

Sachverhalt

A ist Eigentümer der Liegenschaft EZ 1. Mit Vertrag vom 1.12.1994 räumt er dem B das übertragbare und vererbare Recht ein, auf dieser Liegenschaft eine Tennishalle zu errichten. B soll Eigentümer der Halle werden. Das Vertragsverhältnis endet nach Ablauf von 30 Jahren. Gleichzeitig mit der Beendigung des Vertrages soll das Eigentum an der Tennishalle auf A übergehen. Der Vertrag wird öffentlich beurkundet und das Recht des B als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen.

B beauftragt den Unternehmer C mit der Errichtung der Halle. Nach den getroffenen Vereinbarungen behält sich C das Eigentum an allen Materialien, die bei dem Bau verwendet werden, bis zur vollständigen Bezahlung des Werklohns vor; ein entsprechender Vorbehalt wird in das Eigentumsvorbehaltsregister eingetragen. B nimmt die fachgemäss ausgeführte Halle am 1.5.1995 ab.

Am 15.5.1995 erhält B von der D-Bank ein Darlehen in Höhe von 62.500,- Fr. Als Sicherheit räumt B der D-Bank formwirksam eine Grundpfandverschreibung an der Tennishalle ein. B bestätigt der D-Bank auf Anfrage, dass er Alleineigentümer der Tennishalle sei und die gesamten Kosten der Errichtung der Halle von ihm bereits gezahlt worden sind.

B erfüllt seine Zahlungsverpflichtungen nicht. Am 1.9.1995 fordern C Zahlung des offenen Werklohns in Höhe von 37.500,- Fr. und die D-Bank Zahlung des fälliggestellten Darlehens in Höhe von 50.000,- Fr. Die D-Bank möchte ihr Pfandrecht an der Tennishalle verwerten; C will dies verhindern, weil er sich für den Eigentümer der Halle hält.

A hat im Jahr 1988 von der E-Bank ein Darlehen in Höhe von 125.000,- Fr. bekommen. Zur Besicherung dieses Darlehens hat er der E-Bank wirksam eine Grundpfandverschreibung im ersten Rang bestellt. A schuldet der Bank noch 62.500,- Fr. Die E-Bank vertritt die Auffassung, dass an der Tennishalle weder ein Eigentumsvorbehalt noch ein Pfandrecht begründet werden konnten. Dem stehe jedenfalls die (ansonsten weitgehend entwertete) Grundpfandverschreibung der E-Bank entgegen.

Bearbeitervermerk: Beurteilen Sie die Rechtslage in Form eines nach Anspruchsgrundlagen gegliederten Gutachtens.

Hilfsmittel: OR, ZGB und Kopie von Art. 142 SchKG

Lösungsskizze¹**A) Ansprüche des C gegen B****I) Zahlung des Werklohnes gemäss Art. 363 OR**

C und B haben einen Vertrag über die Errichtung der Tennishalle geschlossen. Die vom Besteller B nach Art. 363 OR geschuldete Zahlung des Werklohnes, der hier 37.500,- Fr. beträgt, ist nach Art. 372 Abs. 1 OR mit der Ablieferung fällig geworden. Der Umstand, dass C das Baumaterial selbst geliefert hat und damit ein „Werklieferungsvertrag“ vorliegt, macht für den Zahlungsanspruch des Unternehmers keinen Unterschied².

II) Herausgabe der Tennishalle gemäss Art. 641 II ZGB

C könnte von B die Herausgabe der Tennishalle gemäß Art. 641 II ZGB verlangen. Dazu müsste er Eigentümer und B besitzrechtsloser Besitzer derselben sein. Zu prüfen ist die Eigentümerstellung des C.

- 1) Damit er Eigentümer der Halle sein kann, muss diese zunächst sonderrechtsfähig sein.
- a) Bei Bauwerken, die mit einer Liegenschaft festverbunden sind, stellt sich die Frage, ob es sich bei diesen um Bestandteile des Grundstück handelt; dann wäre der Eigentümer dieses Grundstücks zugleich Eigentümer der Bauwerke (Art. 642 Abs. 2 ZGB, sog. Akzessionsprinzip). Bestandteile i.S.d. Art. 642 Abs. 2 ZGB sind Sachen, die nach der Verkehrsauffassung dauerhaft in einer wirtschaftlich-funktionellen Verbindung zur Hauptsache stehen und so intensiv mit ihr verbunden sind, dass sie ohne Beschädigung oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand nicht von ihr getrennt werden können³. Diese Voraussetzungen sind bei einer Tennishalle, die mindestens 30 Jahre mit der Liegenschaft verbunden ist, gegeben; sie ist somit Bestandteil der Liegenschaft. Zum gleichen Ergebnis gelangt man nach Art. 671 Abs. 1 ZGB, wonach das auf fremden Boden eingebaute Material Bestandteil der Liegenschaft wird. Demnach wäre A und nicht C Eigentümer der Tennishalle.
- b) Die Halle ist aber sonderrechtsfähig geworden, wenn der Eigentümer der Liegenschaft (A) dem B ein Baurecht als Dienstbarkeit bestellt hat. In diesem Falle wäre das Akzessionsprinzip durchbrochen und die Tennishalle könnte einen gesonderten Eigentümer haben, Art. 675 Abs. 1, 779 ZGB. Die Bestellung eines Baurechts als Dienstbarkeit setzt nach Art. 779, 731 Abs. 1 ZGB das Bestehen eines formgültigen Rechtsgrundes sowie die Eintragung in das Grundbuch voraus.

A und B haben sich vertraglich geeinigt, dass B Eigentümer einer auf der Liegenschaft des A zu errichtenden Tennishalle sein und das Eigentum erst nach 30 Jahren auf A übergehen soll. In dieser Vereinbarung liegt ein Baurechtsvertrag; der Umstand, dass hier kein ausdrücklicher Baurechtszins als Gegenleistung des B vereinbart wurde, ist für den Bestand des Vertrages

¹ LITERATUR: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schw. ZGB, Bd IV 1. Abtl. [2. Aufl.] Bern 1920 (zit.: BK/LEEMANN), Bd IV 1. Abt. 2. Teilbd. Bern 1974 (zit.: BK/MEIER-HAYOZ); BÜHLER, Sicherungsmittel um Zahlungsverkehr, Zürich 1997; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil [4. Aufl.] Bern 1997 (zit.: HONSELL, OR-BT⁴); Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB II - Art. 457-977, Basel/Frankfurt am Main 1998 (zit.: ZGB-II/BEARBEITER); PALANDT, BGB [57. Aufl.] München 1997; REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bern 1991; RIEMER, Die beschränkten dinglichen Rechte, Sachenrecht II, Bern 1986; J. SCHMID, Sachenrecht, Zürich 1997; Schweizerisches Privatrecht V. Bd. 1. Halbbd. Basel, Stuttgart 1977 (zit.: SPR V 1 / BEARBEITER); ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 1982 II 1 ff.; Zürcher Kommentar zum Schw. ZGB IV. Bd, 1. Abtl. [2. Aufl.] Zürich 1977 (jeweils zit.: ZK/BEARBEITER).

² HONSELL, OR-BT⁴, S. 249.

³ REY, Sachenrecht, N 430-446; ZGB-II/WIEGAND Art. 642 N 14-20.

unbeachtlich⁴. Mit der öffentlichen Beurkundung des Baurechtsvertrages ist das Formerfordernis für ein selbständiges und dauerndes Baurecht gemäss Art. 779a ZGB erfüllt⁵, so dass der Vertrag formgültig ist. Die nach Art. 731 Abs.1 ZGB erforderliche Grundbucheintragung ist ebenfalls erfolgt.

Daher ist für den Bau der Tennishalle ein Baurecht wirksam bestellt worden.

c) Somit ist die Tennishalle gemäss Art. 675 Abs. 1 ZGB sonderrechtsfähig, und C kann an ihr grundsätzlich Eigentum erwerben.

2) B ist als Baurechtsberechtigter Eigentümer des kraft Baurechts errichteten Bauwerks⁶. B und C haben bezüglich der Baumaterialien aber einen Eigentumsvorbehalt vereinbart.

Dieser ist mit der Einigung und Eintragung ins Eigentumsvorbehaltsregister Art. 715 Abs. 1 ZGB auch wirksam entstanden. Kraft dieses erwirbt B nur aufschiebend bedingt durch die Zahlung des Kaufpreises das Eigentum an den Baumaterialien; bis zum Bedingungseintritt bleibt C Eigentümer der Materialien.

Der Eigentumsvorbehalt müsste ferner bewirken, dass C auch Eigentümer der Tennishalle wird.

Durch das Verbauen der Materialien wurde eine neue Sache, die Tennishalle, hergestellt. Die einzelnen Baumaterialien verlieren ihre Sonderrechtsfähigkeit, so dass an ihnen kein einfacher Eigentumsvorbehalt bestehen kann⁷. Dieser geht durch den originären Eigentumserwerb regelmässig unter⁸. Etwas anderes könnte gelten, sofern die Vertragsparteien einen sog. „vertikal verlängerten“ oder „erweiterten“ Eigentumsvorbehalt vereinbart haben. Ein solcher hat zum Inhalt, dass sich der Verkäufer das Eigentum an den Sachen auch nach ihrer Verarbeitung vorbehält⁹. Die Frage der Zulässigkeit dieser Form des Eigentumsvorbehalts¹⁰ kann aber offenbleiben, weil an unbeweglichen Sachen wie der Tennishalle kein Eigentumsvorbehalt begründet werden kann¹¹.

3) Auch durch Verarbeitung nach Art. 726 Abs. 1 ZGB kann C nicht Eigentümer der Halle geworden sein, da die Tennishalle mit dem Boden der Liegenschaft festverbunden ist und somit keine bewegliche Sache darstellt; dass sie aufgrund eines Baurechts errichtet wurde und daher sonderrechtsfähig ist, spielt insoweit keine Rolle. Ersterwerber der Halle ist vielmehr der Bauberechtigte B¹².

Mangels Eigentümerstellung hat C keinen Herausgabeanspruch aus Art. 641 II ZGB.

III) Herausgabe des Materials nach Rücktritt; Art. 641 Abs. 2 ZGB oder Art. 62 Abs. 1 OR

Ein Anspruch des C gegen B auf Herausgabe der Materialien gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB oder Art. 62 Abs. 1 OR nach einem - durch den Eigentumsvorbehalt konkludent vorbehaltenen¹³ - Rücktritt vom Werklieferungsvertrag setzt weiter voraus, dass der

⁴ ZGB-II/WIEGAND Art. 779a N 3.

⁵ Bei allen anderen Baurechten genügt die Schriftform, Art. 732 ZGB.

⁶ BK/MEIER-HAYOZ Art. 675 ZGB N 10; SCHMID, Sachenrecht, N 1370.

⁷ BGE 76 II 28 f.; SPR V 1 / LIVER, S. 36; ZOBL ZSR 1982 II 1, 29.

⁸ BGE 76 II 28 f.; REY, Sachenrecht, N 1743.

⁹ REY, Sachenrecht, N 1752; SPR V 1 / LIVER S. 338.

¹⁰ Pro: SPR V 1 / LIVER S. 338; Obergericht Zürich ZR 1969 Nr. 146, S. 373 ff. (Sondervotum); Contra: BÜHLER, S. 199; BK/LEEMANN Art. 726 ZGB N 21 und Art. 715 N 20; REY, Sachenrecht, N 1753, 1754, 1898; ZGB-II/SCHWANDER Art. 726 N 7; ZK/ZOBL Art. 726 N 58, 55 ff.

¹¹ BK/LEEMANN Art. 715 N 14; RIEMER, Sachenrecht II, § 25 N 7; ZK/SCHERRER Art. 715/716 N 20.

¹² Mangels Erwerb nach Art. 716 ZGB ist ein Anspruch aus Art. 726 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 97 ff. bzw. 41 ff. bzw. ff. OR nicht gegeben.

¹³ HONSELL, OR-BT⁴, S. 114.

Eigentumsvorbehalt auch nach der Verarbeitung Bestand hat. Dies ist nicht der Fall (s.o.), so dass C die Herausgabe der Materialien nicht verlangen kann.

IV) Zahlung einer Entschädigung gemäss Art. 672 Abs. 1 und 3 ZGB

Ein Anspruch des C gegen B auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe des subjektiven Werts der Errichtung nach Art. 672 Abs. 1 und 3 ZGB setzt jedenfalls voraus, dass der Materialeigentümer zum Einbau nicht vertraglich verpflichtet gewesen ist; andernfalls ginge die vertragliche Regelung der des Art. 672 ZGB vor¹⁴. C hat gegen B aber einen werkvertraglichen Anspruch auf Zahlung des Werklohns, so dass ein Anspruch aus Art. 672 ZGB ausscheidet.

V) Anspruch auf Verwertung des Baurechts gemäss Art. 816 Abs.1 ZGB

Ein Anspruch des C gegen B auf Verwertung des Baurechts gemäss Art. 816 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 41, 151 ff. SchKG setzt voraus, dass C ein Grundpfandrecht an diesem zusteht.

Dann müsste das Baurecht des B zunächst verpfändbar sein. Grundsätzlich sind Dienstbarkeiten wie einfache Baurechte nicht verpfändbar. Das des B ist aber ein selbständiges und dauerhaftes Baurecht, und es ist auch als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen worden (s.o.), so dass es gemäß Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB als Grundstück im Sinne des Sachenrechts gilt.

Nach Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB hat C als Bauhandwerker, der eine Baute auf der mit einem Baurecht zugunsten von B belasteten Liegenschaft erstellt, einen realobligatorischen Anspruch auf Einräumung einer Grundpfandverschreibung (Art. 824 ZGB) an dem Grundstück. Jedoch wurde zugunsten des C kein Bauhandwerkerpfandrecht in das Grundbuch eingetragen, so dass ihm kein Grundpfandrecht zusteht und er keinen Anspruch auf Verwertung des Baurechts nach Art. 816 Abs. 1 ZGB hat.

Eine nachträgliche Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts ist für C ebenfalls nicht mehr möglich: Seit der Vollendung des Werkes (1.5.95) sind mehr als drei Monate vergangen, so dass der Anspruch auf Eintragung nach Art. 839 Abs. 2 ZGB entfallen ist.

B) Ansprüche der D-Bank gegen B

I) Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta inklusive Zinsen

Die D-Bank hat gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta i.H.v. Fr. 62.500,- (inklusive Zinsen) aus dem zwischen beiden geschlossenen Darlehensvertrag gemäss Art. 312, 2. Alt., 313 Abs. 2 OR.

II) Anspruch auf Verwertung des Baurechts nach Art. 816 Abs. 1 ZGB

Daneben könnte die D-Bank gegen B einen Anspruch auf Verwertung des Baurechts gemäss Art. 816 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 41, 151 ff. SchKG haben.

- 1) Dafür müsste zunächst ein Grundpfandrecht zu ihren Gunsten an dem Baurecht des B errichtet worden sein. Das selbständige und dauernde Baurecht des B (s.o.) kann gemäss Art. 779a ZGB verpfändet werden. B hat der D-Bank am 15.5.1995 formwirksam eine Grundpfandverschreibung „an der Tennishalle“ bestellt, damit ist sein Baurecht an dem Grundstück des A gemeint.

¹⁴ SCHMID, Sachenrecht N 893.

- 2) Fraglich ist aber, ob diese Grundpfandbestellung an dem Baurecht im Hinblick auf die schon 1988 erfolgte Bestellung eines Grundpfandrechts an dem Grundstück des A zugunsten der E-Bank wirksam ist.
- Nach Art. 812 Abs. 2 ZGB ist die Bestellung einer Grunddienstbarkeit (hier: das Baurecht des B) an einem grundpfandrechlich verpfändetem Grundstück grundsätzlich wirksam. Das Prioritätsprinzip wird erst im Rahmen der Zwangsverwertung nach dem SchKG durch das Verfahren des „Doppelaufrufs“ (Art. 142, 150 SchKG, Art. 56 VZG) geschützt¹⁵: Reicht nach dem ersten Aufruf das Angebot zur Befriedigung des Grundpfandgläubigers aus, so wird die Dienstbarkeit dem Ersteigerer überbunden. Ist dies nicht der Fall, erfolgt ein zweiter Aufruf, bei dem die Dienstbarkeit nicht berücksichtigt wird; sofern dann ein höheres Angebot gemacht wird, wird das Grundstück ohne die Last zugeschlagen und selbige gelöscht. An der wirksamen Bestellung des Baurechts und der Grundpfandverschreibung an diesem ändert sich dadurch nichts. Somit hat die D-Bank ein Pfandrecht am Baurecht des B.
- 3) Ferner dürfte B die Rückzahlungsforderung¹⁶ der D-Bank nicht befriedigt haben; was der Fall ist. Mangels Einreden des B kann die D-Bank sein Baurecht nach Art. 816 Abs. 1, 779a ZGB i.V.m. Art. 41, 151 ff. SchKG verwerten lassen.

III) Anspruch auf Schadensersatz aus c.i.c. oder Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. 146 StGB

Sofern die D-Bank bei der Verwertung ihres Pfandrechts (aus den oben unter II) 2) genannten Gründen) ausfällt oder sich nicht vollständig befriedigen kann, kommen Ansprüche auf Schadensersatz gegen B aus c.i.c.¹⁷ sowie aus unerlaubter Handlung nach Art. 41 Abs. 1 OR i.V.m. dem Schutzgesetz aus Art. 146 StGB (Betrug) in Betracht.

B hat die D-Bank nur darüber getäuscht, dass er die Materialien für die Tennishalle bereits bezahlt habe; die Behauptung, Alleineigentümer der Halle zu sein, entspricht der Wahrheit. Diese Täuschung müsste adäquat kausal für einen Schaden der D-Bank geworden sein.

Ein solcher könnte in einem etwaigen geringeren Verwertungserlös bei Eintritt des Sicherungsfalls gesehen werden. Da ein Eigentumsvorbehalt an unbeweglichen Sachen nicht möglich ist (s.o.), ist die Täuschung über die Materialrechnung und damit über den Bestand eines Eigentumsvorbehalts für die Frage, ob die durch eine Pfandrecht am Baurecht gesicherte Rückzahlungsforderung der D-Bank mit einer weiteren dinglich gesicherten Forderung eines Gläubigers des B (C) kollidiert, irrelevant. Eine Kollision ergibt sich höchstens mit dem Pfandrecht der E-Bank an dem Grundstück des A (s.o.). Dieser Umstand war aber weder Gegenstand von B's Täuschung noch kann sich die D-Bank auf ihre Nichtkenntnis berufen (vgl. Art. 970 Abs. 3 ZGB).

Sofern ein Schaden trotz des Rückzahlungsanspruchs der D-Bank darin gesehen wird, dass der Darlehensnehmer entgegen der erweckten Erwartungen nicht zurückzahlen kann, wird zusätzlich eine erhebliche Gefährdung des Anspruchs verlangt, d.h. ihr Wert muss erheblich herabgesetzt sein¹⁸. Eine erhebliche Herabsetzung ist hier nicht gegeben.

Folglich hat die D-Bank keinen Schadensersatzanspruch gegen B.

C) Anspruch der D-Bank gegen A

¹⁵ BGE 121 III 243; ZGB-II/TRAUFFER Art. 812 N 21 ff.

¹⁶ Daher sollte die D-Bank auch nicht die arglistige Täuschung (Art. 28 OR) geltendmachen, sonst ist der Darlehensvertrag, der die Grundlage des Anspruchs bildet, ex tunc vernichtet bzw. unwirksam.

¹⁷ Es ist davon auszugehen, dass die Täuschung vor Vertragsschluss stattgefunden hat.

¹⁸ BGE 102 IV 88.

Als Grundlage für einen Anspruch der D-Bank gegen A auf Sicherstellung ihrer Forderung aus dem mit B geschlossenen Darlehensvertrag kommt Art. 779d Abs. 1 ZGB in Betracht. Ihr wurde das Baurecht des B wirksam verpfändet. Ferner bedarf es nach Art. 779c, 779d Abs. 1 ZGB des Untergangs des Baurechts. Dieser wird 30 Jahre nach Bestellung am 1.12.2026 eintreten. Erst dann kann die D-Bank aus der Entschädigung, die A dem B nach Art. 779d Abs.1 ZGB schuldet, Sicherstellung (Art. 779b Abs. 1 ZGB), andernfalls die Eintragung einer Grundpfandverschreibung (Art. 779b Abs. 2 ZGB) verlangen.

D) Anspruch der E-Bank gegen B

Die E-Bank könnte gegen B einen Anspruch auf Aufhebung des Baurechts haben. Dies setzt voraus, dass der Vorrang ihrer Grundpfandverschreibung vor dem Baurecht des B einen Anspruch auf Löschung dieses, sie beeinträchtigendes dingliches Recht gibt. Aus dem ungeschriebenen, aber allgemein anerkannten Prioritätsprinzip folgt, dass der vorrangig Berechtigte bei Beeinträchtigung seines Rechts die Löschung oder Reduktion des nachrangigen auf ein vertragliches Mass verlangen kann¹⁹. Für den Fall der Kollision von Dienstbarkeit und Grundpfandrecht aber findet sich in Art. 812 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 142 SchKG eine differenziertere Lösung (s.o.), die einen Anspruch auf Löschung ausserhalb der Zwangsversteigerung ausschliesst²⁰. Daher steht der E-Bank gegen B in diesem Moment kein Anspruch auf Löschung des Baurechts zu.

E) Anspruch der E-Bank gegen A

Durch die Bestellung des Baurechts auf der Liegenschaft des A wird der Wert des Grundpfandrechts der E-Bank an dieser bei der Zwangsversteigerung (Art. 812 Abs. 2 ZGB) nicht beeinträchtigt, so dass ein Schadensersatzanspruch der E-Bank gegen A (etwa aus pVV des Darlehensvertrages) ausscheidet.

(Assistenz Prof. Honsell)

¹⁹ Statt vieler: SCHMID, Sachenrecht N 1172; Bsp. in BGE 85 II 474, 488.

²⁰ SCHMID, Sachenrecht N 1173 ff. Eine ähnliche Lösung findet sich im deutschen Recht, wo die §§ 1133, 1134 BGB zum Schutz des Hypothekengläubigers nur bei Verschlechterung des Grundstücks, d.h. bei verschuldensunabhängiger Zustandsänderung, die zu einem Wertverlust führt (Palandt/BASSENGE §§ 1133, 1134, 1135 Rn 1), greift, und sich das Prioritätsprinzip erst in der Zwangsversteigerung auswirkt, §§ 44 Abs. 1, 52 Abs., 1 S. 2 ZVG: Das nachrangige Recht erlischt, wenn der dinglich vorrangige Gläubiger die Zwangsversteigerung betreibt (Bsp. BGH NJW 1982, 234).

Sachverhalt

In der Gemeinde Z besteht eine Stockwerkeigentümergeinschaft (StWEG), die sich wie folgt nach Wertquoten zusammensetzt:

A: 200/1000

B: 200/1000

C: 300/1000

D: 100/1000, belastet mit einer Hypothek von Fr. 40'000.-- zugunsten der Bank X

E: 200/1000

Der Wert der Gesamtliegenschaft wird auf ca. Fr. 4'000'000.- geschätzt.

Da sich das Treppenhaus in einem baufälligen Zustand befindet, wurde an der letzten Stockwerkeigentümersammlung gegen den Willen des A, dessen Wohnung sich im Parterre befindet, eine Renovation sowie der Einbau eines Lifts beschlossen. Der Verwalter V beauftragte daraufhin den Architekten K mit der Ausarbeitung der notwendigen Pläne, die Ausführung übertrug er mit Hinblick auf dessen Organisationsvermögen dem Unternehmer G zu einem Werklohn von total Fr. 60'000.--. G belies sich die Bauleitung, vergab aber seinerseits die handwerkliche Ausführung des Lifteinbaus der diesbezüglich spezialisierten S-AG, und für das Treppenhaus vergab er die Arbeiten an die M-GmbH.

Nach Abschluss des Bauvorhabens wenden sich K, G, S und M an V und verlangen je die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für ihre Forderungen (K in Höhe von Fr. 7'000.--, G in Höhe von Fr. 60'000.--; S in Höhe von Fr. 39'000.--; M in Höhe von Fr. 15'000.--). V teilt dies A, B, C, D und E mit, woraufhin A vernehmen lässt, dass er jegliche Belastungen strikt ablehne.

Wie ist die Rechtslage?

Variante 1

V hat G Fr. 60'000.-- überwiesen. S und M behaupten jedoch (zu recht), dass sie noch kein Geld erhalten hätten, und konnten daher erfolgreich die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts erwirken.

Wie ist die Rechtslage?

Variante 2

C hat kurz vor Abschluss der Bauarbeiten seine Eigentumswohnung an F verkauft. Als dieser nun von den Renovationskosten erfährt (was ihm C verschwiegen hat), verweigert er jegliche Zahlung mit der Begründung, ihn ginge das alles nichts an, er habe der Renovation schliesslich nie zugestimmt.

Wie ist die Rechtslage?

Hilfsmittel: ZGB, OR

Lösungsskizze²¹**A. Ansprüche des K gegen die StWEG****1. Vertragliche Ansprüche**

K hat einen Architektenvertrag abgeschlossen, dessen Leistungsinhalt nur die Herstellung von Plänen darstellt. Einen solchen Planungsvertrag qualifiziert die h.L. als Werkvertrag²².

Beim Vertragsschluss standen sich K und V gegenüber. V handelte dabei als Organ²³ der StWEG. Für seine Vertretungsmacht ist Art. 712t Abs. 1 ZGB massgebend, sie umfasst folglich alle Angelegenheiten der gemeinschaftlichen Verwaltung, worunter auch die Anordnung baulicher Massnahmen fällt²⁴; in casu birgt die Vertretungsmacht auch deshalb keine Probleme in sich, weil sie auf einem (gültigen)²⁵ Beschluss der Stockwerkeigentümersammlung beruht. V hat daher durch den Vertragsschluss mit K die StWEG²⁶ verpflichtet. Diese ist somit gemäss Art. 363 OR zur Leistung einer Vergütung verpflichtet, deren Höhe sich nach der Vereinbarung oder gemäss Art. 374 OR nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festsetzt.

K hat somit einen Anspruch gegen die StWEG aus Art. 363 OR in der Höhe von Fr. 7'000.--.

2. Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

K möchte zur Sicherung seiner Forderung ein Bauhandwerkerpfandrecht eintragen lassen. Dies setzt voraus, dass er zu den pfandrechtsberechtigten Personen gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB gehört. Nach dieser Bestimmung haben Handwerker und Unternehmer (Baugläubiger), welche zu Bauten oder anderen Werken auf einem Grundstück Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, zwecks Sicherstellung ihrer Forderungen ein mittelbares gesetzliches Grundpfandrecht²⁷. Baugläubigern, deren Beitrag in intellektuellen Leistungen wie Projektierung besteht, steht dieses

²¹ SCHRIFTTUM: BÜHLER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V 2d: Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, 3. Aufl. Zürich 1998; GAUCH, Werkvertrag, 4. Aufl. Zürich 1996; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 7. Aufl. Zürich 1998; GIGER, Berner Kommentar Bd. VI/2/1/1: Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Bern 1980; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 4. Aufl. Bern 1997; Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Aufl. Basel/Frankfurt a/M 1996 [zit. OR-BEARBEITER]; Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Basel/Frankfurt a/M 1998 [zit. ZGB-BEARBEITER]; LIVER, Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. V/1, Basel/Stuttgart 1977; ders., Die Privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1978, Sachenrecht, in: ZBJV 1980, 135 ff.; MATHIS, Das Bauhandwerkerpfandrecht im der Gesamtüberbauung und im Stockwerkeigentum, Diss. St. Gallen 1988; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar Bd. IV/1/1: Systematischer Teil und Art. 641-654 ZGB, 5. Aufl. Bern 1981; MEIER-HAYOZ/REY, Berner Kommentar Bd. IV/1/5: Das Grundeigentum IV, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a-712t ZGB, Bern 1988; CH. MÜLLER, Zur Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Diss. Bern 1973; K. MÜLLER, Der Verwalter von Liegenschaften mit Stockwerkeigentum, Diss. Zürich 1965; REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bern 1991; RIEMER, Die beschränkten dinglichen Rechte, Bern 1986; SCHMID, Sachenrecht, Zürich 1997; SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. Aufl. Zürich 1982; ders., Bauen mit einem Generalunternehmer, in: Baurecht 1983, S. 43 ff. [zit. Generalunternehmer]; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 1998; SIMONIUS/SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. II: Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel/Frankfurt a/M 1990; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl. Zürich 1995; ZOBL, Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, in: ZSR 1982, 1 ff.

²² BGE 119 II 428; Gauch Rn 49 ff.; OR-ZINDEL/PULVER Art. 363 N 17; Honsell 250.

²³ Im untechnischen Sinne, da es sich bei der StWEG nicht um eine juristische Person handelt; REY Rn 837; ZGB-BÖSCH Art. 712m N 1.

²⁴ Art. 647c ZGB i.V.m. Art. 712g Abs. 1 ZGB; s.a. REY Rn 915.

²⁵ siehe hinten D.

²⁶ Diese ist im Bereiche der gemeinschaftlichen Verwaltung handlungs- und somit passiv geschäftsfähig, Art. 712l ZGB; MEIER-HAYOZ/REY Art. 712l N 53; REY Rn 850; SCHMID Rn 1056.

²⁷ ZOBL 75.

Recht jedoch nicht zu²⁸. Dies trifft insbesondere, und unabhängig von der rechtlichen Qualifikation des Vertrages, für den Architekten zu, weil keine körperliche Verbindung von seiner Leistung mit dem Bau erfolgt und er aufgrund seiner sozialen Stellung des Schutzes von Art. 837/841 ZGB nicht bedarf²⁹.

K hat somit keinen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts.

B. Ansprüche des G gegen die StWEG

1. Vertragliche Ansprüche

G verpflichtet sich zur Renovation des Treppenhauses und des Einbaus eines Fahrstuhls. Er schuldet somit einen Erfolg, d.h. ein Werk i.S.v. Art. 363 OR. Da er die gesamte Ausführung des projektierten Werkes übernimmt, d.h. sämtliche Bauarbeiten übertragen erhält, wird er als "Generalunternehmer" bezeichnet³⁰. Der Generalunternehmervertrag wird auch dann als einheitlicher Werkvertrag qualifiziert, wenn der Generalunternehmer sämtliche Arbeiten von Subunternehmern ausführen lässt³¹. Für den Bezug von Subunternehmern ist Art. 364 Abs. 2 OR massgebend³². Danach ist der Unternehmer grundsätzlich verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner Leitung ausführen zu lassen. Eine persönliche Leistungspflicht ist daher immer dann zu bejahen, wenn es auf die Fähigkeiten oder die Leistungskapazität des Unternehmers ankommt³³.

Indem G die Bauleitung besorgt, d.h. das Werk unter seiner persönlichen Leitung ausführen lässt, kommt er dieser Pflicht nach, da er ja insbesondere im Hinblick auf seine diesbezüglichen Leistungen herbeigezogen worden ist und die Art des Bauvorhabens eine Arbeitsteilung ja erfordert (spezialisiertes Aufzugsunternehmen)³⁴.

In bezug auf das Vertragsverhältnis von G zur StWEG sind die Subunternehmer M und S Erfüllungsgehilfen des G, deren Aufwendungen (Fr. 15'000.-- bzw. Fr. 39'000.--) G als Personal- und Sachaufwand der StWEG in Rechnung stellen kann³⁵.

G hat somit einen Anspruch gegen die StWEG aus Art. 363 OR in der Höhe von Fr. 60'000.--

2. Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

a) Eigenart der geschützten Bauleistung

Der Generalunternehmer hat grundsätzlich einen Anspruch auf die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts³⁶. Umstritten ist jedoch, ob er das Grundpfand für den ganzen Werklohn beanspruchen kann, oder ob nach der Art der Bauleistung zu unterscheiden und der auf die intellektuellen Leistungen (insb. Bauleitung und Projektierung) entfallende Anteil von der Grundpfandsicherung auszuschneiden ist. Für eine Differenzierung sprechen der Wortlaut und die ratio legis von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3, der von eigentlichen Bauarbeiten ausgeht³⁷, sowie die

²⁸ ZGB-HOFSTETTER Art. 839/840 N 3; ZOBL 89 f.

²⁹ BGE 119 II 426 ff., 65 II 1 ff.; GAUCH Rn 1308; BÜHLER Art. 372 N 39; ZOBL 90; SCHUMACHER Rn 180; RIEMER § 25 Rn 15; ZGB-HOFSTETTER Art. 839/840 N 3; SCHMID Rn 1712; TUOR/SCHNYDER/SCHMID 849.

³⁰ BGE 114 II 54; GAUCH Rn 223; BÜHLER Art. 363 N 118; SCHUMACHER Rn 203; ders., Generalunternehmer, 43; ZGB-HOFSTETTER Art. 839/840 N 3.

³¹ GAUCH Rn 230; SCHUMACHER, Generalunternehmer, 43; OR-ZINDEL/PULVER Art. 363 N 15.

³² OR-ZINDEL/PULVER Art. 364 N 39.

³³ HONSELL 251.

³⁴ BGE 94 II 162; OR-ZINDEL/PULVER Art. 364 N 31, 39 f.

³⁵ GAUCH Rn 179; BÜHLER Art. 364 Rn 52; OR-ZINDEL/PULVER Art. 374 N 12.

³⁶ BGE 95 II 87 ff.; ZR 1980 Nr. 30; SIMONIUS/SUTTER, Bd. II, 237 Rn 35.

³⁷ ZOBL 95, 662; MOSIMANN 162.

Gleichbehandlung mit Baugläubigern, welche die intellektuellen Leistungen getrennt erbringen³⁸ und keinen Pfandrechtsschutz geniessen³⁹. Für ein uneingeschränktes Bauhandwerkerpfandrecht sprechen das Wesen des Generalunternehmervertrages, aufgrund dessen der Generalunternehmer eine geschlossene Gesamtleistung schuldet⁴⁰, sowie die praktischen Probleme bei der Ermittlung der auf die jeweiligen Leistungen entfallenden Beträge⁴¹. Mit der nun h.L.⁴² ist davon auszugehen, dass G die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts für seine gesamte Forderung in der Höhe von Fr. 60'000.-- verlangen kann.

b) Pfandrechtsbelastete Grundeigentümer

Der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts richtet sich gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 gegen den Eigentümer des Grundstück, auf dem die Bauarbeiten ausgeführt worden sind. In casu ist das betreffende Grundstück im Miteigentum⁴³ von A, B, C, D und E, so dass sich der Anspruch von G an diese wendet.

c) Pfandobjekt

Dem Wesen des Bauhandwerkerpfandrechts entspricht es, dass die durch die Bauleistung begünstigte Sache zu belasten ist⁴⁴. In casu wurden die Renovationsarbeiten am Treppenhaus vorgenommen. Dabei handelt es sich wie beim Lift um eine gemeinsame Anlage i.S.v. Art. 712b Abs. 2 Ziff. 3 ZGB⁴⁵. Folglich kann, da nicht im Sonderrecht stehende, sondern die gemeinschaftlichen Teile durch die Bauleistung eine Wertvermehrung erfahren haben, der Bauunternehmer wählen⁴⁶, ob er die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts auf dem gesamten Grundstück oder auf den einzelnen Stockwerkeigentumsanteilen verlangen will. Die Errichtung eines Grundpfandes setzt ein Grundstück voraus (Art. 796 Abs. 1 ZGB), was bei einem Stockwerkeigentumsanteil zutrifft, da dieser im Grundbuch eingetragen (Art. 712d Abs.1 und 943 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB) und wie ein Grundstück i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 behandelt wird⁴⁷.

Die Belastung der Stammparzelle ist gemäss Art. 648 Abs. 3 ZGB jedoch nur möglich, solange an den einzelnen Miteigentumsanteilen noch keine Grundpfandrechte bestehen⁴⁸. D hat seinen Anteil bereits mit einer Hypothek zugunsten der X-Bank belastet, so dass nur noch eine Belastung der einzelnen Stockwerkeigentumsanteile möglich ist.

Die Belastung der einzelnen Stockwerkeigentumsanteile mit dem Bauhandwerkerpfandrecht erfolgt nicht als Gesamtpfandrecht, d.h. jeder Anteil wird mit der Gesamtsumme belastet, sondern anteilmässig nach Wertquoten als Teilpfandrecht (Art. 798 Abs. 2 und 3 ZGB), da die Stockwerkeigentümer gegenüber Dritten für Schulden der StWEG nicht solidarisch haften⁴⁹.

Der Anspruch der G auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von Fr. 60'000.-- wird somit wie folgt auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile verteilt:

³⁸ ZGB-HOFSTETTER Art. 839/840 N 3.

³⁹ s.o. Fn 17.

⁴⁰ SCHUMACHER Rn 207; ZR 1980 Nr. 30.

⁴¹ SCHUMACHER Rn 210.

⁴² GAUCH Rn 1309; SCHUMACHER Rn 207 ff.; RIEMER § 25 Rn 15; SIMONIUS/SUTTER, Bd. II, 237 Rn 36.

⁴³ Art. 712a Abs. 1 ZGB.

⁴⁴ BGE 119 II 421 ff.; SCHUMACHER Rn 315.; SCHMID Rn 1721.

⁴⁵ MEIER-HAYOZ/REY Art. 712b N 33; ZGB-BÖSCH Art. 712b N 12; REY Rn 801; SCHMID Rn 1023.

⁴⁶ SCHMID Rn 1736; SCHUMACHER Rn 354.

⁴⁷ REY Rn 1054; ZGB-LAIM Art. 655 N 23; SCHMID Rn 1721.

⁴⁸ Art. 648 Abs. 3 ZGB ist auch auf das Stockwerkeigentum anwendbar, BGE 113 II 157 ff.

⁴⁹ MEIER-HAYOZ/REY Art. 712 N 63 ff.; ZOBL 123; MATHIS 88; SCHUMACHER Rn 366; LIVER 94.

Die Anteile von A und B und E je mit Fr. 12'000.-- belastet, derjenige von C mit Fr. 18'000.-- und derjenige von D mit Fr. 6'000.--.

d) Fehlen anderer hinreichender Sicherheit

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts kann gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB nicht verlangt werden, "wenn der Eigentümer für die angemeldete Forderung hinreichende Sicherheit leistet", was nicht der Fall ist.

e) Wahrung der Frist

Die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts muss gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB spätestens drei Monate nach Vollendung der Bauarbeiten erfolgt sein.

3. Fazit

G hat einen Anspruch gegen die StWEG aus Art. 363 OR in der Höhe von Fr. 60'000.--. Zur Sicherung dieser Forderung hat er einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts in der Höhe von Fr. 60'000.--, der anteilmässig nach Wertquoten auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile verteilt wird.

C. Ansprüche von M und S

1. Ansprüche gegen die StWEG

a) Vertragliche Ansprüche

Zwischen M bzw. S als Subunternehmer und der StWEG als Bauherrin besteht kein Vertragsverhältnis⁵⁰. Beide handeln aufgrund ihres Subunternehmervertrags⁵¹ mit G als dessen Erfüllungsgehilfen i.S.v. Art. 101 OR⁵². Daher stehen ihnen gegenüber der StWEG weder Vergütungs⁵³- noch andere Vertragsansprüche zu⁵⁴. Dass sie aus dem Subunternehmervertrag keine solchen Ansprüche gegen die StWEG haben, ergibt sich aus der Unzulässigkeit von echten Verträgen zulasten Dritter⁵⁵.

M bzw. S könnten Vergütungsansprüche gegenüber der StWEG gestützt auf Werkvertrag zwischen G und der StWEG zustehen, nämlich dann, wenn die StWEG die Vergütungspflicht des G gegenüber dessen Subunternehmern solidarisch mitübernommen hat (Art. 143 OR)⁵⁶ oder ihnen ein direkter Anspruch eingeräumt wurde (Vertrag zugunsten Dritter, Art. 112 Abs. 2 OR)⁵⁷. Für beide Varianten bestehen jedoch im Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

b) Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts

Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB hat auch der Subunternehmer einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf dem Grundstück, für das er eine Bauleistung erbracht hat. Der Bauherr haftet somit mit seinem Grundstück für die Vergütung, die der Unternehmer dem Subunternehmer schuldet⁵⁸; er ist in bezug auf das Pfandobjekt ein Dritteigentümer⁵⁹. Der Anspruch

⁵⁰ GAUCH Rn 162; BÜHLER Art. 364 N 52; SCHUMACHER Rn 285, ders., Generalunternehmer, 47.

⁵¹ Ein Werkvertrag i.S.v. Art. 363 ff. OR, GAUCH Rn 144.

⁵² GAUCH Rn 177; BÜHLER Art. 364 Rn 52.

⁵³ BGE 111 III 11 f.

⁵⁴ GAUCH Rn 173.

⁵⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID Rn 243; SCHWENZER Rn 86.28.

⁵⁶ GAUCH Rn 174.

⁵⁷ GAUCH Rn 175.

⁵⁸ GAUCH Rn 183.

des Subunternehmers besteht unabhängig von demjenigen des Unternehmers und auch dann, wenn letzterer vom Bauherrn befriedigt wurde oder der Beizug des Subunternehmers gar nicht erlaubt war⁶⁰. Der Bauherr ist dadurch der Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme ausgesetzt, so dass er an den Generalunternehmer praktisch nur gegen den Nachweis, dass dieser die Subunternehmer befriedigt hat, zahlen kann⁶¹.

M (in Höhe von Fr. 15'000) bzw. S (in Höhe von Fr. 39'000) haben als Subunternehmer somit einen Anspruch gegen die auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Bezüglich der Belastung und Modalitäten siehe oben B.2.c)-e). Für die Forderung von M ergibt sich daher folgende Pfandbelastung: Die Anteile von A und B und E je mit Fr. 3'000.-- belastet, derjenige von C mit Fr. 4'500.-- und derjenige von D mit Fr. 1'500.--. Für die Forderung von S werden die Anteile von A und B und E je mit Fr. 7'800.-- belastet, derjenige von C mit Fr. 11'700.-- und derjenige von D mit Fr. 3'900.--.

c) **Fazit**

M bzw. S haben gegen die StWEG keine vertraglichen Ansprüche. Als Subunternehmer haben sie jedoch einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts, das anteilmässig nach Wertquoten auf die einzelnen Stockwerkeigentumsanteile verteilt wird.

2. **Ansprüche gegen G**

Zwischen M bzw. S und G besteht ein Subunternehmervertrag, der als Werkvertrag i.S.v. Art. 363 OR qualifiziert wird⁶². Aufgrund dieses Werkvertrages ist G zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet (Art. 363 OR). Je nach dem, ob die Höhe der Vergütung bei Vertragsschluss vereinbart worden ist, ist Art. 373 OR oder andernfalls Art. 374 OR anwendbar. Der Sachverhalt gibt hierfür keine näheren Anhaltspunkte, so dass davon ausgegangen werden kann, dass die von M und S in Rechnung gestellten Beträge in Ordnung sind. M bzw. S haben somit einen Anspruch gegen G aus Art. 363 OR in der Höhe von Fr. 15'000.- bzw. 39'000.--.

D. **Interne Kostenverteilung in der StWEG**

Es stellt sich die Frage, ob A auch intern nach Massgabe seiner Wertquote für die Baukosten beitragspflichtig ist oder ob er verlangen kann, dass er in geringerem Masse belastet wird. Hierzu sind zunächst die Treppenhausrenovation und der Lifteinbau rechtlich zu qualifizieren (Ziff. 1), hernach sind die besonderen Verhältnisse in der StWEG zu betrachten (Ziff. 2).

1. **Treppenhausrenovation und Lifteinbau als bauliche Massnahmen** **i.S.v. Art. 647c ff. ZGB**

Bei der Renovation des Treppenhauses handelt es sich um eine notwendige bauliche Massnahme gemäss Art. 647c ZGB, da sein baufälliger Zustand behoben und dadurch seine Gebrauchsfähigkeit wieder hergestellt werden soll. Hierfür bedarf es der Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer, so dass in casu der Beschluss gültig zustande kam.

⁵⁹ SCHUMACHER Rn 285.

⁶⁰ BGE 105 II 267; GAUCH Rn 184; BÜHLER Art. 364 N 52; SCHUMACHER Rn 287, ZOBL 100; OR-ZINDEL/PULVER Art. 363 N 33.

⁶¹ HONSELL 274.

⁶² GAUCH Rn 144, BÜHLER Art. 364 N 50.

Beim Einbau des Lifts handelt es sich um eine nützliche bauliche Massnahme gemäss Art. 647d ZGB⁶³, da dadurch die Gebrauchsfähigkeit eines mehrgeschössigen Wohnhauses verbessert wird. Der Beschluss für eine nützliche bauliche Massnahme muss die Stimmen der Mehrheit der Miteigentümer, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertritt, auf sich vereinigen (Art. 647c Abs. 1 ZGB), was in casu erfolgt ist.

Diese Regelungen sind gemäss Art. 712g Abs. 1 ZGB auch auf die Stockwerkeigentümergeinschaft anwendbar. Es sind daher beide Beschlüsse trotz der Ablehnung des A gültig zustandegekommen und für diesen verbindlich.

2. Kostentragung

Für die Tragung der Kosten ist Art. 712h ZGB massgebend. Nach Abs. 1 haben die Stockwerkeigentümer Beiträge an die Kosten grundsätzlich nach Massgabe ihrer Wertquote zu leisten. Gemäss Abs. 3 ist bei der Kostenverteilung in bezug auf gemeinschaftliche Bauteile jedoch deren Nutzen für bzw. das Mass der Benützung durch den einzelnen Stockwerkeigentümer zu berücksichtigen⁶⁴. Da A im Parterre wohnt, ist sein Interesse an der Treppenhausrenovation und insbesondere an einem Lifteinbau als sehr gering einzustufen⁶⁵ (sofern nicht ausserordentliche Umstände, wie z.B. eine Waschküche im Dachgeschoss, vorliegen). Er kann daher gemäss Art. 712m Abs. 1 Ziff. 4 ZGB in der Stockwerkeigentümersammlung verlangen, dass ein seine besondere Lage berücksichtigender Beschluss über die Verteilung der Kosten gefasst wird. Kommt kein solcher Beschluss zustande, kann A die Höhe der Beiträge vom Richter festsetzen lassen⁶⁶. In dem Umfang, als seine Kostentragungspflicht vermindert wird, kann er auch Sicherstellung i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB für die auf seinem Anteil eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte verlangen.

3. Fazit

A haftet grundsätzlich nach Massgabe seiner Wertquote, d.h. 20%, für die Baukosten. Da er jedoch im Parterre wohnt und deshalb ein grosser Teil des Treppenhauses sowie der Lift für ihn von keinem Nutzen sind, ist seine Beitragspflicht zu vermindern.

Variante 1

Zu prüfen ist hier, welche Ansprüche der StWEG gegen G zustehen, weil dieser das von ihr erhaltene Geld nicht an die Subunternehmer weitergeleitet hat und letztere nun Bauhandwerkerpfandrechte eintragen liessen.

A. Anspruch aus dem Werkvertrag, Art. 368 u. 97 OR

G hat ein Bauwerk abgeliefert, das mit Bauhandwerkerpfandrechten seiner Subunternehmerbelastet ist. Es fragt sich, ob dies eine Verletzung des Werkvertrages darstellt. Das Bundesgericht hat in seiner älteren Rechtsprechung den Fall unter Beiziehung der Kriterien von Art. 197 OR wie einen Werkmangel i.S.v. Art. 368 OR⁶⁷ behandelt und dem Bauherrn einen Minderungsanspruch zugebilligt. In der Lehre wird die Qualifikation als Werkmangel abgelehnt⁶⁸. Die Pflicht des

⁶³ MEIER-HAYOZ Art. 647d N 16; K. MÜLLER 28.

⁶⁴ CH. MÜLLER 44; MEIER-HAYOZ/REY Art. 712h N 22.

⁶⁵ MEIER-HAYOZ/REY Art. 712h N 22.

⁶⁶ MEIER-HAYOZ/REY Art. 712h N 27.

⁶⁷ BGE 104 II 355.

⁶⁸ BÜHLER Art. 368 N 40; GAUCH Rn 1457.

Unternehmers zur Ablieferung eines dinglich lastenfreien Werkes stellt eine vertragliche Nebenpflicht dar, deren Verletzung einen Schadenersatzanspruch gestützt auf Art. 97 OR (positive Vertragsverletzung) auslöst⁶⁹. Der Schaden besteht hier in der für die Löschung der Bauhandwerkerpfandrechte erforderlichen Summe. Die StWEG hat somit einen Schadenersatzanspruch gegenüber G in Höhe von Fr. 54'000.--.

B. Subrogation der Forderungen von M bzw. S gegen G

Da es sich in bezug auf das Bauhandwerkerpfandrecht von M bzw. S um ein Drittpfandverhältnis handelt⁷⁰, steht der StWEG gemäss Art. 827 Abs. 1 ZGB ein Recht auf Ablösung zu. Hierzu muss sie die Subunternehmer befriedigen, d.h. deren Werklohnforderungen tilgen. Infolgedessen gehen deren Werkforderungen gegen G von Gesetzes wegen auf die StWEG über (Art. 827 Abs. 2 ZGB, Art. 110 Ziff. 1 OR). Somit kann die StWEG die Werklohnforderungen aufgrund des Werkvertrages zwischen M bzw. S und G in Höhe von Fr. 54'000.--gegenüber G geltend machen. Allerdings muss sie zuerst diese Summe an M und S auszahlen, deren Bauhandwerkerpfandrechte werden so allerdings abgelöst.

Variante 2

A. Ansprüche der StWEG gegen F

Es stellt sich hier die Frage, ob F an den Beschluss der StWEG betreffend die Renovations- und Bauarbeiten gebunden ist und ob er für Schulden haftet, die vor seinem Betritt zur Gemeinschaft begründet worden sind. Die massgebende Norm hierzu ist Art. 649a ZGB. Danach sind u.a. von den Miteigentümern gefasste Beschlüsse für den Erwerber eines Miteigentumsanteils verbindlich⁷¹. „Der Erwerber eines Anteils muss in die Rechtslage eintreten, in welcher der Veräusserer gestanden hat“⁷². Dabei ist es unbeachtlich, ob der Erwerber von den betreffenden Beschlüssen Kenntnis hat⁷³. Der Einwand von F, mangels seiner Zustimmung seien die Beschlüsse für ihn nicht verbindlich, geht folglich fehl. Er hat sich im gleichen Umfang an den Kosten zu beteiligen, wie dies für C der Fall gewesen wäre.

B. Ansprüche des F gegen C

1. Sachmängelhaftung, Art. 197 ff. OR

F könnte gegen C einen Anspruch auf Teilrückzahlung des Kaufpreises aus Minderung des Kaufvertrages gemäss Art. 205 Abs. 1, 197 Abs. 1 OR haben.

Zwischen F und C besteht ein Kaufvertrag über den Stockwerkeigentumsanteil. Es müsste zudem ein Sachmangel vorliegen. Als Sachmangel gilt jede ungünstige Abweichung der Ist-Beschaffenheit der Sache von ihrer Soll-Beschaffenheit⁷⁴. Die Belastung eines Grundstücks mit

⁶⁹ In dieser Richtung BGE 116 II 537 und BGE 123 III 124 (zum Mietrecht).

⁷⁰ S.o. C.1.b)

⁷¹ REY Rn 707.

⁷² LIVER 70.

⁷³ MEIER-HAYOZ Art. 649a N 3.

⁷⁴ HONSELL 67.

Bauhandwerkerpfandrechten stellt keinen solchen Mangel dar⁷⁵. Allerdings haftet F nach Art. 649a ZGB für die vor dem Eigentumsübergang begründeten Forderungen der Miteigentümergeinschaft. Diese Haftung resultiert allein aus der Mitgliedschaft in der StWEG und haftet nicht der Wohnung als solcher an. Somit ist kein Sachmangel gegeben.

2. Rechtsgewährleistung, Art. 196 OR

F könnte gegen C einen Anspruch auf Schadenersatz aus Rechtsgewährleistung gemäss Art. 196 Abs. 1 OR haben. Dazu müsste ihm die Kaufsache teilweise entwehrt oder mit einem beschränkt dinglichen Recht belastet sein, für das der Verkäufer einzustehen hat, und zudem dürfte er von der Belastung keine Kenntnis haben (Art. 192 Abs. 2 OR). Aufgrund des Eviktionsprinzips⁷⁶ ist erforderlich, dass der Dritte sein Recht tatsächlich geltend macht. In casu bedeutet dies, dass F gegen C nur dann einen Anspruch auf Schadenersatz aus Rechtsgewährleistung hat, wenn die Bauunternehmer ihr Bauhandwerkerpfandrecht tatsächlich eintragen lassen. Der Anspruch umfasst dann den Betrag nebst Zinsen, der für die Löschung der Bauhandwerkerpfandrechte erforderlich ist⁷⁷ (Fr. 22'500.--). Der Anspruch entfällt jedoch für F, sofern die Bauhandwerkerpfandrechte zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages bereits eingetragen waren, da er sich aufgrund der Publizitätswirkung des Grundbuches nicht mehr auf deren Unkenntnis berufen könnte⁷⁸.

3. Haftung aus positiver Vertragsverletzung des Kaufvertrags

Unter einer positiven Vertragsverletzung (pVV) versteht man die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten, die nicht unter die gesetzlich geregelten Leistungsstörungen fallen. Die Rechtsgrundlage ist Art. 97 OR⁷⁹. Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch aus pVV ist die schuldhaftige Verletzung vertraglicher Pflichten, die adäquat-kausal zu einem Schaden führt.

Beim Verkauf eines Miteigentumsanteils trifft den Verkäufer eine umfassende Aufklärungspflicht gegenüber dem Käufer bezüglich aller Rechte und Pflichten, die letzterer aufgrund von Art. 649a ZGB zu übernehmen hat⁸⁰. Beim Stockwerkeigentum bedeutet dies insbesondere, dass der Veräusserer den Erwerber über ausserordentliche Verwaltungskosten, die bereits angefallen, aber noch nicht in Rechnung gestellt sind, unterrichten muss. C hat (zumindest fahrlässig) diese Aufklärungspflicht verletzt, indem er F darüber nicht in Kenntnis gesetzt hat. Der Schaden von F besteht in der Verpflichtung zur Zahlung der Verwaltungskosten, da er bei richtiger Aufklärung diesen Betrag vom Kaufpreis abgezogen hätte.

F hat somit einen Anspruch gegen C auf Schadenersatz in Höhe der Beitragsforderung der StWEG aus pVV (Art. 97 OR) des Kaufvertrages.

4. Ungerechtfertigte Bereicherung, Art. 62 Abs. 1 OR

F könnte gegen C einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 Abs. 1 OR haben. Voraussetzung ist, dass eine Leistung erfolgt ist, für die kein Rechtsgrund bestanden hat oder deren Rechtsgrund nachträglich weggefallen ist.

F hat dem C gestützt auf den ursprünglichen Kaufvertrag den Kaufpreis geleistet. Es fragt sich, ob er sich auf einen Willensmangel berufen kann, so dass der Vertrag als einseitig unverbindlich i.S.v. Art. 23 OR gilt. In Betracht kommt ein Grundlagenirrtum gemäss Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Ein solcher

⁷⁵ SCHUMACHER Gewährleistung Rn 611; LIVER ZBJV 1980, 152 ff.

⁷⁶ HONSELL 61; OR-HONSELL Art. 192 Rn 6; GIGER Art. 192 Rn. 60.

⁷⁷ SCHUMACHER Gewährleistung Rn 612.

⁷⁸ OR-HONSELL Art. 192 Rn 5.

⁷⁹ Umstritten, ob direkt oder analog.

⁸⁰ ZGB-BRUNNER/WICHTERMANN Art. 649a Rn 7.

liegt vor bei einem Irrtum über einen bestimmten Sachverhalt, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendige Grundlage des Vertrages wurde. Der Irrtum muss ein wesentlicher sein. Erforderlich sind sowohl subjektive Wesentlichkeit (*condicio sine qua non* für die Willensbildung des Irrenden) als auch objektive Wesentlichkeit (eine notwendige Grundlage nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr)⁸¹. Zudem muss die Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhaltes für die Vertragspartei des Irrenden erkennbar gewesen sein⁸². F macht geltend, er hätte den Kaufvertrag nicht abgeschlossen, wenn er von C über die baulichen Massnahmen und deren Kostenfolgen informiert worden wäre. Da es sich jedoch um notwendige (Treppenhaus) und nützliche (Lift) bauliche Massnahmen handelt, deren Kostenfolgen im Verhältnis zum Kaufpreis gering sind, ist zumindest eine objektive Wesentlichkeit des Irrtums zu verneinen.

F kann sich somit keinen Grundlagenirrtum geltend machen, so dass seine Zahlung nicht rechtsgrundlos erfolgt ist. Er hat daher keinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 Abs. 1 OR.

(Assistenz Prof. Honsell)

⁸¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID Rn 779, 783; SCHWENZER Rn 37.24 ff.

⁸² SCHWENZER Rn 37.27.

Sachverhalt 1

Heinz (H) war in erster Ehe verheiratet mit Simone (S). Aus dieser Ehe ging 1968 der Sohn Daniel (D) hervor. Nach der Scheidung im Jahre 1976 heiratete H am 7.7.1977 Franziska (F). Ende 1979 schlossen H und F einen (formgültig errichteten) Ehevertrag mit u.a. folgenden Bestimmungen:

- „1. Die Vertragsparteien stellen fest, dass die güterrechtlichen Verhältnisse ihrer Ehe dem ordentlichen Güterstand der Güterverbindung unterstehen, die sie weiterhin beibehalten wollen.
2. Die Vertragsparteien stellen weiter fest, dass sie anlässlich ihrer Verehelichung im Jahre 1977 folgende Werte in die Ehe eingebracht haben:
 - a) Der Ehemann: Fr. 128'000.-- in bar.
 - b) Die Ehefrau: den gesamten Hausrat.
3. Alles übrige eheliche Vermögen bildet Vorschlag.
4. Die Parteien vereinbaren, dass beim Tode des einen oder andern von ihnen der überlebende Ehegatte den ganzen Vorschlag zu unbeschwertem Eigentum erhalten soll.
5. Beide Ehegatten setzen ihre Nachkommen zugunsten des überlebenden Ehegatten auf den gesetzlichen Pflichtteil.“

Im Laufe der Jahre entstammten der Ehe von H mit F die Kinder Andreas (A), Brigit (B) und Christine (C). Zu S und D hatte H kaum noch Kontakt. So erfuhr er auch nicht, dass D im Sommer 1987 seinen Erbenspruch gegenüber H seiner Mutter S gegen Fr. 50'000.-- abgetreten hatte.

Als H am 15.1.1999 verstarb, wurde der zwischen ihm und F geschlossene Ehevertrag durch das zuständige Amt eröffnet. Seine Formgültigkeit ist nicht bestritten. Über seinen Nachlass wurde das öffentliche Inventar aufgenommen, nachdem S im Namen des D ein entsprechendes Begehren gestellt hatte. Dieses zeigt bei Aktiven von Fr. 2'539'000.-- und Passiven von Fr. 2'411'000.-- einen mutmasslichen Aktivenüberschuss von Fr. 128'000.--. Unter den Passiven figuriert ein Posten von Fr. 2'400'000.-- als „güterrechtlicher Anspruch der Ehefrau“.

Wie ist die Rechtslage?

Sachverhalt 2

A möchte bei der Bank B ein Gehaltskonto eröffnen und dieses auch für die Besorgung seines Zahlungsverkehrs einsetzen. Im Laufe der Vertragsverhandlungen werden ihm vom zuständigen Sachbearbeiter die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Bank B ausgehändigt. Darin heisst es unter anderem in Ziff. 4:

„Unterschriften- bzw. Legitimationsprüfung:

Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern die Bank kein grobes Verschulden trifft.“

A entschliesst sich zur Eröffnung eines Gehaltskontos und unterzeichnet eine entsprechende Vertragsurkunde, die auch einen Verweis auf die AGB der Bank B enthält, ohne jedoch die AGB tatsächlich gelesen zu haben.

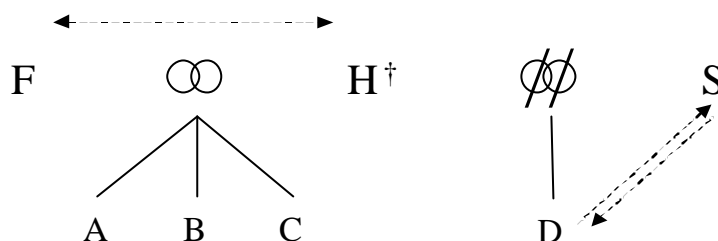
Einige Monate später wird A an einem Vormittag von einem Gauner G die Brieftasche gestohlen. Diese enthält eine von der Bank B ausgestellte EC-Karte sowie seine Identitätskarte. Der spezialisierte G ersetzt sogleich das Passfoto im Personalausweis des A und begibt sich noch am selben Tag zu einer Filiale der Bank B. Dort gibt er sich als A aus und zeigt den manipulierten Ausweis vor, um von „seinem“ Konto Fr. 10'000.-- in bar abzuheben. Der Kassierer K, nachdem er einen flüchtigen Blick auf den Ausweis geworfen hat, verlangt hierfür eine Unterschrift, die G, der dies zuvor geübt hat, täuschend echt fälscht.

Von dem abgehobenen Geld schenkt G seiner nichts ahnenden Freundin F Fr. 5'000.--.

A bemerkt den Diebstahl seiner Brieftasche am nächsten Morgen und informiert sogleich die Bank B. Diese teilt ihm jedoch mit, dass zu ihrem Bedauern bereits tags zuvor ein Betrüger Fr. 10'000.-- von seinem Konto abgehoben habe.

Welche Ansprüche hat A?

(Hilfsmittel: ZGB/OR)

Lösungsskizze Sachverhalt 1⁸³**A. Erbberechtigte**

Nach Ziff. 5 des Ehe- und Erbvertrags hat H über seinen Nachlass letztwillig verfügt: Sein ganzer Nachlass soll seiner Frau zufallen, während seinen Kindern nur der Pflichtteil verbleibt. Die Form dieser letztwilligen Verfügung ist gemäss Sachverhalt nicht bestritten, folglich auch nicht zu prüfen.

Der Pflichtteil beträgt für jedes Kind nach ZGB 471 Ziff. 1 drei Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs. Die vier Kinder bilden die nächste Parentel. Innerhalb dieser gilt nach ZGB 457 Abs. 2 der Grundsatz der Gleichheit. Neben dieser Parentel steht der überlebende Ehegatte, der nach ZGB 462 Ziff. 1 die Hälfte des Nachlasses erhält. Somit beträgt der gesetzliche Erbanspruch für jedes Kind ein Achtel, der Pflichtteil drei Zweiundreissigstel. Die Ehefrau erhält demgegenüber den Rest, also fünf Achtel.

B. Berechnung des Nachlasses

Vor der erbrechtlichen Auseinandersetzung hat zunächst die güterrechtliche stattzufinden⁸⁴.

Das anwendbare Recht bestimmt sich nach ZGB SchlT10, da die Parteien einen Ehevertrag abgeschlossen haben. Auf das Mannesgut in Höhe von Fr. 128'000.-- sind nach ZGB SchlT 10 Abs. 2 die neuen Vorschriften über die Gütertrennung anzuwenden (ZGB 247 ff.). Danach fällt dieser Betrag ungeschmälert in den Nachlass.

Auf den Ehevertrag und die Beteiligung am Vorschlag (Fr. 2'400'000.--) sind nach ZGB SchlT 10 Abs. 1 die Bestimmungen des alten Güterrechts anzuwenden. Nach aZGB 214 Abs. 1 gehört der Vorschlag zu einem Drittel der Ehefrau oder ihren Nachkommen und im übrigen dem Ehemann oder seinen Erben. Nach aZGB 214 Abs. 3 sind die Ehegatten jedoch befugt, durch Ehevertrag eine andere Beteiligung am Vorschlag zu verabreden. Die Grenze einer solchen Vereinbarung setzt ZGB SchlT 10 Abs. 3, wonach die Pflichtteilsansprüche der nicht gemeinsamen Kinder und deren Nachkommen nicht beeinträchtigt werden dürfen. Berechnungsgrundlage für die Pflichtteile ist das Vermögen des Ehegatten bei Anwendung der gesetzlichen Teilungsregel⁸⁵. Zu berücksichtigen ist nur der Pflichtteil des D als nicht gemeinsames Kind von H und F. Er beträgt $3/32 \cdot 2/3 \cdot 2'400'000.-- =$ Fr. 150'000.--. In diesem Umfang ist die ehevertragliche Vorschlagszuweisung unzulässig.

C. Ansprüche der Erben**Ansprüche von A, B und C**

⁸³ Schrifttum: DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 4. Aufl. Bern 1997; HONSELL/VOGT/GEISER (Hsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Basel/Frankfurt a/M 1998 (zit ZGB-BEARBEITER); TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl. Zürich 1995.

⁸⁴ TUOR/SCHNYDER/SCHMID S. 259; DRUEY § 5 N 48.

⁸⁵ TUOR/SCHNYDER/SCHMID S. 236.

Als Kinder des Erblasser haben A,B und C einen Anspruch auf den gesetzlichen Pflichtteil⁸⁶. Dieser beträgt je $\frac{3}{32}$ von Fr. 128'000.-- = Fr. 12'000.--. Nach ZGB 604 Abs. 1 können sie grundsätzlich jederzeit die Erbteilung verlangen. Gegen die ehevertragliche Vorschlagszuweisung können sie sich dagegen nicht zur Wehr setzen, da ZGB SchlT 10 Abs. 3 ihnen als gemeinsame Nachkommen keinen entsprechenden Schutz gewährt.

II. Ansprüche von D

Am Mannesgut von Fr. 128'000.-- hat D ebenfalls einen Pflichtteilsanspruch in Höhe von Fr. 12'000.--⁸⁷, bezüglich derer er nach ZGB 604 Abs.1 die Teilung verlangen kann. Wie unter II. ausgeführt, wurde sein Pflichtteil von Fr. 150'000.-- durch die ehevertragliche Vorschlagszuweisung verletzt. Nach der Rechtsprechung des BGer ist die ehevertragliche Vorschlagszuweisung als Schenkung auf den Todesfall i.S.v. OR 245 Abs. 2 anzusehen und stellt somit eine herabsetzbare Verfügung auf den Todesfall nach ZGB 522 Abs. 1 dar⁸⁸. D hat somit einen Anspruch gegen F auf Herabsetzung der Vorschlagszuweisung um Fr. 150'000.--; insgesamt erhält er Fr. 162'000.--.

III. Ansprüche von F

Am Mannesgut von Fr. 128'000.-- erhält F den nach Abzug der Pflichtteile verbleibenden Rest von Fr. 80'000.--. Ihr güterrechtlicher Anspruch von Fr. 2'400'000.-- wird um Fr. 150'000.-- (Pflichtteil des D) herabgesetzt, so dass sie insgesamt Fr. 2'330'000.-- erhält.

IV. Ansprüche von S

Als geschiedener Ehegatte hat S keinen Erbanspruch mehr (ZGB 154 Abs. 2). Eine Erbenstellung wird ihr auch nicht durch die Abtretung der Erbanwartschaft des D eingeräumt; sie erhält, sofern die Abtretung gültig ist⁸⁹, lediglich einen obligatorischen Anspruch gegenüber dem Abtretenden auf das diesem bei der Erbteilung zugewiesene Betreffnis⁹⁰.

D. Ansprüche der S gegen D

I. Anspruch auf Abtretung der Erbschaft

S könnte gegen D einen Anspruch aus dem Abtretungsvertrag vom Sommer 1987 auf Fr. 162'000.-- haben. Da zu diesem Zeitpunkt die Erbschaft noch nicht angefallen ist, handelt es sich um einen Vertrag über eine Erbanwartschaft. Nach ZGB 636 Abs. 1 sind solche Verträge nur mit Zustimmung des Erblassers gültig. Das BGer verlangt für in analoger Anwendung von ZGB 635 Abs. 1 für den Vertrag Schriftlichkeit; bei der Zustimmungserklärung des Erblassers muss es sich um eine „klare und eindeutige Äusserung“ handeln⁹¹.

Die Abtretung der Erbanwartschaft erfolgte ohne Kenntnis des H; dessen Zustimmung konnte deshalb nicht vorliegen. Der Vertrag ist somit ungültig und verschafft S keinen Anspruch gegen D.

II. Anspruch aus OR 62 ff. auf Rückzahlung der Fr. 50'000.--

Als Grundlage für einen Anspruch der S gegen D auf Rückzahlung der Fr. 50'000.-- kommt OR 62 Abs. 1 in Betracht. S hat Fr. 50'000.-- an D geleistet, der dadurch in der gleichen Höhe bereichert

⁸⁶ S.o. A.

⁸⁷ S.o. A.

⁸⁸ BGE 102 II 313.

⁸⁹ Zur Gültigkeit der Abtretung s. unten D I.

⁹⁰ BGE 98 II 285; TUOR/SCHNYDER/SCHMID S. 590; ZGB-SCHAUFELBERGER, Art. 636 N 11.

⁹¹ BGE 98 II 287.

ist; dies geschah wegen der Unwirksamkeit des Abtretungsvertrages⁹² ohne Rechtsgrund. Daher besteht der Anspruch aus OR 62 Abs. 1. Er ist aber nach OR 67 Abs. 1 verjährt, da die Rückforderung mehr als zehn Jahre nach der Leistung geltend gemacht wird.

Lösungsskizze Sachverhalt 2

Ansprüche von A gegen die Bank B

1. Anspruch aus Vertrag

Bei dem zwischen A und der Bank B geschlossenen Vertrag handelt es sich um einen sog. Girovertrag mit Kontokorrentabrede. Dabei verpflichtet sich die Bank, den Zahlungsverkehr des Kunden durch Buchungsvorgänge auf Bankkonten zu erledigen, wobei während einer bestimmten Rechnungsperiode die Stundung und Abrechnung aller gegenseitigen Forderungen vereinbart wird.⁹³ Das Klagebegehren von A wird auf Stornierung der bereits automatisch vorgenommenen Belastung seines Kontos bzw. auf Zahlung des ihm ohne die Belastung zustehenden Saldos, d. h. auf Erhöhung um sFr. 10'000.-- lauten. Anspruchsgrundlage ist der Girovertrag. Dabei handelt es sich nicht um eine Forderung auf Schadenersatz⁹⁴, denn der Schaden tritt zunächst nicht bei A, sondern bei der Bank B ein. Sie wird betrogen und leistet darauf an einen ausserhalb ihrer vertraglichen Beziehung zu A stehenden Dritten.⁹⁵ Die Beantwortung der Frage, ob dem A nach wie vor ein Saldo bzw. eine Forderung in Höhe von sFr. 10'000.-- gegen die Bank zusteht, hängt davon ab, ob die Bank B ihren Schaden auf den A abwälzen, d. h. sein Konto mit den von ihr durch Täuschung ertrogenen sFr. 10'000.-- belasten darf.

Eine solche Überwälzung sieht Ziff. 4 der AGB vor. Es ist also zu prüfen, ob Ziff. 4 der AGB Vertragsinhalt geworden ist und Geltung beanspruchen kann.

a) Übernahme der AGB

Der Vertrag wurde zwischen A und der Bank B, vertreten durch den zuständigen Sachbearbeiter (OR 32 I), abgeschlossen. A hat den Vertrag unterzeichnet, ohne die AGB gelesen zu haben. Es stellt sich daher die Frage, ob sie dennoch Vertragsinhalt geworden sind. Als Grundsatz gilt: Allgemeine Bedingungen sind nur (aber immerhin) insoweit verbindlich als sie von den Parteien

⁹² S.o. D I.

* Schrifttum: BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988; ders., Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken der Banken?, recht 1997, 41 ff.; ders., Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen, recht 1984, 97 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1998; GUGGENHEIM, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, Zürich 1986; HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 1996; HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I: Art. 1-529, Basel/Frankfurt a. M. 1996 (zit. OR-BEARBEITER); KOLLER, Fragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, recht 1999, 43 ff.; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998.

⁹³ GUGGENHEIM, S. 226, 233 ff.

⁹⁴ Vgl. dazu BUCHER, recht 1984, 97 Fussnote 2.

⁹⁵ BUCHER, recht 1984, S. 99: „Wenn eine Bank eine Vergütung (Barauszahlung, Überweisung oder was auch immer) ausrichtet, leistet sie aus ihrem eigenen Vermögen, nicht aus dem Vermögen des Kunden, für dessen Rechnung sie handelt... Die Tatsache, dass die Bank das Konto des Kunden belastet, ändert daran nichts.“

übernommen wurden.⁹⁶ Eine Übernahme kann auch als Globalübernahme erfolgen, also für den Fall, dass eine Partei den Inhalt der AGB nicht zur Kenntnis nimmt (wie A in vorliegendem Fall), nicht überlegt oder nicht versteht.

b) keine Geltung trotz Übernahme

Es gibt auch Fälle, wo die AGB trotz Übernahme keine Geltung beanspruchen können:

aa) fehlende Möglichkeit zumutbarer Kenntnisverschaffung

Dies ist der Fall, wenn eine global zustimmende Partei keine Möglichkeit hatte, sich vom Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen.⁹⁷ In casu wurden die AGB dem A jedoch vor Vertragsunterzeichnung ausgehändigt. Eine Kenntnisverschaffung von ihrem Inhalt war dem A also möglich.

bb) Ungewöhnlichkeitsregel

AGB erlangen ebenfalls keine Geltung trotz Übernahme, wenn es sich um eine Bestimmung handelt, mit der eine global zustimmende Partei nicht gerechnet hat und aus ihrer Sicht zur Zeit des Vertragsschlusses vernünftigerweise auch nicht rechnen musste.⁹⁸ Ungewöhnlich sind Bestimmungen, die überraschend sind, weil deren Inhalt im Kontext eines solchen Vertrages aussergewöhnlich („atypisch“) ist. Solche Gefahrtragungsklauseln wie in Ziff. 4 sind jedoch durchaus bankenüblich. Sie finden sich in den AGB der drei Grossbanken sowie zahlreicher weiterer Bankinstitute.⁹⁹ Die Ungewöhnlichkeitsregel greift somit nicht.

cc) Inhaltskontrolle

UWG 8 ist ebenfalls nicht anwendbar, da es an dem von dieser Bestimmung verlangten Merkmal der Irreführung fehlt. Das Bundesgericht verlangt, dass die beanstandete Klausel nicht nur inhaltlich unausgewogen, sondern darüber hinaus unklar ist.¹⁰⁰ Das ist hier nicht der Fall. Der Wortlaut der Ziff. 4 ist klar verständlich.

Im übrigen ist eine Inhaltskontrolle, wenn auch z. T. von der Lehre gefordert¹⁰¹, nach Praxis des Bundesgerichts nicht möglich.

dd) Verstoss gegen zwingendes Recht

Bei dem zwischen A und der Bank B geschlossenen Vertrag handelt es sich, wie unter 1. Ausgeführt, um einen sog. Girovertrag mit Kontokorrentabrede. Der Girovertrag untersteht den Normen des Auftrages (OR 394-409).¹⁰² Nach OR 398 II haftet der Auftraggeber für sorgfältige Ausführung des Geschäftes. Ein Teil der Lehre¹⁰³ hält dieser Norm für zwingend, was bedeuten würde, dass eine Haftungsbeschränkung im Bereich des Auftragsrechts nicht zulässig wäre. Ziff. 4 der AGB sieht jedoch keine Haftungsbeschränkung der Bank vor, sondern eine Schadensüberwälzung auf den Kunden (auch wenn sich dies freilich vom Resultat her ähnlich auswirkt). OR 398 II ist also insoweit

⁹⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Rn 1128.

⁹⁷ BGE 77 II 156; 100 II 209.

⁹⁸ BGE 109 II 217 f., 456 ff.; 119 II 446; 122 V 146; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY Rn 1141.

⁹⁹ BUCHER, recht 1997, 50 Fussnote 22.

¹⁰⁰ BGE 119 II 443,447; kritisch dazu SCHWENZER N 46.04.

¹⁰¹ KOLLER, recht 1999, 43 ff.; die Lehre operiert mit zahlreichen Ansatzpunkten, um das Anliegen einer Inhaltskontrolle zu verwirklichen; vgl. dazu GAUCH/SCHLUEP/REY Rn 1149.

¹⁰² GUGGENHEIM 234.

¹⁰³ OR-WEBER Art. 398 N 34; OR-WIEGAND Art. 100 N 6.

nicht anwendbar, da es bei Ziff. 4 AGB nicht um eine Haftungsbeschränkung geht. Die Frage der zwingenden Natur von OR 398 II kann daher offenbleiben.

Ebenfalls zu prüfen ist, ob die Ziff. 4 der AGB gegen OR 101 III verstösst. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei einer Bank um ein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe im Sinne dieser Bestimmung.¹⁰⁴ Es verhält sich hier jedoch gleich wie bei OR 398 II: OR 101 III befasst sich mit Haftungsbeschränkungen und nicht mit einer vertraglichen Schadensüberwälzung. Auch würde diese Norm eine Freizeichnung für leichtes Verschulden von Hilfspersonen ohnehin zulassen, so dass die Ziff. 4 der AGB nur insoweit aufzuheben wäre, als darin eine Schadensüberwälzung auch bei mittlerem Verschulden¹⁰⁵ vorgesehen ist.

c) Richterliche Aufhebung von Ziff. 4 AGB gestützt auf OR 100 II?

Nach OR 100 II kann der Richter nach Ermessen eine Haftungsbeschränkung für leichte Fahrlässigkeit aufheben, wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt. Dieser Artikel bezieht sich jedoch auf Freizeichnungen bezüglich der Haftung des Beauftragten selbst. Soweit sich eine Haftungsfreizeichnung auf die Haftung für Hilfspersonen erstreckt, ist nicht OR 100 II massgebend, sondern OR 101 II.¹⁰⁶

d) Verschulden von K, OR 101

Bleibt somit zu prüfen, ob dem Kassier K eine grobes Verschulden vorzuwerfen ist. In diesem Fall würde nach dem Wortlaut der Ziff. 4 AGB keine Schadensabwälzung stattfinden.

Von grober Fahrlässigkeit spricht man im Falle einer Verletzung elementarster Sorgfalt („Wie konnte er nur!“)¹⁰⁷. Das Bundesgericht verlangt hierfür, dass elementare Vorsichtspflichten verletzt werden, deren Beachtung jedem verständigen Menschen in gleicher Lage hätte einleuchten müssen. K hat zwar nur einen flüchtigen Blick auf den Ausweis geworfen, aber mehr dürfte in aller Regel auch nicht verlangt werden. Eine genauere Prüfung der Echtheit kann nur erwartet werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die zu Misstrauen Anlass geben. Ein solcher Umstand könnte allenfalls gegeben sein, wenn der vermeintliche Bankkunde einen ungewöhnlich hohen Betrag abheben möchte. Dies ist bei sFr. 10'000.-- noch nicht der Fall.

Die gefälschte Unterschrift ist nach Sachverhalt „täuschend echt“. K kann daher nicht vorgeworfen werden, dass er die Fälschung nicht erkannt hat. Eine Unterschriftenprüfung, die eines Graphologen würdig wäre, kann nicht verlangt werden.¹⁰⁸

Somit ist K höchstens leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen.

Die Bank B darf das Lohnkonto des A also mit Recht belasten. A hat keinen Anspruch auf Stornierung.

Ansprüche von A gegen G

1. Anspruch aus Delikt

Ein Anspruch des A gegen G auf Zahlung von sFr. 10'000.-- kann sich aus OR 41 I ergeben:

¹⁰⁴ BGE 109 II 119.

¹⁰⁵ Das Bundesgericht nimmt an, es gebe auch mittleres Verschulden: BGE 100 II 338.

¹⁰⁶ GUGGENHEIM 45 f.

¹⁰⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY Rn 2742 mit Nachweisen.

¹⁰⁸ GUGGENHEIM 48.

a) Schaden

A hat einen Schaden in der Höhe von sFr. 10'000.-- erlitten, da die Bank B, wie unter 1. behandelt, ihren Schaden auf A abwälzen kann. Zudem erleidet er einen Zinsverlust, da das fehlende Buchgeld vom Zeitpunkt der Belastung seines Kontos durch die Bank B bis zum Zeitpunkt, da ihm der Schaden ersetzt wird, keinen Zins abwirft.

b) Kausalzusammenhang

Zwischen dem betrügerischen Vorgehen des G und dem Schaden des A besteht ein natürlicher Kausalzusammenhang, da seine Handlung nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Schaden entfällt. Der adäquate Kausalzusammenhang ist ebenfalls gegeben: Ein solcher Betrug ist geeignet, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen.

c) Widerrechtlichkeit

Widerrechtlichkeit i. S. v. OR 41 I ist nach h. L. einerseits bei der Verletzung von absoluten Rechten, andererseits bei der Verletzung von Schutznormen gegeben. A erleidet durch den Betrug und die daran anschliessende Schadensüberwälzung einen reinen Vermögensschaden. Das Vermögen als solches gehört nicht zu den absolut geschützten Rechtsgütern.¹⁰⁹

G erfüllt mit seiner Handlung den Straftatbestand des Betruges nach StGB 148. Dieser Artikel des StGB ist eine deliktische Schutznorm¹¹⁰, gegen welche verstossen wird. Die Widerrechtlichkeit ist somit wegen Verletzung einer Schutznorm gegeben.

d) Verschulden

G handelt mit direktem Vorsatz.

A hat gegen G einen Anspruch aus OR 41 I auf Schadenersatz. Dieser setzt sich aus den sFr. 10'000.-- plus Zinsverlust zusammen.

2. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

Nach OR 62 I ist der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung erfüllt, wenn jemand „in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist“. In unserem Fall hat G selbst in ein fremdes Vermögen eingegriffen. Es sind daher die Voraussetzungen der im Gesetz zwar nicht ausdrücklich erwähnten, aber von der h. L. anerkannten sog. Eingriffskondition zu prüfen. Die Eingriffskondition ist gegeben, bei einem unbefugten Eingriff in den Zuweisungsgehalt einer fremden Rechtsposition.¹¹¹

Es liegt ein Eingriff in das Vermögen des A vor, da dieser den eingetretenen Schaden wirtschaftlich tragen muss. Das Handeln des G ist unbefugt. A hat folglich einen Bereicherungsanspruch gegen G nach OR 62 I.

Auf einen Wegfall der Bereicherung im Umfang von sFr. 5000.--, wegen der von ihm ausgerichteten Schenkung, kann sich G nicht berufen, da er nicht gutgläubig ist (OR 64).

3. Konkurrenz

¹⁰⁹ HONSELL, Haftpflichtrecht, § 2 Rn 4.

¹¹⁰ HONSELL, Haftpflichtrecht, § 4 Rn 27.

¹¹¹ SCHWENZER N 57.01 ff.

Zwischen dem Bereicherungsanspruch und dem Anspruch aus Delikt besteht Anspruchskonkurrenz.¹¹²

Ansprüche von A gegen F

1. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

Nach OR 62 I ist der Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung erfüllt, wenn jemand „in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist“.

a) Bereicherung

Die Bereicherung besteht in der Vermögensvermehrung. F hat von G sFr. 5000.-- erhalten. Um diesen Betrag hat sich ihr Vermögen vergrößert.

b) Entreicherung (Bereicherung aus dem „Vermögen eines anderen“)

Dem Vermögensvorteil des Bereicherungsschuldners muss eine entsprechende Entreicherung des Bereicherungsgläubigers gegenüberstehen. Verlangt wird eine Vermögensverschiebung, wobei zwischen der Einbusse des Verletzten und dem Vorteil des Bereicherten ein Kausalzusammenhang bestehen muss.¹¹³

Es kann davon ausgegangen werden, dass G das abgehobene Geld mit seinem eigenen vermischt hat. Dadurch hat er Eigentum am Geld erworben und damit die Schenkung an die F ausgerichtet. Streng genommen entstammt die Bereicherung somit dem Vermögen des G und nicht demjenigen des A.

Hier rechtfertigt sich jedoch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise: Das Bankguthaben des A ist durch den Betrug unmittelbar belastet worden, wirtschaftlich stammt das Geld von ihm, auch wenn er nicht Eigentümer der verschenkten Geldscheine ist. Die formale Eigentümerstellung des G sollte in einem solchen Fall nicht massgebend sein.

c) In ungerechtfertigter Weise

Ein Bereicherungsanspruch besteht nur, wenn dem Bereicherungsschuldner im Verhältnis zum Bereicherungsgläubiger kein Rechtsgrund zum Behaltendürfen des Erlangten zusteht. In casu könnte dieser Rechtsgrund in der Schenkung (OR 239 I) seitens des G liegen. Nach dem Wortlaut von OR 239 I hat die Zuwendung des Schenkers „aus seinem Vermögen“ zu erfolgen. Ansonsten ist sie unwirksam.¹¹⁴ Hier gilt das gleiche wie unter b): An sich findet hier eine Zuwendung aus dem Vermögen des G statt, denn er ist Eigentümer des (vermischten) Geldes.¹¹⁵ Die Schenkung ist daher als gültig anzusehen. Dennoch ist dem Entreicherten, also A, ein Bereicherungsanspruch gegen F

¹¹² So die h. L., beispielsweise OR-SCHULIN Art. 62 N 39.

¹¹³ SCHWENZER N 55.08.

¹¹⁴ OR-VOGT Art. 239 N 42.

¹¹⁵ OR-VOGT Art. 239 N 43: In Fällen wo gestohlene (und inzwischen vermischte) Banknoten oder veruntreutes Buchgeld verschenkt werden, ist von einer gültigen Schenkung auszugehen. Der Bestohlene (bzw. in casu der Geschädigte) soll aber bei fehlender Solvenz des Schenkers einen Bereicherungsanspruch gegen den Beschenkten haben.

zuzugestehen¹¹⁶, zumindest dann, wenn die Forderung gegen den Primärverpflichteten nicht einbringlich ist.¹¹⁷

d) Resultat

A kann von F sFr. 5000.-- aus OR 62 I verlangen.

¹¹⁶ Anders als das schweizerische Recht, gibt das deutsche Recht (§ 822 BGB) dem Entreicherten zumindest in Fällen, wo er infolge der Zuwendung seinen Bereicherungsanspruch eingebüsst hat, einen Ausgleichsanspruch gegen den Empfänger.

¹¹⁷ BUCHER, AT, 678; OR-VOGT Art. 239 N 43; HONSELL, OR BT, 185 f.

Sachverhalt

K will für seine Schreinerei einen Lieferwagen bei V kaufen. Da er den Kaufpreis von Fr. 48'000.- bar nicht aufbringen kann, wird die Leasing-Bank L eingeschaltet. L erwirbt den Lieferwagen von V und übergibt ihn an K. Im Vertrag zwischen V und L sind die Gewährleistungsrechte durch eine Garantieklausel ersetzt, die lediglich kostenlose Nachbesserung und Lieferung von Ersatzteilen für die Dauer der Garantiezeit von einem Jahr vorsieht. Im Leasingvertrag sind Gewährleistungsansprüche des K unter Abtretung der Ansprüche gegen V ausgeschlossen. Zur Sicherung ihrer Ansprüche aus dem Leasingvertrag lässt sich L von K alle zukünftigen Forderungen aus seinen im Aussendienst ausgeführten Schreinerarbeiten abtreten. Es wird vereinbart, dass K diese Ansprüche selbst einziehen darf, solange er seine Verpflichtung aus dem Leasingvertrag erfüllt.

Nach einiger Zeit bemerkt K einen Mangel an der Radaufhängung. Wegen dringender Aufträge bei Kunden hat er jedoch keine Zeit, den Mangel sogleich zu rügen und den Lieferwagen zu V zu bringen. Nach einigen Wochen bringt K den Lieferwagen schliesslich in die Werkstatt des V, wo er repariert wird. Da K sich weigert, die Reparaturkosten zu bezahlen, gibt V den Lieferwagen nicht heraus.

K erklärt daraufhin die Wandelung. Er zahlt in der Folgezeit auch die Leasingraten nicht mehr. L macht deshalb einen noch offenen Anspruch auf Schreinerlohn gegen X geltend. Dabei stellt sich heraus, dass die B-Bank für einen Kontokorrentkredit schon vor L ebenfalls eine Globalzession für alle Kundenforderungen des K erhalten hat. X hält die Globalzession für sittenwidrig und weigert sich zu zahlen.

Wie ist die Rechtslage?

Variante

V hat den Lieferwagen kostenlos repariert und an K zurückgegeben. Über das Vermögen des K wurde daraufhin der Konkurs eröffnet. Kann L den Lieferwagen aus der Konkursmasse aussondern?

Anhang

Art. 242 SchKG

¹ Die Konkursverwaltung trifft eine Verfügung über die Herausgabe von Sachen, welche von einem Dritten beansprucht werden.

² Hält die Konkursverwaltung den Anspruch für unbegründet, so setzt sie dem Dritten eine Frist von 20 Tagen, innert der er beim Richter am Konkursort Klage einreichen kann. Hält er diese Frist nicht ein, so ist der Anspruch verwirkt.

³ Beansprucht die Masse bewegliche Sachen, die sich im Gewahrsam oder Mitgewahrsam eines Dritten befinden, oder Grundstücke, die im Grundbuch auf den Namen eines Dritten eingetragen sind, als Eigentum des Schuldners, so muss sie gegen den Dritten klagen.

Lösungsskizze¹¹⁸**1. Anspruch des V gegen K auf Bezahlung der Reparaturkosten, Art. 363 OR**

V könnte gegen K einen Anspruch auf Bezahlung der Reparaturkosten aus Werkvertrag gemäß Art. 363 OR haben. Der Anspruch besteht jedenfalls dann nicht, wenn K ein Recht auf kostenlose Nachbesserung hat.

Ein solches kann mangels vertraglicher Beziehung zwischen V und K nur aus abgetretenem Recht folgen. Zwischen V und L liegt ein Kaufvertrag über den Lieferwagen vor (Art. 184 ff. OR), in dem die gesetzlichen Gewährleistungsrechte in zulässiger Weise (Art. 199 OR) ausgeschlossen und durch ein vertraglich vereinbartes kostenloses Nachbesserungsrecht ersetzt worden sind.

a) Abtretung an K

Im Rahmen des zwischen L und K geschlossenen Leasingvertrages wurden die Gewährleistungsrechte des K gegen L ausgeschlossen und als Ausgleich dem K die Gewährleistungsrechte aus dem Kaufvertrag zwischen L und V abgetreten.

Dieser Ausschluss der Gewährleistung müsste zulässig sein. Art. 256 Abs. 2 lit. a OR, die Anwendbarkeit von Mietrecht vorausgesetzt¹¹⁹, steht nur entgegen, falls der Ausschluss in AGB festgelegt wurde. Der Sachverhalt ist diesbezüglich illiquid. Aber selbst wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung (Leasingverträge werden regelmässig in AGB-Form geschlossen) angenommen wird, dass AGB vorgelegen haben, ist Art. 256 Abs. 2 lit. a OR (auch) nicht (analog) anwendbar: Die Wegbedingung der Gewährleistungsrechte des Leasingnehmers unter Abtretung der Rechte gegen den Verkäufer ist für die Konstruktion des Leasing charakteristisch; ein Wesensmerkmal eines Innominatvertrages kann nicht anhand der Hauptpflichten eines ähnlichen Vertragstyps gemessen und als unzulässig behandelt werden¹²⁰. Andere Unwirksamkeitsgründe sind nicht ersichtlich, so dass der Gewährleistungsausschluss wirksam ist.

Die Voraussetzungen einer wirksamen Zession nach Art. 164 f. OR sind erfüllt. Fraglich ist lediglich, ob das Nachbesserungsrecht auch zedierbar ist. Bei Gewährleistungsrechten, die Gestaltungsrechte sind, lehnt die h.L. die Abtretbarkeit ab¹²¹. Eine andere Ansicht bejaht dies im Rahmen von Leasingverträgen: Die Abtretung von Sachgewährleistungsrechten entspricht gerade beim Leasingvertrag einem praktischen Bedürfnis, da der Leasinggeber weder willens noch fähig ist, die Sache zu prüfen und allfällige Mängel zu rügen. Es ist daher sachgerecht, die "Abtretung" in eine Einziehungsermächtigung umzudeuten, bei der der Leasingnehmer zwar gegen den Verkäufer auf

¹¹⁸ *Schrifttum:* BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Zürich 1988 (zit. BUCHER AT); ders., Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich 1988 (zit. BUCHER BT); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. Zürich 1998; GIGER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/2/1/1: Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Bern 1980 (zit. BK-GIGER); HAUSHEER Urteilsanmerkung, ZBJV 1992, 480 ff., HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 5. Aufl. Bern 1999; ders., Das Aussonderungsrecht des Leasinggebers im Konkurs des Leasingnehmers, SJZ 1999, 21 ff.; KELLER/SIEHR, Kaufrecht, 3. Aufl. Zürich 1995; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 1998; STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998 (zit. SchKG-BEARBEITER); ZOBL, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/2/5/1: Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Bern 1982 (zit. BK-ZOBL).

¹¹⁹ Str., vgl. zur Rechtsnatur des Leasingvertrages: HONSELL 386 f.

¹²⁰ HONSELL 391 f.; so auch im deutschen Recht (§ 11 Nr. 10 lit. a AGBG): BGHZ 97, 135, 140.

¹²¹ BGE 114 II 247; BUCHER, AT, 539; GAUCH/SCHLUEP/REY 3556 f.

Wandelung klagen, aber nur Leistung an den Leasinggeber verlangen kann¹²². Die Abtretung von Nachbesserungsansprüchen wie dem vorliegenden wird dagegen allgemein für zulässig erachtet¹²³. Daher wurde das Nachbesserungsrecht wirksam an K abgetreten.

b) Voraussetzungen für die Nachbesserung und OR 201

Die Voraussetzungen (Mangel bei Gefahrübergang, Art. 197 OR) für die Geltendmachung des Nachbesserungsrechts sind erfüllt. K könnte aber durch seine erst nach einigen Wochen erfolgte Rüge den Mangel gemäss Art. 201 Abs. 2 OR genehmigt haben. Für diese Frage muss die Vereinbarung über die einjährige Garantiezeit ausgelegt werden. In Betracht kommt die Modifikation der Untersuchungs- und Rügepflicht (Art. 201 OR) oder der einjährigen Verjährungsfrist von Art. 210 OR. Die vereinbarte Garantiedauer entspricht der gesetzlichen einjährigen Verjährungsfrist. Diese wird somit nicht modifiziert. In der Regel wird dadurch der Beginn der Verjährung auch nicht hinausgeschoben¹²⁴. Eine Erstreckung der Rügefrist wurde vom BGer nur angenommen, wenn dies klar aus der Vereinbarung hervorgeht¹²⁵. Gegen diese formale Betrachtung ist einzuwenden, dass das heutige Publikum eine solche Garantiefrist regelmässig dahingehend auslegen wird, dass ein Geltendmachen des Mangels innerhalb eines Jahres noch ausreicht und zu keinem Rechtsverlust führen wird. Unter Berücksichtigung dieses Aspekts des Konsumentenschutzes kann eine Garantieklausel als Modifikation von Art. 201 OR angesehen werden: Der Käufer ist der Untersuchungs- und Rügeobliegenheit enthoben und kann während der ganzen Dauer die Sache untersuchen und Mängel rügen¹²⁶. Für den Käufer bedeutet dies eine Entlastung von den strengen Voraussetzungen des Art. 201 OR. Die Genehmigungsfiktion von Art. 201 Abs. 2 OR greift somit nicht ein.

d) Ergebnis

K steht gegen V ein Anspruch auf kostenlose Nachbesserung zu, so dass V die Bezahlung der Reparaturkosten nicht verlangen kann.

2. Anspruch des K gegen V auf Zahlung des Kaufpreises an L, Art. 197 Abs. 1, 205, 208 Abs. 2 i.V.m. 164 Abs. 1 OR

K könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises an L aus vollzogener Wandelung gemäss Art. 197 Abs. 1, 205, 208 Abs. 2 i.V.m. 164 Abs. 1 haben.

a) Kaufvertrag zwischen L und V

Zwischen K und V besteht kein Kaufvertrag. Die Wandelung des zwischen L und V geschlossenen Kaufvertrages ist somit nur möglich, falls Gewährleistungsansprüche zediert werden können und das Wandlungsrecht des K besteht.

b) Wandelung durch K

Der Kaufvertrag müsste gewandelt worden sein. K wurde lediglich ein Nachbesserungsrecht abgetreten. Auf dieses finden die Vorschriften über den Verzug Anwendung. Bei Fehlschlagen eines

¹²² HONSELL 393; SCHWENZER N 90.20 f.; so auch für das deutsche Recht BGHZ 97, 135 ff.

¹²³ BGE 118 II 145.

¹²⁴ BK-GIGER Art. 210 N 55.

¹²⁵ BGE 52 II 148.

¹²⁶ BUCHER, BT, 87, 93; HONSELL 81; a.A. BK-GIGER Art. 201 N 89, wonach eine Garantiefrist grundsätzlich die Verjährung nach Art. 210 OR modifiziert. Die Ansicht des BGer ist freilich ebenso vertretbar.

solchen während der Garantiezeit kann der Käufer nach Art. 107 OR vorgehen, und die ursprünglichen gesetzlichen Gewährleistungsrechte leben wieder auf¹²⁷.

V müsste mit seiner Nachbesserungspflicht also im Verzug gewesen sein. Er repariert zwar den Lieferwagen, weigert sich aber, ihn herauszugeben. V macht ein Retentionsrecht am Lastwagen geltend. Die Voraussetzungen des Retentionsrechtes nach Art. 895 Abs. 1 und 2 ZGB sind jedoch nicht erfüllt, da V eine Nachbesserungspflicht trifft und somit keine zu sichernde Forderung besteht. Dieses Verhalten kann als positive Verletzung seiner Nachbesserungspflicht gewertet werden, die ein Vorgehen nach Art. 107 OR ermöglicht. Eine Nachfristansetzung erscheint unnütz, da V vor Bezahlung der Reparaturkosten den Lieferwagen nicht herausgeben will (Art. 108 Ziff. 1 OR). Die übrigen Voraussetzungen für eine Wandelung sind gegeben. K kann somit die Wandelung erklären.

c) Rechtsfolgen

Mit vollzogener Wandelung wandelt sich der Kaufvertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis um. K kann die Zahlung des Kaufpreises samt Zinsen verlangen. Es handelt sich dabei um einen obligatorischen Rückgewähranspruch¹²⁸. Zu prüfen ist aber, an wen K die Zahlung des Kaufpreises verlangen kann. Erhält K den Kaufpreis ausbezahlt, so muss er gestützt auf den Leasingvertrag weiterhin die Leasingraten bezahlen. Kann er hingegen die Bezahlung des Kaufpreises nur an den Leasinggeber verlangen¹²⁹, so muss als Ausgleich auch seine Ratenzahlungspflicht erlöschen¹³⁰: Begründet wird der Wegfall der Ratenzahlungspflicht mit ergänzender Vertragsauslegung: Wenn sich der Leasinggeber freizeichnet und der Leasingnehmer die kaufrechtliche Gewährleistung aus abgetretenem Recht gegenüber dem Verkäufer geltendmachen muss, entspricht es dem hypothetischen Parteiwillen, dass die Ratenzahlungspflicht entfallen soll¹³¹. Für letztere Variante spricht, dass zum einen das Insolvenzrisiko des V seinem Vertragspartner (L) und nicht dem K zuzuweisen ist, zum anderen stellt der Kaufpreis des Lieferwagens für K einen geringeren Wert dar als die Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten (inkl. Zins) an V. Mithin ist dieser Auslegung zu folgen, so dass K nur Zahlung an V verlangen kann.

Entsprechend ist der Anspruch der L gegen K auf Zahlung der Leasingraten untergegangen. Bereits gezahlte Raten kann K von L (abzüglich eines Nutzungsabzugs) aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäss Art. 62 I OR herausverlangen, weil die causa für die Zahlung derselben durch die Wandelung ebenfalls weggefallen ist.

3. Anspruch des V gegen K auf Herausgabe des Lieferwagens, Art. 197 Abs. 1, 205, 208 Abs. 1 i.V.m. 164 Abs. 1 OR

V hätte ebenfalls aus vollzogener Wandelung (s.o.) einen Anspruch gegen K auf Herausgabe Lieferwagens; da er aber derzeit Besitzer des Lieferwagens ist, entfällt der Anspruch. Das gleiche gilt für einen Herausgabeanspruch aus Art. 641 Abs. 2 ZGB.

¹²⁷ HONSELL 91.

¹²⁸ Schuldrechtliche Verhältnis mit ex nunc Wirkung: BGE 114 II 152 ff.; HONSELL 95; SCHWENZER N 66.33; a.A. BK-GIGER Art. 208 N 9; KELLER/SIEHR 88 (Die Wandelung habe dingliche Wirkung, so dass das Eigentum am Kaufgegenstand wieder dem Verkäufer zustehe und er somit vindizieren kann.).

¹²⁹ Einziehungsermächtigung, siehe oben 1 b).

¹³⁰ BUCHER, BT, 37; HONSELL 393.

¹³¹ HONSELL 393 f. mNw.; im deutschen Recht wird das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage herangezogen: BGHZ 81, 298, 306; 94, 44, 51.

4. Anspruch der L gegen X auf Bezahlung des Schreinerlohnes, Art. 363 i.V.m. 164 Abs. 1 OR

L könnte gegen X einen Anspruch auf Zahlung des Schreinerlohns aus abgetretenem Recht gemäss Art. 363 i.V.m. 164 Abs. 1 OR haben.

Die Forderung des K gegen X aus Art. 363 OR besteht. Diese müsste L wirksam zediert worden sein. Die Voraussetzungen einer Zession nach Art. 164 f. sind erfüllt. Da es sich hier um eine Globalzession handelt, ist fraglich, welche zusätzlichen Anforderungen an die Wirksamkeit zu stellen sind.

a) Globalzession

Eine Globalzession ist gekennzeichnet durch die Abtretung einer unbestimmten Vielzahl von bestehenden oder zukünftigen Forderungen zur Sicherung eines Kredits¹³². Der Übergang der Forderung gegen X erfolgte im Rahmen der Globalzession, da alle zukünftigen Forderungen aus dem Aussendienst seines Schreinereibetriebs abgetreten wurden. Eine Globalzession ist zulässig, wenn die "abzutretende Forderung hinsichtlich der Person des debitor cessus, Rechtsgrund und Höhe hinreichend bestimmt wird oder wenigstens bestimmbar ist"¹³³. Die vorliegende Globalzession an L ist zulässig, da sie auf die bestimmte Forderungen seiner Schreinerei beschränkt ist. Sie verstösst auch nicht gegen Art. 27 ZGB.

b) Kollision mehrerer Globalzessionen

Die Forderung wurde jedoch zuvor an B abgetreten, so dass das Verhältnis der beiden Zessionen zu klären ist.

Bei Verfügungsgeschäften gilt das Prioritätsprinzip, die erste Zession hat Vorrang¹³⁴. Dieses Prinzip kann entsprechend auf die Globalzession angewendet werden, so dass L nicht Gläubiger der Werklohnforderungen geworden ist. Beachtet man hingegen zusätzlich das "Prinzip der grösseren Nähe", so kommt man zum Schluss, dass die Globalzession an L einen engeren, bestimmteren und somit näheren Kreis von Forderungen umfasst als diejenige an B. Diese Überlegung führt dazu, dass die Abtretung an L der Abtretung an B vorgeht. Anders entscheiden hiesse, dass eine umfassende Globalzession jegliche weitere Zession auf Dauer blockieren würde. Dies käme einer Sperrwirkung für weitere Sicherheiten gleich. Zudem würde der Kreditsicherheit zwangsläufig Vorrang vor der Warensicherheit gewährt.

Die Zession an B ist auch nicht nach Art. 27 ZGB nichtig, weil er in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht übermässig beeinträchtigt wird.

5. Anspruch der B gegen X auf Bezahlung des Schreinerlohnes, Art. 363 i.V.m. 164 I OR

Entsprechend der in 6. getroffenen Feststellungen steht B der Anspruch gegen X zu.

6. Anspruch der L gegen K auf Schadenersatz, Art. 171, 173 OR

L und K haben im Rahmen des Leasingvertrages ein pactum de cedendo abgeschlossen. Aus diesem haftet der Zedent bei entgeltlicher Abtretung gemäss Art. 171 Abs. 1 OR für die Verität der Forderung. L ist nicht Gläubigerin der Forderungen geworden, womit K seiner Verpflichtung aus

¹³² Zum Begriff vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID N 3571; SCHWENZER N 90.30 ff.

¹³³ BGE 57 II 539; BK-ZOBL Syst. Teil N 1663.

¹³⁴ GAUCH/SCHLUEP/REY N 3569; SCHWENZER N 90.34.

dem pactum de cedendo nicht nachgekommen ist. Die Entgeltlichkeit der Abtretung folgt daraus, daß es sich um ein Sicherungsgeschäft (Sicherheit für die Leasingraten) handelt. K muss daher Schadenersatz nach Art. 173 OR zahlen.

Variante

Anspruch des L auf Aussonderung, Art. 242 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 641 Abs. 2 ZGB

L kann den Lieferwagen aussondern, wenn ihm ein dinglicher Herausgabeanspruch zusteht¹³⁵. Dies ist der Fall, wenn er Eigentümer geblieben ist (Art. 641 Abs. 2 ZGB). Das Finanzierungsleasing wird als gemischter Vertrag qualifiziert, in dem Elemente der Gebrauchsüberlassung dominieren¹³⁶. Es ist nicht auf eine Übereignung des Leasingobjektes ausgerichtet. An einer Übereignung fehlt es selbst dann, wenn die Parteien am Vertragsende eine Erwerbsoption des Leasingnehmers oder ein Andienungsrecht des Leasinggebers vereinbaren¹³⁷, was hier nicht der Fall ist. Das Eigentum verbleibt beim Leasinggeber und dieser kann das Leasingobjekt im Konkurs des Leasingnehmers als Eigentümer aus der Konkursmasse aussondern¹³⁸.

¹³⁵ SchKG-RUSSENBERGER Art. 242 N 14 ff.: Es gibt zivilrechtliche, konkursrechtliche und spezialrechtliche Aussonderungsgründe.

¹³⁶ HONSELL 395 mNw.; ders., SJZ 1999, 22.

¹³⁷ HONSELL, SJZ 1999, 22.

¹³⁸ BGE 118 II 150; HONSELL 395; ders., SJZ 1999, 21 ff.; a.M. Appellationsgericht Basel BJM 1997, 26 ff., 31 ff.; HAUSHEER ZBJV 1992, 480 ff. (unter Berufung auf Art. 715, 717, 884, 930 ZGB).

Sachverhalt

Der Garagist Grieser (G), der einen regen Handel mit Oldtimern amerikanischer Herkunft betreibt, hat von seiner Tante (T) im Jahr 1993 eine „Chevrolet Corvette“, Bj. 89, vermacht erhalten. Testamentarisch verfügte T, dass X nach dem Ableben von G als dessen Nachfolger die Corvette erhalten soll.

Am 12. April 1999 verkauft G dem Käufer Kleinert (K) die Corvette zum Preis von Fr. 30'000.--. Im Kaufvertrag ist unter Ziff. 3 festgehalten, dass die Kilometerleistung des Fahrzeugs „gemäss Tacho zugesicherte 81'800 km“ betrage. Gemäss Ziff. 7 des Kaufvertrages übernimmt der Käufer das Fahrzeug „wie besichtigt“ und es wird „jede Nachwährschaft des Verkäufers wegbedungen“. Das Fahrzeug wird K nach Erstattung des Kaufpreises gleichtags mittels Transporter überbracht und von G in die Garage von K gestellt.

In der Folge benutzt K die Corvette am 18. April 1999 erstmals für eine Spritztour. Als er sich bei seiner Rückkehr langsam der Garageneinfahrt des ihm gehörenden Hauses nähert und anhalten will, versagen plötzlich die Bremsen. K fährt deshalb ins Garagentor, welches deformiert wird. Die Frontpartie der Corvette wird ebenfalls in Mitleidenschaft gezogen. K lässt das Fahrzeug sofort in die Garage des auf Fahrzeuge der Marke „Chevrolet Corvette“ spezialisierten Garagisten Seitz (S) bringen. Dieser teilt ihm mit Schreiben vom 19. April 1999 mit, dass die Reparatur voraussichtlich Fr. 5'000.-- kosten werde. Das Bremsversagen sei auf Verschleisserscheinungen zurückzuführen, „die bei einem Fahrzeug mit über 82'200 Meilen (oder fast 132'000 km) normal sind“. K ist entsetzt. Auf seine Anfrage hin bestätigt ihm S schriftlich, dass der „Kilometerzähler“ der Corvette nicht in Kilometern, sondern in Meilen zählt.

Nachdem K die Offerte für das Garagentor erhalten hat (veranschlagte Reparaturkosten Fr. 1'900.--), teilt K dem G am 22. April 1999 schriftlich mit, dass die Corvette statt der im Kaufvertrag zugesicherten 81'800 km über 130'000 km auf dem Tacho habe und dass er die Corvette so nicht mehr wolle.

Mit Schreiben vom 30. April 1999 lässt ihn G wissen, dass K die Corvette genehmigt habe. Im übrigen sei vertraglich jede Nachwährschaft wegbedungen worden. Er, G, habe weder für den Mangel noch für Schäden irgendwelcher Art einzustehen.

Am 1. Mai 1999 verunfallt G tödlich. Alleinerbin ist seine Ehegattin Erna (E).

Wie ist die Rechtslage?

(Hilfsmittel: ZGB/OR)

Lösungsskizze ¹³⁹**I. Vorbemerkung**

Mit dem Tod des Erblassers G am 4. August 1999 gehen nach dem Prinzip der Universalsukzession alle vererbaren Vermögenswerte, die dem Erblasser im Zeitpunkt des Todes zugestanden hatten, aber auch die Schulden des Erblassers, auf die Erben über (ZGB 560)¹⁴⁰. Gegenüber G bestehende Verbindlichkeiten gehen somit mit dessen Tod grundsätzlich auf die Alleinerbin E über.

II. Anspruch des K gegen E auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe der Corvette wegen Kilometerstand aus OR 205 I/208 II**1. Anspruch aus Vertrag zwischen G und K****a) Zustandekommen des Kaufvertrages zwischen G und K**

Am 12. April 1999 ist zwischen G und K ein gültiger Kaufvertrag gemäss Art. 184 OR ff. über das Fahrzeug der Marke „Chevrolet Corvette“, Bj. 1989, zum Preis von Fr. 30'000.-- zustandegekommen. Die Parteien haben sich über die essentialia negotii (Kaufgegenstand und Kaufpreis nach OR 184)¹⁴¹ geeinigt und gegenseitig ihren übereinstimmenden Willen geäussert, wie dies OR 1 für den gültigen Abschluss eines Vertrages voraussetzt¹⁴².

b) Gewährleistung des G wegen Mängeln der Kaufsache nach OR 197 ff.

Unter dem Oberbegriff des Sachmangels werden Fehler (körperliche oder rechtliche Mängel) und Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zusammengefasst. Sachmangel ist die ungünstige Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit. Eine Sache ist also nicht nur dann mangelhaft, wenn sie objektiv einen Mangel hat, sondern auch dann, wenn ihr eine vertraglich zugesicherte Eigenschaft fehlt¹⁴³. Die Corvette hatte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen G und K statt der zugesicherten 81'800 km eine Laufleistung von über 130'000 km. Die Corvette leidet daher an einem Sachmangel.

¹³⁹ Schrifttum: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern ab 1910 (zit. BK-Bearbeiter); BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich 1988; DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 4. Aufl. Bern 1997; EITEL, Die Anwartschaft des Nacherben, Diss. 1991 Bern; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. Zürich 1998; KELLER/SIEHR, Kaufrecht, 3. Aufl. Zürich 1995; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl. Bern 1999 (zit. HONSELL OR BT); HONSELL/VOGT/GEISER (Hsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Basel/Frankfurt a/M 1998 (zit. ZGB-BEARBEITER); HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I: Art. 1-529, 2. Aufl. Basel/Frankfurt a/M 1996 (zit. OR-BEARBEITER); MAISSEN, Sachgewährleistungsprobleme beim Kauf von Auto-Occassions, Zürich 1999; SPR, Schweizerisches Privatrecht, Basel ab 1967, unterschiedliche Auflagen; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl. Zürich 1995.

¹⁴⁰ZGB-SCHWANDER, ZGB 560 N 2.

¹⁴¹HONSELL OR BT 29.

¹⁴²GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 292.

¹⁴³HONSELL OR BT 73.

c) Freizeichnungsklausel nach OR 199

Der Verkäufer haftet für Sachmängel, wenn er die Haftung nicht gültig wegbedungen hat. Soweit der Gewährleistungsausschluss zulässig ist, ist er auf konkurrierende Ansprüche zu erstrecken; ebenso auf die Irrtumsanfechtung¹⁴⁴.

Laut Sachverhalt bestand eine Vertragsklausel, wonach „jede Nachwährschaft des Verkäufers wegbedungen wird“. Die Wegbedingung der Gewährleistung ist gemäss OR 199 (lex specialis zu OR 100 I¹⁴⁵) zulässig, falls der Verkäufer dem Käufer die Mängel nicht arglistig verschwiegen (grob-fahrlässige Unkenntnis schadet nicht¹⁴⁶) oder eine Zusicherung gemacht hat. Zur Arglist gehört, dass der Verkäufer das Vorhandensein des Mangels kannte oder wenigstens mit der Möglichkeit des Vorhandenseins rechnete, dass er ferner wusste, dass dem Käufer der Mangel nicht bekannt war oder ihm wenigstens unbekannt sein konnte, und dass er sich schliesslich bewusst war, dass der Käufer den Vertrag bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht oder nicht zu denselben Bedingungen abschliessen würde¹⁴⁷.

Der Sachverhalt ist illiquid bezüglich der Frage, ob G als Händler für Oldtimer amerikanischer Herkunft den Mangel kannte. Ob G arglistig war oder nicht, kann indes letztlich offen bleiben. Denn die Wegbedingung der Gewährleistung hinsichtlich der Laufleistung der Corvette ist jedenfalls unwirksam, da G eine entsprechende Zusicherung abgegeben hat (81'800 km). Gibt der Verkäufer eine Zusicherung ab und schliesst gleichzeitig die Gewährleistung aus, so gilt der Ausschluss nicht für die zugesicherte Eigenschaft, sondern nur für sonstige Mängel¹⁴⁸.

Trotz der Freizeichnungsklausel hat E somit für den Mangel einzustehen.

d) Prüfung und Mängelrüge des K nach OR 201

G wendet ein, K habe die Corvette genehmigt. Nach Ansicht des G hat K somit die Corvette nicht rechtzeitig geprüft und verspätet Mängelrüge erhoben.

Der Käufer hat die Ware alsbald nach Empfang zu prüfen und etwaige Mängel anzuzeigen (Mängelrüge)¹⁴⁹. Es ist i.c. von einem sog. offenen Mangel gemäss OR 201 I auszugehen, der bei übungsgemässer Untersuchung erkennbar ist¹⁵⁰. Die zehn Tage nach Kauf und vier Tage nach Erstgebrauch der Corvette erfolgte Rüge von K ist für einen Nichtkaufmann als rechtzeitig zu erachten¹⁵¹. Eine Verletzung der Prüfungsobliegenheit des K gemäss OR 201 I liegt nicht vor. Der Hinweis des K auf Mehr-Laufleistung genügt den Anforderungen an die Substantiierung des konkreten Mangels, K bringt in seinem Schreiben vom 22. April 1999 zudem zum Ausdruck, dass er die Corvette in diesem Zustand nicht behalten will. K hat den Mangel der Corvette somit rechtzeitig gerügt.

¹⁴⁴OR-HONSELL, Art. 199 N 5; BGE 107 II 166 m.Nw., BGE 91 II 275 ff.

¹⁴⁵OR-HONSELL, Art. 199 N 1; a.A. BK-GIGER Art. 199 N 6.

¹⁴⁶HONSELL OR BT 83 f.

¹⁴⁷MAISSEN 118; vgl. BGE 81 II 141 f.

¹⁴⁸BGE 109 II 25; vgl. HONSELL OR BT 83

¹⁴⁹HONSELL OR BT 80.

¹⁵⁰Vgl. HONSELL OR BT 81

¹⁵¹OR-HONSELL, Art. 201 N 5.

e) Wandelung nach OR 205 i.V.m. OR 208

Die Rechtsnatur des Rückgabeanspruchs ist umstritten. Das Gesetz spricht nur von rückgängigmachen (OR 205 I). Die h.L. vertritt die Auffassung, dass die causa der Tradition mit extunc-Wirkung wegfällt. Der Käufer wäre somit nicht Eigentümer des Kaufobjektes geworden und dem Verkäufer stünde daher die Vindikation zu¹⁵². Nach der Gegenmeinung besteht nur ein obligatorischer Rückgewähranspruch¹⁵³, dieses sollte ex nunc wirken¹⁵⁴.

Sein Wahlrecht (Wandelung, Minderung, evtl. Nachbesserungsrecht) muss der Käufer noch nicht in der Anzeige nach OR 201 I ausüben¹⁵⁵. Gemäss Sachverhalt will K die Corvette mit der Mehrleistung nicht mehr. Sinngemäss hat er somit Wandelung nach OR 205 I verlangt.

Die Mehr-Laufleistung stellt einen gravierenden Mangel dar; die Wandelung ist nicht unverhältnismässig im Sinne von OR 205 II¹⁵⁶.

Da G für den Mangel der Corvette aus Gewährleistung haftet, darf K somit mit der Wandelungsklage nach OR 205 I den Kauf rückgängig machen, und zwar trotz der Beschädigung der Corvette (OR 207 I; argumentum a maiore ad minus)¹⁵⁷. Ein Verschulden des K nach OR 207 III liegt nicht vor, da die Beschädigung der Corvette letztlich eine Folge der mangelhaften Bremsanlage und nicht des Verhaltens des K ist.

E muss dem K den Kaufpreis samt Zinsen Zug um Zug gegen Rückerstattung der Corvette (sowie eine Entschädigung für deren Gebrauch¹⁵⁸) zurückgeben.

f) Konkurrenz der Sachmängelhaftung mit anderen Rechtsbehelfen**aa) Schadenersatz aufgrund OR 97 ff.**

Nach ständiger Rechtsprechung des BGer kommt ein Schadenersatzanspruch nach Art. 97 ff. OR neben der Sachgewährleistung konkurrierend zur Anwendung¹⁵⁹. Diese Rechtsprechung ist abzulehnen, weil OR 197 ff. eine abschliessende Regelung enthalten¹⁶⁰. Bejaht man mit der h.L. die Konkurrenz, so sind die Tatbestandsvoraussetzungen des OR 97 zu untersuchen. Erforderlich ist Verschulden, d.h. Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Mangels seitens G. Je nach Argumentation hat K die Wahl, Schadenersatz aufgrund von OR 97 ff. oder OR 208 zu verlangen. Die Judikatur des BGer bleibt jedoch im praktischen Ergebnis ohne Konsequenzen, da nach ständiger Rechtsprechung alle Besonderheiten des Sachmängelrechts (wie z.B. Rügeobliegenheiten) auf den Anspruch aus OR 97 ff. übertragen werden¹⁶¹.

bb) Anfechtung wegen Grundlagenirrtums nach OR 24 I Ziff. 4

¹⁵²BK-GIGER, Art. 208 N 9; BGE 109 II 30.

¹⁵³BUCHER, 98.

¹⁵⁴HONSELL OR BT 95.

¹⁵⁵OR-HONSELL, Art. 201 N 5.

¹⁵⁶OR-HONSELL, Art. 205 N 7.

¹⁵⁷BK-GIGER, Art. 207 N 12.

¹⁵⁸OR-HONSELL, Art. 208 N 4.

¹⁵⁹BGE 108 II 104; 107 II 418.

¹⁶⁰HONSELL OR BT 105 f.

¹⁶¹OR-HONSELL, Vorbemerkungen zu Art. 197-210 N 6.

Das BGer lässt in konstanter Rechtsprechung die Anfechtung wegen Willensmängeln neben der kaufrechtlichen Sachgewährleistung zu (Alternativität)¹⁶².

Für denjenigen, der sich bei Vertragsabschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat, ist der Vertrag unverbindlich (OR 23). Fälle eines wesentlichen Irrtums werden in OR 24 aufgezählt. K ging beim Kauf der Corvette irrtümlich davon aus, dass das Fahrzeug nur eine Laufleistung von 81'800 km hat; er befand sich in einem Motivirrtum. Damit sich K auf diesen Irrtum berufen kann, muss er nach OR 24 I Ziff. 4 qualifiziert sein. Mit anderen Worten muss die Laufleistung für K eine *conditio sine qua non* für seinen Entschluss zum Kauf gewesen sein (subjektive Wesentlichkeit) und sie musste nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als solche betrachtet werden können (objektive Wesentlichkeit)¹⁶³. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgt zudem, dass die Bedeutung des irrtümlich vorgestellten Sachverhalts für die Vertragspartner des Irrenden erkennbar sein muss¹⁶⁴. Alle drei Merkmale sind gegeben. K kann sich somit auf Grundlagenirrtum nach OR 24 I Ziff. 4 berufen. Die Konsequenz ist die Ungültigkeit des Vertrages *ex tunc*.

K kann den bezahlten Kaufpreis gemäss OR 62 II zurückfordern und E die Corvette herausverlangen.

K hat also die Wahl, ob er den Kaufvertrag nach OR 205 I wandeln oder ihn wegen Grundlagenirrtums nach OR 24 I Ziff. 4 anfechten möchte.

cc) Aus Delikt (OR 41 I)

Deliktansprüche können stets mit vertraglichen konkurrieren¹⁶⁵. Voraussetzung eines Deliktanspruchs ist die Anwendbarkeit des allgemeinen Gefahrensatzes (z.B. beim Verkauf gefährlicher Güter) oder die Verletzung einer Schutznorm¹⁶⁶. Durch die Lieferung des mangelhaften Fahrzeugs wird gegebenenfalls der Tatbestand des Betrugs nach StGB 146 erfüllt. Ob ein Verschulden des G vorliegt, ist aufgrund fehlender Angaben im Sachverhalt fraglich. Ansprüche des K aus Delikt sind somit eher zu verneinen. K hat keine Ansprüche aus Delikt (OR 41 I).

III. Anspruch des K gegen E auf Schadenersatz für das Garagentor aus OR 208 II/III

1. Bei Annahme eines Mangelfolgeschadens

Ein Mangelfolgeschaden ist die durch den mangelhaften Zustand der Kaufsache adäquat kausal verursachte Schädigung anderer Rechtsgüter des Käufers¹⁶⁷. Der Schaden wurde durch die mangelhaften Bremsen verursacht.

Die h.L. bejaht den Ersatz von Mangelfolgeschäden aufgrund der Kausalhaftung von OR 208 II¹⁶⁸. Ein Teil der Lehre subsumiert Mangelfolgeschäden indes unter OR 208 III¹⁶⁹. Ein Ersatz der

¹⁶²BGE 114 II 131; 82 II 420; in der Literatur wird diese Rechtsprechung überwiegend abgelehnt, vgl. HONSELL OR BT 110 ff.

¹⁶³OR-SCHWENZER, Rz 37.24 ff.

¹⁶⁴SCHWENZER, Rz 37.27; vgl. BGE 110 II 293; die neuere Lehre steht dem dritten Kriterium allerdings kritisch gegenüber, vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 781.

¹⁶⁵HONSELL OR BT 106.

¹⁶⁶HONSELL OR BT 106

¹⁶⁷BK-GIGER, Art. 208 N 36.

Schäden käme somit nur in Frage, wenn sich der Verkäufer nicht exkulpieren kann. Je nach Argumentation kann hier eine Schadenersatzpflicht der E aufgrund von OR 208 II angenommen oder aufgrund OR 208 III ausgeschlossen werden.

Der Anspruch könnte jedoch am wirksamen Gewährleistungsausschluss scheitern.

K übernimmt die Corvette laut Sachverhalt „wie besehen“. Bezüglich der weiteren Funktionstüchtigkeit der Bremsen hat G keine Zusicherung gemacht. Die Wegbedingung der Gewährleistung nach OR 199 ist somit hinsichtlich des Mangels an der Bremsanlage gültig, sofern nicht Arglist des G angenommen wird.

Da der gültige Gewährleistungsausschluss sich auch auf konkurrierende Ansprüche erstreckt¹⁷⁰ (vgl. oben II. 1.c, f), entfallen Ansprüche des K aus OR 97 ff., OR 41 ff. sowie OR 62 I nach Anfechtung wegen Grundlagenirrtums (OR 24 I Ziff. 4). Zur prüfen wäre hier allenfalls ein Anspruch aus c.i.c., der indes zufolge fehlender Aufklärungspflicht des G zu verneinen ist.

Aufgrund der Freizeichnungsklausel hat E somit für die Beschädigung des Garagentores nicht einzustehen¹⁷¹.

IV. Anspruch des X gegen E (ZGB 491 i.V.m. ZGB 752 I analog)

1. Nachvermächtnis (ZGB 488 ff.)

T hat G die Corvette vermacht. Nach dessen Ableben soll X die Corvette erhalten. Gemäss Wortlaut handelt es sich um ein Vermächtnis i.S.v. ZGB 484¹⁷². T hat den G als Vorvermächtnisnehmer und X als Nachvermächtnisnehmer eingesetzt (ZGB 488 III). Die Annahme einer sog. Ersatzverfügung nach ZGB 487 ist auszuschliessen, da der sog. Ersatzvermächtnisnehmer nur zum Zuge kommt, wenn der erste Anwärter seine Position überhaupt nicht antritt¹⁷³. G hat seine Position indes im Jahre 1993 angetreten. Am 1. Mai 1999 ist der Nachvermächtnisfall eingetreten.

2. Rechtstellung des Vorvermächtnisnehmers (ZGB 491 i.V.m. ZGB 562 ff.)

ZGB 489, 490 II, 491 und 492 sind auch auf das Nachvermächtnis anzuwenden, der Wortlaut von ZGB 488 III ist zu eng gefasst¹⁷⁴.

Der Vorvermächtnisnehmer muss den Vermächtnisgegenstand an den Nachvermächtnisnehmer so übergeben, wie er ihn seinerzeit übernommen hat. Er darf den Vermächtnisgegenstand zudem wie ein Nutzniesser gebrauchen und nutzen¹⁷⁵.

Nach der h.L. wird der Vorvermächtnisnehmer Eigentümer des Vermächtnisgegenstandes. Aufgrund der Pflicht des Vorvermächtnisnehmers zur Herausgabe des Vermächtnisgegenstandes in natura unterliegt das Eigentum des Vorvermächtnisnehmers einer Verfügungsbeschränkung¹⁷⁶. Der

¹⁶⁸KELLER/SIEHR 90.

¹⁶⁹Vgl. OR-HONSELL, Art. 208 N 9.

¹⁷⁰OR-HONSELL, Art. 199 N 5; BGE 107 II 166 m.Nw., BGE 91 II 275 ff.

¹⁷¹Wer argumentiert, dass K den Bremsmangel nicht (rechtzeitig) gerügt und deshalb keine Ansprüche habe, muss mindestens Arglist des G verneinen (vgl. OR 203).

¹⁷²Vertretbar ist die Annahme einer Vor-/Nacherbeneinsetzung nach ZGB 488, dann ist der Eigentumsübergang auf den Vorerben dinglich, seine Rechte resolutiv bedingt.

¹⁷³DRUEY, § 11 N 44.

¹⁷⁴ZGB-BESSENICH, Art. 488 N 5.

¹⁷⁵Ähnlich EITEL 122 zur Nacherbeneinsetzung.

¹⁷⁶Ähnlich EITEL 252 zur Nacherbeneinsetzung.

Vorvermächtnisnehmer kann nur resolutiv durch den Eintritt des Nachvermächtnisfalls bedingtes Eigentum am Vermächtnisgegenstand übertragen¹⁷⁷. Mit Eintritt des Nachvermächtnisfalls werden Verfügungen des Vorvermächtnisnehmers, die die Rechte des Nachvermächtnisnehmers verletzen, ihrer resolutiv bedingten Natur wegen von selbst hinfällig¹⁷⁸. Dritte können unbedingtes Eigentum aber gutgläubig erwerben¹⁷⁹.

Die Corvette wurde G als Vorvermächtnisnehmer im Sinne von ZGB 933 anvertraut¹⁸⁰. G hat die Corvette als Eigentümer mit beschränkter Verfügungsmacht (vgl. oben) an K weiterverkauft. Es ist davon auszugehen, dass K im Erwerbszeitpunkt gutgläubig war. Durch den guten Glauben von K wird der Mangel der fehlenden Verfügungsbefugnis des G geheilt (ZGB 714 II i.V.m. ZGB 933)¹⁸¹. K erwirbt Volleigentum. Die Resolutivbedingung gilt nicht mehr. Das Nachvermächtnis an sich bleibt indes bestehen.

3. Rechtsfolgen

Mit dem Eintritt des Nachfolgefalles erhält der Nachvermächtnisnehmer einen Anspruch gegenüber dem Vorvermächtnisnehmer¹⁸², respektive dessen Erben. Der Nachvermächtnisnehmer hat nur einen obligatorischen Anspruch auf Verschaffung des ihm zugedachten Vermächtnisgegenstandes (ZGB 491 II i.V.m. ZGB 562 I)

Laut Sachverhalt stirbt G am 1. Mai 1999 vor Anhängigmachung der Wandelungsklage, respektive Irrtumsanfechtung.

Je nachdem, ob sich K für Wandelung oder Irrtumsanfechtung entscheidet, schuldet K Rückübereignung an E gemäss OR 208 I oder das Eigentum an der Corvette geht mangels causa an E zurück; X als Nachvermächtnisnehmer erwirbt dadurch kein Eigentum. Er hat aber gegen E einen obligatorischen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an der Corvette aus ZGB 562 I. Zudem hat X als Nachvermächtnisnehmer gegen den Vorvermächtnisnehmer einen Schadenersatzanspruch. E haftet bei Auslieferung des Vermächtnisses analog eines Nutzniessers für jeden Schaden, der nicht nachweisbar ohne ihr, resp. G's Verschulden eingetreten ist (ZGB 752 I)¹⁸³. Dies bezieht sich namentlich auch auf den Ersatz von geminderten Werten¹⁸⁴. Die beschädigte Corvette ist weniger wert als sie im Zeitpunkt der Übergabe an G im Jahre 1993 war. Von einem Verschulden des G ist auszugehen. E haftet daher analog ZGB 752 I für den Minderwert der Corvette. X kann daher von E Schadenersatz (Reparaturkosten der Corvette) verlangen.

¹⁷⁷ Ähnlich EITEL 251 zur Nacherbeneinsetzung.

¹⁷⁸ Ähnlich BK-TUOR, Art. 491 N 19 zur Nacherbeneinsetzung; a.M. PIOTET, SPR IV/1, 110 f.

¹⁷⁹ ZGB-BESSENICH, Art. 491 N 6.

¹⁸⁰ OR-STARK, Art. 933 N 10.

¹⁸¹ OR-STARK, Art. 933 N 10.

¹⁸² ZGB-BESSENICH, Art. 491 N 1.

¹⁸³ Ähnlich BK-TUOR Art. 491 N 20 zur Nacherbeneinsetzung.

¹⁸⁴ Ähnlich BK-TUOR Art. 491 N 11 zur Nacherbeneinsetzung.

Sachverhalt

Der Erblasser A hinterlässt einen Sohn X. Zum Nachlass gehören eine Liegenschaft und ein Pkw. X nimmt den Pkw für sein Occasionswagengeschäft in Besitz und lässt sich nach Erwirkung einer Erbenbescheinigung als neuer Eigentümer der Liegenschaft im Grundbuch eintragen. Am 1.9.1998 erscheint S in seinem Geschäft und möchte den Pkw kaufen. Da er den Preis (Fr. 10.000,-) nicht aufbringen kann, wendet er sich an die B-Bank. Deren Prokurist P ist bereit, ein entsprechendes Darlehen zu gewähren, falls S Sicherheiten stellen kann. S meint, P solle doch bei seinem unverheirateten Onkel O anrufen. Auf telefonische Anfrage von P sagt O: "Na gut, ich stehe für diese Schuld meines Neffen gegenüber ihrer Bank in Höhe von Fr. 10.000,- ein." Zudem bekräftigt er seinen Willen noch in einem unterschriebenen Brief, der schon am nächsten Tage im Postfach der B-Bank liegt. P zahlt daraufhin die Fr. 10.000,- an S aus, der noch am selben Tag den Wagen abholt und bezahlt.

Am 15.10.1999 behauptet E, dass der von S gekaufte Pkw ihm gehöre: Eine Woche zuvor wurde ein von A eigenhändig verfasstes und datiertes Schreiben gefunden, in dem er E als Alleinerben eingesetzt hatte. S weigert sich jedoch, den Wagen herauszugeben, weil er zum einen den Kaufpreis bezahlt, zum anderen Reparaturkosten am Wagen für Fr. 1.000,- geleistet sowie eine Auto-Stereoanlage für Fr. 1.500,- eingebaut hat.

Wie ist die Rechtslage?

Variante 1

Wie im Ausgangsfall; O hat sich i.H.v. Fr. 10.000,- für die Schuld des S verbürgt. Zusätzlich hat G für dieselbe Schuld zugunsten der B-Bank eine "Hypothek" auf seinem Grundstück bestellt. Als S den Kredit nicht zurückzahlen kann, weil über sein Vermögen das Konkursverfahren eröffnet wurde, wendet sich die B-Bank an G und O.

Ist es für etwaige Regressansprüche zwischen G und O von Bedeutung, wen die B-Bank zuerst in Anspruch nimmt?

Variante 2

Wie im Ausgangsfall; einige Wochen nach seiner Eintragung im Grundbuch veräußert X die Liegenschaft aufgrund eines öffentlich beurkundeten Kaufvertrages für Fr. 1.000.000,- an K.

Wie ist die Rechtslage? Macht es einen Unterschied, wenn K bereits im Grundbuch eingetragen ist?

Lösungsskizze¹⁸⁵

A) Ansprüche E gegen S auf Herausgabe des Pkw

D) Art. 641 Abs. 2 ZGB

E könnte von S die Herausgabe des Pkw gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB verlangen. Dazu müsste er Eigentümer und S besitzrechtsloser Besitzer derselben sein.

1) Ursprünglich war A Eigentümer des Wagens.

a) Das Eigentum könnte aber durch Universalsukzession nach Art. 560 Abs. 1 ZGB auf E übergegangen sein, was voraussetzt, dass er Erbe des A geworden ist. Gesetzlicher Erbe des A ist sein Sohn X, Art. 457 Abs. 1 ZGB. Die gesetzliche Erbfolge kann aber durch die gewillkürte abweichend geregelt werden, sofern der Erblasser Verfügungsbefugter gewesen ist, Art. 481 Abs. 1 ZGB. A hat eine eigenhändige letztwillige Verfügung verfasst, die den Formvorschriften nach Art. 498, 505 Abs. 1 ZGB genügt. Inhalt derselben ist die nach Art. 483 Abs. 1 ZGB mögliche Einsetzung des E als Alleinerben. Etwaige Pflichtteilsansprüche des X aus Art. 470 Abs. 1, 471 Ziff. 1, 457 Abs. 1 ZGB beeinflussen die dingliche Rechtslage nicht. Er kann zwar auf Herabsetzung klagen (Art. 522 Abs. 1 ZGB), doch ist der übergangene Pflichtteilsberechtigte bis zur Verkündung des auf den Zeitpunkt des Erbfalls rückwirkenden Urteil lediglich "virtueller Erbe", d.h. er hat nicht die Rechtsposition nach Art. 560 ZGB inne¹⁸⁶.

Mithin ist E Eigentümer des Pkw kraft Universalsukzession geworden.

b) E könnte sein Eigentum durch Übereignung von X und S verloren haben. Da X keine Verfügungsbefugnis über den Pkw hat, kommt nur der Erwerb vom Nichtberechtigten nach Art. 714 Abs. 2 i.V.m. 933 ZGB in Betracht.

aa) Der aufgrund des Kausalitätsprinzips erforderliche Rechtsgrund für die Übereignung liegt hier in dem zwischen X und S geschlossenen Kaufvertrag. Die Übergabe im Sinne von Art. 922 Abs. 1 ZGB an S ist erfolgt. Die umstrittene Frage des zusätzlichen Erfordernisses einer dinglichen

¹⁸⁵ *Schrifttum:* BECK, Das neue Bürgschaftsrecht - Kommentar, Zürich 1942; Berner Kommentar: BK/GIAVANOLI, OR, 2. Abtl., 7. Teilbd., 2. Aufl. Bern 1978; BK/TUOR, Erbrecht, 2. Abtl., Bern 1952; BK/ZOBL, Sachenrecht, 2. Abtl., 5. Teilbd., 1. Unterteilbd., syst. Teil, 2. Aufl. Bern 1982; BK/STARK, Sachenrecht, 3. Abtl., 1. Teilbd., 2. Aufl. Bern 1984; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. Zürich 1998; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 5. Aufl. Bern 1999; Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 1996 (zit.: OR/BEARBEITER); Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, ZGB II, 1998 (zit.: ZGB/BEARBEITER); MEDICUS, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. Köln Berlin Bonn München 1999; MOSER, Die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinns, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Zürich 1940; NIETLISBACH, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 1994; REY, Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bern 1991; STEINAUER, Les droits réels II, Berne 1990; Schweizerisches Privatrecht, Basel Stuttgart 1977, 1979, 1981 (zit.: SPR IV 2 / PIOTET; SPR V 1 / LIVER; SPR V 1 / HINDERLING; SPR VII 2 / SCYBOZ); SCHWENZER, OR-AT, Bern 1998; STEINAUER, droits réels I, 2. Aufl. Bern 1990; TUOR/SCHNYDER/SCHMID Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl. Zürich 1995; v.TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I, 3. Aufl. Zürich 1979; v.TUHR/ESCHER Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band II, 3. Aufl. Zürich 1974; WACKE, SJZ 1978, 17 ff.; Zürcher Kommentar: ZK/ESCHER, Bd III Erbrecht, 3. Aufl. Zürich 1959/60; ZK/ZOBL, HAAB, Sachenrecht, 1. Abtl., 2. Aufl. Zürich 1977; ZK/SCHMID Teilband V 3a, 3. Aufl. Zürich 1993 (zit.: ZK/BEARBEITER).

¹⁸⁶ ZGB/FORNI/PIATTI Vorbem. zu Art. 522-533 N 2, 15 m.w.N.; ähnlich BGE 115 II 212; a.A. (BK/TUOR Art. 522 N 19: Erbe auch ohne Erheben der Herabsetzungsklage) vertretbar, dann bilden E und X aber eine Erbengemeinschaft, so daß X wiederum nicht allein Verfügungsberechtigt ist (Art. 602 Abs. 2 ZGB).

- Einigung¹⁸⁷ kann offenbleiben, da diese Einigung zugleich in der Einigung über den Kaufvertrag erblickt werden kann.
- bb) Zudem müsste S gemäss Art. 714 Abs. 2 ZGB im Moment der Übergabe in gutem Glauben bezüglich der Verfügungsbefugnis des X gewesen sein. Der gute Glaube wird vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB).
- cc) Gemäss Art. 933 ZGB müsste der Pkw dem Veräusserer vom Berechtigten anvertraut, d.h. bewusst und freiwillig übergeben worden sein¹⁸⁸. E hat zwar keinen tatsächlichen Besitz i.S.d. Art. 919 ZGB gehabt, doch wird Besitz der Erben nach Art. 560 Abs. 2 ZGB fingiert; diese rücken in die Rechtsposition des Erblassers ein¹⁸⁹. Die Inbesitznahme des Wagens durch X hat ohne den Willen des E stattgefunden, so dass er ihm abhandengekommen ist. Folglich konnte S kein Eigentum nach Art. 714 Abs. 2 i.V.m. 933 ZGB erwerben.
- 2) S hat auch die tatsächliche Sachherrschaft am Pkw und ist damit Besitzer i.S.v. Art. 919 ZGB; ihm fehlt ein Recht zum Besitz gegenüber E.
- 3) Daher hat E einen Herausgabeanspruch gegen S aus Art. 641 Abs. 2 ZGB. Fraglich ist aber, ob er die Herausgabe unbedingt oder nur Zug-um-Zug gegen Erstattung des von S an X gezahlten Kaufpreises i.H.v. 10.000,- Fr. verlangen kann. Als Anspruchsgrundlage hierfür kommt das Lösungsrecht aus Art. 934 Abs. 2 ZGB in Betracht. Voraussetzung ist, dass S den Wagen gutgläubig von einem mit Waren der gleichen Art handelnden Kaufmann erworben hat. Kaufmann i.S.v. Art. 934 Abs. 2 ZGB ist, wer im Rahmen eines nach kaufmännischen Grundsätzen geführten Geschäftsbetriebes eine unbestimmte Zahl von Handelsgeschäften mit gleichartigen Waren abwickelt¹⁹⁰. X betreibt gewerbmässig ein Geschäft und ist damit Kaufmann in diesem Sinne. Hinsichtlich der Gutgläubigkeit des S gelten die o.g. Grundsätze zu Art. 3 ZGB¹⁹¹. Somit steht dem S das Lösungsrecht zu, so dass er die Herausgabe des Pkw nur Zug-um-Zug gegen Zahlung von 10.000,- Fr. schuldet.

II) Art. 598 ZGB

Ein weiterer Herausgabeanspruch leitet sich aus Art. 598 ZGB ab. E kann als wahrer Erbe gegen den Besitzer S die Erbschaftsklage erheben. Die Herausgabe richtet sich gemäss Art. 599 Abs. 1 ZGB nach Besitzesrecht, so dass die obigen Ausführungen entsprechend gelten.

B) Ansprüche S gegen E wegen der Verwendungen am Pkw

Als Anspruchsgrundlage kommt Art. 939 ZGB in Betracht. Dies setzt voraus, dass E einen Herausgabeanspruch gegen S hat, dieser gutgläubig bezüglich seines Besitzrechts war und ersatzfähige Verwendungen auf dem Pkw gemacht hat.

Der Anspruch des E ist gegeben. S war auch bis zur Geltendmachung dieses Anspruchs, wie oben gesehen, gutgläubig. Nach Art. 939 Abs. 1 ZGB erhält er notwendige und nützliche Aufwendungen vollständig ersetzt. Verwendungen sind freiwillige Vermögensopfer im Interesse

¹⁸⁷ HONSELL, OR-BT, S. 40 f. m.w.N.; STEINAUER, droits réels II, N 2014, 2014a; TUOR/SCHNYDER/SCHMID S. 745; SPR V 1 /Liver, S. 317 f.; a.A. ZK/HAAB Art. 714 N 40.

¹⁸⁸ Vgl. REY, Sachenrecht, N 1782 m.w.N.; BK/STARK Art. 933 N 22 und 41 (zum Erbenbesitz).

¹⁸⁹ BK/STARK Art. 919 N 128 und Art. 933 N 41.

¹⁹⁰ ZGB/STARK Art. 934 N 21.

¹⁹¹ BGE 113 II 397; REY, Sachenrecht, N 2120 f.

einer fremden Sache¹⁹². Notwendig sind sie, wenn sie den Regeln einer ordnungsgemässen Verwaltung und Bewirtschaftung der Sache entsprechen¹⁹³, nützlich, wenn sie ohne notwendig zu sein, den Wert der Sache steigern¹⁹⁴. Für alle übrigen Verwendungen (sog. "Luxusverwendungen") steht S nach Art. 939 Abs. 2 ZGB lediglich ein Wegnahmerecht zu. Die Reparaturen stellen eine notwendige Verwendung dar, so dass S von E Zahlung von Fr. 1.000,- verlangen kann. Die von ihm eingebaute im Wert von 1.500,- Fr. Stereoanlage stellt eine Luxusverwendung dar. Diese darf er nach Art. 939 Abs. 2 ZGB wegnehmen, d.h. ausbauen. Die Verwendungsersatzansprüche stellen dinglich wirkende Zurückbehaltungsansprüche dar, d.h. S kann die Sachherausgabe bis zur Erstattung der Verwendungen verweigern¹⁹⁵.

C) Ansprüche E gegen X auf Herausgabe des Erlöses, Fr. 10.000,-

D) Art. 423 Abs. 1 OR

E könnte gegen X einen Anspruch auf Herausgabe des Erlöses in Höhe von 10.000,- Fr. aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) nach Art. 423 Abs. 1 OR haben.

Dann müsste X ein Geschäft des E ohne Fremdgeschäftsführungswillen geführt haben. Die Veräusserung einer dem E gehörenden Sache stellt für X ein fremdes Geschäft dar, zu dem er nicht beauftragt wurde. Er handelte auch nicht mit dem Willen, dieses für E zu tätigen, also ohne Fremdgeschäftsführungswillen.

X ist aber gutgläubig gewesen, so dass sich die Frage stellt, ob die Vorschriften über die unechte GoA auch bei Gutgläubigkeit des Geschäftsführers in die Nichtfremdheit des Geschäftes anwendbar sind¹⁹⁶. Dafür spricht der Wortlaut von Art. 423 OR, der - im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen, vgl. § 687 BGB - nicht zwischen Gut- und Bösgläubigkeit differenziert¹⁹⁷. Die Entstehungsgeschichte der Norm gibt keine schlüssige Antwort¹⁹⁸. Gegen die Anwendung bei Gutgläubigkeit wird das systematische Argument angeführt, dass eine Gleichbehandlung von gut- und bösgläubigen Besitzer bei anderen Instituten (Art. 938 ff. ZGB, 64 OR) gerade nicht gewählt worden ist¹⁹⁹. Die Haftung nach GoA-Normen stelle im Vergleich zu verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung die "schärfere Sanktion" dar²⁰⁰. Die Gewinnabschöpfung nach Art. 423 OR solle nur der "generalpräventiven" Ergänzung des Delikts- und Bereicherungsrechts dienen, also könne sie nur auf den Bösgläubigen Anwendung finden²⁰¹. Diese sachen- und bereicherungsrechtliche Differenzierung muss allerdings nicht zwingend auf die GoA-Vorschriften übertragbar sein, zumal bei der Erlösherausgabe eine Konkurrenz nur zum Bereicherungsrecht - i.R.d. Art. 938, 939 ZGB muss der gutgläubige Besitzer keine Nutzungen herausgeben, Deliktsrecht greift mangels Verschulden nicht ein - bestünde. Die Annahme, Art. 423 OR sei eine reine Ergänzung,

¹⁹² ZGB/STARK Art. 939 N 1; v.TUHR/PETER, AT I, S. 130.

¹⁹³ BK/STARK Art. 939 N 9.

¹⁹⁴ v.TUHR/PETER, AT I, S. 131.

¹⁹⁵ Vgl. ZGB/STARK Art. 939 N 8.

¹⁹⁶ Für die Anwendbarkeit bei Gutgläubigkeit: BGE 97 II 178; HONSELL, OR-BT, S. 315; MOSER, S. 216; dagegen: BK/GAUTSCHI Art. 423 N 2a a.E.; SPR VII 2 / HOFSTETTER, S. 211f.; NIETLISBACH, S. 119 ff., 123; ZK/SCHMID Art. 423 N 34 ff; SCHWENZER, OR-AT N 59.17; SCHMID, GoA, N 771-792 m.w.N.; OR/WEBER Art. 423 N 8; angedeutetes obiter dictum in BGE 119 II 43, 45 = Pra 1995, 47.

¹⁹⁷ HONSELL, OR-BT, S. 315.

¹⁹⁸ NIETLISBACH, S. 120 f.; SCHMID, GoA, N 777-786.

¹⁹⁹ SPR VII 2 / HOFSTETTER, S. 212; SCHMID, GoA, N 787; OR/WEBER Art. 423 N 8.

²⁰⁰ SPR VII 2 / HOFSTETTER, S. 212; SCHMID, GoA, N 789.

²⁰¹ SPR VII 2 / HOFSTETTER, S. 213.

wird der Regelung nicht ganz gerecht: Zwar verweist Art. 423 Abs. 2 OR für den Aufwendungsersatz auf Bereicherungsrecht, doch hat der Anspruch aus Art. 423 Abs. 1 OR im Gegensatz zum Delikts- und Bereicherungsrecht eine längere Verjährungsfrist (Art. 127 OR²⁰² i.G. zu Art. 60, 67 OR). Für eine unabhängig von Gut- oder Bösgläubigkeit angenommene Erlösherausgabe spricht ferner die Überlegung, dass es unbillig wäre, einen aus nicht rechtmässiger Auswertung einer fremden Sache resultierenden Gewinn behalten zu dürfen²⁰³. Je nach Entscheidung des Meinungsstreits ist Art. 423 Abs. 1 OR anwendbar oder nicht.

II) Art. 62 Abs. 1 OR

E könnte die Erlösherausgabe in Höhe von 10.000,- Fr. aus Bereicherungsrecht gemäss Art. 62 Abs. 1 OR verlangen.

Dann müsste X etwas aus dem Vermögen des E ungerechtfertigt erlangt haben. In Betracht kommt hier eine Bereicherung in Form eines Eingriffs, d.h. durch Verletzung des Zuweisungsgehalts eines fremden Rechts²⁰⁴. Durch die Veräusserung des Pkw hat X in den Zuweisungsgehalt des Eigentums des E, also in den eines fremden Rechts eingegriffen. Dies geschah auch ohne Zustimmung seitens E und somit ungerechtfertigt. Folglich kann E von X Zahlung von 10.000,- Fr. gemäss Art. 62 Abs. 1 OR verlangen.

III) Art. 598 ZGB

Eine Erlösherausgabe lässt sich auch auf Art. 598, 599 Abs. 1 ZGB stützen. Die Erbschaftssache selbst kann X nicht mehr herausgeben, doch könnte sich der Anspruch auf die durch ihren Verkauf erworbenen 10.000,- Fr. richten. Dies setzt aber eine dingliche Surrogation voraus. Sie wird von der h.L. mit dem Argument anerkannt, dass Erbschaftsgegenstände ein Sondervermögen bilden²⁰⁵. Somit kann E von X Zahlung von 10.000,- Fr. auch aus Art. 598 ZGB verlangen.

IV) Konkurrenzen

Je nach Ansicht zu dem in I) aufgeworfenen Meinungsstreit kann E seinen Anspruch gegen X auf Herausgabe des Erlöses auf Art. 62 Abs. 1 OR oder auf Art. 423 Abs. 1 OR stützen. Der Anspruch aus Art. 598 ZGB besteht neben diesen Singularklagen²⁰⁶.

X kann jeweils einredeweise die Herabsetzungsklage geltendmachen (Art. 534 Abs. 3 ZGB).

D) Ansprüche S gegen X aus Rechtsmängelhaftung

S könnte gegen X Ansprüche auf Erstattung des Kaufpreises in Höhe von 10.000,- Fr. und Ersatz der Verwendungen aus Rechtsmängelhaftung gemäss Art. 192, 195 Abs. 1 Ziff. 1 und 2, Abs. 2 OR haben.

Schon bei Übergabe des Pkw an den diesbezüglich gutgläubigen S bestand der dingliche Herausgabeanspruch des E gegen jeden Besitzer, so dass der Sache ein Rechtsmangel anhaftet.

²⁰² Str., für eine analoge Anwendung von Art. 60 OR: SPR VII 2 / HOFSTETTER, S. 196; SCHMID, GoA, N 869 ff.; von Art. 127 OR: BK/GAUTSCHI Art. 423 N 8d; HONSELL, OR-BT, S. 316; von Art. 67 OR: BGE 86 II 26 = Pra 1960, Nr. 50.

²⁰³ BGE 97 II 178 für den Fall einer Patentausbeutung; im Grundsatz ebenfalls SPR VII 2 / HOFSTETTER, S. 213.

²⁰⁴ SCHWENZER, OR-AT N 57.01/02 m.w.N.

²⁰⁵ ZK/ESCHER Art. 599 N 4; ZGB/FIORNI/PIATTI Art. 599 N 2 f.; BK/TUOR/PICENONI Art. 14; a.A. SPR IV/2 / PIOTET S. 757 ff.

²⁰⁶ Statt vieler SPR IV/2 / PIOTET S. 750.

Indem S den Wagen an E herausgeben musste, war die Entwehrung eine vollständige. Damit kann er gegen X die in Art. 195 OR genannten Rechte geltendmachen. Gemäss Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1 OR hat S einen Anspruch für Erstattung des Kaufpreises inklusive Zinsen, es sei denn, er kann den Kaufpreis vom Eigentümer E nach Art. 934 Abs. 2 ZGB verlangen. Dies ist hier der Fall; die Zinsen muss der Verkäufer aber in jedem Fall zahlen²⁰⁷. Verwendungsersatz erhält S von X nach Art. 195 Abs. 1 Ziff. 2 OR ebenfalls nur, soweit er diesen nicht von E (Art. 939 ZGB, s.o.) erhält.

E) Anspruch der B gegen S auf Zahlung von Fr. 10.000,- inklusive Zinsen

S hat mit der B-Bank, die von dem einzelzeichnungsberechtigten Prokuristen P gemäss Art. 32 Abs. 1 i.V.m. Art. 458 Abs. 1, 459 Abs. 1 OR wirksam vertreten wurde, einen Darlehensvertrag geschlossen. Der Anspruch der B auf Rückzahlung der Darlehensvaluta in Höhe von 10.000,- Fr. inklusive Zinsen aus Art. 312 OR ist mit der Kündigung (Art. 318 OR) fällig geworden.

F) Anspruch der B gegen O auf Zahlung von Fr. 10.000,- inklusive Zinsen

Die B-Bank könnte von O Zahlung von 10.000,- Fr. inklusive Zinsen aus Bürgschaft gemäss Art. 492 Abs. 1 i.V.m. 312 OR verlangen. Dann müsste sich O wirksam für die Schulden eines Dritten gegenüber der B-Bank in dieser Höhe verbürgt haben.

- 1) Dies setzt aufgrund des Akzessorietätsgrundsatzes zunächst das Bestehen einer Hauptschuld voraus, die hier in dem Rückzahlungsanspruch der B-Bank gegen S in Höhe von 10.000,- Fr. inklusive Zinsen gegeben ist.
- 2) Für diese Forderung müsste zwischen O und der B-Bank, vertreten durch P, ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande gekommen sein.
 - a) Eine Einigung ist am Telefon, spätestens jedoch durch Zusenden der schriftlichen Bestätigung des O erzielt worden.

Fraglich ist jedoch, ob es sich hierbei um einen Bürgschaftsvertrag handelt, da O lediglich für die Schuld seines Neffen "einstehen will". Seine Willenserklärung ist auszulegen. Neben der Bürgschaft könnte es sich bei dem Einstehen-Wollen auch um einen "bürgschaftsähnlichen" Garantievertrag, einen Schuldbeitritt oder einen Kreditauftrag handeln. Im Gegensatz zur akzessorischen Bürgschaft begründet der formfreie Garantievertrag (Art. 111 OR) eine selbständige Verpflichtung des Schuldners, der regelmässig ein eigenes Interesse an der Drittleistung hat²⁰⁸. O steht für die Schulden seines Neffen aus familiären Gründen ein; ein weiterreichenderes Eigeninteresse ist nicht gegeben, so dass ein Garantievertrag ausscheidet. Ein Schuldbeitritt (oder eine kumulative Schuldübernahme), bei dem O sich neben S solidarisch verpflichten würde²⁰⁹, setzte ein darüberhinausgehendes "erkennbares (wirtschaftliches oder rechtliches) Eigeninteresse" voraus²¹⁰, das erst recht nicht gegeben ist. Für die Annahme eines Kreditauftrages wäre erforderlich, dass O die B-Bank beauftragen wollte, S ein Darlehen zu gewähren, für das er verantwortlich zeichnet (vgl. Art. 408 Abs. 1 OR) und wie ein Bürge haftet (Art. 408 Abs. 2 OR). Hier ist die B-Bank aber auf O zugegangen, um nach Sicherheiten zu fragen; O hat sie nicht beauftragt. Damit liegt auch kein Kreditauftrag vor. Das Einstehenwollen des O kann nur als Bürgschaftserklärung interpretiert werden: Er will akzessorisch für die

²⁰⁷ OR/HONSELL Art. 195 N 8.

²⁰⁸ BGE 101 II 326; OR/PESTALOZZI Art. 111 N 31.

²⁰⁹ HONSELL, OR-BT, S. 363; SCHWENZER, OR-AT, N 91.33.

²¹⁰ BGE 111 II 279; OR/PESTALOZZI Art. 111 N 32; SCHWENZER, OR-AT, N 91.34; v.TUHR/ESCHER II, S. 302.

Schulden des S bei B haften. Dieses Ergebnis wird durch die Überlegung bestätigt, dass die zum Schutz des Bürgen dienenden strengen Formvorschriften des Bürgschaftsrechts (Art. 493 OR) und seine teilweise zwingenden Normen (Art. 492 Abs. 4 OR) nicht durch die o.g. formfreien Vertragstypen umgangen werden dürfen²¹¹; im Zweifel ist daher die Vereinbarung einer Bürgschaft anzunehmen.

Mit der Formulierung des Einstehens "für diese Schuld" ist die Hauptschuld hinreichend als diejenige konkretisiert, die aus der Rückzahlung der Darlehensvaluta resultiert.

- b) Der geschlossene Bürgschaftsvertrag könnte aber wegen Formnichtigkeit nach Art. 11 Abs. 2 i.V.m. 493 OR unwirksam sein.
- aa) Gemäss Art. 493 Abs. 1 und 2 S. 2 OR bedarf die Erklärung des Bürgen, sofern er eine natürliche Person ist, ab einer Summe von 2.000,- Fr. der öffentlichen Beurkundung; zu beurkunden ist auch der Höchstbetrag der Bürgschaft²¹². Die Erklärung des Bürgschaftsgläubigers ist dagegen formfrei. O hat sein Einstehenwollen gegenüber der B-Bank für die Schuld des S in Höhen von 10.000,- Fr. brieflich mit Unterschrift, also schriftlich i.S.v. Art. 12, 492 Abs. 1 OR bestätigt. Die erforderliche Nennung des Höchstbetrages der Bürgschaft ist damit erfolgt. Eine öffentliche Beurkundung hat jedoch nicht stattgefunden, so dass der Form nicht genügt wurde.
- bb) Grundsätzlich hat der Verstoss gegen eine Formvorschrift die Formnichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge, Art. 11 Abs. 2 OR²¹³. Hier hat O jedoch durch die Wahl der Schriftform das Formerfordernis des Art. 492 Abs. 1 OR für Bürgschaftsverträge bis zur Höhe von 2.000,- Fr. erfüllt.

Fraglich ist daher, ob er sich wenigstens in dieser Höhe formgültig verpflichtet hat. In Betracht kommt eine analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR²¹⁴. Hiernach sind die Teile eines Vertrages, die von dem Nichtigkeitmangel nicht betroffen sind, im Zweifel aufrechtzuerhalten, es sei denn, dies entspreche nicht dem hypothetischen Parteiwillen²¹⁵. Die kleinere Summe von 2.000,- Fr. wird vom Parteiwillen miterfasst sein: Die B-Bank hat wenigstens eine Bürgschaft über einen Teil der Schulden des S statt keiner Sicherheit. Der Bürge O ist durch die Einhaltung der Schriftform ebenfalls (für den Betrag von 2.000,- Fr.) ausreichend gewarnt, so dass dem Zweck der Form in Art. 492 Abs. 1 OR genügt ist. Das Umgehungsverbot aus Art. 493 Abs. 4 OR wird davon nicht tangiert. Für die Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR spricht auch die Überlegung, dass der Bürge selbst bei Anfechtung bzw. Geltendmachung der irrtümlich zu hoch bezeichneter Bürgschaftssumme (Art. 23, 24 Abs. 1 Ziff. 3 OR) gemäss Art. 25 Abs. 2 OR sich an den gewollten geringeren Betrag festhalten lassen muss²¹⁶.

Folglich haftet O als Bürge für die Schulden des S bis zur Höhe von 2.000,- Fr.²¹⁷.

- III) Nach Art. 495 Abs. 1 OR kann O als einfacher Bürge jedoch verlangen, dass zunächst der Hauptschuldner S in Anspruch genommen wird.

²¹¹ BECK, Bürgschaftsrecht, Einleitung N 15 f.; HONSELL, OR-BT, S. 362.

²¹² BECK, Bürgschaftsrecht, Art. 493 N 8; OR/PESTALOZZI Art. 493 N 7.

²¹³ BK/GIOVANOLI Art. 493 N 10 ff.; OR/PESTALOZZI Art. 493 N 3.

²¹⁴ BK/GIOVANOLI Art. 493 N 11; SPR VII 2 / SCYBOZ, 399; WACKE, SJZ 1978, 19.

²¹⁵ BGE 120 II 35, 41; SCHWENZER, OR-AT, N 32.40.

²¹⁶ WACKE, SJZ 1978, 17, 19.

²¹⁷ Auf die Möglichkeit einer nachträglichen Heilung des Formmangel durch freiwillige Leistung des Bürgen an den Gläubiger, WACKE, SJZ 1978, 17, 20 f., kann nicht zurückgegriffen werden, weil es am Vorliegen ihrer Voraussetzungen fehlt.

G) Grundbuchberichtigungsklage des E gegen X, Art. 975 Abs. 1 ZGB

E könnte gegen X auf Berichtigung des Grundbuchs nach Art. 975 Abs. 1 ZGB klagen.

Dann müßte die Eintragung des X als Eigentümer der Liegenschaft ungerechtfertigt sein und dies den E in einem dinglichen Recht verletzt haben. Als testamentarisch eingesetzter Alleinerbe ist E gemäß Art. 560 Abs. 1, 656 Abs. 2, 657 Abs. 2 ZGB mit Eintritt des Erbfalls Eigentümer des Grundstücks geworden. Durch die Eintragung des X aufgrund seiner Erbenbescheinigung (Art. 559 Abs. 1 ZGB) hat E das Eigentum nicht verloren: Zwar begründet die Bescheinigung grundbuchrechtlich einen rechtsgenügenden Ausweis zur Eintragung (Art. 18 GBV), doch fehlt es sachenrechtlich weiterhin an einem Rechtsgrund für den Erwerb, weil weder Art. 656 Abs. 1, 657 ZGB noch Art. 656 Abs. 2 ZGB einschlägig sind²¹⁸. Die Eintragung zugunsten X ist daher ungerechtfertigt und verletzt zugleich das Eigentumsrecht des E. Das Urteil, das den Bestand der dinglichen Rechtslage feststellt, dient E als Ausweis seiner Berechtigung i.S.v. Art. 963 Abs. 2 ZGB²¹⁹, so daß er die Grundbuchberichtigung vornehmen lassen kann.

Daneben hat E gegen X Herausgabeansprüche aus Art. 641 Abs. 2 und Art. 598 ZGB.

Variante 1

- A) Nimmt die B-Bank O auf Zahlung von 10.000,- Fr. inkl. Zinsen aus Bürgschaft gemäss Art. 492 Abs. 1 OR in Anspruch, wird dieser Regress von S und G verlangen.
- I) S haftet O nach Art. 507 Abs. 1 i.V.m. Art. 312 OR (cessio legis) auf Zahlung. Ein Ausgleichsanspruch aus dem Innenverhältnis zwischen O und S (etwa aus Auftragsrecht, Art. 402 OR) scheidet aus, da O aus reiner Gefälligkeit gehandelt hat, so dass kein Rechtsbindungswille zum Abschluss eines Vertrages zur Übernahme der Bürgschaft bestanden hat; ein solcher Anspruch nützte dem O auch nichts, da er aufgrund des zwischenzeitlich eröffneten Konkurses über das Vermögen des S als Konkursgläubiger (in der dritten Klasse, Art. 219 Abs. 4 SchKG) auf die Quote verwiesen werden würde.
- II) In Betracht kommt aber ein Anspruch des O auf Befriedigung bis zur Höhe von 10.000,- Fr. (inkl. Zinsen) aus dem Grundstück des G gemäss Art. 816 Abs. 1 ZGB.
- 1) Dafür müsste O zunächst Gläubiger eines Grundpfandrechts am Grundstück des G sein. Durch Bezahlung der Schulden des S gegenüber der B-Bank hat er nach Art. 507 Abs. 1 S. 1 OR den Anspruch gegen S auf Rückzahlung der Darlehensvaluta aus Art. 312 OR kraft Legalzession erworben. Nach Art. 170 Abs. 1 OR gehen auch die an diesem Anspruch bestehenden Nebenrechte auf O über. Unter diese Rechte fallen akzessorische Sicherungsrechte, wie Grundpfandverschreibungen²²⁰. G hat für die Darlehensschuld des S wirksam eine "Hypothek", d.h. eine Grundpfandverschreibung (Art. 824 ff. ZGB) bestellt. Nach Art. 507 Abs. 2 S. 1 OR gilt der Übergang aber nur, wenn das Drittgrundpfandrecht vor der Bürgschaft bestellt wurde²²¹.

²¹⁸ TUOR/SCHNYDER/SCHMID S. 514 f., 650.

²¹⁹ ZGB/SCHMID Art. 975 N 34 f.

²²⁰ BGE 105 II 186 f.; OR/GIRSBERGER Art. 170 N 8 m.w.N.; BK/ZOBL, syst. Teil, N 1604.

²²¹ OR/PESTALOZZI Art. 507 N. 7. Dafür, daß etwas "anderes vereinbart worden ist" (Art. 507 Abs. 2 S. 1 OR) gibt es im Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte.

- 2) Ferner setzt Art. 816 Abs. 1 ZGB voraus, dass der Gläubiger nicht befriedigt wurde, was angesichts der Zahlungsunfähigkeit des S der Fall ist. G kann die Vollstreckung in sein Grundstück aber durch Zahlung der 10.000,- Fr. (inkl. Zinsen) abwenden.
- B) Im umgekehrten Fall, dass G die Schulden des S begleicht, erhält er nach Art. 827 Abs. 2 ZGB ebenfalls kraft *cessio legis* die Forderung auf Darlehensrückzahlung gegen S, mit ihr nach Art. 170 Abs. 1 OR zugleich die Bürgschaftsforderung als Sicherungsrecht²²² und könnte gegen O gemäss Art. 827 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 110 Ziff. 1, 312, 170 Abs. 1, 492 Abs. 1 OR Regress nehmen. Nach Art. 507 Abs. 4 OR ist dem Pfandeigentümer der Regress auf den Bürgen - vorbehaltlich einer anderen hier fehlenden Abrede - aber wegen dessen Schutzwürdigkeit²²³ verwehrt.

Variante 2 - vor Eintragung des K ins Grundbuch

Anspruch K gegen X

Da X mangels Eigentum die Liegenschaft an K nicht übereignen kann, ist seine Pflicht aus Art. 184 Abs. 1 OR anfänglich subjektiv unmöglich. K hat somit einen Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 97 Abs. 1 OR²²⁴, sofern X nicht nachweist, dass er im Moment des Vertragsschlusses auf seine Eigentümerstellung vertrauen durfte.

Variante 2 - nach Eintragung des K ins Grundbuch

I. Grundbuchberichtigungsklage des E gegen K, Art. 975 Abs. 1 ZGB

E kann Grundbuchberichtigung verlangen, wenn er durch die Eintragung des K als Grundstückseigentümer in seinem Eigentumsrecht verletzt worden ist. Er hat zwar durch den Erbfall nach Art. 560 Abs. 1 ZGB Eigentum erlangt, doch könnte er dieses durch Übereignung der Liegenschaft von X an K nach Art. 656 Abs. 1, 657 Abs. 1 i.V.m. Art. 973 ZGB wieder verloren haben. Causa des Eigentumsübergangs ist der zwischen X und K geschlossene Kaufvertrag, der die nach Art. 657 Abs. 1 ZGB, Art. 216 Abs. 1 OR erforderliche Form wahrt. X war eingetragener Nichteigentümer, was K weder wusste noch wissen konnte (Art. 973 Abs. 1 ZGB). Daher erwarb K mit der Eintragung Eigentum an der Liegenschaft. Mangels Eigentümerstellung hat E keinen Anspruch auf Grundbuchberichtigung; das gleiche gilt für den Herausgabeanspruch aus Art. 641 Abs. 2 ZGB.

II. Anspruch E gegen X auf Herausgabe des Erlöses, F. 1.000.000,-

Da die Vorschriften über die GoA, das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, die ungerechtfertigte Bereicherung und die Erbschaftsklage auch auf Liegenschaften Anwendung finden, gelten die oben unter C) I)-IV) gemachten Ausführungen für die Herausgabe des Erlöses entsprechend.

Als Anspruchsgrundlage kommen ferner die Art. 938 ff. ZGB in Betracht. Diese setzen einen Herausgabeanspruch des E gegen X voraus, der seit dem Erbfall gegeben war. X war gutgläubig hinsichtlich seines Besitzrechts, so dass die Art. 938, 939 ZGB zur Anwendung kommen. Sofern es sich bei der Weiterveräußerung durch den Nichtberechtigten um Nutzung, Gebrauch oder

²²² Vgl. BGE 78 II 59 f.; OR/Girsberger Art. 170 N 8; BK/ZOBL, syst. Teil, N 1604.

²²³ OR/PESTALOZZI Art. 507, N 11; SPR VII 2 / SCYBOZ, S. 456.

²²⁴ SCHWENZER N 64.08; GAUCH/SCHLUEP/REY N 3138.

Beschädigung der Sache i.S.v. Art. 938 ZGB handelt, kann der gutgläubige X den Erlös behalten; andererseits könnte der Erlös auch als Surrogat der Sache verstanden werden, so dass er an ihrer Stelle herauszugeben wäre. Diese Frage ist umstritten²²⁵. Die Vorschriften der Art. 641 Abs. 2, 934 Abs. 1, 938 ff. ZGB regeln die Sachherausgabe getrennt von Nutzung, Gebrauch und Beschädigung. Somit liegt es näher, die Veräusserung diesen Handlungen gleichzustellen²²⁶, zumal eine Surrogation nur in gesetzlich geregelten Ausnahmefällen (Bsp.: Art. 598 ff. ZGB²²⁷) anerkannt ist. Es besteht auch keine Notwendigkeit, einen Anspruch auf Herausgabe des Erlöses nach Art. 938 ff. ZGB zu konstruieren: Für diejenigen, die den gutgläubigen Besitzer in seinem Gewinn schützen wollen²²⁸, bedarf es überhaupt keines Anspruchs; für diejenigen, einen solchen Anspruch befürworten, stehen als Grundlagen die unechte GoA (s.o.) und ggf. auch das Bereicherungsrecht (s.u.) zur Verfügung. Je nach Entscheidung des Meinungsstreits kann E von X den Erlös als Surrogat gemäss Art. 641 Abs. 2, 938 ff. ZGB fordern.

Fraglich ist, ob trotz Vorliegen der Voraussetzungen einer Eingriffskondition die Herausgabe des Erlöses aufgrund der Wertung des Art. 938 ZGB nicht ausgeschlossen ist. Dann müssten die Art. 938 ff. ZGB für den gutgläubigen Veräusserer lex specialis zu Art. 423 Abs. 1 und 62 Abs. 1 OR sein. Für den Veräusserungserlös ist dies, wie oben gesehen, nach keiner Ansicht der Fall.

²²⁵ Für erstere Lösung: BGE 71 II 97; BGE 110 II 247 f. = Pra 1985, Nr. 7; STEINAUER, droits réels I N 507; ZGB/STARK Art. 939 N 5; gegen die Annahme eines Surrogates auch: SCHWENZER, OR-AT N 58.05.; für zweite Lösung: SPR V 1 / HINDERLING, S. 512; SPR VII 2 / HOFSTETTER, S. 186.

²²⁶ ZGB/STARK Art. 939 N 5 m.w.N.

²²⁷ TUOR/SCHNYDER/SCHMID S. 537.

²²⁸ SPR VII 2 / HOFSTETTER, S. 186.