

## § 6 Die Schuldübernahme

Es geht vorliegend um Wege, sich zu einem Schuldnerwechsel zu verpflichten und einen Schuldnerwechsel zu vollziehen. Die Schuldübernahme wurde erst spät mit der Revision von 1911 ins OR aufgenommen, als Analogie zur Zession. Bei der Zession ist die Interessenlage jedoch umfassend anders: „*Da aber die Obligation mit der Person des Schuldners enger zusammenhängt als mit der des Gläubigers, weil der Wert der Forderung von der Zahlungsfähigkeit des Schuldners abhängt, kann ein Wechsel in der Person des Schuldners nicht ohne Zustimmung des Gläubigers stattfinden. Während der Schuldner sich einen neuen Gläubiger gefallen lassen muss, kann man dem Gläubiger nicht ohne seinen Willen einen neuen Schuldner unterschieben.*“<sup>1</sup>

### 1. Abgrenzungen

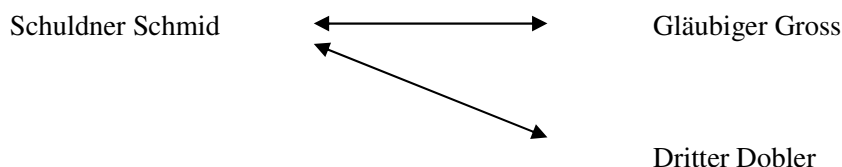
**Abgrenzung zur Zession:** Bei der Schuldübernahme geht es um den Schuldnerwechsel, während die Zession zu einem Gläubigerwechsel führt.

**Abgrenzung zur Vertragsübernahme (Gegenstand späterer Vorlesungen):** Bei der Vertragsübernahme übernimmt ein Dritter ein ganzes *Vertragsverhältnis*. Bei der Schuldübernahme hingegen geht es um einzelne Schulden.<sup>2</sup> *Beispiel:* Übernimmt der Dritte Dobler den April-Mietzins des Mieters Schmid gegenüber dem Vermieter Gross, wird er deswegen nicht Mieter der Wohnung.

### 2. Varianten

Es gibt die interne, die externe und die kumulative Schuldübernahme.

#### 2.1. Interne Schuldübernahme (Art. 175 OR; „Befreiungsversprechen“)



**Wie macht man das?** Dobler sagt zu Schmid beispielsweise: „*Ich übernehme Deine Schuld gegenüber Gross*“, oder: „*Ich werde Deine Schuld gegenüber Gross begleichen*“.

**Muss man eine Form beachten?** Grundsätzlich nein. Übernimmt man aber eine Schuld, für die das Gesetz aufgrund des *Leistungsgegenstandes* eine Formvorschrift kennt – beispielsweise ein Grundstückskauf – muss man die dafür notwendige Form beachten. Dient die Formvorschrift bei der übernommenen Schuld lediglich dem Übereilungsschutz (wie z.B. bei der Bürgschaft oder dem Schenkungsversprechen), muss

<sup>1</sup> Von Tuhr/Escher, S. 380 f.

<sup>2</sup> Vgl. BSK-Tschäni, OR 175 N 1: „*Gegenstand der Schuldübernahme ist lediglich die übernommene Schuld, dagegen nicht das Vertragsverhältnis als Gesamtes, das sich aus mehreren Rechten und Pflichten zusammensetzt und zwischen den bisherigen Vertragsparteien fortbesteht (...).*“

man keine Form beachten.<sup>3</sup> Erfolgt das Befreiungsversprechen unentgeltlich, ist es als Schenkungsversprechen formbedürftig (vgl. Art. 243 OR).<sup>4</sup>

**Wie geht die Erfüllung vor sich?** Die interne Schuldübernahme bewirkt noch keinen Schuldnerwechsel – es geht lediglich um ein Erfüllungsversprechen. Erst die Erfüllung bewirkt einen Schuldnerwechsel. Die Erfüllung dieses Versprechens erfolgt,

- indem Dobler die Schuld Schmid's gegenüber Gross begleicht,
- oder indem er sich mit Gross über eine privative Schuldübernahme einigt (siehe nachfolgend; Art. 175 Abs. 2 OR),
- oder indem sie den internen Schuldübernahmevertrag als echten Vertrag zugunsten Dritter ausgestalten und damit dem Gläubiger eigene Klagerechte ermöglichen,<sup>5</sup>
- oder indem die Schuldnerin den Befreiungsanspruch dem Gläubiger abtritt (mit einer Zession gemäss Art. 164 OR).<sup>6</sup>

**Kann sich der Gläubiger dagegen wehren?** Grundsätzlich ist er von der internen Schuldübernahme noch nicht betroffen. Er muss aber die vom Dritten angebotene *Erfüllung* annehmen, es sei denn, es liege eine persönliche Leistungspflicht vor (Art. 68 OR).<sup>7</sup>

**Muss der Schuldner zustimmen?** Ist der Schuldner mit dem Befreiungsversprechen nicht einverstanden, kommt die interne Schuldübernahme zwar nicht zustande. Gewonnen ist damit aber nichts, weil der Dritte direkt zur externen, privativen Schuldübernahme schreiten kann (siehe unten).

**Was geschieht, wenn der Gläubiger dem Schuldnerwechsel nicht zustimmt?** Da er dies nicht tun muss, evtl. die Schuld aber nicht einfach tilgen kann, weil sie noch nicht fällig ist, kann der alte Schuldner vom Dritten Sicherheiten verlangen (Art. 175 Abs. 3 OR). Muss er selber bezahlen, hat er einen Anspruch aus Art. 97 OR gegen den Dritten.<sup>8</sup>

## 2.2. Externe („privative“) Schuldübernahme (Art. 176 OR)



**Wie macht man das?** Es kann auf mehrere Arten geschehen, so z.B.

- wenn Dobler zu Gross sagt: „*Ich übernehme die Schuld Schmid's*“.

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

<sup>4</sup> Vgl. Schwenger, OR AT, N 91.04.

<sup>5</sup> Vgl. Huguenin, OR AT, N 1379.

<sup>6</sup> Vgl. ZR 1996 S. 83; vgl. ZK-Spirig, OR 175 N 62.

<sup>7</sup> Vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 3577.

<sup>8</sup> Vgl. von Tuhr/Escher, S. 382, Schwenger, N 91.09.

- wenn Dobler oder Schmid mit Doblere Ermächtigung Gross von der internen Schuldübernahme erzählt und Gross diese annimmt (Art. 176 Abs. 2 OR).<sup>9</sup> Die Annahme kann jederzeit erfolgen – dies ist ein Unterschied zu Art. 4 und 5 OR. Dobler oder Schmid können jedoch für die Annahme eine Frist setzen, auch nachträglich (vgl. Art. 177 Abs. 1 OR). Art. 176 Abs. 3 OR vermutet die Annahme, „wenn der Gläubiger ohne Vorbehalt eine Zahlung annimmt oder einer anderen schuldnerischen Handlung zustimmt.“ Mit den anderen schuldnerischen Handlungen sind beispielsweise die Kündigung oder Verrechnung gemeint.<sup>10</sup>

**Welche Wirkung hat die privative Schuldübernahme?** Schmid wird schon durch die privative Schuldübernahme befreit, nicht erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Begleichung der Schuld. Das kann man sich vom Latein her merken, denn *privare* heisst *befreien, berauben*.

**Kann sich der Altschuldner gegen die privative Schuldübernahme wehren?** Nein.<sup>11</sup>

**Kann sich der Gläubiger wehren?** Ja, indem er der Schuldübernahme nicht zustimmt. Die formrichtig angebotene Leistung muss er aber annehmen, ausser bei persönlichen Schulden.

### 2.3. Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme, im Gesetz nicht erwähnt)



**Wie macht man das?** Dobler sagt zu Gross: „*Ich trete der Schuld Schmidts bei*“.

**Welche Wirkung ergibt sich?** Es ergibt sich eine Sicherung des Gläubigers. Dadurch entsteht eine echte Solidarität i.S.v. Art. 143 OR.<sup>12</sup> Schmid wird dadurch aber noch nicht befreit.

**Achtung, Formproblem!** Wie unterscheidet man den Schuldbeitritt von der formbedürftigen Bürgschaft i.S.v. Art. 492 Abs. 1 OR? Nebst Wortlaut und den Umständen, die nicht immer zu einem klaren Ergebnis führen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR), stützt sich das Bundesgericht auf Indizien ab.<sup>13</sup> Ein wesentliches Indiz liegt im *Eigeninteresse* des Beitretenden.<sup>14</sup> **Weshalb kommt es darauf an?** Wer ein Eigeninteresse rechtlicher oder wirtschaftlicher Art an der Leistung hat, für den ist dieses Geschäft nicht nachteilig. Wer kein Eigeninteresse hat, soll vor dem Geschäft durch die Formvorschrift geschützt werden.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Diese Mitteilung schafft eine widerlegbare Vermutung für einen Antrag (vgl. BSK-Tschäni, OR 176 N 8 mit Hinweis auf Urteil BGer 4C.183/2004).

<sup>10</sup> Vgl. Schwenger, OR AT, N 91.15.

<sup>11</sup> Vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 3580.

<sup>12</sup> Vgl. Schwenger, OR AT, N 91.38.

<sup>13</sup> Dazu ausführlich Emmenegger, Garantie, Schuldbeitritt und Bürgschaft – vom bundesgerichtlichen Umgang mit gesetzgeberischen Inkohärenzen, ZBJV 2007, S. 561 ff. Sie hat nachgewiesen, dass das Bundesgericht gleichsam eine Vorentscheidung trifft – Erklärungen von Banken, Staaten, international tätige Unternehmungen ordnet das Bundesgericht der Garantie zu, während die Erklärungen natürlicher Personen zugunsten von Verwandten, Ehegatten und Freunden als Bürgschaft angesehen werden (S. 569 ff.).

<sup>14</sup> Vgl. Urteil BGer 4A\_420/2007, Erw. 2.2.3.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 129 III 702 ff., 710 f.: „*Darin, dass bei der Bürgschaft ein solches Eigeninteresse fehlt und es sich um ein uneigennütziges Geschäft handelt, das typischerweise zur Sicherstellung einer Verpflichtung von Familienangehörigen oder engen Freunden eingegangen wird, liegt denn auch der Grund, dass sie besonderen Formvorschriften unterstellt wurde (...). Damit auf kumulative Schuldübernahme geschlossen werden kann, ist erforderlich, dass der Übernehmer ein unmittelbares und materielles Interesse hat, in das Geschäft einzutreten und es zu seinem eigenen zu*

### 3. Vertiefungsfragen

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

Es handelt sich vorliegend um eine interne Schuldübernahme („Befreiungsversprechen“) gemäss Art. 175 Abs. 1 OR, die noch nicht befreiend wirkt. Es handelt sich dabei um ein Schenkungsversprechen gegenüber Schmid („Geburtstagsgeschenk“). Folglich muss die Schriftform gemäss Art. 243 Abs. 1 OR eingehalten werden.<sup>16</sup>

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

Dobler muss keine Form einhalten. Die Schuldübernahme erfolgt extern, gegenüber dem Gläubiger Gross (Art. 176 Abs. 1 OR). Dobler wird durch die Übernahme des nur schriftlich gültigen Schenkungsversprechens (vgl. Art. 243 Abs. 1 OR) gegenüber Gross nicht zum Schenker. Auch wenn die Schuldübernahme im Verhältnis zu Schmid als Schenkung erfolgt, wäre aufgrund der sofortigen Befreiung (privative, d.h. befreiende Wirkung) eine formlos gültige *Handschenkung* anzunehmen (vgl. Art. 242 Abs. 1 OR).<sup>17</sup>

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

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

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

Gemäss Art. 178 Abs. 1 OR berührt der Schuldnerwechsel die Nebenrechte nicht. Die Uhr bleibt somit im Pfandbesitz von Gross. Die Bürgschaft besteht hingegen nur weiter, wenn Berger dem

---

*machen, indem er - für die Gegenpartei erkennbar - direkt von der Gegenleistung des Gläubigers profitiert, wie bei der Miete einer gemeinsam genutzten Wohnung, dem Leasing eines vom Mitübernehmer mitbenutzten Fahrzeuges zu privaten Zwecken oder bei der gemeinsamen Geldaufnahme durch Ehegatten für gemeinsame Bedürfnisse (...). Ein eigenes Interesse ist auch zu bejahen, wenn der Promittent mit dem Schuldner zusammen eine einfache Gesellschaft bildet und es um eine Sicherheit für ein Geschäft geht, das zur Erreichung des Gesellschaftszwecks eingegangen wurde (...). Gleich verhält es sich, wenn dem Gläubiger bekannt ist, dass der Promittent eine stille Beteiligung am Geschäft oder der Personengesellschaft hält, deren Schuld sichergestellt wird (...). Für die Qualifikation als Schuldmitübernahme genügt es dagegen nicht, wenn der Übernehmer nur irgendeinen undefinierten Vorteil daraus zieht, dass er zugunsten des Hauptschuldners beiträgt. Er muss sich erkennbar aufgrund des gleichen Rechtsgrundes für den gleichen Vertrag wie der Hauptschuldner verpflichten wollen“*

<sup>16</sup> Vgl. Schwenzer, OR AT, N 91.04.

<sup>17</sup> Beispiel aus von Tuhr/Escher, S. 387; vgl. auch ZK-Spirig, vor OR 175-183 N 127.

Schuldnerwechsel zustimmt (Art. 178 Abs. 2 OR). Bürge Berger muss dies *schriftlich* tun, ansonsten die Bürgschaft untergeht (Art. 493 Abs. 5 OR).

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

Es geht hier um eine interne Schuldübernahme (Art. 175 Abs. 1 OR). Normalerweise wäre die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (Art. 82 OR)<sup>18</sup> gemäss Art. 179 Abs. 3 OR abgeschnitten. Halter und Dobler haben jedoch im Vergleich einem Dritten ein Klagerecht eingeräumt. Dies ist als echter Vertrag zugunsten Dritter zu werten (Art. 112 Abs. 2 OR).<sup>19</sup> Gläubiger Alder leitet somit seine Rechte aus diesem Vertrag ab und muss sich die Einreden aus diesem Vertrag entgegenhalten lassen.<sup>20</sup>

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

Es stellt sich die Frage, ob es sich um einen formfreien, im Gesetz nicht geregelten *Schuldbeitritt* oder um eine formbedürftige *Bürgschaft* (Art. 493 OR) handelt. Primär ist nach dem wirklichen Willen der Parteien zu suchen – dabei helfen der Wortlaut und eine Analyse der Interessenlage. Die Analyse des Wortlauts führt noch zu keinem Ergebnis. Ein weiteres Kriterium liegt in der Geschäftsgewandtheit der Parteien, worüber hier nur spekuliert werden kann – geschäftsgewandte Personen werden an einem klaren Bekenntnis zum Schuldbeitritt behaftet.<sup>21</sup> Ein wichtiges Indiz als Abgrenzungskriterium ist das Eigeninteresse des Dritten.<sup>22</sup> Liegt ein Eigeninteresse vor, spricht dies als Indiz für einen formlosen Schuldbeitritt. Vorliegend handelt es sich um einen Freundschaftsdienst. Die Aussage Doblere lässt darauf schliessen, dass er kein eigenes Interesse an der Leistung Schmidts hat, sondern ihm nur helfen will, weil er sein Freund ist. Er muss folglich die Bürgschaftsform einhalten.

- ***Wenn Dobler Gross ein Angebot zur Übernahme von Schmidts Schuld macht und später Vetter ebenfalls dem Gross ein Angebot unterbreitet, ist Dobler dann noch an sein Angebot gebunden?***

---

<sup>18</sup> Vgl. von Tuhr/Peter, S. 27: „Die Erhebung einer Einwendung ist Vorbringen einer Tatsache, die Erhebung einer Einrede ist Ausübung eines Rechts durch Willenserklärung.“; vgl. auch von Tuhr/Escher, S. 391 f.

<sup>19</sup> Beschrieben bei Huguenin, OR AT, N 1379.

<sup>20</sup> Vgl. Schwenzer, OR AT, N 91.35 und 91.40.

<sup>21</sup> Vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N 3646.

<sup>22</sup> Vgl. Urteil BGER 4A\_420/2007, Erw. 2.2.3: „Im Gegensatz zur Bürgschaft darf die Sicherung nicht das wesentliche Element im Rechtsgrund der Schuld aus Mitübernahme darstellen (BGE 129 III 702 E. 2.2 S. 705). Die akzessorische Bürgschaft unterscheidet sich von der kumulativen Schuldübernahme als selbständiger Verpflichtung indiziell darin, dass der sich Verpflichtende bei der Schuldübernahme, nicht aber bei der Bürgschaft regelmässig ein erkennbares eigenes Interesse am Geschäft hat, das zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger geschlossen wurde. Darin, dass bei der Bürgschaft ein solches Eigeninteresse fehlt und es sich um ein uneigennütziges Geschäft handelt, das typischerweise zur Sicherstellung einer Verpflichtung von Familienangehörigen oder engen Freunden eingegangen wird, liegt denn auch der Grund, dass sie besonderen Formvorschriften unterstellt wurde. Für die Qualifikation als Schuldmitübernahme genügt es nicht, wenn der Übernehmer nur irgend einen undefinierten Vorteil daraus zieht, dass er zugunsten des Hauptschuldners beiträgt. Er muss sich erkennbar aufgrund des gleichen Rechtsgrundes für den gleichen Vertrag wie der Hauptschuldner verpflichten wollen (BGE 129 III 702 E. 2.6. S. 710 f. mit Hinweisen).“

Sofern es sich um ein spontanes Angebot Vettters handelt, hat Gross nach wie vor das Recht, zwischen den beiden Angeboten zu wählen. Hat Vetter hingegen das Angebot als Erfüllung eines internen Schuldversprechens mit Schmid gemacht oder die Schuldübernahme mit Dobler vereinbart, fällt das Angebot Doblens weg (Art. 177 Abs. 2 OR; dies ergibt sich aus dem Wortlaut „neue Schuldübernahme“ in Art. 177 Abs. 2 OR).<sup>23</sup>

- ***Generelle Frage: Wieso übernimmt man eigentlich eine Schuld?***

Denkbar ist, dass man eine Schuld übernimmt, um eine eigene Schuld gegenüber dem bisherigen Schuldner durch Verrechnung (Art. 120 OR) tilgen zu können. Es kann sich auch um ein Darlehen in der Höhe der zu tilgenden, übernommenen Schuld an den bisherigen Schuldner handeln. Es kann eine Schenkung an den bisherigen Schuldner sein. Ebenso kommt es vor, dass die Schuldübernahme Teil eines gegenseitigen Vertrages ist, indem beispielsweise der Käufer dem Verkäufer verspricht, für dessen Befreiung gegenüber seinem Lieferanten zu sorgen.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Vgl. von Tuhr/Escher, S. 387; vgl. ZK-Spirig, OR 177 N 55 f.

<sup>24</sup> Diese Beispiele bei ZK-Spirig, vor OR 175-183 N 62-66.