wie gezeigt, nicht um ein Nebenrecht – weder unter- noch auf die Esperanza Bank übergegangen. Von April 2016 bis Februar 2017 sind Zinsansprüche für elf Monate fällig geworden. Da der Darlehenszins gemäss vertraglicher Vereinbarung 3 % p.a. beträgt, was zu einer monatlichen Forderung in Höhe von CHF 625.-- führt, schuldet Anna Bea bis Februar CHF 6'875.--.

[Zusätzlichen Anspruch auf Verzugszinsen hinsichtlich der fälligen Darlehenszinsen hat Bea allerdings nur dann, wenn sie Anna mahnt und gegen sie gemäss Art. 105 Abs. 1 OR Betreibung oder Klage einleitet (vgl. oben). Auch]

Zwischenergebnis: Bea hat gegenüber Anna Anspruch auf Leistung der fälligen Darlehenszinsen im Zeitraum vom 1. April 2016 bis Februar 2017 in Höhe von CHF 6'875.--.

Gesamtergebnis:

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Esperanza Bank aufgrund der Zession der Forderung durch Bea einen Herausgabeanspruch in Höhe von CHF 250'000.-- gegen Anna hat. Der Herausgabeanspruch wurde am 10. November 2016, fällig. Indem Anna mit Ablauf der Kündigungsfrist am 10. November 2016 die Darlehensvaluta nicht herausgegeben hat, ist sie in Schuldnerverzug geraten und schuldet einen Verzugszins in Höhe von 5 % p.a. Der Anspruch auf Verzugszins ist mit der Zession als Nebenrecht auf die Esperanza Bank übergegangen.

Die Esperanza Bank kann sich zur Befriedigung des Herausgabeanspruchs nicht an Bea halten. Bei einer entgeltlichen Abtretung haftet die Zedentin für den Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung, die sog. Verität (Art. 171 Abs. 1 OR). Vorliegend ist der Bestand der Forderung gegeben.

Zudem kann die Esperanza Bank aufgrund des fehlenden Schadens keinen vertraglichen, quasivertraglichen oder ausservertraglichen Anspruch gegenüber Otto geltend machen und die Drittpfandverwertung eines praktisch wertlosen Bildes würde sich ebenfalls nicht anbieten.

Bea kann von Anna die Leistung der fälligen Darlehenszinsen im Zeitraum vom 1. April 2016 bis Februar 2017 in Höhe von CHF 6'875.-- verlangen. Die rechtliche Einordnung des Darlehenszinses gilt als selbständige Gegenleistung im vollkommen zweiseitigen Darlehensvertrag. Insofern geht der Anspruch auf Darlehenszinsen infolge der Zession nicht als Nebenrecht auf Bea über. Für die Verspätung der Darlehenszinsen kann allerdings kein Verzugszins verlangt werden, da bislang weder Betreuung noch Klage eingeleitet wurden.

Bearbeiterin: Dr. iur. des. Alessia Dedual