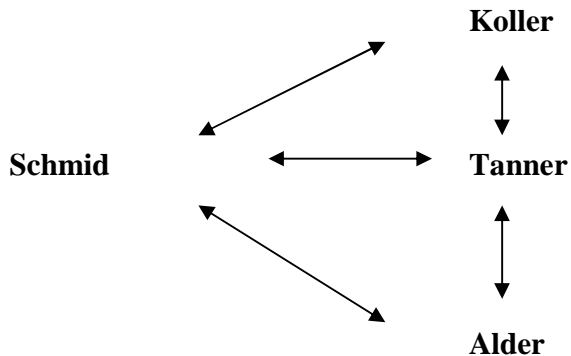


Lösungsvorschlag zu Fall 1

Methode

Zu Beginn startet man mit einer Skizze:



Die erste Analyse des Sachverhalts und der relevanten Verträge ergibt, dass Schmid bzw. die Witwe Schmid vorliegend das grösste Problem hat. Tanner bzw. seine Buchhalterin haben einen grossen Teil des Vermögens veruntreut. Zusätzlich geht Tanner Konkurs, wobei alle Vermögenswerte in den Depots und Konten auf seinen Namen lauten und sogar sein fiduziarisches Eigentum geworden sind. Als Vorfragen zu den Ansprüchen der Witwe Schmid gegen Tanner ist festzustellen, auf welche Weise die Rechte Schmid auf dessen Witwe übergehen (Universalsukzession), ob im Verhältnis Schmid-Tanner bereits die Verjährung eingetreten ist und wie Tanner für die Taten seiner Buchhalterin einstehen muss (Substitution oder Hilfsperson). Die dringendste Frage lautet, welche Vermögenswerte Schmid materiellrechtlich aus der Konkursmasse Tanners aussondern muss oder kann (Art. 401 OR). Gelingt die Aussonderung nicht, werden die Vermögenswerte als Eigentum Tanners verwertet. Erst in zweiter Linie interessieren die Ansprüche Tanners gegen Alder.

Für das Verhältnis Schmid-Tanner macht man am besten eine Liste mit den erhaltenen und noch vorhandenen Vermögenswerten. Je nach Erwerb des Vermögenswerts kommen die Normen der Rückgabe, der Aussonderung oder des Schadenersatzes zur Anwendung.

Witwe Schmid vs Konkursmasse Tanners

Ansprüche aus Treuhandvertrag bzw. Auftrag: Aussonderung (Art. 401 OR), Rückerstattung (Art. 400 OR) und Schadenersatz (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 1 OR)

Vorfragen

Universalsukzession

Schmid als Vertragspartner Tanners verstarb Ende 2006. Die Witwe Schmid ist gemäss Sachverhalt Alleinerbin. Sie übernimmt somit durch Universalsukzession Schmid's Ansprüche gegen Tanner (Art. 560 Abs. 1 und 2 ZGB). Die Klagen der Witwe Schmid richten sich an die Konkursmasse Tanners (Art. 401 Abs. 2 OR).

Qualifikation und Verjährung

Das Verhältnis zwischen Schmid und Tanner wird im Sachverhalt als Treuhandanlage bezeichnet. Tanner soll die Gelder und Aktien in eigenem Namen, aber für Rechnung Schmid's in einem separaten Depot und Konto anlegen. Tanner wird somit Fiduziar. Die Treuhand ist ein Rechtsverhältnis, „*bei dem Vermögenswerte – das Treugut – aufgrund der grundsätzlich formlosen Treuhandvereinbarung (...) vom Treugeber auf den Treuhänder mit der Bestimmung übereignet werden, dass dieser die Werte nicht im eigenen, sondern im Interesse des Gebers oder eines Begünstigten verwende.*“¹ Er erlangt das fiduziarische Eigentum an den Vermögenswerten und legt diese wie seine eigenen an. Schwerpunkt der Rechtsbeziehung ist es, die Vermögenswerte gewinnbringend zu investieren. Es geht folglich nicht um eine blosser *Aufbewahrung* oder *Erhaltung* der Werte. Dies spielt aber sicher auch eine Rolle. Für Schmid hat es die Bedeutung, dass er sein Vermögen aus seiner Heimat wegbringen will, weil es *dort* unsicher angelegt ist. Es lässt die Hinterlegungskomponente des Vertrags mit Tanner in den Hintergrund treten.² Steht die Vermögensanlage im Vordergrund, sind die Normen des depositum irregulare unpassend.³ Im Gegensatz zur gewöhnlichen Hinterlegung gibt es beim depositum irregulare keine rei vindicatio, weil das Eigentum wie bei der Treuhand übergeht.⁴ Auch bezüglich der von Schmid übergebenen Aktien geht es nicht um Hinterlegung im Sinne von Art. 472 ff. OR. Tanner hat gemäss Sachverhalt diese zu halten *oder deren Erlös anzulegen*. Er handelt als indirekter Stellvertreter Schmid's. Geschuldet ist ein Tätigwerden in fremdem Interesse, eine Besorgung von Geschäften und Diensten (Art. 394 Abs. 1 OR). Auf das Treuhandverhältnis sind deshalb die Regeln des Auftrags anwendbar.⁵ Der Tod Schmid's oder der Konkurs Tanners beenden das Auftragsverhältnis. Dies spielt für den Fall jedoch nur eine untergeordnete Rolle – die Regelung ist überdies dispositiv (Art. 405 Abs. 2 OR). Aus der Natur des Geschäfts (Art. 405 Abs. 1 OR) kann vielmehr geschlossen werden, dass die Vermögensanlage weiter bestehen muss, bis Schmid oder seine Alleinerbin Gelegenheit hat, die Vermögenswerte zurückzuziehen. Die sofortige Einstellung der Vermögensverwaltung könnte die Interessen des Auftraggebers auch gefährden (vgl. Art. 405 Abs. 2 OR).

Drei Ansprüche sind zu prüfen: Erstens die *Aussonderung* der Vermögenswerte gemäss Art. 401 OR. Zweitens geht es um *Schadenersatz* für die veruntreuten Vermögenswerte und drittens um obligatorische *Rückgabeklagen* gegen die Konkursmasse Tanners. Dabei stellt sich die Frage, wie diese Ansprüche verjähren, denn die Übergabe erfolgte bereits 1990. Das Treuhandverhältnis wurde auf eine unbestimmte Zeitdauer eingegangen. Gemäss Art. 130 Abs. 2 OR verjähren An-

¹ Vgl. Rolf Watter, Die Treuhand im Schweizer Recht, ZSR 1995 II, 179 ff., 187.

² Vgl. BGE 94 II 167 ff., 169 und BGE 102 II 297 ff., 301.

³ Siehe BSK-Koller, OR 481 N 12; vgl. Watter, ZSR 1995 II, 192.

⁴ Vgl. BSK-Koller, OR 481 N 6.

⁵ Vgl. BSK-Koller, OR 394 N 11; BK-Fellmann, Art. 394 N 57; Watter, ZSR 1995 II 190.

sprüche, die auf Kündigung gestellt sind, mit dem Tag, auf den die Kündigung zulässig ist. Im Auftragsrecht ist diese jederzeit zulässig (Art. 404 OR). Die Verjährung der Ansprüche aus dem Treuhandverhältnis würde schon mit der Übergabe des Treuguts beginnen. Dies hätte unsinnigerweise zur Folge, dass bei langen Treuhandverhältnissen die Verjährung eintritt, bevor die Rückgabe verlangt wird.⁶ Der Rückerstattungsanspruch verjährt somit erst mit Ablauf des Treuhandverhältnisses. Dieser kann eintreten durch Übereinkunft, Zeitablauf, Widerruf oder Kündigung. Gemäss dieser Rechtsprechung bezieht sich Art. 130 Abs. 2 OR auf Forderungen, die bereits bestehen und nur die Fälligkeit von einer Kündigung abhängig ist. Bei der treuhänderischen Vermögensverwaltung besteht der Vertragsinhalt nicht in der Rückerstattung, sondern in der Vermögensverwaltung. Die Rückerstattungspflicht entsteht erst bei Beendigung des Dauerschuldverhältnisses.⁷ Die Forderungen aus dem Treuhandverhältnis sind deshalb noch nicht verjährt.

Legalzession und Aussonderung (Art. 401 OR)

Den besten Schutz erzielt die Witwe Schmid mit der Legalzession und der Aussonderung von Forderungen und Vermögenswerten aus der Konkursmasse Tanners. Bei den Schadenersatz- und Rückerstattungsansprüchen muss sie das Vermögenssubstrat mit den übrigen Gläubigern der letzten Konkursklasse teilen.⁸ Bei der Legalzession und der Aussonderung erhält sie hingegen die Forderungsrechte und Vermögenswerte direkt zugeteilt.

Die Legalzession und das Aussonderungsrecht sind in Art. 401 OR geregelt. Es geht um Forderungsrechte, die der Beauftragte im eigenen Namen für Rechnung des Auftraggebers gegen Dritte erworben hat (Legalzession, Art. 401 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 OR) sowie um bewegliche Sachen, die der Beauftragte im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Auftraggebers erhalten hat (Art. 401 Abs. 3 OR). Diese Rechte kann die Witwe Schmid nur geltend machen, wenn sie ihrerseits allen Pflichten als Auftraggeberin nachgekommen ist (Art. 401 Abs. 1 OR). Die Pflichten gemäss Treuhandvertrag sind die Bezahlung einer Gebühr in der Höhe von einem halben Prozent der angelegten Vermögenswerte. Dieses Entgelt hat sich Tanner jedoch selber auszuzahlen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass Schmid jederzeit seinen Pflichten „automatisch“ nachgekommen ist. Die Rechte Schmid hängen von der Qualifizierung der einzelnen Werte im Konto und im Depot ab:

Die Aktien, die Tanner für Schmid gekauft hat, sind von Art. 401 Abs. 3 OR erfasst. Aktien sind bewegliche Sachen. Gemäss Sachverhalt erwarb Tanner tatsächlich Aktien, die er *physisch* in ein Depot legte. Tanner hat sie im eigenen Namen gekauft, aber für Rechnung Schmid's. Gefordert wird die Bestimmtheit des Aussonderungsgutes.⁹ Vorliegend hat Tanner ein separates Konto und Depot eröffnet, das nur der Vermögensverwaltung Schmid's dient.¹⁰ Es können also nur Aktien sein, die für Schmid erworben worden sind. Die Aktien sind deshalb genügend bestimmt und Tanner hat das fiduziarische Eigentum daran erlangt. Die Witwe Schmid kann deshalb die von Tanner gekauften Aktien aus der Konkursmasse aussondern.

⁶ Siehe BGE 91 II 442 ff., 451 f.

⁷ BGE 91 II 442 ff., 451; BGE 122 III 10 ff., 17 ff.

⁸ Vgl. BK-Fellmann, OR 401 N 101.

⁹ Vgl. BK-Fellmann, OR 401 N 106.

¹⁰ Vgl. diesbezüglich BGE 87 III 14 ff., 22 f.

Die Aktien, die Schmid Tanner überreicht hat, kann er gemäss h.L. nicht aussondern. Tanner als Treuhänder hat diese Aktien von Schmid als Treugeber selber erhalten. Diese Konstellation ist von Art. 401 Abs. 3 OR nicht erfasst (strittig).¹¹

Der auf dem Konto noch vorhandene Verkaufserlös der Aktien und die bereits bezahlten Zinsen aus dem Darlehen an Koller sind ebenfalls als bewegliche Sache aussonderbar. Geld vermischt sich normalerweise mit dem Vermögen des Treuhänders. Wird es jedoch wie hier in ein spezielles Konto bezahlt, das nur den Interessen Schmidts dient, und damit gesondert vom übrigen Vermögen des Treuhänders überwiesen, ist die Aussonderung nach wie vor möglich.¹²

Die Darlehensforderung gegenüber Koller ist von Art. 401 Abs. 1 OR erfasst. Tanner gewährte im eigenen Namen ein Darlehen an Koller aus dem von Schmid übergebenen Geld. Die Darlehensrückzahlung kann somit die Witwe Schmid selber gegenüber Koller fordern. Das interne Verhältnis der Treuhand wird so auch nach aussen wirksam.¹³ Trotzdem bedarf es einer Notifikation Kollers, dass Koller künftig an die Witwe Schmid zu leisten habe.¹⁴ Sie muss das Darlehen mit der vereinbarten Frist kündigen. Falls es keine vereinbarte Frist gibt, ist das Darlehen nach ihrer Aufforderung innert sechs Wochen zurückzuzahlen (Art. 318 OR). Der Anspruch auf Darlehensrückzahlung gegenüber Koller kann nicht verjährt sein, obwohl es ein Darlehen mit unbestimmter Dauer ist, das vor mehr als zehn Jahren gewährt worden ist. Gemäss Sachverhalt wurden die Zinsen von Koller jährlich bezahlt und dem Konto gutgeschrieben. Damit hat er die Verjährung jedes Jahr neu unterbrochen im Sinne von Art. 135 Ziff. 1 OR. Die Verjährung beginnt somit jedes Jahr neu (Art. 137 Abs. 1 OR). Die Forderung geht auf die Witwe Schmid über, sobald diese ihren Verpflichtungen nachgekommen ist (Art. 401 Abs. 1 OR). Gemäss Treuhandabrede ist Tanner befugt, sich den Lohn selber zu gewähren. Der Sachverhalt erwähnt nicht, ob er dies getan hat. Hat er es noch nicht getan, kann es durch Zurückhaltung des entsprechenden Betrages noch immer geschehen.

Herausgabeanspruch (Art. 400 OR)

Die Aktien, die Tanner von Schmid selber erhalten hat, können nicht ausgesondert werden (siehe oben). Die Witwe Schmid kann deshalb lediglich die obligatorische Rückerstattung gemäss Art. 400 Abs. 1 OR verlangen. Die Aktien gehören jedoch zur Konkursmasse. Deren Wert wird somit in eine Geldforderung von entsprechendem Wert umgewandelt (Art. 211 Abs. 1 SchKG).¹⁵ Die Höhe der Befriedigung dieses Anspruchs hängt somit davon ab, wie viel die Konkursmasse hergibt.

Witwe Schmid vs Tanner: Schadenersatz (Art. 399 OR)

Dieser Anspruch richtet sich gegen die Konkursmasse. Der Treuhandvertrag, den Schmid mit Tanner geschlossen hat, wurde schlecht erfüllt, denn ein Teil des Vermögens wurde von Tanners Buchhalterin veruntreut. Es stellt sich die Frage, wie dieses Verhalten Tanner zugerechnet wird.

¹¹ Siehe BK-Fellmann, OR 401 N 116; BGE 117 II 429 ff., 431 f.; Honsell, recht 1993, 73 ff., befürwortet die Aussonderung unabhängig davon, ob die beweglichen Sachen vom Auftraggeber oder von Dritten erworben worden sind.

¹² BSK-Weber, OR 401 N 16; BK-Fellmann, OR 401 N 108-111 f.

¹³ Vgl. BK-Fellmann, OR 401 N 13.

¹⁴ BSK-Weber, OR 401 N 11.

¹⁵ BK-Fellmann, OR 401 N 101.

In Frage kommt die Erfassung der Buchhalterin als Hilfsperson im Sinne von Art. 101 Abs. 1 OR – dann muss Tanner für ihre Handlungen voll einstehen. Bei befugter Substitution Tanners beschränkt sich die Haftung auf gehörige Sorgfalt und Instruktion Alders (Art. 399 Abs. 2 OR). In der Lehre gibt es verschiedene Ansätze zur Unterscheidung zwischen Hilfsperson und Substitut.¹⁶ An dieser Stelle werden die Kriterien des Bundesgerichts angewandt. Das Hauptkriterium ist die Interessenlage – dies spielt aber nur eine Rolle, sofern Alder befugterweise beigezogen wird.¹⁷

Das grundsätzliche Abgrenzungskriterium ist somit die Befugnis der Übertragung. Tanner hat das Geschäft grundsätzlich persönlich zu besorgen (Art. 398 Abs. 3 OR). Die Substitution ist nur nach den Voraussetzungen von Art. 398 Abs. 3 OR zulässig. Vorliegend betraut Tanner Alder mit der ganzen Aufgabe, die sie offensichtlich selbständig erledigt. Die Hauptaufgabe, die Vermögensverwaltung, d.h. die gewinnbringende Investition, gibt er aus seinen Händen. Alder ist folglich nicht bloss ein untergeordneter Erfüllungsgehilfe.

Der Sachverhalt erwähnt keine Indizien, wonach Tanner zur Substitution ermächtigt war. Die Anlage wurde ihm als Freund aufgetragen. Durch die Umstände war er auch nicht genötigt, die Buchhalterin damit zu betrauen, denn die erste Vermögensanlage vermochte er offensichtlich noch selber zu organisieren. Eine Übung, die Substitution bei der Treuhand zuzulassen, gibt es auch nicht. Die Substitution ist somit unbefugt erfolgt. Tanner haftet nach Art. 399 Abs. 1 OR. Voraussetzung ist ein Schaden. Dieser besteht darin, dass dem Konto und Depot Vermögenswerte entzogen worden sind. Geschuldet ist das positive Interesse. Schmid ist so zu stellen, wie wenn die Vermögenswerte weiterhin ordentlich angelegt worden wären. Das Verschulden liegt in der unbefugten Substitution. Die Handlungen Alders wären auch Tanner vorwerfbar, hätte er sie begangen (hypothetische Vorwerfbarkeit, strittig).¹⁸ Die Kausalität zwischen den Handlungen Alders und dem Schaden ist natürlich und adäquat ganz klar gegeben.

Variante I: Wer aufgrund des fehlenden Fachwissens Tanners den Beizug Alders als notwendige Handlung Tanners erachtet („...durch die Umstände genötigt...“, siehe Art. 398 Abs. 3 OR)¹⁹, kommt auf folgende Lösung: Der Beizug Alders erfolgte im Interesse Tanners, denn er hatte keine Freude am Auftrag. Die Tatsache, dass Alder in Geschäftsangelegenheiten versierter als Tanner war, ist deshalb vorliegend nicht so wesentlich. Tanner haftet deshalb gemäss Art. 101 Abs. 1 OR voll für die Taten Alders. Diese wären ihm hypothetisch vorwerfbar, hätte er sie begangen. Alder veruntreute die Vermögenswerte, indem sie sie auf ihr eigenes Konto umleitete und für eigene Zwecke verbrauchte. Damit hat sie den zwischen Tanner und Schmid geschlossenen Vertrag verletzt. Das Ganze geschah offensichtlich mit Vorsatz; ein Verschulden ist gegeben. Die Handlungen Alders sind natürlich und adäquat kausal zum eingetretenen Schaden. Tanner haftet auf das positive Interesse, also wie wenn er auf dem Konto weiterhin alle Vermögenswerte behalten und investiert hätte.

Variante II: Sofern der Beizug Alders befugterweise und im Interesse Schmidts erfolgt ist, ergibt sich folgende Lösung: Tanner haftet lediglich im Rahmen von Art. 399 Abs. 2 OR für die gehöri-

¹⁶ Vgl. die Übersicht bei BK-Fellmann, OR 398 N 538 ff.

¹⁷ Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, N 2865.

¹⁸ Siehe BK-Fellmann, OR 399 N 21; gegen dieses Kriterium ist BSK-Weber, OR 399 N 5.

¹⁹ Siehe aber BK-Fellmann, OR 398 N 584. Die Lehre fordert eine Notstandssituation, die vorliegend nicht gegeben ist.

ge Sorgfalt und Instruktion Alders. Nähere Angaben fehlen, ob er dies gehörig getan hat.

Witwe Schmid vs Alder: Schadenersatz gemäss Art. 399 Abs. 3 OR

Bei der zulässigen und der unzulässigen Substitution entsteht ein direkter Anspruch der Witwe Schmid gegen Alder (Art. 399 Abs. 3 OR). Der Anspruch der Witwe Schmid gegen Alder bezieht sich nach dem Wortlaut des Gesetzes auf den Schaden, den Alder Tanner zugefügt hat, indem sie sein fiduziarisches Eigentum veruntreut hat. Das Bundesgericht hat diese enge Auslegung abgelehnt und lässt einen Direktanspruch des Hauptauftraggebers gegen die Substitutin zu. Dieser Vertrag hat auch Schutzwirkung zugunsten Schmid's.²⁰ Zu den Voraussetzungen des Schadens, des Verschuldens, des Kausalzusammenhangs sowie der Vertragsverletzung siehe oben.

Tanner vs Alder: Schadenersatz (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR)

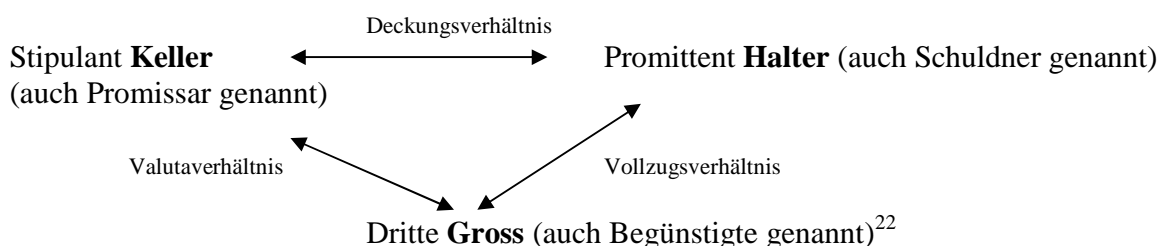
Tanners fiduziarisches Eigentum wurde durch die Taten Alders veruntreut. Sie hat auch den Arbeitsvertrag oder Auftrag mit ihm verletzt. Sie schuldet ihm Schadenersatz. Dieser Anspruch Tanners gegen Alder ist nicht von der Legalzession erfasst (Art. 401 Abs. 1 und 2 OR).

Die Anspruchsgrundlage ist das Arbeitsverhältnis, oder falls es als Auftrag ausserhalb des Arbeitsverhältnisses angesehen wird, das Auftragsverhältnis. Der Sorgfaltsanspruch ist für beide Verhältnisse identisch (Art. 398 OR i.V.m. Art. 321a Abs. 1 OR und Art. 321e Abs. 1 und 2 OR). Sie hätte die Vermögenswerte anlegen müssen. Der Schaden besteht im Schadenersatz, den Tanner der Witwe Schmid zahlen muss.²¹ Die Veruntreuung stellt eine Pflichtverletzung dar, die vorliegend vorsätzlich begangen worden ist. Diese war nach der Adäquanzformel des Bundesgerichts geeignet, einen Schaden im eingetretenen Ausmass zu bewirken.

Lösungsvorschlag zu Fall 2

Methode

Hier ist es wichtig, die verschiedenen Stränge klar auseinander zu halten. Am besten erfolgt dies mit einer Skizze:



Keller hat die Konstruktion des Vertrags zugunsten Dritter gewählt, um Gross eine Kaufpreiszahlung (Kauf im Deckungsverhältnis, Keller-Halter) als Schenkung (Valutaverhältnis, Keller-Gross) zukommen zu lassen, und zwar auf seinen Tod hin. Die erbrechtlichen Themen sind die

²⁰ Vgl. BGE 121 III 310 ff., 315 ff.

²¹ Vgl. BSK-Weber, OR 399 N 8; BK-Fellmann, OR 399 N 42 und 90.

²² Zur Terminologie siehe Eugen Bucher, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, S. 476.

Einhaltung der Formvorschriften für erbrechtliche Zuwendungen. Weiter ist zur Wahrung der Rechte Meiers die erbrechtliche Ausgleichung und Herabsetzung zu prüfen. Die Leistung im Deckungsverhältnis des Vertrags zugunsten Dritter weist einen Mangel auf. Zu prüfen ist, ob die Gewährleistung gültig wegbedungen worden ist und Halter das Recht hatte, die Leistung an Gross zu kürzen.

Vorliegend hat die Tochter Meier das grösste Problem, denn ihr Erbe wurde massiv gekürzt. Die Behandlung dieser Fragen klärt diverse Vorfragen der weiteren Ansprüche. Sie sind deshalb an erster Stelle zu lösen. Danach sind die Ansprüche von Gross zu prüfen. Sie will Fr. 100'000 mehr. Vorher ist deshalb noch abzuklären, ob Halter überhaupt dazu befugt war, die Kaufpreiszahlung zu kürzen. War die Ölverseuchung völlig ausserhalb dessen, was sich Verkäufer und Käufer noch vorstellen konnten, wäre es möglich, den Gewährleistungsausschluss als unbeachtlich einzustufen.

Meier vs Gross: Ausgleichung und Herabsetzung (Art. 527 und 626 ZGB)

Vorfrage: Gültigkeit des Verkaufs der Liegenschaft und der Schenkung

Zu prüfen ist, ob Kellers Verkauf des Hauses mit Bezahlung auf den Tod hin an eine Drittperson vertrags- und erbrechtlich Bestand hat. Er wählte dafür die Konstruktion des Vertrags zugunsten Dritter. Im Deckungsverhältnis Keller-Halter besteht ein Grundstückkaufvertrag. Der Grundstückkaufvertrag bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR). Diese Form ist gemäss Sachverhalt gegeben.

Bei der Schenkung stellt sich die Frage, ob es sich vorliegend um eine Schenkung von Hand zu Hand oder um ein Schenkungsversprechen handelt und ob diese gültig zu Stande gekommen sind. Problematisch ist die Annahme der Schenkung oder des Schenkungsversprechens. Im Valutaverhältnis Keller-Gross soll eine Schenkung an Gross stattfinden. Die Zuwendungs-Causa kann aber auch im Erbrecht liegen – es wäre dann ein Vermächtnis. Die Schenkung von Hand zu Hand ist formfrei gültig. Zu diesem Resultat gelangt, wer diese Schenkung als Realgeschäft betrachtet, bei welchem Abschluss und Vollzug zusammenfallen.²³ Als Schenkungsversprechen hätte es der einfachen Schriftlichkeit bedurft. Diese ist mit der öffentlichen Beurkundung als qualifizierter Schriftlichkeit auch erfüllt.

Die Schenkung bedarf der Annahme. Die Schenkung wurde von Gross zwar direkt angenommen, aber erst *nach dem Tod* Kellers. Gemäss MAISSEN sind für die Schenkung nur die Erfüllungshandlungen massgebend, nicht der Erfüllungserfolg.²⁴ Darunter ist die Anordnung an Keller zu verstehen, den Kaufpreis zu bezahlen. Die Annahme der Schenkung post mortem würde deshalb genügen. Das Bundesgericht entschied jedoch in BGE 96 II 79 ff., 95, dass die *Annahme* der Schenkung von Hand zu Hand und von Todes wegen *zu Lebzeiten des Schenkens* erfolgen müsse, unter Hinweis auf mehrere frühere Entscheide.²⁵ Eine überzeugende Lösung könnte hier darin

²³ Siehe Krauskopf, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 2000 = Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band 190, N 1687.

²⁴ Maissen, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1996, N 547, 548 und dort Fn. 856.

²⁵ BGE 96 II 79 ff., 95: „Um gültig zu sein, muss eine Schenkung freilich zu Lebzeiten des Schenkenden vom Beschenkten angenommen worden sein, gleichgültig, ob es sich um eine Schenkung unter Lebenden oder um eine solche von Todes wegen handle“, mit Hinweisen auf BGE 67 II 305 ff., 309 und BGE 89 II 87 ff., 90 E. 2; siehe auch

bestehen, dass gar keine Annahme der durch den Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall hin erfolgten Schenkung gefordert würde, wie dies BAYER, VON TUHR/ESCHER und BUCHER vorsehen.²⁶ Eine Annahme macht bei den Schenkungen auf den Tod hin nicht wirklich Sinn. Eine Schenkung auf den Tod hin ist nichts anderes als ein Vermächtnis im Sinne von Art. 484 Abs. 1 ZGB, bei dem die causa ebenfalls einseitig bestimmt wird. Richtigerweise ist somit bei einer Schenkung auf den Tod hin gar keine Annahme nötig, und schon gar nicht zu Lebzeiten des Schenkers. Vorliegend ist die Schenkung gemäss Sachverhalt aber schon teilweise vollzogen worden (Fr. 400'000 von Fr. 500'000). Gemäss Art. 243 Abs. 3 OR ist die Schenkung zumindest in diesem Umfang als Schenkung von Hand zu Hand zu beurteilen (strittig).²⁷

Die Schenkung auf den Tod hin untersteht den Verfügungen von Todes wegen (Art. 245 Abs. 2 OR). Es stellt sich die Frage, ob dies auch gilt, wenn die Schenkung in der Rechtsfigur des Vertrags zugunsten Dritter erfolgt. Das Bundesgericht hat dies schon mehrfach bejaht.²⁸ Vorliegend geht es um eine Schenkung, also einen Vertrag. Es wäre folglich in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Form des öffentlich beurkundeten Erbvertrags gefordert.²⁹ Diese Form liegt vor. Es ist ein öffentlich beurkundetes Schenkungsversprechen. Dieses muss nur vom Schenkenden unterzeichnet werden.³⁰

Auch wenn die Schenkung mangels Annahme als nicht zustande gekommen erachtet wird, bleibt noch die Interpretation als Vermächtnis bestehen (Art. 484 Abs. 1 ZGB). Das Vermächtnis ist gültig zustande gekommen. Dies ist eine nach dem Grundsatz des favor testamenti zulässige Interpretation.³¹

BGE 42 II 56 ff., 59; BGE 45 II 142 ff., 145 f.; BGE 49 II 96 ff., 97 ff.; vgl. die Kritik dazu bei Walter Bayer, Der Vertrag zugunsten Dritter, Tübingen 1995, S. 329.

²⁶ Siehe Bayer, S. 329; von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. A., Zürich 1974, S. 253: „Wenn der Vertrag zugunsten eines Dritten dazu dient, dem Dritten eine Zuwendung von Todes wegen zu machen, so wird die causa dieser Zuwendung, wie beim Testament, durch einseitigen Willen des Zuwendenden bestimmt, d.h. der Dritte wird nicht nur Gläubiger, sondern kann auch die Forderung definitiv behalten, ohne dass zwischen ihm und dem Stipulanten eine Einigung über diese Zuwendung erfolgt“; vgl. Bucher, S. 482 f.: „Wenn der Vertrag zugunsten Dritter dazu dient, dem Dritten eine Zuwendung von Todes wegen zu machen, bedarf es keiner Einigung; der Dritte wird Gläubiger, ausser er gebe eine Ablehnungserklärung (entsprechend ZGB 577) ab.“

²⁷ Vgl. BGE 105 II 104 ff., 108 f.; Krauskopf, N 1686.

²⁸ Siehe BGE 89 II 87 ff., 91; siehe auch BGE 88 II 67 ff., 70, BGE 75 II 184 ff., 188; BGE 76 II 273 ff., 276 E. 1a und BSK-Vogt, OR 245 N 7; Maissen, N 568 ff.; ablehnend Patrick Krauskopf, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 2000 = Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band 190, N 1680 f.

²⁹ Vgl. Maissen, N 568; BGE 89 II 87 ff., 90 f.: „Selon l'art. 245 al. 2 CO, "les donations don't l'exécution est fixée au décès du donateur sont soumises aux règles concernant les dispositions pour cause de mort". Le renvoi concerne au premier chef les règles de forme instituées par la loi pour les dispositions à cause de mort. La donation à cause de mort est soumise aux règles du pacte successoral (RO 76 II 276). Il en est de même du mandat conféré à un tiers de faire une libéralité après la mort du mandant (RO 58 II 427/8)“; BGE 88 II 67 ff., 70. Die Form des Erbvertrags wäre schon eingehalten, aber nicht zwischen den richtigen Parteien.

³⁰ Vgl. BSK-Vogt, OR 243 N 1 und BGE 110 II 156 ff., 161.

³¹ Vgl. auch BGE 89 II 87 ff., 91 ff., wo eine formungültige Schenkung auf den Todeszeitpunkt hin als Vermächtnis gedeutet wurde: „Tous les auteurs admettent avec raison que les règles sur le contenu des dispositions à cause de mort s'appliquent en vertu du renvoi de l'art. 245 al. 2 CO (...). Lorsque la donation à cause de mort a pour objet non pas l'universalité ou une quote-part de la succession (art. 483 CC), mais une chose déterminée, cet objet est un legs (art. 484 CC). Au décès du donateur, le donataire n'acquiert pas un droit immédiat sur la chose donnée, mais une action personnelle en délivrance de cette chose contre les héritiers (art. 562 CC)“; vgl. Maissen, N 571 und 578; BSK-Vogt, OR 245 N 7.

Herabsetzung und Ausgleichung

Gemäss Sachverhalt besteht der Nachlass Kellers aus Bargeld und Aktien in der Höhe von Fr. 500'000. Die Schenkung betrifft ebenfalls einen Betrag von Fr. 500'000. Meier als allein ererbende Tochter hat einen Pflichtteil von $\frac{3}{4}$ des gesamten Nachlasses (Art. 471 Ziff. 1 ZGB), also Fr. 750'000, wenn man die Schenkung an Gross hinzurechnet. Sie hätte somit Anspruch auf einen Mehrbetrag von Fr. 250'000 von Gross, die die Schenkung erhalten hat.

Gemäss Art. 522 Abs. 1 ZGB unterliegen die Verfügungen, die die Verfügungsbefugnis überschreiten, der Herabsetzung. Sie wird gemäss Art. 245 Abs. 2 OR wie eine Verfügung von Todes wegen behandelt. Da die Schenkung auf den Todeszeitpunkt hin vollzogen wird, ist Art. 527 ZGB nicht anwendbar, sondern Art. 522 Abs. 1 ZGB.³² Die Schenkung an Gross wird somit um die Hälfte herabgesetzt. Das ZGB regelt den vorliegenden Fall nicht, bei dem eine Verfügung von Todes wegen bereits ausbezahlt worden ist. Art. 528 Abs. 1 ZGB regelt lediglich den Fall, in dem eine Verfügung unter Lebenden durch Herabsetzung rückgeleistet werden muss. Der vorliegende Fall ist deshalb durch die analoge Anwendung von Art. 528 Abs. 1 ZGB zu lösen.

Die Aktivlegitimation der Herabsetzungsklage ist gegeben. Meier ist Erbin. Massgebend für die Wertbestimmung ist der Wert im Zeitpunkt des Erbgangs (Art. 474 Abs. 1 ZGB).

Die Herabsetzungsklage Meiers gegen Gross auf Fr. 250'000 sollte deshalb in diesem Umfang erfolgreich sein, es sei denn, die Liegenschaft ist im Wert tatsächlich Fr. 100'000 weniger wert gewesen, bzw. die Kaufpreisminderung ist erfolgreich, obwohl die Gewährleistung ausgeschlossen ist. Wird der Kaufpreis auf Fr. 400'000 gemindert, hätte Meier noch einen Anspruch auf $\frac{3}{4}$ von Fr. 900'000, was Fr. 675'000 entspricht. Sie könnte dann von Gross nur Fr. 175'000 fordern. Dieser Frage ist im nachfolgenden Anspruch nachzugehen.

Die *Ausgleichung* ist vorliegend nicht anwendbar, da Gross als Geliebte keine gesetzliche Erbin ist (vgl. Art. 626 Abs. 1 ZGB). Die Ausgleichung betrifft überdies nur lebzeitige Zuwendungen (Art. 626 Abs. 1 ZGB), während es hier um eine Schenkung von Todes wegen geht, die von Gesetzes wegen den Verfügungen von Todes wegen untersteht (Art. 245 Abs. 2 OR).

Meier vs Halter: Bezahlung von Fr. 100'000 (Kaufpreisrestanz)

Vorfrage: Zulässige Kaufpreisminderung

Im Grundsatz gilt, dass der Dritte beim Vertrag zugunsten Dritter alle Schwächen der Forderung aus dem Deckungsverhältnis mittragen muss. Die Forderung der Dritten Meier ist nicht losgelöst vom Deckungsverhältnis. Meier muss sich also die Minderung des Kaufpreises grundsätzlich

³² Vgl. BGE 102 II 313 ff., 321 f.: „Der Herabsetzung nach Art. 522 ZGB unterliegen Verfügungen von Todes wegen, welche die Verfügungsbefugnis des Erblassers überschreiten. In BGE 82 II 488 hat das Bundesgericht ausgeführt, unter Verfügung im Sinne von Art. 522 ZGB verstehe das Gesetz einzig Testament und Erbvertrag. Dabei hat es jedoch übersehen, dass den Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen nach Art. 245 Abs. 2 OR auch Schenkungen unterstehen, deren Vollziehbarkeit auf den Tod des Schenkers gestellt ist. Auf solche Schenkungen sind insbesondere auch die Bestimmungen über die Herabsetzung anwendbar (BGE 96 II 96 Erw. 8d, 89 II 92/93 Erw. 5).“

gefallen lassen.³³ Vorgängig ist dennoch zu prüfen, ob die Gewährleistung im Kaufvertrag gültig wegbedungen worden ist.

Ohne Zweifel enthält der öffentlich beurkundete Grundstückskaufvertrag eine Wegbedingung der Gewährleistung. Die Ölverseuchung stellt einen körperlichen Mangel dar, für den nach Kaufrecht die Sachgewährleistung anwendbar wäre (Art. 197 ff. OR). Durch die Reduktion der Kaufpreiszahlung hat Halter die Minderung gewählt (Art. 205 Abs. 1 OR). Gemäss Sachverhalt betragen die Sanierungskosten Fr. 100'000. Es gibt jedoch eine tatsächliche Vermutung, dass der Minderwert des Kaufgegenstands mit den Verbesserungskosten übereinstimmt.³⁴ Es ist jedoch auch möglich, die Sanierungskosten *als Schadenersatz* einzufordern. Fraglich ist lediglich die Rechtsgrundlage: ist Schadenersatz kausal geschuldet oder nur bei Vorliegen eines Verschuldens? Die rechtliche Einordnung dieser Frage lautet, ob Schadenersatz nach Art. 208 Abs. 2 OR analog (h.L.; Art. 205 OR erwähnt keinen Schadenersatzanspruch) oder nach Art. 97 OR, der Art. 208 Abs. 3 OR (Meinung des Bundesgerichts) entspricht, zuzusprechen ist.³⁵ In diesem konkreten Fall könnte das Verschulden darin liegen, dass der Tank früher nicht oder nicht richtig kontrolliert worden ist.³⁶ Der Sachverhalt gibt diesbezüglich nichts her. Die Sanierungskosten deuten aber eher auf eine massive Verschmutzung hin, die man vielleicht hätte bemerken müssen. Für diese Lösung spielt das aber keine Rolle, denn die Gewährleistung wurde gültig ausgeschlossen, wie nachfolgend zu zeigen ist.

Zuerst ist der Gewährleistungsausschluss auf seine Gültigkeit nach Art. 199 OR zu prüfen. Keller wusste aber selber nicht, dass Öl ausgelaufen ist. Arglist fällt somit weg. Nach einem Teil der Lehre ist auch die Grenze des Art. 100 Abs. 1 OR auf den Kauf anwendbar.³⁷ Die Grobfahrlässigkeit könnte darin bestehen, dass Keller grobfahrlässig nicht gemerkt hat, dass Öl ausgelaufen ist. Dies wäre nach dem Beispiel in BGE 107 II 161 ff., 167 eher zu verneinen.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann ein Gewährleistungsausschluss unverbindlich sein, wenn er bloss floskelhaft in den Kaufvertrag aufgenommen worden ist und die Parteien des Kaufvertrags deren Bedeutung nicht reflektiert haben, weil sie keine Risiken sehen, die zur Gewährleistung führen könnten.³⁸ Vorliegend ist unklar, ob zwischen Keller und Halter ein Konsens über die Bedeutung des Gewährleistungsausschlusses bestand. Bestand kein Konsens über die Bedeutung dieser Klausel, ist die Klausel nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen. Danach fällt ein Mangel nicht mehr unter die Wegbedingung, „*wenn er gänzlich ausserhalb dessen lag, womit ein Käufer vernünftigerweise rechnen musste*“.³⁹ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

³³ Siehe Krauskopf, N 1259.

³⁴ BSK-Honsell, OR 205 N 9; BGE 111 II 162 ff., 163: „...la moins-value correspond aux frais de réparation.“

³⁵ Siehe dazu BGE 107 II 161 ff., 165 f., E. 7: „Das Obergericht geht zutreffend und unwidersprochen davon aus, dass eine derartige Schadenersatzklage wegen Mängeln einer Kaufsache zulässig ist, obschon sie nur in Art. 208 OR bei der Wandelung ausdrücklich erwähnt ist. a) Das Bundesgericht betrachtet die Schadenersatzklage aus Sachmängeln als Anwendungsfall von Art. 97 Abs. 1 OR und gesteht daher dem Verkäufer wie in Art. 208 Abs. 3 OR den Exkulpationsbeweis zu (...). Demgegenüber befürworten die herrschende Lehre und die Klägerin eine analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 OR und damit eine dem übrigen Gewährleistungsrecht entsprechende Kausalhaftung des Verkäufers, soweit es um unmittelbaren Schaden geht (...).“

³⁶ Vgl. die Überlegungen in BGE 107 II 161 ff., 167.

³⁷ Vgl. die Übersicht bei BSK-Honsell, OR 199 N 1 am Ende.

³⁸ BGE 107 II 161 ff., 163: „Im übrigen ist es eine Erfahrungstatsache, dass bei Landkäufen derartigen Ausschlussklauseln keine besondere Bedeutung beigemessen wird. Das heisst aber nur, dass - zu Recht oder zu Unrecht - bei solchen Geschäften keine grossen Risiken erwartet werden.“

³⁹ BGE 107 II 161 ff., 164.

wurde weiter präzisiert: Es genügt nicht, dass der Mangel unerwartet ist, er muss den Zweck des Geschäfts auch erheblich beeinträchtigen.⁴⁰ Bei der Analyse ist vorsichtig und zurückhaltend vorzugehen. Parteien schliessen die Gewährleistung aus, gerade weil sie das Risiko eines Mangels nicht abschätzen können.⁴¹ Ausgelaufenes Heizöl wurde bei einem Grundstück mit einem stillgelegten Gewächshaus als nicht ausserhalb der zu erwartenden Mängel erachtet.⁴² Umso mehr muss diese Gefahr bei einem Einfamilienhaus gelten. Die Wegbedingung der Sachgewährleistung ist somit gültig. Keller ist nicht befugt, eine Minderung des Kaufpreises oder Schadenersatz zu verlangen.

Vorliegend geht es um einen *echten* Vertrag zugunsten Dritter, denn Gross soll die Kaufpreisschuld Kellers selber fordern können. Diese Auslegung entspricht dem Gebot der Praktikabilität, denn der Stipulant ist im Zeitpunkt, da der Anspruch fällig wird, tot. Somit lässt sich dies in den Inhalt des Vertrags zugunsten Dritter im konkreten Fall hineinlesen. Wird ein direktes obligatorienrechtliches Forderungsrecht Gross' verneint, kann sie alternativ die Alleinerbin auffordern, ihr das erbrechtliche Vermächtnis im vollen Umfang zukommen zu lassen. Gross kann somit von Halter grundsätzlich die restlichen Fr. 100'000 fordern. Da Meier aber das Vermächtnis um Fr. 250'000 herabsetzen kann (siehe oben), ist dies nicht mehr möglich. Im Endergebnis muss somit Gross Fr. 150'000 (also Fr. 100'000 weniger) aufgrund der Herabsetzung an Meier bezahlen. Von Halter hat sie nichts mehr zu fordern. Die restlichen Fr. 100'000 muss Halter an Meier bezahlen, nicht an Gross. Es macht keinen Sinn, Halter zur Leistung an Gross zu verpflichten, wenn Gross das Geld gleich wieder Meier geben müsste.⁴³

⁴⁰ BGE 130 III 686 ff., 690: „Damit ein Mangel von einer allgemein formulierten Freizeichnungsklausel nicht erfasst wird, genügt es nicht, dass er unerwartet ist; er muss auch den wirtschaftlichen Zweck des Geschäfts erheblich beeinträchtigen (Urteil vom 1. November 1995, a.a.O., E. 4a). Dies heisst allerdings nicht, dass zunächst ohne Rücksicht auf das Ausmass des Mangels zu beurteilen ist, ob er seiner Art nach gänzlich ausserhalb von dem liegt, womit vernünftigerweise zu rechnen ist, und erst, wenn dies bejaht wurde, in einem zweiten Schritt zu prüfen wäre, ob der wirtschaftliche Zweck des Vertrages im Sinne einer kumulativen Voraussetzung erheblich beeinträchtigt wird. Vielmehr ist im Rahmen einer einheitlichen gesamthaften Beurteilung festzustellen, ob der Käufer mit den Mängeln einer bestimmten Art im vorhandenen Ausmass rechnen musste. - Auch wenn ein Käufer, der ein Haus zu Wohnzwecken erwirbt, mit Mängeln einer bestimmten Art grundsätzlich rechnen muss, heisst dies nicht, dass er mit ihnen auch in einem Ausmass rechnen muss, welches das Haus weitgehend für den vorgesehenen Wohnzweck untauglich macht.“

⁴¹ BGE 130 III 686 ff., 691: „Freizeichnungsklauseln haben im Allgemeinen die Funktion, dem Verkäufer zu ermöglichen, seine Gewährleistung nicht für die uneingeschränkte Qualität der Kaufsache erbringen zu müssen, weil er das Risiko von Mängeln selber nicht einschätzen kann.“

⁴² BGE 107 II 161 ff., 165: „Das erlaubt dem Bundesgericht gestützt auf Art. 64 Abs. 2 OG die Feststellung, dass den Parteien bei Vertragsschluss die frühere Verwendung der Grundstücke samt dem Vorhandensein einer Heizanlage bekannt war. Sodann steht ausser Frage, dass im damaligen Zeitpunkt die Risiken undichter Öltanks oder Ölleitungen und die möglicherweise schweren Folgen hinsichtlich des Gewässerschutzes allgemein bekannt waren, erst recht für die branchenerfahrene Klägerin. Ebenfalls geläufig war, dass derartige Schäden manchmal erst nach geraumer Zeit erkannt werden. Der eingetretene Ölschaden lag daher, auch in seinem grossen Ausmass, nicht völlig ausserhalb dessen, womit vernünftigerweise beim Erwerb solcher Parzellen hätte gerechnet werden müssen. Das führt zum Schluss, dass die Gewährspflicht der Beklagten für den Mangel der Kaufobjekte aufgrund der Vertragsklausel entfällt.“

⁴³ Vgl. dazu Krauskopf, N 1337.