

§ 26 Vertrag zugunsten Dritter (OR 112-113)	473
I. Allgemeines	473
1. Rechtsvergleichende Hinweise	473
2. Begriff und Anwendungsbereich	474
3. Die Parteien (Terminologisches)	476
4. Abgrenzungen	476
5. Beispiele	478
II. Die sich ergebenden Rechtsbeziehungen	479
1. Die Rechtsstellung des begünstigten Dritten (OR 112/III)	479
2. Verhältnis Stipulant-Promittent (Deckungsverhältnis)	480
3. Verhältnis Stipulant-Dritter (Valutaverhältnis)	482
4. Verhältnis Promittent-Dritter (direktes Leistungsverhältnis)	483
III. Exkurs: Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	484

§ 26 Vertrag zugunsten Dritter (OR 112-113)

Literatur

A. BALDAWI, La stipulation pour autrui, thèse Genève 1954; L. DALLÈVES, La carte-garantie de chèque - Fonction et nature juridique, ZSR 93 (1974), p. 145 ff.; J. GERNHUBER, Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe, Festschrift für A. Nikisch, Tübingen 1958, p. 249 ff.; DERS., Gläubiger, Schuldner und Dritte, JZ 62, p. 553; W. HECHT, Der Speditionsvertrag als Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Bern 1939, H. HEILMANN, Der Vertrag zugunsten Dritter als schuldrechtliches Verfügungsgeschäft, SJZ 67 (1971), p. 169 ff.; K. HELLWIG, Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899; H. KADUK, Fragen zur Zulässigkeit von Verfügungen zugunsten eines Dritten, Festschrift für K. Larenz, München 1983, p. 303 ff.; H. LANGE, Die Auswirkungen von Leistungsstörungen bei echtem Vertrag zugunsten Dritter im Rechtsbereich des Dritten, NJW 1965, p. 657 ff.; K. LARENZ, Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen, NJW 1960, p. 77 ff.; K. H. MÜLLER, Zur Problematik der Abgrenzung von Rechtsgeschäften unter Lebenden und von Todes wegen. In besonderer Berücksichtigung des Vertrages zugunsten Dritter und der Begünstigung bei der Lebensversicherung, Diss. Bern 1973; G. WESENBERG, Verträge zugunsten Dritter, Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes, Weimar 1949. Hinweise auf Vertrag zugunsten Dritter im Versicherungsrecht bei v. T./E., § 82 Anm. 31a ff.; W. KÖNIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A., Bern 1967, p. 423.

I. Allgemeines

1. Rechtsvergleichende Hinweise

Ursprüngliche Rechtsordnungen neigen zur Auffassung, dass Verträge nur für die beteiligten Vertragsparteien Rechtswirkungen auslösen können. Verträge zugunsten Dritter waren im klassischen Römischen Recht unbekannt¹. Erst HUGO GROTIUS und nach ihm weitere Vertreter der Naturrechtslehre distanzieren sich vom Axiom der Beschränkung der Vertragswirkungen auf die Vertragsparteien, sie unterschieden zwischen dem «ermächtigenden» und dem «berechtigenden» Vertrag zugunsten eines Dritten, bei welchem der Beitritt des Dritten vorausgesetzt wurde². Auch im Pandektenrecht setzte sich die Anerkennung des Vertrages zugunsten

¹ Vgl. den Grundsatz «*alteri stipulari nemo potest*» (Dig. 45, 1, 38, 17), mit dem gleichermassen *Stellvertretung wie Vertrag zugunsten Dritter ausgeschlossen* wird. - Das spätklassische Kaiserrecht führte billigkeitshalber Ausnahmen ein, die von Justinian noch vermehrt wurden (vgl. KASER, § 34/I/2e, p. 159; WINDSCHEID, II § 316 Ziff. 2, p. 297-302).

² Vgl. LARENZ, SchR I, § 17/I/a, p. 217 ff.

Dritter zunehmend durch³. In den *modernen kontinentaleuropäischen Kodifikationen* ist dieser positivrechtlich anerkannt⁴. Dies gilt nicht in gleichem Mass im *angloamerikanischen Rechtsraum*; auch hier ist zwar im praktischen Ergebnis (durch gesetzliche Sondererlasse, auf der Basis des «equity»-Rechts, Konstruktion eines «trust» usw.) ein dem kontinentalen Recht vergleichbarer Rechtszustand erreicht, während jedoch, insbesondere in England auf der Ebene des Common Law, immer noch am Prinzip der «*privity of contract*» (Beschränkung der Rechtswirkungen auf die direkt beteiligten Vertragsparteien) festgehalten wird⁵.

Die Bestimmung von OR 112 beabsichtigt nicht, eine Regelung aller sich bei Verträgen zugunsten Dritter stellenden Probleme zu geben; in ihr kann kaum mehr als eine Distanzierung von der Verträge zugunsten Dritter verbietenden «*alteri stipulari*»-Regel erblickt werden⁶. Die sich stellenden Probleme können nicht aufgrund gemeinrechtlicher Tradition beantwortet werden, sondern sind, da der Vertrag zugunsten Dritter lediglich Ausfluss der Vertragsfreiheit ist, meist als Fragen der Auslegung des Vertrages zwischen Stipulanten und Promittenten zu betrachten⁷.

2. Begriff und Anwendungsbereich

Echter Vertrag zugunsten Dritter im Sinn von OR 112 ist nur derjenige Vertrag, der dem Begünstigten ein selbständiges Forderungsrecht gewährt⁸. Die Erstreckung der vertraglichen Rechtswirkungen auf einen vertragsfremden Dritten ist nur deshalb möglich, weil (ähnlich wie bei der Aussetzung eines Vermächtnisses) für den Begünstigten keinerlei Belastung erwachsen kann, dieser das erlangte subjektive Forderungsrecht nicht auszuüben braucht, wenn er nicht will. - Auch hier wird

³ Vgl. WINDSCHEID, II § 316a.

⁴ Vgl. ALR I, 5, §§ 74 ff.; CC art. 1121, ABGB § 881, Dresd. Entwurf Art. 203-210; aOR 128 / OR 112, BGB § 328. Das ALR a.a.O., § 75 verlangte noch einen «Beitritt» unter «Bewilligung der Hauptparteien», damit der Dritte direkt forderungsberechtigt werde.

⁵ Den Grund für diese verschieden verlaufene Rechtsentwicklung sehe ich darin, dass im anglo-amerikanischen Recht der Begriff des subjektiven Rechts nicht zum zentralen Ansatzpunkt der Rechtsbetrachtung gemacht wird, dass man sich vielmehr am Begriff des Vertrages (und dem Grundsatz der «*privity of contract*») orientiert und mit der Zulassung von Drittwirkungen eine *Belastung* Dritter durch Verträge befürchtet; vgl. etwa *Dunlop v. Selfridge*, (1915) A. C. 847 = All E. R. (1915) 333; *Beswick v. Beswick*, (1968) A. C. 58 = 2 All E. R. (1967) 1197. - Zum grösseren Zusammenhang BUCHER, Die Bedeutung der Allgemeinen Lehren im Privatrecht, ZSR 85/1966, p. 222 f.

⁶ Nicht geregelt ist zum Beispiel das Verhältnis der Forderung des Stipulanten zu derjenigen des Begünstigten, die Wirkungen der Annahmeverweigerung des letzteren oder des Verzugs des Stipulanten usw.

⁷ So schon WINDSCHEID, II § 316a Ziff. 3 p. 306.

⁸ Im Gegensatz dazu der Vertrag, der einen Dritten lediglich als Leistungsempfänger bezeichnet (dazu Ziff. 4/a) oder die Rechtslage, die durch eine nachträgliche Übertragung des Forderungsrechts durch Zession an einen Dritten entsteht (§ 31). Vgl. weiterhin unten Ziff. II/1.

der Gegensatz zwischen Schuldverhältnis und Schuld, Vertragsbeziehung und daraus resultierender Forderung sichtbar⁹; dem begünstigten Dritten kommt nur letztere zu.

Es gibt keinen «Vertrag zugunsten Dritter an sich», vielmehr liegt eine bestimmte Erscheinungsform der Verträge im allgemeinen vor¹⁰. Der Vertrag zugunsten Dritter kann einen beliebigen Inhalt haben; insbesondere kann der Anspruch des Dritten auf jede denkbare Leistung gehen¹¹.

Mit der Zulassung des Vertrags zugunsten Dritter wird der Anwendungsbereich der Verträge insofern erweitert, als der berechtigte Dritte als am Vertrag nicht Beteiligter weder handlungsfähig noch rechtsfähig zu sein braucht¹². Daher ist es möglich, mit einem Vertrag zugunsten Dritter ein noch ungeborenes (ZGB 31/II) oder noch nicht gezeugtes Kind oder eine noch nicht gegründete juristische Person zu begünstigen. Diesfalls entsteht für den Begünstigten mangels Rechtsfähigkeit kein Recht, sondern nur eine sogenannte Anwartschaft, aus der ein Recht erwächst, sobald Rechtsfähigkeit erlangt wird. In gleicher Weise kann mit dem Vertrag zugunsten Dritter eine vorerst unbestimmte Person (beispielsweise der Erfinder eines bestimmten Gerätes oder der künftige Inhaber eines bestimmten Amtes) begünstigt werden.

OR 112 gestattet nicht nur die *Begründung* von Forderungsrechten in der Person eines Dritten, sondern ermöglicht auch die *Übertragung bereits bestehender Ansprüche auf einen Dritten*¹³. Diesfalls liegt ein schuldrechtliches Verfügungsgeschäft vor¹⁴, das einen «Richtungswechsel der Leistungspflicht» bewirkt¹⁵ und im Ergebnis der *Zession* (OR 164 ff.) entspricht. Diese «uneigentliche Zession zugunsten Dritter»¹⁶ unterscheidet sich von der eigentlichen Zession dadurch, dass sie nicht wie diese durch Vereinbarung mit dem neuen Forderungsberechtigten (Zessionar) zustande kommt, sondern durch Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner geschlossen wird; sie ist bei sämtlichen Forderungsrechten denkbar¹⁷. Aber auch die

⁹ Vgl. dazu oben § 4/V/2.

¹⁰ Vgl. dazu FIKENTSCHER, § 37/III, p. 181; BECKER, OR 112 N. 8.

¹¹ v. BÜREN, p. 179; BGE 83 II 281; vgl. auch BGE 57 II 502 (Vorvertrag zugunsten eines Dritten).

¹² Der Dritte wird durch den Vertragsschluss berechtigt «*etiam ignorans et invitus*», d. h. auch wenn er keine Kenntnis davon hat oder kein Recht erlangen will.

¹³ Vgl. FIKENTSCHER, § 37/III, p. 181 f.

¹⁴ Vgl. HEILMANN, p. 171.

¹⁵ LANGE, p. 657.

¹⁶ FIKENTSCHER, § 37/III, p. 182; LARENZ, SchRI, § 17/IV, p. 233; KADUK, p. 317, entgegen der überwiegenden Auffassung in Deutschland, welche diese Form der Forderungsübertragung ablehnt. Von der Zession unterscheidet sich der Vertrag zugunsten Dritter insofern, als der dem Zessionar entsprechende forderungserwerbende Dritte nicht am Vertrag beteiligt ist und der Forderungsübergang durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner bewirkt wird.

¹⁷ Vgl. HEILMANN, p. 171.

Verfügung über dingliche Rechte (Eigentumsübertragung, Faustpfandbestellung usw.) zugunsten eines Dritten ist möglich; der Stipulant erwirbt das Recht für den Dritten und durch Empfang der Sache Besitz für diesen.

3. Die Parteien (Terminologisches)

Die Parteien des Vertrages sind der

Stipulant (auch *Promissar*, d. h. Versprechensempfänger), der sich die Leistung an den Begünstigten ausbedingt;

Schuldner (auch *Promittent*, d. h. der eine Leistung Versprechende).

Am Vertrag nicht beteiligt ist der forderungsberechtigte Dritte, der *Begünstigte*.

Die *direkte Leistung* wird vom Schuldner an den begünstigten Dritten erbracht, während die Gegenleistung vom Stipulanten an den Schuldner geht¹⁸.

Indirekt erbringt der Stipulant dem Begünstigten eine Leistung¹⁹, die, wenn sie nicht schenkungshalber erfolgt, ihrerseits durch eine Gegenleistung auszugleichen sein wird.

4. Abgrenzungen

a) Gegen Verträge auf Leistung an einen Dritten

Vom Vertrag zugunsten eines Dritten ist der Vertrag auf Leistung an einen Dritten zu unterscheiden²⁰, wo der Dritte nicht forderungsberechtigt, sondern nur *zur Entgegennahme der Leistung* ermächtigt ist²¹. Dies bedeutet insbesondere, dass der Leistungsempfänger (wenn er nicht als Stellvertreter des Gläubigers gelten kann) keine Gläubigerbefugnisse besitzt und nicht dagegen geschützt werden kann, dass ihm die Stellung als Leistungsempfänger entzogen wird²².

Ob ein Vertrag zugunsten Dritter oder ein Vertrag auf Leistung an Dritte vorliegt, hängt gemäss OR 112/II vom Willen der Parteien, allenfalls von einer

¹⁸ In Analogie zum Anweisungsrecht spricht man hier auch vom *Deckungsverhältnis*.

¹⁹ Nach anweisungsrechtlicher Terminologie das sogenannte *Valutaverhältnis*.

²⁰ Gebräuchlich ist hierfür die Bezeichnung «*unechter*» Vertrag zugunsten Dritter, die allerdings besser vermieden wird (vgl. v. T./E., § 82/I, p. 236 f.; ebenso schon WINDSCHEID, § 316, p. 297 Anm. 3a).

²¹ Vgl. v. T./E., § 82/I/1, p. 236 f.; v. BÜREN, p. 180.

²² Anders der durch Vertrag zugunsten Dritter Begünstigte; vgl. dazu unten Ziff. II/1.

Übung ab²³. Der Dritte, der einen Vertrag zugunsten Dritter und damit ein selbständiges Forderungsrecht behauptet, trägt die Beweislast, da ein selbständiges Forderungsrecht des vertraglich bezeichneten Leistungsempfängers nicht vermutet wird²⁴. Sein Interesse an der Leistung ist nicht gefordert, im übrigen aber fast immer gegeben²⁵. Seine Rechtsstellung hängt davon ab, welche Rolle der die Leistung an den Dritten ausbedingende Vertragspartner sich selber vorbehalten hat; wollte er in den Hintergrund treten oder ist gar eine Interessenwahrung durch ihn selber überhaupt ausgeschlossen (insbesondere bei auf den Todesfall wirksam werdenden Verträgen), so muss der Dritte als forderungsberechtigt gelten.

b) Gegen Stellvertretungstatbestände

Der Stipulant handelt in eigenem, der Vertreter in fremdem Namen²⁶; der Stipulant ist verpflichteter Vertragspartner, der Vertreter nicht. Der Vertrag zugunsten Dritter kann ohne Beteiligung des Begünstigten geschlossen werden, Vertretung setzt dagegen Vollmacht oder Genehmigung des Vertretenen voraus²⁷.

c) Gegen Adstipulation

Bei der sogenannten Adstipulation wird ein Dritter (Adstipulator) zum Vertragsabschluss zugezogen und als zweiter Vertragspartner am Vertrag beteiligt, so dass eine Kumulation, nicht eine Spaltung der Gläubigerrechte eintritt²⁸.

d) Gegen Befreiungsversprechen (Erfüllungsübernahme)²⁹

Das Befreiungsversprechen will den Schuldner eines Dritten (durch Schuldtilgung) begünstigen, nicht jedoch dem Gläubiger ein zusätzliches (alternatives) Forderungsrecht verschaffen. Letzteres ist nur beabsichtigt, wenn es sich um einen sogenannten Schuldbeitritt³⁰ handelt³¹, der, wenn mit dem Schuldner geschlossen, ausnahmsweise auch im Sinne von OR 112 zugunsten des Gläubigers wirken kann.

e) Gegen Anweisung

Bei dieser ermächtigt der Anweisende einerseits den Angewiesenen, an den Anweisungsempfänger zu leisten und andererseits den Anweisungsempfänger, die

²³ Bei klarer Willensmeinung ist eine abweichende Übung belanglos; BGE 86 II 257.

²⁴ So im Ergebnis BGE 88 II 357 E. 2.

²⁵ Vgl. v. BÜREN, p. 181.

²⁶ Vgl. BECKER, OR 112 N. 4.

²⁷ Vgl. unten § 33/III.

²⁸ Vgl. BECKER, OR 112 N. 5; BGE 96 II 94.

²⁹ Vgl. OR 175 und unten § 32/II.

³⁰ Vgl. unten § 32/IV.

³¹ Vgl. LARENZ, SchR I, § 17/I, p. 221.

Leistung vom Angewiesenen in eigenem Namen zu erheben (OR 466 ff.). Der Anweisungsempfänger wird durch die Anweisung nicht forderungsberechtigt³².

5. Beispiele

Neben der vertraglichen Begründung von Forderungsrechten vertragsfremder Dritter oder der Übertragung von Forderungen auf Dritte sind noch weitere Anwendungsfälle denkbar³³:

- *Befreiung des Dritten von einer Schuld*, sei es durch Schuldlassvertrag³⁴, geschlossen zwischen dem Gläubiger und einem Dritten, oder durch privative Schuldübernahme³⁵, vereinbart zwischen dem Gläubiger und dem Schuldübernehmer;
- Verpflichtung zur *Übernahme eines mit Dritten geschlossenen Vertrages* (z. B. bei Kauf einer Liegenschaft die Pflicht zur «Übernahme der Mietverträge» i. S. von OR 259/I);
- *Haftungsbeschränkung oder Haftungsverschärfung* zugunsten Dritter. Die gesetzlichen Haftpflichtbestimmungen (insbes. OR 41 ff.) sind bis zu einem gewissen Grad vertraglicher Modifikation i. S. der Verschärfung wie auch der Beschränkung der Haftung zugänglich, was etwa bei sportlichen Wettkämpfen vorkommen mag. Eine vom Veranstalter mit Wettkampfteilnehmern geschlossene Vereinbarung könnte vom einen Teilnehmer gegen den andern angerufen werden³⁶;
- *Bürgschaft*, geschlossen zwischen dem Bürgen und einem Dritten (insbesondere dem Hauptschuldner). Da die bürgschaftsrechtlichen Formvorschriften allein im Interesse des Bürgen aufgestellt sind, bestehen keine Bedenken, einen Vertragsschluss mit einem anderen Vertragspartner als dem vom Gesetzgeber vorausgesetzten (dem Bürgschaftsgläubiger) zuzulassen.

³² Vgl. OR/BT, § 15.

³³ Nicht besonders erwähnt werden hier eine Reihe *gesetzlich* vorgesehener Anwendungsfälle: Vgl. insbesondere das *Versicherungsrecht* mit dem Hauptbeispiel des Lebensversicherungsvertrages (zu Einzelfragen siehe VVG 76/I, 77/I, II, 83 und 84), Unfall- und Krankenversicherung (dazu VVG 87 sowie MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2. A., Bern 1986, § 32, p. 296 f.), Personalfürsorgestiftung (direktes Forderungsrecht des Destinatärs; ZGB 89^{bis}/V). - Aus dem *Handelsrecht* sind zu erwähnen Kreditbrief (OR 407) bzw. Akkreditiv, die je unter bestimmten Voraussetzungen ein Forderungsrecht Dritter begründen (vgl. dazu OR BT, § 15/VII); weitere Anwendungsbeispiele finden sich im Wertpapierrecht. - Vgl. auch v. T./E., § 82/III, p. 240 ff.; v. BÜREN, p. 182 f.

³⁴ Vgl. oben § 22/I/3.

³⁵ Vgl. dazu unten § 32/III.

³⁶ Vgl. dazu das englische Beispiel *Clarke v. Dunraven* («TheSatanita»), (1897) House of Lords, A. C. 59.

II. Die sich ergebenden Rechtsbeziehungen

1. Die Rechtsstellung des begünstigten Dritten (OR 112/III)

Der durch Vertrag zugunsten Dritter Begünstigte ist nicht selber am Vertrag beteiligt, erwirbt aber durch dessen Abschluss unmittelbar und originär³⁷ die ihm vertraglich zugedachten Rechte, und zwar unabhängig davon, ob er Kenntnis vom Vertragsschluss hat³⁸. Dies bedeutet, dass der Dritte alle Befugnisse eines Gläubigers erlangt; er kann insbesondere mit befreiender Wirkung für den Schuldner (Promittenten) die geschuldete Leistung in Empfang nehmen, den Schuldner in Verzug setzen und auf Leistung (einschliesslich Verzugsschaden) klagen, wobei in einem allenfalls überschneidenden Bereich der Dritte und der Stipulant als Solidargläubiger gelten können³⁹.

Wie der Dritte ohne sein Zutun Rechte erlangt, können ihm diese grundsätzlich auch wieder entzogen werden, sei es durch einseitiges Rechtsgeschäft des Stipulanten oder ausnahmsweise durch vertragsändernde Abmachung von Stipulant und Promittent⁴⁰. Der Dritte ist in seinem Vertrauen auf den Bestand seiner Forderung indessen unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls zu schützen. Dieser Schutz wird nicht bereits mit Kenntnis des Begünstigten erlangt, sondern setzt voraus, dass dieser (gegenüber dem Schuldner) die Erklärung abgegeben hat, «von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen» (OR 112/III)⁴¹. Wegleitend ist offensichtlich die Vorstellung der Annahme einer Offerte. Die Unentziehbarkeit im Sinne von OR 112/III tritt nicht ein, wenn die Vertragsparteien dem Dritten im vornherein von der vorbehaltenen Entziehbarkeit Kenntnis geben oder dieser aus den Umständen auf die mangelnde Bindungsbereitschaft insbesondere des Stipulanten schliessen muss⁴².

³⁷ Damit ist gesagt, dass die Rechte nicht vorerst («für eine logische Sekunde») beim Stipulanten entstehen und nachher in einem zessionsähnlichen Vorgang auf den Dritten übergehen.

³⁸ Der Gesetzgeber verwirklicht damit die sogenannte «*Akkreszenztheorie*», derzufolge die dem Dritten zugedachten Rechte diesem ohne dessen Zutun automatisch anwachsen. Im Gegensatz dazu die «*Akzeptionstheorie*», die einen Rechtserwerb erst mit der Annahme (einer Art Vertragsbeitritt) eintreten lässt. Vgl. WINDSCHEID, II § 316/a, p. 304 ff. Dies war noch der Standpunkt des ALR (vgl. oben Anm. 4). Im OR ist die Erklärung des Dritten nicht für den Rechtserwerb, sondern für die Unentziehbarkeit des Rechts von Bedeutung, was zu unterscheiden ist.

³⁹ Vgl. dazu unten Ziff. 2/a.

⁴⁰ Vgl. dazu unten Ziff. 2/b; siehe auch BGE 98 II 305 (Architektenklausel als Vorvertrag zugunsten Dritter ist jederzeit widerrufbar).

⁴¹ So bereits CC fr. art. 1121, wobei dieser, besser als das OR, auch eine Erklärung des Dritten gegenüber dem Stipulanten zum Erlangen der Unentziehbarkeit genügen lässt.

⁴² Mit dieser Vorbehaltsmöglichkeit wird auch in der Schweiz eine Lösung verwirklicht, die sich praktisch wenig von der Regelung des BGB (§ 328/II) unterscheiden wird. Letzteres kennt zwar den Grundsatz von OR 112/III nicht, sondern stellt auf die «Umstände» ab; doch wird auch in Deutschland Unentziehbarkeit angenommen, wenn dem Dritten das zuerkannte Forderungsrecht als unentziehbar dargestellt wurde und dieser Annahme erklärte.

2. Verhältnis Stipulant-Promittent (Deckungsverhältnis)

a) Ansprüche des Stipulanten und des Dritten

Der Stipulant schliesst den Vertrag zugunsten Dritter mit dem Promittenten in eigenem Namen ab⁴³, so dass das von der einzelnen Forderung und Schuld zu unterscheidende Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Promittenten entsteht⁴⁴. Der forderungsberechtigte Dritte ist nicht Partei des Vertrages, sondern nur Gläubiger in der ihm erwachsenden Recht-Pflicht-Beziehung⁴⁵. Beispielsweise bleibt der Stipulant Käufer, auch wenn er sich die Lieferung der Sache an einen Dritten versprechen lässt. Er ist Vermieter, obwohl der Mietzins gemäss Vertrag an einen Dritten gezahlt werden muss. In seiner Person entstehen nicht nur sämtliche Pflichten, sondern auch alle Rechte (Gestaltungsrechte, Einwendungen und Einreden) aus dem Vertrag, soweit sie nicht durch die Begünstigungsklausel dem Dritten zugewendet worden sind⁴⁶. Wie viele der vertraglichen Befugnisse auf den Dritten übergehen, ist eine Frage der Vertragsauslegung. Dem Dritten stehen im Zweifel die unmittelbar mit der Gläubigerstellung verbundenen Befugnisse und Ansprüche zu, so die Möglichkeit des Inverzugsetzens, aber auch das Wahlrecht nach OR 107 und der zum Leistungsanspruch hinzutretende Anspruch auf Verzugschaden, allenfalls Schadenersatz wegen Nichterfüllung⁴⁷. In letzterer Beziehung ist allerdings eine kumulative Berechtigung von Stipulant und Dritten anzunehmen, die im Bereich der überschneidenden Berechtigung als Solidargläubiger zu betrachten sind⁴⁸.

Wenn der Promittent nicht oder nicht gehörig leistet, so kann der Stipulant (allenfalls neben dem Dritten) nach OR 97 ff. gegen ihn vorgehen und den eigenen sowie den Schaden des Dritten geltend machen⁴⁹. Der Promittent ist berechtigt, dem Stipulanten sämtliche Einwendungen und Einreden aus dem Vertrag entgegenzuhalten, jedoch ist er nicht befugt, eigene Forderungen gegenüber dem Stipulanten zu verrechnen (OR 122), da er damit nicht, wie geschuldet, an den Dritten, sondern an den Stipulanten leisten würde⁵⁰.

⁴³ Dabei müssen die *Formerfordernisse* des modifizierten Grundgeschäftes erfüllt werden (vgl. BECKER, OR 112 N. 8; ENGEL, p. 286; a. M. v. BÜREN, p. 182; HEILMANN, p. 172). Wird über einen bereits bestehenden vertraglichen Anspruch verfügt, so handelt es sich um eine Vertragsänderung, bei der OR 12 gilt (vgl. oben § 21/II).

⁴⁴ Vgl. v. T./E., § 82/II, p. 239.

⁴⁵ Vgl. BECKER, OR 112 N. 26.

⁴⁶ Vgl. v. T./E., § 82/II, p. 239, BECKER, OR 112 N. 26.

⁴⁷ Vgl. v. T./E., § 83/IV, p. 249 (Anm. 19); ESSER/SCHMIDT, SchR I, § 36/III, p. 593, dazu eingehend LANGE, p. 657 ff.

⁴⁸ Oben Ziff. 1. - Zur *Solidargläubigerschaft* vgl. OR 150 und unten § 27/III.

⁴⁹ Vgl. ENGEL, p. 288.

⁵⁰ Dazu BGE 112 II 40 E. 3 und oben § 24/V/2.

b) Möglichkeit des Widerrufs der Begünstigung des Dritten im Verhältnis zum Schuldner

Beim echten Vertrag zugunsten Dritter bewirkt die Erklärung des Dritten, das ihm zugedachte Recht ausüben zu wollen, die Unentziehbarkeit dieses Anspruchs (OR 112/III). In allen anderen Fällen, d. h. vor der entsprechenden Erklärung des Begünstigten oder bei vorbehaltenem Widerrufsrecht (und selbstverständlich in sämtlichen Fällen des sogenannten unechten Vertrags zugunsten Dritter), kann der Stipulant die Begünstigung unabhängig vom Willen des Promittenten widerrufen, d. h. insbesondere, Leistung an sich selber beanspruchen⁵¹. Dieser im Gesetz nicht ausgesprochene Grundsatz scheint mir daraus zu folgen, dass die Bezeichnung der Person des Leistungsempfängers in aller Regel allein durch die Interessen des Gläubigers bzw. Stipulanten bestimmt ist, während der Schuldner umgekehrt (insbesondere aufgrund der regelmässig und auch bei Verträgen zugunsten Dritter gegebenen Möglichkeit der Zession) damit rechnen muss, zur Leistung an eine andere als die ursprünglich vorgesehene Person gehalten zu sein⁵².

Nur ausnahmsweise ist anzunehmen, dass der Promittent und Schuldner sich vertraglich einen unverlierbaren Anspruch ausbedungen habe, nur gerade an den als berechtigt bezeichneten (oder als Leistungsempfänger genannten) Dritten leisten zu müssen; so, wenn dies ausdrücklich vereinbart ist oder dem Stipulanten bei Vertragsschluss erkennbar wird, dass der Promittent ein Interesse an der Leistung an den Dritten hat und nur unter dieser Voraussetzung zum Vertragsschluss bereit ist. In derartigen Fällen, in denen dann wohl auch ein vertraglicher Ausschluss der Abtretbarkeit des dem Dritten zustehenden Anspruchs angenommen werden muss, kann der Stipulant nur auf Leistung an den Begünstigten oder Leistungsempfänger klagen, allenfalls, wenn die Wahl zwischen Leistung an den Stipulanten oder den Dritten ins Belieben des Schuldners gestellt ist, auf Leistung entweder an den Dritten oder an sich selber.

e) Vermutung des Übergangs des Anspruchs des Dritten auf den Stipulanten bei Unmöglichkeit der Leistung an den Dritten

Kann der Schuldner nicht an den Dritten leisten, weil dieser die Annahme verweigert oder keine Rechtspersönlichkeit besitzt (Beispiel der Errichtung eines Sparhefts, Bankkontos od. dgl. zugunsten einer nichtexistierenden Person, eines entgegen den Erwartungen keine Rechtspersönlichkeit erlangenden Gebildes u. dgl.), so muss in den meisten Fällen wohl eine Willensmeinung der Parteien in dem Sinne angenommen werden, dass diesfalls der Stipulant die Leistung (z. B. den zugunsten des nichtexistierenden Dritten einbezahlten Betrag) soll erheben können.

⁵¹ Für den Frachtvertrag vgl. die Sonderregelung in OR 443; dazu OR/BT, § 13/IV/4.

⁵² Für den Regelfall kann ich keine Begründung der von v. TUHR angenommenen «unentziehbaren Befugnis» zur Leistung an eine vereinbarte Zahlstelle (v. T./E., § 58/IV, p. 21) ersehen; ein entsprechender Parteiwille ist seltene Ausnahme und darf nicht vermutet werden.

Nur in Fällen, in denen der Schuldner einen unentziehbaren Anspruch auf Leistung an den bezeichneten Dritten hat (oben lit. b), kann durch die Unmöglichkeit, an diesen zu leisten, Befreiung gemäss OR 20 bzw. OR 119 oder Annahmeverzug eintreten⁵³.

3. Verhältnis Stipulant-Dritter (Valutaverhältnis)

Im Vertrag zugunsten Dritter liegt eine Zuwendung des Stipulanten an den Dritten⁵⁴. Diese kann *solvendi causa*⁵⁵, *credendi causa*⁵⁶ oder *donandi causa*⁵⁷ erfolgen⁵⁸, womit allerdings die möglichen Rechtsgründe nicht abschliessend aufgezählt sind⁵⁹; insbesondere lässt sich die Begünstigung eines Dritten bei der Lebensversicherung (VVG 76 ff.) hier nicht einordnen.

Einigen sich Stipulant und Dritter nicht über den Rechtsgrund der Zuwendung, verwirklicht sich die verabredete Causa nicht oder fällt sie nachträglich weg, hindert dies keineswegs die Gültigkeit des Vertrags zugunsten des Dritten und dessen Berechtigung, da der Promittent am «Valutaverhältnis» der Zuwendung, dessen Rechtsgrund in Frage steht, nicht beteiligt ist⁶⁰. Vielmehr hat der Dritte, wenn er im Sinne von OR 112/III Annahme erklärt hat, die Forderung gegen den Promittenten gleichwohl erlangt; er ist gegenüber dem Stipulanten ungerechtfertigt bereichert und muss ihm den erworbenen Anspruch abtreten⁶¹ oder das bereits Erhaltene herausgeben⁶². Wenn der Vertrag zugunsten Dritter dazu dient, dem Dritten eine Zuwendung

⁵³ Vgl. unten Ziff. 4 und Anm. 73.

⁵⁴ Sie unterliegt, wie jede Zuwendung, der paulianischen Anfechtung (SchKG 285 ff.) und der Herabsetzungsklage (ZGB 522 ff.).

⁵⁵ Wenn der Stipulant durch die Leistung des Promittenten eine Schuld, die er gegenüber dem Dritten eingegangen ist, tilgen will.

⁵⁶ Wenn das dem Dritten zu zahlende Geld als ein vom Stipulanten diesem gewährtes Darlehen gelten soll.

⁵⁷ Wenn der Dritte durch die Leistung des Promittenten vom Stipulanten beschenkt werden soll.

⁵⁸ Vgl. v. T./E., § 83/VIII/2, p. 252, oben § 5/VII, Anm. 28.

⁵⁹ Vgl. dazu oben § 5/VII, Anm. 28 und FLUME, § 12/I/1, p. 155.

⁶⁰ Dies wird in der bundesgerichtl. Rechtsprechung, BGE 49 II 97, 64 II 360, 67 II 94 f., 69 II 309, 105 II 105 verkannt: Die Begünstigung durch Vertrag zugunsten Dritter ist unabhängig vom Zustandekommen eines Schenkungsvertrags zwischen Stipulanten und Dritten; Fehlen eines Schenkungsvertrages zwischen Stipulanten und Begünstigtem könnte höchstens einen Rückforderungsanspruch nach OR 62 ff. begründen.

⁶¹ An Stelle der Abtretung befreit den Dritten m. E. auch die Erklärung, von seinem Recht keinen Gebrauch machen zu wollen; damit wird der Rechtserwerb im Sinne von OR 112/III hinfällig, und der Stipulant kann gegenüber dem Promittenten die Begünstigung widerrufen.

⁶² Vgl. v. T./E., § 83/VIII/2, p. 252 f. - Dabei ist aber zu fragen, ob nicht der Abschluss eines Vertrages zugunsten Dritter der Zahlung einer Nichtschuld im Sinne von OR 63 gleichzustellen und ein Rückforderungsanspruch nur unter dem Vorbehalt eines Irrtumsnachweises zu gewähren ist.

von Todes wegen zu machen, bedarf es keiner Einigung⁶³; der Dritte wird Gläubiger, ausser er gebe eine Ablehnungserklärung (entsprechend ZGB 577) ab.

Wenn beim Vertrag zugunsten Dritter nichts anderes verabredet wird, entsteht neben dem selbständigen Forderungsrecht des Dritten ein Anspruch des Stipulanten gegen den Promittenten auf Erbringung der Leistung an den Dritten (OR 112/I, II). Daraus ergibt sich zwischen dem Stipulanten und dem Dritten eine *Gesamtgläubigerschaft*, die sich von der Gläubigersolidarität gemäss OR 150 allerdings dadurch unterscheidet, dass die Leistung, welche von beiden Gläubigern gefordert werden darf, nur an den einen von beiden (den Dritten) erfolgen kann⁶⁴.

4. Verhältnis Promittent-Dritter (direktes Leistungsverhältnis)

Das Forderungsrecht des Dritten ist durch den Vertrag zwischen Stipulanten und Promittenten begründet worden und weist demzufolge auch alle Schwächen auf, die sich aus den Beziehungen dieser Parteien ergeben. Der Promittent kann dem Dritten sämtliche Einwendungen und Einreden aus seinem Verhältnis zum Stipulanten entgegenhalten, insbesondere die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (OR 82)⁶⁵. Ebenso darf er Einreden, die ihm persönlich gegenüber dem Dritten zustehen, vorbringen⁶⁶. Dagegen ist er nicht berechtigt, Einwendungen und Einreden aus dem Verhältnis des Stipulanten zum Dritten (Valutaverhältnis) zu erheben⁶⁷ oder seine Schuld gegenüber dem Dritten mit einer Forderung gegen den Stipulanten zu verrechnen (OR 122). Jedoch kann er eine Gegenforderung gegenüber dem Dritten kompensieren, wenn dies nicht aufgrund der Vereinbarung mit dem Stipulanten als ausgeschlossen zu gelten hat bzw. dessen Interessen widerspricht⁶⁸. Ebenso steht es dem Dritten frei, seine Forderung mit Gegenforderungen des Promittenten zu verrechnen⁶⁹. Auch kann er seinen Anspruch gemäss OR 164 abtreten⁷⁰, wenn nicht die Abtretbarkeit als vertraglich ausgeschlossen zu gelten hat.

⁶³ Vgl. v. T./E., § 83/VIII/2, p. 253.

⁶⁴ Vgl. BECKER, OR 112 N. 27; v. T./E., § 83/VI, p. 250. Hinsichtlich vertraglicher Schadenersatzansprüche möchte ich dagegen echte Solidargläubigerschaft annehmen.

⁶⁵ Vgl. BGE 92 II 10; vgl. aber, ev. abweichend, neuestens BGHZ 93, p. 271.

⁶⁶ Vgl. BECKER, OR 112 N. 28; ENGEL, p. 291.

⁶⁷ Vgl. v. BÜREN, p. 184.

⁶⁸ Der gute Onkel vereinbart mit seiner Bank, sie solle seinem Neffen zum Geburtstag 1000 Franken auszahlen; hier kann die Bank die Leistung nicht dadurch bewirken, dass sie die 1000 mit einer eigenen Forderung gegenüber dem Neffen verrechnet (vgl. LANGE, p. 661 f. und oben § 24/V/2; siehe auch BGE 112 II 40).

⁶⁹ Vgl. G./M./K., p. 157.

⁷⁰ Vgl. ENGEL, p. 290.

Die Leistungspflicht des Promittenten entfällt, wenn er ein ihm gemäss Vertrag oder OR 107 zustehendes Rücktrittsrecht gegenüber dem Stipulanten ausübt⁷¹. Kann der Dritte das für ihn begründete Forderungsrecht nicht erwerben, weil er beispielsweise gar nicht lebend geboren wird⁷², den Zeitpunkt, in dem das Recht entstehen soll, nicht erlebt oder das Forderungsrecht zurückweist, so entfällt eine Leistungspflicht des Promittenten⁷³.

III. Exkurs: Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Die in mancherlei Hinsicht nicht voll überzeugenden Unterschiede zwischen der Delikts- und Vertragshaftung (Beweislast, Verjährung), insbesondere die unbefriedigende Geschäftsherrenhaftung nach BGB § 831⁷⁴, haben die deutsche Rechtsprechung veranlasst, den dem Gesetz nicht bekannten Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu entwickeln. Dabei handelt es sich um einen in seinen Wirkungen abgeschwächten Vertrag zugunsten Dritter, bei dem zwar keine Leistungs-, wohl aber Schutzansprüche zuerkannt werden⁷⁵. Schliesst beispielsweise ein Hauseigentümer einen Werkvertrag mit einem Dachdecker, so kann nur er die Erfüllung der Hauptleistung (Dachdecken) fordern, doch haben seine Angehörigen nicht bloss einen ausservertraglichen, sondern auch einen vertraglichen Schadenersatzanspruch (aus schlechterfüllten Schutzklauseln zugunsten Dritter, die stillschweigend im Werkvertrag enthalten sind), wenn sie infolge Nachlässigkeit des Dachdeckers oder seiner Hilfspersonen zu Schaden kommen⁷⁶.

Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung des Personenkreises, dem die Schutzansprüche zuerkannt werden sollen. Nach einhelliger Auffassung sind sie auf Personen zu beschränken, die mit der Leistung des Schuldners nach der Natur dieser Leistung mehr oder weniger zwangsläufig in Berührung kommen und die dem Gläubiger in solcher Weise nahestehen, dass er, für den Schuldner erkennbar, auf die Sicherheit dieser Personen ebenso vertraut wie auf die eigene⁷⁷. Im Vordergrund stehen Familienangehörige und Hausgenossen des Gläubigers⁷⁸.

⁷¹ Vgl. v. T./E., § 83/IV, p. 249.

⁷² Vgl. oben Ziff. II/2c.

⁷³ v. T./E., § 83/VI, p. 250, nimmt Befreiung infolge Unmöglichkeit im Sinne von OR 20 oder OR 119 an. Man könnte indessen auch an Gläubigerverzug denken.

⁷⁴ Vgl. FIKENTSCHER, § 107, p. 771 ff.

⁷⁵ Vgl. ESSER/SCHMIDT, SchR I, § 34/IV/2, p. 565; FIKENTSCHER, § 37/VII, p. 186 f.; LARENZ, SchR I, § 17/II, p. 225 f.

⁷⁶ Beispiel von FIKENTSCHER, § 37/VII, p. 186. Vgl. weiterhin NJW 1959, p. 1676 zu BGB §§ 328, 242 («Capuzolfall»); Direktanspruch des geschädigten Arbeitnehmers gegen den Hersteller eines Rostschutzmittels, der nicht auf dessen Brandgefährlichkeit hingewiesen hat.

⁷⁷ Vgl. LARENZ, SchR I, § 17/II, p. 227; FIKENTSCHER, § 37/VII/3, p. 187.

⁷⁸ Vgl. NJW 1976, p. 712.

Im schweizerischen Schrifttum ist die deutsche Lösung bisher mit dem Argument, es bestehe kein Bedürfnis dafür, mehrheitlich abgelehnt worden⁷⁹. Das überzeugt nicht. Die Anwendungsbeispiele von Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter finden sich im Rahmen *positiver Vertragsverletzung* (vgl. oben § 20/II/2). Diese beruhen auf durch Vertragsauslegung ermittelten, ungeschriebenen vertraglichen Pflichten. Ist dies so, steht nichts im Wege, ihre Schutzwirkung auch auf dem Stipulanten nahestehende Dritte zu erstrecken⁸⁰. Anwendungsfälle sind hierzulande nicht weniger als in Deutschland denkbar.

⁷⁹ Vgl. OFTINGER, *Haftpflichtrecht I*, p. 487 Anm. 40; kritisch auch P. GAUCH, *Der Werkvertrag*, 3. A. Zürich 1985, N 601, p. 175 m. w. H., befürwortend KRAMER, in *Berner Komm.* Bd. VI/1, *Allgem. Einleitungen in das schweizerische OR*, N. 144 ff.

⁸⁰ Vgl. für den anglo-amerik. Rechtskreis *Uniform Commercial Code, sec. 2-318*: Kaufvertragsgarantien erstrecken sich auf Familienangehörige.