

Die Anspruchsmethode



JEAN-MARC SCHALLER
PD Dr. iur., Privatdozent für
Privatrecht und Banken-
recht an der Universität
Zürich, Rechtsanwalt in
Zürich

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Herkunft und Entwicklung der Anspruchsmethode
 1. Römisches Recht: Formularprozess
 2. Von der «actio» zum materiellen Anspruch
 3. Gegenwart
- III. Vor- und Nachteile der Anspruchsmethode
 1. Auf dem System des Schuldrechts gründendes Verfahren zur Ermittlung von Ansprüchen
 2. Vorbereitung eines Zivilprozesses
 3. Begrenzte Reichweite der Anspruchsmethode
 4. Überbetonung der Rechtsposition des Gläubigers?
 5. Zwischenergebnis und Fortgang der Untersuchung
- IV. Struktur und Inhalt der Anspruchsmethode
 1. Prüfebene 1: Die Rechtsgrundlagen
 - a. Vertrag
 - aa. Konsensebene
 - ab. Gültigkeitsstufe
 - ac. Inhaltsebene: Auslegung und Qualifikation des Vertrags
 - ad. Pflichtverletzung
 - b. «Zwischen Vertrag und Delikt»
 - ba. Geschäftsführung ohne Auftrag
 - bb. Vertrag mit Schutzwirkung zug. Dritter/ Drittschadensliquidation
 - bc. Vertrauenshaftung
 - c. Delikt
 - d. Ungerechtfertigte Bereicherung
 2. Prüfebene 2: Der Anspruch (Angriffsmittel)
 - a. Bestand
 - aa. Definition Forderung/Abgrenzung zum Anspruch
 - ab. Ansprüche auf Realerfüllung
 - ac. Schadenersatzansprüche
 - ad. Ansprüche aus vertraglicher Rückabwicklung
 - ae. Ansprüche auf Rückerstattung einer Bereicherung
 - b. Höhe
 - c. Fälligkeit
 - d. Durchsetzbarkeit

3. Prüfebene 3: Die Verteidigungsmittel
 - a. Einwendung/Abgrenzung zur Bestreitung
 - b. Einrede
4. Prüfebene 4: Konkurrenzen
 - a. Anspruchskonkurrenz
 - b. Konkurrenz zw. Einwendungen und Einreden
- V. Fazit

I. Einleitung

«Wer will was von wem woraus?»^{1,2} – Die wohl bekannteste und entsprechend weit verbreitete Fragestellung des Schuldrechts, welche seit Generationen die Juristinnen und Juristen (und solche, die es werden wollen) beschäftigt, bringt die sog. «Anspruchsmethode»³ auf einen Nenner: Die Anspruchsmethode bezweckt, Erkenntnis darüber zu erlangen, ob (und wenn ja: in welchem Umfang) eine Person gegenüber einer anderen Person einen oder mehrere, rechtlich durchsetzbare Ansprüche hat⁴.

Die Anspruchsmethode ist eine Technik des *materiellen Schuldrechts*⁵. Für eine Anwendung ausserhalb des Schuldrechts eignet sie sich nicht⁶ bzw. nur mit Vorbehalt⁷. Hinge-

¹ (Lat.): «*quis, quid, a quo, qua causa?*» (vgl. EUGEN BUCHER/WOLFGANG WIEGAND, *Übungen im Obligationenrecht*, 3. A., Zürich 2001, 2).

² Die Frage nach dem «*Wer?*» (Gläubiger) und dem «*von wem?*» (Schuldner) umfasst gedanklich stets auch die Frage nach dem «*mit wem?*», d.h. nach einer allfälligen *Mehrheit* von Gläubigern und/oder Schuldnern (diesen Hinweis verdanke ich Herrn Professor IVO SCHWANDER, Universität St. Gallen).

³ Diesen Begriff verwenden (u.a.) CLAIRE HUGUENIN, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 3. A., Zürich 2008, N 1790 ff. (ferner auch HUGUENIN, *Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3. A., Zürich 2008, N 128 ff.); BUCHER/WIEGAND (FN 1), 3. – Bei PETER FORSTMOSER/REGINA OGOREK/HANS-UELI VOGT, *Juristisches Arbeiten*, 4. A., Zürich 2008, 91 ff., ist vom «*privatrechtlichen Anspruchsschema*» die Rede. – DIETER MEDICUS, *Anspruch und Einrede als Rückgrat einer zivilistischen Lehrmethode*, AcP 174 (1974), 316 f., spricht hingegen vom «*aktionsrechtlichen Denken*» (im Sinne eines «*neueren Denkstils*») bzw. von der «*logischen Methode*».

⁴ Typischer «*Auslöser*» für eine Anwendung der Anspruchsmethode im Rahmen von universitären Fallbearbeitungen und Übungen ist die Fragestellung «*Wie ist die Rechtslage?*» – Wird indessen die Fragestellung auf einen einzelnen Anspruch beschränkt (z.B.: «*Hat X gegen Y einen Anspruch auf Erfüllung?*»), so ist nur noch (aber immerhin) die Rechtsgrundlage (das «*Woraus?*») dieses Anspruchs zu prüfen.

⁵ Vgl. HUGUENIN, OR BT (FN 3), N 1793.

⁶ Vgl. MEDICUS (FN 3), 318 f.

⁷ Hierzu im Einzelnen hinten III.3.

gen lässt sich die Anspruchsmethode, wie noch zu zeigen sein wird, nicht nur im *akademischen Unterricht* (insb. im Rahmen von Übungen) gewinnbringend einsetzen, sondern auch in der täglichen *Rechtspraxis*, sei es als Richter oder als Rechtsanwalt.

Der vorliegende Aufsatz bezweckt konkret, die Anspruchsmethode einerseits in Beachtung ihrer historischen Bedeutung und bisherigen Entwicklung kritisch zu *hinterfragen*, andererseits ihren eigentlichen *Inhalt*, nämlich die sich hierbei stellenden Rechtsfragen, zu *erarbeiten* und zu *strukturieren*. Insbesondere sollen die wesentlichen Eckpunkte der Anspruchsmethode dargelegt werden, die der Rechtsanwender vorab zu *prüfen* und anschliessend einer gut begründeten *Antwort zuzuführen* hat, um zu entscheiden, ob diejenige Partei, welche von einem Dritten eine Leistung (Tun, Dulden, Unterlassen)⁸ verlangt, diesen Anspruch denn auch zu *Recht* geltend macht.

II. Herkunft und Entwicklung der Anspruchsmethode

1. Römisches Recht: Formularprozess

Die Anspruchsmethode hat ihren Ursprung im *kontradiktorisch* angelegten, inhaltlich streng durchstrukturierten (*römischen*) «Formularprozess»: Dem Prätor (Gerichtsmagistrat) kam hier die wesentliche Aufgabe zu, zuhanden des Richters (*iudex*) das Streitprogramm der Parteien (Kläger und Beklagter) *festzulegen*⁹. Dieses Streitprogramm ergab sich vorab aus dem Antrag des Klägers auf Erteilung einer bestimmten «*actio*»¹⁰, sodann aus der Reaktion des Beklagten, welche sich etwa in einem Antrag auf Erteilung einer «*exceptio*» manifestieren konnte¹¹. Mit der «*litis contestatio*», d.h. der Streiteinsetzung (Überführung in ein urteilsgewichtiges Verfahren vor dem *iudex*) war das Klagerecht alsdann *fixiert*¹² mit der Folge, dass anschliessend (vor dem Richter) nur und ausschliesslich über die vom Prätor erstellte Klageformel prozessiert wurde¹³. Über weitere, aus demselben Lebenssachverhalt sich ergebende Klagen (und Einreden) konnte und durfte der Richter *nicht* befinden¹⁴.

Moderne Prozessrechte kennen demgegenüber die Prinzipien «*iura novit curia*»¹⁵ und «*da mihi factum, dabo tibi ius*»¹⁶: Das Gericht ist grundsätzlich gehalten, gestützt auf die von den Parteien vorgetragene(n) Tatsachen *sämtliche* möglichen *rechtlichen Entstehungsgründe* einer Obligation in seine Analyse einzubeziehen¹⁷ und die entsprechenden *Rechtssätze*, aus welchen sich Ansprüche ergeben, *von Amtes wegen* anzuwenden, ohne dass die Parteien sich hierauf berufen müssen¹⁸. Dieses moderne Verständnis setzte jedoch vorab eine *Entkoppelung* des (materiellen) Anspruchs von einer rein prozessual verstandenen «*actio*» voraus.

2. Von der «*actio*» zum materiellen Anspruch

Die Loslösung des Anspruchs aus seinen prozessualen «Fesseln» kann als Errungenschaft der Rechtslehre zum «Gemeinen Recht»¹⁹ bezeichnet werden. Massgeblich wies BERNHARD WINDSCHEID 1856 in seiner grundlegenden Abhandlung zur «*actio*» des römischen Zivilrechts dem Anspruch, nunmehr in deutlicher Abweichung vom römisch-formalprozessualen «Aktionendenken», einen *materiellen* Gehalt zu²⁰. Damit war der Weg geebnet für ein Verständnis von Ansprüchen als *materielle subjektive Rechte*, welche nicht erst durch Klageerhebung oder gar (gutheissendes) richterliches Urteil Existenz erlangen, sondern bereits entstehen, wenn sich bestimmte Tatbestände des *positiven Rechts* verwirklicht haben²¹. Für das *schweizerische Privatrecht* haben alsdann massgeblich EUGEN BUCHER sowie WOLFGANG PORTMANN mit ihren Habilitationsschriften²² die Lehre zu den materiellen subjektiven Rechten geprägt.

⁸ Zu diesen möglichen Leistungsarten statt vieler HUGUENIN, OR AT (FN 3), N 18; WALTER R. SCHLUEP, Einladung zur Rechtslehre, Bern 2006, N 237.

⁹ Vgl. HERBERT HAUSMANINGER/WALTER SELB, Römisches Privatrecht, 9. A., Köln 2001, 374 f. und 382.

¹⁰ Vgl. MAX KASER/ROLF KNÜTEL, Römisches Privatrecht, 19. A., München 2008, § 82, N 4.

¹¹ KASER/KNÜTEL (FN 10), § 82, N 7 ff.

¹² Vgl. MAX KASER/KARL HACKL, Das römische Zivilprozessrecht, 2. A., München 1996, 296.

¹³ KASER/HACKL (FN 12), 350.

¹⁴ Vgl. MEDICUS (FN 3), 314

¹⁵ (Dt.): «Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an»; nunmehr (seit 1. Januar 2011) mit schweizerweiter Geltung kodifiziert in Art. 57 der schweizerischen Zivilprozessordnung (CH ZPO).

¹⁶ (Dt.): «Gib mir die Tatsachen, ich Dir anschliessend das Recht».

¹⁷ Vgl. ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, 417 unten.

¹⁸ Grundlegend bereits MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 156.

¹⁹ Verstanden als deutsche Bearbeitung des weltlichen römischen Rechts; zu den unterschiedlichen Bedeutungen des Begriffs vgl. H. THIEME, in: Erler/Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, I. Band, Berlin 1971, 1506–1510 (Schlagwort «Gemeines Recht»).

²⁰ Vgl. BERNHARD WINDSCHEID, Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkt des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856, 5 ff.

²¹ Vgl. GULDENER (FN 18), 54 ff., insb. 56 f.

²² EUGEN BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965 (auf S. 30–32 alsdann die Unterscheidung prozessuales Aktionendenken vs. materiellen Anspruch ebenfalls in einen rechtshistorischen Zusammenhang stellend); WOLFGANG PORTMANN, Wesen und System der subjektiven Privatrechte, Zürich 1996.

3. Gegenwart

Diese letztere, auf materielle (subjektive) Rechte ausgerichtete, von blossen Klagemöglichkeiten losgelöste Betrachtungsweise²³ ist heutzutage massgebend. Im Zuge dessen lässt sich die Anspruchsmethode, mit welcher sich diese (sämtlichen) möglichen subjektiven Forderungsrechte erfassen und analysieren lassen, zumindest im deutschsprachigen Rechtsraum als *die* vorherrschende Technik zur Lösung schuldrechtlicher Fälle qualifizieren²⁴. Nachstehend soll vorab, d.h. vor einer einlässlichen Erläuterung der einzelnen Elemente der Anspruchsmethode²⁵ der Frage nachgegangen werden, ob die Anspruchsmethode *zu Recht* einen solch hohen Stellenwert genießt.

III. Vor- und Nachteile der Anspruchsmethode

1. Auf dem System des Schuldrechts gründendes Verfahren zur Ermittlung von Ansprüchen

Der Begriff «Anspruchsmethode» erhellt, dass es sich bei ihr nicht um eine Rechtsfigur des materiellen Rechts oder des Prozessrechts handelt, sondern um eine bestimmte *Vorgehensweise*, ein *Verfahren*, eben eine «*Methode*»²⁶. Die Anspruchsmethode lässt sich umschreiben als ein auf dem System des Schuldrechts gründendes Verfahren, welches zur Ermittlung (vornehmlich) schuldrechtlicher Ansprüche dient. Die Anspruchsmethode bietet somit ein Denk- und Arbeitssystem zur Bewältigung schuldrechtliche Fragestellungen. *Kritik* an der Methode selbst lässt sich bisweilen etwa dahingehend vernehmen, als sich dem Anwender die Lösung der Problemstellung nicht einfach erschliesst, sondern er sich diese «mühselig» erarbeiten muss. Es stimmt: Die Anspruchsmethode liefert keine Antworten. Sie hilft aber, die richtigen (relevanten) Fragen am richtigen (relevanten) Ort zu stellen. Und das ist schon (sehr) viel wert, mehr jedenfalls, als auf den ersten Blick erscheinen mag.

2. Vorbereitung eines Zivilprozesses

Ein weiterer Vorteil der Anspruchsmethode liegt darin, dass sie einem Rechtsanwalt in der Praxis in idealer Weise zur Vorbereitung einer allfälligen späteren Forderungsklage dient, da sie *kontradiktorisch* strukturiert ist: Ausgehend vom

(ermittelten²⁷) Lebenssachverhalt werden aus der Optik des berechtigt erscheinenden Klienten vorab die Rechtsgrundlagen für die vorzutragenden Ansprüche erarbeitet, gefolgt von den Einzelheiten (Bestand, Höhe, Fälligkeit)²⁸ eines in Frage kommenden Anspruchs. Dieses sog. «Anspruchsfundament» stellt alsdann in materieller Hinsicht gleichsam das *Klagefundament* dar. Indem anschliessend der Sachverhalt (immer noch) im Rahmen der Anspruchsmethode nach möglichen Anhaltspunkten für materielle Verteidigungsmittel des Schuldners/Beklagten²⁹ geprüft wird, können die *Prozesschancen abgeschätzt* und allenfalls in der Klageschrift mögliche *Einwände* des Schuldners (wo aus taktischer Sicht sinnvoll³⁰) vorweggenommen und widerlegt werden.

3. Begrenzte Reichweite der Anspruchsmethode

Weiter wird gegen die Anspruchsmethode bisweilen ins Feld geführt, sie ermögliche in gewissen Fallkonstellationen bloss eine begrenzte Erfassung der sich stellenden Rechtsprobleme, weshalb ihr andere, umfassendere Methoden vorzuziehen seien. In der Tat können nicht sämtliche Rechtsprobleme aus dem Privatrecht mit der Anspruchsmethode einer Lösung zugeführt werden. So lassen sich etwa im *Sachenrecht* und im *Erbrecht* gewisse Teilaspekte einer Rechtsposition, so die (statische) Zuordnungsfunktion von Rechten, mit der Anspruchsmethode nicht erfassen^{31,32}. Jedoch kann die Anspruchsmethode, «*sobald es kontradiktorisch wird*», erneut dienstbar gemacht werden, so etwa für die Analyse allfälliger Ansprüche (Klagen) aus Eigentum (etwa die «*rei vindicatio*», Art. 641 Abs. 2 ZGB) oder Besitz (etwa Art. 927/928 ZGB).

²⁷ Im akademischen Unterricht sowie im Rahmen von Prüfungen wird der Studentenschaft indessen der Sachverhalt *vorgelegt*; Umdeutungen oder Ergänzungen dieses Sachverhalts sind unzulässig.

²⁸ Zu diesen Anspruchselementen im Einzelnen hinten IV.2.a.-c.

²⁹ In aller Regel nimmt der Schuldner die prozessuale Position des Beklagten ein; Ausnahmen sind die negativen Feststellungsklagen (so etwa die Aberkennungsklage nach Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung, vgl. Art. 83 Abs. 2 SchKG).

³⁰ Aufgrund des Erfordernisses der *Geltendmachung* von Leistungsverweigerungsrechten (Einreden) vor dem Richter durch den *Schuldner* (vgl. JEAN-MARC SCHALLER, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Zürich 2010, N 173 ff.) empfiehlt es sich in aller Regel *nicht*, allfällige Einreden bereits im ersten Schriftenwechsel zu widerlegen, um nicht den Schuldner (für den zweiten Schriftenwechsel) auf eine Verteidigungsmöglichkeit aufmerksam zu machen, die er allenfalls (aus welchen Gründen auch immer) *nicht bedacht* und daher *nicht vorgetragen* hätte.

³¹ Vgl. HUGUENIN, OR BT (FN 3), N 1795; BUCHER/WIEGAND (FN 1), 4; vgl. alsdann auch MEDICUS (FN 3), 318 und 320.

³² Zur Schnittstelle *Schuldrecht/Sachenrecht* vgl. den instruktiven Beitrag von ALFRED KOLLER, Berührungspunkte zwischen Schuld- und Sachenrecht, SJZ 2010, 209 ff.

²³ Vgl. BSK OR I-BUCHER, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, Einl. vor Art. 1 ff., N 39; hierzu bereits BUCHER (FN 22), 30 ff.

²⁴ So auch (für Deutschland im Jahr 1974) MEDICUS (FN 3), 316.

²⁵ Hinten IV.

²⁶ Vgl. die Umschreibung im Duden, Das Fremdwörterbuch, 8. A., Mannheim 2005, Schlagwort «Methode».

Angesichts dieser (uneigentlichen) «Schwäche» der Anspruchsmethode deren Tauglichkeit sogleich gänzlich in Frage zu stellen, ginge indessen zu weit. Auch das Postulat, sie mit einer «anderen», «besseren», «umfassenden» Methode zu ersetzen, zielt ins Leere, müsste doch zuerst eine solche Methode «gefunden» werden. Die «historische Methode», im Zuge derer sämtliche Ereignisse des konkreten Lebenssachverhaltes in chronologischer Reihenfolge auf deren Rechtswirkungen hin untersucht werden³³, vermag die Anspruchsmethode jedenfalls nicht zu ersetzen, sondern dient vielmehr als willkommene *Ergänzung* zur Lösung von Rechtsproblemen aus Rechtsgebieten, in denen der kontradiktorische Charakter nicht derart ausgeprägt ist wie im Schuldrecht.

4. Überbetonung der Rechtsposition des Gläubigers?

Schliesslich gereicht der Anspruchsmethode bisweilen zum Vorwurf, sie betone (und bevorzuge) die Rechtsposition des Gläubigers zu stark. Freilich ist es nun einmal so eingerichtet im Schuldrecht, dass in aller Regel³⁴ der *Gläubiger* tätig wird bzw. tätig werden muss, um seinen Anspruch im Falle einer nicht vertragskonformen Erfüllung des Schuldners durchzusetzen. Hierfür stehen dem Gläubiger einerseits ausserprozessuale Rechtsbehelfe (Mahnung, Verrechnung, Selbsthilfe), andererseits die Klage vor Gericht offen. Ausserdem sind nicht nur die Ansprüche, also die materiellen *Angriffsmittel*, Teil der Anspruchsmethode, sondern ebenso die materiellen *Verteidigungsmittel* (Bestreitung, Einwendung, Einrede)³⁵, welche letztere sich indes funktional gegen eine Inanspruchnahme des Gläubigers richten (müssen)³⁶.

Die Anspruchsmethode anzuwenden bedeutet also keineswegs, den Gläubiger bzw. dessen Rechtsposition in irgendeiner Weise zu bevorzugen. Lediglich trifft zu, dass sinnvollerweise mit der Prüfung der Rechtsgrundlagen eines allfälligen Anspruchs des Gläubigers *begonnen* wird. Das (wichtige) «*letzte Wort*» hat jedoch ohnehin der *Schuldner*, da erst im Anschluss an die Prüfung allfälliger Verteidigungsmittel das Resultat der Anspruchsmethode, nämlich die Antwort auf die Frage feststeht: «Wer will was von wem woraus?» bzw. «Liegt konkret ein durchsetzbarer Anspruch vor?».

5. Zwischenergebnis und Fortgang der Untersuchung

Die Vorteile der Anspruchsmethode überwiegen deutlich. Sie bietet eine problemlösungsbezogene Denk- und Arbeitsstruktur, welche auf den kontradiktorischen Charakter des Schuldrechts zugeschnitten ist. Die Anspruchsmethode soll deshalb (vorab) für die Lösung schuldrechtlicher Problemstellungen im *akademischen Unterricht* die massgebende Technik bleiben³⁷. Da sie indessen auch einen späteren Zivilprozess vorzubereiten hilft, vermag die Anspruchsmethode auch in der (anwaltlichen) *Rechtspraxis* wertvolle Dienste zu leisten, sei es in Vertretung des anspruchsverfolgenden Gläubigers, sei es auf Seiten des sich verteidigenden Schuldners³⁸.

Um die ihr zugeordneten Funktionen optimal zu erfüllen, bedarf die Anspruchsmethode indessen eines *juristischen «Facelifting»*: Nachstehend sind daher die in Gesetz, Lehre und Praxis aufzufindenden Rechtsgrundlagen und Charakteristika von Ansprüchen (Angriffsmitteln) und hiergegen gerichteten (materiellen) Verteidigungsmitteln zu *ordnen*, zu *kommentieren* und zu *ergänzen*.

IV. Struktur und Inhalt der Anspruchsmethode

Die Prüfung konkreter Ansprüche lässt sich in verschiedene (gestaffelte) Prüfebene gliedern. Es ist aus systematischen Gründen zu empfehlen, mit der Prüfung der *Rechtsgrundlagen* zu beginnen (*Prüfebene 1*), alsdann die sich hieraus ergebenden Ansprüche anhand der Kriterien *Bestand*, *Höhe*, *Fälligkeit* und *Durchsetzbarkeit* einer eingehenden Analyse zu unterziehen (*Prüfebene 2*), unter Berücksichtigung allfälliger *Verteidigungsmittel* (*Prüfebene 3*). Schliesslich sind allfällige *Konkurrenzen* zwischen mehreren Ansprüchen, indes auch (falls vorhanden) zwischen mehreren Verteidigungsmitteln zu untersuchen (*Prüfebene 4*).

Vorab ist alsdann darauf hinzuweisen, dass diese *Prüffreihefolge* den Anwender nicht dazu verleiten darf, jede einzelne Prüfebene «isoliert» zu betrachten. Vielmehr bedarf die Anspruchsmethode einer *flexiblen Handhabung* insofern,

³³ Vgl. BUCHER/WIEGAND (FN 1), 4; FORSTMOSER/OGOREK/VOGT (FN 3), 98 f.; HUGUENIN, OR BT (FN 3), N 1795.

³⁴ Eine Ausnahme liesse sich in der *negativen Feststellungsklage* eines Schuldners erblicken (vgl. bereits vorne FN 29), doch wird auch hier der Schuldner zur Erhebung einer solchen zumeist veranlasst durch eine Teilklage bzw. ein (gutgeheissenes) provisorisches Rechtsöffnungsbegehren (vgl. den Ablauf in Art. 82/83 SchKG) (jeweils) des *Gläubigers*.

³⁵ Hierzu einlässlich hinten IV.3.

³⁶ Vgl. SCHALLER (FN 30), N 83 und 86.

³⁷ Im Ergebnis ebenso MEDICUS (FN 3), 325.

³⁸ Dieser kontradiktorische/konfrontative Charakter, welcher die Anspruchsmethode auszeichnet, entspricht im Übrigen der einem Rechtsanwalt vom Gesetzgeber zugeordneten Rechtsposition als Interessenvertreter *einer* Partei: Einer Rechtsanwältin ist es gestützt auf Art. 12 lit. c BGFA wegen des inhärenten *Interessengegensatzes* einer Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner *untersagt*, beide Parteien, d.h. Gläubiger und Schuldner, gleichzeitig zu vertreten (vgl. KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich 2009, N 864; vgl. auch MICHEL VALTICOS, in: Valticos/Reiser/Chappuis [Hrsg.], *Loi sur les avocats*, Basel 2010, N 155 zu Art. 12 BGFA).

als (wo zweckmässig und zielführend) in einer vorgelagerten Prüfebene bereits Aspekte von einer nachgelagerten Prüfebene in die Argumentation einzubeziehen sind. Die Anspruchsmethode ist also nicht «sklavisch» von Beginn bis Ende «abzuarbeiten», sondern es bedarf eines ständigen, umsichtigen «Vor- und Zurückschreitens» von einer Prüfebene zur anderen.

1. Prüfebene 1: Die Rechtsgrundlagen³⁹

Was die Reihenfolge in der Abhandlung mehrerer in Frage kommender Ansprüche anbelangt, so herrscht in der Doktrin⁴⁰ weitgehend Einigkeit dahingehend, dass sinnvollerweise zuerst (i) allfällige Ansprüche aus *Vertrag* zu erörtern seien, (ii) gefolgt von den «*quasivertraglichen*» Ansprüchen, den Ansprüchen aus (iii) *Delikt* sowie aus (iv) *ungerechtfertigter Bereicherung*.

Diese Prüfreihefolge ist sachgerecht. Sobald in der Rechtspraxis eine Person ein subjektives Recht gegenüber der Gegenpartei geltend zu machen bzw. durchzusetzen gedenkt, bedient sie sich mit Vorteil *vertraglicher* Anspruchsgrundlagen⁴¹: Der Gläubiger hat i.d.R. den Nachweis des Verschuldens seitens des Schuldners nicht zu erbringen, vielmehr wird dieses *vermutet* unter Einräumung einer Exkulpationsmöglichkeit für den Schuldner (vgl. Art. 97 OR). Weiter räumt das OR dem Gläubiger für die Durchsetzung vertraglicher Ansprüche *mehr Zeit* ein⁴². Alsdann sind *Vermögensschäden* ersatzfähig, ohne dass es der Verletzung einer (speziellen) Schutznorm bedarf⁴³. Schliesslich ist die *Hilfspersonenhaftung* (Art. 101 OR) im Vergleich zur *Geschäftsherrenhaftung* (Art. 55 OR) schuldnerfeindlicher⁴⁴.

Der Vorzug einer Prüfung vertraglicher Ansprüche verfügt ausserdem über eine *innere Rechtfertigung*: Die Parteien wollten die Existenz ihrer Rechte und Pflichten gerade nicht dem Zufall überlassen, sondern haben hierüber *im Rah-*

men ihres Vertrags (mehr oder minder) *konkrete Regeln aufgestellt*. Daher liegt es denn auch nahe, dieses von den Vertragsparteien übereinstimmend für einen künftigen Streitfall als einschlägig bezeichnete (private) Regelwerk mitsamt entsprechendem Sanktionsmechanismus *vorab* anzuwenden⁴⁵.

a. Vertrag

aa. Konsensebene

Sofern in einem akademischen⁴⁶ Übungs- oder Prüfungssachverhalt oder aber in einem konkreten Fall aus der Rechtspraxis Ansprüche aus einem *Vertrag* in Frage kommen, ist vorab zu klären, ob ein Vertrag *zustande gekommen* ist (Art. 1 ff. OR). Dabei wird der hierfür erforderliche Konsens bewirkt entweder (i) durch *tatsächlich* übereinstimmend verstandene Willenserklärungen inkl. Rechtsbindungswillen⁴⁷ (tatsächlicher Konsens) oder nach dem *Vertrauensprinzip* als übereinstimmend zu *verstehende* Willenserklärungen (normativer Konsens)⁴⁸. Die Erörterung dieses Aspekts in einer Fallbearbeitung, Prüfung oder (in der Rechtspraxis) in einer Rechtschrift, kann und soll indessen kurz gehalten werden, sofern der Sachverhalt hier kein Problem eröffnet⁴⁹.

ab. Gültigkeitsebene

Als nächstes ist zu überprüfen, ob sich im konkreten Lebenssachverhalt Hinweise finden lassen, dass der (zustande gekommene⁵⁰) Vertrag *nicht gültig* zustande kam, etwa wegen fehlender Handlungsfähigkeit⁵¹, wegen eines Form- oder Willensmangels⁵², wegen (anfänglicher) Nichtigkeit⁵³ («ex

³⁹ Liegt ein internationaler Sachverhalt vor, so ist vorab das *anwendbare Recht* zu bestimmen.

⁴⁰ Vgl. HUGUENIN, OR BT (FN 3), N 1800 sowie HUGUENIN, OR AT (FN 3), N 131 (jeweils zusätzlich die Prüfung von «Ansprüchen aus der Konkretisierung absoluter Rechte» in die Anspruchsmethode einbeziehend); alsdann BUCHER/WIEGAND (FN 1), 6 (primär vertragliche Rechtsbeziehungen zu prüfen, sekundär nichtvertragliche Ansprüche und Rechte).

⁴¹ Vgl. bereits HUGUENIN, OR BT (FN 3), N 1802.

⁴² Längere Verjährungsfristen; vgl. Art. 127 ff. OR vs. Art. 60 OR (Delikt)/Art. 67 OR (ungerechtfertigte Bereicherung).

⁴³ Zum Erfordernis der Verletzung einer Schutznorm bei reinen Vermögensschäden im Deliktsrecht auch hinten FN 90.

⁴⁴ Vgl. die Ausgestaltung der Hilfspersonenhaftung als eine Art «*Kausalhaftung*» (Verschulden der Hilfsperson nicht erforderlich, indessen bedarf es der «*hypothetischen Vorwerfbarkeit*» gegenüber dem Schuldner; weiterführend ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Band VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Bern 2000, N 133 ff. zu Art. 101 OR) gegenüber den Exkulpationsmöglichkeiten des Geschäftsherrn in Art. 55 OR.

⁴⁵ Ähnlich bereits BUCHER (FN 22), 87 ff.; zustimmend HUGUENIN, OR BT (FN 3), N 1801.

⁴⁶ Vorzugsweise lehnen sich auch die Übungs- und Prüfungssachverhalte, welche den Jus-Student(inn)en zur Lösung vorgelegt werden, an *konkrete, praxisnahe Lebenssachverhalte* an. Denn Rechtswissenschaft ist nicht Selbstzweck, sondern soll der *Lösung* konkreter, in der (heutigen, modernen) Gesellschaft auftauchender *Rechtsprobleme* dienen (vgl. zu [diesem] Zweck des Rechts bereits grundlegend RUDOLPH VON JHERING, Der Zweck im Recht, 1. Bd., Leipzig 1884, Vorrede VIII, sodann 435, 439 ff., 449, 452).

⁴⁷ Vgl. BGE 116 II 696; aus der Lehre etwa HUGUENIN, OR AT (FN 3), N 78; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. A., Zürich 2008, N 171a/353a.

⁴⁸ Vgl. etwa BGE 129 III 326.

⁴⁹ Zum Verteidigungsmittel der *Bestreitung* des Zustandekommens eines Vertrags und damit des (regelhaften) Entstehens eines Anspruchs vgl. hinten IV.3.a.

⁵⁰ Die Frage des *Zustandekommens* eines Vertrags ist zu unterscheiden von der Frage, ob der Vertrag *gültig* zustande kam.

⁵¹ Hieraus erwächst dem Schuldner die *Einwendung* der *Handlungsunfähigkeit*, vgl. hinten IV.3.a.

⁵² Es handelt sich ebenfalls um sog. *Einwendungen*, hierzu alsdann hinten IV.3.a.

⁵³ Die Folgen der Nichtigkeit sind auf den Einzelfall bezogen *flexibel* zu handhaben, vgl. zum sog. «*flexiblen*» *Nichtigkeits-*

tunc») usw.⁵⁴. Auch hier gilt, dass allfällige Gründe für die Ungültigkeit eines Vertrags nur dann zu erörtern sind, wenn sich aus dem Sachverhalt ein entsprechendes Rechtsproblem ergibt.

ac. Inhaltsebene: Auslegung und Qualifikation des Vertrags

Erweist sich der Vertrag als gültig zustande gekommen, so ist er in einem nächsten Schritt anhand seines *Inhalts*, welcher nach Massgabe (in erster Linie: Art. 18 OR) des tatsächlichen, allenfalls (in zweiter Linie) des mutmasslichen Parteiwillens ermittelt wird (= Auslegung des Vertrags)⁵⁵, einem bestimmten *Vertragstyp* zuzuordnen oder als *Innominatkontrakt*⁵⁶ zu qualifizieren. Entsprechend der Qualifikation des Vertrags gelangt der jeweilige (vertragliche und/oder gesetzliche⁵⁷) *Pflichtenkatalog* zur Anwendung; er verkörpert die Summe sämtlicher möglichen vertraglichen *Ansprüche*.

ad. Pflichtverletzung

Das *Bestehen* eines Anspruchs (vorliegend verstanden als fällige Forderung; hinten IV.2.a.aa. setzt grundsätzlich voraus, dass spiegelbildlich eine vertragliche *Pflicht* existiert, welche im Beurteilungszeitpunkt (i) noch *nicht erloschen* ist⁵⁸ sowie (trotz entsprechendem Verlangens des Gläubigers) (ii) *pflichtwidrig* entweder (*noch*) *nicht erfüllt* oder aber be-

reits erfüllt, jedoch *schlecht erfüllt* wurde. Zur Beurteilung der entsprechenden Rechtsfolgen einer Nichterfüllung, Späterfüllung oder Schlechterfüllung vertraglicher Pflichten ist alsdann (für die Frage der selbstständigen Erzwingbarkeit/Klagbarkeit⁵⁹) die Überlegung anzustellen, ob es sich bei der in Frage stehenden Pflicht, aus welcher der Gläubiger einen Anspruch herzuleiten gedenkt, um eine *Haupt-* oder eine *Nebenpflicht* handelt. Das beurteilt sich anhand der *Wichtigkeit* der entsprechenden Pflicht für die jeweils berechtigte Partei.

Die Zeitachse des rechtsrelevanten «Kontakts» der Parteien berücksichtigend, ist alsdann von Bedeutung, ob statt einer («klassischen»/«haupt-») vertraglichen Pflicht eine *vorvertragliche* Pflicht, etwa eine Aufklärungs-/Abklärungspflicht, oder aber eine *nachvertragliche* Pflicht vorliegt (Liquidationsverhältnis)⁶⁰. Schliesslich ist zu eruieren, ob hinsichtlich der spezifischen Pflicht, welche verletzt wurde, ein Anspruch auf *Realerfüllung* zulässig bzw. überhaupt (noch) möglich ist, oder ob dem Gläubiger nur (aber immerhin) Sekundäransprüche⁶¹ auf *Schadenersatz* oder eine *Konventionalstrafe*⁶² erwachsen.

Liegt ein Anspruch auf *Realerfüllung* vor, so sind alsdann (v.a., aber nicht nur bei Geldforderungen) dessen *Höhe* bzw. *Umfang* zu ermitteln sowie die Fragen der *Fälligkeit* und *Durchsetzbarkeit* zu erörtern⁶³. Handelt es sich indessen um eine *Schadenersatzforderung*, so bedarf es nach festgestellter *vertraglicher Pflichtverletzung* (vgl. vorne) in einem nächsten konkretisierenden Schritt der Prüfung weiterer anspruchsbegründender Voraussetzungen wie (i) des *Schadens*, (ii) des *Kausalzusammenhangs* sowie (iii) des *Verschuldens*⁶⁴.

begriff CLAIRE HUGUENIN, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, N 55 (2. und 3. Abs.) zu Art. 19/20 OR; HUGUENIN, OR AT (FN 3), N 399 ff.; zustimmend EVA MARIA BELSER, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Diss. Fribourg 2000, 441 ff.; DOMENICO ACOCELLA, Nichtigkeitsbegriff und Konzept einer einheitlichen vertragsrechtlichen Rückabwicklung gescheiterter Verträge, SJZ 2003, S. 494; FELIX DASSER, in: Kren Kostkiewicz/Nobel/Schwander/Wolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 2. A., Zürich 2009, N 10 zu Art. 20 OR; SCHALLER (FN 30), N 795 ff. (mit einlässlicher Begründung). – Nichtigkeit ist daher nur insoweit auf der Gültigkeitsebene einschlägig, als sie (traditionell) *ex tunc* wirken soll. Hingegen führt eine *ex nunc*-Wirkung zu einem Nichtentstehen künftiger Ansprüche, die Annahme eines Leistungsverweigerungsrechts wegen zwar sittenkonformer, jedoch übermässiger (und daher nichtiger) Bindung zu einer (blossen) Einrede, vgl. zu diesem Verteidigungsmittel alsdann hinten IV.3.b.

⁵⁴ Zu den entsprechenden Verteidigungsmitteln (vornehmlich Einwendungen, ausnahmsweise [übermässige Bindung eines sittenkonformen Vertrags] Einrede) hinten IV.3.

⁵⁵ Vgl. zu dieser Vorgehensweise GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 47), N 1200 ff.; HUGUENIN, OR AT (FN 3), N 259 ff.

⁵⁶ Zur weiteren Unterteilung/Kategorisierung von Innominatverträgen vgl. weiterführend HUGUENIN, OR BT (FN 3), N 1322 ff.

⁵⁷ Dabei sind vorab (i) *zwingende* Normen des Gesetzes zu beachten, (ii) bei fehlender vertraglicher Regelung (subsidiär) *dispositive* Normen (=Vertragsergänzung).

⁵⁸ Zum entsprechenden Verteidigungsmittel der rechtsaufhebenden Einwendung hinten IV.3.a.

⁵⁹ Vgl. hierzu WOLFGANG WIEGAND, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, N 32 ff. zu Art. 97 OR.

⁶⁰ Zu den nachvertraglichen Pflichten bei *Vermögensverwaltungsmandaten* vgl. JEAN-MARC SCHALLER, Pflichten des Vermögensverwalters nach Beendigung des Mandats, SZW 2010, 285 ff.

⁶¹ Zur Qualifikation von vertraglichen Schadenersatzansprüchen als Sekundäransprüche etwa WIEGAND (FN 59), N 47 zu Art. 97 OR.

⁶² Abzuklären ist hier insb., ob (i) überhaupt eine *Konventionalstrafe* vorliegt oder ob es sich nicht vielmehr um eine sog. *Schadenspauschalisierung* handelt (zur Abgrenzung etwa HUGUENIN, OR AT [FN 3], N 1212, ob (ii) die Konventionalstrafe *kumulativ* zum Anspruch auf Realerfüllung hinzutritt oder *nicht* (das Gesetz vermutet *Alternativität*: Art. 160 Abs. 1 OR), (iii) ob die Parteien das Vorhandensein eines Schadens für die Entstehung einer Konventionalstrafe vertraglich *vereinbart* haben (das Gesetz macht in Art. 161 Abs. 1 OR den Eintritt eines Schadens nicht zur Bedingung; hierüber kann man aber disponieren), (iv) ob die Höhe der Konventionalstrafe als den Verhältnissen unangemessen («übermässig») zu betrachten ist (Art. 163 OR).

⁶³ Dazu weiterführend hinten IV.2.

⁶⁴ Zur weiteren Prüfung von (vertraglichen) Schadenersatzansprüchen hinten IV.2.a., ac.

b. «Zwischen Vertrag und Delikt»

ba. Geschäftsführung ohne Auftrag

Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag («GoA»; Art. 419 ff. OR) liegen nur insofern vor, als die konkrete «Beziehung»⁶⁵ zwischen den Parteien weder als Auftrag noch als blosser Gefälligkeit zu qualifizieren ist. Massgebliches Abgrenzungskriterium ist der Rechtsbindungswille⁶⁶: Liegt ein solcher Rechtsbindungswille vor⁶⁷, so handelt es sich um eine Rechtsbeziehung, die dem *Auftragsrecht* untersteht⁶⁸. Wenn dem *nicht* so ist, bedarf es der Erörterung, ob die in Frage stehende Leistung/Handlung als blosser *Gefälligkeit* oder als *GoA* zu qualifizieren ist. Gefälligkeitshandlungen unterscheiden sich von einer *GoA* (i) durch die auf dem Spiel stehenden *Interessen*, (ii) die *Erkennbarkeit* des Risikos bzw. einer Haftung auf Seiten des Leistungserbringers sowie (iii) durch die Frage, ob der Leistungserbringer eigenmächtig, «*auf eigene Faust*» (tendenziell *GoA*) oder aber *in Absprache* mit dem Leistungsempfänger (tendenziell *Gefälligkeit*) gehandelt hat. Zu beachten gilt es jedoch, dass die Rechtsprechung Art. 422 Abs. 1 OR hinsichtlich des Schadenersatzes bei echter berechtigter *GoA* (nicht aber betreffend Verwendungsersatz) unter bestimmten Umständen *analog* (auch) bei *Gefälligkeitshandlungen* anwendet⁶⁹.

Im Anschluss an die Feststellung, dass eine *GoA* vorliegt, erfolgt die Detail-Qualifikation, welche anhand der Abgrenzungskriterien *altruistische* vs. *egoistische* Geschäftsführung, alsdann innerhalb dieser Unterkategorien anhand der Frage der *Berechtigung* zur altruistischen Geschäftsführung einerseits oder der *Gut-* oder *Bösgläubigkeit* einer Eigengeschäftsführung andererseits vorzunehmen ist. Je nach Art der

GoA gehen die Bestimmungen aus dem Recht der *GoA* sachen- und bereicherungsrechtlichen Ansprüchen *vor*⁷⁰, oder es sind, so bei der echten *unberechtigten GoA*, sowohl Ansprüche aus *GoA* als auch aus Art. 41/62 ff. OR zu prüfen, oder aber, so bei der (gutgläubigen) Geschäftseinmischung, sogar nur Ansprüche ausserhalb der *GoA*-Bestimmungen (hier v.a. aus ungerechtfertigter Bereicherung)⁷¹. Bei der (bösgläubigen) Geschäftsanmassung erfolgt die Gewinnherausgabe nach der gesetzlichen Regel in Art. 423 OR oder nach Art. 62 ff. OR.

bb. Vertrag mit Schutzwirkung zug. Dritter/ Drittschadensliquidation

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter («*VSD*») ist eine aus dem deutschen Recht rezipierte Rechtsfigur⁷². Ein allfälliges Vorliegen eines *VSD* bzw. hierauf gestützte Ansprüche sind zu prüfen⁷³, wenn (vereinfacht gesagt) ein vertragsfremder *Dritter* einen Schaden erleidet, dieser Dritte aber mangels vertraglicher Beziehung zum Schädiger auf das *Deliktsrecht* verwiesen wird, dort *ersatzlos* bleibt und dieses Ergebnis⁷⁴ Recht und Billigkeit widerspricht. Bei Bejahung eines *VSD* werden Dritte in den *Schutzbereich* eines Vertrags einbezogen, was einen Schadenersatzanspruch (nicht aber, im Gegensatz zum Vertrag zugunsten Dritter, einen Realerfüllungsanspruch) entstehen lässt. Insofern wird dem grundsätzlich *relativ* wirkenden Vertrag ausnahmsweise eine *absolute* Wirkung beigemessen⁷⁵, weshalb der *VSD* in der schweizerischen Rechtslandschaft seit jeher höchst umstritten ist⁷⁶.

Abzugrenzen ist der *VSD* alsdann von der sog. *Drittschadensliquidation*, bei welcher eine Sonderverbindung zwischen Schädiger und Drittem fehlt (die Schadensverlagerung ist eher zufällig)⁷⁷. Die *Drittschadensliquidation* zeichnet sich dadurch aus, dass die pflichtwidrige Leistungserbringung des Schuldners nicht die Gläubigerin schädigt, sondern einen vertragsfremden Dritten⁷⁸. Letzterer hat mangels Vertrag keinen vertraglichen Schadenersatzanspruch, erstere indessen keinen Schaden. Im Gegensatz zum *VSD* kann der

⁶⁵ Es wäre verfrüht, an dieser Stelle bereits von einer «*Rechtsbeziehung*» zu sprechen, charakterisiert sich doch die *Gefälligkeit* dadurch, dass *keine* rechtsrelevante Beziehung zwischen den Parteien ent- und bestehen soll.

⁶⁶ Zum Rechtsbindungswillen, welcher einer Willenserklärung gem. Art. 1 OR inhärent sein muss, vgl. bereits vorne IV.1.a.aa.

⁶⁷ Ein Rechtsbindungswille ist tendenziell dann zu bejahen, wenn der Leistungserbringer ein *eigenes* (rechtliches oder wirtschaftliches) *Interesse* an der gewährten Hilfe hat, oder wenn der Leistungsempfänger an einer *Unterstützung* oder *fachmännischen Beratung* erkennbar interessiert ist (vgl. BGE 116 II 697 f.; bestätigt im Leitentscheid «Menzi-Muck», BGE 129 III 183). Hier spielen auch die Frage der *Freiwilligkeit* der Leistung (spricht eher für *Gefälligkeit*) und allfällig erteilte *Weisungen* (spricht eher für *Bindungswillen*) hinein (vgl. die Erwägungen der Vorinstanz in BGE 129 III 182).

⁶⁸ Vgl. HUGUENIN, OR BT (FN 3), N 849.

⁶⁹ Vgl. BGE 129 III 184: «Insofern rechtfertigt sich auch die analoge Anwendung von Art. 422 Abs. 1 OR auf die Fälle von *Gefälligkeitshandlungen* ohne *Rechtsbindungswillen*. Die Haftung greift allerdings nur dann, wenn sich das der gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko verwirklicht. Nicht davon erfasst werden sog. Zufallsschäden. Deshalb ist eine Haftung zu verneinen, falls sich nicht das besondere Tätigkeitsrisiko, sondern das allgemeine Lebensrisiko verwirklicht hat.»

⁷⁰ So bei der echten berechtigten Geschäftsführung: Art. 422 Abs. 1 OR für den Schaden- und Verwendungsersatz, Art. 420 OR für die Haftung des Geschäftsführers.

⁷¹ Vgl. zum Ganzen auch HUGUENIN, OR BT [FN 3], N 911 ff.

⁷² Vgl. HARALD BÄRTSCHI, Verabsolutierte Relativität – Die Rechtsstellung des Dritten im Umfeld von Verträgen, Zürich 2009, 272.

⁷³ Zu den Voraussetzungen eines *VSD* einlässlich BÄRTSCHI (FN 72), 287 ff.

⁷⁴ Diesem ergebnisorientierten Denken steht BÄRTSCHI (FN 72), 284, *kritisch* gegenüber.

⁷⁵ Die *Relativität* des Vertrags wird quasi «*verabsolutiert*»: BÄRTSCHI (FN 72), 673.

⁷⁶ Vgl. die Zusammenstellung bei BÄRTSCHI (FN 72), 274/275 und dort Fn. 1207/1208.

⁷⁷ Zur jedoch nicht immer klar zu ziehenden Abgrenzung BÄRTSCHI (FN 72), 422 ff.

⁷⁸ BÄRTSCHI (FN 72), 408.

Schaden (mangels Sonderverbindung; grundsätzlich) nur vom *Gläubiger* (für den Dritten) geltend gemacht werden⁷⁹.

bc. Vertrauenshaftung

Die «Vertrauenshaftung»⁸⁰ umfasst nach einer grundlegenden Definition von CANARIS jene Fälle⁸¹, in denen die Tatbestandsvoraussetzung «*Vertrauen*» für den Eintritt der Rechtsfolge «*Haftung*» eine Rolle spielt⁸². Zu dieser Gruppe zählen namentlich⁸³ die Haftung für *Rat und Auskunft*, die «*culpa in contrahendo*» (c.i.c.)⁸⁴ und die sog. «*Berufshaftung*»⁸⁵. Auf der Tatbestandsseite ist ihnen gemeinsam, dass es nach Rechtsprechung⁸⁶ und Lehre⁸⁷ überwiegend⁸⁸ (i) einer *rechtlichen Sonderverbindung*, welche (letztlich) aus Art. 2 ZGB (Treu und Glauben) abgeleitete *Schutz- und Aufklärungspflichten* entstehen lässt, (ii) einer *Erweckung* und späteren (iii) pflichtwidrigen *Enttäuschung schutzwürdigen (berechtigten) Vertrauens* sowie (iv) eines *Schadens* (als Folge der Vertrauensinvestition oder -disposition), eines *Kausalzusammenhangs*

sowie eines *Verschuldens* seitens des Schädigers bedarf. Auf der Rechtsfolgenseite entstehen Schadenersatzansprüche⁸⁹.

c. Delikt

Ergibt die Prüfung des konkreten Lebenssachverhaltes, dass ein (mehr oder minder) «*zufälliges Zusammenprallen*» zweier Rechtssubjekte stattfand, woraus nun die eine Partei (Geschädigte) von der Gegenseite (Schädiger) Ersatz des erlittenen Schadens geltend zu machen versucht, so kommt als Rechtsgrundlage *Deliktsrecht* in Frage. Daneben anerkennen Rechtsprechung und Lehre einen ausservertraglichen (deliktischen) Anspruch auch zugunsten einer Partei, welcher mit ihrem Gegenüber eine *vertragliche* Beziehung aufweist (Anspruchskonkurrenz), mithin die Parteien *nicht* «per Zufall» in einer Rechtsbeziehung zueinander stehen.

Die Grundnorm für deliktische Ansprüche im schweizerischen Schuldrecht ist Art. 41 OR, welche als *Verschuldenshaftung* konzipiert ist und daher (auf der Tatbestandsseite) nebst Schaden, Kausalzusammenhang und Widerrechtlichkeit⁹⁰ auch ein Verschulden seitens des Schädigers voraussetzt. Indessen verhält sich die Verschuldenshaftung zur *Kausalhaftung subsidiär*, ist mithin nur einschlägig, wenn im konkreten Einzelfall kein Kausalhaftungstatbestand verwirklicht ist⁹¹. Systematisch ist daher *vor* einer Prüfung der Voraussetzungen einer Verschuldenshaftung Ausschau zu halten nach einer anwendbaren Kausalhaftungsnorm⁹². Besondere Aufmerksamkeit zu schenken (und diesen bei Bedarf zu unterbrechen⁹³) ist schliesslich dem Lauf der im Vergleich zum Vertragsrecht äusserst kurz bemessenen (relativen) *Verjährungsfrist* im allgemeinen Deliktsrecht (vgl. Art. 60 Abs. 1 OR: *1 Jahr* ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers).

d. Ungerechtfertigte Bereicherung

Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sind zu prüfen, wenn der konkrete Lebenssachverhalt Anhaltspunkte enthält, welche einen entstandenen (zumeist vermögens-

⁷⁹ Vgl. BÄRTSCHI (FN 72), 411.

⁸⁰ Vgl. hierzu (für das schweizerische Recht) v.a. die Monographie von PETER LOSER, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht*, Bern 2006.

⁸¹ Abgesehen von Vertrauensmissbräuchen im Rahmen bestehender Vertragsbeziehungen.

⁸² CLAUS WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971, 1.

⁸³ Eine weitere Form der Vertrauenshaftung ist die *Haftung für erwecktes Konzernvertrauen* (vgl. hierzu grundlegend HANS CASPAR VON DER CRONE/MARIA WALTER, *Konzernerklärung und Konzernverantwortung*, SZW 2001, 53 ff.).

⁸⁴ Vgl. auch BGE 130 III 349, wonach die Haftung aus erwecktem Vertrauen als Oberbegriff auch jene aus culpa in contrahendo und die weiteren, bezüglich der Interessen gleich gelagerten Tatbestandsgruppen umfasst, wozu auch die Haftung für Rat und Auskunft zählt (BGE 134 III 395).

⁸⁵ Aus diesem Grund wird die Berufshaftung bisweilen auch als «*Berufsvertrauenshaftung*» bezeichnet (vgl. VOLKER LANG, *Einmal mehr: Berufsrecht, Berufspflichten und Berufshaftung*, AcP 2001, 578). – Zur dogmatischen Einordnung und den Voraussetzungen einer solchen Haftung für erwecktes (berufsbezogenes) Vertrauen in die besondere Sachkunde eines Berufsangehörigen (Berufshaftung) vgl. JEAN-MARC SCHALLER, *Finanzanalysten-Recht*, Diss. Zürich 2004, § 8 N 77–119; zur Berufshaftung neuerdings auch (eine eigenständige Haftung aufgrund der Berufsstellung indessen ablehnend) BÄRTSCHI (FN 72), 352 ff.

⁸⁶ Vgl. den Entscheid BGer. vom 5. Juni 2009 (4A_80/2009; 4A_88/2009), E. 2; BGE 134 III 395; 133 III 451; 130 III 345 ff.; 121 III 350 ff.; 120 II 331 ff.

⁸⁷ Einlässlich etwa LOSER (FN 80), N 1274 ff.; BÄRTSCHI (FN 72), 364 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 47), N 982e ff.

⁸⁸ *Anders* hingegen etwa HUGUENIN, OR AT (FN 3), N 941, wonach die c.i.c. im Unterschied zur Vertrauenshaftung *nicht* an eine Sonderverbindung anknüpfe. – Vgl. aber (die Sonderverbindung m.E. zu Recht bejahend) ERNST A. KRAMER, *Berner Kommentar*, Band VI/1/1, Bern 1986, Allg. Einleitung in das schweizerische OR, N 141; zustimmend neuerdings auch BÄRTSCHI (FN 72), 397.

⁸⁹ Indessen entstehen keine Ansprüche auf Realerfüllung. – Zu den Schadenersatzansprüchen aus Vertrauenshaftung weiterführend hinten IV.2.a., ac.

⁹⁰ Entweder (i) die Verletzung eines *absolut* geschützten Rechtsgutes oder (ii) die Verletzung einer *Schutznorm*.

⁹¹ Vgl. KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil*, Band II/1, 4. A., Zürich 1987, § 16, N 4; HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. A., Zürich 2008, N 807.

⁹² Z.B. Art. 55 OR (Haftpflicht des Geschäftsherrn), Art. 58 OR (Haftpflicht des Werkeigentümers), Art. 679 ZGB (Haftpflicht des Grundeigentümers).

⁹³ Vgl. Art. 135 OR, welcher (ebenso wie Art. 137 OR) auch auf die Verjährungsfristen nach Art. 60 OR Anwendung findet, vgl. ROLAND BREHM, *Berner Kommentar*, Band VI/1/3/1, 3. A., Bern 2006, N 6 sowie N 18 zu Art. 60 OR.

mässigen) «Vorteil» einer Partei als nicht gerechtfertigt bzw. rechtsgrundlos erscheinen lässt. Rechtsgrundlage hierfür sind die Art. 62 ff. OR. Unter den extensiv auszulegenden «Bereicherungs»-Begriff sind indessen *sämtliche Vorteile* zu subsumieren⁹⁴, was in der Lehre zu folgender Kategorienbildung geführt hat: *Leistungs-* vs. *Nichtleistungskondiktion*⁹⁵ (zu letzterer zählen etwa die Eingriffskondiktion und die Zufallskondiktion⁹⁶), erstere alsdann unterteilt in Leistungen (i) ohne gültigen, (ii) nicht verwirklichten oder (iii) nachträglich weggefallenen Grund⁹⁷. Schliesslich unterliegen auch⁹⁸ Bereicherungsansprüche⁹⁹ einer kurzen (relativen) *Verjährungsfrist* (vgl. Art. 67 Abs. 1 OR: *1 Jahr* ab Kenntnis des Anspruchs), deren Lauf durch den Gläubiger bzw. durch dessen bevollmächtigten Rechtsvertreter rechtzeitig und in geeigneter Form zu *unterbrechen* ist¹⁰⁰.

2. Prüfebene 2: Der Anspruch (Angriffsmittel)

a. Bestand

Sofern bis hierin allfällige (mögliche) Rechtsgrundlagen für in Frage kommende Ansprüche haben ermittelt und die entsprechenden Voraussetzungen haben bejaht werden können, lässt sich – jedoch einstweilen nur (aber immerhin) im Sinne eines Zwischenergebnisses¹⁰¹ – vom *Bestand* einer entsprechenden Forderung ausgehen. Der Bestand einer solchen Forderung ist denn auch die unabdingbare Voraussetzung für die (spätere) Annahme eines (durchsetzbaren) Anspruchs.

⁹⁴ Vgl. PAUL OBERHAMMER, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Art. 1–529 OR, Basel 2008, N 4 zu Art. 62 OR.

⁹⁵ Vgl. INGEBORG SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 5. A., Bern 2009, N 55.04; OBERHAMMER (FN 94), N 1 zu Art. 62 OR; so auch NATHALIE VOSER, *Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen*, Basel 2006, S. 198, Fn. 65.

⁹⁶ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 47), N 1498.

⁹⁷ Vgl. etwa HUGUENIN, OR AT (FN 3), N 1036 ff.

⁹⁸ Zu den Verjährungsfristen des allgemeinen Deliktsrechts bereits vorne IV.1.c.

⁹⁹ Zur inhaltlichen Prüfung vgl. hinten IV.2.a., ae.

¹⁰⁰ Auch hier sind die Art. 135/137 OR einschlägig, vgl. etwa ROBERT K. DÄPPEN, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Art. 1–529 OR, Basel 2008, N 8 zu Art. 67 OR.

¹⁰¹ Selbst wenn also der Forderung eine rechtshindernde (z.B. Formmangel) oder rechtsaufhebende *Einwendung* (z.B. Erlass) entgegenstehen sollte, bleibt die juristische Prüfreihenfolge stets *zweistufig*: In einem *ersten* (gedanklichen) Schritt ist zu klären, ob sich ein Sachverhalt unter eine (oder mehrere) anspruchsbegründende Norm(en) subsumieren lässt. Falls dem so sein sollte, ist in einem *zweiten* Schritt festzustellen, ob Einwendungstatsachen vorhanden sind, welche die (regelhafte) Entstehung eines Anspruchs (ausnahmsweise) verhindern oder den (weiteren) Bestand eines Anspruchs in Frage stellen (vgl. SCHALLER [FN 30], Fn. 170 zu N 95).

Bestand, *Höhe* und *Fälligkeit* einer Forderung sind die Elemente des sog. *Anspruchsfundaments*. Liegen sie vor, so besteht ein *Anspruch*. Sämtlichen Elementen des Anspruchsfundaments können jedoch unter entsprechenden Umständen materielle Verteidigungsmittel entgegen stehen¹⁰². Ausserdem kann zwar ein Anspruch vorliegen, dieser jedoch nicht durchsetzbar sein¹⁰³.

Für die weitere Prüfung eines zur Debatte stehenden Anspruchs im Rahmen der Anspruchsmethode erscheint es daher unerlässlich, vorab Klarheit hinsichtlich der Begriffe «Forderung» und «Anspruch» zu verschaffen. Anschliessend sind die verschiedenen Anspruchskategorien zu erörtern, gefolgt von den (weiteren) Anspruchselementen Höhe und Fälligkeit (einer Forderung). Schliesslich sind die materiellen Verteidigungsmittel des schweizerischen Schuldrechts zu diskutieren.

aa. Definition Forderung/Abgrenzung zum Anspruch

Die Entstehung bzw. der Bestand eines (durchsetzbaren) Anspruchs setzt vorab das Vorhandensein einer *Forderung* voraus. Eine Forderung ist ein materielles subjektives Recht des Gläubigers, von einer bestimmten Person, dem Schuldner, eine Leistung (i) zu erhalten, sie alsdann (ii) zu behalten (sog. Zuordnungsfunktion der Forderung) sowie, bei Ausbleiben der Leistung, sie (iii) zu oder ab einem bestimmten Zeitpunkt zu verlangen (Einzuehungsfunktion der Forderung)¹⁰⁴. Ein solches subjektive Recht, mithin eine *Forderung*, entsteht (und besteht), wenn und solange¹⁰⁵ eine entsprechende Rechtsgrundlage¹⁰⁶ vorhanden ist. Ein *Anspruch* entsteht demgegenüber jedoch erst, sobald die Forderung *fällig* ist¹⁰⁷.

ab. Ansprüche auf Realerfüllung

Erbringt der Schuldner die vereinbarte Leistung *nicht* oder *nicht ordnungsgemäss* (und verweigert der Gläubiger aus letzterem Grund die Annahme), so ist der Gläubiger berechtigt, vom Schuldner die Leistung «*in natura*» zu verlangen und diese Leistung sodann prozessual/vollstreckungsrecht-

¹⁰² Hierzu hinten IV.3.

¹⁰³ Solches ist der Fall, wenn ein (materielles) Leistungsverweigerungsrecht («*Einrede*») die Durchsetzung des Anspruchs *hemmt*, vgl. einlässlich hinten IV.3.b.

¹⁰⁴ Vgl. SCHALLER (FN 30), N 87, mit weit. Verw.

¹⁰⁵ Stets ist bei der Anwendung der Anspruchsmethode im Auge zu behalten, dass sich eine Rechtslage *im Verlaufe der Zeit ändern kann*: Forderungen können durch Erfüllung, Erlass, Novation, Verrechnung usw. *erlöschen*, wegen Anfechtung des zugrunde liegenden Vertrags *dahinfallen*, bei Dauerschuldverhältnissen durch Kündigung künftig *nicht (mehr) entstehen* usw.

¹⁰⁶ Vorne IV.1.

¹⁰⁷ Vgl. SCHALLER (FN 30), N 94, mit Verw. auf die Doktrin; zum Anspruchselement der Fälligkeit alsdann einlässlich hinten IV.2.c.

lich zu *erzwingen*¹⁰⁸. Das Vertragsrecht, unterstützt durch das Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht, gewährt dem Gläubiger somit in erster Linie unstreitig¹⁰⁹ einen Anspruch darauf, dass der Schuldner *exakt diejenige (Haupt-)Leistung erbringt*, zu welcher er sich vertraglich *verpflichtet* hat¹¹⁰. Ob solches auch für *Nebenpflichten* gilt oder ob diese von vornherein durch Sekundäransprüche (Schadenersatzansprüche) verdrängt bzw. ersetzt werden, hängt davon ab, ob sie als *Nebenleistungspflichten* oder als reine *Verhaltenspflichten* zu qualifizieren sind¹¹¹.

ac. Schadenersatzansprüche

Im Falle eines vertraglichen Schadenersatzanspruchs ist alsdann zu entscheiden (und zwar *vor* bzw. *anstelle* eines Bezugs der Differenztheorie), welche Art von *«Interesse»* durch die eingetretene Vertragsverletzung beeinträchtigt wurde¹¹²: Weil der Gläubiger grundsätzlich ein Recht auf vertragskonforme Erfüllung hat, wird zumeist das sog. *positive Interesse* (Erfüllungsinteresse¹¹³) geschützt, selten das *negative Interesse*¹¹⁴. Ferner können in speziellen Konstellationen

schützenswert sein das *«Richtigkeitsinteresse»*¹¹⁵, das *«Garantieinteresse»*¹¹⁶ oder das *«Erhaltungs-/Integritätsinteresse»*¹¹⁷. Liegt indessen ein Tatbestand vor, welcher von der Vertrauenshaftung erfasst ist, wird dem Geschädigten in der Regel lediglich der sog. (negative) *Vertrauensschaden* ersetzt (im Sinne eines negativen Vertrauensschutzes), seltener wird das Vertrauen *«positiv»* geschützt¹¹⁸. Demgegenüber wird im Rahmen des Deliktsrechts die (Vor-)Frage nach den geschützten Interessen nicht gestellt, sondern der Schaden wird (direkt) ermittelt anhand der *Differenz* zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand (nach dem schädigenden Ereignis) und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (*«Differenztheorie»*)¹¹⁹.

Die Ermittlung des konkret zu ersetzenden Schadens hängt also stark von der jeweiligen Rechtsgrundlage ab. Deshalb erscheint es in systematischer Hinsicht unerlässlich, stets (i) zuerst mit den Rechtsgrundlagen zu beginnen¹²⁰, alsdann (ii) anhand der hieraus sich ergebenden Kriterien den ersatzfähigen Schaden anhand der geschützten *Interessen* und/oder der Differenztheorie genauer zu ermitteln. Hieraus ergibt sich sodann die konkrete *Höhe* der Schadenersatzforderung bzw. (bei *Fälligkeit*) des entsprechenden Schadenersatzanspruchs¹²¹.

ad. Ansprüche aus vertraglicher Rückabwicklung

Ein Vertrag wird gemäss neuerer Lehre¹²² und Rechtsprechung *«rückabgewickelt»* im Anschluss an einen (i) *Rücktritt*¹²³ (Art. 109 OR), (ii) die *Wandelung*¹²⁴ eines Kauf-/Werkvertrags (Art. 205 und 208 OR/Art. 368 OR) oder die

¹⁰⁸ BK-WEBER (FN 44), N 339 zu Art. 97 OR; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 9. A., Zürich 2008, N 2486 ff.

¹⁰⁹ Der Erfüllungsanspruch wird im Rahmen der Späterfüllung (Verzug) in Art. 107 Abs. 2 OR ausdrücklich erwähnt (*«... so kann der Gläubiger immer noch auf Erfüllung nebst Schadenersatz ... klagen»*) und alsdann auch für die Regel in Art. 97 Abs. 2 OR, wonach Zwangsvollstreckung möglich und zulässig ist, implizit vorausgesetzt. Die Vorschrift in Art. 111 aOR, wonach sie jede auf ein Tun gerichtete Obligation bei schuldhafter Nichterfüllung *«in eine Verbindlichkeit zu Schadenersatz auflöse»*, wurde anlässlich der Revision gestrichen (vgl. zu dieser Entwicklung auch ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band, 3. A., Zürich 1974, 87; JÖRG SCHMID, Vertragsrecht und Realerfüllung in: Tercier/Amstutz/Koller/Schmid/Stöckli [Hrsg.], Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 591 f.; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2009, § 44, N 5).

¹¹⁰ Auch *«Anspruch auf Realerfüllung»* oder *«Primäranspruch»* genannt.

¹¹¹ Vgl. statt vieler WIEGAND (FN 59), N 32 zu Art. 97 OR.

¹¹² Einlässlich (und anschaulich) zu den folgenden Ausführungen etwa NIKLAUS LÜCHINGER, Schadenersatz im Vertragsrecht, Diss. Fribourg 1999, N 92 ff., N 114 ff., N 213 ff.

¹¹³ Der Gläubiger wird so gestellt, wie wenn der Schuldner seine vertragliche Leistungspflicht *ordnungsgemäss erfüllt* hätte; vgl. etwa den Entscheid des BGer. vom 24. Juni 2005 (4C.471/2004), E. 3.2.3.

¹¹⁴ Der Gläubiger wird so gestellt, wie wenn der Vertrag *nicht* abgeschlossen worden wäre, *oder*, wie wenn die Parteien nie voneinander gehört hätten (was – nicht nur juristisch – zwei verschiedene Paar Schuhe sind; im Einzelfall ist zu entscheiden, welche Hypothese der Interessenlage der Parteien eher entspricht).

¹¹⁵ So v.a. anwendbar bei Schäden aus fehlerhaften (z.B. Finanz-) Informationen (Research Reports, Ratings etc.); dabei ist der Gläubiger so zu stellen, wie wenn er *richtig* informiert worden wäre (vgl. SCHALLER [FN 85], § 8 N 137, mit weit. Verw.).

¹¹⁶ Vgl. SCHALLER [FN 85], § 8 N 138.

¹¹⁷ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 108), N 2904.

¹¹⁸ Vgl. hierzu weiterführend (mit zahlreichen Verw. auf die einschlägige Lehre und Rsp.) BÄRTSCHI (FN 72), 373 ff.

¹¹⁹ Vgl. BREHM (FN 93), N 70b zu Art. 41 OR; .

¹²⁰ Vgl. vorne IV.1.

¹²¹ Zur Höhe und Fälligkeit (u.a.) von Schadenersatzforderungen hinten IV.2.b. und c.

¹²² Grundlegend *a. M.* indessen KOLLER (FN 109), § 31, N 23 ff.

¹²³ Grundlegend BGE 114 II 157 f., mit welchem der *Paradigmenwechsel* von der traditionellen Auffassung einer Entstehung von dinglichen/bereicherungsrechtlichen Ansprüchen hin zu einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis auf höchstrichterlicher Ebene vollzogen wurde. – Aus der Lehre etwa BK-WEBER (FN 44), N 60/63 zu Art. 109 OR; LUC THÉVENOZ, in: Thévenoz/Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, N 6 zu Art. 109 OR.

¹²⁴ Für den Kauf HEINRICH HONSELL, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, N 3 zu Art. 208 OR; für den Werkvertrag GAUDENZ G. ZINDEL/URS PULVER, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, N 28 zu Art. 368 OR; zustimmend SCHALLER (FN 30), N 753.

*Anfechtung*¹²⁵ eines Vertrags wegen eines *Willensmangels* (Art. 23 ff./31 OR). Rückabwicklung des Vertrags bzw. die entsprechende «Umwandlungstheorie» meint, dass den (vormals) vertraglich verbundenen Parteien *vertragliche* Ansprüche auf Rückerstattung der bereits erbrachten Leistungen zustehen. Das erscheint sachgerecht, sollen doch Parteien, welche willentlich den *Vertrag* als Regelungsform für ihre gegenseitigen Rechtsbeziehungen *gewählt* haben, bei dessen Dahinfallen¹²⁶ nicht auf ausservertragliche Ansprüche verwiesen bleiben, deren Anwendung die Parteien mittels Abschlusses eines (wenn auch allenfalls ungültigen, schlecht oder zu spät erfüllten) Vertrags nachgerade *vermeiden* wollten¹²⁷.

Auf das vertragliche Rückabwicklungsverhältnis finden alsdann auch die entsprechenden, auf Vertragsverhältnisse zugeschnittenen Bestimmungen des allgemeinen Schuldrechts (*OR AT*) Anwendung (soweit passend), z.B. *Art. 82 OR*, so dass im Rahmen eines vertraglichen Rückabwicklungsverhältnisses die eine Partei bei nicht ordnungsgemäss angebotener oder erbrachter Rückerstattung seitens der Gegenpartei die eigene Rückleistung *erstweilen verweigern* kann (Prinzip der Rückerstattung «Zug um Zug»)¹²⁸. Aufgrund der vertraglichen Rechtsnatur dieser Ansprüche fallen dingliche Herausgabeansprüche und Ansprüche aus Bereicherungsrecht ausser Betracht.

ae. Ansprüche auf Rückerstattung einer Bereicherung

Bereicherungsansprüche können sich in verschiedenen Konstellationen ergeben. Die Voraussetzungen für das Vorliegen

solcher Ansprüche sind nicht deckungsgleich, sondern unterscheiden sich teilweise, je nach zur Debatte stehendem Konditionstyp¹²⁹: Stets erforderlich ist (i) eine *Bereicherung* («Vorteil»), (ii) *ohne Rechtsgrund*¹³⁰. Indessen braucht eine Entreichung seitens des Gläubigers (so v.a. bei der Eingriffskondition) nicht zwingend vorzuliegen¹³¹. Demgegenüber bedarf es bei der «*condictio indebiti*» zusätzlich eines *Irrtums*¹³² über die Leistungspflicht (vgl. Art. 63 OR).

b. Höhe

Bei Ansprüchen auf Realerfüllung erweist sich die Höhe einer Forderung in jenen Verträgen als relevanter Aspekt, in denen die geschuldete Leistung in *Zahl, Mass, Gewicht* o.ä. messbar ist, so v.a. bei Leistungen in *Geld*, aber auch bei Leistungen *vertretbarer Sachen* wie Reis (Gewicht), Stoffe (in Metern), seriengefertigte Teller (Stück). Die konkrete Forderungshöhe kann im Vertragsrecht vor allem *beeinträchtigt* sein¹³³ bei *Minderung* des Kaufpreis-/Werklohnanspruchs (Art. 205 Abs. 1/368 Abs. 2 und 3 OR) sowie bei *Kürzung* des Honorars des Beauftragten wegen Schlechterfüllung des Auftrags¹³⁴.

¹²⁵ Vgl. BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Band VI/1/2/1b, Bern 1995, N 118 zu Art. 23/24 OR; alsdann HUGUENIN, OR AT (FN 3), N 527/528; WOLFGANG WIEGAND, Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge, Tercier/Amstutz/Koller/Schmid/Stöckli (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 721 f.; dieser neueren Lehre «gute Gründe» attestierend alsdann BGE 129 III 328; zustimmend SCHALLER (FN 30), N 770 ff., N 775. – A. M. (nebst KOLLER [vgl. FN 122]) INGBORG SCHWENZER, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 4. A., Basel 2007, N 15 zu Art. 31 OR.

¹²⁶ Insoweit ist der Begriff «Umwandlungstheorie» nicht gänzlich präzise, denn der ursprüngliche Vertrag wird nicht umgewandelt, sondern *fällt dahin* (mitsamt aller Forderungen, Ansprüchen bzw. Pflichten), und es *entsteht neu* ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis (so implizit auch BK-WEBER [FN 44], N 58 ff. zu Art. 109 OR).

¹²⁷ Vgl. auch das überzeugende Plädoyer für die Umwandlungstheorie bei GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 47), N 1575.

¹²⁸ Vgl. Rolf H. WEBER, Berner Kommentar, Band VI/1/4, 2. A., Bern 2005, N 15 zu Art. 82 OR (mit weit. Verw.); alsdann auch FABIENNE HOHL, in: Thévenoz/Werro (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, N 5 zu Art. 82 OR – Zum Verteidigungsmittel der sog. Einrede des nicht (ordnungsgemäss) erfüllten Vertrags (bzw. hier: Rückabwicklungsverhältnisses) hinten IV.3.b.

¹²⁹ Deshalb ist es aus systematischer Sicht angebracht, den einschlägigen Lebenssachverhalt vorab einem bestimmten Konditionstyp zuzuordnen, vgl. hierzu vorne IV.1.d., alsdann die entsprechenden Voraussetzungen zu prüfen.

¹³⁰ Vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 47), N 1471/1476.

¹³¹ Zur Historie des Wegfalls der Voraussetzung einer Entreichung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung VOSER (FN 95), 179 ff.; vgl. alsdann HUGUENIN, OR AT (FN 3), N 1031 (mit weit. Verw. auf *gl. u. a. M.*), mit dem zutreffenden Hinweis, dass anhand des französischen und italienischen Gesetzestextes zu Art. 62 Abs. 1 OR eine Entreichung nicht unbedingt vorzuliegen braucht, sondern dass es ausreicht, dass der Bereicherte *auf Kosten eines anderen* («*enrichi aux dépens d'autrui*»/«*arricchito a danno dell'altrui patrimonio*») bereichert sein muss.

¹³² Der (Bereicherungs-)Schuldner wird also mit Vorteil ins Feld führen, der (Bereicherungs-)Gläubiger habe sich *nicht* in einem solchen Irrtum befunden. Da Art. 63 Abs. 1 OR das Tatbestandsmerkmal des fehlenden Irrtums ausdrücklich dem (sog.) Anspruchsfundament zuweist («... wenn er [= der Bereicherungsgläubiger] nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat»), also der *Gläubiger* die *Behauptungs-* und *Beweislast* trägt (ähnlich bereits MAX KUMMER, Berner Kommentar, Band I, Einleitung, Bern 1966, N 247 zu Art. 8 ZGB; so bereits früher – freilich etwas apodiktisch – das Bundesgericht in BGE 64 II 125; zustimmend alsdann HERMANN SCHULIN, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 4. A. Basel 2007, N 9 zu Art. 63 OR), handelt es sich bei der besagten Verteidigung des Schuldners nicht um eine Einwendung, sondern um eine *Bestreitung*. – Zur Unterscheidung Bestreitung vs. Einwendung vgl. hinten IV.3.a.

¹³³ Zu den entsprechenden Verteidigungsmitteln hinten IV.3.

¹³⁴ Vgl. HUGUENIN, OR BT (FN 3), N 809. – Zu beachten gilt es hier, dass der Beauftragte sich eine Kürzung des Honorars *nicht* entgegen halten muss, wenn der Auftraggeber ihn auf Schaden-

Rechtsprobleme in der *Ermittlung* der Forderungshöhe ergeben sich in der Praxis v.a. bei *Schadenersatzansprüchen*: Im Zuge der zu schützenden Interessen, welche sich je nach Rechtsgrundlage unterscheiden¹³⁵ bzw. unter Anwendung der Differenztheorie (Deliktsrecht) lässt sich die Höhe des Schadens ermitteln¹³⁶. Die letztlich «gerechtfertigte» Höhe einer Schadenersatzforderung hängt indessen noch von weiteren, ebenfalls zu prüfenden Faktoren ab, so etwa von den Reduktionsgründen eines allfälligen Selbstverschuldens des Gläubigers (Geschädigter) bzw. der Verletzung seiner Schadensminderungspflicht¹³⁷.

Die Höhe eines *Bereicherungsanspruchs* ist wiederum abhängig vom erlangten bzw. eingetretenen «Vorteil», der beim (Bereicherungs-)Schuldner abgeschöpft werden soll. Grundsätzlich muss dieser Vorteil (die «Bereicherung») *vollumfänglich* rückerstattet werden¹³⁸. Um jedoch den gutgläubigen (Bereicherungs-)Schuldner nicht schlechter zu stellen als ohne Bereicherung, ist der Bereicherungsanspruch um die nicht mehr vorhandene Bereicherung zu *kürzen* (Art. 64 OR)¹³⁹.

Ferner ist im Rahmen der *echten berechtigten GoA* die Höhe des *Verwendungsersatzes* des Geschäftsführers abhängig davon, ob bzw. in welchem Umfang die Verwendungen notwendig *oder* nützlich *und* den Verhältnissen angemessen waren (Art. 422 Abs. 1 OR).

c. Fälligkeit

Die Belangbarkeit eines Schuldners setzt alsdann massgeblich voraus, dass die zugrunde liegende Forderung *fällig* ist¹⁴⁰.

ersatz in der Höhe des *positiven Interesses* in Anspruch nimmt; in diesem Fall hat auch der Beauftragte Anspruch darauf, so gestellt zu werden, wie wenn der Auftrag (i.c. die Bezahlung des Honorars) korrekt erfüllt worden wäre (Ausfluss des sog. Äquivalenzgedankens).

¹³⁵ Vgl. vorne IV.1.

¹³⁶ Hilfsweise kann auch Art. 42 OR greifen.

¹³⁷ Vgl. etwa Art. 44 OR, Art. 61 VVG; die Behauptung, der Gläubiger habe seine Schadensminderungspflicht verletzt, qualifiziert als (in einem Teilbetrag) *rechtsaufhebende Einwendung* (zu den materiellen Verteidigungsmitteln hinten IV.3.), d.h. dem *Schuldner* als Schädiger (und nicht dem Gläubiger als Geschädigtem) obliegen hierfür i.d.R. (substantiierte) Behauptung und Beweis (vgl. THIERRY LUTERBACHER, Die Schadenminderungspflicht, Diss. Zürich 2005, N 270).

¹³⁸ Vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 47), N 1516.

¹³⁹ Dem gutgläubigen (Bereicherungs-)Schuldner eröffnet sich hier die *Einwendung der nicht mehr vorhandenen Bereicherung* (vgl. ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band, 3. A., Zürich 1979, 504 und ferner 27; HUGUENIN, OR AT [FN 3], N 1056; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [FN 47], N 1518). Denn der Beweis, dass und inwieweit die ursprüngliche Bereicherung zwischenzeitlich (teilweise) weggefallen ist, lastet auf dem *Schuldner* (so bereits KUMMER [FN 132], N 304 zu Art. 8 ZGB, mit weit. Verw.).

¹⁴⁰ SCHALLER (FN 30), N 321.

Aus Sicht des Gläubigers gilt der Eintritt der Fälligkeit als Voraussetzung für das Recht, die Leistung vom Schuldner jetzt (sofort/so gleich) zu beanspruchen. Die Fälligkeit einer Forderung ist (neben deren Bestand und Höhe) ein Teil des Anspruchsfundaments¹⁴¹. Die Beweislast für die Tatsache der eingetretenen Fälligkeit trägt grundsätzlich (Ausnahme: Stundung¹⁴²) der Gläubiger. Zu beachten gilt es alsdann, dass Art. 75 OR, entgegen verbreiteter Auffassung, *keine Regelfälligkeit* festlegt¹⁴³. Der in dieser Bestimmung vorgesehene sofortige Fälligkeitseintritt ist daher nicht die Regel, sondern lediglich ein (*subsidiärer*) *Auffangtatbestand*. Es gehen vor: (i) *Vereinbarung*, (ii) *Natur des Rechtsgeschäfts*, (iii) *Spezialvorschrift* aus dem Besonderen Teil des schweizerischen Obligationenrechts (*OR BT*). In der streitigen Rechtspraxis ist denn auch beobachtbar, dass die Parteien vielfach (wenn auch bisweilen mehrdeutig) über den Fälligkeitseintritt *disponiert* haben.

Hingegen tritt die Fälligkeit bei Forderungen aus *Vertrauenshaftung*, «GoA», *Delikt*¹⁴⁴ und *ungerechtfertigter Bereicherung*¹⁴⁵ entsprechend Art. 75 OR («sofort») ein, sobald diese Forderungen entstanden sind, was bei *Eintritt* des *anspruchsbegründenden Ereignisses* der Fall ist¹⁴⁶.

Behauptet indessen der Schuldner, die Parteien seien übereingekommen, die Fälligkeit nachträglich hinauszuschieben, so trägt der Schuldner die Beweislast für das Vorliegen einer solchen *Stundungsabrede*¹⁴⁷.

d. Durchsetzbarkeit

Liegt ein Anspruch vor, d.h. sind (nebst Ermittlung der konkreten Höhe) Bestand und Fälligkeit einer Forderung anhand vorstehend erörterter Prüfschritte zu bejahen, so ist in einem nächsten Schritt zu ermitteln, ob dieser Anspruch *durchsetzbar* ist¹⁴⁸. Grundsätzlich sind fällige Forderungen (Ansprüche) durchsetzbar. Ausnahmsweise ist der Schuldner jedoch berechtigt, die Leistung an den Gläubiger – trotz fälliger Forderung (Anspruch) – einstweilen oder dauernd zu *verweigern*¹⁴⁹.

¹⁴¹ Einlässlich hierzu SCHALLER (FN 30), N 326 ff.

¹⁴² Zur (Einwendung der) Stundung sogleich hinten.

¹⁴³ So bereits BK-WEBER (FN 128), N 113 zu Art. 75 OR; zustimmend SCHALLER (FN 30), N 329.

¹⁴⁴ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 108), N 2198.

¹⁴⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (FN 108), N 2198.

¹⁴⁶ Vgl. (für Schadenersatz- und Bereicherungsforderungen) BK-WEBER, N 96 zu Art. 75 OR.

¹⁴⁷ Vgl. SCHALLER (FN 30), N 369, mit weit. Verw.

¹⁴⁸ Zu dieser Prüfreihefolge auch HUGUENIN, OR BT (FN 3), N 1829.

¹⁴⁹ Konkret ist nun das Vorliegen eines materiellen Leistungsverweigerungsrechts (*Einrede*) zu prüfen (vgl. bereits FORSTMOSER/OGOREK/VOGT [FN 3], 99 f.); hierzu alsdann hinten IV.3.b.

3. Prüfebene 3: Die Verteidigungsmittel

a. Einwendung/Abgrenzung zur Bestreitung

Der Schuldner nimmt, wenn er eine Einwendung erhebt, gegenüber dem Anspruch des Gläubigers eine qualifizierte Art von Gegenposition (Verteidigung) ein: Der Schuldner bringt *neue Tatsachen* vor, die dem Recht – dem Anspruch – des Gläubigers *entgegenstehen*¹⁵⁰. Solche Tatsachen/Umstände lassen sich als *Ausnahmen* von den Regeln des Ent- oder Bestehens von Ansprüchen begreifen: Ein Anspruch entsteht bei Zustandekommen eines Vertrags (*Regel*), es sei denn (*Ausnahme*), es liege vor: Simulation, Handlungsunfähigkeit, Sittenwidrigkeit, ein Form- oder Willensmangel (letzteres bedarf zusätzlich der Anfechtung des Vertrags) usw.

Anhand dieses *Regel/Ausnahme-Verhältnisses*¹⁵¹, im Einzelfall ableitbar aus dem systematischen Aufbau des Gesetzes unter Berücksichtigung einer lebensstatsächlichen Wahrscheinlichkeitsverteilung¹⁵², lässt sich alsdann die Einwendung von einem weiteren Verteidigungsmittel, der *Bestreitung*, abgrenzen: Die Bestreitung greift das Anspruchsfundament (die Regel) an, indem das Bestehen eines Anspruchs *verneint* wird, die Einwendung ist dagegen die Behauptung einer zusätzlichen, besonderen, neuen Tatsache (die Ausnahme)¹⁵³.

b. Einrede

Demgegenüber stellt die Einrede ein *Recht* des Schuldners dar, seine Leistung an den Gläubiger, trotz Bestehens eines Anspruchs, *einstweilen* («dilatorisch»; etwa Art. 82/83 OR) oder *dauernd* («peremptorisch»; etwa: Verjährung; übermässige [sittenkonforme] vertragliche Bindung) *verweigern* zu dürfen¹⁵⁴. Es handelt sich bei diesem Leistungsverweigerungsrecht um ein *materielles, subjektives Gegenrecht* des Schuldners¹⁵⁵, welches ausserprozessual (vorerst) durch blosses «*Nichtleisten*» ausgeübt wird¹⁵⁶; Inverzugsetzung, Verrechnung (seitens des Gläubigers) sowie ferner Selbsthilfe fallen für die Gegenpartei, den Gläubiger, (einstweilen) ausser Betracht¹⁵⁷. Das Leistungsverweigerungsrecht bzw.

die entsprechende Einrede muss erst (aber immerhin) vor dem *Richter* geltend gemacht werden¹⁵⁸.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich die Ausübung eines Leistungsverweigerungsrechts in manchen Konstellationen bestimmten Rechtsbehelfen aus dem OR BT als *überlegen* erweist: So erweist es sich für einen Käufer/Besteller (welcher zugleich Schuldner der Gegenleistung, des Kaufpreises/Werklohns, ist), sofern «*Zug um Zug*» zu leisten ist, als vorteilhafter, die nicht ordnungsgemäss angebotene Leistung einstweilen *nicht anzunehmen* und gleichzeitig die eigene Leistung (Bezahlung des Kaufpreises/Werklohns) zu *verweigern* (Art. 82 OR), statt das Geschäft abzuwickeln (d.h. Zahlung gegen Entgegennahme der mit einem Mangel behafteten Sache) und anschliessend *wandeln* oder *mindern* zu müssen.

4. Prüfebene 4: Konkurrenzen

Sofern aus der vorstehenden Prüfung (gestützt auf denselben Lebenssachverhalt) mehrere Ansprüche als *bestehend*¹⁵⁹ sowie *durchsetzbar* zu qualifizieren sind, ist ihr Verhältnis untereinander zu bestimmen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen *Anspruchskonkurrenz* (sogleich unten) und *Anspruchskumulation*; bei letzterer erlaubt das Recht (Gesetz/Vertrag), mehrere Ansprüche zu addieren¹⁶⁰.

Hat sich indessen auf vorstehender «Prüfebene 3» erwiesen, dass seitens des Schuldners mehrere *Einwendungen* und/oder *Einreden* in Frage kommen, ist es für ihn von grundlegender Bedeutung zu wissen, wie sich diese Verteidigungsmittel zueinander verhalten, um im Rahmen seines Verteidigungsdispositivs nicht *widersprüchlich* zu erscheinen¹⁶¹. Hierfür ist die Konkurrenzlehre zu den materiellen Verteidigungsmitteln einschlägig¹⁶².

a. Anspruchskonkurrenz

Anspruchskonkurrenz meint, dass zwar mehrere Ansprüche nebeneinander geltend gemacht werden können, jedoch durch die Erfüllung des einen Anspruchs auch der andere un-

¹⁵⁰ Grundlegend VON TUHR/PETER (FN 139), 27.

¹⁵¹ Terminologie aus KARL LARENZ/MANFRED WOLF, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. A., München 2004, § 18 (Teil des Übertitels zu N 45).

¹⁵² Vgl. MAX GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, 19 und 33 ff.

¹⁵³ Vgl. hierzu sowie weiterführend SCHALLER (FN 30), N 101 ff. – Zur Definition von Einwendung und Bestreitung alsdann SCHALLER (FN 30), N 968/969.

¹⁵⁴ Vgl. (statt vieler) VON TUHR/PETER (FN 139), 27; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 47), N 76.

¹⁵⁵ Vgl. SCHALLER (FN 30), N 114.

¹⁵⁶ SCHALLER (FN 30), N 113.

¹⁵⁷ Vgl. SCHALLER (FN 30), N 138 ff.

¹⁵⁸ Vgl. (mit einlässlicher Begründung) SCHALLER (FN 30), N 163/173 ff.

¹⁵⁹ Wofür es wie gesehen des *Bestands* und der *Fälligkeit* einer Forderung in einer gewissen *Höhe* bedarf.

¹⁶⁰ So etwa der Anspruch auf Realerfüllung und der Anspruch auf Ersatz des Verspätungsschadens beim Schuldnerverzug; vgl. HUGUENIN, OR BT (FN 3), N 1845 ff.

¹⁶¹ SCHALLER (FN 30), N 905. – Aus Gründen der Bestimmtheit und Gebundenheit an die eigene Tatsachenbehauptung, welcher prozessuale Grundsatz seit dem 1. Januar 2011 neu aus den Art. 55/56 (schweizerische) ZPO abgeleitet werden kann, ist es unstatthaft, widersprechende Tatsachen im Prozess stufengleich nebeneinander vorzutragen (vgl. zur früheren zürcherischen ZPO, dort §§ 55 und 113 ZPO, FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 13 zu § 113 ZPO).

¹⁶² Hierzu einlässlich SCHALLER (FN 30), N 904 ff., sowie alsdann hinten IV.4.b.

tergeht¹⁶³. So konkurrieren Ansprüche aus Vertrag mit denjenigen aus Delikt¹⁶⁴, der Gläubiger kann somit den für ihn vorteilhafteren Anspruch (i.d.R. wegen der Verschuldensvermutung und der längeren Verjährungsfristen der Anspruch aus Vertrag) oder auch beide Ansprüche gleichzeitig verfolgen (was nicht widersprüchlich erscheint).

Besonders zu beachten sind die Konkurrenzen von Ansprüchen im Umfeld der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)¹⁶⁵: So geht im Falle einer echten berechtigten GoA der Anspruch auf Verwendungsersatz aus Art. 422 Abs. 1 OR sachen- und bereicherungsrechtlichen Ansprüchen vor. Anders verhält es sich bei der echten *unberechtigten* GoA, hier sind Ansprüche aus Art. 41 ff./62 ff. OR einschlägig. Konkurrenz besteht alsdann bei der Geschäftsanmassung (bösgläubige Eigengeschäftsführung) hinsichtlich des Anspruchs auf Gewinnherausgabe (Art. 423 OR) und bereicherungsrechtlichen Ansprüchen¹⁶⁶ («Unrecht soll sich nicht lohnen»). Im Falle einer Geschäftseinmischung (gutgläubige Eigengeschäftsführung) ist hingegen eine Bereicherung an den Geschäftsherrn nach Massgabe der Art. 62 ff. OR herauszugeben.

Keine Anspruchskonkurrenz besteht ausserdem zwischen Ansprüchen aus Vertrag und solchen aus ungerechtfertigter Bereicherung, da die vertragliche Beziehung den erforderlichen Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung darstellt¹⁶⁷: Entweder liegt ein Vertrag als Rechtsgrund vor oder eben nicht. Streitig ist schliesslich das Verhältnis zwischen dem Herausgabeanspruch gestützt auf Eigentum (Art. 641 ZGB) und Ansprüchen aus Art. 62 ff. OR¹⁶⁸.

b. Konkurrenz zw. Einwendungen und Einreden

Rechtshindernde Einwendungen schliessen sich gegenseitig nicht aus, können also kumuliert werden¹⁶⁹. Eine Forderung bzw. ein Anspruch kann somit aus mehreren Gründen nicht entstehen, hingegen *nicht* aus verschiedenen Gründen dahinfallen¹⁷⁰: Ist die Forderung z.B. bereits erfüllt worden, so kann sie nicht (nochmals) durch Verrechnung untergehen.

Es ist daher einem Schuldner verwehrt, sich gleichzeitig und stufengleich auf mehrere *rechtsaufhebende* Tatsachen (Einwendungen) zu berufen. Vielmehr hat der Schuldner seinen Vortrag in einen *Haupt-* und in einen *Eventualstandpunkt* zu gliedern. Von hoher Praxisrelevanz sind in diesem Kontext v.a. die Verteidigungsstrategien einer *Eventualanfechtung* sowie einer *Eventualverrechnung*¹⁷¹. Eine solche, eventuell erklärte Anfechtung oder Verrechnung verstösst im Übrigen nicht gegen die Regel der Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsrechten, weil eine Bedingung gerade *nicht* vorliegt¹⁷²: Die Rechtswirkung einer eventuellen Anfechtung bzw. Verrechnung wird nämlich nicht von einem «ungewissen künftigen Ereignis»¹⁷³ abhängig gemacht, sondern es wird lediglich auf eine *objektiv bereits bestehende Rechtslage* abgestellt, welche nur insoweit *noch nicht* «wahrnehmbar» ist, als der Richter hierüber *noch nicht entschieden* hat.

Ebenfalls *nicht* kombinierbar sind Einwendungen mit Leistungsverweigerungsrechten (Einreden), da Leistungsverweigerungsrechte rechtslogisch einen *entstandenen* und (nach wie vor) *bestehenden* (indessen nicht durchsetzbaren) Anspruch zum Gegenstand haben, was mit einer Einwendung nachgerade von der Hand gewiesen wird. Mehrere Leistungsverweigerungsrechte (Einreden) können hingegen *kombiniert* vorgetragen werden.

V. Fazit

Vorstehende Ausführungen haben gezeigt, dass die *Anspruchsmethode*, auch und gerade in der modernen Rechtsanwendung, eine *wertvolle Technik* zur Lösung schuldrechtlicher Problemstellungen darstellt, und dies sowohl in der *Rechtspraxis* wie auch an der *Universität*. Unerlässlich ist aber stets eine *reflektierte, systematische und zielgerichtete* Anwendung der Anspruchsmethode. Hierzu soll der vorliegende Aufsatz einen Beitrag leisten.

¹⁶³ HUGUENIN, OR BT (FN 3), N 1840/1841.

¹⁶⁴ Statt vieler HUGUENIN, OR BT (FN 3), N 1842.

¹⁶⁵ Zu den Rechtsgrundlagen hierfür vorne IV.1.

¹⁶⁶ Vgl. HUGUENIN, OR BT (FN 3), N 1842.

¹⁶⁷ Eine «Bereicherung» ist insoweit gerade *nicht* ungerechtfertigt/rechtsgrundlos; vgl. etwa OBERHAMMER (FN 94), N 9 zu Art. 62 OR.

¹⁶⁸ Für Exklusivität des dinglichen Herausgabeanspruchs etwa VON TUHR/PETER (FN 139), 521; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 47), N 1500; GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, 225; HERMANN SCHULIN/NEDIM PETER VOGT, Tafeln zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4. A., Zürich 1999, Tafel 60B; aus der Rechtsprechung alsdann jüngst BGE 135 III 480 (allerdings auf Willkürprüfung beschränkt); gegen Exklusivität des Herausgabeanspruchs (und für Konkurrenz mit Bereicherungsanspruch) KOLLER (FN 32), 210; OBERHAMMER (FN 94), N 12 zu Art. 62 OR.

¹⁶⁹ Vgl. SCHALLER (FN 30), N 907/908.

¹⁷⁰ SCHALLER (FN 30), N 909.

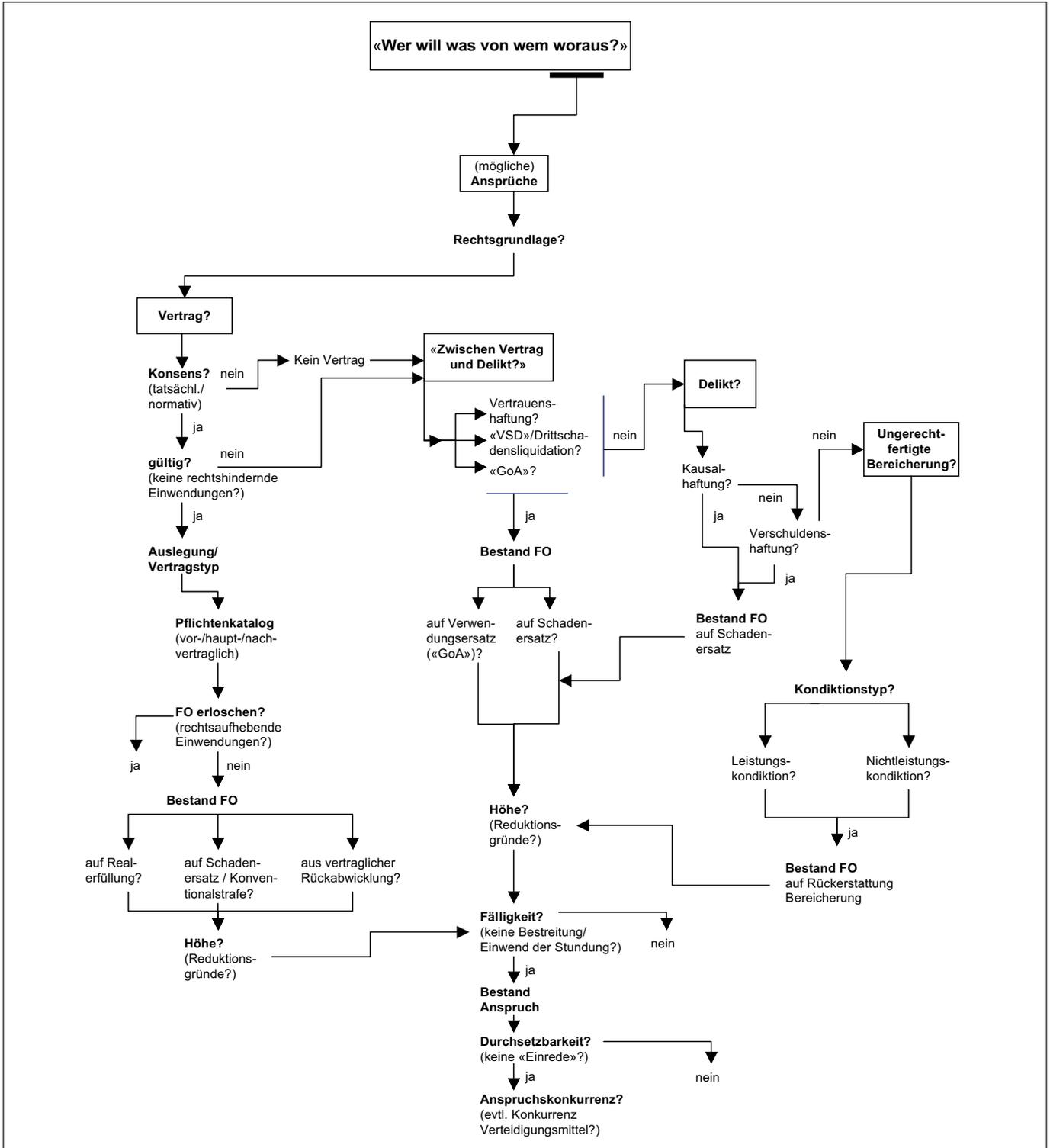
¹⁷¹ Hierzu einlässlich SCHALLER (FN 30), N 913 ff.

¹⁷² Vgl. SCHALLER (FN 30), N 914 (betr. Eventualanfechtung) und N 917 (betr. Eventualverrechnung).

¹⁷³ Vgl. Art. 151 Abs.1 OR (betr. Bedingung).

La méthode d'analyse de la créance (*Anspruchsmethode*) est une procédure permettant d'établir de manière ciblée les prétentions basées sur le système du droit des obligations. Elle constitue par ailleurs pour le praticien de par son orientation contradictoire une préparation idéale à une procédure civile. L'examen concret commence logiquement par la cause, traditionnellement le contrat, l'acte illicite ou l'enrichissement illégitime mais qui, du point de vue moderne, peut également consister en une relation juridique à classer, dogmatiquement, entre le contrat et l'acte illicite. Ensuite, il convient d'étudier l'existence, le montant, l'échéance et l'exigibilité de la créance en question et de tenir compte des moyens de défense du débiteur. La méthode d'analyse de la créance s'achève sur les questions de concours. (trad. LT LAWTANK, Berne)

Anhang: Tafel zur Anspruchsmethode



Hinweis: Diese Tafel erhebt keinen «Anspruch» auf Vollständigkeit, sondern dient lediglich (aber immerhin) der übersichtlichen Veranschaulichung einiger wesentlicher Fragestellungen und Prüflinien. So bestehen etwa auch gegen Forderungen und Ansprüche auf Schadenersatz oder Rück-

erstattung der Bereicherung zahlreiche (weitere) Bestreitungs- und Einwendungsmöglichkeiten. Jeder Rechtsanwender ist daher eingeladen, diese Tafel mit für ihn persönlich merkwürdigen Fragestellungen und Prüflinien handschriftlich zu ergänzen oder zu modifizieren.