

Die Drittschadensliquidation - braucht es sie?

Alexander Perrig (MLaw student, Universität Freiburg)

En pratique, il existe des cas de figures où un dommage résultant d'une violation contractuelle survient dans le patrimoine d'un tiers et non dans celui du partenaire contractuel. À défaut d'un dommage imputable au partenaire contractuel et de base légale protégeant le tiers, des dommages-intérêts sont exclus. Les droits allemand et autrichien connaissent la « *Drittschadensliquidation* » qui permet au partenaire contractuel de faire valoir ledit dommage subi par le tiers. Le présent article examine si le droit suisse offre des alternatives pour résoudre la problématique des dommages causés aux tiers et par conséquent si la « *Drittschadensliquidation* » est nécessaire ou non.

Einleitung

Einer der wichtigsten Grundsätze des schweizerischen Vertragsrechts ist die relative Wirkung von Schuldverhältnissen. Ein Vertrag entfaltet grundsätzlich nur Rechte und Pflichten für die am Vertrag beteiligten Parteien, nicht aber für Dritte.¹ Eng mit diesem Grundsatz verbunden ist das «Dogma vom Gläubigerinteresse».² Danach muss der Schuldner nur jenen Schaden ersetzen, der im Vermögen des Gläubigers eingetreten ist.³ In der Praxis ergeben sich nun Fälle, in denen der Schaden aufgrund einer Vertragsverletzung statt beim Gläubiger bei einem vertragsfremden Dritten eintritt.

Gemäss dem «Dogma vom Gläubigerinteresse» kann der Gläubiger den Schaden nicht geltend machen, weil bei ihm selbst kein Schaden entstanden ist. Der Dritte hat zwar einen Schaden erlitten, jedoch fehlt ihm ein vertraglicher Anspruch, um diesen

vom Schuldner ersetzt zu erhalten.⁴ Folglich ist der Haftungstatbestand sowohl beim Dritten als auch beim Gläubiger nicht erfüllt.

Weil der Schaden aus der Sicht des Schuldners rein «zufällig»⁵ auf einen Dritten verlagert wurde, wird es gemeinhin als unbillig erachtet, dass der Dritte seinen Schaden nicht ersetzt erhält und der Schuldner den von ihm verursachten Schaden nicht ersetzen muss.⁶

Um diese unbefriedigende Situation zu beheben, hat die deutsche Lehre und die deutsche Rechtsprechung das Rechtsinstitut der sog. «Drittschadensliquidation» entwickelt.⁷ Dadurch wird dem Gläubiger das Recht eingeräumt, den Schaden des Dritten gegen den Schuldner geltend zu machen.⁸

In Deutschland⁹ und in Österreich¹⁰ ist die Drittschadensliquidation mittlerweile durchwegs anerkannt. In der Schweiz hingegen halten sich die kritische Stimmen in der Lehre hartnäckig.¹¹ Auch die Schweizer Rechtsprechung behandelt die

⁴ Ausnahmsweise hat der Dritte einen deliktsrechtlichen Anspruch. Das ist vor allem bei Obhutsverhältnissen der Fall, zumal der Dritte Eigentümer der beschädigten oder zerstörten Sache ist. Sowohl bei der indirekten Stellvertretung als auch bei Obhutsverhältnissen fällt ein deliktsrechtlicher Anspruch grundsätzlich weg, da beim Dritten i.d.R. ein reiner Vermögensschaden entsteht.

⁵ D. MEDICUS/S. LORENZ, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 22. Aufl., München 2021, § 52 N 27.

⁶ H. BÄRTSCHI, Verabsolutierte Relativität, Die Rechtstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Habil. Zürich 2009, S. 408; R. H. WEBER, Drittschadensliquidation – eine Zwischenbilanz, in: Sturm Fritz (Hrsg.), Mélanges Paul Piotet, Bern 1990, S. 215 ff., S. 216.

⁷ P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/S. EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 2885.

⁸ VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 557.

⁹ Statt vieler MEDICUS/LORENZ (Fn. 5), § 52 N 26 ff.

¹⁰ Statt vieler P. APATHY, Drittschadensliquidation, JBL 131 (2009) Heft 2, S. 69 ff.

¹¹ So kritisiert beispielsweise P. PIOTET, Le débiteur qui viole son obligation peut-il devoir indemniser un tiers (Drittschadensliquidation)?, Bern 1994 (ASR Heft 555), N 168 ff., 266 ff., 333 ff., die Anwendung der Drittschadensliquidation in der Schweiz und argumentieren, dass sich das Drittschadensproblem mit anderen Rechtsfiguren lösen lässt.

¹ Statt vieler L. MARTI-SCHREIER, Vertragliche Drittschadensliquidation, Geltungsbereich und Durchführung, Diss. Bern 2015 (ASR Heft 814), N 73.

² MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 35; C. VON GRAFFENRIED, Schadloshaltung des Dritten in zweivertraglichen Dreiparteienvhältnissen, Ein Beitrag insbesondere zum Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 OR), Zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und zur Drittschadensliquidation im schweizerischen Recht, Diss. Bern 2019 (ASR Heft 830), N 118 ff.

³ BGer 4A_71/2012 vom 27.11.2012, E. 5.4.

Drittschadensliquidation bis heute mit äusserster Zurückhaltung.¹² Der vorliegende Beitrag geht deshalb der Frage nach, ob es nicht an der Zeit wäre, die Drittschadensliquidation auch in der Schweizer Rechtspraxis einzuführen.

I. Anwendungsfälle der Drittschadensliquidation

Die Drittschadensliquidation wird in der Lehre typischerweise in Fallgruppen diskutiert.¹³ Im Folgenden werden die drei Hauptfallgruppen der «indirekten Stellvertretung», der «obligatorischen Gefahrentlastung» und der «Obhutsverhältnisse» dargelegt, und jeweils untersucht, ob es alternative Lösungsmöglichkeiten gibt, die eine Einführung der Drittschadensliquidation in der Schweiz obsolet machen würden.

A. Indirekte Stellvertretung

1. Ausgangslage

Bei der indirekten Stellvertretung schliesst der Vertreter in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung mit dem Schuldner einen Vertrag ab.¹⁴ Mithin wird nicht der Vertretene verpflichtet oder berechtigt, sondern der Vertreter selbst.¹⁵ In Fällen der indirekten Stellvertretung liegt somit das Interesse der Vertragserfüllung beim Vertretenen, Vertragspartei ist jedoch der Vertreter.¹⁶ Diese Ausgangslage kann zu Haftungsdefiziten führen.¹⁷ Verletzt der Schuldner den Vertrag, treffen die wirtschaftlichen Folgen der Vertragsverletzung nicht den Vertreter – also den Vertragspartner – sondern den Vertretenen, auf dessen Rechnung der Vertrag abgeschlossen wurde.¹⁸

¹² In BGE 121 III 310, E. 4 S. 315 wurde eine Drittschadensliquidation im Zusammenhang mit Art. 399 Abs. 3 OR als denkbar erachtet. Explizit bejaht hat das Bundesgericht eine Anwendung der Drittschadensliquidation bis heute aber nicht.

¹³ Statt vieler VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 652 ff. und MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 23.

¹⁴ P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 1426.

¹⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 14), N 1427.

¹⁶ E. VON CAEMMERER, Das Problem des Drittschadensersatzes, ZBJV 100 (1964), S. 341 ff., S. 358; MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 155.

¹⁷ MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 155.

¹⁸ VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 657.

Mithilfe der Drittschadensliquidation soll nun der Vertreter, der selbst keinen Schaden erlitten hat, den Schaden des nicht am Vertrag beteiligten Vertretenen geltend machen können.¹⁹

2. Alternative Lösungen

Bei der indirekten Stellvertretung werden häufig die Substitution (Art. 399 Abs. 3 OR) und die Legalzession (Art. 401 Abs. 1 OR) als Alternativen zur Drittschadensliquidation diskutiert.²⁰ Gemäss Art. 399 Abs. 3 OR kann ein Auftraggeber – wenn der Beauftragte die Besorgung des Geschäfts befugter- oder unbefugterweise auf einen Dritten übertragen hat – die Ansprüche, die dem Beauftragten gegen den Dritten zustehen, unmittelbar gegen diesen geltend machen. Das lässt nun vermuten, dass aufgrund von dieser Bestimmung, dem Auftraggeber direkt ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem Dritten eingeräumt wird und die Drittschadensliquidation deshalb entbehrlich ist. Das ist aber deshalb nicht der Fall, weil der Beauftragte mangels eigenen Schadens selbst keinen Schadenersatzanspruch gegen den Dritten erwirbt.²¹ Nach dem Wortlaut von Art. 399 Abs. 3 OR kann der Auftraggeber aber nur solche Ansprüche geltend machen, die dem Beauftragten gegen den Dritten selbst zustehen.

Eine weitere allfällige Alternative erkennt insbesondere PIOTET in Art. 401 Abs. 1 OR.²² Dieser Bestimmung zufolge gehen die Forderungsrechte, die der Beauftragte gegenüber dem Dritten erworben hat, auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist.

Die Befürworter argumentieren, dass der Auftraggeber gegen den Dritten selbst einen Schadenersatzanspruch erlangt, wenn er seinerseits alle Pflichten gegenüber dem Beauftragten erfüllt hat.²³ Jedoch werde nach Art. 401 Abs. 1 OR nur solche Forderungsrechte *de*

¹⁹ MEDICUS/LORENZ (Fn. 5), § 52 N 32.

²⁰ MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 164.

²¹ BÄRTSCHI (Fn. 6), S. 437; MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 173; C. ARMBRÜSTER, Vertragliche Haftung für Drittschäden – quo vadis Helvetia?, in E. Bucher/C.-W. Canaris/H. Honsell/T. Koller (Hrsg.), Norm und Wirkung, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S 71 ff., S. 82.

²² PIOTET (Fn. 11), N 168 ff.

²³ ARMBRÜSTER (Fn. 21), S. 80.

lege zediert, die der Beauftragte zuvor erworben hat.²⁴ Einen Schadenersatzanspruch hat der Beauftragte auch hier, mangels Schaden, hingegen nicht erworben. Mithin liegt dieser Lösung dasselbe Problem zugrunde wie der Substitution nach Art. 399 Abs. 3 OR.

B. Obligatorische Gefahrentlastung

1. Ausgangslage

Die Fallgruppe der obligatorischen Gefahrentlastung umfasst all jene Fälle, in denen aufgrund einer Gefahrtragungsregel der Schaden nicht beim Gläubiger, sondern bei einem vertragsfremden Dritten eintritt.²⁵ Mithin ist im vertraglichen Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Dritten die Leistungs- und Preisgefahr aufgrund einer gesetzlichen Regelung auf den Dritten übergegangen.²⁶

Art. 185 Abs. 1 OR hält fest, dass Nutzen und Gefahr bei Vertragsabschluss auf den Käufer übergehen. Hat nun der Verkäufer die Kaufsache einer Transportfirma übergeben und hat diese sie pflichtwidrig beschädigt oder zerstört, entsteht der Schaden aufgrund des Gefahrenübergangs nicht beim Verkäufer, sondern beim Käufer.²⁷ Dieser hat den Kaufpreis grundsätzlich dennoch zu bezahlen, jedoch ist seine Forderung auf die Kaufsache unter Umständen erloschen (Art. 119 Abs. 1 OR). Gleichzeitig kann er den Schaden mangels Vertrag mit dem Transportunternehmen nicht geltend machen. Im Gegensatz zum Käufer hat der Verkäufer zwar einen Vertrag mit dem Transportunternehmen, weil er den Kaufpreisanspruch aber behält, fehlt ihm der Schaden, welcher zur Komplettierung des Haftungstatbestands benötigt wird.²⁸

Durch eine Anwendung der Drittschadensliquidation könnte nun der Verkäufer den von der Transportfirma verursachten Schaden des Käufers geltend machen.

2. Alternative Lösungen

Bei der obligatorischen Gefahrentlastung wird allen

voran die Hilfspersonenhaftung (Art. 101 Abs. 1 OR) als Alternative in Betracht gezogen. Dabei wird argumentiert, der Schuldner sei in den Fällen der obligatorischen Gefahrentlastung als Erfüllungsgehilfe des Gläubigers zu qualifizieren.²⁹ So sei etwa der Lagerhalter ein Erfüllungsgehilfe des Verkäufers, da der Verkäufer die sorgfältige Aufbewahrung der Kaufsache schuldet.³⁰ Weil der Gläubiger dem Dritten gegenüber für das Verhalten seiner Hilfsperson einzustehen hat, erleidet der Gläubiger einen eigenen Schaden, sodass sich das Problem des Drittschadens gar nicht erst stellt.

Bei der Fallgruppe der obligatorischen Gefahrentlastung ist bei jeder Vertragskonstellation einzeln zu prüfen, ob der Schuldner als Erfüllungsgehilfe gelten kann.³¹ Liegt beispielsweise ein Versendungskauf vor, so wäre der Begriff des Erfüllungsgehilfen sehr weit auszulegen, denn beim Versendungskauf wurde keine Bringschuld, sondern eine Versendungsschuld³² vereinbart. Deshalb hat der Gläubiger den Vertrag mit der Abgabe der Sache an das Transportunternehmen erfüllt (Art. 185 Abs. 2 OR). Das Transportunternehmen kann in diesem Fall nicht als Erfüllungsgehilfe betrachtet werden.³³

Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass die Hilfspersonenhaftung überall dort keine Alternative zur Drittschadensliquidation darstellen kann, wo der Schuldner keine Erfüllungshandlung vornimmt.³⁴

C. Obhutsverhältnisse

1. Ausgangslage

Unter der Fallgruppe der Obhutsverhältnisse werden Konstellationen zusammengefasst, in denen der Gläubiger zwar rechtmässiger Besitzer, nicht aber Eigentümer einer Sache ist.³⁵ Eigentümer der Sache ist ein Dritter, der die Sache dem Gläubiger mit der Pflicht zur sorgfältigen Aufbewahrung übergeben hat.

²⁴ R. PERREN, Zur Daseinsberechtigung der Drittschadensliquidation, ZBJV 140 (2004), S. 72 (Fn. 4), S. 72; VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 667; WEBER (Fn. 6), S. 222.

²⁵ BÄRTSCHI (Fn. 6), S. 441; VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 671.

²⁶ VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 671; MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 177.

²⁷ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 7), N 2883; BÄRTSCHI (Fn. 6), S. 441.

²⁸ BÄRTSCHI (Fn. 6), S. 441.

²⁹ PIOTET (Fn. 11), N 266 ff.; PERREN (Fn. 4), S. 79.

³⁰ MARTI-SCHREIER (Fn. 1), N 210.

³¹ VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 684.

³² Vgl. zum Begriff GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 7), N 2120.

³³ BÄRTSCHI (Fn. 6), S. 441.

³⁴ WEBER (Fn. 6), S. 222; ARMBRÜSTER (Fn. 21), S. 83.

³⁵ BÄRTSCHI (Fn. 6), S. 445; VON CAEMMERER (Fn. 16), S. 365; PERREN (Fn. 4), S. 77; VON GRAFFENRIED (Fn. 2), N 697.

Hat beispielsweise der Besitzer (Mieter) eine gemietete Sache einem Schuldner zur Reparatur übergeben, und dieser beschädigt oder zerstört die Sache, so trifft der Schaden grundsätzlich den Eigentümer (Vermieter) und nicht den Besitzer (Mieter). Der Eigentümer hat aber keinen vertraglichen Anspruch, um den Schaden geltend zu machen.

Der Besitzer soll nicht durch die Drittschadensliquidation berechtigt werden, den Schaden des Eigentümers geltend zu machen. Der Schuldner soll nicht von der vertraglichen Haftung befreit werden, nur weil sein Vertragspartner «zufällig» nicht Eigentümer, sondern lediglich Besitzer der Sache ist.³⁶

2. Alternative Lösungen

Auch in Obhutverhältnissen sieht vor allem PIOTET die Lösung in der Hilfspersonenhaftung.³⁷ Der Gläubiger ist gemäss Vertrag mit dem Dritten verpflichtet, die Sache sorgfältig zu behandeln. Übergibt er nun die Sache – beispielsweise aufgrund eines Mietvertrags – dem Schuldner, ist dieser als Erfüllungsgehilfe zu betrachten, weil er dem Gläubiger hilft, die Sache sorgfältig zu behandeln.³⁸ Wenn die Sache nun beschädigt oder zerstört wird, so haftet der Gläubiger dem Dritten gegenüber aus Art. 101 Abs. 1 OR. Auch hier kann die Hilfspersonenhaftung folglich nur dort eine Alternative zur Drittschadensliquidation darstellen, wo der Schuldner eine Erfüllungshandlung vornimmt.

Mit Art. 487 Abs. 1 OR existiert ein gesetzlicher Anwendungsfall der Drittschadensliquidation.³⁹ Die Bestimmung sieht vor, dass ein Gastwirt, der einen Fremden zur Beherbergung aufnimmt, für die Beschädigung, Vernichtung oder Entwendung der von seinem Gast eingebrachten Sachen haftet. Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass damit nicht nur Sachen gemeint sind, die der Gast in seinem Eigentum hat, sondern auch solche, die er etwa aufgrund eines Mietvertrages als Besitzer mit sich führt.⁴⁰ Hierbei kann nun der Besitzer den Schaden des Eigentümers gegen den Gastwirt geltend machen. Folglich kann in solchen Fällen

– wenngleich diese freilich nur selten vorkommen – der Schadenersatzanspruch auf Art. 487 Abs. 1 OR gestützt werden und die Haftungsgrundlage der Drittschadensliquidation braucht es nicht.

Schlussfolgerung

Die in den einzelnen Fallgruppen untersuchten Alternativlösungen können mehrheitlich nicht überzeugen. Sie mögen zwar für Einzelfälle die Drittschadensliquidation entbehrlich machen, im Endeffekt bedarf es für ihre Anwendung aber jeweils spezifische Voraussetzungen, die schlichtweg nicht in jedem Fall vorhanden sind. Somit steht fest, dass nur die Drittschadensliquidation für eine Schadloshaltung des Dritten in allen Fällen garantieren kann. Es kann demzufolge festgehalten werden, dass die Drittschadensliquidation die beste Lösung darstellt, um das Drittschadensproblem zu lösen. Auf diese «massgeschneiderte» Lösung zu verzichten und dadurch in Kauf zu nehmen, dass der Dritte unter Umständen seinen Schaden nicht ersetzt erhält, ist m.E. nicht nachvollziehbar.

³⁶ BÄRTSCHI (Fn. 6), S. 445.

³⁷ PIOTET (Fn. 11), N 333 ff.

³⁸ ARMBRÜSTER (Fn. 21), S. 84.

³⁹ H. HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, S. 426.

⁴⁰ BGE 45 II 166, E. 1; HONSELL (Fn. 39), S. 426.