

§ 18 Erfüllung (OR 68-90)	291
I. Allgemeines	291
II. Die Leistung	292
1. Begriff der Leistung	292
2. Wirkung des Angebots der Leistung	292
III. Insbesondere rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Leistungen	293
1. Abgrenzung der Leistungen mit rechtsgeschäftlichem Charakter	293
2. Zusätzliche Voraussetzungen der Wirksamkeit	294
IV. Person des Leistenden und des Leistungsempfängers	294
1. Persönliche Leistungspflicht? (OR 68)	294
2. Person des Leistungsempfängers	295
V. Bestimmung des Inhaltes der Leistungspflicht (OR 71, 72, 73)	297
1. Auswahl des Leistungsgegenstandes bei Gattungsschuld	297
2. Wahlschuld (OR 72)	297
3. Bestimmung der Zinspflicht (OR 73)	300
VI. Erbringung von Geldleistung (Zahlung, OR 84-87)	300
1. Allgemeines	300
2. Fremdwährungsschulden (OR 84)	301
3. Anrechnung von Zahlungen (OR 85-87)	302
VII. Der Erfüllungsort (OR 74)	303
1. Begriff und Bedeutung	303
2. Regeln zur Bestimmung des Erfüllungsortes (OR 74)	303
3. Insbesondere Holschulden	303
4. Insbesondere Bringschulden	304
5. Insbesondere Versendungsschuld	304
VIII. Die Erfüllungszeit	305
1. Fälligkeit einer Forderung oder einer Schuld	305
2. Erfüllbarkeit	306
3. Bestimmung der Termine und Fristen (OR 76-80)	306
4. Vertragliche Fristverlängerung (OR 80)	308
IX. Erfüllungsablauf bei zweiseitigen Verträgen (OR 82/83)	309
1. Einrede des nichterfüllten Vertrages	309
2. Die Einrede der Zahlungsunfähigkeit (OR 83)	310
3. Rechtslage bei nicht-synallagmatischen Verträgen	311
X. Erfüllungssurrogate: Leistung erfüllungshalber oder an Erfüllungsstatt	312
1. Allgemeines	312
2. Insbesondere Leistung erfüllungshalber (zahlungshalber)	313
3. Insbesondere Leistung an Erfüllungsstatt	313
XI. Beweis der Erfüllung (OR 88-90)	314
1. Beweislast hinsichtlich der Erfüllung	314
2. Quittung (OR 88)	315
3. Rechtslage bei Vorhandensein eines Schuldscheins	316
4. Sonstige Vermutungen gemäss OR 89/I, II	316

§ 18 Erfüllung (OR 68-90)

Literatur

G. BÖHMER, Der Erfüllungswille, München 1910; J. GERNHUBER, Die Erfüllung und ihre Surrogate, Tübingen 1983; R. JEANPRÉTRE, Remarques sur l'exception d'inexécution, Festgabe für H. Deschenaux, Freiburg/Schweiz 1977, p. 271 ff.; P. KRETSCHMAR, Die Erfüllung, 1. Teil, Leipzig 1906; DERS., Beiträge zur Erfüllungslehre, Jherings Jb. 68, p. 287; J. KÜNG, Zahlung und Zahlungsort im internationalen Privatrecht. Ein Beitrag zur Vereinheitlichung des Geldrechts, Diss. Freiburg/Schweiz 1970, W. ROTHER, Die Erfüllung durch abstraktes Rechtsgeschäft, AcP 169, p. 1 ff.; G. WIESE, Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen, Festschrift für H. C. Nipperdey, I, München/Berlin 1965, p. 843 ff.

I. Allgemeines

Erfüllung ist Erbringen der geschuldeten Leistung. In ihr wird der Zweck der Obligation verwirklicht: Der Gläubiger erreicht sein Ziel, der Schuldner wird befreit. - Erfüllung ist der wichtigste Untergangsgrund von Forderung und Schuld. Gleichbedeutend mit Erfüllung gebraucht das OR im Falle von Geldschulden das Wort *Zahlung* (OR 63, 85, 88 etc.).

Der normative Gehalt der Bestimmungen von OR 68-90 ist heterogen. An sich gelten sie bei sämtlichen (auch Delikts- oder Kondiktions-)Obligationen, haben praktisch aber hauptsächlich bloss Bedeutung im *Vertragsrecht*. Es handelt sich um *dispositive* Regeln, zum Teil um Bestimmungen, die für fehlende vertragliche Abmachungen in die Lücke springen sollen (Leistungsort, Leistungszeit, Qualität des Leistungsgegenstandes usw.)¹.

Der Inhalt der Art. 68-90 soll weniger so verstanden werden: «So muss erfüllt werden, damit richtig/befreiend erfüllt wird», als vielmehr: «Was muss, bei Schweigen der Parteien, als deren Willen betreffend die Erfüllungsmodalitäten gelten?»²

¹ Vgl. dazu oben § 15/II/2, § 12/I/2d und BUCHER, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, Festgabe für H. Deschenaux, Freiburg/Schweiz 1977, p. 249-269, bes. 256 f.

² Einzelne Normen fallen aus dem so umrissenen Rahmen:
- OR 69 geht mehr auf Frage Gläubiger- oder Schuldnerverzug.
- OR 70 kann im Zusammenhang von OR 143 ff. behandelt werden.
- OR 82/83 betreffen nicht den Leistungsinhalt, sondern in der Gegenpartei begründete Leistungsverweigerungsgründe.

II. Die Leistung

1. Begriff der Leistung

«Leistung» bedeutet ein bestimmtes *Verhalten* des Schuldners in Erfüllung einer Schuld. Leistungsgegenstand kann, an Stelle oder neben dem persönlichen Verhalten des Schuldners, auch der durch dieses herbeizuführende *Erfolg* sein: Eigentumsübertragung, Erfolgsbewirkung *im Werksvertrag*. Aber nicht jede befreiende Leistung ist notwendigerweise Inhalt der erfüllten Forderung; ausnahmsweise können Leistungen mit Befreiungswirkungen erbracht werden, die nicht geschuldet sind³. Nicht gleichzusetzen ist sodann der Begriff der Leistung mit dem der Zuwendung als Verschaffung eines Vermögensvorteils^{4,5}. Da die meisten Leistungen einen Vermögensvorteil gewähren, decken sich oft die beiden Begriffe. Demgegenüber kann im Versprechen einer künftigen Leistung bereits eine Zuwendung liegen. Im Gegensatz zur Zuwendung fällt unter den Begriff Leistung auch das Verschaffen eines ideellen Vorteils⁶.

OR 68-90 beziehen sich auf das *Erbringen positiver Leistungen*, worin sich indessen die Vertragspflichten nicht zu erschöpfen brauchen; der Vertrag kann insbesondere auch zu Unterlassungen oder Dulden zwingen (vgl. § 6/I/3 und § 9/IV/3). Sodann hat der Partner alles zu unterlassen, was «positive Vertragsverletzung» (vgl. dazu § 20/II/2) wäre. Von allen diesen «negativen Pflichten» spricht das Gesetz nicht.

Zur Unterscheidung der verschiedenen möglichen Leistungsinhalte (Tun-Unterlassen bzw. Dulden; persönliche Leistungen - Sachleistungen) vgl. oben § 9/VI sowie hier das Folgende.

2. Wirkungen des Angebots der Leistung

Nicht bloss das Erbringen, sondern bereits das Anbieten einer Leistung kann Rechtsfolgen auslösen: Die Feststellung des richtigen und rechtzeitigen Leistungsangebots schliesst einerseits Verzugsfolgen des Schuldners aus, ist andererseits Voraussetzung eines allfälligen Gläubigerverzugs (unten § 19/II).

Das Leistungsangebot hat dem Schuldinhalt bezüglich Leistungssubjekt, Objekt, Ort, Zeit und weitem vereinbarten Erfüllungsmodalitäten zu entsprechen. Bei

³ Zum Beispiel bei «*alternativer Ermächtigung*», vgl. unten Ziff. V/2g.

⁴ Vgl. v. T./P., § 26/I, p. 198 f.

⁵ Soweit die Leistungen (wie meist) einen Vermögensvorteil verschaffen, decken sich die Begriffe Leistung und Zuwendung.

⁶ JÄGGI, Vorbem. zu OR 1 N. 32.

Bringschulden bedarf es der *Realoblation*, d. h. des körperlichen Anbietens der geschuldeten Leistung am Erfüllungsort. Bei Holschulden genügt Ankündigung der Leistungsbereitschaft (sogenannte *Verbaloblation*). Es darf die Leistung nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden, die ihrerseits keine rechtliche Grundlage hat, insbesondere nicht von der Erbringung einer Gegenleistung, wenn nicht Vorleistung oder Leistung Zug um Zug vorgeschrieben ist, der Schuldner darf eine Quittung nur im Sinne einer Leistungsbestätigung, nicht aber als «Saldoquittung» verlangen, wie er überhaupt keine rechtlichen Zugeständnisse oder faktischen Zusatzleistungen zur Voraussetzung seiner eigenen Leistung machen darf, soll das Leistungsanerbieten wirksam sein⁷.

III. Insbesondere rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Leistungen

1. Abgrenzung der Leistungen mit rechtsgeschäftlichem Charakter

Innerhalb der Leistungen des Tuns erscheinen als gesonderte Gruppe jene, die nicht bloss durch faktisches Verhalten des Schuldners bewirkt werden, sondern dessen rechtsgeschäftliche oder wenigstens rechtsgeschäftsähnliche Willenserklärung voraussetzen⁸.

Als wichtigstes Beispiel rechtsgeschäftlicher Erfüllung, an der *beide Parteien* beteiligt sind, erscheint der Vorgang der *Sachübereignung* (in Erfüllung von Kauf- oder Werkvertrag, Aushändigung oder Rückzahlung eines Darlehens), der, neben dem faktischen Übergang der Sache die Einigung der Parteien darüber voraussetzt, dass Eigentum an der Sache übergehen soll (sog. *dinglicher Vertrag*). Weiterhin wären zu nennen andere Verfügungen über subjektive Rechte des Leistenden (insbesondere die Abtretung einer Forderung in Erfüllung einer Zessionsverpflichtung, Übertragung eines Immaterialgüterrechts und dgl.), schliesslich der Abschluss eines Vertrages in Erfüllung eines Vorvertrages.

Ausnahmsweise kann die Erfüllung in einem *einseitigen Rechtsgeschäft des Schuldners* bestehen, so bei einem *Wechselakzept* oder der Verpflichtung als *Wechselbürge*,

⁷ Vgl. BGE 88 II 115.

⁸ Nicht bloss Leistungen, die im hier beschriebenen Sinn rechtsgeschäftlicher Natur sind, sondern auch rein faktische Leistungen können *rechtsgeschäftliche Nebenwirkungen* in dem Sinne erzeugen, dass deren Erbringung oder deren widerspruchlose Entgegennahme bei bestrittenem Vertrag als Anerkennung der Leistungspflicht, als Genehmigung im Sinne von OR 38/I eines von einem vollmachten Vertreter geschlossenen Vertrages, Zustimmung zur Substitution einer Leistung durch eine andere usw. verstanden werden kann. Im Hinblick auf derartige Nebenwirkungen kommen die üblichen Regeln für Rechtsgeschäfte (Handlungsfähigkeits-Erfordernis, Anfechtung wegen Willensmängeln usw.) zur Anwendung, unten Ziff. 2/a.

der Übertragung einer wertpapierrechtlich verkörperten Forderung durch *Indossament* oder Tilgung eigener Schuld durch Erklärung der *Verrechnung*⁹.

2. Zusätzliche Voraussetzungen der Wirksamkeit

a) Geschäftsfähigkeit

Soweit die Leistungserbringung rechtsgeschäftlicher Natur ist, müssen die am Rechtsgeschäft teilnehmenden Vertragspartner (d. h. neben dem leistenden Schuldner in den häufigsten Fällen auch der Gläubiger, vgl. oben Ziff. 1) Handlungsfähigkeit besitzen, d. h. *urteilsfähig* und (abgesehen von den wichtigen Ausnahmen von ZGB 19)¹⁰ *mündig* sein. Im Falle des Fehlens der Handlungsfähigkeit eines der Partner ist der Leistungserfolg nicht eingetreten, insbesondere Eigentum oder das abgetretene Recht nicht auf den Gläubiger übergegangen¹¹.

b) Verfügungsmacht

Auf seiten desjenigen Partners, der durch die rechtsgeschäftliche Leistungserbringung ein subjektives Recht preisgibt und damit über dieses «verfügt», ist *Verfügungsmacht* vorauszusetzen, damit die beabsichtigten Folgen eintreten, wobei der Mangel geheilt wird, wenn der Verfügende nachträglich Verfügungsmacht (z. B. Eigentum an der von ihm veräußerten Sache) erwirbt (zum Erfordernis der Verfügungsmacht vgl. oben § 4/VIII/3). Übereignet der Schuldner eine nicht ihm gehörende Sache, so wird der Erwerber grundsätzlich nicht Eigentümer, hier jedoch mit der wichtigen Ausnahme der Regeln über Eigentumserwerb an anvertrauten Sachen von ZGB 933 ff. (dazu auch OR/BT § 3/V/6).

IV. Person des Leistenden und des Leistungsempfängers

1. Persönliche Leistungspflicht? (OR 68)

In allen Fällen, wo es auf die Person des Leistenden nicht ankommt, ist persönliche Erfüllung *nicht* gefordert, während im umgekehrten Fall persönliche

⁹ Vgl. hierzu unten § 24.

¹⁰ Wichtig ist hier demgegenüber die Feststellung, dass die Entgegennahme einer Leistung nicht «Erlangung eines unentgeltlichen Vorteils» im Sinne von ZGB 19/II darstellt, da der die Leistung empfangende Gläubiger infolge Befreiung seine Forderung verliert. Vgl. hierzu BUCHER, ZGB 19 N. 178/79 und dort Zit.

¹¹ Zu Einzelfragen vgl. BUCHER, ZGB 12 N. 45-48, 72-74, ZGB 17/18 N. 126-157.

Leistungspflicht besteht. Persönliche Leistung verlangt das Gesetz beim Arbeitsvertrag (OR 321), mit Einschränkungen beim Werkvertrag (OR 364), beim Verlagsvertrag (OR 392) und beim Auftrag (OR 398), in den übrigen Fällen gilt eine Vermutung gegen persönliche Leistungspflicht, d. h. es ist der eine solche behauptende Partner beweispflichtig.

Ist persönliche Leistung nicht gefordert, kann ein *Dritter* ohne Wissen und/oder sogar gegen den Willen des Schuldners für diesen mit befreiender Wirkung leisten. Der Gläubiger hat die von einem Dritten richtig angebotene Leistung anzunehmen, andernfalls er in Annahmeverzug gerät (dazu unten § 19).

2. Person des Leistungsempfängers

a) Grundsatz

Die im übrigen vertragsgemässe Leistung befreit nur dann, wenn sie an den Gläubiger und Forderungsberechtigten geht¹². Die einem Nichtberechtigten erbrachte Leistung hat keine Befreiungswirkung, ausser wenn der Gläubiger der Leistungserbringung zustimmt¹³ oder diese im Nachhinein genehmigt, in welchem Fall eine entsprechende Vertragsänderung oder Zusatzvereinbarung anzunehmen ist. - Wird die ohne Rechtfertigung einem Dritten erbrachte Leistung in der Folge von diesem dem Gläubiger zugeleitet, ist der Dritte als Erfüllungsgehilfe des Schuldners zu betrachten und dieser befreit.

b) Vertragliche Benennung eines Dritten als Leistungsempfänger

Es kann im Vertrag ein Dritter als Leistungsempfänger bestimmt werden (der sogenannte *solutionis causa adiectus* des Römischen Rechts). Dieser ist in der Erfüllung Hilfsperson des Gläubigers, deren Verhalten (allenfalls Verschulden) sich der Gläubiger anrechnen lassen muss¹⁴. Wenn die Leistungserbringung rechtsgeschäftlicher Natur (oben Ziff. III) ist, muss der Dritte, der beispielsweise Eigentum für den Gläubiger erwerben soll, überdies zur Vertretung des Gläubigers bevollmächtigt sein. Die Vollmachterteilung kann auch gegenüber dem Vertragspartner erfolgen

¹² Der Gläubiger muss nicht seinerseits Vertragspartner sein: vertragsfremde Gläubiger sind der *Zessionar* oder der Forderungsberechtigte im Rahmen eines *Vertrags zugunsten Dritter* (vgl. unten § 31 und § 26).

¹³ Eine solche Zustimmung ist immer dann anzunehmen, wenn der Gläubiger in Fakturen oder dergleichen *Bankkonten* benennt. Eine generelle Zustimmung des Gläubigers zur Leistung von Zahlungen auf dessen Bankkonten ist nicht anzunehmen, da (jedenfalls bei Soll-Konten) die der Bank zugeleitete Zahlung nicht notwendig dem Gläubiger zugute kommt. Für den Sonderfall der *Postcheckkonten* vgl. unten Ziff. VI/1.

¹⁴ Der Dritte hat auf vertragskonforme Weise bei der Leistungsentgegennahme mitzuwirken, eventuell sind Prüfungs- und Rügeobliegenheiten von ihm wahrzunehmen usw.

und ist in der Regel in dem Vertrag, der zur Leistung an den Dritten verpflichtet, enthalten. Im übrigen ist nach Stellvertretungsgrundsätzen (in casu der Auslegung des Vertrages der Parteien und der Äusserungen des Gläubigers gegenüber dem Leistungsempfänger) zu entscheiden, ob der Dritte nur zur Leistungsentgegennahme oder auch zur Wahrnehmung sonstiger vertraglicher Befugnisse (Ausüben eines Wahlrechts, Abruf der Leistung, Inverzugsetzen des Schuldners und dgl.) ermächtigt sei. Der Überbringer einer vom Gläubiger ausgestellten Quittung kann als zur Entgegennahme der Leistung befugt gelten¹⁵.

Im Normalfall wird das Benennen eines *solutionis causa adiectus* die Bedeutung haben, dass der Schuldner zwar an diesen leisten kann, daneben aber berechtigt bleiben soll, an den Gläubiger und Vertragspartner selber zu leisten¹⁶.

Das Benennen eines Dritten als Leistungsempfänger kann aber auch exklusiv gemeint sein. Ist dies der Fall, ist der Schuldner nicht verpflichtet, an den Gläubiger zu leisten, wenn dieser Leistung fordert¹⁷. Während im Regelfall die Verweigerung der Annahme seitens des Dritten den Schuldner zwingt, an den Gläubiger selber zu leisten, ist bei zwingend verstandener Verabredung der Leistung an den Dritten dessen Annahmeverweigerung als solche des Gläubigers selber zu betrachten und mag Annahmeverzug auslösen. Wird entgegen zwingender Abrede nicht an den Dritten, sondern an den Gläubiger selber geleistet, treten Befreiungsfolgen jedenfalls dann ein, wenn die Leistung unter Mitwirkung des Gläubigers erfolgt, in welchem Fall eine (stillschweigende und den Parteien meist nicht bewusst werdende) Vertragsänderung anzunehmen ist.

Erteilt der Gläubiger nach Vertragsschluss einem Dritten eine Ermächtigung zur Empfangnahme der Leistung, so ist der Schuldner zwar nicht verpflichtet, an diesen zu leisten¹⁸, kann es aber mit befreiender Wirkung tun.

Gegenüber dem hier beschriebenen Fall der Bezeichnung eines Dritten als Leistungsempfänger unterscheidet sich der *Vertrag zugunsten Dritter* dadurch, dass dem Dritten ein selbständiges Forderungsrecht zukommt (vergleiche dazu unten § 26/I/2).

¹⁵ So ausdrücklich BGB § 370. Oft ergibt sich die Befugnis zur vertretungsweisen Entgegennahme der Leistung aus den Umständen (Hauspersonal).

¹⁶ Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn im Vertrag eine Zahlstelle benannt wird.

¹⁷ Es sind Fälle denkbar, in denen der Schuldner ein Interesse hat, dass seine Leistung in die Hände des Dritten gelangt.

¹⁸ Eine Pflicht ist hingegen anzunehmen, wenn im Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend dem Gläubiger die Möglichkeit eröffnet werden sollte, nachträglich einen Leistungsempfänger, eine Zahlstelle oder dergleichen zu bezeichnen.

V. Bestimmung des Inhaltes der Leistungspflicht (OR 71, 72, 73)

1. Auswahl des Leistungsgegenstandes bei Gattungsschuld

Die Unterscheidung zwischen Gattungsschuld (Genus-Schuld) und Stückschuld (Spezies-Schuld) besitzt vor allem im Kaufvertragsrecht Bedeutung¹⁹. Bei der Gattungsschuld ist die Sachqualität Bestandteil der Leistungspflicht, weshalb eine nicht konforme Leistung zurückgewiesen und Ersatzleistung gefordert werden kann, während beim Stückkauf diese Möglichkeit grundsätzlich nicht besteht²⁰.

OR 71 bringt für die Gattungsschulden die Präzisierung, dass im Regelfall die Auswahl des Leistungsgegenstandes aus der gesamten Gattung dem Schuldner überlassen bleibt. Die vom Schuldner getroffene Auswahl bindet diesen m. E. erst vom Zeitpunkt der Leistungserbringung an.

Für die Qualitätsanforderungen im Sinne von OR 71/II vergleiche die kaufrechtliche Literatur.

2. Wahlschuld (OR 72)

Ob Gläubiger oder Schuldner wahlberechtigt ist, folgt aus dem Vertrag; im Zweifel ist es der *Schuldner der Alternativleistung*²¹. Im übrigen gilt das folgende:

a) Es ist möglich, dass die Leistungspflicht bei Vertragsabschluss noch nicht endgültig bestimmt wird, sondern innerhalb vorgezeichneter vertraglicher Schranken von einem der beiden Vertragspartner oder auch von einem Dritten bestimmt werden kann. Das Wahlrecht kann einer Alternative unterliegen (Lieferung Kohle oder Koks) oder aber dem Wahlberechtigten eine freie Auswahl ermöglichen (Bezug von Ware in bestimmtem Wert aus einem Warensortiment), wobei das Erfordernis

¹⁹ In der Literatur und sogar in Bundesgerichtsentscheidungen finden sich die Vorstellungen der «Gattungssache» bzw. «Stücksache», eine verwirrungstiftende, unklare Vorstellung, die es zu vermeiden gilt. Von der Natur einer bestimmten Sache her kann man nur unterscheiden danach, ob sie *vertretbar* sei (und landläufig der Gattung nach bezeichnet und bestimmt werde) oder nicht. Indessen kann auch eine vertretbare Sache Gegenstand eines Stückkaufs bzw. einer Stückschuld sein (Vertragsgegenstand ist der Inhalt eines Kohlebunkers, eines Öltanks usw.). Ein Gattungskauf bleibt auch ein solcher, wenn die Gefahr durch Aussonderung oder Versendung (OR 185/II) auf den Käufer übergegangen ist (Auswirkungen dieser Feststellung: z. B. Anwendbarkeit von OR 206), Im übrigen ist die unglückliche Formulierung von OR 206/I am missverständlichen Sprachgebrauch schuld; vgl. dazu v. T./P., § 8/I, p. 54 Anm. 7; vgl. auch OR/BT § 3/II/3 und § 5/I.

²⁰ Für den Fall des Kaufs vgl. OR/BT § 3 passim, § 5/I.

²¹ Beim synallagmatischen Vertrag können gleichzeitig beide Leistungen alternativ sein (Kauf: «Kuh zu 3000 oder Pferd zu 5000»), in welchem Fall wertende Beurteilung entscheiden muss, in welches Partners Interesse das Wahlrecht statuiert wurde.

hinreichender inhaltlicher Bestimmung verlangt, dass die Leistungspflicht des Schuldners quantitativ hinreichend begrenzt sei.

b) Die *Ausübung des Wahlrechts* ist ein einseitiges, bedingungsfeindliches (vgl. § 28/I/5), unwiderrufliches und empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Ist die Wahl ausgeübt, tritt Konzentration auf die gewählte Schuld ein. Im Anbieten einer bestimmten Leistung durch den wahlberechtigten Schuldner oder im Fordern einer bestimmten Leistung durch den wahlberechtigten Gläubiger liegt regelmässig eine Ausübung des Wahlrechts.

c) *Rechtslage bei nicht rechtzeitiger Ausübung des Wahlrechts*. Im Falle des *Wahlrechts des Schuldners* treten die üblichen Nicht-Erfüllungs-Folgen ein (s. § 20). Will der Gläubiger auf Erfüllung klagen, so kann er dies nur alternativ tun. Im Falle des *Wahlrechts des Gläubigers* stellt die Nicht-Ausübung des Wahlrechts einen Tatbestand des Gläubigerverzuges (vgl. unten § 19) dar. Eine Hinterlegung der Sache (OR 92, 94) ist jedoch nicht möglich, es sei denn, der Schuldner wolle alle zur Wahl gestellten Leistungen hinterlegen. Besser ist die Regelung von BGB § 264/II, die einen Übergang des Wahlrechts auf den Schuldner vorsieht, wenn eine Fristansetzung für Ausübung des Wahlrechts erfolglos war²².

d) Bei *ursprünglicher Unmöglichkeit* einer der vorgesehenen Leistungen muss eine Konzentration auf die mögliche Leistung angenommen werden. Anders nur, wenn zu vermuten ist, dass der Vertrag ohne Wahlmöglichkeit nicht geschlossen worden wäre.

e) Bei *nachträglicher Unmöglichkeit*, sofern *beidseitig unverschuldet*, bleibt wenigstens dem Grundsatz nach das Wahlrecht erhalten²³. Der die unmögliche Leistung wählende Schuldner wird i. S. von OR 119 befreit, verliert jedoch seinen Gegenleistungsanspruch (bzw. muss die empfangene Gegenleistung bereicherungsrechtlich zurückerstatten)²⁴. Diese Lösung lässt sich allein bei *synallagmatischen* Verträgen vertreten²⁵, wird jedoch bei einseitigen Schuldpflichten den Verhältnissen nicht gerecht, ebenso nicht, wenn die bereits empfangene Gegenleistung nicht mehr restituierbar ist (z. B. erbrachte Dienstleistungen, Lieferung von Sachen, die ihrerseits untergegangen sind, Empfänger ist nicht mehr bereichert, o. dgl.)²⁶. Daher muss

²² In diesem Sinne nun neuerdings BGE 110 II 152, wo grundsätzlich - wie BGB § 264/II - ein Übergang des vom Gläubiger nicht ausgeübten Wahlrechts angenommen wird, dies nach Ansetzung einer Nachfrist zur Wahl analog OR 107.

²³ Entgegengesetzt jedoch v. T./P., § 11/III, p. 81 und BGB § 265: «Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen. Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat.»

²⁴ Für diese Lösung G./M./K., p. 48 sowie die Voraufgabe, OR/AT, p. 267.

²⁵ Z. B. Verkauf «Pferd oder Kuh»; bei Wahl der Leistung des eingegangenen Pferdes wird kein Tier und kein Kaufpreis geschuldet.

²⁶ Für den Sonderfall des *Trödelvertrages* anders als hier K. OFTINGER, Der Trödelvertrag, Zürich 1937, p. 106 ff. - Vgl. dazu OR/BT § 2 und BUCHER, Der Trödelvertrag, mit den Augen Ulpians betrachtet, in FS für W. Schlupe, Zürich 1988, p. 106.

allgemein, oder wenigstens in den zuletzt genannten Fällen, die Wahlmöglichkeit des Schuldners als erloschen betrachtet und eine Konzentration auf die noch mögliche Leistung angenommen werden²⁷. Falls der Schuldner berechtigte Schutzanliegen besitzt, könnte man auch, der gemeinrechtlichen Tradition folgend, eine Erhaltung des Wahlrechts in dem Sinne annehmen, dass der Schuldner an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung deren Gegenwert in Geld anbieten kann²⁸.

f) Bei *verschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit* ist zu unterscheiden:

- Ist die geschuldete Leistung durch *Verschulden des Schuldners* unmöglich geworden und wählt dieser die unmögliche Leistung, treten die üblichen Folgen ein (Schadenersatzpflicht; vgl. unten § 23/V). Besser würde man hier sanktionsweise eine Konzentration auf die mögliche Leistung annehmen. Im Falle des Wahlrechts des Gläubigers erlangt dieser, bei Wahl der unmöglich gewordenen Leistung, einen Schadenersatzanspruch (unten § 23/V).
- Ist die geschuldete Leistung durch *Verschulden des Gläubigers* und ohne Verschulden des Schuldners unmöglich geworden, so wird dieser ohne Schadenersatzpflicht frei, hat grundsätzlich aber auch (Ausnahme: Kauf) keinen Anspruch auf die vertragliche Gegenleistung. Während das BGB in § 324/I durch eine Sondervorschrift das Weiterbestehen des Anspruchs auf Gegenleistung (unter Abzug der Einsparungen infolge unterbliebener Leistung) anordnet, muss in der Schweiz mit ähnlichem Ergebnis eine Schadenersatzpflicht des die Leistung verhindernden Gläubigers (wegen «positiver Vertragsverletzung») gemäss OR 97 ff. angenommen werden²⁹.

g) *Abgrenzung gegenüber alternativer Ermächtigung*. Bei dieser geht die *Verpflichtung* nur auf eine Leistung, mit der Befugnis des Schuldners, sich durch eine andere Leistung zu befreien (bzw. des Gläubigers, anstelle des Geschuldeten etwas anderes zu fordern)³⁰. - Beispiel für «*facultas alternativa*»: Geschuldet sei der Inhalt eines Kohlenbunkers (ca. 5000 kg). Der Schuldner soll, wenn ihm das besser passt, statt dessen auch 4000 kg Heizöl liefern dürfen. Geht die Kohle infolge Brandes verloren, so ist der Schuldner nicht zur Leistung des Heizöls verpflichtet (dies wäre ihm nur als Erleichterung zugestanden gewesen); er kann grundsätzlich sogar den Preis beanspruchen (*periculum emptoris*, OR 185/I). - Geht umgekehrt das Öl verloren, bleibt Kohle geschuldet.

²⁷ Dies die Lösung des BGB und VON TUHRS; vgl. oben Anm. 23.

²⁸ In diesem Sinne WINDSCHEID, Bd. II, § 255 bei A. 13; ebenso ENGEL, p. 67. - Beim synallagmatischen Vertrag ergibt sich im Regelfall kaum ein praktischer Unterschied, da die die Sachleistung ersetzende Geldleistung mit dem dadurch eingehandelten Preisanspruch übereinstimmen wird. Anders indessen bei einseitigen Schuldpflichten, ebenso - infolge der Beschränkung des Rückleistungsanspruches gem. OR 119/III auf die Bereicherung - wenn der wahlberechtigte Schuldner nicht mehr bereichert (und damit nicht rückleistungspflichtig) ist.

²⁹ Vgl. BGB § 324/I; v. BÜREN, p. 387 Anm. 104; Anwendungsfall in OR 324.

³⁰ Diese andere Leistung ist (im Unterschied zur Wahlobligation) «in keiner Weise in obligatione, sondern nur in solutione» (WINDSCHEID, Bd. II, § 255 Anm. 5a).

Wenn der Schuldner ein Interesse an der Erfüllung hat (z. B. wenn er sonst keinen Preis bekäme, weil Gefahrübergang *bei Ablieferung* vereinbart war), darf er seine Leistung erbringen. Das Wahlrecht im Sinne einer Erleichterungsmöglichkeit liegt allein beim Schuldner. Durch verbale Erklärung, das eine oder andere liefern zu wollen, tritt keine Konzentration ein, sondern nur durch Realoblation³¹.

3. Bestimmung der Zinspflicht (OR 73)

Der Gesetzgeber statuiert die Vermutung, dass eine verabredete, aber nicht bezifferte Zinspflicht 5% p. a. betrage, analog den gesetzlichen Verzugszinsen (OR 104, auch hier jedoch unter Vorbehalt vertraglich allenfalls höher verabreiteter Zinsen).

Beim *Darlehen* unter Nichtkaufleuten ist Nichtverzinslichkeit vermutet (OR 313). OR 314 bringt eine Einschränkung gegenüber OR 73: Bei Darlehen unter Kaufleuten sind, bei Fehlen einer Verabredung, nicht 5%, sondern die ortsüblichen Bankzinsen geschuldet³².

VI. Erbringung von Geldleistung (Zahlung, OR 84-87)

1. Allgemeines

Geldschulden sind, wenn kein anderer Zahlungsmodus verabredet ist, durch Barzahlung zu erfüllen; Einzahlung auf ein Bankkonto des Gläubigers ist nur dann Erfüllung, wenn dieser dazu ermächtigt, was auch in der Angabe eines Bankkontos auf einer Rechnung oder auf Geschäftspapier, das zwischen den Parteien verwendet wird, zu erblicken ist. Für die Einzahlung auf das Postcheckkonto des Gläubigers ist dessen generelle Zustimmung zu vermuten (BGE 55 II 200, 62 III 13)³³.

³¹ BECKER, OR 72 N. 16 und dort zit.; ESSER/SCHMIDT, SchR I/1, § 14/III, p. 150 f.; erst *Realoblation* hat rechtsgeschäftliche Wirkung. Vgl. auch v. T./E., § 87, p. 281 Anm. 37. Gesetzliches Beispiel für alternative Ermächtigung: Schulden in fremder Währung können in Landesmünze bezahlt werden, wenn nichts anderes vereinbart ist (OR 84/II). Vgl. auch H. STEINER, Zum Begriff der *facultas alternativa* des Schuldners, Festschrift für G. Cohn, Zürich 1915, p. 303 ff.

³² *Kapitalanteil* des *Kollektiv-* bzw. *Kommanditgesellschafters* ist vermutungsweise zu 4% zu verzinsen (OR 558/II), im Falle des *Verzugs* des Wechselschuldners (OR 1045/I Ziff. 2) beträgt der Verzugszins 6%.

³³ Vgl. R. H. WEBER, Probleme bei der bargeldlosen Erfüllung von Geldschulden, SJZ 78 (1982), p. 137-145. - Für Zahlungen auf Bankkonten vgl. auch oben Anm. 13.

2. Fremdwährungsschulden (OR 84)

OR 84/II eröffnet im Sinne einer alternativen Ermächtigung (vgl. oben Ziff. V/2/g) die Möglichkeit, auch Fremdwährungsschulden in Schweizer Währung zu tilgen. Indessen können die Parteien vereinbaren, dass im Inland fremde Währung (sei es in fremden Münzeinheiten bzw. Banknoten, sei es durch Verschaffung von Devisenguthaben)³⁴ geleistet werden soll.

OR 84/II sieht Umrechnung von in der Schweiz zahlbaren Fremdwährungsschulden zum *Wechselkurs* im Zeitpunkt des Verfalls (d. h. bei Fälligkeit der Forderung) vor, eine Regel, die beinahe unpraktikabel ist^{35,36}: Nicht nur wird dadurch verunmöglicht, dass der Schuldner sich vor Verfall (OR 81) in Landeswährung befreit, sondern dem bössartigen Schuldner wird die Möglichkeit eröffnet, auf Kosten des Gläubigers zu spekulieren: er wird verspätet in jener Währung leisten, welche gegenüber dem Kurs zur Verfallszeit gesunken ist. Die Regel von OR 84/II kann nur angewendet werden, wenn man dem Gläubiger das Geltendmachen der Kursdifferenz als Verzugsschaden gestattet, so dass eine selbständige Frankenforderung neben die ursprüngliche Fremdwährungsforderung hinzutritt³⁷.

Während materiellrechtlich der Gläubiger aufgrund von OR 84/II nicht die Möglichkeit hat, statt der Fremdwährung Schweizer Franken zu fordern, ist er aus betreibungsrechtlichen Gründen (SchKG 67 Ziff. 3) nicht nur berechtigt, sondern gezwungen, eine Fremdwährungsforderung bei der *Stellung des Betreibungsbegehrens in Schweizer Franken* umzurechnen. Diese Vorschrift hat keinen materiellrechtlichen Gehalt in dem Sinn, dass aufgrund des in diesem Zeitpunkt massgebenden Umrechnungskurses die materiellrechtliche Auseinandersetzung der Parteien zu erfolgen habe: nicht nur steht dem OR 84 entgegen, sondern es muss dem Gläubiger die Möglichkeit gewahrt bleiben, im Falle eines Sinkens des Frankens gegenüber der Fremdwährung im Zeitpunkt der tatsächlichen Leistung der Schweizer Franken in

³⁴ Vgl. B. KLEINER, Internationales Devisen-Schuldrecht, Zürich 1985.

³⁵ Die einzig sinnvolle Lösung scheint mir BGB § 244/II zu geben: «Die Umrechnung erfolgt nach dem Kurswerte, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort massgebend ist.»

³⁶ Zur Frage der Geldwertsicherung vgl. insbesondere G. v. CASTELBERG, Der Geldwert als Rechtsproblem, Diss. Zürich 1953; J. DROIN, Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil suisse, Rapport au Congrès de l'association H. Capitant, Istanbul 1971; P. C. GUTZWILER, Vertragliche Abreden zur Sicherung des Geldwerts, insbesondere Gleitklauseln (rechtsvergleichend), Diss. Basel 1972; J. HERZFELD, Zur Indexklausel im Währungsrecht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Basel 1963, p. 77 ff.; P. LALIVE, Dépréciation monétaire et contrats en droit international privé, Onzième journée juridique, 9 octobre 1971, p. 31 ff.

³⁷ So auch v. BÜREN, p. 34 Anm. 18; BECKER, OR 84 N. 13; WEBER, OR 84 N. 360 und der in BGE 51 III 184 genannte bernische Entscheid. - Die durch OR 84/II notwendig gemachte Korrektur über Verzugshaftung bedeutet indessen, dass eine Korrektur nur eintreten kann, wenn der Schuldner nicht bloss bei Fälligkeit bezahlt, sondern sich auch in Verzug befindet, während der Gläubiger die Nachteile der Kursverschlechterung zwischen Verfalltag und Inverzugsetzung trägt. Andererseits ist der *Verzugsschaden* als Effektivschaden des Gläubigers zu berechnen; vgl. unten § 20/V/2 und dort *Anm. 133*; dazu jetzt auch BGE 109 II 438.

die geschuldete Währung zu konvertieren und die Differenz nachzufordern. Umgekehrt hat auch der Schuldner Anspruch, jederzeit in der geschuldeten Fremdwährung sich zu befreien; er kann die Betreuung durch Leistung der Fremdwährung gegenstandslos werden lassen³⁸ oder, bei Durchführung der Betreuung, die dem Gläubiger zukommenden Schweizer Franken zum Kurs des Zahlungstages auf seine Fremdwährungsschuld anrechnen (je unter Vorbehalt der Korrektur des Resultats durch Haftung für Verzugsschaden).

3. Anrechnung von Zahlungen (OR 85-87)

a) Anrechnung von Zahlungen bei mehreren Schulden

Nach dem Grundsatz von OR 86/I ist es der Schuldner, der ohne Einschränkung bestimmen kann, welche *von mehreren* Schulden er mit seiner Zahlung tilgen will. Daraus folgt, dass der Gläubiger, wenn er nicht einverstanden ist, die Leistung zurückweisen müsste.

Unterlässt es der Schuldner, die zu tilgende Schuld zu bezeichnen, kann der Gläubiger seinerseits die Spezifikation treffen und diese in der Quittung bezeichnen, dies unter Vorbehalt eines Remonstrationsrechts des Schuldners (OR 86/II).

Fehlt sowohl die Erklärung des Schuldners wie auch eine Spezifikation des Gläubigers in der Quittung, so gilt nach der Regelung von OR 87, dass eine Leistung primär an die in Betreuung gesetzte (unter mehreren an die *zuerst* in Betreuung gesetzte) Forderung angerechnet wird; fällige Forderungen gehen den nicht fälligen vor, früher verfallene haben Vorrang gegenüber später verfallenen; bei gleichzeitigem Verfall wird gleichmässig angerechnet (Abs. II). Unter *nicht verfallenen* Forderungen wird jene als getilgt betrachtet, die dem Gläubiger am wenigsten Sicherheit bietet (Abs. III).

b) Anrechnung von Teilleistungen auf einheitliche Schuld (OR 85)

Abweichend von der Regel in OR 86/I (oben lit. a) erfolgt die Anrechnung einer Zahlung als *Teilzahlung* auf eine einheitliche Schuld *nicht nach dem Willen des Schuldners*³⁹. Die Sonderregelung berücksichtigt, dass der Gläubiger eine Teilleistung grundsätzlich nicht anzunehmen braucht, wenn die ganze Schuld feststeht und fällig ist (OR 69/I), Entgegennahme daher seine Zustimmung voraussetzt. Nimmt er Teilleistung entgegen, so wird sie vorerst auf ausstehende Kosten und Zinsen, danach auf das Kapital angerechnet (OR 85/I). Der Schuldner kann gegen den Willen des Gläubigers seine Teilleistung nicht auf den gesicherten oder besser gesicherten Teil der Schuld anrechnen lassen (OR 85/II).

³⁸ Vgl. BGE 73 II 107.

³⁹ Eine einheitliche Schuld ist auch dann anzunehmen, wenn mehrere Teilleistungen zu erbringen sind, diese aber den gleichen rechtlichen Entstehungsgrund haben.

VII. Der Erfüllungsort (OR 74)

1. Begriff und Bedeutung

Erfüllungsort ist Vollzugsort der Leistung, d. h. der Ort, an welchem die geschuldete Leistung zu erbringen ist und wo die letzte schuldnerische Erfüllungshandlung erfolgen soll; im Falle mehrerer Leistungen dort, wo die Hauptleistung erfolgen soll⁴⁰. Der Schuldner kommt in Verzug, wenn er nicht an diesem Ort leistet (Leistungsangebot an einem anderen Ort hilft ihm nicht), ebenso der Gläubiger, wenn er die Leistung am fraglichen Ort nicht entgegennimmt⁴¹. Andererseits hat, zumal bei Sachleistungen, der Erfüllungsort Einfluss auf die Bestimmung des *Zeitpunktes der Befreiung des Schuldners durch Erfüllung*⁴² bzw. der Erlangung des unbedingten *Anspruchs* auf die *Gegenleistung* (Übergang der sog. «Preisgefahr»).

2. Regeln zur Bestimmung des Erfüllungsortes (OR 74)

Der Erfüllungsort wird primär durch ausdrückliche oder stillschweigende *Parteivereinbarung* bestimmt; insbesondere kann auch die Verkehrsübung von Bedeutung sein. Für den Fall des Fehlens derartiger Bestimmung stellt das Gesetz, abgesehen von Sondervorschriften wie zum Beispiel OR 477 für den Hinterlegungsvertrag, die *generellen Regeln von OR 74* auf:

Gemäss OR 74/II Ziff. 3 sind *Schulden* vermutungsweise *Holschulden* (dazu im folgenden Ziff. 3), jedoch mit der wichtigen Ausnahme der *Geldschulden*, die als *Bringschulden* zu vermuten sind (dazu unten Ziff. 4). Wenn eine individualisiert bestimmte Sache geschuldet wird, ist diese gemäss OR 74/II Ziff. 2 an jenem Ort geschuldet, in dem sie sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses befindet.

3. Insbesondere Holschulden

Aus OR 74/II Ziff. 3 folgt die allgemeine Regel, dass (unter Vorbehalt der Ausnahmen von Ziff. 1 und 2) Schulden als Holschulden zu betrachten sind: Der Gläubiger muss die Leistung beim Schuldner beziehen, dieser die Leistung nur an seinem Domizil zur Verfügung halten. Verlad und Transport der Ware sind Sache des Gläubigers.

⁴⁰ Vgl. BECKER, OR 74 N. 1; BGE 43 II 329.

⁴¹ Die Vereinbarung eines Erfüllungsortes muss meist dahin verstanden werden, dass der Verkäufer mit der Gefahr belastet sei, bis die Kaufsache sich am Erfüllungsort befindet; vgl. BGE 52 II 362; 84 II 162.

⁴² Die im internationalen Handelsverkehr gebräuchlichen Klauseln (*cif*, *fob*, u. a.) regeln nicht den Erfüllungsort, sondern die *Kosten-* und die *Gefahrtragung*; vgl. OR/BT, § 5/VII.

4. Insbesondere Bringschulden

Bringschulden auferlegen dem Schuldner Leistungserbringung am Domizil des Gläubigers. Solche sind von Gesetzes wegen die *Geldschulden* (OR 74/II Ziff. 1)⁴³; darüber hinaus wird diese Leistungsmodalität oft vertraglich vereinbart oder folgt aus der Verkehrsübung (Kauf sperriger Güter in bestimmten Bereichen des Detailhandels usw.).

Der Schuldner muss die Sache an den Erfüllungsort bringen; ist dies der Wohnort des Gläubigers, so ist diesem ins Haus zu liefern. «Das Bringen oder Schicken ist ein Teil der Erfüllungshandlung»⁴⁴; wird die Sache verschickt, so hat dies so frühzeitig zu geschehen, dass die Leistung spätestens am Erfüllungstag beim Gläubiger ankommt⁴⁵. Die Gefahr einer Verzögerung der Leistung ist vom Schuldner zu tragen⁴⁶; dieser hat auch die Risiken des Transports oder der Übermittlung zu übernehmen, was sich insbesondere bei Geldüberweisungen auswirkt.⁴⁷

Bei Bringschulden hat der Schuldner insbesondere auch die *Transportkosten* zu tragen, bei Geldschulden die Überweisungskosten (Postgebühren oder Kosten der eigenen Bank, nicht jedoch die von der vom Gläubiger bezeichneten Bank erhobenen Gebühren).

5. Insbesondere Versandungsschuld

Die Versandungsschuld (oder Schickschuld) wird im Allgemeinen Teil des OR nicht geregelt, jedoch in OR 185/II (Versendungskauf) als bekannt vorausgesetzt. *Erfüllungsort* ist, unverändert wie im Normalfall, d. h. bei der Holschuld, das *Domizil des Schuldners*, der jedoch zusätzlich die Nebenpflicht hat, die Ware zur

⁴³ Eine *Präsentationsklausel* macht die Geldschuld zur Holschuld; bei Wertpapieren muss der Schuldner nur gegen Vorweisung und Aushändigung der Urkunde zahlen (OR 966, 1029). Vgl. dazu G./M./K., p. 218 und die wertpapierrechtliche Literatur.

⁴⁴ Vgl. v. T./E., § 61/III, p. 43.

⁴⁵ Bei Zahlungen besteht in der Praxis die Tendenz, die innerhalb der Erfüllungsfrist erfolgte Einzahlung auf das Postcheckkonto, am Postschalter bzw. Übergabe des Postcheckes an ein Postbüro als rechtzeitige Erfüllung zu anerkennen. Vgl. dazu R. JEANPRÊTRE, Le payement de la dette au compte de chèques postaux du créancier, SJZ 64 (1968), p. 145. Vgl. auch RVJ 1 (1967), p. 412 f.; ZWR 1974, p. 9 f. und kritisch WEBER, Art. 74 N. 125.

⁴⁶ Verzögerungen bei Banküberweisungen gehen zu Lasten des Schuldners, wenn sie im Bereich der Bank des Schuldners (als dessen Erfüllungsgehilfen) erfolgen, nicht dagegen, wenn die vom Gläubiger als Zahlstelle bezeichnete Bank die Verzögerung verursacht. Zum bargeldlosen Zahlungsverkehr vgl. H. SCHÖNLE, in: Les nouveaux moyens électroniques de paiement, CJR, Lausanne 1986, p. 65 ff. Und CH. THALMANN, in: Beiträge zum schweizerischen Bankrecht, Bern 1987, p. 161 ff.

⁴⁷ Bei Sachleistungen aufgrund von Kauf wird diese Folge durch die Gefahrtragungsregel in OR 185 ausgeschlossen.

Versendung zu bringen. Diese Erfüllungsmodalität wird besonders häufig verabredet, wenn man grundsätzlich am allgemeinen Erfüllungsort (Schuldnerdomizil) festhalten will, jedoch der Schuldner (Verkäufer) den Transport veranlassen soll, weil dies ihm leichter fällt. Ob der die Sendung veranlassende Schuldner oder aber der Gläubiger die Transportkosten zu tragen hat, lässt sich nicht aus dem Begriff des Versendungskaufs ableiten, sondern ist von den Parteien zu bestimmen. Die Regel bildet Kostentragung durch den Gläubiger⁴⁸.

Vom Erfüllungsort ist zu unterscheiden der *Ablieferungsort* oder *Bestimmungsort*, wohin die Sache verschickt werden soll, der erfüllungsrechtlich keine Bedeutung hat: Die *Befreiung* des Schuldners erfolgt mit der Aufgabe der Ware am Erfüllungs- (Versendungs-)ort. Dies immerhin unter der Bedingung, dass der Schuldner nicht (was ihm nach Transportrecht oft möglich sein wird) durch entsprechende Intervention beim Transporteur die Auslieferung an den Gläubiger nachträglich verhindert⁴⁹.

VIII. Die Erfüllungszeit

1. Fälligkeit einer Forderung oder einer Schuld

Fälligkeit bedeutet, dass der Gläubiger die Leistung fordern kann und der Schuldner erfüllen muss. Die Fälligkeit ist Voraussetzung des (an weitere Bedingungen geknüpften) Verzugs des Schuldners⁵⁰ wie auch der Klagbarkeit der Forderung⁵¹. Eintritt der Fälligkeit bestimmt sodann den Beginn des Laufs von Verjährungsfristen (OR 130/I)⁵².

Der *Zeitpunkt des Eintritts der Fälligkeit* wird primär durch die von den Parteien getroffene Vereinbarung bestimmt. Fehlt eine solche, gilt die generelle *Vermutung der sofortigen Fälligkeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses* (OR 75).

⁴⁸ Die natürlich ebenfalls häufig vereinbarte Kostentragung durch den Schuldner («Lieferung franco Domizil Käufer») hat die Tendenz, das Gläubigerdomizil zum Erfüllungsort zu machen, wenn nicht das Gegenteil deutlich zum Ausdruck kommt. So z. B. BGE 49 II 70.

⁴⁹ Zum «right of stoppage in transitu» vgl. Anm. 69.

⁵⁰ Vgl. unten § 20/IV.

⁵¹ Ob die Fälligkeit des prozessual geltend gemachten Anspruchs erst im Zeitpunkt der Urteilsfällung oder bereits bei Klageeinleitung gegeben sein muss, bestimmt das Prozessrecht. Bei nicht fälligen Ansprüchen kommt allenfalls *Feststellungsklage* bzw. *Feststellungsurteil* in Frage.

⁵² Von der zivilrechtlichen Fälligkeit ist diejenige infolge Konkursöffnung gemäss SchKG 208 zu unterscheiden. Dem Gläubiger stehen diesfalls die Rechtsbehelfe von OR 83 zur Verfügung, jene von OR 102/I und 107 ff. aber erst bei Eintritt der zivilrechtlichen Fälligkeit. Vgl. v. BÜREN, p. 366 Anm. 1; K. AMONN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 1988, § 42 N. 10 ff.; C. JAEGER, Schuldbetreibung und Konkurs II, 1911, SchKG 208 N. 1ff.

Diese Regel ist allerdings mit Vorsicht anzuwenden; sehr oft wird dem Gläubiger bei Vertragsschluss erkennbar sein, dass der Partner zur Leistungserbringung Zeit benötigt, so dass eine stillschweigende Vereinbarung im Sinne des Hinausschiebens der Fälligkeit anzunehmen ist. - Bei einzelnen Vertragstypen stellt sodann der Gesetzgeber Vorschriften über den Fälligkeitseintritt auf (Fälligkeit des Miet- oder Pachtzinses, OR 262/II, 286/II, der Darlehenszinse, OR 314/II, des Lohnes im Arbeitsvertrag, OR 323/I, II).

In einzelnen Fällen wird die Fälligkeit der Forderung durch einseitige Willenserklärung des Gläubigers bewirkt: Beim Darlehen wird die Rückzahlung durch *Kündigung* fällig (OR 318), die Leistung beim «Kauf auf Abruf» durch die Erklärung des Käufers, dass jetzt geliefert werden soll⁵³.

2. Erfüllbarkeit

Erfüllbarkeit bedeutet, dass der Schuldner erfüllen darf, was spätestens mit der Fälligkeit, oft aber auch schon vorher der Fall ist. OR 81 statuiert eine allgemeine Vermutung, dass der Schuldner jederzeit vor Fälligkeit leisten dürfe. Eine *vorzeitige Erfüllung* kann ausgeschlossen sein durch ausdrückliche Vereinbarung oder wenn die vorzeitige Erfüllung der Natur *des Vertrages widerspricht* bzw. sich *aus den Umständen* eine entgegenstehende Willensmeinung der Parteien ergibt⁵⁴. Andernfalls kann der Schuldner seine vorzeitige Leistung auch gegen den Willen und die Interessen des Gläubigers erbringen und ihn bei Annahmeverweigerung in Annahmeverzug bringen.

Vorzeitige Erfüllung gibt dem Schuldner nicht das Recht, einen *Diskont* abzuziehen, wenigstens solange nicht eine dahingehende Vereinbarung oder Verkehrsübung nachgewiesen ist. Beides ist nicht zu vermuten (OR 81/II).

3. Bestimmung der Termine und Fristen (OR 76-80)

Die Regeln über die Berechnung von Terminen und Fristen sind dispositiver Natur, die nicht zur Anwendung gelangen, wenn die Parteien übereinstimmend den vertraglichen Zeitbestimmungen einen vom Gesetz abweichenden Sinn beigelegt haben.

a) Frist und Termin

Mit *Frist* ist ein *Zeitraum* gemeint, mit *Termin* ein *Zeitpunkt*. Die Dinge fliessen praktisch zusammen beim Endtermin, der zugleich eine Frist umschreibt.

⁵³ Vgl. v. T./E., § 62/II/2, p. 48 Anm. 40.

⁵⁴ Vgl. dazu auch v. T./E., § 62/III, p. 52.

«Ablauf» der Frist heisst, dass der letzte Tag (unbenützt) verstrichen ist, Erfüllung «vor deren Ablauf», dass spätestens am letzten Tag der Frist geleistet wird (OR 77/III).

b) Zeitbestimmung nach Kalenderangaben

Die Bestimmung anfangs/Ende Monat versteht sich als erster/letzter Tag im Monat (OR 76/I); unabhängig von der Länge bedeutet Mitte Monat den 15. des Monats (OR 76/II)⁵⁵.

c) Fristbestimmung nach Wochen, Monaten und Jahresbruchteilen

Der gleiche Wochentag (z. B. Donnerstag) bzw. der gleiche Monatstag (z. B. der 12. des Monats) wird beibehalten unter Zuzählung der vereinbarten Wochen bzw. Monate; wenn der entsprechende Monatstag (z. B. der 31.) fehlt, so endet die Frist am letzten Tag dieses Monats (OR 77/I Ziff. 2, 3). Ein «halber Monat» zählt 15 Tage, ist eine Frist von einer Anzahl ganzer Monate und einem halben Monat verabredet, so werden zuerst die ganzen Monate aufgerechnet und zuletzt 15 Tage dazugezählt (OR 77/I Ziff. 3).

d) Fristbestimmung nach Tagen

Der Tag der «Eröffnung» der Frist (Vertragsschluss oder sonstiger Anfangstermin der Frist) wird nicht mitgezählt⁵⁶; Fristbestimmungen von «acht Tagen» bzw. «quinze jours» werden wörtlich verstanden (OR 77/I Ziff. 1), davon abweichender Parteiwille im Sinne von einer Woche bzw. zwei Wochen kann aber nachgewiesen werden und ist wohl bei Formeln wie «heute in acht Tagen» zu vermuten. Fristen von 30, 60 oder 90 Tagen sind effektiv und nicht als Monate zu verstehen (Analogie zu OR 77/I Ziff. 1).

e) Sonn- und Feiertage

Fällt der Erfüllungstag bzw. der letzte Tag einer Frist auf einen Sonntag oder einen staatlich anerkannten Feiertag, so wird mangels anderweitiger Vereinbarung

⁵⁵ Unter besonderen Voraussetzungen, d. h. bei eindeutig nachgewiesenem Parteiwillen, kann «mitte Monat» auch einen *Zeitraum* (d. h. 10. bis 20. des Monats) bezeichnen, so BGE 87 II 239 E. 3 unter Bezugnahme auf «Einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive» der Int. Handelskammer.

⁵⁶ Die gleiche Regel gilt auch im *Prozessrecht*, *Verwaltungsverfahrenrecht*, *Betreibungsrecht* usw., wo der Tag der Eröffnung der Frist (Zustellung einer Urkunde od. dgl.) bei der Berechnung nicht mitzählt.

der Erfüllungstag bzw. das Fristende auf den nächstfolgenden Werktag verlegt (OR 78)^{57,58}.

f) Berechnung nach ganzen Tagen

Tagesfristen werden nach ganzen Tagen gerechnet («computatio civilis»), nicht nach Stunden und Minuten («computatio naturalis»). Stundenfristen wären - so genau als nach den Umständen möglich - a momento ad momentum zu berechnen.

g) Erfüllung zur Geschäftszeit (OR 79)

Die «gewöhnliche Geschäftszeit» bestimmt sich nach den Verhältnissen des Erfüllungsortes. Sind mehrere Geschäftskreise (z. B. verschiedene Branchen) beteiligt, so gilt bei Bringschulden die übliche Geschäftszeit des Gläubigers, bei Holschulden die des Schuldners.

h) Fristen als «tempus continuum», nicht als «tempus utile» zu rechnen

Vermutungsweise wird jede Frist als *tempus continuum*, als ununterbrochen laufende Frist betrachtet. Die Frist läuft ohne Rücksicht auf Zeiträume, während welcher der Schuldner seine Leistung nicht erbringen oder vorbereiten konnte. So sind mit einer Herstellungsfrist von 30 Tagen nicht Arbeitstage, sondern Kalendertage gemeint; gegenteiliges, z. B. eine Lieferfrist von 40 Arbeitstagen (*tempus utile*) kann verabredet werden, die an Zusatzfeiertagen, während Streiks usw. nicht laufen würde. Der Fristenlauf wird auch durch höhere Gewalt nicht gehemmt; solchen Umständen wäre allenfalls bei der Festsetzung der Verzugs- bzw. Nichterfüllungsfolgen Rechnung zu tragen.

4. Vertragliche Fristverlängerung (OR 80)

Bei Fristverlängerung um Zeitintervalle (um Tage, Wochen etc.) stellt sich die Frage, ob die neue Frist bei Abschluss der Verlängerungs-Vereinbarung oder erst

⁵⁷ Der *Samstag* muss heute, obwohl kein staatlich anerkannter Feiertag im Sinne von OR 78, in den meisten Geschäftsbereichen dem Sonntag gleichgeachtet werden, da ein vertraglicher Wille im Sinne eines Ausschlusses der Erfüllung an Samstagen zu vermuten ist (vgl. zur Unzulässigkeit der Erfüllung an Samstagen unter dem Gesichtspunkt von OR 79 unten lit. g). Vgl. dazu auch BG vom 21.6.1963 über den Fristenlauf an Samstagen, das den Samstag einem Feiertag gleichstellt und damit an Samstagen ablaufende Fristen auf den folgenden Montag erstreckt.

⁵⁸ Die genannte Regel schliesst nicht aus, dass eine Frist an einem Feiertag in obigem Sinn *eröffnet* werden kann, so, wenn eine Erklärung des Vertragspartners bzw. eine Gerichtsurkunde an einem Samstag zugestellt wird.

nach Ablauf der früher eingeräumten Frist zu laufen beginnen soll. OR 80 statuiert zugunsten des Schuldners eine Vermutung für längere Erstreckung, d. h. Berechnung seit Ablauf der ersten Frist. Zusätzlich wird präzisiert, dass der letzte Tag der alten und der erste Tag der neuen Frist sich nicht überschneiden, sondern anschliessen sollen.

IX. Erfüllungsablauf bei zweiseitigen Verträgen (OR 82/83)

1. Einrede des nichterfüllten Vertrages

Bei zweiseitigen, d. h. beide Parteien mit Leistungspflichten belastenden Verträgen kann dem Partner nicht zugemutet werden, seine an sich fällige Leistung zu erbringen, wenn nicht auch die Gegenpartei die ihr obliegenden Leistungspflichten vertragskonform erfüllt. OR 82 gibt dem Schuldner deshalb ein Recht der Leistungsverweigerung, wenn der *vorleistungspflichtige* Partner nicht erfüllt hat («*exceptio non adimpleti contractus*»); im Falle vereinbarter Zug-um-Zug-Leistung hat der Schuldner die Möglichkeit, die eigene Leistung zurückzubehalten, bis der Partner seinerseits Erfüllung anbietet (vgl. dazu oben Ziff. II/2).

Das Leistungsverweigerungsrecht setzt nach dem Wortlaut von OR 82 «Zweiseitigkeit» des Vertrages voraus; der von der Doktrin traditionell vertretenen Auffassung, dass hier nur synallagmatische (sog. wesentlich zweiseitige) Verträge erfasst würden, tritt die berechtigte Tendenz entgegen, den Anwendungsbereich von OR 82 ausweitend zu verstehen⁵⁹. – OR 82 muss analogieweise bei *Rückabwicklung* von Verträgen angewendet werden unerachtet der für den ursprünglichen Leistungsaustausch verabredeten Modalität (z. B. Wandlung: Austausch Kaufobjekt und Preis; ähnlich nichtige oder durch Willensmängelanfechtung, Rücktritt oder dgl. aufgelöste Verträge)⁶⁰.

Im Prozess muss nach herrschender Auffassung der Kläger nur die Entstehung seines eigenen Leistungsanspruchs, d. h. die Leistungspflicht der Gegenpartei, beweisen, während die Tatsache, dass man selber rechtzeitig und richtig seine Leistung angeboten habe, erst auf entsprechende Einrede der Gegenpartei hin unter Beweis zu stellen ist⁶¹.

Die Einrede hat dilatorischen (aufschiebenden), nicht peremptorischen (zerstörenden) Charakter, d. h. die Klage würde bei Gutheissung der Einrede nur «zur Zeit» abgewiesen⁶²; nach vorherrschender Lehrmeinung fällt bei gegebenen Voraussetzungen

⁵⁹ Vgl. unten Ziff. 3 und v. BÜREN, p. 468; ZR 34 Nr. 17, p. 45 ff.; ZR 37 Nr. 96, p. 203 f.; SJZ 63 (1967), p. 111.

⁶⁰ Für Wandlung vgl. BGE 109 II 29 lit. a).

⁶¹ Vgl. BECKER, OR 82 N. 2-4; OSER/SCHÖNENBERGER, OR 82 N. 5 ff.; BGE 76 II 299; 79 II 279.

⁶² Bei Gutheissen der Aberkennungsklage ebenfalls nur Schutz zur Zeit. Vgl. BGE 79 II 284.

auch eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug in Betracht⁶³. Im übrigen ist zu sehen, dass die Einrede nicht nur im Leistungsprozess erhoben wird, sondern insbesondere auch bei Klage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung, der gegenüber die Einrede möglich ist, der Kläger habe seinerseits nicht richtig angeboten. Steht fest, dass der nachleistungspflichtige Schuldner nicht erfüllen wird (Kaufobjekt wurde bereits Dritten übereignet o. dgl.), muss man dem vorleistungspflichtigen Partner analoge Weise eine Einrede gewähren (vgl. auch unten § 20/VI/3).

Betreffen die Mängel bloss einen Teil der Leistung bzw. belassen dieser einen bestimmten Wert, stellt sich die Frage, ob nicht die Einrede aus OR 82 bloss zur *anteilmässigen* Verweigerung der Gegenleistung berechtige⁶⁴.

Die Regel von OR 82 muss auch im *Rechtsöffnungsverfahren* beachtet werden. Dies bedeutet, dass im Falle der Erhebung einer Einrede aus OR 82 durch den Schuldner Rechtsöffnung nur erteilt (bzw. eine Aberkennungsklage abgewiesen) werden kann, wenn der zur Vorleistung oder Leistungserbringung Zug um Zug gehaltene Gläubiger seine Leistung nach den Regeln von OR 91/92 hinterlegt hat und Gewähr besteht, dass der Schuldner nach Massgabe seiner eigenen Leistung in den Besitz der Gegenleistung gelangt⁶⁵.

Schwierigkeiten der gleichzeitigen austauschweisen Leistungserbringung ergeben sich dann, wenn die Orte der Leistungspflicht auseinanderfallen⁶⁶. Im internationalen Handelsverkehr behilft man sich insbesondere mit dem Instrument des *Akkreditivs*: Die vom Käufer beauftragte Bank (Akkreditivbank) bezahlt für dessen Rechnung dem Verkäufer dann, wenn dieser der Bank (für den Käufer) die vertraglich stipulierten Dokumente, welche vertragskonforme Verschiffung beweisen und als Wertpapiere dem Käufer die Verfügungsmacht über die Ware verschaffen, aushändigt⁶⁷.

2. Die Einrede der Zahlungsunfähigkeit (OR 83)

Da die Einrede des nichterfüllten Vertrages dem *vorleistungspflichtigen* Partner nicht helfen kann, muss für den Fall der Leistungsgefährdung infolge Insolvenz eine

⁶³ Vgl. WEBER, OR 82 N. 222 ff.; O. VOGEL, in ZBJV 1987, p. 269 ff. zu BGE 111 II 466 E. 3 und BGE 111 II 197 E. 3; M. KUMMER, in ZBJV 1970, p. 125 ff. zu BGE 94 II 269.

⁶⁴ Vgl. dazu H. KOZIOL, Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nicht gehöriger Erfüllung, ÖJZ 40 (1985), p. 737 ff.

⁶⁵ Grundlegend dazu BGE 79 II 282. M. E. muss aber die Möglichkeit der Hinterlegung auch noch während des Aberkennungsprozesses offenstehen; es soll der Gläubiger nicht zum vornherein, sondern erst auf entsprechende schuldnerische Einrede zur Hinterlegung gezwungen sein. Vgl. auch J. JEANPRÊTRE, Festgabe für H. Deschenaux, p. 285.

⁶⁶ Vgl. dazu insbesondere v. T./E., § 64/II, p. 58 f.

⁶⁷ Darüber hinaus kann mit dem *unwiderruflichen* Akkreditiv dem Verkäufer im *voraus* Gewähr verschafft werden, dass er im Falle richtiger Erfüllung auch seinen Verkaufspreis erhalten werde: Die Akkreditivbank bestätigt ihm verbindlich schon vor Fälligkeit, gegen Vorlage akkreditivkonformer Dokumente zu bezahlen. Vgl. zum Akkreditiv OR/BT, § 15/VII.

besondere Einrede vorgesehen werden. Zahlungsunfähigkeit setzt hier nicht notwendigerweise Konkurs oder fruchtlose Pfändung voraus, sondern es genügt Einstellung der Zahlungen, Stundungsgesuche etc.⁶⁸. Es wird nicht ein Anspruch auf Sicherheitsleistung begründet, sondern nur eine *Einrede* zur Verweigerung der eigenen Leistung, die wiederum durch Sicherstellung beseitigt werden kann. Ausser der Einrede gibt OR 83/II bei Zahlungsunfähigkeit des einen Kontrahenten dem anderen das Recht, vom Vertrag zurückzutreten, wenn ihm nicht auf sein Begehren innerhalb angemessener Frist Sicherheit geleistet wird. Ein Rücktritt nach OR 83/II gibt, im Gegensatz zum Rücktritt gemäss OR 107, keinen Schadenersatzanspruch, sondern befreit nur aus dem Vertrag⁶⁹.

3. Rechtslage bei nicht-synallagmatischen Verträgen

Leihe, Hinterlegung, Auftrag werden als nicht-synallagmatische Verträge von OR 82/83 nicht erfasst. Muss zum Beispiel der Entleiher, der Anspruch auf Verwendungsersatz hat, die Sache zurückgeben, ohne gleichzeitig Verwendungsersatz zu erhalten? Da die Rückgabe nicht als Gegenleistung seines Anspruches erscheint, versagt OR 82. Bei dem Vertragsgegner gehörenden Sachen hilft das Retentionsrecht von ZGB 895 ff. (Depositär kann zurückhalten, bis neben Hinterlegungsgebühr auch Verwendungsersatz erbracht ist). Ist dagegen der Gläubiger seinerseits Eigentümer (z. B. bei einer Lagergebührforderung bei einem ins Eigentum des Depositärs übergegangenen Depositum irregulare), muss man sich mit der Vorstellung eines in Analogie zu OR 82 gebildeten sogenannten «*obligatorischen Retentionsrechtes*» helfen⁷⁰.

⁶⁸ Vgl. v. BÜREN, p. 470. Nach herrschender Auffassung muss die Verschlechterung der Zahlungsfähigkeit nach Vertragsabschluss eingetreten sein; war der Schuldner schon vor Vertragsabschluss zahlungsunfähig, kann sich der erst nachträglich Kenntnis erhaltende Gläubiger nicht auf OR 83 berufen. Vgl. v. T./E., § 64/VII, p. 66 und Anm. 60a, b; ZBJV 86 (1950), p. 278. Der genannte Grundsatz ist fragwürdig. OR 83 erscheint als Ausfluss des Treuegebots und Rechtsmissbrauchsverbots, so dass ganz allgemein derjenige (ohne Sicherstellung) keine Leistung soll fordern können, von dem Gegenleistung nicht zu erwarten ist. – OR 83 soll dem Gläubiger ermöglichen, sich über die Abwicklung des Vertrags frühzeitig Gewissheit zu verschaffen, weshalb diese Bestimmung auch bei Leistungen Zug um Zug zur Anwendung kommen kann; vgl. dazu BGE 105 II 30 E. b. Zur ähnlichen Schutzbestimmung im Darlehensrecht vgl. OR 316/I.

⁶⁹ OR 83 ist nur anwendbar, solange der Gläubiger seine Leistung noch nicht erbracht hat. Befindet sich die Ware beim Versandkauf schon auf dem Transport, kann der Verkäufer allenfalls noch nach Transportrecht auf die reisende Ware greifen (OR 443/I). Noch weiter reichen die Befugnisse des Verkäufers, wenn die Voraussetzungen des konkursrechtlichen Rücknahmerechts gegeben sind (SchKG 203, sog. «right of stoppage in transitu»); vgl. dazu OR/BT, § 13/IV/5.

⁷⁰ Man nennt dieses Retentionsrecht obligatorisch, weil es sich nicht auf eine fremde Sache bezieht und daher nicht den Charakter eines dinglichen Rechtes haben kann. Im BGB direkte Verankerung in § 273. Vgl. dazu sodann v. T./E., § 64/VIII, p. 67 ff. und § 79/V, p. 210 f.

X. Erfüllungssurrogate: Leistung erfüllungshalber oder an Erfüllungsstatt

1. Allgemeines

a) Problem

Es kommt vor, dass im Rahmen der Vertragserfüllung bewusst nicht genau der vertragliche Leistungsgegenstand, sondern etwas anderes (bei einer teilbaren Leistung auch bloss ein Teil des Leistungsgegenstandes) erbracht wird. Damit diesfalls überhaupt Befreiungswirkung in Frage kommt, braucht es eine (evtl. stillschweigende) Absprache der Parteien. Diese kann verschiedene Tragweite haben, je nachdem, ob die tatsächlich erbrachte Leistung als Erfüllung schlechthin gelten und den Schuldner *vollumfänglich befreien soll* (*Leistung an Erfüllungsstatt*) oder, ob die erbrachte Leistung bloss auf die Schuld *angerechnet* wird (*Leistung erfüllungshalber*) Beispiel: Der Schuldner von 1000 zediert seinem Gläubiger die ihm zustehende *Forderung* gleicher Höhe gegenüber X. Frage: Ist damit der Schuldner befreit und geht das Risiko, von X nichts zu erhalten, auf den Gläubiger über, oder wird der Schuldner nur in dem Umfang der von X tatsächlich geleisteten Summe befreit?

b) Abgrenzung; Vermutung für Leistung erfüllungshalber

Beide Vereinbarungen im gezeigten Sinn sind an sich möglich. Im Zweifel muss eine Abmachung i. S. der weniger weitgehenden Bedeutung verstanden werden, woraus sich eine *Vermutung zugunsten der Vereinbarung der Leistung erfüllungshalber* ergibt: Wenn der Inhalt einer vertraglichen Absprache streitig ist, trägt derjenige Vertragspartner die Beweislast, der den weitergehenden Inhalt behauptet; das ist hier der die Entgegennahme der Leistung an Erfüllungsstatt behauptende Schuldner⁷¹. OR 172 enthält für den besonders wichtigen Fall der Zession ausdrücklich diese Vermutung zugunsten des neuen Gläubigers. Im Sonderfall, dass die Parteien einen bestimmten (unter dem Nominalwert der abgetretenen Forderung liegenden) *Anrechnungswert vereinbaren*, muss Befreiung des Schuldners im Umfang des vereinbarten Anrechnungswertes (d. h. Leistung an Erfüllungsstatt in diesem Betrage) angenommen werden, da die Abmachung keine andere Deutung zulässt.

Die *Hingabe eines Wechsels oder Checks* seitens des Schuldners kann zahlungshalber oder an Zahlungsstatt erfolgen, wobei das letztere die Ausnahme darstellt und nicht zu vermuten ist (OR 116/II). Wird der Wechsel bzw. Check nur *zahlungshalber* entgegengenommen, bedeutet dies, dass der Schuldner fortan aus zwei Rechtsgründen schuldet, aus der ursprünglichen Rechtsbeziehung und aus dem

⁷¹ BGE 89 II 341 E. 3; vgl. auch BGE 85 III 196. Umgekehrtes Ergebnis in ZBJV 97 (1961), p. 474 ff. - Der gleiche Grundgedanke liegt auch OR 116 zugrunde.

Wechsel. Honoriert der Schuldner, wie es angezeigt ist, Wechsel oder Check, befreit ihn dies gleichzeitig von seiner früheren Schuld. Sollte der Schuldner umgekehrt die frühere Schuld tilgen, würde die Wechsel- oder Checkschuld weiterbestehen (Kondiktionsanspruch hinsichtlich des Wechsels bzw. Checks oder der darauf geleisteten Zahlung).

2. Insbesondere Leistung erfüllungshalber (zahlungshalber)

Bei der sogenannten *datio solutionis causa* erhält der Gläubiger einen Leistungsgegenstand (eine zu veräußernde Sache, einen Wechsel oder Check, der sich auch gegen den Schuldner richten kann), durch dessen Verwertung er sich für seine Forderung befriedigen soll. Seine Forderung erlischt daher nicht schon mit der Hingabe, sondern erst mit der Verwertung des hingegebenen Gegenstandes und nur in dem Mass, wie die Verwertung dem Gläubiger Befriedigung verschafft hat. Durch die Hingabe erfüllungshalber entsteht zwischen Schuldner und Gläubiger bezüglich der im beiderseitigen Interesse liegenden Verwertung des hingegebenen Gegenstandes ein *auftragsähnliches* treuhänderisches Rechtsverhältnis, das insbesondere eine interessenwahrende Sorgfalts-, Handlungs- und Rechenschaftspflicht des Gläubigers begründet⁷². Allerdings fällt ein einseitiger Widerruf nach auftragsrechtlichen Grundsätzen (OR 404) nicht in Betracht, da die Leistung erfüllungshalber eine Verfügung darstellt und nicht einseitig ungeschehen gemacht werden kann. Bei anderweitiger Tilgung der Schuld (z. B. Verrechnung) ist die erfüllungshalber erbrachte Leistung zurückzuerstatten⁷³. Oft (aber nicht immer) wird die Erbringung und Entgegennahme einer Leistung erfüllungshalber eine *Stundungsabrede* in dem Sinne implizieren, dass der Gläubiger in dem Umfang, als aus der *solutionis causa* erbrachten Leistung binnen nützlicher Frist Erfüllung zu erwarten ist, nicht fordern darf.

3. Insbesondere Leistung an Erfüllungsstatt

Die sogenannte *datio in solutum* impliziert eine vertragsändernde Vereinbarung der Parteien dahingehend, dass anstelle des ursprünglichen Leistungsgegenstandes ein anderer treten und dessen Erbringung den Schuldner befreien soll. Derartige Abmachung ist nicht zu vermuten und auch viel seltener als *datio solutionis causa*, da sie für den Gläubiger ungünstiger ist und ihn mit Risiken belastet. Sie

⁷² Im Falle der *Erzielung eines Überschusses* über den Betrag der zu tilgenden Schuld wäre der Gläubiger zur Herausgabe verpflichtet. Die dem Gläubiger obliegenden Massnahmen bestimmen sich nach der die Leistung erfüllungshalber vorsehenden Vereinbarung; aussergewöhnliche Pflichten (z. B. Prozessführung o. dgl.) sind nicht zu vermuten.

⁷³ Vgl. im übrigen v. T./E., § 56/II, p. 14.

kommt besonders vor bei desperater Situation des Schuldners (kann unter Umständen auch zu dessen Ausnützung führen). Erweist sich die Forderung, welche getilgt werden sollte, als nicht vorhanden, so ist mit der *condictio indebiti* (unten § 34) nicht die ursprünglich geschuldete, sondern die tatsächlich erbrachte Leistung zurückzuverlangen.

Die *Wirkungen* einer Leistung an Erfüllungsstatt sind dieselben wie diejenigen im Falle des Erbringens des vertraglichen Leistungsgegenstandes. Die dadurch bewirkte Befreiung bedeutet, dass für die getilgte Schuld bestellte Sicherheiten frei werden⁷⁴. Ebenso muss grundsätzlich gelten, dass der Gläubiger auch dann nicht die Einrede aus OR 82 oder die Behelfe aus OR 97 f. und OR 107 besitzt, wenn ihm die in solutum erbrachte Leistung keinen Nutzen gebracht, zum Beispiel im Falle der *Zession der debitor cessus* nicht bezahlt hat; nicht anders ist die Rechtslage bei Hingabe von auf den Schuldner gezogenem Wechsel oder Check, die der Schuldner nicht honoriert (vgl. oben Ziff. 1b). Dagegen muss man eine Gewährleistung des Schuldners nach kaufrechtlichen Prinzipien annehmen⁷⁵. - Ein vom Gläubiger erzielter Überschuss (d. h. ein Mehrerlös gegenüber seiner ursprünglichen Forderung) verbleibt ihm.

XI. Beweis der Erfüllung (OR 88-90)

1. Beweislast hinsichtlich der Erfüllung

Der Gläubiger, der eine Leistung fordert, muss Entstehung der Forderung nachweisen (ZGB 8), nicht dagegen, dass er bis dahin die Leistung noch nicht erhalten hat (dies wäre meist auch kaum möglich; *negativa non sunt probanda*). Um der Verurteilung zu entgehen, muss der Schuldner die Tilgung der Schuld (Vornahme der Leistung) beweisen, und zwar gehört zum Entlastungsbeweis der Nachweis der Erfüllung der *eingeklagten* Forderung, nicht einfach, dass geleistet wurde⁷⁶. Entgegengesetzt ist die Beweislastverteilung bei *Unterlassungsansprüchen*, bei denen der Gläubiger, der eine Verletzung behauptet, diese zu beweisen hat.

Zum Erfüllungsbeweis gehört grundsätzlich auch der Beweis der *richtigen* Erfüllung. Hier besteht jedoch bei Leistungen, an welchen der Gläubiger mitwirkt,

⁷⁴ Vgl. v. T./E., § 56/I, p. 11 und v. BÜREN, p. 462. Vgl. insbesondere A. B. SCHWARZ, Haftung für Rechtsmängel bei Leistung an Erfüllungsstatt, Festschrift für H. Lewald, Basel 1953, p. 573 ff.

⁷⁵ So allgemein BGB § 365; vgl. WEBER, Vorb. zu Art. 68-96 N. 162 f. Für den Fall der *Zession* gilt die Sondernorm von OR 171.

⁷⁶ Dies spielt dann eine Rolle, wenn zwischen den gleichen Partnern mehrere Forderungsverhältnisse bestehen.

die wichtige Regel, dass die *vorbehaltlose Entgegennahme der Leistung durch den Gläubiger* die *Vermutung* begründet, dass die Leistung *vertragskonform und mängelfrei* sei, wodurch eine Umkehrung der Beweislast eintritt⁷⁷.

Die vorbehaltlose Entgegennahme der Erfüllung *in Kenntnis* der Mängel hat darüber hinaus materiellrechtliche Wirkung; sie muss als Genehmigung oder als Annahme an Erfüllungsstatt gewertet werden⁷⁸.

2. Quittung (OR 88)

Die Quittung als Verurkundung der Erklärung des Gläubigers, eine ihm geschuldete Leistung erhalten zu haben, ist eine Beweisurkunde mit dem Zweck, dem Schuldner den ihm obliegenden Beweis der Erfüllung zu ermöglichen. Der Anspruch auf Ausstellung einer Quittung besteht nicht nur bei Geldzahlungen, sondern auch bei Sach- und Dienstleistungen. Der Schuldner kann die Leistung bis zur Hingabe der Quittung verweigern (Austausch hat Zug um Zug zu erfolgen, vergleiche OR 88). Kein Anspruch auf Quittung besteht, wo eine spätere Inanspruchnahme ausgeschlossen erscheint bzw. die Verkehrsübung von der Ausstellung einer Quittung dispensiert. Der Schuldner hat Anspruch auf Teilquittung bei Teilleistung, sofern diese überhaupt angenommen wird (OR 69 für Teilzahlung; gilt für jede Leistung).

Die inhaltlichen Erfordernisse an die Quittung ergeben sich aus deren Funktion: Bezeichnung der Person des Leistenden und des Leistungsempfängers, der erbrachten Leistung, der getilgten Schuld, sowie in der Regel das Datum der Leistungserbringung. Die Quittung ist zu unterzeichnen durch den Gläubiger oder einen zur Vertretung legitimierten Dritten⁷⁹.

Gegenüber einer Quittung ist an sich der Gegenbeweis der Nichterfüllung möglich⁸⁰.

Neben der beweisrechtlichen Funktion kann die Ausstellung einer Quittung *auch materiellrechtliche Wirkungen haben*; solche sind jedoch nicht zu vermuten⁸¹. Es

⁷⁷ Diese unbestrittene Regel ist in BGB § 363, nicht jedoch im OR ausdrücklich statuiert; vgl. v. T./E., § 60/I, p. 32.

⁷⁸ Für den Kauf in BGB § 464: Vorbehaltlose Entgegennahme der Kaufsache in Kenntnis deren Mängel gilt als Verwirkung der Gewährleistungsansprüche.

⁷⁹ Das Erfordernis der Unterzeichnung ergibt sich aus der analogen Anwendung von OR 13-15.

⁸⁰ Und zwar in jeder Art der Beweisführung; auch hier gilt der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung. - Anders der französische CC (art. 1341): Verbot des Zeugenbeweises gegenüber Quittungen; ähnlich das anglo-amerikanische Recht seit dem Statute of Frauds (1677). Dazu auch die Hinweise oben § 11/II/1, Anm. 1 und § 11/II/1, Anm. 7.

⁸¹ Wenn materielle Rechtswirkung beabsichtigt ist, verkörpert die Quittung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (Schulderlass-Vertrag), was Zustimmung des Empfängers voraussetzt. Zum Erfordernis der Handlungsfähigkeit des Quittierenden vgl. BUCHER, ZGB 17/18 N. 120-122. Gegen eine solche Quittung ist kein Gegenbeweis möglich, höchstens könnte sie gemäss OR 23/24, ev. OR 21, angefochten werden.

kann ein *negatives Schuldbekennnis* gemeint sein, d. h. die Erklärung, dass eine Schuld nie bestand oder infolge Erlasses, Verjährung und dergleichen als erloschen gelten soll. Materiellrechtliche Wirkung hat auch die praktisch bedeutsame *Saldoquittung* («per saldo aller Ansprüche»); damit wird nicht nur der Erhalt einer bestimmten Leistung bescheinigt, sondern darüber hinaus auch, dass keine weiteren Ansprüche bestehen oder allfällige weitere Ansprüche erlassen werden⁸². Oft wird ein *Vergleich* (z. B. des Geschädigten mit dem Versicherer) in die Form einer Saldoquittung gekleidet⁸³.

3. Rechtslage bei Vorhandensein eines Schuldscheins

Der Schuldner kann bei Tilgung die Rückgabe eines von ihm ausgestellten Schuldscheins verlangen, bei Teilzahlung einen Vermerk auf diesem (OR 88)⁸⁴. Die Rückgabe des Schuldscheins begründet die Vermutung, dass die Schuld getilgt sei. Willentliche Vernichtung der Schuldurkunde durch den Gläubiger führt daher zur Vermutung der Tilgung oder des Erlasses⁸⁵.

Der Schuldschein ist kein Wertpapier, bei dem die Geltendmachung an den Besitz des Papiere geknüpft ist, man kann daher dem Schuldner nicht das Recht geben, die Leistung zu verweigern, wenn der Gläubiger den Schuldschein nicht ausliefert. Behauptet dieser, ihm sei der Schuldschein abhanden gekommen, muss sich der Schuldner mit einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde begnügen, in welcher der Gläubiger die Entkräftung des Schuldscheins und die Tilgung der Forderung erklärt (sog. Privatamortisation, OR 90/I).

4. Sonstige Vermutungen gemäss OR 89/I, II

Die Quittung über eine Zahlung einer Kapitalschuld begründet die Vermutung, dass auch die durch die Kapitalschuld ausgelösten Zinsschulden getilgt seien. Vgl. auch OR 114.

⁸² *Cave*: In der Praxis besteht weitverbreitet die fragwürdige Tendenz, eine gewöhnliche Quittung, wenn diese keinen ausdrücklichen Vorbehalt der Nachforderung enthält, als Saldoquittung zu lesen. Aber gerade weil der eine Leistung empfangende Gläubiger in jedem Falle zur Ausstellung einer Quittung verpflichtet ist, soll man dieser in der Regel keine überschüssende materiellrechtliche Bedeutung beimessen.

⁸³ Auch Saldoquittungen sind nach dem Vertrauensprinzip zu interpretieren und schützen nicht absolut vor Nachforderungen; vgl. BGE 100 II 42, 60 II 446.

⁸⁴ Die Rückgabepflicht ist zu sehen im Zusammenhang mit der darin liegenden Vermutung der Tilgung (OR 89/III); wenn der Schuldner den Schuldschein vernichtet, würde ihm auch der Verlust der Quittung nicht schaden; vgl. auch unten § 22/I/4, Anm. 17.

⁸⁵ So ZBJV 83 (1947), p. 71.

Bei periodischen Leistungen und Zinsen begründet die für eine spätere Leistung ausgestellte Quittung eine Vermutung der Tilgung früher verfallener Schulden.