

§ 32 Schuldübernahme (OR 175-183)	580
I. Allgemeines	580
II. Uneigentliche Schuldübernahme im Sinne des Befreiungsversprechens (OR 175)	581
III. Eigentliche («privative») Schuldübernahme (OR 176 ff.)	583
1. Begriff und Begründung	583
2. Wirkung	585
3. Dahinfallen der Schuldübernahme	586
IV. Schuldbeitritt («kumulative» Schuldübernahme)	587
V. Übernahme eines Vermögens oder Geschäfts (OR 181)	588
1. Übernahme (OR 181)	589
2. Vereinigung von zwei Geschäften (OR 182)	591
VI. Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt	592
1. Vertragsübernahme	592
2. Vertragsbeitritt	593

§ 32 Schuldübernahme (OR 175-183)

Literatur

A. BRINER, Die Schuldübernahme im schweizerischen Internationalprivatrecht, Zürich Diss. 1947; CH. KNAPP, Le transfert de la propriété immobilière et la reprise de dettes garanties par les immeubles transférés, Vom Kauf nach schweizerischem Recht, Festschrift für Th. Guhl, Zürich 1950, p. 165 ff.; R. LANZ, Verjährung und Schuldübernahme, SJZ 35 (1938/39), p. 198 ff.; M. LENZ, Der Wechsel des Passivsubjektes in der Realobligation, Diss. Basel 1986; N. MEIER, Die Vermögensübernahme nach französischem, englischem, schweizerischem und österreichischem Recht. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 84, 1985, p. 54-79.; W. MÜLLHAUPT, Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Patronatserklärung SAG 50 (1978), S. 109 ff.; H. REICHEL, Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme), München 1909; RIMMELSPACHER, Schuldübernahmetheorien und Anfechtbarkeit der befreienden Schuldübernahme, JR 69, p. 201 ff. Weitere Literatur bei Ziff. V unten.

I. Allgemeines

Die Schuldübernahme bildet insofern das Gegenstück zur Zession, als hier der Schuldner - nicht der Gläubiger - wechselt, die Schuld - nicht die Forderung - übergeht. Wie bei der Zession wird auch bei der Schuldübernahme nur die Beteiligung an einer isoliert gedachten Recht-Pflicht-Beziehung übertragen, während die Parteistellung im Schuldverhältnis als solche unverändert bleibt; die Übertragung des gesamten Vertrages (bzw. der Stellung als Partei im Vertragsverhältnis) ist ebenfalls möglich, im Gesetz jedoch nicht geregelt und unten gesondert zu behandeln (Ziff. VI). - Während jedoch bei der Zession der Gläubigerwechsel unabhängig vom Willen des Schuldners eintritt, setzt der Wechsel des Schuldners die Zustimmung des Gläubigers voraus, da der Wert der Forderung von der Leistungsbereitschaft des Schuldners abhängt¹.

Im *Römischen Recht* war die Schuldübernahme unbekannt, ein Schuldnerwechsel konnte im Ergebnis nur durch Novation oder Prozessvertretung erreicht werden². Der französische CC sieht noch heute keine Schuldübernahme vor, so dass

¹ Anschaulich ist die Forderung mit einem Erdhaufen, die Schuld mit einem Loch im Boden verglichen worden; Während der Erdhaufen verschoben werden kann, lässt sich ein Loch nicht verschieben; es muss ein neues gegraben und das Material zur Zuschüttung des alten verwendet werden (Bild von BÄHR, Jher. Jb. 6, p. 172, zit. nach v. BÜREN, p. 341). Vgl. sodann FIKENTSCHER, § 56/II, p. 354; v. T./E., § 99/I, p. 380 f.

² Vgl. KASER, § 55, p. 246 f.

man sich mit der Novation behelfen muss³. Im Obligationenrecht wurden unter dem Einfluss von BGB §§ 414-419 erst in der Revision (1911) die Art. 175-183 eingefügt. Diese Regeln sind weitgehend bloss «deskriptiv», d. h. formulieren eine infolge der Vertragsfreiheit ohnehin geltende Lösung. Dies trifft allerdings nicht zu bei der Vermögens- und Geschäftsübernahme (OR 181-183); einzelne Elemente derselben (eine gewisse Annäherung an die Universalsukzession, Regelung der Verhältnisse in Abhängigkeit von Publizitätsvorschriften) liessen sich ohne gesetzliche Grundlage und durch einfache Parteiabrede nicht erreichen.

II. Uneigentliche Schuldübernahme im Sinne des Befreiungsversprechens (OR 175)

Das Befreiungsversprechen⁴ im Sinne von OR 175 stellt entgegen dem Wortlaut des Marginalie nicht einen Fall der Schuldübernahme dar, sondern ist die vertragliche Vereinbarung zwischen einem Dritten (dem «Übernehmer») und dem Schuldner, diesen von seiner Verpflichtung zu befreien, sei es durch Erfüllung an Stelle des Schuldners, sei es durch eine mit dem Gläubiger zu schliessende Vereinbarung, den Übernehmer unter Entlassung des bisherigen Schuldners als neuen Schuldner zu akzeptieren (dazu unten Ziff. III). Eine derartige Vereinbarung setzt zu ihrer Gültigkeit nicht die Zustimmung des Gläubigers voraus, kann allerdings nur dann gegen dessen Willen erfüllt werden, wenn der Übernehmer selber erfüllen soll und die Leistungspflicht nicht eine persönliche im Sinne von OR 68 ist⁵.

Die Befreiung kann mit oder ohne Gegenleistung versprochen werden. Im ersten Fall handelt es sich um einen synallagmatischen Vertrag, bei dem der Übernehmer mangels anderer Verabredung nach OR 82 nur zu befreien braucht, wenn der Schuldner seinerseits erfüllt hat oder die Erfüllung anbietet; OR 175/II ist nicht mehr als eine entbehrliche und unpräzise formulierte Wiederholung dieser allgemeinen Regel⁶. Im zweiten Fall liegt ein Schenkungsversprechen vor, das nach OR 243/I bloss in schriftlicher Form gültig ist⁷ und in den Fällen von OR 250 widerrufen werden kann⁸.

³ Vgl. FERID, Bd. I, § 34 B, p. 575 f.

⁴ Auch «interne» Schuldübernahme oder «Erfüllungsübernahme», «Erfüllungsversprechen» genannt.

⁵ Vgl. dazu BGE 79 II 151, 92 II 162, SJZ 50 (1954), p. 192 Nr. 98.

⁶ Vgl. auch v. T./E., § 99/I/2, p. 382.

⁷ BGE 79 II 153; v. T./E., § 99/I/2, p. 383; a. M. v. BÜREN, p. 347; REICHEL, Schuldmitübernahme, p. 172 f. - Das entgeltliche Befreiungsversprechen ist dagegen selbst dann an keine Form gebunden, wenn der Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner formbedürftig ist, es sei denn, dieser Vertrag ist gerade infolge der zu übernehmenden Verpflichtung (z. B. Eigentumsübertragung an Grundstücken) dem Formzwang unterworfen, BGE 110 II 342.

⁸ Die Erfüllung des Befreiungsversprechens durch den Übernehmer (durch Erbringen der geschuldeten Leistung oder durch Abschluss einer den bisherigen Schuldner entlassenden Vereinbarung mit dem Gläubiger) macht eine schenkweise (d. h. unentgeltlich) übernommene Übernahmeverpflichtung nach der Regel von OR 243/III wirksam.

Das Befreiungsversprechen wirkt nur unter den Parteien, lässt das Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger unberührt und verschafft diesem grundsätzlich kein Forderungsrecht gegenüber dem Übernehmer⁹. Die Begründung eines direkten Forderungsrechtes (im Sinne eines Vertrages zugunsten eines Dritten; OR 112/II) wäre zwar möglich, darf aber nicht vermutet werden¹⁰. In Ausnahmefällen¹¹ erwirbt der Gläubiger kraft Gesetzes einen Anspruch gegen den Übernehmer: Beispielsweise verschafft die Überbindung einer Miete nach OR 259/I dem Mieter einen Anspruch gegen den neuen Eigentümer der Mietsache; dabei ist es hier belanglos, ob die Parteien diese Wirkung zugunsten des Mieters beabsichtigt haben¹².

Die versprochene Befreiung ist auf unterschiedliche Weise möglich. Der Anspruch des Schuldners geht auf Befreiung an sich, nicht aber auf eine bestimmte Art der Befreiung¹³. Der Übernehmer kann den Gläubiger befriedigen¹⁴ oder mit ihm eine eigentliche (den Schuldner befreiende) Schuldübernahme gemäss OR 176 (unten Ziff. III) vereinbaren.

Besteht keine andere Verabredung, so darf der Schuldner nach OR 75 die Befreiung sofort verlangen, allerdings vermutungsweise nur dann, wenn seine Verbindlichkeit fällig ist. Bleibt die Befreiung aus, so kann er gegen den Übernehmer nach OR 107 vorgehen¹⁵.

Da der aus dem Befreiungsversprechen Verpflichtete in vielen Fällen die Befreiung nicht gegen den Willen des Gläubigers erreichen kann¹⁶ und diesfalls auch keine Klage auf Erfüllung (Befreiung) möglich ist, statuiert der Gesetzgeber in OR 175/III

⁹ Vgl. BECKER, OR 175 N. 13; OSER/SCHÖNENBERGER, OR 175 N. 9. Für den Mietvertrag vgl. SCHMID, OR 259 N. 28 ff.; BGE 46 II 245 f. Der bisherige Eigentümer und Vermieter wird allerdings nicht automatisch befreit; es wird nicht privative, sondern kumulative Schuldübernahme bewirkt, es sei denn, der Mieter entlasse den bisherigen Vertragspartner aus der Pflicht.

¹⁰ Das wird ausdrücklich festgehalten in BGB § 329. So wie hier ENGEL, p. 600, BGE 88 II 358 ff.; SJZ 30 (1933/34), p. 264 f. Vgl. im übrigen unten Ziff. IV (Schuldbeitritt) bei Anm. 52.

¹¹ Vgl. v. T./E., § 82/III/6, p. 242 f.

¹² v. T./E., § 82/III/6, p. 243; OSER/SCHÖNENBERGER, OR 259 N. 10; BGE 79 II 386.

¹³ OSER/SCHÖNENBERGER, OR 175 N. 10, BGE 57 II 322. Befreiung ist auch möglich durch Erfüllungssurrogate wie Verrechnung.

¹⁴ Dies ist auch gegen den Willen des Gläubigers möglich, wenn der alte Schuldner nicht zu persönlicher Erfüllung verpflichtet ist.

¹⁵ Vgl. dazu oben § 20/VI. - Gegenüber den Möglichkeiten von OR 107 bietet m. E. das von v. T./E., § 99/I/2, p. 382 vorgeschlagene Vorgehen gemäss OR 98/I keine Vorteile. - Erfüllt der Schuldner infolge unterlassener Befreiung selbst, so kann er vom Übernehmer Rückerstattung des an den Gläubiger Geleisteten fordern. - Vgl. im übrigen für den Spezialfall der Überbindung von Grundpfandschulden BGE 60 II 178 ff. und TROLLER, Die Zwangsvollstreckung für das Schuldbefreiungsversprechen, SJZ 39 (1942/43), p. 409 f.

¹⁶ So beispielsweise, wenn der Versprechende erfüllen soll, die Leistungspflicht des Schuldners jedoch eine persönliche ist, oder wenn der Versprechende eine Befreiung durch Vereinbarung mit dem Gläubiger versprochen hat.

eine Sicherstellungspflicht des neuen Schuldners, der durch die Stellung von Personal- oder Realsicherheit genügt werden kann¹⁷.

III. Eigentliche («privative») Schuldübernahme (OR 176 ff.)

1. Begriff und Begründung

Bei der eigentlichen Schuldübernahme¹⁸ im Sinne von OR 176 tritt ein Dritter - der «Übernehmer» - an die Stelle des bisherigen Schuldners, der dadurch von seiner Leistungspflicht befreit wird; es geht die Schuld im eigentlichen Sinn vom bisherigen auf einen neuen Schuldner über. Es handelt sich um ein Rechtsgeschäft mit Doppelwirkung, das für den Gläubiger ein Erwerbsgeschäft, gleichzeitig aber auch eine (Verfügmacht voraussetzende) Verfügung über die Forderung gegen den freiwerdenden bisherigen Schuldner darstellt¹⁹. Die eigentliche Schuldübernahme setzt eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Übernehmer voraus, die, im Sinne von OR 112, zugunsten des Schuldners dessen Befreiung und Übernahme der Schuld durch den Übernehmer verabreden²⁰. Dieser Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer verpflichtet letzteren zur Erfüllung der Schuld (Verpflichtungsgeschäft). Die Befreiung des Altschuldners kann nach den Regeln des Vertrages zugunsten Dritter (OR 112) ohne dessen Zustimmung erfolgen. Dieser von OR 176/I vorausgesetzten (und durch OR 112 vorgezeichneten) Vertragstheorie kann als Variante ein Vorgehen nach der (BGB §§ 414 f. zugrunde liegenden) «Genehmigungstheorie»²¹ gegenübergestellt werden, wonach der Altschuldner und der Übernehmer

¹⁷ Vgl. dazu PFENNINGER, Das Objekt der Schuldbetreibung, ZSR 45 (1926), p. 236 f.; vgl. ferner TROLLER, a.a.O., p. 411.

¹⁸ «Privativ» («beraubend») genannt, im Gegensatz zur «kumulativen» Schuldübernahme (Ziff. IV), da der Gläubiger seine Forderung gegen den alten Schuldner, dieser seine Schuld verliert.

¹⁹ Vgl. v. T./E., § 99/III, p. 389. - Privativ i. S. von OR 176 ist die Schuldübernahme nur, wenn der alte Schuldner definitiv aus der Pflicht entlassen wird. Die (wohl häufige) Abrede, dass der Schuldner nur vorläufig entlassen wird, im Falle späterer Nichterfüllung durch den Übernehmer aber auf ihn zurückgegriffen werden kann, stellt keine eigentliche Schuldübernahme dar; vielmehr liegt blosser Schuldbeitritt (vgl. unten Ziff. IV) vor, der keineswegs Solidarität i. S. gleichzeitiger Belangbarkeit beider Schuldner voraussetzt.

²⁰ OR 167 lässt somit die Möglichkeit offen, dieselbe Wirkung auch mittels Vertrag zu Gunsten Dritter herbeizuführen, vgl. dazu oben § 26/I/2.

²¹ Vgl. v. T./E., § 99/II, p. 383 f. Nach deutschem Recht «Verfügungs-» und «Angebotstheorie»; dazu vor allem SOERGEL/SCHMIDT, Komm. BGB § 414/15 N. 1 ff.; a. A. ERMAN/WESTERMANN, Handkomm. BGB § 415 N. 1; weitere Ausführungen bei LARENZ, SchR I, § 35/I, p. 603 f.; ESSER/SCHMIDT, SchR I, § 37/II, p. 615 und dort Zit.

eine Vereinbarung (interne Schuldübernahme) schliessen, welche vom Gläubiger genehmigt wird²².

Die Formel von OR 176/II ist als Brücke zur Genehmigungstheorie zu verstehen, indem dort die Mitteilung der internen Schuldübernahme als mögliche Form der Offerte bezeichnet wird, demgegenüber die «Genehmigung» sich als Akzept darstellt²³.

Der nach OR 176/I vorausgesetzte Vertrag des Übernehmers mit dem Gläubiger kann im Unterschied zur Zession (OR 165/I) formfrei vereinbart werden²⁴ und unterliegt den allgemeinen Regeln über den Vertragsschluss. Erfolgt die Schuldübernahme unentgeltlich, so stellt sie gleichzeitig eine Schenkung dar, ist folglich nur in Schriftform verbindlich (OR 243/I), dass der Beschenkte (befreiter Schuldner) nicht gleichzeitig Vertragspartner ist, sollte diese Folgerung nicht hindern.

Die *Offerte* zur Schuldübernahme²⁵ kann konkludent gestellt werden, muss aber, soll der alte Schuldner befreit werden, den Gläubiger erkennen lassen, dass sich der Übernehmer nicht kumulativ neben dem Schuldner, sondern im Hinblick auf die Befreiung des alten Schuldners verpflichten will²⁶. Die Annahmeerklärung des Gläubigers kann ausdrücklich oder stillschweigend²⁷ erfolgen. Sie wird vermutet, wenn dieser ohne Vorbehalt vom Übernehmer eine Zahlung entgegennimmt oder einer anderen schuldnerischen Handlung zustimmt (OR 176/III). Voraussetzung ist allerdings, dass die Zahlung oder sonstige Handlung vom Übernehmer im eigenen Namen, nicht im Namen des Schuldners vorgenommen wird²⁸. Konnte der Gläubiger nach den Umständen annehmen, dass ihm nicht eine befreiende, sondern eine

²² Auch bei Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger kann zwischen Altschuldner und Übernehmer eine Verabredung im Sinne eines Befreiungsversprechens vorliegen.

²³ Zu Einzelheiten der Annahme vgl. die Regeln in OR 176/III und 177. - Bei der Vermögensübernahme nach OR 181 und der Veräusserung pfandbelasteter Grundstücke (ZGB 832) wird die Genehmigungstheorie an erste Stelle gerückt. Die unterschiedliche Behandlung dieser Fälle erschwert die Übersicht über das Recht der Schuldübernahme, erklärt sich aber aus den jeweiligen Besonderheiten der Rechtslage. Vgl. dazu auch unten Ziff. V.

²⁴ Dies gilt auch bei der Übernahme eines Schenkungsversprechens (OR 243/I), da der Übernehmer damit keine Schenkung verspricht. Hingegen ist nach ZGB 657 öffentliche Beurkundung nötig, falls die übernommene Verpflichtung darin besteht, Grundeigentum zu übertragen. Selbst wenn hier die Schuldübernahme nur als Abänderung des Vertrages betrachtet wird, folgt dies aus OR 12 (vgl. v. T./E., § 99/II/4, p. 387 und oben Anm. 7).

²⁵ Der Antrag zur Schuldübernahme kann, trotz der Formulierung von OR 176/II, auch vom Gläubiger ausgehen; vgl. v. T./E., § 99/II/1 und G./S. N. 2297.

²⁶ Entgegen v. T./E., § 99/II/1 Anm. 35, p. 384 nehme ich im Fall, dass der Übernehmer privative, der Gläubiger kumulative Schuldübernahme meint, keinen Dissens und damit Nichtigkeit der Schuldübernahme an; vielmehr muss diese insofern wirksam sein, als der Gläubiger den Übernehmer belangen und dieser befreiend leisten kann. - Zum Problem Dissens und Vertragsnichtigkeit vgl. BUCHER, AcP 186 (1986), p. 49 ff., insbes. p. 53 f.

²⁷ Als Beispiel: BGE 110 II 365 E. 2b.

²⁸ Vgl. BGE 54 II 280, 88 II 360; Sem.jud. 98, p. 543 f.

kumulative Schuldübernahme angeboten worden ist, so gilt die Vermutung von OR 176/III nicht²⁹. Nach OR 177/I ist der Übernehmer, der dem Gläubiger die Schuldübernahme anträgt, länger an die Offerte gebunden, als dies nach OR 4 und 5 beim Vertragsschluss normalerweise der Fall ist: Die Annahme des Gläubigers kann, unter Vorbehalt von ZGB 2³⁰, jederzeit erfolgen, sofern dafür nicht durch den Übernehmer oder Schuldner eine bestimmte Frist gesetzt worden ist³¹. OR 177/II statuiert sodann die singuläre Regel, dass die Offerte des Übernehmers dahinfalle, wenn ein Dritter dem Gläubiger die Übernahme der Schuld anbietet³².

2. Wirkung

Die Verpflichtung des Übernehmers aus dem Schuldübernahmevertrag entspricht derjenigen des alten Schuldners, der aus der Obligation ausscheidet, d. h. der Übernehmer kann dem Gläubiger die gleichen Einwendungen entgegenhalten wie der frühere Schuldner (OR 179/I)³³; die Schuldübernahme soll grundsätzlich einen Schuldnerwechsel herbeiführen, dabei aber die übernommene Schuld in ihrem Bestand unberührt lassen³⁴. Einzig deren Verjährung wird unterbrochen, weil im Abschluss des Schuldübernahmevertrages eine Anerkennung der Forderung gemäss OR 135 Ziff. 1 liegt.

Die Regel der Erhaltung der Einreden gilt allerdings nicht für die persönlichen Einreden des Schuldners (OR 179/II); beispielsweise ist die Verrechnung mit Gegenforderungen des alten Schuldners ausgeschlossen, weil der Übernehmer nicht berechtigt ist, über diese zu verfügen³⁵. Ebenso stehen dem Übernehmer eines Schenkungsversprechens, der durch die Übernahme nicht selber zum Schenker wird, keine Rechte aus OR 250 zu³⁶. Hingegen kann er, wie der Schenker selbst, die Erfüllung nach OR 249 Ziff. 3 verweigern, wenn der Gläubiger Auflagen nicht erfüllt, da dies mit dem Inhalt des Schenkungsversprechens zusammenhängt³⁷. – Selbstverständliche

²⁹ Vgl. BGE 46 II 66.

³⁰ Vgl. v. T./E., § 99/II/3, p. 386.

³¹ Dazu BECKER, OR 177 N. 3 f.

³² Vgl. dazu v. T./E., § 99/II/3, p. 386 f. und ENGEL, p. 602.

³³ Vgl. BGE 73 II 178 f.

³⁴ Das schliesst nicht aus, dass die Parteien (Gläubiger, Übernehmer) ein Interesse an einer Klarstellung haben, was sie zu einer eigentlichen Novierung (vgl. oben § 22/IV) veranlassen kann. Vgl. zur Vertragsauslegung in diesem Punkt BGE 107 II 481 ff.

³⁵ Vgl. BECKER, OR 179 N. 3. - Im übrigen ist hier wie andernorts der Ausdruck «persönliche Einreden» missverständlich, gemeint sind alle *nicht forderungsbezogenen* Einreden. Geltendmachung von Willensmängeln, Formverstoss oder Sittenwidrigkeit ist daher keine persönliche Einrede.

³⁶ Vgl. BECKER, OR 179 N. 9.

³⁷ So v. T./E., § 99/IV/2, p. 391.

Folge der Vertragstheorie ist die in OR 179/III ausgesprochene Regel, dass der Übernehmer dem Gläubiger nicht Einreden aus seinem Verhältnis zum alten Schuldner (insbesondere die Einrede des nichterfüllten Vertrages) entgegenhalten kann³⁸. Die Praxis hat indessen den Grundsatz entwickelt, dass (insbesondere bei Kollusion des alten Schuldners mit dem Gläubiger) der Übernehmer dem Gläubiger die Einrede der Arglist (scil. der Arglist des Gläubigers) entgegenhalten kann³⁹.

OR 178/I ordnet an, dass *Nebenrechte* - gemeint sind in erster Linie Sicherheiten⁴⁰ - bei der Schuldübernahme grundsätzlich fortbestehen⁴¹. Dies gilt bloss für Sicherheiten, die durch den Schuldner geleistet worden sind; von Dritten bestellte Pfänder sowie Bürgen haften nach OR 178/II nur weiter, wenn der Pfandbesteller oder Bürge der Schuldübernahme zustimmt; deren Stellung könnte durch die Schuldübernahme verschlechtert werden, falls der neue Schuldner weniger solvent ist. Die Zustimmung kann nicht zum voraus generell, sondern nur für einen bestimmten neuen Schuldner erteilt werden⁴². Im Falle des Bürgen hat sie schriftlich zu erfolgen (OR 493/V), ist dagegen beim Pfandbesteller formfrei möglich⁴³.

Schuldübernahme betrifft nur die Schuldnerstellung; bei Übernahme vertraglicher Schulden wird die Rechtsposition des Altschuldners als Vertragspartei nicht betroffen⁴⁴.

3. Dahinfallen der Schuldübernahme

Nach OR 180/I leben beim Dahinfallen eines Schuldübernahmevertrages (z. B. infolge Anfechtung wegen Willensmängel) die Verpflichtungen des alten Schuldners und die Nebenrechte des Gläubigers wieder auf. Letzteres ist allerdings nur unter Vorbehalt der Rechte Dritter möglich. Ist z. B. infolge der ungültigen Schuldübernahme ein Pfand dem früheren Schuldner zurückgegeben oder ein Grundpfand im Grundbuch gelöscht worden, besteht bloss ein Anspruch auf die

³⁸ Ob es sinnvoll ist, deshalb von einem «abstrakten» Rechtsgeschäft zu sprechen (OSER/SCHÖNENBERGER, OR 176 N. 3; SJZ 28 [1931/32], p. 235), mag offen bleiben.

³⁹ So z. B. BGE 60 II 108, 58 II 21.

⁴⁰ Vgl. v. T./E., § 99/V, p. 392.

⁴¹ Der Gläubiger will und soll durch die Schuldübernahme nicht schlechter gestellt werden.

⁴² Dies folgt aus ZGB 27. Vgl. BGE 63 II 411 ff., 67 II 131.

⁴³ BECKER, OR 178 N. 12. Zu den Nebenrechten nach OR 178 würden an sich auch die *Konkursprivilegien von SchKG 219* gehören (vgl. v. T./E., § 99/V/3, p. 393 f.); diese haben jedoch ihre Begründung in der Beziehung zwischen Gläubiger und ursprünglichem Schuldner, so dass sie im Falle einer Schuldübernahme dem Gläubiger, welcher der Solvenz des Schuldübernehmers vertraut hat, nicht erhalten bleiben. - Vgl. v. T./E., § 99/V/3, p. 393 f., v. BÜREN, p. 345.

⁴⁴ So kann trotz Übernahme der Kaufpreisschuld durch einen Dritten nur der Käufer Gestaltungsrechte aus dem Kaufvertrag (z. B. Wandelung) geltend machen, ZR 46/107, p. 179.

Wiederherstellung untergegangener Pfandrechte⁴⁵. Ist dies nicht mehr möglich und erleidet der Gläubiger einen Verlust, wird ihm der Übernehmer gemäss OR 180/II im Umfange des negativen Interesses schadenersatzpflichtig, sofern er sich nicht zu exkulpieren vermag⁴⁶.

IV. Schuldbeitritt («kumulative» Schuldübernahme)

Der Schuldbeitritt⁴⁷, der keinen Schuldnerwechsel bewirkt, ist im OR nicht geregelt⁴⁸, aber aufgrund der Vertragsfreiheit zulässig⁴⁹. Er kann auf zwei Arten erfolgen. Es ist möglich, dass ein Dritter dem Gläubiger verspricht, neben dem bisherigen Schuldner für eine bestehende Schuld haften zu wollen⁵⁰. Dieser wird dadurch nicht befreit⁵¹, sondern der Gläubiger erhält einen zusätzlichen Schuldner und kann sich nach seinem Belieben an den einen oder anderen halten. Das ursprüngliche Schuldverhältnis wird damit erweitert, ohne dass die Leistungspflicht als solche verändert würde. Die Schuldmitübernahme kann aber auch durch Vertrag mit dem Schuldner selbst erfolgen. Diesfalls wird der Gläubiger wenigstens dann forderungsberechtigt, wenn dieser Vertrag im Sinne von OR 112/II zu seinen Gunsten geschlossen wird⁵². Der Schuldbeitritt kann ohne Wissen, ja sogar gegen den Willen des Schuldners wie auch des Gläubigers erfolgen⁵³.

Die Schuldmitübernahme bewirkt im Regelfall *Solidarhaftung* des bisherigen und des neuen Schuldners nach OR 143ff⁵⁴. Sie muss von der *Bürgschaft* (OR 492 ff.) unterschieden werden, für welche strenge Formerfordernisse (OR 493) gelten, während der Schuldbeitritt dagegen formfrei möglich ist⁵⁵. Sind die Formvorschriften

⁴⁵ Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, OR 180 N. 5; BECKER, OR 180 N. 3.

⁴⁶ Vgl. OSER/SCHÖNENBERGER, OR 180 N. 6; BECKER, OR 180 N. 4 f.

⁴⁷ Auch «*Schuldmitübernahme*» genannt.

⁴⁸ Allerdings sieht OR 259/I die kumulative Schuldübernahme von Gesetzes wegen für den Fall vor, dass sich der Erwerber einer vermieteten Sache zur Fortsetzung des Mietvertrages verpflichtet (vgl. BGE 82 II 259; v. BÜREN, p. 349).

⁴⁹ OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. zu OR 175-183 N. 2; ENGEL, p. 604.

⁵⁰ Vgl. ENGEL, p. 605.

⁵¹ Da der Schuldner weiter verpflichtet bleibt, haften auch allfällige Bürgen und Pfänder weiter (G./M./K., p. 254).

⁵² v. T./E., § 90/II/1, p. 302, Anm. 32a; ENGEL, p. 605.

⁵³ Vgl. ENGEL, p. 605. Anders nur, wenn der Dritte nicht bloss für die Erfüllung der Schuld mithaftet, sondern im Sinne des Vertragsbeitritts (unten Ziff. VI) am Vertragsverhältnis beteiligt werden soll. v. T./E., § 90/II/1, p. 302; BGE 47 II 420 f.

⁵⁴ Vgl. oben § 27/II.

⁵⁵ Vgl. BGE 101 II 328. Zur Bürgschaft vgl. OR/BT, § 17.

von OR 493 nicht eingehalten, so ist es nicht zulässig, die ungültige Bürgschaft in eine Schuldmitübernahme umzudeuten, denn damit würde der mit OR 493 beabsichtigte Schutz des Bürgen vor unüberlegter Verpflichtung⁵⁶ aufgehoben⁵⁷. Ob eine Schuldmitübernahme oder Bürgschaft vorliegt, darf nicht allein aufgrund des Wortlauts der Vereinbarungen, sondern muss unter Berücksichtigung des von den Parteien bei Vertragsschluss angestrebten Zwecks beurteilt werden. Verpflichtet sich der Dritte hauptsächlich, um den Kredit des Schuldners durch eine zusätzliche Sicherung zu verbessern, spricht dies für Bürgschaft⁵⁸. Dagegen mag die Verpflichtung des Dritten eher als Schuldübernahme verstanden werden, wenn der Gläubiger ihm dafür ein Entgelt leistet oder wenn die Parteien erwägen, dass der Dritte nicht bloss bei Uneinbringlichkeit, sondern zum vornherein die Leistung erbringen werde⁵⁹. Dass der Dritte ein unmittelbares eigenes Interesse an der Vertragsabwicklung besitzt, spricht nach neuerer Judikatur nicht mehr gegen die Annahme einer Bürgschaft⁶⁰.

V. Übernahme eines Vermögens oder Geschäfts (OR 181)

Literatur

G. BUCHLI, Die Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes nach Art. 181 OR, Diss. Zürich 1953; A. BÜHLER, Die Vermögens-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1947; H. EISEMANN, Die Haftung aus Vermögensübernahme ..., AcP 176 (1976), p. 487, 517 ff.; P. GAUCH, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, Zürich 1974, N. 1884 ff.; M. GIGER, Die Einbringung eines Geschäftes in eine Kollektivgesellschaft, Diss. Freiburg/CH 1940, R. DES GOUTTES, Cession et fusion des patrimoines

⁵⁶ So BGE 64 II 350.

⁵⁷ Vgl. FIKENTSCHER, § 59/I/3, p. 375.

⁵⁸ Pra 77 (1988) Nr. 18, p. 80; ZR 73 (1974) Nr. 94, p. 252.

⁵⁹ Vgl. BGE 40 II 401 f.

⁶⁰ BGE 111 II 280 E. 2b, 111 II 287, Pra 77 (1988), Nr. 18, p. 82 - Allgemein zur Abgrenzungsproblematik OR/BT, § 17/IV; v. T./E., § 90/I/1, p. 302; v. BÜREN, p. 350 f. Sodann aus der älteren Judikatur BGE 37 II 183, 385, 39 II 774, 42 II 263, 56 II 383 E. 3, 64 II 350, 65 II 32, 66 II 29, 81 II 525, 101 II 325 f., RGZ 51, p. 122, 64 p. 318, 71 p. 120, 90 p. 417, 148 p. 66; Juristenzeitung 1968, p. 795; NJW 1968/II, p. 2332; ZBJV 78 (1942), p. 332, 84 (1948), p. 332, 93 (1957), p. 280; BJM 1954, p. 19/20; Sem.jud. 63, p. 77, 98 p. 543, ZR 3/131, 41/100, 51/79, 58/62, 61/57, 73/94.

Es kann nicht verkannt werden, dass die Statuierung der strengen Formerfordernisse des revidierten Bürgschaftsrechts einen Teil der Sicherungsgeschäfte, die herkömmlich in der Schweiz (wie heute noch in Deutschland) als Bürgschaften qualifiziert wurden, mit der Gefahr der Formnichtigkeit belastet, so dass man heute dazu neigt, den Begriff der Bürgschaft einengend zu verstehen (symptomatisch für diese Tendenz BGE 101 II 325f.): Von dieser Tendenz abweichend nun aber BGE 111 II 278 E. 2 und Praxis 77/1988 Nr. 18. Vgl. dazu auch OR/BT § 17/IV/3.

et des fonds de commerce en droit suisse et en droit comparé, thèse Genève 1938; DERS., Geschäft und Vermögen, SJK 70 (1969); R. MEZGER, Die Schuldübernahme kraft Mitteilung bei der Geschäfts- und Vermögensübernahme, Art. 181/II OR, Diss. Basel 1955; N. C. STUDER, Die Quasifusion, Diss. Bern 1974 (= Abhandlungen zum schweizerischen Recht, N. F. 431); R. E. ZÜLLIG, Die internationale Fusion im schweizerischen Gesellschaftsrecht unter bes. Berücksichtigung des deutschen und italienischen Rechts, Diss. Basel 1973 (= Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen 23, Basel 1975).

1. Übernahme (OR 181)

Die in OR 181 vorgesehene Übernahme eines Vermögens oder eines Geschäfts⁶¹ mit Aktiven und Passiven entspricht einem wirtschaftlichen Bedürfnis; sie verbindet Elemente der Zession und der Schuldübernahme⁶². Der Übernahme nach OR 181 liegt ein Vertrag zugrunde, in welchem sich der Veräusserer eines Vermögens oder Geschäftes verpflichtet, Aktiven und Passiven auf den Erwerber zu übertragen. Die Regeln von OR 181 und 182 stellen *kaufmännisches Unternehmensrecht* dar und sind systematisch dem Handelsrecht zuzurechnen, was auch bei deren Handhabung zu beachten ist⁶³. Eine umfassende Darstellung ist hier nicht möglich, ebensowenig eine kritische Beleuchtung der Schwächen dieser unter dem Einfluss von BGB § 419 und HGB §§ 25 eingeführten, vom Vorbild jedoch entscheidend abweichenden Regelung.

Es steht den Parteien frei, die Vermögens- und Geschäftsübernahme in den Grenzen der Privatautonomie nach den eigenen Interessen zu gestalten; die Vereinbarung, dass die Passiven nicht oder nur in beschränktem Umfang übertragen werden, ist mithin zulässig⁶⁴, darf aber bei der Mitteilung an die Gläubiger nicht unerwähnt bleiben⁶⁵. Werden diese dadurch geschädigt, dass bloss die Aktiven auf den Übernehmer übergehen, so können sie ihre Interessen gestützt auf SchKG 285 ff. wahren⁶⁶. Die zweijährige kumulative Haftung des bisherigen Schuldners (OR 181/II) ist nicht abdingbar, d. h. kann nicht verkürzt werden.

⁶¹ Voraussetzung ist, dass innerhalb des Gesamtvermögens des Abtretenden ein isoliertes Sondervermögen besteht; nur ein solches kann Gegenstand eines Übergangs gemäss OR 181 sein. Neben einem Geschäftsvermögen kommt etwa eine geerbte Vermögensmasse in Frage. Vgl. dazu auch BUCHLI, bes. p. 15.

⁶² Es gilt festzuhalten, dass der Gläubiger den Schuldnerwechsel nicht verhindern kann, dieser Schuldübergang kraft Gesetzes stellt im Ergebnis eine Annäherung an die Universalsukzession dar.

⁶³ Vgl. z. B. unten Anm. 72.

⁶⁴ In diesem Sinne auch BECKER, OR 181 N. 3; ENGEL, p. 606; BGE 79 II 291; a. M. OSER/SCHÖNENBERGER, OR 181 N. 3.

⁶⁵ Vgl. BGE 60 II 104 f. - Enthält die Mitteilung der Übernahme keine Einschränkungen bezüglich der Passiven, gehen im Zweifelsfall sämtliche Geschäftsschulden über, SJZ 74 (1978) Nr. 63, p. 316.

⁶⁶ v. T./E., § 99/VII/2, p. 396.

Die Verpflichtung zur Übertragung eines Vermögens oder Geschäfts ist formfrei möglich⁶⁷. Bei der Erfüllung dieser Verpflichtung müssen die einzelnen Aktiven in der dafür vorgeschriebenen Form übertragen werden⁶⁸; bei Forderungen ist nach OR 165/I ein schriftlicher Zessionsvertrag zu schliessen⁶⁹, Fahrnis durch Tradition zu übertragen (ZGB 714/I).

Damit der Übernehmer gegenüber den Gläubigern des Veräusserers haftet, muss diesen die Vermögens- oder Geschäftsübernahme mitgeteilt werden⁷⁰. Die *Mitteilung* braucht gemäss Gesetz nicht in einer bestimmten Form zu geschehen⁷¹, hat aber erkennen zu lassen, dass der Übernehmer auch in die Passiven eintreten will⁷². Sie kann durch diesen selbst oder einen ermächtigten Vertreter vorgenommen werden⁷³. Entspricht sie nicht den (internen) Übernahmevereinbarungen, so ist sie (extern) allein massgebend⁷⁴.

Erweist sich der Übernahmevertrag als *ungültig*, so bewirkt nach herrschender Auffassung die Mitteilung allein keine Schuldübernahme, da das Gesetz dafür sowohl einen gültigen Vertrag wie die Mitteilung verlangt⁷⁵.

Hinsichtlich ihrer *Wirkungen* unterscheidet sich die Vermögensübernahme von der privativen Schuldübernahme in erster Linie dadurch, dass der Schuldner nicht sofort befreit wird, sondern zunächst seine Haftung kumulativ neben der Verpflichtung des Übernehmers weiter besteht⁷⁶. Nach OR 181/II haftet der ursprüngliche Schuldner solidarisch⁷⁷ mit dem neuen noch während zweier Jahre, die für fällige

⁶⁷ ENGEL, p. 607. Vorbehalten auch hier das Vorliegen eines Schenkungsversprechens (OR 243), einer Verpfändung (OR 522) oder der Begründung der Pflicht zur Übertragung von Grundstücken (ZGB 657 / OR 216).

⁶⁸ BECKER, OR 181 N. 22; v. T./E., § 99/VII/1, p. 395, Pra 72 (1983) Nr. 238, p. 642.

⁶⁹ SJZ 61 (1965), p. 326 f.

⁷⁰ BGE 49 II 250 f.

⁷¹ BECKER, OR 181 N. 17.

⁷² SJZ 18 (1921/22), p. 324; BGE 79 II 154 f.

⁷³ Dies kann wie bei der gewöhnlichen Schuldübernahme (OR 176/II) auch der Schuldner sein (BGE 75 II 304).

⁷⁴ Vgl. v. T./E., § 99/VII/5, p. 398; BGE 60 II 104 f., 79 II 292, SJZ 74 (1978) Nr. 63, p. 316; a. M. v. BÜREN, p. 353. - Hat als Vertreter des Übernehmers der alte Schuldner gehandelt, gelten im Falle der inhaltlichen Abweichung zwischen Mitteilung und vom Übernehmer Gewolltem nicht Grundsätze zivilrechtlicher, sondern handelsrechtlicher Vertretung (vgl. zum Gegensatz § 33/IV); d. h. es kommt nicht auf den tatsächlichen Ermächtigungswillen des Übernehmers an, sondern auf den von ihm erweckten Rechtsschein: Hat er die Versendung einer bestimmten Mitteilung durch den Schuldner geduldet, muss er sich deren Inhalt entgegenhalten lassen.

⁷⁵ Vgl. v. T./E., § 99/VII/4, p. 397; ferner BGE 60 II 107. Allerdings steht dahin, ob die Regel nicht zu allgemein gefasst ist und in Fällen, die anders gelagert sind als BGE 60 II 107 zu unhaltbarer Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit führen könnte.

⁷⁶ Vgl. BECKER, OR 181 N. 27; v. T./E., § 99/VII/6, p. 398 f.

⁷⁷ Vgl. oben § 27/II.

Forderungen mit der Mitteilung und bei später fällig werdenden Forderungen mit Eintritt der Fälligkeit⁷⁸ zu laufen beginnen. OR 181/II gibt dem Gläubiger somit (ohne sein Dazutun) für zwei Jahre zwei Solidarschuldner, d. h. die Wahl, den alten oder den neuen Schuldner zu belangen. Die Rechtsnatur der Zweijahresfrist, nach deren Ablauf die vorerst kumulative Schuldübernahme zur privativen wird, bleibt nach dem Gesetz unklar, und es ist aus OR 181/II auch nicht ersichtlich, mit welchen Vorkehrungen die Gläubiger verhindern können, dass der alte Schuldner mit Ablauf von zwei Jahren frei wird⁷⁹.

Gemäss OR 181/III hat die Vermögensübernahme im übrigen die gleiche Wirkung wie die Übernahme einer einzelnen Schuld. Insbesondere gilt grundsätzlich die Regel von OR 179 (oben Ziff. III/2)⁸⁰; dagegen kommt OR 178 erst nach Ablauf der zwei Jahre zur Anwendung⁸¹.

Anlässlich der Geschäftsübernahme nach OR 181 gehen immer nur die einzelnen Forderungen und Pflichten auf den Erwerber über, nicht aber Schuldverhältnisse als solche, die der Veräusserer mit Dritten geschlossen hat (z. B. Mietverträge, Lizenzverträge, vgl. unten Anm. 85). Bei Arbeitsverträgen gilt die Sondernorm von OR 333.

2. Vereinigung von zwei Geschäften (OR 182)

Die Vereinigung von zwei Geschäften mit Aktiven und Passiven und die Einbringung des Unternehmens eines Einzelkaufmanns in eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft wird den Wirkungen der Vermögensübernahme unterstellt (Abs. I und III), so dass das neue Geschäft für alle Schulden haftbar wird.

Gemäss OR 181/II haften somit die Inhaber der vereinigten Geschäfte für deren Schulden während zweier Jahre solidarisch weiter; nachher bestimmt sich ihre Haftung nach dem Umfang der jeweiligen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts.

⁷⁸ Bei auf Kündigung gestellten Forderungen beginnt die zweijährige Frist mit dem Tage zu laufen, auf den erstmals hätte gekündigt werden können (vgl. BGE 63 II 16).

⁷⁹ Für die Annahme einer Verjährungsfrist spräche die Analogie zu den als Vorbild des Gesetzgebers erscheinenden gesellschaftsrechtlichen Vorschriften von OR 591 (= aOR 585) und der welsche Text der Verweisungsnorm von OR 592, ebenso der Umstand, dass eine Befristung einer Forderung, nicht eines Gestaltungsrechtes in Frage steht (vgl. oben § 25/II/2). So auch SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. I, Bern 1975, p. 760 f. - Demgegenüber nimmt BGE 108 II 109 E. 3 und 4, im Ergebnis wohl zutreffend, eine *Verwirkungsfrist* an, nach deren Ablauf der Schuldner echt befreit wird (d. h., nicht bloss eine Einrede erlangt, im übrigen aber mit einer verjährten Schuld belastet bleibt). Der Gläubiger kann binnen Frist den Rechtsverlust abwenden nicht bloss durch Klageeinleitung, sondern auch durch Zustellung eines Zahlungsbefehls (allenfalls durch weitere Schritte «signifiant, d'une manière qualifiée, qu'il - sc. der Gläubiger - s'oppose à l'effet libératoire de la reprise»; a.a.O., p. 111).

⁸⁰ Vgl. BGE 60 II 107 zur hier ebenfalls möglichen Einrede der Arglist.

⁸¹ Vgl. BGE 63 II 15; SJZ 30 (1933/34), p. 284.

Die neuen Haftungsverhältnisse entstehen mit der erfolgten Geschäftsvereinigung, ohne dass eine Mitteilung gemäss OR 181/I stattzufinden braucht⁸².

VI. Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt

1. Vertragsübernahme

Bei der Vertragsübernahme scheidet eine Partei aus dem Vertragsverhältnis aus und wird in ihrer gesamten Rechtsstellung durch einen Dritten abgelöst. Von einem solchen Vorgang wird das Schuldverhältnis als Ganzes, nicht bloss (wie in den oben Ziff. II-V behandelten Fällen oder bei der Zession) eine isolierte Recht-Pflicht-Beziehung betroffen. Diese Vertragsübernahme ist im OR nicht geregelt⁸³, aber aufgrund der Vertragsfreiheit zulässig⁸⁴, sie hat auch erhebliche praktische Bedeutung⁸⁵. Die ältere Lehre⁸⁶ und die Rechtsprechung⁸⁷ betrachten die Vertragsübernahme nach der sogenannten Zerlegungstheorie⁸⁸ als eine Kombination von Zession und Schuldübernahme⁸⁹. Diese Auffassung ist abzulehnen, da sie ausser acht lässt, dass bei den genannten Instituten nur einzelne Forderungen und Verpflichtungen, aber keine vertragsändernden oder -aufhebenden Gestaltungsrechte⁹⁰ übertragen werden. Bei richtiger Betrachtung kann die Vertragsübernahme bloss durch einen *dreiseitigen Vertrag sui generis*, der zwischen der verbleibenden, der ausscheidenden und der neu eintretenden Vertragspartei geschlossen wird⁹¹ (oder, im Ergebnis

⁸² Vgl. v. T./E., § 99/VIII, p. 400; v. BÜREN, p. 355 f.; a. M. OSER/SCHÖNENBERGER, OR 182 N. 2.

⁸³ Immerhin sieht das Gesetz beispielsweise in OR 259/II und OR 281/II die Sukzession in ein ganzes Schuldverhältnis vor, wenn der Erwerber eines Miet- oder Pachtobjektes die Kündigung auf den nächsten gesetzlichen Termin unterlässt (v. T./E., § 94/I, p. 343; dazu ausführlich P. FRÜH, Die Vertragsübertragung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1944 = Zürcherische Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. III), p. 82 ff.; vgl. ferner OR 333.

⁸⁴ Vgl. FRÜH, p. 78 f.

⁸⁵ Besonders in Verbindung mit Geschäftsübernahmen (vgl. oben Ziff. V), bei denen Dauervertragsbeziehungen, wie sie sich z. B. aus Miet-, Liefer-, Bezugs- und Lizenzverträgen ergeben, nicht gestützt auf OR 181 übertragen werden können. Vgl. FRÜH, p. 126 f.; OR 333 für den Übergang eines Arbeitsverhältnisses.

⁸⁶ Vgl. BECKER, Vorbem. zu OR 164-174 N. 51, OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. zu OR 164-174 N. 14; v. BÜREN, p. 356.

⁸⁷ Vgl. BGE 32 II 111, 47 II 420; ZR 46/107.

⁸⁸ Vgl. FRÜH, p. 40 ff.

⁸⁹ Ebenso ENNECCERUS/LEHMANN, § 87/I/2, p. 340.

⁹⁰ Dazu FRÜH, p. 60 ff.; ferner LARENZ, SchR I, § 35/III, p. 616 f.

⁹¹ Vgl. FRÜH, p. 89/100; G./M./K., p. 234 f.; ESSER/SCHMIDT, SchR I, § 37/IV/2, p. 622, FIKENTSCHER, § 59/V, p. 380.

gleichbedeutend, durch einen Vertrag zwischen zwei der genannten Parteien unter nachträglicher Zustimmung seitens der dritten Partei), bewirkt werden⁹². Für den Übernahmevertrag gelten die Formerfordernisse der zu übertragenden Vertragsbeziehung⁹³.

2. Vertragsbeitritt

Beim Vertragsbeitritt, der im OR ebenfalls nicht geregelt wird, jedoch wie die Vertragsübernahme zulässig ist, beteiligt sich ein Dritter nachträglich als weiterer Kontrahent auf der einen Seite eines bestehenden Vertragsverhältnisses. Das erfordert einen Vertrag des Beitretenden nicht nur mit dem Partner, an dessen Seite er sich beteiligen soll, sondern auch mit der Gegenpartei⁹⁴, da im Unterschied zum blossen Schuldbeitritt⁹⁵ deren Position möglicherweise verändert wird. Denn der auf einer Vertragsseite Beitretende erhält die volle rechtliche Stellung eines (zweiten) Vertragspartners und kann - wenn auch nur gemeinschaftlich mit dem bisherigen - vertragsändernde oder -aufhebende Gestaltungsrechte ausüben. In Ermangelung einer abweichenden Abrede verpflichtet sich der Beitretende zusammen mit der bisherigen Vertragspartei meist als *Solidarschuldner* i. S. von OR 143 ff⁹⁶. In welcher Weise der bisherige und der neue Vertragspartner berechtigt werden, hängt vom Beitrittsvertrag und von der geschuldeten Leistung ab. Möglich sind eine partielle (OR 70), solidarische oder gesamthänderische Berechtigung⁹⁷.

⁹² So etwa LARENZ, SchR I, § 35/III, p. 618.

⁹³ Dazu SJZ 61 (1965), p. 221.

⁹⁴ ESSER/SCHMIDT, SchR I, § 37/IV/3, p. 623; LARENZ, SchR I, § 35/III, p. 619.

⁹⁵ Vgl. oben Ziff. IV.

⁹⁶ Vgl. oben § 27/II/2.

⁹⁷ Dazu oben § 27/I/2, 3 und § 27/IV.