Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten

Alfred Koller

Inhaltsverzeichnis Seite

A. **Einleitung** 295

B. **Überblick** 296

I. Einleitung: Das Tatbestandsprinzip als Ausgangspunkt 296

II. Liquidation direkter Drittschäden: ausservertragliche Haftung 297

III. Liquidation direkter Drittschäden: vertragliche Haftung 299

IV. Liquidation indirekter Drittschäden: Drittschadensliquidation (Überblick) ... 301

C. **Die (eigentliche) Drittschadensliquidation im Einzelnen** 303

I. Vertraglich begründete Drittschadensliquidation 303

II. Gesetzlich vorgesehene Drittschadensliquidation 305

III. Gesetzesergänzende Drittschadensliquidation 307

A. Einleitung

Vor rund 30 Jahren habe ich mich für eine Stelle bei einer grossen schweizerischen Versicherungsgesellschaft (sie hiess damals «Winterthur») interessiert. Um meine juristischen Kenntnisse zu testen, hat mir die Ansprechperson, Alfred Keller,[1] einen Fall unterbreitet, bei dem es um die Haftung für unmittelbaren bzw. mittelbaren Schaden i.S.v. Art. 208 Abs. 2 bzw. 3 OR ging. Das war das erste Mal, dass ich mit dem Jubilar bzw. dessen Werk («Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Kaufrecht, eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute», Diss. Zürich 1984) zu tun hatte. Wenig später geschah dies ein zweites Mal: Ich bekam die «Ausservertragliche Haftung für Schockschäden Dritter, ein Beitrag zur dogmatischen Analyse der sog. Fernwirkungsschäden» (Zürich 1988) in die Hand, ein kleines, aber beeindruckendes («schönes») Büchlein zu einem Thema aus dem Bereich der Haftung für sog. Drittschäden. Während Willi Fischer das erste Thema offenbar nicht weiterverfolgt hat, hat er sich vor Kurzem noch

1 Es handelte sich um *den* Alfred Keller, also den Verfasser des Werks Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002, Bd. II, 2. Aufl., Bern 1998.

einmal – zusammen mit ANNA BÖHME – mit der Schockschadensproblematik auseinandergesetzt (Der Schockschaden in der Schweiz: Urteil 4A_364/2011 und BGE 112 II 118, in: ius.full 2013, S. 16 ff.). Ich darf daher hoffen, mit meinem Festschriftbeitrag, der ein verwandtes Thema aufgreift, auf sein Interesse zu stossen.[2]

B. Überblick

I. Einleitung: Das Tatbestandsprinzip als Ausgangspunkt

Ein Vertragspartner haftet für den Schaden eines vertragsfremden Dritten grundsätzlich nur dann, wenn dem Dritten gegenüber ein (vertraglicher oder ausservertraglicher) Haftungstatbestand erfüllt ist, d.h., wenn der Dritte *direkt (unmittelbar)* geschädigt ist (sog. Tatbestandsprinzip). Ist der Dritte bloss indirekt (mittelbar) geschädigt, so haftet der Vertragspartner für den Drittschaden nur ausnahmsweise: in den Fällen der sog. Drittschadensliquidation. Anspruchsberechtigt ist aber regelmässig nicht der Dritte, sondern der Vertragspartner, dem gegenüber der Haftungstatbestand erfüllt ist. Wo hingegen der Dritte direkt geschädigt ist, steht – selbstverständlich – ihm der Anspruch auf Schadenersatz zu.

Wer als direkt bzw. bloss indirekt geschädigt anzusehen ist, hängt von der jeweiligen Haftungsnorm ab. Im Bereich der Verschuldenshaftung (Art. 41, 97 OR usw.) ist massgebliches Kriterium die Schutzrichtung der verletzten Pflicht. Es ist also jeweils zu prüfen, zu wessen Gunsten die verletzte Pflicht besteht bzw. bestand. Ausservertragliche Pflichten können gegenüber beliebigen Personen bestehen, gegenüber einem Dritten ebenso gut wie gegenüber dem Vertragspartner. Demgegenüber bestehen vertragliche Pflichten im Allgemeinen nur zugunsten des Vertragspartners. Eine Drittbegünstigung kann vorab durch Forderungszession (Art. 164 OR) herbeigeführt werden. Weitere Ausnahmen begründen der echte Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 2 OR) und der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Im ersten Fall besteht gegenüber einem Dritten eine Leistungspflicht, im zweiten Fall eine vertragliche Nebenpflicht (Schutzpflicht). In beiden Fällen entsteht die Drittbegünstigung – anders als im Falle der Zession – unmittelbar mit Vertragsabschluss.

2 Der vorliegende Festschriftbeitrag schliesst an früher Gesagtes an (KOLLER ALFRED, Haftung einer Vertragspartei für den Schaden eines vertragsfremden Dritten, in: Koller Alfred [Hrsg.], Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Galler Baurechtstagung 2004, Tagungsbeiträge, St. Gallen 2004, S. 1 ff.; DERS., Dritthaftung einer Vertragspartei, Vertragliche und ausservertragliche Haftung im Überblick, in: Koller Alfred [Hrsg.], Dritthaftung einer Vertragspartei, HVT 2005, St. Gallen 2005, S. 1 ff.; DERS., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 61), doch bin ich teilweise von meinen früheren Auffassungen abgerückt. Stand der Bearbeitung ist Ende August 2015, doch konnte die im September 2015 erschienene Dissertation von LEONORA MEIER-SCHREIER in den Fussnoten noch berücksichtigt werden.

Wenn etwa ein Verkäufer mit der Lieferung der Kaufsache schuldhaft in Verzug gerät, so kann grundsätzlich nur der Käufer Ansprüche aus Art. 103 OR geltend machen, und er kann nur seinen eigenen Schaden ersetzt verlangen, nicht beispielsweise auch den Schaden, der wegen der Lieferverzögerung bei einem Abnehmer eintritt. Ist aber im Kaufvertrag abgemacht, dass der Verkäufer direkt den Abnehmer zu beliefern hat und dieser die Lieferung selbständig fordern kann (echter Vertrag zugunsten eines Dritten), so hat der Abnehmer im Falle verspäteter Lieferung Anspruch auf Ersatz seines Verspätungsschadens.

Im Folgenden wird vorerst (II. und III.) auf die Liquidation direkter Drittschäden, dann (IV. und C.) auf die Liquidation indirekter Drittschäden (Drittschadensliquidation) eingegangen. Hinsichtlich der Drittschadensliquidation interessiert immer nur die *vertragliche* Haftung, also die Frage, unter welchen Voraussetzungen vertraglich für einen Drittschaden gehaftet wird.[3]

II. Liquidation direkter Drittschäden: ausservertragliche Haftung

Das Gesetz kennt keine speziellen Bestimmungen zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Vertragspartner einem Dritten ausservertraglich haftbar wird. Es gelten also die allgemeinen Haftungsbestimmungen wie etwa Art. 41 Abs. 1 und Art. 55 OR. Die Tatsache, dass sich jemand vertraglich verpflichtet hat, kann sich aber im Rahmen der einschlägigen Haftungsbestimmungen auswirken. Insbesondere kann aus der Übernahme einer vertraglichen Verpflichtung eine Garantenstellung resultieren, welche dazu verpflichtet, Schaden von absolut geschützten Rechtsgütern eines Dritten durch positives Tun abzuwenden. Wer sich beispielsweise als Ingenieur verpflichtet, anstelle des Bauherrn für die Sicherung der umliegenden Grundstücke zu sorgen, ist hierzu nicht nur dem Bauherrn (vertraglich) verpflichtet, sondern auch (ausservertraglich) den Eigentümern der betreffenden Grundstücke. Er hat dann gleichsam in Vertretung des Auftraggebers für die Gefahrenabwehr zu sorgen. Verletzt er seine Pflichten schuldhaft, trifft ihn gegenüber den Eigentümern der Nachbarliegenschaften eine Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR.[4]

Beispiel 1 (BGE 4C.296/1999): Jaroslav und Vera Caesar sind Eigentümer einer Liegenschaft in Lauerz. Auf den darunter liegenden Grundstücken erstellte deren damaliger Eigentümer, Isidor Zürcher, in den Jahren 1990 und 1991 zwei Doppeleinfamilienhäuser. Die Ingenieurarbeiten übertrug Zürcher der A. Gürber AG. Im Rahmen der Aushubarbeiten, die vom Bauherrn ausgeführt wur-

3 Eingehend zu dieser Thematik neuerdings die Dissertation von MARTI-SCHREIER LEONORA, Vertragliche Drittschadensliquidation, Geltungsbereich und Durchführung, Diss. Bern 2015. Zur *ausservertraglichen* Drittschadensliquidation s. überblicksweise BÄRTSCHI HARALD, Verabsolutierte Relativität, Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Habil. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 409 ff.

4 Vgl. BGer 4C.296/1999, wo die Haftung allerdings verneint wurde (s. sogleich im Text).

den, kam es wiederholt zu Böschungsbrüchen und Instabilitäten, welche in der zweiten Bauetappe das Grundstück des Ehepaars Caesar sowie deren Haus in Mitleidenschaft zogen. In der Folge belangten die Eheleute Caesar die A. Gürber AG auf Schadenersatz im Betrag von CHF 528 050.45. Sie bekamen vor Bezirksgericht und Kantonsgericht Schwyz Recht. Das Kantonsgericht führte u.a. aus, die Beklagte sei als Ingenieurfirma verpflichtet gewesen, zum Schutz umliegender Grundstücke konkrete Anweisungen über die auf der Baustelle zu treffenden Sicherungsmassnahmen zu erteilen sowie bei Fehlhandlungen korrigierend einzugreifen. Diesen Pflichten sei sie nur ungenügend nachgekommen und hafte daher nach Art. 41 Abs. 1 OR. Das Bundesgericht hat zwar die Klage auf Berufung der A. Gürber AG abgewiesen, allerdings mit unzureichender Begründung und im Ergebnis m.E. zu Unrecht.[5]

Die Übernahme einer vertraglichen Verpflichtung kann auch eine ausservertragliche Pflicht zum Schutz fremden *Vermögens* begründen. Die schuldhafte Verletzung solcher Pflichten fällt zwar unter Art. 41 Abs. 1 OR, doch konkurriert damit u.U. eine spezielle ausservertragliche Haftung (Vertrauenshaftung[6]).

Beispiel 2 (in Anlehnung an BGE 130 III 345): A. ist Architekt und Liegenschaftenschätzer. Im Jahre 1994 verfasste er im Auftrag von X. einen Schätzungsbericht über dessen Haus. Im Schätzungsbericht fanden sich keine Hinweise auf Mängel der Liegenschaft. Zwei Jahre später liess X. den Schätzungsbericht dem Ehepaar B., das am Kauf seiner Liegenschaft interessiert war, zukommen. Das Ehepaar B. erwarb die Liegenschaft und stellte kurz nach Besitzantritt fest, «dass sich beim Vordach Probleme stellen könnten». Eine daraufhin in Auftrag gegebene Expertise brachte zahlreiche Mängel betreffend Vordach, Dachkonstruktion, Statik und Keller zu Tage. Die Eheleute B. liessen die Mängel beheben und verlangten die Sanierungskosten von A. ersetzt. Die kantonalen Instanzen hiessen eine entsprechende Klage gut, im Wesentlichen mit der Begründung, wer einen nicht nur für den Auftraggeber, sondern auch für einen Dritten bestimmten Schätzungsbericht verfasse, habe ihn im Interesse des Dritten wahrheitsgemäss zu verfassen. Verletze er diese Pflicht schuldhaft, werde er dem Dritten haftbar, soweit dieser im Vertrauen auf die Korrektheit des Berichts schädigende Dispositionen (hier: Festsetzung des Preises ohne Berücksichtigung der Sanierungskosten) treffe. Diese Voraussetzungen träfen im konkreten Fall zu. Das Bundesgericht war anderer Meinung, wohl zu Recht.[7]

Zu beachten ist, dass die Übernahme einer vertraglichen Pflicht für sich allein letztlich niemals unmittelbar eine ausservertragliche Pflicht begründet. Es müssen immer besondere Umstände vorliegen, welche pflichtbegründend wirken, so etwa oben im Beispiel 1

5 Koller Alfred, Ausservertragliche Haftung eines Ingenieurs für mangelhafte Hangsicherung? – Bemerkungen zu BGE 4C.296/1999 vom 28.01.2000, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2004, S. 367 ff.

6 Siehe dazu Koller, OR AT (Fn 2), § 28 Rz 45 ff.; ders., Haftung einer Vertragspartei (Fn 2), S. 40 ff. sowie 52 ff.

7 Anders noch Koller, Haftung einer Vertragspartei (Fn 2), S. 46 ff. Heute halte ich die Ansicht des Bundesgerichts für zutreffend, aus analogen Erwägungen, wie sie Faust Florian, Der Schutz vor reinen Vermögensschäden – illustriert am Beispiel der Expertenhaftung, in: AcP 2010, S. 567 ff., für das deutsche Recht angestellt hat.

der Umstand, dass der Ingenieur an die Stelle des Bauherrn getreten ist, im Beispiel 2 der Umstand, dass der Schätzer gegenüber einem Dritten einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen hat (was in casu – wie gesagt – vom Bundesgericht verneint wurde).

III. Liquidation direkter Drittschäden: vertragliche Haftung

Ob ein Vertragspartner einem Dritten gegenüber vertraglich haftet, beurteilt sich nach den allgemeinen vertraglichen Haftungsnormen. Wo die Haftung – wie meist – eine Pflichtverletzung voraussetzt, muss die verletzte Pflicht gegenüber dem geschädigten Dritten bestehen bzw. bestanden haben. Solche Pflichten erzeugen vor allem die drittbegünstigenden Verträge: der Vertrag zugunsten und der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten (s. bereits vorne B., I., zweiter Absatz).

1. **Echter Vertrag zugunsten eines Dritten.** Beim Vertrag zugunsten eines Dritten lässt sich jemand (Versprechensempfänger) eine Leistung an einen Dritten versprechen. Um einen *unechten* Vertrag zugunsten Dritter handelt es sich, wenn nur der Versprechensempfänger berechtigt ist, die Leistung an den Dritten zu verlangen. Steht das Forderungsrecht hingegen auch dem Dritten zu, ist dieser also – wiewohl nicht Vertragspartner – Gläubiger, so handelt es sich um einen *echten* Vertrag zugunsten eines Dritten (Art. 112 Abs. 2, Art. 262 Abs. 3, Art. 399 Abs. 3 OR).[8, 9] Verletzt der Schuldner das Forderungsrecht des Dritten, indem er ganz oder teilweise nicht erfüllt, so wird er diesem nach den einschlägigen vertraglichen Haftungsregeln (Art. 97, 101, 103 ff. OR usw.) haftbar. Daneben ist freilich auch der Vertragspartner berechtigt, Entschädigung des Dritten zu verlangen. Dieser Anspruch ist die konsequente Fortentwicklung seines Anspruchs auf Leistung an den Dritten.

Beispiel 3 (BJM 1990, S. 133 ff., mit unwesentlichen Sachverhaltsänderungen): Meier hatte für sich und seine Frau bei der A. AG Ferien in einem afrikanischen Land gebucht. Während der Ferien erkrankten Meier und seine Frau an einer Salmonelleninfektion, welche darauf zurückzuführen war, dass Meiers im Reisehotel verdorbenes Fleisch genossen hatten. Meier verlangte von der A. AG klageweise Ersatz seines Schadens, seine Frau Ersatz des ihrigen. Das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft hat beide Klagen – in Anwendung von Art. 97 und 101 OR – gutgeheissen und u.a. ausgeführt, der von Meier geschlossene Vertrag sei hinsichtlich seiner Frau als echter Vertrag zugunsten Dritter aufzufassen. Frau Meier habe daher – wiewohl nicht Vertragspartnerin – einen eigenen Anspruch auf Leistung gegen die A. AG gehabt, es stehe ihr somit auch ein eigener (vertraglicher) Schadenersatzanspruch zu. Es hätte Meier aber auch offengestanden, nebst dem eigenen Schaden auch denjenigen seiner Frau einzuklagen.

Beispiel 4 (BGE 83 II 277): Christoffel versprach dem Landwirt Hänny am 23. Februar 1954, Holz zu schlagen. Hänny verpflichtete sich, die Arbeiter von Christoffel gegen Unfall zu versichern, unterliess dann jedoch den Abschluss einer solchen Versicherung. In der Folge verunfallte einer der Arbeiter Christoffels, Cadisch; er wurde von einem rollenden Baumstamm getroffen und erlitt einen Beinbruch. Das Bundesgericht entschied, Hänny habe den Schaden, der dem Cadisch aus

8 Illustrativ neuerdings BGer 4A_163/2012 = Pra 102 (2013), Nr. 54.

9 Im Einzelfall ist auch denkbar, dass *ausschliesslich* der Dritte Gläubiger ist.

dem Nichtabschluss der Versicherung entstanden war (entgehende Versicherungsleistung), zu ersetzen (Art. 97 Abs. 1 OR). Dabei nahm es – entgegen der Vorinstanz – einen echten Vertrag zugunsten des Cadisch an und gewährte demzufolge diesem den Schadenersatzanspruch.

2. Der **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten** hat mit dem echten Vertrag zugunsten Dritter gemein, dass gegenüber einem Dritten vertragliche Pflichten bestehen. Indes handelt es sich nicht um Leistungspflichten (der Dritte ist daher nicht Gläubiger), sondern um blosse Schutzpflichten (daher Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter). Drittbegünstigende Schutzpflichten können – selbstverständlich – vertraglich vereinbart werden[10] oder sich aus dem hypothetischen Parteiwillen ergeben, also das Resultat ergänzender Vertragsauslegung[11] sein. Beides kommt jedoch kaum vor. Eine Ausnahme macht der echte Vertrag zugunsten eines Dritten (weshalb dieser ohne Weiteres auch Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten eines Dritten ist): Das Schuldverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Dritten beschränkt sich – nach dem Willen der Vertragsparteien – nicht auf das Forderungsrecht, vielmehr umfasst es auch Nebenpflichten, gleich wie wenn der Dritte selbst den Vertrag geschlossen hätte. Daher hat beispielsweise der Schuldner bei der Leistungsbewirkung auf die absolut geschützten Güter des Dritten «vertraglich» Rücksicht zu nehmen und wird dementsprechend im Falle schuldhafter Pflichtverletzung vertraglich haftbar. Bei anderen Verträgen als dem echten Vertrag zugunsten Dritter lassen sich Schutzwirkungen zugunsten eines Dritten nur selten auf den Vertragswillen zurückführen. Insbesondere hilft auch die ergänzende Vertragsauslegung meist nicht weiter, weil der Vertrag keinerlei konkrete Anhaltspunkte aufweist, welche für eine Drittbegünstigung im umschriebenen Sinne sprechen. Im Regelfall kann man sich daher nur fragen, ob drittbegünstigende Schutzpflichten im Wege der *Gesetzesergänzung* (Art. 1 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 ZGB) zu begründen sind. Meines Erachtens ist dies zu verneinen: Wo sich ein vertraglicher Drittschutz rechtfertigt, ist dem Dritten mit dem Institut der Drittschadensliquidation, nicht dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, zu «helfen». Dementsprechend ist – bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen – der Vertragspartner befugt, den Drittschaden zu liquidieren (Weiteres nun sogleich unter IV.).

Anders im Ergebnis – freilich ohne nähere Prüfung der Frage – WIEGAND/BERGER.[12] Die deutsche Rechtsprechung stützt den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auf den Parteiwillen ab. Dass dies in aller Regel eine «glatte Fiktion»[13] ist, ist heute in der deutschen Lehre weitgehend anerkannt.[14]

10 URBAN WERNER, «Vertrag» mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation, Bergisch Gladbach/Köln 1989, S. 178; FAUST (Fn 7), S. 569.

11 KOLLER, OR AT (Fn 2), § 8 Rz 4 sowie § 10 Rz 15, 17.

12 WIEGAND WOLFGANG/BERGER BERNHARD, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, in: ZBJV 1999, S. 740, m.w.Nw. in Fn 131.

13 WILHELM GEORG, Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, in: ecolex 1991, S. 157 f., mit illustrativen Rechtsprechungshinweisen.

14 BAYER WALTER, Vertraglicher Drittschutz, in: JuS 1996, S. 475 f.; CANARIS CLAUS-WILHELM, Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen

IV. Liquidation indirekter Drittschäden: Drittschadensliquidation (Überblick)

1. Für indirekte Schäden eines Dritten haftet ein Vertragspartner – wie gesehen – auch bei gegebenem Haftungstatbestand grundsätzlich nicht. Weder hat der Dritte einen eigenen Schadenersatzanspruch noch kann der anspruchsberechtigte Vertragspartner den Drittschaden liquidieren. Vorbehalten sind vorab die Fälle der sog. **uneigentlichen (unechten) Drittschadensliquidation:** Hat das Verhalten des Haftpflichtigen dazu geführt, dass der Anspruchsberechtigte einem Dritten seinerseits ersatzpflichtig ist (z.B. nach Art. 101 [siehe hinten das Beispiel 5] oder 104 OR [siehe das Beispiel 6]), so kann der Anspruchsberechtigte verlangen, dass ihn der Haftpflichtige von seiner Ersatzpflicht gegenüber dem Dritten befreit, sei es durch Zahlung an den Dritten, sei es durch externe Schuldübernahme (vgl. Art. 176 Abs. 1 OR).[15] Einen Anspruch auf Zahlung an sich selbst hat der Anspruchsberechtigte nicht,[16] ausser wenn er den Dritten bereits entschädigt hat. Das schliesst nicht aus, dass der Haftpflichtige mit befreiender Wirkung an den Anspruchsberechtigten – zuhanden des geschädigten Dritten – zahlt. Es besteht also eine Art Alternativermächtigung: Geschuldet ist nur die Leistung an den Dritten, doch darf der Ersatzpflichtige auch an den Anspruchsberechtigten leisten (vgl. in verwandtem Zusammenhang Art. 60 VVG). Nach dem Gesagten hat der Schadenersatzanspruch des Anspruchsberechtigten für diesen keinen materiellen Wert, er hat eben keinen Anspruch auf Zahlung an sich selbst, und wenn der Haftpflichtige Zahlung an ihn leistet, so hat er die Zahlung an den Dritten weiterzuleiten. Angesichts dessen wird man dem Dritten das Recht zugestehen müssen, Abtretung des Anspruchs zu verlangen. Der Anspruchsberechtigte kann allerdings die Abtretung davon abhängig machen, dass der Dritte allfälligen ihm (noch) obliegenden Pflichten nachkommt (Art. 82 OR analog).[17]

Beispiel 5 (BGE 81 II 129): Die Firma Anna Erker (Firma E.) gab Waren bei der S.A. Angelo Castelleti (C. S.A.) in Aufbewahrung. Diese lagerte die Ware ihrerseits bei der Magazzini generali S.A. (M. S.A.) ein. Hier wurde sie wegen eines Wasserrohrbruchs beschädigt. Die Firma E. erlitt einen Schaden von rund CHF 18 000. Die M. S.A. haftete der C. S.A. aus Verschulden (Art. 97 OR), die C. S.A. ihrerseits haftete der Firma E. aus Art. 101 OR. Im Verhältnis dieser Firma zur M. S.A. war hingegen kein Haftungstatbestand gegeben. In dieser Situation hatte die C. S.A. gegenüber der M. S.A. Anspruch auf Befreiung von ihrer Schuld gegenüber der Firma E., sei es durch externe Übernahme dieser Schuld, sei es durch Zahlung von CHF 18 000 an die Firma E. Die M. S.A. konnte sich allerdings auch durch Zahlung an die C. S.A. befreien. Die Firma E. war gegenüber der C.

Verträgen, Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, in: JZ 1965, S. 475 ff.; der Sache nach auch Faust (Fn 7), S. 569.

15 Huber Ulrich, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 9, Leistungsstörungen, Bd. II, Die Folgen des Schuldnerverzugs, Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, Tübingen 1999, S. 281; vgl. auch von Tuhr Andreas, Eigenes und fremdes Interesse bei Schadenersatz aus Verträgen, in: Grünhuts Zeitschrift 1898, S. 541.

16 BGE 81 II 129, E. 8.

17 Präzisierungen zu den vorstehenden Ausführungen finden sich bei Koller, Dritthaftung einer Vertragspartei (Fn 2), Anm. 10–14.

S.A. berechtigt, die Abtretung von deren Schadenersatzanspruch zu verlangen, freilich nur gegen gleichzeitige Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten aus dem Hinterlegungsvertrag (Art. 82 OR analog).

Beispiel 6: Ein Darlehensnehmer zahlt das Darlehen nicht rechtzeitig zurück, weshalb der Darlehensgeber seinerseits eine Zahlungsverpflichtung nicht rechtzeitig erfüllen kann. Hier haftet der Darlehensgeber seinem Gläubiger auf Ersatz von Verzugszinsen (Art. 104 OR). Diese sein Vermögen belastende Zinspflicht stellt einen Schaden dar. Der Darlehensnehmer hat diesen Schaden nach Art. 103 OR zu ersetzen, indem er die Zinspflicht extern übernimmt oder sie tilgt oder indem er den geschuldeten Zinsbetrag an den Darlehensgeber abführt. Dieser ist seinem Gläubiger zur Abtretung seines Anspruchs gegen den Darlehensnehmer verpflichtet.

Von *uneigentlicher* Drittschadensliquidation spricht man in solchen Fällen, weil die haftpflichtige Vertragspartei den Drittschaden nur deshalb zu ersetzen hat, weil er zum Eigenschaden des Anspruchsberechtigten gehört (sog. Haftungsinteresse) und daher die Haftung Ausfluss der allgemeinen Haftungsprinzipien ist.

2. Von **eigentlicher Drittschadensliquidation** oder schlicht von Drittschadensliquidation spricht man dann, wenn ein Drittschaden, für den der Anspruchsberechtigte nicht haftet, liquidiert werden kann. Einzelne solche Fälle sind im *Gesetz* vorgesehen. Hauptfall ist der Ersatz des Versorgerschadens (Art. 45 Abs. 3 OR, der trotz seiner Stellung im ausservertraglichen Haftungsrecht auch im vertraglichen Haftungsrecht zur Anwendung kommt). Im Einzelfall kann auch der – tatsächliche oder hypothetische – *Vertragswille* auf Drittschadensliquidation gerichtet sein. Ferner besteht ein Anspruch auf Drittschadensliquidation dort, wo deren Ablehnung durch den Haftpflichtigen im Einzelfall *rechtsmissbräuchlich* wäre (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Schliesslich kann die Drittschadensliquidation auch auf *Gesetzesergänzung* beruhen (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB). Das ist freilich nicht unbestritten. Insbesondere PIOTET[18] lehnt im vorliegenden Kontext jede Gesetzesergänzung ab. Die herrschende Lehre lässt sie hingegen – unter Annahme einer Gesetzeslücke – in gewissen Fällen zu (so im Ergebnis auch BGE 112 II 235, dazu hinten C., III., zweiter Absatz). Diese letztere Ansicht ist vorzugswürdig: Das Schadenersatzrecht entzieht sich wie kein anderes Gebiet einer abschliessenden Regelung. Das gilt nicht nur, aber auch, hinsichtlich der Frage, welche Schäden ersatzfähig sind. Es darf daher nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe insoweit eine umfassende, lückenlose Regelung treffen wollen. Mittel der Gesetzesergänzung sind insbesondere die Analogie zu einschlägigen Gesetzesbestimmungen sowie die sog. Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbots.[19] Der Richter ist aber auch befugt, in freier Rechtsfindung eigenständige Regeln zu schaffen.

Angenommen, im Beispiel 5 von vorne Ziff. 1 hat die C. S.A. (Aufbewahrerin) die Haftung für das Verhalten von Hilfspersonen (Art. 101 OR) wegbedungen. Diesfalls ist die

18 PIOTET PAUL, Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation)?, Bern 1994, Rz 339 ff.

19 S. dazu MERZ HANS, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 1962, Art. 2 ZGB N 42; KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern u.a. 2005, S. 202.

C. S.A. der Firma E. nicht haftbar, weshalb eine unechte Drittschadensliquidation ausscheidet. Im Ergebnis kann dies jedoch nichts daran ändern, dass die M. S.A. für den Schaden der Firma E. aufzukommen hat.[20] Denn der Haftungsausschluss soll nicht ihr, sondern der C. S.A. zugute kommen. Will sich die M. S.A. auf die durch den Haftungsausschluss begründete Rechtslage berufen, handelt sie missbräuchlich. Ganz allgemein muss gelten, dass eine (eigentliche) Drittschadensliquidation immer dann zulässig ist, wenn eine uneigentliche Drittschadensliquidation ausschliesslich an einem Haftungsausschluss scheitert. Auf das Rechtsmissbrauchsverbot braucht daher im Einzelfall nicht mehr zurückgegriffen zu werden. Vielmehr beruht die Drittschadensliquidation jeweils auf einer gesetzesergänzenden Regel (Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB). Art. 2 Abs. 2 ZGB hat also blosse «Durchgangsfunktion».

Wo die Drittschadensliquidation zulässig ist, steht der Schadenersatzanspruch grundsätzlich dem Anspruchsberechtigten, nicht dem Dritten, zu,[21] doch kann nur Leistung an den Dritten verlangt werden. Der Anspruch hat daher für den Anspruchsberechtigten – gleich wie bei der uneigentlichen Drittschadensliquidation – keinen materiellen Wert. Folge ist hier wie dort, dass dem Dritten ein Abtretungsanspruch zuzugestehen ist; ausnahmsweise findet eine Legalzession statt (z.B. Art. 401 OR). Die Abtretung kann jedoch u.U. von der Befriedigung von Gegenansprüchen abhängig gemacht werden (Art. 82 OR analog; siehe das Beispiel 5 von vorne Ziff. 1); im Falle einer Legalzession gilt eine entsprechende Beschränkung von Gesetzes wegen (Art. 401 Abs. 1 OR; siehe das Beispiel 8 hinten C., I., Ziff. 1).

C. Die (eigentliche) Drittschadensliquidation im Einzelnen

I. Vertraglich begründete Drittschadensliquidation

1. Dass die Parteien ausdrücklich abmachen, dass bei Vorliegen eines Haftungstatbestandes auch der Schaden eines (nicht direkt geschädigten) Dritten ersatzfähig sein soll, dürfte kaum je vorkommen. Hingegen lässt sich die Dritthaftung gelegentlich auf den hypothetischen Parteiwillen abstützen (ergänzende Vertragsauslegung[22]). Praktisch geht es durchwegs um Fälle, in denen die Leistung einer Vertragspartei für einen Dritten bestimmt ist, ohne dass diesem ein eigener Leistungsanspruch zustehen soll (andernfalls gilt das vorne in B., III., Ziff. 1, erster Absatz, Gesagte). Das trifft einmal beim **unechten Vertrag zugunsten eines Dritten** zu, dann aber auch bei den hier sogenannten drittbezogenen

20 BGE 81 II 129, E. 8.

21 Herrschende Ansicht, Nw. bei BÄRTSCHI (Fn 3), S. 413, Anm. 1866; seither auch noch RUSCH ARNOLD F., Schadenersatz für entgangenes Erbe?, in: AJP 2012, S. 676 m.Hw. auf BGE 123 III 204, E. 2.e und f. A.A. SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, Rz 14.25, und die bei BÄRTSCHI (a.a.O.), S. 414, Anm. 1869, Zitierten.

22 KOLLER, OR AT (Fn 2), § 8 Rz 4.

Verträgen oder **Verträgen im Interesse eines Dritten.** Beim unechten Vertrag zugunsten eines Dritten ist der Dritte Leistungsempfänger und damit unmittelbarer Nutzniesser der Leistung. Demgegenüber hat bei einem drittbezogenen Vertrag die Leistung zwar ausschliesslich an den Gläubiger zu erfolgen, jedoch im Interesse eines Dritten. Im einen Fall ist die Leistung nach dem Parteiwillen unmittelbar für einen Dritten bestimmt, im anderen Fall mittelbar. Wer beispielsweise einen Anwalt mit der Errichtung eines Testaments beauftragt, um seine Tochter als Alleinerbin einzusetzen, der schliesst einen drittbezogenen Vertrag, da die Leistung (Testamentserrichtung) ausschliesslich dem Vater als Auftraggeber geschuldet ist und die Tochter lediglich mittelbar von der Testamentserrichtung profitieren soll.[23] Ein allfälliger Anspruch auf Ersatz von Drittschaden steht – wie gesagt – grundsätzlich nicht dem Dritten, sondern dem Gläubiger der verletzten Leistungspflicht zu. Dieser ist jedoch dem Dritten zur Abtretung verpflichtet.

Beispiel 7 (unechter Vertrag zugunsten Dritter): Hätte das Bundesgericht in BGE 83 II 277 (s. dazu vorne III., Ziff. 1) einen unechten Vertrag zugunsten Dritter angenommen (so noch das KGer Graubünden als Vorinstanz des BGer), so hätte der Schadenersatzanspruch nicht dem verunfallten Cadisch, sondern dessen Arbeitgeber Christoffel zugestanden, doch hätte Cadisch die Abtretung des Anspruchs verlangen können, allenfalls aber nur gegen gleichzeitige Erfüllung eigener arbeitsvertraglicher Pflichten (etwa zur Herausgabe von Arbeitsmaterial).

Beispiel 8 (Vertrag im Interesse eines Dritten; vgl. BGH, in: JZ 1966, S. 141): X will seine Tochter als Alleinerbin einsetzen. Da er nicht privatschriftlich testieren will, beauftragt er einen Rechtsanwalt mit der Abfassung eines öffentlichen Testaments. In der Folge stirbt X, noch bevor es zur Testamentserrichtung gekommen ist. Die Tochter muss sich deshalb als gesetzliche Erbin neben einer Enkelin (Tochter eines vorverstorbenen Sohnes von X) mit der Hälfte des Nachlasses begnügen. Ist dem Anwalt eine pflichtwidrige Säumnis vorzuwerfen und wäre das Testament bei pflichtgemässem Verhalten noch rechtzeitig errichtet worden, so ist er für den der Tochter entgangenen hälftigen Erbteil vertraglich haftbar. Anspruchsberechtigt sind beide Erben, nicht die Tochter alleine. Diese hat aber gegenüber der Enkelin einen Abtretungsanspruch.

Im deutschen Recht wird in solchen Fällen ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter angenommen. Dementsprechend ist der Dritte jeweils von Gesetzes wegen anspruchsberechtigt. Dem Vertragspartner, dem gegenüber der Haftungstatbestand erfüllt ist, steht nach dieser Konzeption kein Retentionsrecht zu, mit dem er die Berechtigung des Dritten mit seinen eigenen Interessen verknüpfen könnte. Im vorherigen Beispiel 7 würde also Cadisch seinen Schaden ersetzt verlangen können, ohne durch ein Retentionsrecht seines Arbeitgebers Christoffel gehindert zu sein. Das ist m.E. weder sachgerecht noch auf den Parteiwillen rückführbar.

2. Sowohl beim unechten Vertrag zugunsten eines Dritten wie auch beim Vertrag im Interesse eines Dritten macht das Leistungsversprechen des Schuldners nur wirklich Sinn, wenn man es mit einer Haftung für allfälligen Drittschaden verbindet. Denn ohne die Haftungsübernahme wäre das Leistungsversprechen im Falle einer Obligationsverletzung praktisch nicht durchsetzbar, es sei denn, der Drittschaden bedeute gleichzei-

23 Anders etwa SCHWENZER (Fn 21), Rz 87.05.

tig einen Eigenschaden (Haftungsinteresse) des Gläubigers. Daher darf der Gläubiger nach Treu und Glauben davon ausgehen, der Schuldner wäre mit einer Übernahme des Drittschadens einverstanden, wenn die Haftungsfrage zur Diskussion gestellt würde, und der Schuldner seinerseits muss nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass sein Leistungsversprechen auch als Versprechen, für allfälligen Drittschaden einzustehen, ausgelegt wird. Anders verhält es sich dort, wo der Schuldner eine Leistung für den Gläubiger und in dessen Interesse erbringt, mögen allenfalls auch Dritte in den Genuss der Leistung gelangen. In solchen Fällen darf der hypothetische Parteiwille regelmässig nicht auf die Übernahme eines allfälligen Drittschadens erstreckt werden. Daher darf beispielsweise bei einem Mietvertrag im Normalfall nicht angenommen werden, die Haftung des Vermieters erstrecke sich auch auf allfälligen Schaden von Ehegatte, Kindern und Gästen, und bei einem Kaufvertrag darf regelmässig nicht angenommen werden, die Haftung des Verkäufers erstrecke sich auch auf den Schaden eines Abnehmers. Letzten Endes kann aber immer nur im Einzelfall beurteilt werden, ob der konkrete Vertrag genügende Anhaltspunkte für eine ergänzende, auf Drittschutz gerichtete Vertragsauslegung liefert. Sicher aber scheint, dass dies dort nie der Fall ist, wo der Gläubiger und der Dritte *gegenläufige* Interessen haben und daher der Schuldner nicht annehmen muss, der Gläubiger sei an einem Drittschutz interessiert.[24]

Wer beispielsweise im Hinblick auf einen allfälligen Verkauf ein Grundstück schätzen lässt, ist an einem möglichst hohen Schätzwert interessiert, wogegen allfällige Kaufinteressenten an einem möglichst tiefen Schätzwert interessiert sind. Daher schied in BGE 130 III 345 (dazu vorne B., II., vierter Absatz) eine vertragliche Haftung des Schätzers für den Schaden der Käufer aus (E. 1).

II. Gesetzlich vorgesehene Drittschadensliquidation

Das Prinzip, dass indirekte Schäden – bei gegebenem Haftungstatbestand – nicht ersatzfähig sind, soll verhindern, dass Ersatzpflichten ins Uferlose wachsen und dadurch Haftpflichtige in den wirtschaftlichen Ruin getrieben werden. In den Fällen, für die das Gesetz Ausnahmen vorsieht, ist eine Ausuferung der Haftung nicht zu befürchten. Im Vordergrund stehen die folgenden beiden Fälle:[25]

1. **Haftung für Versorgerschaden.** Art. 45 Abs. 3 OR betrifft den Fall, dass jemand für den Tod eines Menschen ausservertraglich (z.B. nach Art. 41, 55, 56 OR) haftbar ist. Die Bestimmung sieht vor, dass Dritte, die durch die Tötung ihren Versorger verloren haben,

24 Die deutsche Rechtsprechung hat hingegen auch schon in solchen Fällen einen vertraglichen Drittschutz (und zwar unter Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) befürwortet (BGHZ 127, S. 378; BGH, in: NJW 1998, S. 1059; ablehnend z.B. Picker Eduard, Gutachterhaftung – Ausservertragliche Einstandspflichten als innergesetzliche Rechtsfortbildung, in: Beuthien Volker et al. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, Zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1999, S. 400 ff.; weitere Nachweise in BGE 130 III 345, E. 1).

25 S. ferner Art. 399 Abs. 3 OR; dazu BGE 121 III 310.

den daraus resultierenden Schaden (sog. Versorgerschaden) ersetzt verlangen können. Art. 45 Abs. 3 OR findet gestützt auf Art. 99 Abs. 3 OR auch im Rahmen der vertraglichen Haftung Anwendung. Wenn also beispielsweise ein Arbeitnehmer sich an einer mangelhaft gewarteten Maschine verletzt und in der Folge stirbt, so kann die bis anhin von ihm versorgte Ehefrau nach Art. 45 Abs. 3 i.V.m. Art. 328 und 97 Abs. 1 OR Ersatz ihres Versorgerschadens verlangen.

Obwohl der Anspruch in solchen Fällen nicht allein auf Art. 45 Abs. 3 OR beruht, sondern an einen vertraglichen Haftungstatbestand anknüpft, handelt es sich nach BGE 123 III 204 nicht um einen vertraglichen, sondern um einen ausservertraglichen Anspruch. Dementsprechend richtet sich die Verjährung nach Ansicht des Bundesgerichts nach Art. 60, nicht Art. 127 OR. Die neuere, m.E. zutreffende Lehre unterstellt hingegen den Anspruch vertragsrechtlichen Modalitäten[26] (so auch noch die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung[27]).

Die Haftung für Versorgerschaden ist auch in den Nachbarrechten anerkannt (z.B. § 844 Abs. 2 BGB). Sie beruht auf der Überlegung, dass der Haftpflichtige nicht besserstehen soll, wenn er eine Person tötet, als wenn er sie verletzt und dadurch arbeitsunfähig macht. Im einen Fall (Verletzung) wird der Versorgungsausgleich über den Ersatz des Verdienstausfalls ermöglicht, im anderen Fall (Tötung) durch den Ersatz des Versorgerschadens. Die Gefahr einer Haftungsausuferung besteht dabei offensichtlich nicht, denn der Versorgerschaden orientiert sich am ausfallenden Verdienst.[28]

Entgegen der allgemeinen Regel hat der indirekt geschädigte Dritte (der oder die Versorgte) von Gesetzes wegen einen eigenen Anspruch auf Entschädigung, er ist also nicht auf eine Abtretung vonseiten der Erben des Getöteten angewiesen.

2. **Haftung für schadensvermindernde Leistungen Dritter.** Das Gesetz sieht verschiedentlich vor, dass ein Dritter dem Geschädigten eine Leistung zu erbringen hat, im Ausgleich dafür aber auf den Haftpflichtigen zurückgreifen kann. Auch hier geht es letzten Endes um Drittschadensliquidation.[29] Zwei *Beispiele:*

- Wird ein nach UVG Versicherter bei einem Unfall verletzt, so hat er gegenüber dem Versicherer (z.B. der Suva) Anspruch auf Versicherungsleistungen. Ist für den Unfall ein Dritter haftbar, so kann der Versicherer auf diesen im Umfang seiner Leistungspflicht Regress nehmen (Art. 72–75 ATSG i.V.m. Art. 42 UVG). Das Regressrecht gilt bei beliebiger Haftpflicht, insbesondere auch im Falle vertraglicher Haftung. Gegebenenfalls haftet also der aus Vertrag Haftbare dem Versicherer, obwohl dieser lediglich

26 Weber Rolf H., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Bern 2000, Art. 99 OR N 192 m.w.Nw.

27 BGE 36 II 218, E. 3.

28 Prägnant Keller Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II (Fn 1), S. 86 unten.

29 S. die Nachweise bei Koller, Dritthaftung einer Vertragspartei (Fn 2), S. 16, Anm. 29.

indirekt geschädigt ist. Insofern handelt es sich um eine besondere Form von Drittschadensliquidation.

- Wird ein Arbeitnehmer ohne sein Verschulden verletzt und dadurch arbeitsunfähig, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den Lohn weiterzuzahlen (Art. 324*a* OR). Der Arbeitgeber kann jedoch auf einen allfälligen Haftpflichtigen ganz oder teilweise Regress nehmen (Art. 51 Abs. 1 OR analog i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR).[30] Auf welchem Rechtsgrund die Haftung beruht, ist unerheblich. Insbesondere steht der Regress dem Arbeitgeber auch gegenüber einem aus Vertrag Haftbaren zu (BGE 126 III 521, E. 2.b). Letzten Endes geht es darum, dass der Arbeitgeber Schaden (Lohnfortzahlung trotz fehlender Gegenleistung) auf den Haftpflichtigen abwälzen kann, obwohl er nicht direkt geschädigt ist.

Im Falle des UVG-Regresses geht im Umfange des Regressrechts der Schadenersatzanspruch des Verunfallten auf den Versicherer über (Subrogation). Der Regressanspruch ist also identisch mit dem Schadenersatzanspruch. Demgegenüber handelt es sich beim Regressrecht nach Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR um einen selbständigen, mit dem Schadenersatzanspruch nicht identischen Anspruch (BGE 115 II 42, E. 2.a). Immer aber ist der Dritte von Gesetzes wegen berechtigt, seinen Schaden selbst zu liquidieren. Einer Abtretung bedarf er hierfür – entgegen der allgemeinen Regel – nicht.

III. Gesetzesergänzende Drittschadensliquidation

1. **Überblick.** Anknüpfungspunkt für eine gesetzesergänzende Drittschadensliquidation kann vorab die Durchgangsfunktion des Rechtsmissbrauchsverbots sein (vorne B., IV., Ziff. 2, erster Absatz), ferner die Analogie zu Bestimmungen, welche die Drittschadensliquidation ausdrücklich oder der Sache nach zulassen (s. vorne C., II., Ziff. 2, vierter Absatz). In nicht wenigen Fällen aber beruht die Drittschadensliquidation auf «freier» richterlicher Rechtsfindung. So verhält es sich in den Fällen der sog. Schadens- oder Interessenverlagerung, für welche die Drittschadensliquidation weitgehend anerkannt ist. Gemeint sind Tatbestände, bei denen der Schaden «typischerweise nicht beim Anspruchsberechtigten selbst, sondern *nur bei einem Dritten* entstehen kann».[31] Als wichtigste Fallgruppen haben sich die Fälle der mittelbaren Stellvertretung, die Fälle der obligatorischen Gefahrverlagerung und die Obhutsfälle herausgebildet (dazu hinten Ziff. 2–4).[32] Es gibt jedoch noch andere Fälle.[33] Ein *Beispiel* gibt BGE 112 II 235 ab.

BGE 112 II 235 betraf folgenden Sachverhalt: Der Pächter einer Liegenschaft hatte diese unterverpachtet und in der Folge nicht mehr zum Gebrauch überlassen können, weil der

30 Koller, OR AT (Fn 2), § 75 Rz 203 f.

31 Jauernig Othmar et al., Bürgerliches Gesetzbuch, mit Rom-I-, Rom-II-, Rom-III-VO, EG-UntVO/HUntPot und EuErbVO, Kommentar, 15. Aufl., München 2014, Vor §§ 249–253 BGB N 19.

32 Bärtschi (Fn 3), S. 434 ff.

33 Neustens Marti-Schreier (Fn 3), Rz 242 m.w.Nw. in Anm. 546, welche allerdings keine solchen Fälle herausgearbeitet hat.

Verpächter sie verkauft und der Erwerber das Pachtverhältnis – berechtigterweise – vorzeitig aufgelöst hatte (Art. 290 lit. a i.V.m. Art. 261 OR). Der Unterpächter erlitt dadurch einen Schaden. Auf diesem wäre er ohne Drittschadensliquidation sitzen geblieben. Denn: Der Pächter war ihm mangels Verschuldens nicht haftbar. Der Verpächter seinerseits hatte zwar «seinen» Pachtvertrag schuldhaft verletzt, doch war der Unterpächter insoweit nur indirekt geschädigt und daher nach allgemeinem Grundsatz nicht ersatzberechtigt. Dieses unerfreuliche Resultat hat das OGer Aargau vermieden, indem es annahm, der Pächter könne vom Verpächter die Entschädigung des Unterpächters verlangen. Dem Unterpächter gestand es ein Recht auf Abtretung dieses Anspruchs zu. Das Bundesgericht ging – m.E. zu Unrecht[34] – noch weiter und hat dem Unterpächter das Recht zuerkannt, den Pächter (nicht den Verpächter!) auf Schadenersatz zu belangen.

In den Fällen der Schadensverlagerung hängt die Haftung für den Drittschaden nicht davon ab, ob dem Haftpflichtigen die Drittbeteiligung erkennbar war oder nicht (so im Ergebnis auch BGE 112 II 235[35]). Denn es geht hier – anders als beim unechten Vertrag zugunsten Dritter und beim Vertrag im Interesse Dritter – nicht darum, die Drittschadensliquidation auf den Parteiwillen abzustützen, sondern auf das objektive, wenn auch ungeschriebene Recht: Anspruchsgrundlage ist eine Fortentwicklung des Gesetzes, nicht des Vertrags. Immerhin kann dem Umstand, dass der Schuldner um die Drittbeteiligung nicht wusste, bei der Schadenersatzbemessung Rechnung getragen werden (Art. 43 f. OR). Wenn umgekehrt die Drittbeteiligung erkennbar war, so kann die Drittschadensliquidation u.U. auch auf den (hypothetischen) Parteiwillen abgestützt werden.

2. **Fälle der mittelbaren Stellvertretung.** Schliesst jemand als mittelbarer Vertreter einen Vertrag, so ist ausschliesslich er, nicht der Vertretene, gegenüber dem Vertragspartner berechtigt und verpflichtet. Verletzt der Vertragspartner in haftbar machender Weise den Vertrag (oder wird er in sonstiger Weise vertraglich haftbar, z.B. nach Art. 101 OR), so ist der Vertretene, falls geschädigt, bloss indirekt geschädigt. Nach dem Tatbestandsprinzip ist daher sein Schaden nicht ersatzfähig. Das wird zu Recht als unbillig empfunden und daher die Drittschadensliquidation zugelassen.[36] Anspruchsberechtigt ist zwar – nach allgemeiner Regel – der Vertreter, doch geht der Anspruch auf den Vertretenen über, sobald dieser seinen Verpflichtungen aus dem Rechtsverhältnis zum Vertreter nachgekommen ist (z.B. Art. 401 Abs. 1, Art. 425 Abs. 2 i.V.m. Art. 401 Abs. 1 OR).

Beispiel 9: A erteilt B den Auftrag, auf seine Rechnung, aber in eigenem Namen, bei C ein bestimmtes Bild zu kaufen. B tätigt den Kauf auftragsgemäss. Kommt C in der Folge mit der Lieferung

34 Guhl Theo/Koller Alfred/Schnyder Anton K./Druey Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2000, § 38 Rz 39; vgl. auch SJZ 1980, S. 194.

35 Ferner Lemp Paul, Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzugs, Diss. Bern 1938, S. 168; a.A. Becker Hermann, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Bern 1945, Art. 97 OR N 47.

36 Vgl. z.B. OGH SZ 1973, Nr. 31 und 1996, Nr. 266; ablehnend hingegen BGE 81 II 129, E. 8 f.

in Verzug, so kann B den Verzugsschaden des A von C ersetzt verlangen. Sobald A seinen Verpflichtungen gegenüber B nachgekommen ist (z.B. eine allfällige Provision gezahlt hat), geht der Anspruch von Gesetzes wegen auf ihn über (Art. 401 Abs. 1 OR, evtl. i.V.m. Art. 425 Abs. 2 OR). Geht die Sache in einer den C haftbar machenden Weise unter, so kann B den Schaden ersetzt verlangen, der dem A aus der Nichterfüllung entsteht.[37] Nebst dem Schaden von A kann B (selbstverständlich) auch seinen eigenen Schaden liquidieren, falls solcher entsteht (es entgeht ihm z.B. die Provision, weil mit A abgemacht ist, dass die Provision nur bei erfolgreicher Durchführung des Geschäfts geschuldet ist).

3. **Fälle der obligatorischen Gefahrverlagerung.** Es geht um Fälle der folgenden Art: Ein Sachschuldner beauftragt einen Dritten mit der Erfüllung. Bei diesem wird die Sache zerstört, und zwar so, dass der Dritte dem Schuldner vertraglich haftbar wird (z.B. nach Art. 97 oder 101 OR). Haftet der Schuldner seinerseits seinem Gläubiger, so kann er dessen Schaden nach den Grundsätzen über die *uneigentliche* Drittschadensliquidation liquidieren. Haftet er nicht, so ist er zu einer *eigentlichen* Drittschadensliquidation befugt.[38]

Beispiel 10: S schenkt seiner Freundin B sein Auto und beauftragt X, dieses gegen Zahlung von CHF 100 der B zu bringen. X verschuldet einen Unfall, bei dem das Auto einen Totalschaden erleidet. Hier haftet S seiner Freundin nicht (Art. 248 OR). Eine uneigentliche Schadensliquidation fällt daher ausser Betracht. Zulässig ist hingegen eine eigentliche Drittschadensliquidation: S kann von X – gestützt auf Art. 97 OR – verlangen, die B zu entschädigen.

Beispiel 11:[39] K kauft bei V eine Maschine, die V über eine Speditionsfirma zur Versendung bringen soll (Versendungskauf, Schickschuld). V betraut mit dem Transport die Firma S. Diese verursacht in haftbar machender Weise einen Unfall, bei dem die Maschine zerstört wird. Da V für das Verhalten von S nicht (nach Art. 101 OR) einzustehen hat, ist er dem K nicht schadenersatzpflichtig. Eine uneigentliche Drittschadensliquidation fällt daher ausser Betracht. Hingegen ist V zu einer eigentlichen Drittschadensliquidation befugt. Hauptbestandteil des Schadens von K bildet normalerweise der Kaufpreis, den K dem V trotz Nichterhalt der Sache bezahlen muss, falls er – wie regelmässig (Art. 185 OR) – gefahrbelastet ist. Ist ausnahmsweise V – durch vertragliche Abrede – gefahrbelastet, so kann V den Verlust des Kaufpreises als eigenen Schaden geltend machen und darüber hinaus noch verbleibenden Drittschaden (z.B. Gewinn, den K bei Erhalt der Sache gemacht hätte).

4. **Obhutsfälle.** In den Obhutsfällen ist jemand zur Obhut über eine fremde Sache verpflichtet. In der Folge wird die Sache durch einen Dritten in haftbar machender Weise

37 Piotet (Fn 18), meint, der Vertreter erleide in einem solchen Fall einen eigenen Schaden in Höhe des objektiven Sachwerts (Verkehrswerts); diesen könne er liquidieren, mehr nicht (Rz 211 f.). Indessen ist eine objektive Schadensberechnung abzulehnen, sofern und soweit der angeblich Geschädigte subjektiv erwiesenermassen keinen Schaden erlitten hat (Koller, OR AT [Fn 2], § 49 Rz 8; vgl. z.B. den Fall in VersR 1984, S. 151). In unserem Beispiel erleidet B, da ihm die Sache wirtschaftlich nicht gehören soll, keinen Schaden in Höhe des Sachwerts. Abgesehen hiervon ist es in grundsätzlicher Hinsicht nicht richtig, die subjektiven Interessen des Vertretenen nicht zu berücksichtigen.

38 Vgl. OGH SZ 1978, Nr. 164.

39 Löwisch Manfred, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Fälle und Erläuterungen zum allgemeinen Schuldrecht des BGB, 2. Aufl., München 1982, Fälle 114/1 und 2; ähnlich der instruktive Fall BGH, in: NJW 1970, S. 38 ff.

beschädigt oder zerstört. Haftet der Obhutspflichtige dem Eigentümer der Sache seinerseits für deren Beschädigung oder Zerstörung, z.B. weil er das Verhalten des Dritten nach Art. 101 OR zu vertreten hat, so kann er den Schaden des Eigentümers nach den Grundsätzen über die unechte Drittschadensliquidation liquidieren. Haftet er hingegen nicht, so ist er zu einer eigentlichen Drittschadensliquidation befugt.

Beispiel 12: M, der bei V in Miete ist, hat von seinem Freund X wertvolle Bilder entlehnt. Diese gehen bei einem Brand, den V verschuldet hat, unter. Eine uneigentliche Drittschadensliquidation scheidet aus, da M dem X nicht haftbar ist. Hingegen ist M befugt, von V die Entschädigung des X zu verlangen (Art. 97 OR).