

## Begleitsachverhalt zur Vorlesung vom 21. Februar 2017

Kurt in St. Gallen bestellt bei Viktor in Genf eine Tonne Haakjöringskod für Fr. 100'000, lieferbar Ende März als Schickschuld. Viktor verpackt den Fisch korrekt in Schachteln und übergibt diesen rechtzeitig dem Lastwagenunternehmer Lauber. Auf dem Weg zu Kurt verursacht der alkoholisierte Lauber einen Selbstunfall, der die ganze Ladung zerstört. Wie ist die Rechtslage?

### Lösungsvorschlag

Bei der Schickschuld bleibt der Erfüllungsort gemäss Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR unangetastet.<sup>1</sup> Die Gefahr geht auf Kurt über, sobald Viktor die Fische ausgesondert und für den Versand übergeben hat (Art. 185 Abs. 2 OR). Vorliegend hat Viktor all dies getan. *Kurt muss also den Kaufpreis bezahlen, obwohl er nichts erhält.* Kurt muss auch die Transportkosten bezahlen, sofern sie keine andere Abmachung getroffen haben (Art. 189 Abs. 1 OR), obwohl nicht er, sondern Viktor den Vertrag mit dem Lastwagenunternehmer Lauber geschlossen hat.



Es stellt sich jetzt aber die Frage, ob Kurt gegen den Lastwagenunternehmer vorgehen kann. Problematisch daran ist, dass bei der Schickschuld kein Vertrag zwischen Käufer Kurt und Lauber besteht und weiter, dass das Eigentum am Fisch mangels Übertragung des Besitzes noch nicht auf Kurt übergegangen ist.<sup>2</sup> Nur Viktor hat einen Vertrag mit Lauber geschlossen, doch ist Viktor wegen der obigen Gefahrtragungsregel nicht geschädigt. Er erhält den Kaufpreis und erleidet durch die Zerstörung des Fisches keinen Schaden. Weil Kurt noch nicht Eigentümer des Fisches geworden ist,<sup>3</sup> hat Kurt keinen Anspruch aus Art. 41 Abs. 1 OR gegen Lauber – nur das Eigentum ist ein absolut geschütztes Recht, das die für Art. 41 Abs. 1 OR notwendige Widerrechtlichkeit des Schadens begründet. Es geht folglich bei Kurt um einen *reinen Vermögensschaden*, der nur vertraglich geschützt wäre, aber mangels einer Vertragsbeziehung zwischen Kurt und Lauber nicht durchsetzbar ist. Lauber ist bei der *Schickschuld* auch nicht Hilfsperson Viktors (strittig). Bei der *Bringschuld* wäre dies so, was die Haftpflicht Viktors über Art. 101 Abs. 1 OR begründen könnte.<sup>4</sup> Das Problem, kurz gesagt, liegt hier: Der Käufer trägt die Gefahr, obwohl er noch nicht Eigentümer geworden ist. *Der Anspruchsberechtigte hat keinen Schaden, während der Geschädigte keinen Anspruch hat.*

In diesen Fällen kann die *Drittschadensliquidation* helfen. Diese zieht den *Schaden* zum *Anspruch*.<sup>5</sup> Folglich geht es darum, dass Viktor gegen Lauber den Anspruch Kurts *für Kurt* einfordert. Es wäre ein vertraglicher Anspruch gegen Lauber, gestützt auf Art. 447 Abs. 1 OR. Das Bundesgericht hat die Drittschadensliquidation schon häufig thematisiert, jedoch kam sie noch nie zur Anwendung.<sup>6</sup> Konkret läuft die Drittschadensliquidation wie folgt ab: *„In Korrektur der Differenztheorie wird dem Verletzten erlaubt, den Schaden, den der Dritte erlitten hat, gegenüber dem Schädiger zu liquidieren, als ob es sein eigener wäre. Der Verletzte ist sodann verpflichtet, seinen Anspruch gegen den*

<sup>1</sup> Schwenzer, OR AT, N 7.06: „Sowohl bei der Holschuld als auch bei der Bringschuld fallen Leistungs- und Erfolgsort zusammen. Anders ist es bei der Schickschuld, bei der die Schuldnerin verpflichtet ist, die Ware von ihrem Wohnsitz oder einem dritten Ort aus zu versenden (beim Kauf: Versendungskauf, Distanzkauf), der Leistungserfolg aber nicht bereits an diesem Ort, sondern erst mit Eintreffen der Ware beim Gläubiger eintritt.“

<sup>2</sup> Diese Konstellation ist beschrieben bei Schwenzer, OR AT, N 14.24 und Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N 2883.

<sup>3</sup> Der Eigentumsübergang setzt die Übergabe des Besitzes an der Sache voraus, vgl. Art. 714 Abs. 1 i. V. m. 922 ZGB.

<sup>4</sup> Vgl. dazu Schwenzer, OR AT, N 23.08: „Bei der Schickschuld ist nur die Versendung geschuldet, die Transportperson ist deshalb nicht Erfüllungsgelhilfe. Anders ist die Sachlage bei der Bringschuld, bei der der Transport zur Leistungspflicht des Schuldners gehört.“; a.M. Huguenin, N 2499.

<sup>5</sup> Vgl. BGE 123 III 204 ff., 211: „Auch bei der Drittschadensliquidation (vgl. GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., Rz. 2685 ff. mit Hinweisen), auf welche die Befürworter der vertragsrechtlichen Verjährungsfrist verweisen (HANS-ULRICH BRUNNER, a.a.O., Nr. 294; GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., Rz. 2697), wird der Schaden vom Vertragspartner selbst geltend gemacht; eine Ausnahme ergibt sich dabei nur bezüglich des Grundsatzes, dass nur der im Vermögen des Gläubigers entstandene Schaden zu ersetzen ist.“

<sup>6</sup> Vgl. BGE 117 II 315 ff., 319: «Selon la théorie du "déplacement de l'intérêt" formulée par VON TUHR, le créancier peut exiger du débiteur qu'il dédommage le tiers lorsque le créancier se trouve en relation juridique avec le tiers et que l'intérêt à la prestation naît chez ce dernier au lieu de naître chez le créancier, ou bien est passé au tiers après la conclusion du contrat (...). Le dommage est donc causé à un tiers sans que le créancier lui-même ne soit lésé (Drittschaden) (...).»; vgl. die Übersicht bei BSK-Wiegand, OR 97 N 40.

*Schädiger an die geschädigte Dritte abzutreten, so dass diese im Ergebnis ihren Schaden selbst vom Schädiger einklagen kann.*<sup>7</sup>

Zur Drittschadensliquidation gibt es auch Alternativen: Denkbar wäre *erstens* auch die Lösung mit dem Vertrag mit *Schutzwirkung zugunsten Dritter*.<sup>8</sup> Man müsste dabei dem Frachtvertrag zwischen Viktor und Lauber eine Schutzwirkung zugunsten des Empfängers Kurt einräumen. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zieht den *Anspruch zum Schaden*, nicht wie die Drittschadensliquidation, die den *Schaden zum Anspruch* zieht.<sup>9</sup> *Zweitens* könnte man, wenn der Käufer die Kosten des Transports bezahlen muss, auch einen Vertragsschluss in indirekter Stellvertretung annehmen – Viktor wäre dann indirekter Stellvertreter Kurts beim Abschluss des Frachtvertrages mit Lauber. Bei der indirekten Stellvertretung ist die Drittschadensliquidation in der Lehre weitestgehend anerkannt.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Schwenger, OR AT, N 14.25.

<sup>8</sup> Vgl. BGE 117 II 315 ff., 319 f.: «*C'est pourquoi des théories ont été imaginées afin de permettre au tiers lésé, dans certains cas, de faire valoir les droits résultant du contrat. bb) Un autre moyen imaginé pour améliorer la situation du tiers lésé est le "contrat comportant un effet de protection envers les tiers" (Vertrag mit Schutzwirkung gegenüber Dritten), qui accorde une prétention en dommages-intérêts à celui qui est lésé par la transgression des devoirs accessoires de diligence, d'information ou de sécurité résultant du contrat; encore faut-il que le tiers soit appelé à "entrer en contact" avec la prestation du débiteur et que le créancier doive, de façon reconnaissable pour le débiteur, veiller à la sécurité du tiers (...). L'exemple classique est celui du couvreur qui est responsable non seulement envers le maître pour la mauvaise exécution du contrat d'entreprise, mais également envers les membres de la famille dudit maître pour les dommages qu'ils pourraient subir lors des travaux (...). Dans ce cas, il n'y a pas de "déplacement de l'intérêt" (...). Le droit du tiers se justifie soit par une stipulation pour autrui implicite, soit par une interprétation complétive du contrat (...).*»

<sup>9</sup> Vgl. Krauskopf, N 106, der auf dieses Kriterium bei der Unterscheidung des Vertrags zugunsten Dritter und der Drittschadensliquidation exakt eingeht: «*Vom Vertrag zugunsten Dritter unterscheidet sich die Drittschadensliquidation dadurch, dass kein Dritt-Leistungsversprechen des Promittenten vorliegt. Vom Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unterscheidet sich die Drittschadensliquidation insofern, als bei dieser der Schaden zur Anspruchsgrundlage (d.h. zum Gegenkontrahenten des Schädigers), bei jenem die Anspruchsgrundlage zum Schaden (d.h. zum vertragsfremden Geschädigten) gezogen wird.*»

<sup>10</sup> Vgl. Schwenger, OR AT, N 14.26; vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 2886 ff.