

# Vorlesung Obligationenrecht Allgemeiner Teil

Rechtsanwalt Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M.  
Universität Fribourg, 21. März 2017,  
13.15-15.00 und 17.15-18.45 Uhr

## Gibt es Sonderregeln zu Art. 101 Abs. 1 OR?

Ja, im Auftragsrecht gibt es den Substituten, für den man nur gemäss OR 399 haftet, der aber im Unterschied zur Hilfsperson gegenüber dem Dritten auch aus Vertrag haftet:

«Art. 399 OR

1 Hat der Beauftragte die Besorgung des Geschäftes unbefugterweise einem Dritten übertragen, so haftet er für dessen Handlungen, wie wenn es seine eigenen wären.

2 War er zur Übertragung befugt, so haftet er nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten.

3 In beiden Fällen kann der Auftraggeber die Ansprüche, die dem Beauftragten gegen den Dritten zustehen, unmittelbar gegen diesen geltend machen.»

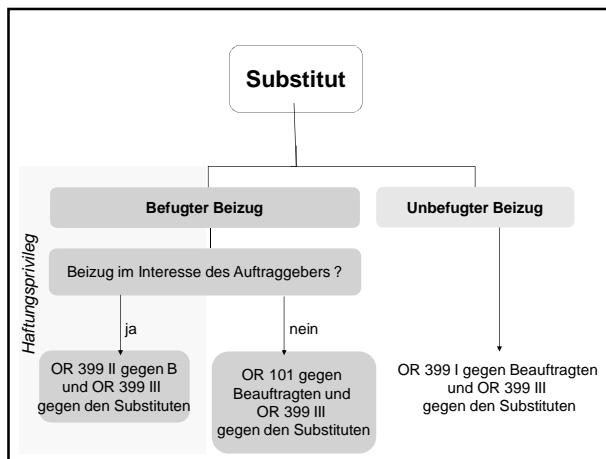
## Hilfsperson / Substitution

- Grds: persönliche Leistungspflicht (OR 398 III)
- Hinzuziehen von Hilfspersonen (OR 101) oder Substituten (OR 399)

### Hilfsperson (OR 101)

- 1) Personen, die den Beauftragten nur unterstützen
- 2) Personen, die das Geschäft grds alleine erfüllen, wobei sie aber in die Arbeitsorganisation des Beauftragten eingegliedert sind
- 3) Personen, die das Geschäft selbständig erfüllen

Im Auftragsrecht:  
**Substitut (OR 399)**



### CHK-Gehrer/Giger, OR 399 N 5:

«Das Kriterium der Interessenlage ist nach der hier vertretenen Meinung für die Anwendbarkeit des Haftungsprivilegs von OR 399 II von Bedeutung..., nicht aber bereits für die Unterscheidung zwischen Hilfsperson und Substitut.... Rusch weist richtigerweise darauf hin, dass die Frage, ob das Kriterium der Interessenlage bei der Abgrenzung zw Substitut und Hilfsperson oder erst bei der Anwendung von OR 399 II beizugezogen wird, deshalb von Bedeutung ist, weil der Direktanspruch iSv OR 399 III nur gegen den Substituten, nicht aber gegen die Hilfsperson besteht...»

	Hilfsperson (OR 101)	Substitut (OR 399)
<b>Beizug</b>	Wenn es auf die pers. Leistungspflicht des Beauftragten nicht ankommt	Befugter Beizug eines Dritten (OR 398 III): • Ermächtigung • durch Umstände genötigt • Übungsgemäss zulässig
<b>Haftung</b>	OR 101	Befugter Beizug im Interesse des Auftraggebers: Für sorgfältige Auswahl und Instruktion (OR 399 II) Unbefugter Beizug: OR 399 I
<b>Beispiele</b>	Schreibarbeiten durch Anwaltssekretariat	Anwalt beauftragt für eine Steuerfrage einen Steuerexperten

**Wie kann man sich von der  
Hilfspersonenhaftung freizeichnen?**

Gemäss den allg. Schranken (OR 19, UWG 8 etc.)  
und OR 101 II und III:

OR 101 II: «Diese Haftung kann durch eine zum voraus  
getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben  
werden.»

OR 101 III: «Steht aber der Verzichtende im Dienst des  
andern oder folgt die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe  
eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, so darf die  
Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen  
werden.»

**Beispiel**

Ein Schild im Bahnhof sagt: «Die SBB haften nicht für  
Verlust oder Beschädigung der in den Schliessfächern  
eingelagerten Gegenstände». Ein Mitarbeiter der SBB gibt  
einem Passanten, der behauptet, den Schlüssel des Fachs  
zu Hause (5 Minuten vom Bahnhof) vergessen zu haben,  
den Inhalt eines Faches heraus.

**BJM 1978, 305 ff., 306**

«Richtig ist, dass diese Anschrift als Vertragsbestandteil zu  
gelten hat, denn der Mieter des Schrankfachs muss vor dem  
Einwerfen der Münzen davon Kenntnis nehmen; er schliesst  
also den Vertrag im Wissen um den Haftungsausschluss ab.  
Doch ist der Vorinstanz darin zu folgen, dass der Mieter die  
Anschrift nur so verstehen muss, dass eine Haftung der SBB  
für ein Verschulden von Drittpersonen ausgeschlossen  
werden soll, die etwa das Schrankfach aufbrechen oder mit  
einem Nachschlüssel zu öffnen verstehen und sich so des  
Inhalts bemächtigen oder ihn beschädigen. So, wie die  
Erklärung abgefasst ist, kann aber der Mieter niemals damit  
rechnen, dass der Haftungsausschluss auch dann gelten  
soll, wenn sich die SBB- bzw. deren Hilfspersonen (nur  
durch solche kann die SBB in derartigen Fällen handeln)  
vertragswidrig verhalten.»

**Gibt es auch eine deliktische Haftpflicht für  
Hilfspersonen?**

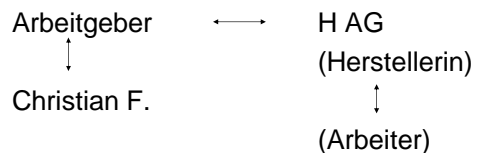
Ja, OR 55, Voraussetzungen:

- Schaden
- **Widerrechtlichkeit**
- Kausalzusammenhang
- Funktioneller Zusammenhang
- **Subordinationsverhältnis: Der Mitarbeiter als Angestellter ist subordiniert.**
- **Scheitern des Befreiungsbeweises**

**Beispiel**

- Der Angestellte des Dachdeckers lässt bei seiner Arbeit  
einen Ziegel fallen, der den Hund der Hauseigentümerin  
tötet.
- Bei Bauarbeiten fällt ein Beton-Schachtrahmen auf den  
Fuss des Bauarbeiters Christian F.: Die Metall-  
Tragschlaufe des Schachtrahmens war beim  
Herstellungsprozess des Schachtrahmens nicht richtig in  
den Beton verarbeitet worden und riss sich los. Der  
Arbeitgeber von Christian F. hat den Schachtrahmen bei  
der H. AG gekauft, die ihn durch ihre Arbeiter herstellen  
liess.

**BGE 110 II 456 ff.**



Eine Aufhängeschlaufe des  
Schachtrahmens riss, worauf sich  
Christian F. am Fuss verletzte.

**Befreiungsbeweis bei OR 55**

- 1) Cura in eligendo
- 2) Cura in instruendo
- 3) Cura in custodiendo
- 4) Sorgfalt in der Betriebsorganisation inkl. Endkontrolle bei automatisierten Arbeitsabläufen

**Befreiungsbeweis bei OR 55**

BGE 110 II 456 ff., 464: «Die Arbeiter, die sich vor allem beim Ausrichten des Rahmens auf dem Schachtrohr im direkten Gefahrenbereich des Rahmens befinden, müssen darauf vertrauen können, dass die Aufhängeschlaufen unter allen Umständen der Belastung standhalten. Die Beklagte war deshalb verpflichtet, alle nötigen und zumutbaren Massnahmen zu ergreifen, um Herstellungsfehler zu verhindern, oder zu verunmöglichen, dass mangelhafte Erzeugnisse verkauft wurden. Wird mit der Vorinstanz angenommen, ein Fabrikationsfehler, wie er im vorliegenden Fall unterliefe, hätte selbst mit einer anderen Organisation des Herstellungsvorgangs nicht vermieden werden können, so drängte sich die Vornahme einer Endkontrolle auf.»

**Vertrag zu Gunsten Dritter und zu Lasten Dritter****Art. 111 B. Vertrag zu Lasten eines Dritten**

Wer einem andern die Leistung eines Dritten verspricht, ist, wenn sie nicht erfolgt, zum Ersatze des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet.

**Art. 112 C. Vertrag zugunsten eines Dritten**

- 1 Hat sich jemand, der auf eigenen Namen handelt, eine Leistung an einen Dritten zu dessen Gunsten versprechen lassen, so ist er berechtigt, zu fordern, dass an den Dritten geleistet werde.
- 2 Der Dritte oder sein Rechtsnachfolger kann selbständig die Erfüllung fordern, wenn es die Willensmeinung der beiden andern war, oder wenn es der Übung entspricht.
- 3 In diesem Falle kann der Gläubiger den Schuldner nicht mehr entbinden, sobald der Dritte dem letzteren erklärt hat, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen.

**Promittent** \_\_\_\_\_ **Dritte Franziskaner**  
**Kurt** |                    /

**Promissar Viktor**

Viktor (Promissar, Verkäufer) verspricht Kurt (Promittent, Käufer), ihm einen VW Käfer zu liefern. Den Kaufpreis soll Kurt an die Franziskaner (Dritte) überweisen.

Beim echten Vertrag z.G. Dritter können die Franziskaner selber auf Erfüllung klagen. Beim unechten Vertrag z.G. Dritter kann nur der Promissar klagen (auf Leistung an den Dritten).

**Promittent** \_\_\_\_\_ **Dritter Alder**  
**Kurt** |                    /

**Promissar Viktor**

Viktor (Promissar, Verkäufer) verkauft Kurt (Promittent, Käufer) ein Grundstück. Kurt verspricht ihm, darauf mit Hilfe des Architekten Alder (Dritter) ein Haus zu bauen.

Gemäss BGE 98 II 305 ff. ist das ein echter Vorvertrag zugunsten Dritter.

**Promittent** \_\_\_\_\_ **Dritter Vermieter Volker**  
**Untermieter Ulrich** |                    /

**Promissar Mieter Meier**

Mieter Meier (Promissar, Hauptmieter, Untervermieter) vermietet Ulrich (Promittent, Untermieter) eine Wohnung. Ulrich verspricht ihm, den Mietzins direkt bei Vermieter Volker zu entrichten; vgl. BGE 120 II 112 ff., 116: «Wird der Untermietvertrag in dem Sinne ausgestaltet, dass der Untermieter seinen Mietzins an Stelle desjenigen des Hauptmieters direkt dem Hauptvermieter zu entrichten hat, entsteht diesem unter den Voraussetzungen von Art. 112 Abs. 2 OR eine selbständige Forderung gegenüber dem Untermieter (...). Daraus ergibt sich eine vertragliche Beziehung zwischen dem Erst- und dem Drittkontrahenten, welche auch eine Vertragshaftung begründet (...).»

### Wann ist es ein echter, wann ein unechter Vertrag zugunsten Dritter?

Huguenin, N 1127: «Ist zwischen den Parteien strittig, ob dem Dritten ein selbständiges Forderungsrecht eingeräumt werden sollte oder nicht, muss der Vertrag auch diesbezüglich ausgelegt werden. Dabei ist primär auf den **Willen** des Versprechensempfängers abzustellen. Eine entsprechende **Übung** liegt vor, wenn andere Vertragsparteien in der gleichen Situation regelmässig ein selbständiges Forderungsrecht vorsehen. Besteht keine solche Übung, wurde sie abbedungen oder ist sie den Parteien unbekannt, ist der **Vertragszweck** entscheidend. Es besteht im Übrigen keine Vermutung zugunsten eines echten Vertrages zugunsten Dritter. Der Dritte, der ein eigenes Forderungsrecht und damit das Vorliegen eines echten Vertrages zugunsten eines Dritten behauptet, trägt hierfür die Beweislast.»

### Klage beim echten Vertrag zugunsten Dritter

Huguenin, N 1141: «Im Zweifel ist der Dritte berechtigt, sämtliche Rechte geltend zu machen, die unmittelbar mit der Gläubigerstellung verbunden sind, also etwa Inverzugsetzung (Art. 102 OR), Ausübung der Wahlrechte nach Art. 107 Abs. 2 OR und Geltendmachung von Schadenersatz wegen Nicht- oder Schlechterfüllung (Art. 97 Abs. 1 OR). Demgegenüber verbleiben jene Rechte, die eng mit dem Deckungsverhältnis verbunden sind, beim Versprechensempfänger. Hierzu gehören namentlich Rechte, welche Bestand und Inhalt des Vertrages betreffen, so beispielsweise die Geltendmachung von Willensmängeln und das Ausüben von Gestaltungsrechten wie etwa das Recht auf Wandlung oder Minderung.»

### Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

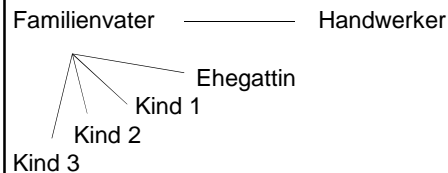
Voraussetzungen:

- Leistungsnähe von Gläubiger und Dritten
- Schutzwürdiges Interesse des Gläubigers am Einbezug des Dritten
- Erkennbarkeit der Leistungsnähe für den Schuldner
- Spezifische Haftungsvoraussetzungen des Anspruchs zwischen Gläubiger und Schuldner

Vom Bundesgericht nicht anerkannt, aber mehrfach besprochen (BGer 4A\_226/2010, E. 3.2.1, BGE 130 III 345 ff., 347 f.).

### Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Beispiel: Ein Familienvater schliesst mit einem Unternehmen einen Wartungsvertrag für seine Gasheizung ab, weil im Haus ein Abgasgeschmack feststellbar ist und Familienmitglieder an Übelkeit leiden.



### Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

BGer 4C.139/2005, E. 3.3: «Im Übrigen hat die Vorinstanz auch die vertragliche Haftung zu Recht bejaht. Der Servicevertrag wurde abgeschlossen, nachdem die Familie des Klägers gesundheitlich bereits in Mitleidenschaft gezogen worden war, was die Beklagte unter den gegebenen Umständen hätte wissen müssen. Der Servicevertrag wurde für die Beklagte erkennbar zum Schutze aller Familienmitglieder, welche die Liegenschaft bewohnten, abgeschlossen. Vor diesem Hintergrund konnte die Beklagte nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass sie bei einer Verletzung ihrer vertraglichen Pflichten nur dem Vater des Klägers und nicht auch den übrigen Familienmitgliedern aus Vertrag für allfällige Schäden haften würde (Art. 112 Abs. 2 OR).»

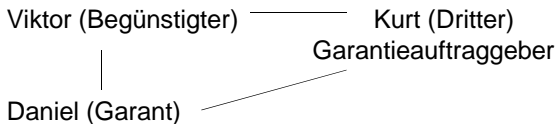
### Hier hat das BGer zwar die Voraussetzungen des VSD geprüft, aber den VzD angewendet. Worin liegt der Unterschied?

Vgl. Huguenin, N 1596 ff.: «Beide Figuren sind keine eigenen Vertragstypen, sondern bilden einen Teil der Gestalt eines Vertrages. Der Dritte ist in beiden Fällen nicht Vertragspartei. Der Vertrag zugunsten eines Dritten (...) wird in der Regel von den Parteien vereinbart, der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten greift eo ipso, also von Rechts wegen. Beim Vertrag zugunsten eines Dritten lässt sich der Vertragsgläubiger versprechen, dass die Primärleistung nicht an ihn, sondern an einen Dritten gehen soll. Beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten hat der Dritte bloss einen quasikontraktuellen (aus einer Verletzung eines fremden Vertrages resultierenden) Schadenersatzanspruch. Die Primärleistung ist für den Vertragsgläubiger bestimmt.»

### «Vertrag zu Lasten Dritter», OR 111

**Nein:** Kurt und Viktor beschliessen, dass Viktor dem Kurt einen VW Käfer für Fr. 10'000 liefern muss, die der Dritte Daniel zu bezahlen hat.

**Ja:** Kurt hat bei Viktor einen VW Käfer für Fr. 10'000 gekauft. Daniel verspricht Viktor, für die Leistung des Kurt einzustehen.

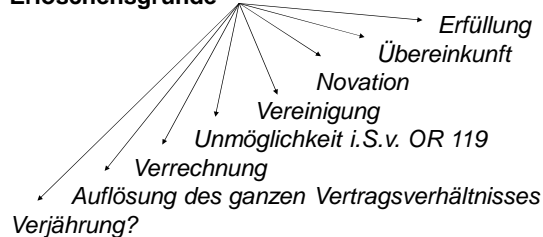


### Folgen einer Garantie

- Haftung auf das positive Interesse
- Unmittelbar, sofort: Verzug nicht anwendbar
- Garantie gilt auch, wenn die garantierte Summe gar nicht geschuldet ist (bspw. wegen Anfechtung, Nichtigkeit, Unmöglichkeit): Grundsatz der *fehlenden Akzessorietät*
- Abgrenzung zur Bürgschaft und zum Schuldbeitritt wichtig. Weshalb? Bürgschaft ist formbedürftig (OR 493). Wichtigste Indizien: Bei der Bürgschaft fehlt ein eigenes Interesse an der gesicherten Hauptleistung und es besteht Akzessorietät der Bürgschaft zur Hauptleistung.

### Wann erlischt eine Forderung?

#### Erlöschensgründe



### Aufhebung durch Übereinkunft

- OR 115: «Eine Forderung kann durch Übereinkunft ganz oder zum Teil auch dann formlos aufgehoben werden, wenn zur Eingehung der Verbindlichkeit eine Form erforderlich oder von den Vertragschliessenden gewählt war.»
- Achtung: Betrifft nur Forderungen. Die Norm ist aber auch analog auf ganze Vertragsverhältnisse anwendbar.
- Abgrenzung zu OR 12 ist schwierig: «Ist für einen Vertrag die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben, so gilt diese Vorschrift auch für jede Abänderung, mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, die mit der Urkunde nicht im Widerspruche stehen.»

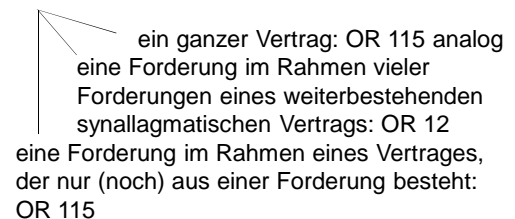
### Aufhebung durch Übereinkunft

BGer 5A\_251/2010, E. 6.1.2: „En revanche, selon l'art. 115 CO, la remise de dette n'est soumise au respect d'aucune forme spéciale, même si, en vertu de la loi ou de la volonté des parties, l'obligation n'a pu prendre naissance que sous une certaine forme. Cela étant, dans un contrat synallagmatique parfait, si la dette remise totalement ou partiellement ne constitue pas la seule obligation restant à exécuter et qu'il subsistara, à charge du créancier disposant, une contre-prestation non supprimée à l'occasion de la remise de dette, la forme requise selon l'art. 12 CO pour toute modification du contrat prévaut (...).”

Wenn der Vertrag bei Aufhebung einer einzelnen Forderung weiterbesteht, ist also Art. 12 OR anwendbar, weil sich das Synallagma verändert hat.

### OR 12 vs. OR 115

Aufgehoben wird...



**Neuerung**

Art. 116 OR

1 Die Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen wird nicht vermutet.

2 Insbesondere bewirkt die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit mit Rücksicht auf eine bestehende Schuld oder die Ausstellung eines neuen Schuld- oder Bürgschaftsscheines, wenn es nicht anders vereinbart wird, keine Neuerung der bisherigen Schuld.

**Neuerung**

- Huguenin, N 739: «Damit der Novationsvertrag wirksam wird, müssen folgende Voraussetzungen vorliegen:
  - Aufzuhebende Forderung muss bestehen;
  - neue Forderung ersetzt die alte Schuld;
  - Neuerungswille der Parteien.»
- Beispiel: Unternehmer Utz hat Besteller Bühlers Haus für Fr. 100'000 renoviert. Da Bühler nicht zahlen kann, vereinbaren sie die Umwandlung der Werklohnforderung in ein Darlehen. Ist das eine Novation und wie wirkt sich das aus?

**Art. 837 ZGB**

1 Der Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechtes besteht:

1. (...).
2. (...).
3. für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnete Person zum Schuldner haben.

**BGE 107 II 479 ff., 481:** «Die Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen wird gemäss Art. 116 Abs. 1 OR nicht vermutet. Um Neuerung anzunehmen, bedarf es der unzweideutigen Willensäusserung der Vertragsparteien über den Untergang der alten Forderung. Den Neuerungswillen hat jener, der sie behauptet, nachzuweisen, vorliegend also die Beklagte. Novation ergibt sich nicht bereits aus der Tatsache, dass ein neuer Schuldschein ausgestellt wird. Gegen eine Novationsabsicht spricht das Bestehen von Sicherheiten, die der Gläubiger verlieren würde, wenn er sich auf Neuerung einliesse. ...»

**BGE 107 II 479 ff., 481:** «...Sie ist deshalb nicht leichtthin anzunehmen, wenn der Gläubiger kein Interesse an einer solchen hatte. Parteiäusserungen und Interessenlage sind somit in erster Linie massgebend für den Entscheid, ob die alte Schuld unterging oder fortbesteht. Blosser Änderungen am Inhalt des ursprünglichen Schuldverhältnisses, welche wie die Veränderung der Schuldhöhe, der Laufzeit, des Zinsfusses oder der bestellten Sicherheiten dessen Wesen nicht berühren, haben keine Novationswirkung (...).»

**Vereinigung**

- OR 118: «1 Wenn die Eigenschaften des Gläubigers und des Schuldners in einer Person zusammentreffen, so gilt die Forderung als durch Vereinigung erloschen. 2 Wird die Vereinigung rückgängig, so lebt die Forderung wieder auf. 3 Vorbehalten bleiben die besondern Vorschriften über das Grundpfandrecht und die Wertpapiere.»
- Der Schuldner wird sein eigener Gläubiger.
- Beispiel: Schmid schuldet seinem Vater Fr. 100'000. Dieser stirbt. Alleiniger Erbe ist Schmid. Später schlägt er das Erbe aus.
- Beispiel: Beat schuldet Albert Fr. 100'000. Albert tritt diese Forderung Beat ab.
- Ausnahme: Abs. 2 und 3

**ZGB 853**

Ist die Schuldbriefforderung getilgt, so kann der Schuldner vom Gläubiger verlangen, dass dieser:

1. der Übertragung des Register-Schuldbriefs auf den Namen des Schuldners zustimmt; oder
2. den Pfandtitel des Papier-Schuldbriefs unentkräftet herausgibt.

**ZGB 854**

1 Ist kein Gläubiger vorhanden oder verzichtet der Gläubiger auf das Pfandrecht, so hat der Schuldner die Wahl, den Eintrag im Grundbuch löschen oder stehen zu lassen.

2 Der Schuldner ist auch befugt, den Schuldbrief weiterzuverwenden.

**Art. 857 ZGB**

1 Der Register-Schuldbrief entsteht mit der Eintragung in das Grundbuch.

2 Er wird auf den Namen des Gläubigers oder des Grundeigentümers eingetragen.

**Vereinigung**

Beispiel: Bankkunde Albert hat bei der UBS zwei Konti, die zusammen derzeit einen Saldo zu seinen Gunsten von Fr. 100'000 aufweisen. Er will für den Kredit in der Höhe von Fr. 100'000, den seine Freundin bei der UBS erhält, die Konti als Sicherheit einsetzen.

- Kann er der UBS den Saldo der Konti als Sicherheit zedieren im Sinne von Art. 164 OR?
- Falls nein, wie könnte man es richtig machen?

**Vereinigung**

**OR 164 I:** Der Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen.

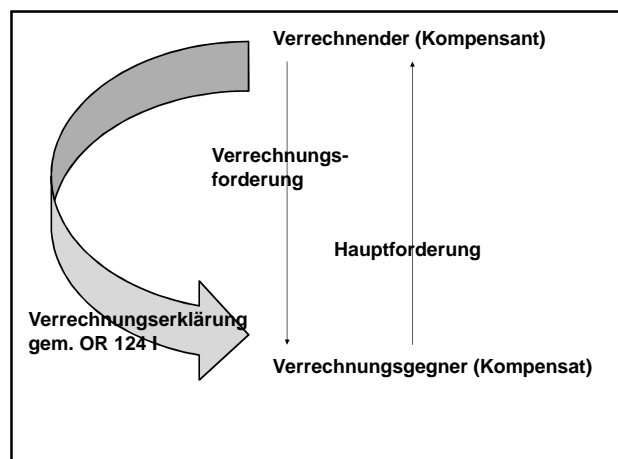
**ZGB 900 I:** Zur Verpfändung einer Forderung, für die keine Urkunde oder nur ein Schuldschein besteht, bedarf es der schriftlichen Abfassung des Pfandvertrages und gegebenenfalls der Übergabe des Schuldscheines.

**Verrechnung, OR 120**

1 Wenn zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen, die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, schulden, so kann jede ihre Schuld, insofern beide Forderungen fällig sind, mit ihrer Forderung verrechnen.

2 Der Schuldner kann die Verrechnung geltend machen, auch wenn seine Gegenforderung bestritten wird.

3 Eine verjährte Forderung kann zur Verrechnung gebracht werden, wenn sie zurzeit, wo sie mit der andern Forderung verrechnet werden konnte, noch nicht verjährt war.



**Was benötigt man für eine Verrechnung?****Positiv:**

- Existenz zweier Forderungen
- Gegenseitigkeit
- Gleichartigkeit
- Fälligkeit der Verrechnungsforderung (nicht der Hauptforderung – die muss nur erfüllbar sein)
- Klagbarkeit der Verrechnungsforderung; die Hauptforderung braucht nicht klagbar zu sein
- Verrechnungserklärung (s. nachfolgende Folie)

**Negativ:**

Kein Ausschluss durch Vertrag oder Gesetz

**Verrechnungserklärung**

Vgl. BSK OR I-Peter, OR 124 N 1: «Im Gegensatz zu manchen anderen Rechtsordnungen (...) muss im schweizerischen Recht zur Verrechenbarkeit noch eine einseitige Verrechnungserklärung hinzutreten, um die Verrechnungswirkungen herbeizuführen. Es handelt sich um die Ausübung eines Gestaltungsrechts durch empfangsbedürftige Willenserklärung (...). Die Erklärung richtet sich gegen den Verrechnungsgegner. Die Abgabe dieser Willenserklärung setzt Handlungsfähigkeit voraus, Urteilsfähigkeit allein genügt wohl nicht, da die Verrechnung eine Forderung des Verrechnenden zum Erlöschen bringt und deswegen wohl nicht nur als die Erlangung eines unentgeltlichen Vorteils i.S.v. Art. 19 Abs. 2 ZGB betrachtet werden kann (...).»

**Gegenseitigkeit bei der einf. Gesellschaft?**

OR 573: «1 Gegen eine Forderung der Gesellschaft kann der Schuldner eine Forderung, die ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zusteht, nicht zur Verrechnung bringen. 2 Ebenso wenig kann ein Gesellschafter gegenüber seinem Gläubiger eine Forderung der Gesellschaft verrechnen. 3 Ist dagegen ein Gesellschaftsgläubiger gleichzeitig Privatschuldner eines Gesellschafters, so wird die Verrechnung sowohl zugunsten des Gesellschaftsgläubigers als auch des Gesellschafters zugelassen, sobald der Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld persönlich belangt werden kann.»

**Gleichartigkeit bei verschiedenen Währungen?**

Vgl. BGE 130 III 312 ff., 318: «Die Verrechnung von Forderungen mit unterschiedlicher Währung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zulässig, ausser wenn eine Effektivleistung vereinbart ist (...). Eine weitere - hier unstreitig vorliegende - Voraussetzung ist die Existenz eines Umrechnungskurses zwischen den jeweiligen Währungen.»

**Was benötigen wir für die Verrechnung NICHT?**

- Konnexität der Forderungen
- Unbestrittenheit (OR 120 II)
- Gleichwertigkeit (OR 124 II)
- Gleichen Erfüllungsort (siehe aber unten)
- Gleicher Gerichtsstand

Viktor schuldet Kurt die Lieferung von 5t Kohlen in Deutschland. Kurt schuldet Viktor die Lieferung von 4t Kohlen aus einem anderen Lieferverhältnis in der Schweiz. Kann Kurt verrechnen?

**Wie funktioniert die Verrechnung in Dreiecksverhältnissen?**

OR 122: «Wer sich zugunsten eines Dritten verpflichtet hat, kann diese Schuld nicht mit Forderungen, die ihm gegen den andern zustehen, verrechnen.»

Was ist die *ratio legis*? Zweck ist die Leistung an einen Dritten – das soll nicht durch Verrechnung mit einer Forderung gegen den Vertragspartner zulasten des Dritten erfolgen. Beim echten Vertrag zugunsten Dritter fehlt auch die Gegenseitigkeit.



**Promittent** — **Dritter**

**Promissar**

Viktor (Promissar, Verkäufer) verspricht Kurt (Promittent, Käufer), ihm einen VW Käfer zu liefern. Den Kaufpreis soll Kurt an die Franziskaner (Dritte) überweisen.

Promittent Kurt kann gegenüber den Franziskanern nicht mit einer Forderung verrechnen, die er gegenüber dem Promissar Viktor hat.

**Wie funktioniert das mit der Verjährung?**

- Albert verlangt Fr. 100, doch ist diese Forderung verjährt. Kann ich mit einer Forderung über Fr. 70 gegen Albert verrechnen, die nicht verjährt ist?
- Albert verlangt Fr. 100. Kann ich mit einer verjährten Forderung über Fr. 100 Verrechnung erklären?
- Albert verlangt Fr. 100, Kann ich mit einer Spielschuld Alberts über Fr. 100 Verrechnung erklären?

Funktionsweise eines **rechtsaufhebenden Gestaltungsrechts** (-> **Einwendung**):

Funktionsweise einer «**Einrede**» (Leistungsverweigerungsrecht):

**Einrede** (Gegenrecht / Leistungsverweigerungsrecht)

Durchsetzung des Anspruchs **gehemmt** (Recht und Gegenrecht **neutralisieren** sich)

**Kann man die Verrechnung vertraglich ausschliessen?**

- Ja, OR 126: «Auf die Verrechnung kann der Schuldner zum voraus Verzicht leisten.»
- Grenzen: UWG 8
- Beispiel: Die UBS gewährt an Schmid ein grundpfandrechtlich gesichertes Darlehen in der Höhe von Fr. 500'000. Schmid hat bei der UBS auch seine Lohn- und Sparkonti, die einen Saldo zugunsten Schmidts von Fr. 400'000 aufweisen.

Was ist, wenn die AGB der UBS die Verrechnung ausschliessen?

**Art. 8 UWG**

Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzend Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.

**Kramer/Probst/Perrig, Allgemeine Geschäftsbedingungen, N 566:** «Mit Blick auf die (offene) Inhaltskontrolle ... bewirkt der (einseitige) Verrechnungsverzicht des AGB-Übernehmers als Konsumenten ... ein erhebliches Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien... Dies deshalb, weil nach dem (dispositiven) Gesetz jeder Schuldner seine Schuld mit jeder Gegenforderung gegenüber dem Gläubiger verrechnen kann, sobald die gesetzlichen Verrechnungsvoraussetzungen von Art. 120 ff. OR erfüllt sind. Ein einseitiger Verzicht auf das Verrechnungsrecht in den AGB ist als treuwidrig zu betrachten, falls davon auszugehen ist, dass der Kunde diesen Nachteil als (verhandelte) Einzelabrede nicht, oder jedenfalls nicht ohne kompensierende anderweitige Vorteile akzeptierte hätte ...

**Kramer/Probst/Perrig, Allgemeine**

**Geschäftsbedingungen, N 566:** ...Beides wird regelmässig anzunehmen sein, da nicht ersichtlich ist, weshalb der AGB-Übernehmer sein Verrechnungsrecht aufgeben sollte, während der AGB-Verwender sein Recht auf Verrechnung behält und sich dadurch einen Vorteil verschafft. Wird die Treuwidrigkeit bejaht, so greift die Vermutung Platz, dass das erhebliche Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten der Parteien auch ungerechtfertigt ist ... Es obliegt dann dem AGB-Verwender, diese Vermutung durch den Gegenbeweis zu widerlegen, dass im konkreten Fall der für den Kunden nachteilige Verzicht auf sein Verrechnungsrecht durch anderweitige konkrete Vorteile kompensiert wird und damit im Endergebnis der Verrechnungsverzicht bzw. die entsprechende Bestimmung in den AGB nicht als missbräuchlich erscheint ...»