

Stefan Tönz

**Direktzahlungen des Erst-  
Bestellers an Subunternehmer,  
unter besonderer Berücksichtigung  
der paulianischen Anfechtung**

**Stefan Tönz**

**Direktzahlungen des Erst-  
Bestellers an Subunternehmer, un-  
ter besonderer Berücksichtigung  
der paulianischen Anfechtung**

Dissertatio

Editions Weblaw, Bern 2024

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 25. Mai 2023 auf Antrag der beiden Gutachter, Prof. Dr. Frédéric Krauskopf und Prof. em. Dr. Thomas Koller, als Dissertation angenommen.

O	Codex
I	Commentatio
II	Colloquium
III	<b>Dissertatio</b>
IV	Doctrina
V	Liber amicorum
VI	Magister
VII	Monographia
VIII	Thesis
IX	Scriptum
X	Anthologia

Editions Weblaw

ISBN 978-3-03916-236-9

© Editions Weblaw, Bern 2024

Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

## VORWORT

Mein Dank gilt allen, die mich bei der vorliegenden Arbeit unterstützt haben. Zunächst möchte ich Herrn Prof. em. Dr. iur. Dr. Dr. h.c. Peter Gauch danken, der mich auf das Thema aufmerksam gemacht und mir wichtige Anregungen mit auf den Weg gegeben hat. Zu grossem Dank verpflichtet bin ich sodann beiden Gutachtern, insbesondere meinem Doktorvater Prof. Dr. Frédéric Krauskopf, der meine Arbeit nicht nur in fachlicher Hinsicht begleitet hat, sondern mich in entscheidenden Momenten motivieren konnte, die Arbeit fortzuführen und zu beenden.

Weiter danke ich meinen Eltern, die sich auch im hohen Alter nicht zu schade waren, mein Manuskript akribisch durchzusehen.

Mein grösster Dank gilt schliesslich meiner Frau Fabienne, ohne deren Unterstützung diese Arbeit nicht möglich gewesen wäre. Sie hat die Idee einer solchen Arbeit von Beginn weg unterstützt, hat mir den Rücken freigehalten und die Kinderbetreuung an so manchen Wochenenden alleine übernommen.

Die vorliegende Arbeit habe ich im Wesentlichen im Sommer 2022 beendet. Gesetzeslage, Literatur und Judikatur sind bis dorthin berücksichtigt.

Zürich, im April 2024

Stefan Tönz



# INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort.....	III
Inhaltsverzeichnis .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XI
Literaturverzeichnis .....	XV
Materialien .....	XXIII
I. Einleitung.....	1
II. Grundlagen .....	3
A. Begriffliches .....	3
1. Der Werkvertrag.....	3
2. Parteien des Werkvertrages: Besteller und Unternehmer .....	4
3. Der Subunternehmer.....	5
4. Die Direktzahlung.....	7
B. Vergütung.....	7
C. Leistungen eines Dritten anstelle des Schuldners.....	9
1. Art. 68 OR.....	9
2. Sonderfall Subrogation .....	11
2.1. Subrogation aufgrund des Gesetzes .....	11
2.1.1 Leistung des Dritten ohne eigene Rechtspflicht .....	11
2.1.2 Leistung des Dritten aus eigener Rechtspflicht .....	12
2.2. Subrogation aufgrund des Schuldnerwillens.....	12
2.3. Rechtswirkungen der Subrogation .....	12
D. Leistungen des Schuldners an einen Dritten (Nicht-Gläubiger) .....	13
1. Einleitung.....	13
2. Verpflichtung des Schuldners zur Leistung an einen Dritten (Nicht-Gläubiger).....	13
2.1. Gesetz; gerichtliche Anweisung .....	13

2.2. Vertrag .....	14
2.3. Anweisung .....	15
3. Recht des Schuldners zur Leistung an einen Dritten (Nicht-Gläubiger)....	16
3.1. Gesetz .....	16
3.2. Berechtigung durch den Gläubiger .....	17
3.2.1 Vertrag («Zahlstelle») / einseitige Ermächtigung.....	17
3.2.2 Anweisung.....	18
3.3. Verkehrsübung?.....	18
4. Sondertatbestände .....	19
III. Direktzahlungen des Erst-Bestellers an den Subunternehmer .....	21
A. Berechtigung aufgrund vertraglicher Abrede («Zahlstelle») .....	21
1. Einleitung.....	21
2. Analyse konkreter Vertragsklauseln.....	25
2.1. Art. 12.2 AVB KBOB GU Hochbau 2020 .....	26
2.1.1 Voraussetzungen des Direktzahlungsrechts .....	26
a) Art der Forderung.....	26
b) «Ausgewiesenheit» der Forderung .....	28
c) Fälligkeit der Forderung.....	30
d) Fehlende Berechtigung zum Rückbehalt der Zahlung .....	31
e) Mitteilung des Erst-Bestellers an den Hauptunternehmer .....	35
2.1.2 Inhalt und Wirkungen der Berechtigung.....	37
a) Befreiungswirkung der Direktzahlung.....	37
b) Risiko der fehlenden Subrogation i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR.....	40
c) Risiko der fehlenden Verrechenbarkeit nach erfolgter Subrogation i.S.v. Art. 110 OR.....	41
d) Vorteil für den Erst-Besteller durch Übergang der Nebenrechte? .....	45
e) Fazit .....	46
f) Hinterlegung i.S.v. Art. 12.2 KBOB AVB GU .....	46

2.1.3	Keinerlei Befugnis des Erst-Bestellers zu Direktzahlungen bei berechtigtem Zurückhalten der Zahlung durch den Hauptunternehmer .....	49
2.2.	Art. 11 KBOB Werkvertrag .....	50
2.2.1	Voraussetzungen des Direktzahlungsrechts .....	50
a)	Einleitung .....	50
b)	Zahlungsschwierigkeiten .....	51
c)	Schwerwiegende Differenzen .....	52
d)	Andere wichtige Gründe .....	52
e)	Anhörung der Beteiligten .....	53
2.2.2	Inhalt und Wirkungen der Berechtigung .....	54
2.2.3	Keinerlei Befugnis des Erst-Bestellers zu Direktzahlungen bei berechtigtem Zurückhalten der Zahlung durch den Hauptunternehmer? .....	55
3.	Zusammenfassung .....	56
4.	Kurzer Exkurs zur einseitigen Ermächtigung und nachträglichen Genehmigung .....	58
5.	Gültigkeit vertraglicher Direktzahlungsklauseln unter AGB-Gesichtspunkten .....	61
5.1.	Begriff der AGB .....	61
5.2.	Ungewöhnlichkeit .....	63
B.	Anweisung .....	70
1.	Einleitung .....	70
2.	Fehler im Anweisungs-Dreiecksverhältnis .....	71
2.1	Mangelhaftes Deckungsverhältnis (Hauptvertrag) .....	72
2.2	Mangelhaftes Valutaverhältnis (Subunternehmervertrag) .....	72
2.3	Doppelmangel (Haupt- und Subunternehmervertrag) .....	73
3.	Fehlende Anweisung .....	73
3.1	Nicht erteilte Anweisung .....	73
3.2	Widerrufene Anweisung .....	78

C. Intervention .....	79
1. Einleitung.....	79
2. Forderung des Erst-Bestellers gegenüber Hauptunternehmer aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR) .....	82
2.1 Bereicherung des Hauptunternehmers.....	83
2.2 Entreicherung des Erst-Bestellers .....	83
2.3 Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung .....	84
2.4 Irrtum des Erst-Bestellers über die Schuldpflicht .....	84
3. Forderung des Erst-Bestellers gegenüber Hauptunternehmer aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR).....	88
3.1 Echte berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag.....	88
3.1.1 Auftragslosigkeit.....	89
3.1.2 Fremdes Geschäft .....	90
3.1.3 Fremdgeschäftsführungswille .....	91
3.1.4 Gebotenheit.....	92
a) Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers.....	94
b) Differenzen zwischen Haupt- und Subunternehmer.....	96
c) Rechtsfolgen bei gegebenen Voraussetzungen.....	97
3.2 Echte unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag.....	101
3.3 Geschäftsanmassung .....	102
4. Forderung des Erst-Bestellers gegenüber Hauptunternehmer aus Art. 110 OR und Art. 827 Abs. 2 ZGB .....	104
5. Exkurs: Schadenersatzforderung des Hauptunternehmers gegenüber dem intervenierenden Erst-Besteller.....	107
5.1 Ausgangslage.....	107
5.2 Schaden .....	108
5.3 Pflichtverletzungen / Widerrechtlichkeit .....	109
5.3.1 Verletzung vertraglicher Pflichten .....	109
5.3.2 Sorgfaltspflichtverletzung i.S.v. Art. 420 Abs. 1 OR .....	111
5.3.3 Unberechtigte Übernahme i.S.v. Art. 420 Abs. 3 OR .....	111
5.3.4 Widerrechtlichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR.....	111

5.4	Kausalität.....	112
5.5	Verschulden .....	113
IV.	Direktzahlungen aus Sicht der paulianischen Anfechtung.....	115
A.	Einleitung.....	115
B.	Wesen und Zweck der Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG .....	116
C.	Gemeinsame Tatbestandsvoraussetzungen der Art. 286-288 SchKG .....	117
1.	Vorbemerkung.....	117
2.	Rechtshandlung des Schuldners .....	118
3.	Schädigung der Gläubiger.....	121
3.1.	Im Allgemeinen .....	121
3.2.	Austausch gleichwertiger Gegenleistung.....	123
3.3.	Rechtmässiges Alternativverhalten .....	125
3.4.	Gläubigerschädigung auch ohne Vornahme der Direktzahlung? .....	129
4.	Anzufechtende Rechtshandlung .....	131
4.1.	Allgemeines.....	131
4.2.	Früher begründete Verpflichtung des Schuldners zur ungewöhnlichen Tilgung .....	133
5.	Vornahme der Rechtshandlung innerhalb der Verdachtsfrist .....	134
D.	Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG: spezifische Voraussetzungen.....	136
1.	Einleitung.....	136
2.	Voraussetzungen im Einzelnen.....	138
2.1.	(Un-)Üblichkeit der Tilgung .....	138
2.2.	Überschuldung im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung.....	144
2.3.	Fehlende Entlastung des Begünstigten .....	145
2.4.	Bei Tilgung durch Dritte: Erkennbarkeit der Verfügung zulasten des Schuldners.....	147
E.	288 Abs. 1 SchKG: spezifische Voraussetzungen.....	149
1.	Einleitung.....	149
2.	Schädigungsabsicht des Schuldners .....	151

3.	Kurzer Exkurs zu Art. 214 SchKG (Verrechnungsanfechtung) .....	159
4.	Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht.....	162
F.	Aktiv- und Passivlegitimation.....	165
G.	Wirkungen der erfolgreichen Anfechtung.....	172
1.	Einleitung.....	172
2.	Anfechtungsklage richtet sich gegen die Direktzahlung.....	173
3.	Anfechtungsklage richtet sich gegen die Begründung des Rechts des Subunternehmers auf Direktbezahlung durch den Erst-Besteller.....	175
V.	Zusammenfassung .....	177

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1, Stand am 1. Januar 2022)
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Vertragsbedingungen
BBl	Bundesblatt
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheid des Bundesgerichtes aus der amtlichen Sammlung der publizierten Entscheide
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof in Zivilsachen
BR	Baurecht (Zeitschrift)
BT	Besonderer Teil

bzw.	beziehungsweise
D.	Digeste(n)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
f. / ff.	folgende
Fn.	Fussnote
gl. M.	gleicher Meinung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
grds.	grundsätzlich
GU	Generalunternehmer
HG	Handelsgericht
Hrsg.	Herausgeber
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
inkl.	inklusive
insbes.	insbesondere
KBOB	Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren
LHO	Leistungs- und Honorarordnung(en)
lit.	litera
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)

m.E. / M.E.	meines Erachtens
m.H.a.	mit Hinweisen auf
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220, Stand am 1. Januar 2022)
p.	page
publ.	publiziert
Pra	Die Praxis (Zeitschrift)
Rn.	Randnote
Rz.	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1, Stand am 1. August 2021)
Semjud.	La Semaine Judiciaire
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SJ	La Semaine Judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Juni 2022)
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (SR 221.229.1, Stand am 1. Januar 2022)
WV	Werkvertrag
z.B. / Z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210, Stand am 1. Juli 2022)
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	zweierlei Bedeutungen: - Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zeitschrift) - Registerzeichen des BGHZ (insbes. für Revisionen)

## LITERATURVERZEICHNIS

- Amonn, Kurth /  
Walther, Fridolin Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl.,  
Bern 2013 (zit. AMONN/WALTHER, § ... N ...)
- Bauer, Thomas Staehelin, Adrian / Bauer, Thomas / Staehelin, Daniel (Hrsg.),  
Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung  
und Konkurs, Ergänzungsband, 2. Aufl., Basel 2017 (zit.: BSK  
SchKG EB-BAUER, Art. ... N ...)
- Berz, Hans Peter Der paulianische Rückerstattungsanspruch, Diss. Zürich,  
Zürich 1960 (zit. BERZ, S. ...)
- Brändli, Thomas Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung  
unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Diss. St.Gallen,  
Zürich/St.Gallen 2007 (zit. BRÄNDLI, Nachbesserung, N ...)
- de Bra, Peter Kommentar zur Insolvenzordnung, Eberhard Braun (Hrsg.),  
9. Aufl., München 2022 (zit. BRAUN/BRA InsO § ... Rn. ...)
- Bopp, Lukas in: Staehelin, Daniel / Bauer, Thomas / Lorandi, Franco (Hrsg.),  
Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung  
und Konkurs II, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-BOPP,  
Art. ... N ...)
- Forstmoser, Peter /  
Vogt, Hans-Ueli Einführung in das Recht, fünfte Aufl., Bern 2012 (zit. FORST-  
MOSE/VOGT, Teil ... N ...)
- Fagnoli, Iole Drittleistung und Pflichterfüllung: auch gegen den Willen  
des Schuldners?, oder Rechtsgeschichte als Hilfsmittel der  
Gesetzesauslegung, in: ZBJV 2010, S. 177 ff. (zit. FRAGNOLI, S. ...)
- Gauch, Peter Der Werkvertrag, 6. Aufl., Zürich 2019 (zit. GAUCH, WV, N ...)
- Gauch, Peter /  
Schluep, Walter R. /  
Schmid, Jörg /  
Emmenegger, Susan Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,  
Band I und Band II, 11. Aufl., Zürich 2020 (Band I: zit. GAUCH/  
SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N ... ; Band II: zit. GAUCH/SCHLUEP/  
EMMENEGGER, OR AT, N ...)

- Gauch, Peter /  
Stöckli, Hubert      Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten (Ausgabe 2013), Peter Gauch / Hubert Stöckli (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. HÜRLIMANN, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. .../Rz. ...)
- Gautschi, Georg      Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Hermann Becker (Hrsg.), Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Band/Nr. VI/2/5, Bern 1964 (zit. BK-GAUTSCHI, Art. .. N ...)
- Gautschi, Georg      Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Hermann Becker (Hrsg.), Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Band/Nr. VI/2/6, Bern 1962 (zit. BK-GAUTSCHI, Art. .. N ...)
- Gessler, Dieter      Gläubigerbegünstigung durch die Aktiengesellschaft – Der Tatbestand von Art. 167 StGB, seine Unterschiede zur paulianischen Anfechtung und seine Funktion als Haftungsnorm, in: Wirtschaftsrecht in Bewegung – Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Gaudenz G. Zindel, Patrik R. Peyer, Bertrand Schott (Hrsg.), S. 401 ff., Zürich/St.Gallen 2008 (zit. GESSLER, Gläubigerbegünstigung, S. ...)
- Gilliéron, Pierre-  
Robert      Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 5. Aufl., Basel 2012 (zit. GILLIÉRON, Art. ... N ...)
- Guhl, Theo /  
Koller, Alfred      Das Schweizerische Obligationenrecht, Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey (Hrsg.), 9. Aufl., Zürich 2000 (zit. GUHL / KOLLER, § ... N ...)
- Hadzimanovic, Natasa      Auslegung und Ergänzung von Verträgen – Vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht, Diss. Zürich, Zürich 2006 (zit. HADZIMANOVIC, § ...)
- Hahn, Anne-  
Catherine      Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-HAHN, Art. ... N ...)

- Honsell, Heinrich Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017 (zit.: HONSELL, OR BT, S. ...)
- Huber, Michael Vorsatzanfechtung einer Direktzahlung auch gegenüber dem Bauherrn in der späteren Insolvenz des Generalunternehmers, in: NZBau 2008, 737 ff. (zit. HUBER, Direktzahlung, Ziff. ...)
- Huguenin, Claire Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Aktualisiert und teilweise neu bearbeitet von Eva Maissen, Barbara Meise, Tina Huber-Purtschert, Zürich 2019 (zit. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. ...)
- Hürlimann, Roland Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten (Ausgabe 2013), Peter Gauch / Hubert Stöckli (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. HÜRLIMANN, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. .../Rz. ...)
- Jaeger, Carl Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, 3. Aufl., Zürich 1911 (zit. JAEGER, Art. ... N ...)
- Jagmetti, Denise Zahlungen an Dienstleister bei Insolvenzgefahr – Pauliana und Konkursdelikte, Diss. Univ. St.Gallen, Zürich/St.Gallen 2019 (zit. JAGMETTI, S. ...)
- Jaeggi, Peter /  
Gauch, Peter /  
Hartmann, Stephan in: Zürcher Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Art. 18 OR – Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich 2014 (zit. ZK-Jaeggi/GAUCH/Hartmann, Art. 18 N ...)
- Jagmetti, Luca Cash Pooling im Konzern, Diss. Zürich 2007 (zit. JAGMETTI L., S. ...)
- Kayser, Godehard /  
Freudenberg, Nils in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2, §§ 80-216, Rolf Stürner / Horst Eidenmüller / Heinrich Schoppmeyer (Hrsg.), 4. Aufl., München 2019 (zit. MüKoInso/KAYSER/FREUDENBERG § ... Rn. ...)
- Kirchhof, Hans-Peter /  
Piekenbrock, Andreas in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2, §§ 80-216, Horst Eidenmüller / Rolf Stürner / Heinrich Schoppmeyer (Hrsg.), 4. Aufl., München 2019 (zit. MüKoInso/KIRCHHOF/PIEKENBROCK § ... Rn. ...)

- Koller, Alfred Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. 4. Aufl., Bern 2017 (zit. KOLLER, OR AT, N ...)
- Koller, Thomas in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), OR Bd. I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-KOLLER, Art. ... N ...)
- Kren Kostkiewicz, Jolanta OFK – Orell Füssli Kommentar zum SchKG, 19. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK-KREN KOSTKIEWICZ, Art. ... N ...)
- Kriesi, Kathrin Actio Pauliana, Anfechtbare Handlungen nach Art. 285 ff. SchKG, Diss. Univ. Lausanne 2020 (zit. KRIESI, S. ...).
- Krüger, Wolfgang in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I §§ 241-310, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg (Hrsg.), 9. Aufl., München 2022 (zit. MüKoBGB/KRÜGER BGB § ... Rn. ...),
- Lorandi, Franco Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung – Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, in: BLSchKG 2009, S. 213-236 (zit. LORANDI, Rechtsprechung, S. ...)
- Lorandi, Franco Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, in: AJP 2005 S. 1299-1311 (zit. LORANDI, Sicherungsgeschäfte, S. ...)
- Maier, Philipp in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), 4. Aufl., Zürich 2017 (zit. MAIER, SK SchKG, Art. ... N ...)
- Markus, Jochen / Kapellmann, Susanne / Pioch, Christian AGB-Handbuch Bauvertragsklauseln, 5. Aufl., Köln 2019 (zit.: MARKUS/KAPPELLMANN/PIOCH, AGB-Handbuch, N ...)
- Müller, Andreas in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (Hrsg.), OR Bd. I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-MÜLLER, Art. ... N ...)

- 
- Peter, Henry                    Commentaire Romand/Poursuite et faillite, Louis Dallèves sel./Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin, Basel 2005 (zit. CR LP-PETER, art. ... LP N ...)
- Rebsamen, Thomas            Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch das Aktienrecht, Diss., Fribourg 2004 (zit. REBSAMEN, N ...)
- Reetz, Peter                    in: Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten (Ausgabe 2013), Peter Gauch / Hubert Stöckli (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. REETZ, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. .../Rz. ...)
- Reiser, Hans                  Die paulianische Anfechtung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: SJZ 108/2012 S. 101 ff. (zit. REISER, paulianische Anfechtung, S. ...)
- Rüedi, Christoph             Aktuelle Fragen des Anfechtungsrechts nach Art. 285 ff. SchKG, Diss. Zürich, Zürich 2008 (zit.: RÜEDI, N ...)
- Rüegg, Erich                  Leistungen des Schuldners an einen Nicht-Gläubiger, Diss. Freiburg, Zürich 1990 (zit. RÜEGG, Leistungen, Rz. ...)
- Saxer, Rainer                  Der Subunternehmer und sein Vertrag, Diss. Freiburg, Zürich 1999 (zit. SAXER, Subunternehmer, Ziff. ...)
- Schaller, Jean-Marc            Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, Habil. Zürich 2009, Zürich/St.Gallen 2010 (zit. SCHALLER, Einwendungen und Einreden, Nr. ...)
- Schmid, Jean-Daniel          Die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen, Diss. Univ. St.Gallen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. SCHMID JEAN-DANIEL, N ...)
- Schmid, Jörg                    in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band/Nr. V/3a, Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 1993 (zit. ZK-SCHMID, Art. ... N ...)
- Schraner, Marius              in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band/Nr. V/1e, Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 2000 (zit. ZK-SCHRANER, Art. ... N ...)

- Schroeter, Ulrich G. in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), OR Bd. I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-SCHROETER, Art. ... N ...)
- Schulin, Hermann / Vogt, Annaïg L. in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), OR Bd. I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. ... N ...)
- Schumacher, Rainer / Monn, Valentin in: Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten (Ausgabe 2013), Peter Gauch / Hubert Stöckli (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. SCHUMACHER/MONN, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. .../Rz. ...)
- Schumacher, Rainer / Rey, Pascal Das Bauhandwerkerpfandrecht, System und Anwendung, 4. Aufl., Zürich, 2022 (zit. SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N ...)
- Schüpbach, Henri-Robert Droit et action révocatoire, Basel 1998 (zit. SCHÜPBACH, Art. ... N ...)
- Des trois dimensions temporelles du droit de révocation, in: AJP/PJA 1996, 1446-1463 (zit. SCHÜPBACH, Trois Dimensions, S. ...)
- Schwenzer, Ingeborg / Fountoulakis, Christiana Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020 (zit. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N ...)
- Staehelin, Daniel Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, in: AJP 2004 S. 363 ff. (zit. STAEHELIN D., Vertragsklauseln, S. ...)
- Staehelin, Daniel in: Staehelin, Daniel / Bauer, Thomas / Lorandi, Franco (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-STAEHELIN D., Art. ... N ...)
- Staehelin, Adrian / Stäubli, Christoph in: Staehelin, Daniel / Bauer, Thomas / Lorandi, Franco (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-STÄUBLI, Art. ... N ...)

- Stöckli, Hubert Mängelhaftung und Wartungsverträge, in: Juristische Festschrift zur Eröffnung des Gotthard-Basistunnels 2016 Auswahl von Rechtsthemen rund um den Jahrhundertbau NEAT, Zürich 2016 (zit.: STÖCKLI, Mängelhaftung, S. ...)
- Stöckli, Hubert UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: BRT 2013, S. 171 ff. (zit. STÖCKLI, UWG 8, S. ...)
- Stöckli, Hubert Der KBOB-Werkvertrag – Mustervertrag für Einzelleistungen, in: BR 2008, S. 4 ff. (zit: STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. ...)
- Stöckli, Hubert /  
Middendorf, Patrick /  
Andres, Roger SIA-Klauseln für Planerverträge, Erläuterungen zu Art. 1 der Leistungs- und Honorarordnungen (SIA-LHO), Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES, SIA-Klauseln für Planerverträge, Rz. ...)
- Stöckli, Hubert /  
Zufferey, J.-B. Bauen für den Staat, in: BRT 2013, S. 1 ff. (zit. STÖCKLI/ZUFFEREY, Bauen für den Staat, S. ...)
- Tercier, Pierre /  
Bieri, Laurent /  
Blaise, Carron Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Zürich 2016 (zit. TERCIER/BIERI/CARRON, N ...)
- Tüscher, Eduard Die KBOB-Vorlagen für General- und Totalunternehmerverträge, in: BR 2011, S. 268 ff. (zit: TÜSCHER, KBOB-Vorlagen, S. ...)
- Umbach-Spahn,  
Brigitte /  
Hilber, Sarah § 96 Anfechtungsklage, in: Kommentierte Musterklagen zur Zwangsvollstreckung und zu den Rechtsmitteln, Zürich 2016 (zitiert: UMBACH-SPAHN/HILBER, Anfechtungsklage, § 96 N ...)
- Umbach-Spahn,  
Brigitte /  
Bossart, Stefan in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. ... N ...)
- Von Tuhr, Andreas /  
Escher, Arnold Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II (mit Supplement), 3. Aufl., Zürich 1984 (zit. VON THUR/ESCHER, § ... S. ...)
- Von Tuhr, Andreas /  
Peter, Hans Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (mit Supplement), 3. Aufl., Zürich 1984 (zit. VON THUR/PETER, § ... S. ...)

- Voser, Nathalie                    Bereicherungsansprüche in Dreiecksverhältnissen, erläutert am Beispiel der Anweisung, Habil. Basel 2006 (zit. VOSER, S. ...)
- Watter, Rolf                        in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (Hrsg.), OR Bd. I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-WATTER, Art. ... N ...)
- Weber, Rolf                        Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 110-113 OR, 3. Aufl., Bern 2002 (zit. BK-WEBER, Art. ... OR N ...)
- Widmer, Markus /  
Costantini, Renato /  
Ehrat, Felix R.                    in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (Hrsg.), OR Bd. I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. ... N ...)
- Wiegand, Wolfgang              in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (Hrsg.), OR Bd. I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-WIEGAND, Art. ... N ...)
- Witmer, Jörg                        Rechtlich legitimierte Überschuldung und Anfechtungstatbestände, in: AJP 2006, S. 148 ff. (zit. WITMER, AJP 2006, S. ...)
- Wullschleger, Paola              Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-WULLSCHLEGER, Art. ... N ...)
- Zellweger-Gutknecht,  
Corinne                            in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), OR Bd. I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. ... N ...)
- Zindel, Gaudenz G. /  
Schott, Betrand G.                in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Corinne Widmer Lüchinger / David Oser (Hrsg.), OR Bd. I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. ... N ...)
- Zufferey, J.-B.                    La «118» Questions choisies (10 ans après) en l'honneur d'un phénomène du droit suisse, in: JDC 2017, S. 23 ff. (zit. ZUFFEREY, SIA 118 p. ...)

## **MATERIALIEN**

Materialien zum Schuldbetriebs- und Konkursrecht 1869-1889, Vereinigung für Schuldbetriebs- und Konkursrecht (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2017 (zit. MATERIALIEN, Ziff. ... S. ...)

Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung zu dem vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurfe eines Bundesgesetzes über Schuldbetriebung und Konkurs vom 6. April 1886, BBl 1886 II, S. 1 ff. (zit. Botschaft SchKG 1886, S. ...)

Auszug aus dem Protokoll der Verhandlungen der ständeräthlichen Kommission betreffend den vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurf eines Bundesgesetzes über Schuldbetriebung und Konkurs vom 20. November 1886, BBl 1886 III, S. 605 ff. (zit. Protokoll Kommission Ständerath 1886, S. ...)

Beschluss des Ständerathes vom 22. Dezember 1886 zum Bundesgesetz über Schuldbetriebung und Konkurs, BBl 1887 I, S. 113 ff. (zit. Beschluss Ständerath 1886, S. ...)

Auszug aus dem Protokoll der Verhandlungen der Kommission des Nationalrathes vom 23. April 1887 betreffend den Bundesgesetz-Entwurf vom 23. Februar 1886 über Schuldbetriebung und Konkurs, BBl 1887 II, S. 254 ff. (zit. Protokoll Kommission Nationalrat 1887, S. ...)



## I. EINLEITUNG

Die vorliegende Arbeit handelt von Zahlungen eines Erst-Bestellers, die dieser nicht an seinen Vertragspartner, den Hauptunternehmer, sondern an dessen Vertragspartner, den Subunternehmer, richtet, um damit eine offene Vergütungsschuld des Hauptunternehmers zu tilgen. 1

Eine solche Direktzahlung kann der Erst-Besteller eigenmächtig oder unter Mitwirkung des Hauptunternehmers vornehmen. Was Letzteres anbelangt, sind mittlerweile (werk-)vertragliche Regelungen weit verbreitet, die den Erst-Besteller befugen, unter bestimmten Umständen Direktzahlungen an Subunternehmer zu leisten. 2

Je nach Ausgestaltung solcher Regelungen wird der Erst-Besteller berechtigt, eine eventuell noch bestehende eigene Vergütungsschuld gegenüber dem Hauptunternehmer durch die direkte Bezahlung des Subunternehmers zu tilgen. Im Resultat tilgt eine solche Direktzahlung des Erst-Bestellers somit zwei Schulden gleichzeitig, was zweifellos vorteilhaft für ihn ist. 3

Grundsätzlich sind Direktzahlungen freilich auch ausserhalb des baurechtlichen Kontextes denkbar. Allerdings sind sie da von besonderer Relevanz, weil einerseits (auch) Subunternehmer zur Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten berechtigt sind und andererseits häufig kostspielige Bauverzögerungen drohen, wenn Subunternehmer vertragswidrig unbezahlt bleiben und ihre Arbeit sistieren. 4

Direktzahlungen kommen deshalb vor allem im baurechtlichen Kontext eine wichtige Funktion zu: Sie erlauben dem Erst-Besteller, diesen Risiken, auf deren Realisierung er mangels Vertragsverhältnisses mit den Subunternehmern keinen direkten Einfluss hat, wirksam begegnen zu können. 5

Möglicherweise hat der Hauptunternehmer im Einzelfall gute Gründe, die fragliche Zahlung an den Subunternehmer (noch) nicht zu leisten. Zumeist aber werden Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers die Ursache der unbezahlten subunternehmerischen Rechnungen sein. Bezahlt der Erst-Besteller einen Subunternehmer in 6

einer solchen Situation direkt, kann die Frage der paulianischen Anfechtung (Art. 286 ff. SchKG) nicht ausser Acht bleiben.

- 7 Dies vorausgeschickt, werden in der vorliegenden Arbeit in einem ersten Teil Inhalt und Wirkungen einer vertraglichen Berechtigung des Erst-Bestellers zu Direktzahlungen anhand zweier Klauseln aus Vertragsvorlagen der KBOB untersucht und sodann die rechtlichen Implikationen erörtert, wenn der Hauptunternehmer den Erst-Besteller zu Direktzahlungen anweist oder der Erst-Besteller eigenmächtig zahlt. In einem zweiten Teil wird geprüft, ob, und falls ja, unter welchen Voraussetzungen Direktzahlungen paulianisch anfechtbar sein können (Art. 286 ff. SchKG). Wo es sinnvoll erscheint, wird punktuell Bezug auf das deutsche Rechte genommen.

## **II. GRUNDLAGEN**

### **A. BEGRIFFLICHES**

#### **1. DER WERKVERTRAG**

Gemäss Art. 363 Abs. 1 OR verpflichtet sich der Unternehmer durch den Werkvertrag zur Herstellung eines Werkes und der Besteller zur Leistung einer Vergütung. Es handelt sich somit um einen auf Austausch von Leistungen gerichteten, vollkommen zweiseitigen (Schuld-)Vertrag<sup>1</sup>. Der Besteller ist Gläubiger der Werkleistung und Schuldner der Vergütung, dem Unternehmer kommen die entsprechend umgekehrten Rollen zu, wobei er nicht nur die Herstellung des Werks, sondern auch dessen Ablieferung an den Besteller schuldet<sup>2</sup>. 8

Wesenstypisch für den Werkvertrag ist demnach die Herstellung eines Werkes. Diese Herstellung ist eine Arbeitsleistung, und zwar eine qualifizierte, da sie das jeweilige Werk im Sinne eines Arbeitsergebnisses hervorbringen muss<sup>3</sup>. Für diesen Arbeitserfolg muss der Unternehmer im Rahmen der Werkmängelgewährleistung eintreten, und zwar grundsätzlich verschuldensunabhängig (Art. 368 OR)<sup>4</sup>. 9

Aufgrund dieser Erfolgsgebundenheit ist der Werkvertrag insbesondere von Verträgen abzugrenzen, bei denen die charakteristische Leistung lediglich ein sorgfältiges Tätigwerden beinhaltet, mithin ein Tätigwerden, das kein bestimmtes Resultat hervorbringen muss. Insbesondere trifft dies auf den einfachen Auftrag (Art. 394 ff. OR), den Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR) und den Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR) zu<sup>5</sup>. 10

---

<sup>1</sup> Vgl. GAUCH, WV, N 7; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Vor Art. 363-379 N 12.

<sup>2</sup> Vgl. GAUCH, WV, N 7 ff.; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Vor Art. 363-379 N 12.

<sup>3</sup> Vgl. GAUCH, WV, N 18.

<sup>4</sup> Vgl. GAUCH, WV, N 19.

<sup>5</sup> GAUCH, WV, N 21 ff., der allerdings zu Recht darauf hinweist, dass die Grenzen im Einzelfall fließend sein können.

- 11 Der Arbeitserfolg bzw. das «Werk» ist zumeist körperlicher, kann aber auch unkörperlicher Natur sein<sup>6</sup>. Beispiele eines unkörperlichen Werkes wären etwa die Herstellung von Bauplänen, das Gestalten eines Verkaufsprospektes oder das Verfassen eines Filmmanuskripts<sup>7</sup>.
- 12 Das Bundesgericht will unkörperliche Werke allerdings nur dann dem Werkvertragsrecht zuordnen, wenn sich die Richtigkeit des Ergebnisses nach objektiven Kriterien überprüfen lässt<sup>8</sup>.

## **2. PARTEIEN DES WERKVERTRAGES: BESTELLER UND UNTERNEHMER**

- 13 Parteien eines Werkvertrages sind der Besteller einerseits und der Unternehmer andererseits (s. Art. 363 OR). Inwiefern sich diese Parteien wechselseitig als Schuldner und Gläubiger gegenüberstehen, wurde vorstehend bereits ausgeführt (Rz. 8 ff.).
- 14 Der Besteller muss weder Bauherr im fachtechnischen Sinne<sup>9</sup> noch Eigentümer des Baugrundstückes<sup>10</sup> sein. In einstufigen Vertragsverhältnissen<sup>11</sup> herrscht in aller Regel Identität zwischen Bauherrn bzw. Baugrundeigentümer einerseits und Besteller ande-

---

<sup>6</sup> Vgl. BGE 59 II 263; BGE 109 II 37 ff.; GAUCH, WV, N 24. Das Bundesgericht hatte allerdings in BGE 98 II 311 seine Praxis zwischenzeitlich geändert und nur noch körperliche Werke dem Werkvertragsrecht zugeordnet. Auf die entsprechenden Motive und die kontroversen Lehrmeinungen wird an dieser Stelle mangels Relevanz für die vorliegende Arbeit nicht weiter eingegangen. Jedenfalls ist das Bundesgericht in BGE 109 II 37 ff. auf seine frühere Praxis zurückgekommen und hat an dieser bis dato festgehalten.

<sup>7</sup> GAUCH, WV, N 34.

<sup>8</sup> BGer 4A\_51/2007 vom 11.9.2007, E 4.3, m.H.a. BGE 127 III 330; 130 III 461 f. A.M. insbesondere GAUCH, WV, N 46a.

<sup>9</sup> Im fachtechnischen Sinn wird unter „Bauherr“ der „Herr des gesamten Baugeschehens“ verstanden, mithin jene Person, von dem das gesamte Bauvorhaben ausgeht (vgl. GAUCH, WV, N 208; HÜRLIMANN, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 2/Rz. 4.1.; BGer 4A\_580/2012 vom 18. Februar 2013 E. 5.2.1.).

<sup>10</sup> Der «Bauherr» muss nicht notwendigerweise Eigentümer des Baugrundstückes sein – er kann auch ein Investor sein (vgl. die Definition des «Bauherrn» in der SIA Norm 112 «Modell Bauplanung»).

<sup>11</sup> Ein solches einstufiges Vertragsverhältnis liegt vor, wenn der oder die vom Bauherrn beauftragten Unternehmer keine Subunternehmer beiziehen.

rerseits. Zieht jedoch der Unternehmer seinerseits Unternehmer bei, so gilt er diesen gegenüber als Besteller, ohne aber Bauherr zu sein<sup>12</sup>.

Umgekehrt ist jedermann, der sich zur (entgeltlichen) Herstellung und Ablieferung einer werkvertraglichen Leistung verpflichtet und nicht in subordinierter Stellung tätig ist<sup>13</sup>, ein Unternehmer i.S.v. Art. 363 OR<sup>14</sup>. Dies unabhängig davon, an welcher Stelle sich der Unternehmer in der vertikal gedachten Vertrags- bzw. Vergabestufe befindet. Mit anderen Worten ist nicht nur jene Person ein Werkunternehmer, die direkt vom Bauherrn beauftragt wird, sondern auch jeder Sub-, Sub-Sub-Unternehmer etc.<sup>15</sup>.

In der vorliegenden Arbeit wird der Besteller zumeist als «Erst-Besteller» und der Unternehmer als «Hauptunternehmer» bezeichnet. Diese Terminologie soll die Stellung dieser Parteien sowie des Subunternehmers in der vertikal gedachten Vertragskette verdeutlichen: Der Erst-Besteller steht – im Verhältnis dieser drei Parteien – zuoberst, hernach folgt, vertraglich verbunden mit dem Erst-Besteller, der Hauptunternehmer, und diesem folgt wiederum der Subunternehmer, der (nur) mit dem Hauptunternehmer vertraglich verbunden ist.

### 3. DER SUBUNTERNEHMER

Wie bereits ausgeführt, ist der Subunternehmer ebenfalls ein Unternehmer i.S.v. Art. 363 OR. Indes ist sein Vertragspartner, mithin der Besteller i.S.v. Art. 363 OR, nicht der Bauherr bzw. Erst-Besteller, sondern ebenfalls ein Unternehmer. Zwischen dem Erst-Besteller und dem Subunternehmer existiert demnach keine vertragliche Verbindung. Der Unternehmer, welcher mit dem Erst-Besteller im Werkvertragsverhältnis steht,

<sup>12</sup> Freilich gilt dies nicht in dieser Absolutheit. So setzt insbesondere die SIA-Norm 118 (Ausgabe 2013) den Besteller mit dem Bauherrn grundsätzlich gleich (Art. 2 Abs. 1 SIA-Norm 118; s. hierzu HÜRLIMANN, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 2/Rz. 4.1, Art. 2/Rz. 6.8.; BGer 4A\_580/2012 vom 18. Februar 2013 E. 5.2.1). Im Sinne dieser Terminologie wäre demnach auch ein Unternehmer gegenüber seinem Subunternehmer ein Bauherr.

<sup>13</sup> Wie dies insbesondere bei einem Arbeitnehmer des Bestellers der Fall wäre.

<sup>14</sup> Kein Wesensmerkmal des Unternehmers i.S.v. Art. 363 OR ist hingegen die allfällige Gewerbsmässigkeit seines Betriebs (GAUCH, WV, Nr. 11).

<sup>15</sup> Vgl. HÜRLIMANN, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 2/Rz. 6.8; GAUCH, WV, Nr. 137 ff.; SAXER, Subunternehmer, Ziff. I.1.A.

kann terminologisch als Hauptunternehmer und der entsprechende (Werk-)Vertrag als Hauptvertrag bezeichnet werden. Dies in Abgrenzung zum Subunternehmer und zum Subunternehmervertrag<sup>16 17</sup>.

- 18 Der Subunternehmer wird von seinem Vertragspartner, dem Hauptunternehmer, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung beigezogen. Inhalt des Subunternehmervertrages ist eine Werkleistung, welche auch Gegenstand des Hauptvertrages ist<sup>18</sup>. Mit anderen Worten verpflichtet sich der Subunternehmer zu einer Werkleistung, welche sein Vertragspartner wiederum seinem Besteller schuldet, sei dieser der Erst-Besteller selber oder ein weiterer Unternehmer. Unerheblich ist dabei, ob der Subunternehmer nur Teile oder das Ganze der von seinem Vertragspartner seinerseits geschuldeten Werkleistung übernimmt<sup>19</sup>.
- 19 Kein Subunternehmer ist hingegen der Lieferant, der dem Hauptunternehmer Werkstoff oder Arbeitsmittel überlässt, welche dieser für die Erfüllung seiner Werkleistung benötigt<sup>20</sup>. Der so verstandene Lieferant ist deswegen kein Subunternehmer und auch kein Erfüllungsgehilfe des Hauptunternehmers, weil der Hauptunternehmer dem Erst-Besteller gegenüber die Herstellung dieser Materialien oder Gerätschaften nicht schuldet<sup>21</sup>. Dies gilt auch dann, wenn zwischen Lieferanten und Hauptunternehmer ein Werk- und kein Kaufvertrag besteht, d.h. wenn sich der Lieferant gegenüber

---

<sup>16</sup> Siehe zum Ganzen GAUCH, WV, N 137.

<sup>17</sup> Ist der Subunternehmer nicht Vertragspartner des Hauptunternehmers, sondern eines in der vertikal gedachten Vertragskette weiter unten angesiedelten Unternehmers, kann er als Sub-Sub-Unternehmer, Sub-Sub-Subunternehmer etc. bezeichnet werden. Ausser, dass damit die Stellung des Subunternehmers in der Vertragskette bezeichnet wird, ist damit allerdings nicht viel gewonnen. Die Wesensmerkmale des Sub-Subunternehmers etc. sind dieselben wie jene des Subunternehmers.

<sup>18</sup> Analoges gilt selbstverständlich, wenn der Vertragspartner des Subunternehmers nicht direkt vom Bauherrn beauftragt wurde, sich mit anderen Worten seinerseits bereits weiter „hinten“ in der Vertragskette befindet und dementsprechend nicht „Hauptunternehmer“ bzw. Partei eines „Hauptvertrages“ ist.

<sup>19</sup> Siehe zum Ganzen GAUCH, WV, N 137 ff.

<sup>20</sup> GAUCH, WV, N 140 ff.; SAXER, Subunternehmer, Ziff. I.2.E f.

<sup>21</sup> GAUCH, WV, N 140.

dem Hauptunternehmer zur Herstellung des Werkstoffes bzw. der Arbeitsmittel verpflichtet hat<sup>22</sup>.

#### 4. DIE DIREKTZAHLUNG

Mit der Direktzahlung ist zunächst gemeint, dass der Erst-Besteller einen Subunternehmer bezahlt und damit nicht die Tilgung einer eigenen Schuld, sondern einer (Vergütungs-)Schuld des Hauptunternehmers gegenüber dem Subunternehmer bezweckt. 20

Wie noch zu zeigen sein wird, tilgt eine Direktzahlung nur unter bestimmten Voraussetzungen eine allfällige Vergütungsschuld des Erst-Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer (neben der jeweiligen Vergütungsschuld des Hauptunternehmers gegenüber dem Subunternehmer, auf die sich die Direktzahlung bezieht). Der besseren Lesbarkeit halber wird in der vorliegenden Arbeit eine Direktzahlung mit solch doppelter Tilgungswirkung auch verkürzt als «Direktzahlung mit befreiender Wirkung» bezeichnet. Dabei bezieht sich die befreiende Wirkung auf den Erst-Besteller, der unter den gegebenen Voraussetzungen gegenüber dem Hauptunternehmer im Umfang der Direktzahlung befreit wird (Näheres dazu s. Rz. 79 und 105). 21

#### B. VERGÜTUNG

Gemäss Art. 363 OR verpflichtet sich der Besteller eines Werkes zur Leistung einer Vergütung. Es handelt sich hierbei um ein Begriffsmerkmal des Werkvertrages, wobei die Höhe der Vergütung lediglich bestimmbar sein muss<sup>23</sup>. 22

Gemäss gesetzlicher Konzeption hat der Besteller die Vergütung erst bei Ablieferung des Werkes zu bezahlen (Art. 372 Abs. 1 OR)<sup>24</sup>. Haben die Parteien hingegen vereinbart, dass das Werk in Teilen zu liefern und zu bezahlen ist, tritt die Fälligkeit der vereinbarten Zahlungen bei Ablieferung der einzelnen Werkteile ein (Art. 372 Abs. 2 OR). Dessen ungeachtet ist der Unternehmer in beiden Fällen vorleistungspflichtig. 23

---

<sup>22</sup> GAUCH, WV, N 140.

<sup>23</sup> Siehe zum Ganzen GAUCH, WV, N 110 ff., m.H.a. Lehre und Rechtsprechung.

<sup>24</sup> Damit ist die Frage der Fälligkeit der Vergütung angesprochen. Die Vergütungspflicht des Bestellers entsteht allerdings bereits bei Abschluss des Werkvertrages (GAUCH, WV, N 1151).

- 24 Da Art. 372 OR kein zwingendes Recht darstellt, können die Parteien davon abweichende Regelungen treffen<sup>25</sup>. Besondere praktische Bedeutung kommt dabei den sogenannten Akontozahlungen zu, die dem Unternehmer Anspruch auf Vergütungszahlungen vor Ablieferung des Werkes einräumen<sup>26</sup>. Allerdings ist die Vereinbarung von Akontozahlungen keine eigentliche Übung, auf die sich der Unternehmer auch bei Fehlen einer dahingehenden Vereinbarung berufen könnte<sup>27</sup>.
- 25 Wohlgermerkt sind Akontozahlungen nicht mit der Fälligkeitsregelung gemäss Art. 372 Abs. 2 OR zu verwechseln. Art. 372 Abs. 2 OR bezieht sich – wie erwähnt (Rz. 23) – auf Vergütungszahlungen für einzeln abzuliefernde Werkteile, wohingegen Akontozahlungen vor der Ablieferung des Werkes oder der Werkteile fällig werden<sup>28</sup>.
- 26 Mit Blick auf die vorliegend interessierenden Direktzahlungen (Rz. 1) ist die Frage, wann die Vergütung (ganz oder in Teilen) fällig wird, nicht unwichtig, da dem Subunternehmer allfällige Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers viel eher auffallen werden, wenn er Anspruch auf Akontozahlungen hat und diese ausbleiben oder verspätet geleistet werden. Solange er hingegen von der Solvenz des Hauptunternehmers ausgeht,

---

<sup>25</sup> Sinnvoll ist dies namentlich dort, wo sich die Werkleistung des Unternehmers über einen längeren Zeitraum erstreckt.

<sup>26</sup> Akontozahlungen sind nach gebräuchlicher Redewendung «Vorauszahlungen», wenn sie vor der entsprechenden Leistung des Unternehmers zu entrichten sind, oder aber «Abschlagszahlungen», wenn sie eine bereits erbrachte Leistung des Unternehmers abgelten. Siehe zum Ganzen (inkl. Abgrenzung zu den sogenannten Teilzahlungen) GAUCH, WV, N 1163; SCHUMACHER/MONN, Kommentar zur SIA-Norm 118, Vorbem. Art. 144-148 / Rz. 1 und Art. 144 / Rz. 5.

<sup>27</sup> GAUCH, WV, N 1163; SCHUMACHER/MONN, Kommentar zur SIA-Norm 118, Vorbem. Art. 144-148 / Rz. 2. Die «Übung» - häufig auch als «Verkehrsübung» oder «Verkehrssitte» bezeichnet - beschreibt die «Tatsache, dass sich die jeweils Beteiligten in Einzelfällen bestimmter Art (z.B. bei Abwicklung von Verträgen bestimmten Inhalts) durchwegs in gleicher Weise verhalten» (ZK-JAEGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 423). Die Bildung einer Verkehrsübung setzt voraus, dass ein solches gleiches Verhaltens der einheitlichen Auffassung aller Beteiligten entspricht und sich über einen gewissen Zeitraum erstreckt (ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 423 m.H.a. SOERGEL/WOLF, N 63 zu § 157 BGB). Die Übung ist Mittel der Vertragsauslegung und -ergänzung (ZK-JAEGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 419 ff. [Vertragsauslegung] bzw. N 591 ff. [Vertrags-ergänzung]). Eine Vertragslücke kann durch eine bestimmte Verkehrsübung ergänzt werden. Verweist das Gesetz selber nicht auf die Verkehrsübung, muss das Gericht bei Ausübung seines pflichtgemässen Ermessens dennoch gemäss Verkehrsübung entscheiden, falls deren Anwendung zu einem widerspruchsfreien Gesamtergebnis führt (ZK-JAEGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 595).

<sup>28</sup> Vgl. GAUCH, WV, N 1157.

wird er kaum Veranlassung sehen, Bauhandwerkerpfandrechte einzutragen oder seine Arbeit zu sistieren, weshalb der Erst-Besteller seinerseits kaum Grund haben wird, Direktzahlungen zu leisten<sup>29</sup>.

## C. LEISTUNGEN EINES DRITTEN ANSTELLE DES SCHULDNERS

### 1. ART. 68 OR

Der erste Abschnitt des zweiten Titels des Obligationenrechts ist der Erfüllung der Obligation gewidmet und beginnt mit Art. 68 OR, welcher die Frage beantwortet, ob der Schuldner seine Leistung persönlich zu erfüllen hat oder nicht: 27

*»Der Schuldner ist nur dann verpflichtet, persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt.«*

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Schuldner somit im Grundsatz nicht verpflichtet, seine Leistung persönlich zu erfüllen<sup>30</sup>. Diese kann immer dann durch einen Dritten gültig erfüllt werden, wenn es bei der fraglichen Leistung nicht auf die Persönlichkeit bzw. Person<sup>31</sup> des Schuldners ankommt<sup>32</sup>. Eine Pflicht zur persönlichen Leistung kann sich dabei aus Gesetz, Vertrag oder den Umständen ergeben<sup>33</sup>. Vorliegend interessieren einzig Geldleistungen, bei welchen es auf die Person des Schuldners regelmässig nicht ankommt<sup>34</sup>. 28

Art 68 OR setzt sinngemäss einen Dritten voraus, der anstelle des Schuldners erfüllen kann. Unter einem solchen Dritten wird derjenige verstanden, der die vom Schuldner geschuldete Leistung mit dem erkennbaren Willen erbringt, diese – aus seiner Sicht: 29

<sup>29</sup> Wie noch zu zeigen sein wird, können freilich auch andere Gründe, namentlich Streitigkeiten zwischen Sub- und Hauptunternehmer, Anlass für Direktzahlungen des Erst-Bestellers sein.

<sup>30</sup> ZK-SCHRANER, N 3 ff. zu Art. 68 OR; BSK OR I-SCHROETER, Art. 68 N 1.

<sup>31</sup> Statt «Persönlichkeit» richtigerweise die «Person» (ZK-Schraner, N 3 zu Art. 68 OR).

<sup>32</sup> ZK-SCHRANER, N 3 ff. zu Art. 68 OR; BSK OR I-SCHROETER, Art. 68 N 1 ff.

<sup>33</sup> BSK OR I-SCHROETER, Art. 68 N 1; ähnlich ZK-SCHRANER, N 15 zu Art. 68 OR.

<sup>34</sup> ZK-SCHRANER, N 3 f. zu Art. 68 OR; KOLLER, OR AT, N 36.04; BSK OR I-SCHROETER, Art. 68 N 12.

fremde – Schuld zu tilgen<sup>35</sup>. Mit Blick auf das Verhältnis des Dritten zum Schuldner sind dabei folgende Konstellationen zu unterscheiden<sup>36</sup>:

- Der Schuldner zieht den Dritten als Erfüllungsgehilfen bei, sei es als Hilfsperson (Art. 101 und Art. 364 Abs. 2 OR) oder – soweit dies im Rahmen eines Auftrags passiert – als Substituten (Art. 398 Abs. 3 OR)<sup>37</sup>. Der Dritte leistet demgemäss im Namen des Schuldners und mit dessen Wissen und Willen.
- Der Dritte leistet im eigenen Namen und ohne Wissen und Willen des Schuldners<sup>38</sup>.
- Der Dritte leistet im eigenen Namen gegen den Willen des Schuldners<sup>39</sup>.

30 In allen diesen Konstellationen gilt der Grundsatz, dass der Schuldner durch die Leistung des Dritten befreit wird, und zwar auch dann, wenn der Dritte gegen den Willen des Schuldners leistet, da das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung stets höher gewichtet wird als das Interesse des Schuldners, die Leistung nicht durch einen Dritten erbringen zu lassen<sup>40</sup>. Irrelevant ist deshalb auch, ob der Gläubiger um den Widerspruch des Schuldners wusste oder nicht.

31 Im Umkehrschluss ist insbesondere derjenige kein Dritter i.S.v. Art. 68 OR, der (i) eine eigene Schuld tilgt bzw. einer eigenen Verpflichtung nachkommt, der (ii) einen

---

<sup>35</sup> ZK-SCHRANER, N 7 zu Art. 68 OR.

<sup>36</sup> BSK OR I-SCHROETER, Art. 68 N 23 ff. und N 27 ff.; ZK-SCHRANER, N 8 f. zu Art. 68 OR. Zu ergänzen ist Folgendes: Die Frage, in wessen Namen der Dritte leistet, und andererseits die Frage, ob er diese Leistung mit, ohne oder gegen den Willen des Schuldners erbringt, sind auseinanderzuhalten. So kann beispielsweise ein Stellvertreter des Schuldners gegen dessen Willen, aber in dessen Namen leisten. Umgekehrt kann es auch sein, dass der Dritte die Leistung mit Willen des Schuldners, aber im eigenen Namen erbringt (etwa als Gefälligkeit oder im Rahmen einer indirekten Stellvertretung).

<sup>37</sup> Vgl. BGE 112 II 347 E. 2 S. 253 f. zur Abgrenzung Hilfsperson vs. Substitut bzw. zur Frage, unter welchen Voraussetzungen das Haftungsprivileg gemäss Art. 399 Abs. 2 OR greifen soll.

<sup>38</sup> ZK-SCHRANER, Art. 68 N 9; BSK OR I-SCHROETER, Art. 68 N 27; GAUCH/SCHLUEP/ EMMENEGGER, OR AT, N 2050 ff.

<sup>39</sup> ZK-SCHRANER, Art. 68 N 47 f.; BSK OR I-SCHROETER, Art. 68 N 28; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2053; eingehend FRAGNOLI, S. 177 ff.

<sup>40</sup> BGE 83 III 102; ZK-SCHRANER, Art. 68 N 47; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2053; eingehend FRAGNOLI, S. 177 ff.

zu seinen Lasten abgeschlossenen Garantievertrag erfüllt oder (iii) der sich irrtümlich für den Schuldner hält<sup>41</sup>.

Für die vorliegend interessierende Thematik lässt sich somit folgender Grundsatz festhalten: Der Hauptunternehmer muss die dem Subunternehmer geschuldete Vergütung nicht persönlich leisten, ausser dies wäre ausnahmsweise so vereinbart. Sofern der Erst-Besteller Zahlungen an den Subunternehmer mit dem erkennbaren Willen leistet, die Schuld des Hauptunternehmers gegenüber dem Subunternehmer begleichen zu wollen, wird diese Schuld im Umfang des Bezahlten getilgt. Dies auch dann, wenn der Hauptunternehmer mit der Zahlung des Erst-Bestellers an den Subunternehmer nicht einverstanden ist<sup>42</sup>. 32

## 2. SONDERFALL SUBROGATION

Die vorstehende beschriebene allgemeine Regel des Art. 68 OR bewirkt nicht, dass der anstelle des Schuldners leistende Dritte in die Rechtsstellung des Gläubigers eintreten würde. Eine solche Subrogation erfolgt (ausserhalb der rechtsgeschäftlichen Zession) nur, aber immerhin, in den vom Gesetz genannten Fällen. Zu unterscheiden sind folgende Konstellationen: 33

### 2.1. Subrogation aufgrund des Gesetzes

#### 2.1.1 Leistung des Dritten ohne eigene Rechtspflicht

Der Dritte löst durch seine Leistung eine für eine fremde Schuld verpfändete Sache ein, an der ihm das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht zusteht (Art. 110 Ziff. 1 OR). Die Zahlung erfolgt ohne Rechtspflicht, aber im eigenen Interesse, um die Zwangsverwertung der Pfandsache abzuwenden<sup>43</sup>. 34

<sup>41</sup> Vgl. ZK-SCHRANER, N 10 ff. zu Art. 68 OR.

<sup>42</sup> Das in diesem Absatz Gesagte gilt sinngemäss auch dann, wenn der Erst-Besteller einen Subunternehmer tieferer Stufe (Sub-Subunternehmer etc.) direkt bezahlt. Freilich aber geht es dann nicht mehr um eine Schuld des Hauptunternehmers, sondern des jeweiligen Schuldners (z.B. des Subunternehmers, der seinerseits einen Sub-Subunternehmer beigezogen hat).

<sup>43</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2060; um sogenannten «Interventionsinteresse» s. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 110 N 19 ff.

- 35 Diese Konstellation ist vorliegend mit Blick auf das Bauhandwerkerpfandrecht i.S.v. Art. 839 ff. ZGB von Interesse: Der Erst-Besteller, der Eigentümer des mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belasteten Baugrundstückes ist<sup>44</sup>, kann den pfandberechtigten Subunternehmer (direkt) bezahlen, um die Verwertung des Baugrundstückes abzuwehren.

### **2.1.2 Leistung des Dritten aus eigener Rechtspflicht**

- 36 Neben Art. 110 Ziff. 1 OR existieren eine Reihe von Gesetzesbestimmungen, die im Sinne von *leges speciales* eine Leistungspflicht eines Dritten vorsehen und diesen gleichzeitig in die Rechte des befriedigten Gläubigers eintreten lassen. Solche gesetzlichen Sondertatbestände betreffen insbesondere den Bürgen, den Solidarschuldner und den Versicherer (vgl. Art. 507 Abs. 1 OR, Art. 149 Abs. 1 OR, Art. 1022 Abs. 3 OR, Art. 1044 Abs. 3 OR, Art. 72 VVG, Art. 72 ff. ATSG)<sup>45</sup>.

### **2.2. Subrogation aufgrund des Schuldnerwillens**

- 37 Gemäss Art. 110 Ziff. 2 OR findet eine Subrogation auch dann statt, wenn der Schuldner dem Gläubiger anzeigt, dass der Dritte bzw. der Zahlende an die Stelle des Gläubigers treten soll. Der Schuldner hat es mit anderen Worten in der Hand, den zahlenden Dritten durch einseitige Erklärung in die Gläubigerstellung eintreten zu lassen<sup>46</sup>.

### **2.3. Rechtswirkungen der Subrogation**

- 38 Durch die Subrogation geht die Forderung, deren Gläubiger befriedigt wird, nicht unter, sondern qua *Legalzession* auf den erfüllenden Dritten als neuen Gläubiger über. Der Schuldner wird zwar gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger befreit, ist nun aber neu dem erfüllenden Dritten gegenüber verpflichtet<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Art. 110 Ziff. 1 OR lässt auch eine lediglich beschränkte dingliche Berechtigung genügen.

<sup>45</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2061.

<sup>46</sup> Vgl. BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 110 N 26.

<sup>47</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2056.

## **D. LEISTUNGEN DES SCHULDNERS AN EINEN DRITTEN (NICHT-GLÄUBIGER)**

### **1. EINLEITUNG**

Leistungen des Schuldners an einen Dritten, d.h. an einen Nicht-Gläubiger<sup>48</sup>, befreien 39  
den Schuldner grundsätzlich nicht von seiner Schuld, und zwar unabhängig von der  
diesbezüglichen Gutgläubigkeit des Schuldners<sup>49</sup>. Dies gilt im Grundsatz auch dann,  
wenn der Schuldner an den Gläubiger seines Gläubigers leistet, wie dies im vorliegend  
interessierenden Dreiecksverhältnis<sup>50</sup> der Fall ist<sup>51</sup>.

Anders ist die Rechtslage, wenn der Schuldner durch Gesetz, Vertrag, Anweisung 40  
des Gläubigers oder richterliche Anweisung zu solchen Zahlungen berechtigt oder  
verpflichtet ist – diesfalls leistet der Schuldner mit entsprechender Befugnis an den  
Dritten<sup>52</sup>.

Je nach Berechtigung oder Verpflichtung des Schuldners zur Leistung an einen Nicht- 41  
Gläubiger sind folgende Konstellationen zu unterscheiden:

### **2. VERPFLICHTUNG DES SCHULDNERS ZUR LEISTUNG AN EINEN DRITTEN (NICHT-GLÄUBIGER)**

#### **2.1. Gesetz; gerichtliche Anweisung**

Hauptanwendungsfall der gesetzlichen Ausnahmen, welche den Schuldner zu einer 42  
Leistung an einen Dritten verpflichten, ist Art. 99 SchKG, wonach der Schuldner einer

---

<sup>48</sup> Nach dem hier vorausgesetzten Sinn darf der Dritte auch kein Vertreter des Gläubigers sein, sei es ein gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter (vgl. BSK OR I-LEU, Art. 68 N 33).

<sup>49</sup> BGE 112 II 454; BGer, 15.12.2003, 4C.28/2003, E.3.2.1; ZK-SCHRANER, Art. 68 N 115; BSK OR I-SCHROETER, Art. 68 N 40. RÜEGG, Leistungen, Rz. 539.

<sup>50</sup> Erst-Besteller / Hauptunternehmer / Subunternehmer.

<sup>51</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2099.

<sup>52</sup> BSK OR I-SCHROETER, Art. 68 N 38 f.; RÜEGG, Leistungen, Rz. 247 ff.

gepfändeten Forderung nach der Pfändungsanzeige rechtsgültig nur noch an das Betreibungsamt leisten kann<sup>53</sup>.

- 43 Hauptfall der gerichtlichen Anweisung ist in Art. 177 ZGB geregelt. Danach kann das Gericht die Schuldner eines säumigen unterhaltspflichtigen Ehegatten anweisen kann, ihre Zahlungen an den anderen Ehegatten zu leisten<sup>54</sup>. Mangels Relevanz für die vorliegende Arbeit wird hierauf nicht näher eingegangen.

## 2.2. Vertrag

- 44 Schuldner und Gläubiger können vertraglich vereinbaren, dass der Schuldner an einen Dritten leisten muss. Namhafte Autoren unterscheiden dabei, ob die Leistung auf Rechnung des Gläubigers oder des Dritten erfolgt bzw. wer von diesen beiden im Resultat bereichert sein soll<sup>55</sup>. Im ersten Fall, welcher vorliegend bedeutsam ist, soll im Ergebnis der Gläubiger „bereichert“ werden (beispielsweise leistet der Schuldner an eine Bank und tilgt dadurch eine Darlehensschuld des Gläubigers gegenüber dieser Bank)<sup>56</sup>. Der zweite Fall beschlägt den (unechten) Vertrag zugunsten Dritter (Art. 112 Abs. 1 OR), der eine „Bereicherung“ des Dritten im Auge hat (beispielsweise vereinbaren die Parteien, dass der Schuldner dem Kind des Gläubigers Musikunterricht erteilt)<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> BSK OR I-SCHROETER, Art. 68 N 39; ZK-SCHRANER, Art. 68 N 84 mit weiteren Beispielen gesetzlicher Ausnahmen.

<sup>54</sup> BSK OR I-SCHROETER, Art. 68 N 39; ZK-SCHRANER, Art. 68 N 92.

<sup>55</sup> Siehe zum Ganzen ZK-SCHRANER, Art. 68 N 88 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2076 ff.

<sup>56</sup> ZK-SCHRANER, Art. 68 N 89; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2078.

<sup>57</sup> ZK-SCHRANER, Art. 68 N 90; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2080. Mit RÜEGG (Leistungen, Rz. 258 Fn. 5) wird vorliegend allerdings ein Fragezeichen hinter diese Unterscheidung gesetzt, da suggeriert wird, dass durch die schuldnerische Leistung an den Dritten entweder der Gläubiger oder der Dritte im Resultat «bereichert» ist, nicht aber beide gleichzeitig. Gerade aber das genannte Beispiel in der ersten Fallkonstellation (Tilgung Darlehensschuld des Gläubigers gegenüber Bank) illustriert, dass Gläubiger und Dritter gleichermassen «bereichert» sein können, da mit der schuldnerischen Leistung an den Dritten gleichzeitig zwei Schulden getilgt werden: jene des Schuldners gegenüber dem Gläubiger und jene des Gläubigers gegenüber dem Dritten (Bank). Im Übrigen kann der Terminus der „Bereicherung“ Assoziationen zur ungerechtfertigten Bereicherung wecken, was aber im vorliegenden Kontext unpassend wäre, da es um keine rechtsgrundlosen Leistungen geht.

Eine Sonderstellung nimmt der echte Vertrag zu Gunsten Dritter i.S.v. Art. 112 Abs. 2 OR ein. Der begünstigte Dritte hat im Unterschied zum unechten Vertrag zu Gunsten Dritter, wo er reiner Leistungsempfänger ist, ein eigenes Forderungsrecht gegenüber dem Schuldner<sup>58</sup>. Es kommt ihm deshalb Gläubigerstellung zu. Insofern ist er zwar eine vom Gläubiger verschiedene Person, gilt jedoch ebenfalls als Gläubiger, weshalb der Grundsatz der Leistung an *den* Gläubiger streng genommen erfüllt wird<sup>59</sup>. 45

### 2.3. Anweisung

Begründen die Parteien keine Pflicht zur Leistung an einen Dritten mittels Vereinbarung – sei es im Rahmen des ursprünglichen Vertragsschlusses, sei es mittels einer nachträglichen Vertragsergänzung bzw. -modifikation – steht dem Gläubiger immer noch die Möglichkeit der Anweisung i.S.v. Art. 466 ff. OR offen<sup>60</sup>. 46

Die Anweisung ist eine Art der Leistungsmodalität im Dreiecksverhältnis<sup>61</sup>. Die drei Beteiligten werden gemeinhin als «Anweisender» (oder «Delegant»), «Angewiesener» (oder «Delegat») und „Anweisungsempfänger (oder «Delegatar») bezeichnet. Das Rechtsverhältnis zwischen Anweisendem und Anweisungsempfänger nennt man «Valutaverhältnis», jenes zwischen Anweisendem und Angewiesenenem «Deckungsverhältnis» und jenes zwischen Angewiesenenem und Anweisungsempfänger «Leistungs- oder Einlösungsverhältnis»<sup>62</sup>. 47

Der Angewiesene erfüllt in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Anweisenden dessen Zahlungspflicht gegenüber dem Anweisungsempfänger<sup>63</sup>. Die Anweisung ist 48

---

<sup>58</sup> BGE 112 II 38 E 3.

<sup>59</sup> Siehe zum Ganzen ZK-SCHRANER, Art. 68 N 91; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 112 N 2 ff.; RÜEGG, Leistungen, Fn. 6 zu Rz. 258.

<sup>60</sup> Auf den Rechtsstreit betreffend die Rechtsnatur der Anweisung i.S.v. Art. 466 ff. OR – Doppelmandat vs. Doppelermächtigung (BSK OR I-KOLLER, Vor Art. 466-471 N 1) – wird hier mangels Relevanz nicht näher eingegangen.

<sup>61</sup> BSK OR I-KOLLER, Art. 466 N 1.

<sup>62</sup> Statt Vieler HONSELL, OR BT S. 414.

<sup>63</sup> Urteil (des Bundesgerichts) 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 3a mit Hinweisen.

eine bloße Erfüllungshandlung, die weder den Zweck noch den Grund der Leistung nennt<sup>64</sup>.

- 49 Die konkrete Anweisung des Anweisenden ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Adressaten sind sowohl der Angewiesene als auch der Anweisungsempfänger<sup>65</sup>. Sie ist keiner Form unterstellt – genauso wenig wie die Annahme des Angewiesenen – und kann deshalb auch nur mündlich oder konkludent erteilt werden<sup>66</sup>.
- 50 Grundsätzlich begründet die Anweisung keine Pflicht des Angewiesenen zur Leistung an den Anweisungsempfänger<sup>67</sup>. Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos. Eine Leistungspflicht besteht namentlich dann, wenn der Angewiesene Schuldner des Anweisenden ist und sich seine Lage durch die verlangte Zahlung «in keiner Weise verschlimmert» (Art. 468 Abs. 2 OR)<sup>68</sup>. Ebenfalls verpflichtende Wirkung erzeugt die vorbehaltlose Annahmeerklärung des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger (Art. 468 Abs. 1 OR)<sup>69</sup>.

### **3. RECHT DES SCHULDNERS ZUR LEISTUNG AN EINEN DRITTEN (NICHT-GLÄUBIGER)**

#### **3.1. Gesetz**

- 51 Unter bestimmten Voraussetzungen ist der Schuldner gesetzlich berechtigt, an einen Dritten mit für sich selbst befreiender Wirkung zu leisten. Als praktisch sehr bedeutsam ist Art. 60 Abs. 1 VVG zu nennen, der den Versicherer berechtigt, die Ersatzleistung direkt an den Geschädigten auszurichten<sup>70</sup>. Zu präzisieren bleibt, dass seit dem 1. Ja-

---

<sup>64</sup> Urteil (des Bundesgerichts) 4C.172/2000 vom 28. März 2001 E. 3a mit Hinweisen.

<sup>65</sup> Siehe zum Ganzen BSK OR I-KOLLER, Art. 466 N 6.

<sup>66</sup> BGE 92 III 335 E. 4 S. 339; vgl. auch BSK OR I-KOLLER, Art. 466 N 4.

<sup>67</sup> ZK-SCHRANER, Art. 68 N 104 ff.

<sup>68</sup> Sogenannte «Anweisung auf Schuld». Vgl. ZK-SCHRANER, Art. 68 N 110; GAUCH/SCHLUEP/EMMENGER, OR AT, N 2081.

<sup>69</sup> ZK-SCHRANER, Art. 68 N 109.

<sup>70</sup> Art 60 Abs. 1 VVG: «An dem Ersatzansprüche, der dem Versicherungsnehmer aus der Versicherung gegen die Folgen gesetzlicher Haftpflicht zusteht, besitzt der geschädigte Dritte im Umfange seiner

nuar 2022 der Geschädigte selber einen Anspruch gegen den Versicherer hat, weshalb er streng gesehen kein «Dritter» mehr ist.

Im Übrigen kennt das Obligationenrecht verschiedene Bestimmungen, die den Schuldner zur Hinterlegung berechtigen (Art. 92, 96, 168 Abs. 1, 259g, 1032 OR)<sup>71</sup>. 52

## 3.2. Berechtigung durch den Gläubiger

### 3.2.1 Vertrag («Zahlstelle») / einseitige Ermächtigung

Die Parteien können vertraglich vereinbaren, entweder im Rahmen des ursprünglichen Vertragsschlusses oder erst nachträglich, dass der Schuldner berechtigt ist, an einen Dritten zu leisten<sup>72</sup>. Dieselbe Wirkung erzielt eine einseitige Ermächtigung des Erst-Bestellers durch den Hauptunternehmer<sup>73</sup>. 53

Der Schuldner hat alsdann die Wahl, an den Gläubiger oder den Dritten zu leisten, weshalb diesbezüglich von einer alternativen Empfangsberechtigung gesprochen wird<sup>74</sup>. 54

---

*Schadenersatzforderung Pfandrecht. Der Versicherer ist berechtigt, die Ersatzleistung direkt an den geschädigten Dritten auszurichten.»*

<sup>71</sup> ZK-SCHRANER, Art. 68 N 94; GAUCH/SCHLUEP/EMMENGGER, OR AT, N 2086.

<sup>72</sup> KOLLER, OR AT, Rz. 36.43; ZK-SCHRANER, Art. 68 N 95, der darauf hinweist, dass ein solcher Dritter in aller Regel eine Bank ist, weshalb sich der Ausdruck «Zahlstelle» eingebürgert hat.

<sup>73</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENGGER, OR AT, N 2086. Allerdings ist die einseitige Ermächtigung im Gegensatz zur vertraglich vereinbarten Berechtigung grundsätzlich jederzeit widerrufbar (ZK-SCHRANER, Art. 68 N 97 und N 103; BK-GAUTSCHI, Vorbemerkungen zu den Art. 466 ff. OR N 4e; a.A. BSK OR I-KOLLER, Art. 466 N 11, der auch die vertraglich vereinbarte Berechtigung (Zahlstelle) für widerrufbar hält, allerdings gegenteilige Abreden vorbehält, womit die Grenzen fließend werden, da sich eine solche Abrede freilich auch aus Sinn und Zweck der Zahlstellen-Abrede ergeben kann.). Die Frage der Widerrufbarkeit ist im vorliegend interessierenden Kontext nicht unerheblich, will sich der Erst-Besteller mittels entsprechender vertraglicher Regelung doch dauerhaft absichern, was durch eine jederzeitige Widerrufbarkeit unterlaufen würde. M.E. ist nicht ersichtlich, inwiefern sich eine solche vertragliche Abrede von jeder anderen konsensualen Abrede unterscheiden sollte, die nur (wiederum) einvernehmlich aufgehoben bzw. modifiziert werden kann («pacta sunt servanda»). Dessen ungeachtet ist es freilich denkbar, dass die Parteien eine einseitige Widerrufbarkeit der vertraglich vereinbarten Zahlstelle vereinbart haben, allenfalls auch nur konkludent.

<sup>74</sup> Vgl. KOLLER, OR AT, Rz. 36.43; ZK-SCHRANER, Art. 68 N 98; s. ferner auch BSK OR I-ZELLWEGER/GUTKNECHT, Art. 112 N 4.

Der Dritte hingegen kann die Leistung nicht selber fordern, sondern lediglich mit befreiender Wirkung für den Schuldner entgegennehmen<sup>75</sup>.

### 3.2.2 Anweisung

- 55 Wie erwähnt, begründet die Anweisung mit Ausnahme der in vorstehend (Rz. 50) genannten Konstellationen keine Verpflichtung, sondern lediglich eine Ermächtigung des Angewiesenen, mit befreiender Wirkung an den Anweisungsempfänger (oder an den Anweisenden) zu leisten (Art. 466 OR).
- 56 Im Unterschied zur vorbeschriebenen Zahlstelle kann der Anweisungsempfänger die Leistung des Angewiesenen selbständig fordern, sofern und sobald der Angewiesene ihm gegenüber Annahme der Anweisung erklärt hat<sup>76</sup>.

### 3.3. Verkehrsübung<sup>77</sup>?

- 57 Hatte der Gläubiger ein Postcheckkonto eröffnet, erachtete die ältere Lehre und Rechtsprechung den Schuldner als vermutungsweise berechtigt, seine Leistung an die kontoführende Post zu richten<sup>78</sup>. Bei einem Bankkonto hingegen wurde kein solches Recht vermutet<sup>79</sup>. Diese historisch begründete Unterscheidung erscheint angesichts der heutigen privatisierten PostFinance überholt<sup>80</sup>. Allein die Eröffnung eines Bank- oder PostFinance-Kontos vermag aus heutiger Sicht keine Vermutung zu begründen, dass der Gläubiger der Leistung an die kontoführende Bank zustimme<sup>81</sup>. Dem Recht zur

---

<sup>75</sup> ZK-SCHRANER, Art. 68 N 96.

<sup>76</sup> BSK OR I-KOLLER, Art. 466 N 11. Eine solche Annahmeerklärung ist in diesem Sinn auch Indiz für ein Anweisungsverhältnis (vgl. BGE 92 III 335 E. 2 S. 337 f.).

<sup>77</sup> Zum Begriff der Verkehrsübung s. Fn. 27.

<sup>78</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2091 mit entsprechenden Nachweisen.

<sup>79</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2091 mit entsprechenden Nachweisen.

<sup>80</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2091a f.

<sup>81</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2092.

Leistung an einen Dritten aus Verkehrsübung kommt demnach keine praktische Bedeutung mehr zu<sup>82</sup>.

#### 4. SONDERTATBESTÄNDE

Vorstehend (Rz. 42 ff. und 51 ff.) wurde dargelegt, in welchen Fällen der Grundsatz durchbrochen wird, wonach Leistungen des Schuldners an einen Dritten keine (den Schuldner) befreiende Wirkung erzeugen, auch wenn dieser in gutem Glauben gehandelt hat. In allen diesen Ausnahmefällen leistet der Schuldner wie erwähnt zwar an einen Dritten bzw. Nicht-Gläubiger, allerdings eben mit entsprechender Befugnis<sup>83</sup>. 58

Nun gibt es aber auch Konstellationen, in denen der Dritte bzw. Nicht-Gläubiger zwar kein richtiger Leistungsempfänger ist, der leistende Schuldner aber dennoch durch diese Leistung befreit wird. Mit Blick auf Geldschulden sind hier einerseits gesetzliche Regelungen zu nennen, die an den guten Glauben des leistenden Schuldners anknüpfen<sup>84</sup>. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang Art. 167 OR, der eine Befreiung des Schuldners vorsieht, wenn dieser gutgläubig an den früheren Gläubiger leistet, bevor ihm die Abtretung angezeigt wird. Ein weiteres prominentes Beispiel findet sich in Art. 966 Abs. 2 OR, wonach der gutgläubige Schuldner befreit wird, wenn er an den durch die Urkunde (Wertpapier) ausgewiesenen Gläubiger<sup>85</sup> leistet und ihm keine Arglist oder Grobfahrlässigkeit zur Last fällt. 59

---

<sup>82</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2092.

<sup>83</sup> Sei es aufgrund einer Verpflichtung oder Berechtigung. Siehe auch Rz. 40, vorstehend.

<sup>84</sup> Siehe zum Ganzen RÜEGG, Leistungen, Rz. 288 ff., der im Übrigen darauf hinweist, dass das Gesetz diesbezüglich lückenhaft sei. Der Richter habe diese Lücke modo legislatori zu füllen (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

<sup>85</sup> Dieser «Gläubiger» [so der Wortlaut des Gesetzes] ist dann eben kein eigentlicher Gläubiger, sondern ein durch das Wertpapier ausgewiesener Falschempfänger (s. RÜEGG, Leistungen, Rz. 288).

- 60 Andererseits kann ein Verschulden bzw. Mitverschulden des Gläubigers an der schuldenrischen Fehlleistung den genannten Grundsatz zumindest einschränken<sup>86</sup>. Dies in dem Sinn, dass der Schuldner durch die fehlgerichtete Leistung zwar nicht automatisch seinem Gläubiger gegenüber befreit wird, sich aber immerhin mit vertraglichen oder deliktischen Schadenersatzforderungen zur Wehr setzen kann, wenn der Gläubiger seine Forderung durchsetzen möchte<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> ZK-SCHRANER, Art. 68 N 117. Selbstverständlich muss der Schuldner in jedem Fall gutgläubig geleistet haben, um den Grundsatz der Nicht-Befreiung durchbrechen zu können, d.h. namentlich auch dann, wenn diesbezüglich an ein Verschulden des Gläubigers angeknüpft wird.

<sup>87</sup> ZK-SCHRANER, Art. 68 N 115 ff. Anders offenbar RÜEGG, der auch bei solchen Konstellationen von einer leistungsbefreienden Wirkung auszugehen scheint (RÜEGG, Leistungen, Rz. 278 ff.; Rz. 542).

### **III. DIREKTZAHLUNGEN DES ERST-BESTELLERS AN DEN SUBUNTERNEHMER**

#### **A. BERECHTIGUNG AUFGRUND VERTRAGLICHER ABREDE («ZAHLSTELLE»)**

##### **1. EINLEITUNG**

In der heutigen Praxis sind Regelungen, die den Besteller zu Direktzahlungen an Subunternehmer berechtigen, auf allen Stufen der Bauvertragskette weit verbreitet<sup>88</sup>. Da ein solches Recht aber primär im Interesse des Bestellers liegt<sup>89</sup>, wird es Bestellern mit einer gewissen Verhandlungsmacht leichter fallen, die Zustimmung der Unternehmer zu solchen Regelungen zu erlangen. Es erstaunt deshalb nicht, dass gerade auch der Staat als wichtiger, potenter Bauherr solche Klauseln verwendet<sup>90</sup>. An prominenter Stelle steht hier die KBOB, die das Bauvertragsgeschehen generell stark prägt<sup>91</sup>. Die KBOB stellt auf ihrer Homepage kostenlose Vertragsmuster zur Verfügung, welche von der öffentlichen Hand systematisch und ohne grössere Abweichungen im konkreten Fall eingesetzt werden<sup>92</sup>. In verschiedenen solchen Vertragsmustern werkvertraglicher Natur finden sich folgende Bestimmungen<sup>93</sup>:

61

---

<sup>88</sup> Vgl. SCHUMACHER/REY, N 1918.

<sup>89</sup> Hauptunternehmer möchten in aller Regel die Herrschaft über die (in der Bauvertragskette nachrangigen) Vertragsverhältnisse bewahren und alleine entscheiden können, ob und wann sie welche Vertragspartner in welchem Umfang bezahlt. Allerdings ist im Auge zu behalten, dass eine vertragliche Regelung der Direktzahlung die Rechte des Erst-Bestellers u.U. nicht nur erweitert, sondern auch einschränken kann (Näheres hierzu Rz. 137 ff. und Rz. 158 ff.).

<sup>90</sup> Vgl. STÖCKLI/ZUFFEREY, Bauen für den Staat, S. 3.

<sup>91</sup> STÖCKLI/ZUFFEREY, Bauen für den Staat, S. 3; ZUFFEREY, SIA 118, S. 29.

<sup>92</sup> TüSCHER, KBOB-Vorlagen, Ingress. Im Rahmen des Vergabeverfahrens haben die Submittenten in aller Regel keine Möglichkeit, auf den Inhalt des abzuschliessenden Vertrages Einfluss zu nehmen (STÖCKLI/ZUFFEREY, Bauen für den Staat, S. 7 f.; STÖCKLI, Mängelhaftung, S. 183; ZUFFEREY, SIA 118, p. 29; zur AGB-Problematik s. Ziff. III.A.5, nachfolgend).

<sup>93</sup> Vertragsmuster abrufbar unter: <https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home/themen-leistungen/dokumente-entlang-des-beschaffungsablaufs.html> (zuletzt besucht am 26. August 2022).

62 Allgemeine Vertragsbedingungen KBOB für Generalunternehmerleistungen (Hochbau), Ausgabe 2020<sup>94</sup>

»12 *Direktzahlungen an Subunternehmer / Hinterlegung / Bauhandwerkerpfandrechte*

12.1 *Der Generalunternehmer ist verpflichtet, die Rechnungen seiner Beauftragten, Subunternehmer und Lieferanten für vertragsgemäss erbrachte Leistungen pünktlich zu bezahlen. Behält der Generalunternehmer eine Zahlung an Subunternehmer über die vereinbarte Zahlungsfrist zurück, so ist er verpflichtet, den Bauherrn darüber rechtzeitig zu informieren.*

12.2 *Der Bauherr ist berechtigt, Zahlungen direkt an Beauftragte, Subunternehmer und Lieferanten des Generalunternehmers zu leisten oder den Betrag auf Kosten des Generalunternehmers/Lieferanten zu hinterlegen, wenn deren ausgewiesene Forderungen durch den Generalunternehmer nicht erfüllt werden. Will der Bauherr von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, hat er dies dem Generalunternehmer mit eingeschriebenem Brief mitzuteilen. Kann der Generalunternehmer innert 14 Kalendertagen ab Erhalt der Ankündigung nachweisen, dass er die Zahlungen zu Recht zurückbehält, darf der Bauherr den Beauftragten, Subunternehmer oder Lieferanten nicht direkt bezahlen.*

12.3 *Der Bauherr ist berechtigt, im Falle der vorläufigen und definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes den entsprechenden Betrag bei der nächsten fälligen Zahlung zurückzubehalten. Der Rückbehalt ist unverzüglich freizugeben, sobald der Generalunternehmer eine hinreichende Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB geleistet hat.»*

---

<sup>94</sup> Anhang zu KBOB-Dokument Nr. 38, Version 2022 (2.0), Generalunternehmervertrag (Hochbau). Dieselbe Bestimmung findet sich in Art. 13 der AVB KBOB für Totalunternehmerleistungen (Hochbau), Version 2022 (2.0), KBOB-Dokument Nr. 39, sowie in Art. 12 der AVB KBOB für Totalunternehmerleistungen (Tiefbau), Version 2022 (2.0), KBOB-Dokument Nr. 40.

Werkvertrag KBOB<sup>95</sup>

63

«11 Direktzahlungen an Subunternehmer / Hinterlegung (Ergänzung von Art. 29 Abs. 1 der Norm SIA 118 [2013])

„Bei Zahlungsschwierigkeiten des Unternehmers, bei schwerwiegenden Differenzen zwischen Unternehmer und Subunternehmer/Lieferanten oder bei Vorliegen anderer wichtiger Gründe kann der Bauherr nach vorheriger Anhörung der Beteiligten einen Subunternehmer oder Lieferanten direkt bezahlen oder den Betrag auf Kosten des Unternehmers/Lieferanten hinterlegen, beides mit befreiender Wirkung gegenüber dem Unternehmer. In jedem Fall gibt der Bauherr dem Unternehmer davon schriftliche Kenntnis.«

Fast identisch lautet die folgende Bestimmung einer privatrechtlichen Werkbestellerin<sup>96</sup>: 64

«Bei Vorliegen wichtiger Gründe (z.B. Zahlungsschwierigkeiten des Unternehmers, Differenzen zwischen Unternehmer und Subunternehmer/Lieferanten) ist der Auftraggeber berechtigt, einen Subunternehmer oder einen Lieferanten des Unternehmers mit befreiender Wirkung gegenüber dem Unternehmer direkt zu bezahlen. Einen Betrag, welcher zwischen dem Unternehmer und dessen Subunternehmer bzw. Lieferanten strittig ist, darf der Auftraggeber mit befreiender Wirkung hinterlegen.»

Vergleichbar ist sodann auch Art. 1.5.2 der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Leistungs- und Honorarordnungen der SIA<sup>97</sup>: 65

«Zahlungen an beigezogene Dritte

Bei Zahlungsschwierigkeiten des Beauftragten ist der Auftraggeber berechtigt, einen durch den Beauftragten beigezogenen Dritten [...] mit befreiender Wirkung

---

<sup>95</sup> KBOB-Dokument Nr. 34, Version 2022 (2.0). Analoge Bestimmung in: AVB KBOB für Planerleistungen, Ziff. 4.3, Ausgabe 2022 (2.0), Anhang zu Planervertrag, KBOB-Dokument Nr. 30, Version 2022 (2.0).

<sup>96</sup> Name der Firma ist dem Schreibenden bekannt.

<sup>97</sup> LHO SIA 102, 103, 105 und 108 (Ausgaben 2020). Zum zitierten Art. 1.5.2 siehe die Kommentierung von STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES, SIA-Klauseln für Planerverträge, Rz. 395 ff.

*gegenüber dem Beauftragten direkt zu bezahlen. Er hört jedoch hierzu vorgängig die Beteiligten an und zeigt dem Beauftragten die Zahlung schriftlich an.»*

- 66 Ein Blick nach Deutschland zeigt, dass solche Klauseln keine Schweizer Spezialität sind. So lautet § 16 Abs. 6 VOB/B<sup>98</sup> wie folgt:

*«Der Auftraggeber ist berechtigt, zur Erfüllung seiner Verpflichtung aus den Nummern 1 bis 5 Zahlungen an Gläubiger des Auftragnehmers zu leisten, soweit sie an der Ausführung der vertraglichen Leistungen des Auftragnehmers aufgrund eines mit diesem geschlossenen Dienst- oder Werkvertrages beteiligt sind, wegen Zahlungsverzuges des Auftragnehmers die Fortsetzung ihrer Leistung zu Recht verweigern und die Direktzahlung die Fortsetzung der Leistungen sicherstellen soll. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, sich auf Verlangen des Auftraggebers innerhalb einer von diesem gesetzten Frist darüber zu erklären, ob und inwieweit er die Forderung seiner Gläubiger anerkennt; wird diese Erklärung nicht rechtzeitig abgegeben, so gelten die Voraussetzungen für die Direktzahlung als anerkannt.»*

- 67 Nachdem bereits kurz umrissen wurde, was die vertraglich vereinbarte Berechtigung des Schuldners (Erst-Bestellers) zur Leistung an einen Dritten (Subunternehmer) bedeutet (Rz. 53 f.), werden nachfolgend die vorstehend zitierten Vertragsklauseln der KBOB untersucht<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Die VOB/B sind allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen, welche vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss im Sinne eines Vertragsmusters empfohlen werden (MARKUS/KAPPELMANN/PTOCH, AGB-Handbuch, N 46).

<sup>99</sup> Selbstverständlich ist bei einem konkreten Vertragsverhältnis das (übereinstimmende) Verständnis der jeweiligen Vertragsparteien massgeblich. Dies gilt auch für Allgemeine Geschäfts- bzw. Vertragsbedingungen, da auch diese individuell ausgelegt werden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1144 sowie N 1240 ff.; anders in Deutschland, wo AGB «einheitlich», d.h. losgelöst von den individuellen Vorstellungen der jeweiligen Vertragsparteien ausgelegt werden [GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1240]). Die vorliegende Analyse kann deshalb lediglich eine Interpretation eines Aussenstehenden sein. Allerdings befindet sich ein Richter in einer ähnlichen Situation, wenn er mangels übereinstimmenden Parteiwillens das Vorliegen eines normativen Konsenses ergründen muss.

## 2. ANALYSE KONKRETER VERTRAGSKLAUSELN

Die vorstehend zitierten Klauseln legen allesamt bestimmte Voraussetzungen fest, unter denen der Erst-Besteller zu Zahlungen an Subunternehmer berechtigt ist. Dabei darf nicht vergessen werden, dass der Erst-Besteller keine Berechtigung des Hauptunternehmers zur Intervention benötigt, d.h. er kann auch ohne oder gar gegen den Willen des Hauptunternehmers dessen Schulden gegenüber Subunternehmern tilgen (Rz. 29 f. und Rz. 226)<sup>100</sup>. Hingegen bedarf es einer entsprechenden vertraglichen Abrede zwischen Erst-Besteller und Hauptunternehmer oder einer einseitigen Ermächtigung durch den Hauptunternehmer, wenn die Zahlung des Erst-Bestellers an den Subunternehmer befreiende Wirkung im Verhältnis Erst-Besteller / Hauptunternehmer haben soll (s. dazu Rz. 100 ff.). 68

Obwohl die Stossrichtung der vorstehend zitierten Klauseln stets dieselbe ist, weisen die Formulierungen dennoch gewisse Unterschiede auf. In den Leitfäden der KBOB ist zu den oben zitierten Klauseln wenig zu finden. Der «Leitfaden zum KBOB-Werkvertrag»<sup>101</sup> hält zum fraglichen Art. 11 Werkvertrag KBOB immerhin Folgendes fest: 69

*«Bei der Anhörung des Hauptunternehmers zur beabsichtigten Direktzahlung an den Subunternehmer/Lieferanten sollte, wenn immer möglich die Zustimmung des Hauptunternehmers zur Direktzahlung eingeholt und schriftlich bestätigt werden. Geschieht dies nicht, besteht die Gefahr einer Doppelzahlung.»<sup>102</sup>*

Im Leitfaden zum KBOB-Planervertrag<sup>103</sup> heisst es unter der Marginalie «Direktzahlungs- und Hinterlegungsrecht» entsprechend: 70

---

<sup>100</sup> Vgl. SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, Fn. 1073.

<sup>101</sup> Leitfaden zum KBOB-Werkvertrag, Stand 7. Dezember 2020 (V2.0), Seite 14.

<sup>102</sup> Die Zustimmung sollte mit Vorteil eine ausdrückliche (schriftliche) Schuldanererkennung des Hauptunternehmers mitumfassen, denn freilich besteht das Risiko einer Doppelzahlung gerade dann, wenn der Erst-Besteller auf eine in Wirklichkeit nicht – oder zumindest nicht im Umfang des Bezahlten – bestehende Forderung des Subunternehmers leistet (vgl. SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 973).

<sup>103</sup> Leitfaden zum KBOB-Planervertrag, Stand 7. Dezember 2020 (V2.0), Seite 11.

«Falls der Auftragnehmer in Zahlungsschwierigkeiten oder mit den beigezogenen Dritten in Streit gerät oder wenn andere wichtige Gründe vorliegen, kann der Auftraggeber gemäss Ziffer 4.3 nach Anhörung des Beauftragten und mit befreiender Wirkung diese Dritten direkt bezahlen oder entsprechende Beträge auf Kosten des Beauftragten hinterlegen. Diesfalls ist aber unbedingt der zuständige Rechtsdienst beizuziehen, damit keine Doppelzahlungen erfolgen. Zudem hat der Auftraggeber den Beauftragten schriftlich von einer solchen Zahlung bzw. Hinterlegung in Kenntnis zu setzen.»

- 71 Diese Erläuterungen vermitteln eine gewisse Skepsis und warnen den Erst-Besteller vor dem Damoklesschwert der Doppelzahlung. Der Erst-Besteller soll sich offenbar nicht in allzu grosser Sicherheit wiegen, dass ihn seine Direktzahlung an den jeweiligen Subunternehmer gegenüber dem Hauptunternehmer tatsächlich befreit.

## **2.1. Art. 12.2 AVB KBOB GU Hochbau 2020<sup>104</sup>**

### **2.1.1 Voraussetzungen des Direktzahlungsrechts**

#### **a) Art der Forderung**

- 72 Zunächst ist zu fragen, welche Art Forderungen Art. 12.2 KBOB AVB GU umfasst bzw. ob irgendwelche diesbezüglichen Einschränkungen existieren. Dem Wortlaut der Bestimmung (Rz. 62) ist lediglich zu entnehmen, dass die Forderung in einer Geldzahlung bestehen muss<sup>105</sup>. Hingegen spricht Art. 12.1 KBOB AVB GU von Rechnungen für *Leistungen* der Beauftragten, Subunternehmer und Lieferanten. Deshalb, und mit Blick auf den werkvertraglichen Hintergrund der KBOB AVB GU, dürfte unstrittig sein, dass Art. 12.2 KBOB AVB GU Vergütungsforderungen umfasst<sup>106</sup>.
- 73 Weniger klar hingegen ist, ob Art. 12.2 KBOB AVB GU auch andere Forderungen auf Geldzahlung umfasst, namentlich Schadenersatzforderung (des Subunternehmers

---

<sup>104</sup> Wortlaut s. Rz. 62; nachfolgend «Art. 12.2 KBOB AVB GU».

<sup>105</sup> Andernfalls könnte der Erst-Besteller keine *Zahlungen* an den Subunternehmer *leisten* (Art. 12.2 KBOB AVB GU).

<sup>106</sup> Siehe zum werkvertraglichen Synallagma – Werkleistung (und Werkablieferung) vs. Vergütung – Rz. 8, vorstehend.

gegenüber dem Hauptunternehmer)<sup>107</sup>. Die Regelung von Art. 12 KBOB AVB GU bezweckt einen möglichst reibungslosen Ablauf der Baustelle sowie ein Ausbleiben von Bauhandwerkerpfandrechten der Subunternehmer<sup>108</sup>. Die Baustelle soll nicht deshalb behindert und das Baugrundstück nicht deshalb belastet werden, weil der Hauptunternehmer seine Subunternehmer nicht bezahlt.

Schadenersatzforderungen berechtigen nicht zum Eintrag eines Bauhandwerkerpfandrechts<sup>109</sup>. Ein diesbezügliches Interesse des Erst-Bestellers existiert demnach nicht. Hingegen könnte es mit Blick auf den ungehinderten Fortgang der Baustelle im Interesse des Erst-Bestellers liegen, den Kreis der zur Direktzahlung berechtigenden Forderungen weit zu ziehen. Dies soll nicht bedeuten, dass jede Forderung des Subunternehmers gegen den Hauptunternehmer jenen ohne weiteres berechtigt, seine Arbeit zu sistieren<sup>110</sup>. Hingegen dürfte nicht jeder Subunternehmer detaillierte rechtliche Abklärungen treffen, wenn er nicht bezahlt wird, bevor er sich entschliesst, seine Arbeit zu sistieren. 74

Es darf in diesem Zusammenhang nicht unbeachtet bleiben, dass Art. 12 KBOB AVB GU eine AGB-Bestimmung ist. Im Rahmen der AGB-Inhaltskontrolle kommt bekanntlich die Unklarheitsregel zur Anwendung, wenn die Auslegung einer bestimmten Klausel nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Im Zweifel muss sich der Verfasser der AGB demnach die für ihn ungünstigere Auslegung entgegenhalten lassen<sup>111</sup>. Ausgehend 75

---

<sup>107</sup> Z.B. wenn der Hauptunternehmer mit dem Subunternehmer vereinbarte Fristen verpasst und dem Subunternehmer dadurch ein Schaden entsteht (s. hierzu etwa Art. 97 Abs. 1 SIA Norm 118/2013).

<sup>108</sup> Vgl. STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. 7 f., der allerdings zu Recht darauf hinweist, dass Bauhandwerkerpfandrechte nur in eingeschränktem Masse zulässig sind, wenn die öffentliche Hand Bauherrin ist bzw. wenn das jeweilige Baugrundstück dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen ist (s. Art. 839 Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5 ZGB).

<sup>109</sup> GAUCH, WV, N 545 in fine.

<sup>110</sup> Mangels abweichender Parteivereinbarung muss der (Sub-)Unternehmer zumindest dann als berechtigt gelten, seine Arbeit gestützt auf Art. 82 OR zu verweigern bzw. zu sistieren, wenn der Besteller mit der Zahlung einer fälligen Vergütungsforderung in Verzug ist. Dieses Recht wird auch durch die Vereinbarung der SIA-Norm 118 nicht tangiert (vgl. zum Ganzen GAUCH, WV, N 1280 ff.; HÜRLIMANN, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 37/Rz. 4.2 ff.; GAUCH/\*STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 190/Rz.1.2).

<sup>111</sup> HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 629. Freilich ist der Verfasser hier keine Partei, sondern ein Branchenverband (KBOB). Im Resultat ändert dies indes nichts, da es darauf ankommt, wer die jeweiligen AGB einbringt (STÖCKLI, UWG 8, S. 175). Insofern sind in den Worten des Bundesgerichts «mehr-

davon, dass es der Erst-Besteller ist, der die KBOB AVB GU – oder vergleichbare Regelungen – vereinbart haben möchte, muss Art. 12.2 KBOB AVB GU in Zweifelsfällen zu seinen Ungunsten ausgelegt werden, sofern die übrigen Auslegungsmittel versagen<sup>112</sup>. Erfasst wären somit lediglich, aber immerhin, Vergütungsforderungen (des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer)<sup>113</sup>.

- 76 Eine solche Auslegung steht auch in Einklang mit Abs. 1 des Art. 12 KBOB AVB GU, der wie gesehen lediglich von *leistungsbezogenen* Rechnungen der Subunternehmer etc. spricht. In diesem Sinn sollte Art. 12.2 KBOB AVB GU einschränkend ausgelegt werden. Erfasst sind somit lediglich, aber immerhin, *Vergütungsforderungen* des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer<sup>114</sup>.

### **b) «Ausgewiesenheit» der Forderung**

- 77 Gemäss dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 KBOB AVB GU der Bestimmung muss die Forderung des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer *ausgewiesen* sein<sup>115</sup>. Zunächst bedeutet dies, dass die Forderung im behaupteten Umfang existiert<sup>116</sup>.

---

deutige Klauseln gegen den Verfasser bzw. gegen jene Partei auszulegen, die als branchenkundiger als die andere zu betrachten ist und die Verwendung der vorformulierten Bestimmungen veranlasst hat» (Urteil [des Bundesgerichts] 4A\_48/2015 vom 29. April 2015 E. 2.1).

<sup>112</sup> Vgl. BGE 148 III 57 E. 2.2.2.

<sup>113</sup> Dies zumindest dann, wenn es der Erst-Besteller ist, der die fraglichen KBOB AVB GU einbeziehen möchte.

<sup>114</sup> Dies zumindest dann, wenn es der Erst-Besteller ist, der die fraglichen KBOB AVB GU einbeziehen möchte.

<sup>115</sup> Wie der in Rz. 62 zitierten Bestimmung zu entnehmen ist, werden auch Forderungen von Beauftragten und Lieferanten des General- bzw. Hauptunternehmers erfasst. Damit soll zweifellos die Berechtigung des General- bzw. Hauptunternehmers möglichst weit gefasst werden. Zur Figur des Lieferanten wird auf vorstehende Rz. 19 verwiesen. Soweit sodann die Nennung des Beauftragten eine eigenständige Bedeutung haben soll, wird darunter wohl jede Person verstanden, die im Auftrag des Hauptunternehmers einen Beitrag zum geschuldeten Bauwerk leistet, der sich aber von jenen Leistungen unterscheidet, die den Subunternehmer oder Lieferanten kennzeichnen. Mit anderen Worten kann dieser Beitrag nicht in einer Leistung bestehen, welche der General- bzw. Hauptunternehmer seinerseits dem Erst-Besteller (werkvertraglich) schuldet oder welche das Überlassen von Werkstoff oder Arbeitsgerät betrifft (s. Rz. 17 ff.).

<sup>116</sup> TÜSCHER, KBOB-Vorlagen, S. 270, m.H.a. STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. 8.

Entsprechend macht diese Bestimmung das Direktzahlungsrecht des Erst-Bestellers u.a. davon abhängig, dass der Hauptunternehmer die fraglichen (ausgewiesenen) Forderungen nicht erfüllt. 78

Das Risiko, dass die Forderung des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer nicht oder zumindest nicht im Umfang der Direktzahlung besteht, wird somit dem Erst-Besteller zugewiesen<sup>117</sup>. Dieser wird – falls überhaupt (dazu später mehr) – nur in jenem Umfang gegenüber dem Hauptunternehmer befreit, in dem die Forderung des Subunternehmers bestanden hat<sup>118</sup>. Möglich ist beispielsweise, dass der Hauptunternehmer die Forderung durch Verrechnung bereits getilgt<sup>119</sup> oder mangelbedingt gemindert hat<sup>120</sup> oder dass bei mehreren offenen Forderungen des Subunternehmers strittig ist, ob eine nicht genau spezifizierte Zahlung des Hauptunternehmers die fragliche Forderung getilgt hat. Möglich ist auch, dass die Forderung von Beginn weg nicht bestand, weil die entsprechenden vertraglichen Voraussetzungen nicht erfüllt waren. 79

Dies führt zur Frage, ob die «Ausgewiesenheit» der jeweiligen Forderung bereits deshalb entfällt, weil der Hauptunternehmer die Forderung bestreitet<sup>121</sup>. Mit Blick auf die vorstehend geschilderte Risikoverteilung zu Lasten des Erst-Bestellers (Rz. 79) rechtfertigt 80

---

<sup>117</sup> Der Erst-Besteller ist deshalb gut beraten, wenn er vor Bezahlung des Subunternehmers eine entsprechende Schuldanerkennung des Hauptunternehmers einholt.

<sup>118</sup> Vgl. STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. 8, der dieselbe Risikoverteilung für die entsprechende Bestimmung im Muster-Werkvertrag der KBOB postuliert, obwohl dort nicht von «ausgewiesene[n] Forderungen» geredet wird (s. Rz. 63, vorstehend). Umso mehr muss dies für Art. 12 KBOB AGB GU gelten. In diesem Sinne auch die KBOB selber: So hält TÜSCHER – früherer Delegierter der KBOB – u.a. Folgendes zur entsprechenden Klausel, damals noch Ziff. 19 der AVB, fest: *«Indem die Forderung «ausgewiesen» sein muss und der Nachweis offensteht, der Rückbehalt erfolge «zu Recht», wird verdeutlicht, dass die befreiende Wirkung einer Direktzahlung nur insoweit eintritt, als überhaupt eine Forderung bestand»* (TÜSCHER, KBOB-Vorlagen, Ziff. II.D in fine). Vgl. zu Art. 1.5.2 der SIA-LHO STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES, SIA-Klauseln für Planerverträge, Rz. 397.

<sup>119</sup> In Werkverträgen wird das Recht des Unternehmers zur Verrechnung gegenüber Subunternehmern häufig ausgeschlossen. Ein solches lediglich inter partes wirkendes Verbot kann aber freilich nicht verhindern, dass eine dennoch ausgesprochene Verrechnung (bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen) Tilgungswirkung entfaltet.

<sup>120</sup> STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. 8.

<sup>121</sup> Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Hauptunternehmer die entsprechende Zahlung zurückbehalten darf (s. dazu Rz. 83 ff.).

sich eine solch rigorose Auslegung nicht. Erforderlich ist nach der hier vertretenen Ansicht lediglich, aber immerhin, dass (liquide) Beweismittel für die (bestrittene) Forderung des Subunternehmers vorliegen. Dabei muss es allerdings ausreichen, dass der Erst-Besteller gestützt auf solche Beweismittel in guten Treuen davon ausgehen darf, dass die jeweilige Forderung in Bestand und Höhe existiert. Würde man den vollen (gerichtsfesten) Beweis für die Forderung voraussetzen, würde das Direktzahlungsrecht gemäss Art. 12 Abs. 2 KBOB AVB GU zum toten Buchstaben verkommen.

### c) **Fälligkeit der Forderung**<sup>122</sup>

- 81 Art. 12.1 KBOB AVB GU legt fest, dass der Hauptunternehmer seine Subunternehmer für vertragsgemäss erbrachte Leistungen pünktlich bezahlen muss und den Erst-Besteller rechtzeitig informiert, wenn er eine Zahlung «über die vereinbarte Zahlungsfrist» zurückbehält<sup>123</sup>. Die Regelung gemäss Art. 12.2 KBOB AVB GU kann sich deshalb nur auf Forderungen beziehen, die fällig sind<sup>124</sup>, auch wenn dies nicht explizit gesagt wird. Jedenfalls wäre kaum ein schützenswertes Interesse des Erst-Bestellers an der Tilgung (noch) nicht fälliger Forderungen erkennbar<sup>125 126</sup>.

---

<sup>122</sup> Zur Fälligkeit der werkvertraglichen Vergütungsforderung allgemein s. Rz. 23 ff.

<sup>123</sup> Zu Art. 82 OR (Einrede des nicht erfüllten Vertrages) s. Rz. 87 ff.

<sup>124</sup> Wohlgermerkt sind hier nur Forderungen des Subunternehmers angesprochen. Forderungen des Hauptunternehmers gegenüber dem Erst-Besteller, welche durch die Direktzahlung gegebenenfalls ebenfalls getilgt werden (s. dazu Rz. 100 ff.), müssen nicht fällig sein (vgl. zu Art. 1.5.2 der SIA-LHO STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES, SIA-Klauseln für Planerverträge, Rz. 395).

<sup>125</sup> Zur Stundungsabrede s. Rz. 86.

<sup>126</sup> Zu ergänzen ist allerdings Folgendes: Gemäss gesetzlicher Konzeption können Bauhandwerkerpfandrechte vom Zeitpunkt an, da sich die Unternehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet haben, in das Grundbuch eingetragen werden (Art. 839 Abs. 1 ZGB). Die Fälligkeit der Vergütungsforderung wird damit nicht vorausgesetzt. Soweit ersichtlich sind solche Eintragungen «auf Vorrat» allerdings kaum von praktischer Relevanz. Hingegen könnte die (fehlende) Fälligkeit im Rahmen der Schlusszahlung eine Rolle spielen; dies dann, wenn die Fälligkeit der durch die Schlussabrechnung ermittelten Forderung erst kurz vor, oder gar erst nach Ablauf von vier Monaten seit Vollendung der Arbeiten eintritt. Aufgrund der viermonatigen Eintragungsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB wäre diesfalls mit der Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes ernsthaft zu rechnen. Allerdings hält Art. 155 Abs. 1 der (zumeist vereinbarten) SIA Norm 118/2013 fest, dass auch solche Beträge, die nach dem Prüfungsbescheid der Bauleitung noch bestritten sind, mit dem Prüfungsbescheid fällig werden, sofern sie sich nachträglich als geschuldet erweisen.

Sodann muss der Erst-Besteller berücksichtigen, dass die Wirkung der Fälligkeit aufgeschoben sein kann. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eine fälligkeitsüberschreitende Zahlungsfrist gesetzt bzw. vereinbart worden ist, wie dies namentlich Art. 155 Abs. 1 sowie Art. 190 (der zumeist vereinbarten) SIA Norm 118/2013 vorsehen. Eine solche Zahlungsfrist löst die Fälligkeit nicht aus, sondern setzt sie voraus und beinhaltet einen zeitweiligen Einforderungsverzicht des Unternehmers bzw. Subunternehmers. Entsprechend verschafft sie dem Schuldner (Hauptunternehmer) eine Einrede, wenn der Gläubiger (Subunternehmer) vor Ablauf der Zahlungsfrist befriedigt werden möchte<sup>127</sup>. 82

#### **d) Fehlende Berechtigung zum Rückbehalt der Zahlung**

Art. 12.2 KBOB AVB GU setzt weiter voraus, dass der Hauptunternehmer nicht berechtigt ist, die fragliche Zahlung zurückzubehalten. Dies ist im Kontext von Art. 37 Abs. 1 der SIA-Norm 118/2013 zu sehen, demgemäss «fällige Zahlungen nicht vertragswidrig verweigert werden dürfen»<sup>128</sup>. Im Umkehrschluss hindert Art. 37 der SIA-Norm 118/2013 den Besteller bzw. Hauptunternehmer nicht an der *berechtigten* Zurückbehaltung von Zahlungen<sup>129</sup>. Zu prüfen ist demnach, wann der Hauptunternehmer berechtigt ist, die ausgewiesene, fällige Forderung des Subunternehmers nicht oder zumindest noch nicht zu befriedigen. 83

Angesprochen ist das Thema der schuldnerischen Einreden<sup>130</sup>. Im Gegensatz zu den Einwendungen richten sich Einreden nicht gegen den Bestand der Forderung, sondern gegen deren Durchsetzbarkeit und werden nur auf entsprechende Einrede hin berücksichtigt<sup>131</sup>. Gemeinhin wird zwischen dauernden (peremptorischen), aufschiebenden (dilatorischen) und anspruchsbeschränkenden Einreden unterschieden<sup>132</sup>. Losgelöst 84

<sup>127</sup> Siehe zum Ganzen GAUCH, WV, N 1165b und N 1179, mit Hinweis auf u.a. SCHALLER, Einwendungen und Einreden, insbesondere Nr. 375 ff.

<sup>128</sup> Nota bene sieht das Vertragsmuster KBOB GU Hochbau die SIA-Norm 118/2013 als Vertragsbestandteil vor (s. Art. 2.1 "Liste der Vertragsbestandteile).

<sup>129</sup> HÜRLIMANN, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 37/Rz. 6.

<sup>130</sup> Selbstverständlich wäre im konkreten Einzelfall vorab zu prüfen, ob die Parteien irgendeine Vereinbarung getroffen haben, welche den Hauptunternehmer zum Rückbehalt der Zahlung berechtigt.

<sup>131</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 4.34.

<sup>132</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 4.36.

von allfälligen Regelungen im konkreten Subunternehmervertrag wären vorab folgende Einreden zu prüfen.

- 85 Als dauernde Einrede kommt zunächst die Verjährung in Frage. Mit Blick auf die Verjährung werkvertraglicher Vergütungsforderungen, welche im Zweifel 10 Jahre gemäss Art. 127 OR beträgt<sup>133</sup>, dürfte es freilich selten vorkommen, dass sich der Hauptunternehmer erfolgreich auf die Verjährung berufen kann. Denkbar wäre dies immerhin bei Anwendbarkeit der fünfjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 128 Ziff. 3 OR, wobei diese (umstrittene) Regelung im vorliegenden Kontext nur in absoluten Ausnahmefällen zur Anwendung gelangen dürfte<sup>134</sup>.
- 86 Mit Blick auf die aufschiebenden Einreden wurde bereits auf die fälligkeitsüberschreitende Zahlungsfrist hingewiesen, die dem Hauptunternehmer eine entsprechende Einrede gewährt (Rz. 82). Eine davon zu unterscheidende aufschiebende Einrede gründet in der Stundungsabrede, mit welcher die Parteien die Fälligkeit im Nachhinein bis zu einem bestimmten Zeitpunkt aufschieben oder eine bereits eingetretene Fälligkeit aufheben<sup>135</sup>. Dann fehlt aber bereits die Voraussetzung der Fälligkeit (Rz. 81).
- 87 Was sodann die anspruchsbeschränkende Einrede betrifft, ist insbesondere die Einrede des nicht erfüllten Vertrages i.S.v. Art. 82 OR zu beachten<sup>136</sup>. In werkvertraglichen Verhältnissen wird der Besteller vorab bei Ablieferung eines mangelhaften Werkes die Vergütung gesamthaft oder in Teilen zurückbehalten wollen. Die Ablieferung eines mangelhaften Werkes allein berechtigt den Besteller indes nicht, die Vergütung gestützt auf Art. 82 OR zurückzubehalten<sup>137 138</sup>. Erforderlich ist vielmehr, dass er sich

---

<sup>133</sup> GAUCH, WV, N 1288.

<sup>134</sup> Siehe zum Ganzen GAUCH, WV, N 1283 ff.

<sup>135</sup> SCHALLER, Einwendungen und Einreden, Nr. 356 ff.; GAUCH, WV, N 1165c.

<sup>136</sup> Vgl. SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, OR AT, N 4.36.

<sup>137</sup> Vgl. GAUCH, WV, N 2369 und N 2377 ff.; gl. M. BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 372 N 11 ff. mit Hinweisen zum Meinungsstand; a.M. Bundesgericht (BGE 89 II 235 und BGE 94 II 164), kritisch hierzu GAUCH, WV, N 2367 ff.

<sup>138</sup> In diesem Sinne kann die Regelung Art. 12.1 KBOB AVB GU missverständlich sein, wonach der Hauptunternehmer gegenüber dem Erst-Besteller verpflichtet ist, seine Subunternehmer für «vertragsgemäss erbrachte Leistungen» pünktlich zu bezahlen. E contrario könnte der Hauptunternehmer nämlich schliessen, dass er seine Subunternehmer bei einer vertragswidrigen bzw. mangelhaften Leistung einstweilen nicht zu bezahlen hat. Unter welchen Voraussetzungen

(berechtigterweise) auf die Nachbesserung beruft<sup>139</sup> und dieses Recht gegenüber dem Unternehmer auch tatsächlich ausgeübt hat bzw. spätestens mit der Berufung auf Art. 82 OR ausübt<sup>140</sup>.

Was die Höhe des Betrages anbelangt, den der Besteller (Hauptunternehmer) berechtigt ist zurückzubehalten, ist Folgendes zu beachten<sup>141</sup>: Die Höhe ist zunächst so anzusetzen, dass der Rückbehalt die erwarteten Nachbesserungskosten ausgiebig sichert. Darüber hinaus darf der Besteller einen Teil der Vergütung zurückbehalten, um den Unternehmer (zusätzlich) zur möglichst umgehenden Nachbesserung zu bewegen<sup>142</sup>. 88

Allerdings existiert keine mathematische Regel, wie ein solcher Rückbehalt zu berechnen ist. GAUCH vertritt im Sinne einer groben Richtschnur die Ansicht, dass der Rückbehalt insgesamt das Dreifache der erwarteten Nachbesserungskosten betragen darf<sup>143</sup>. In jedem Fall bedarf es einer Würdigung der konkreten Umstände, wobei dem Grundsatz von Treu und Glauben besondere Bedeutung zukommt. 89

Ob der Hauptunternehmer die fragliche Vergütungszahlung im Zusammenhang mit einer Nachbesserung gestützt auf Art. 82 OR zurückbehalten darf, ist demnach insbesondere von folgenden Punkten abhängig<sup>144</sup>: 90

---

der Hauptunternehmer seine Subunternehmer bezahlen muss, hängt jedoch einzig von den entsprechenden Regelungen im Subunternehmervertrag und dem einschlägigen Gesetzesrecht ab. Mit anderen Worten bildet Art. 12.1 KBOB AVB GU keine eigenständige Grundlage für den Rückbehalt von Vergütungszahlungen.

<sup>139</sup> Dies in Abgrenzung zur Minderung, Wandelung und dem Schadenersatz bzw. Mangelfolgeschäden (wobei die Wandelung bei fest mit dem Boden verbundenen Werken ohnehin von untergeordneter Bedeutung ist).

<sup>140</sup> Siehe zum Ganzen GAUCH, WV, N 2366 ff., insbesondere N 2377 ff. Zu beachten ist allerdings, dass Art. 82 OR dispositives Recht darstellt und deshalb durch anderslautende Vereinbarung modifiziert oder gar aufgehoben werden kann (GAUCH, WV, N 2397).

<sup>141</sup> S. zum Ganzen GAUCH, WV, N 2387 ff.

<sup>142</sup> GAUCH, WV, N 2390 f.

<sup>143</sup> GAUCH, WV, N 2392, mit Hinweis auf BRÄNDLI, Nachbesserung, N 962.

<sup>144</sup> In der Praxis wird der Erst-Besteller wohl nur jene Punkte prüfen, die der Subunternehmer bestreitet. Zu beachten ist allerdings, dass Art. 12.2 KBOB AVB GU den Erst-Besteller nicht verpflichtet, den Subunternehmer anzuhören. Im Übrigen kann sich auch eine übereinstimmende Ansicht von Haupt- und Subunternehmer als nachträglich unzutreffend erweisen.

- Liegt der behauptete Mangel überhaupt vor<sup>145</sup>?
- Hat der Hauptunternehmer den Mangel gegenüber dem Subunternehmer rechtzeitig und hinreichend substantiiert gerügt<sup>146</sup>?
- Sind die Voraussetzungen des Nachbesserungsrechts erfüllt<sup>147</sup>?
- Hat der Hauptunternehmer sein Nachbesserungsrecht gültig ausgeübt<sup>148</sup>?
- Ist die Höhe der vom Hauptunternehmer zurückgehaltenen Vergütung angemessen (dazu Rz. 88 f.)?

91 Freilich können die Parteien des Werkvertrages – im vorliegenden Kontext: Haupt- und Subunternehmer – auch vereinbaren, dass die Vergütung bzw. Teile der Vergütung vor Ablieferung des Werkes fällig werden, beispielsweise durch die Vereinbarung von Akonto- oder Teilzahlungen. Mangels gegenteiliger Abrede steht dem Besteller auch in diesen Fällen das Rückbehaltungsrecht gemäss Art. 82 OR für einen Vergütungsanspruch des Unternehmers zu, der zwar vor der Ablieferung fällig, aber von einem allfälligen Nachbesserungsanspruch «eingeholt» wird<sup>149</sup> 150.

---

<sup>145</sup> Zum Begriff des Werkmangels s. GAUCH, WV, N 1352 ff. und 1433 ff.

<sup>146</sup> Siehe hierzu GAUCH, WV, N 2126 ff. Die Frage der Rechtzeitigkeit hängt stark davon ab, ob die (aus Sicht des Bestellers strenge) gesetzliche Regelung (Art. 367 Abs. 1 OR) zur Anwendung gelangt oder ob die Parteien hiervon zu Gunsten des Bestellers abgewichen sind, vorab durch Vereinbarung der SIA Norm 118/2013. Sofern Letztere vereinbart wurde, ist weiter entscheidend, ob im Zeitpunkt der Mängelentdeckung bereits zwei Jahre seit der Werkabnahme vergangen sind, da dem Besteller das Recht zur jederzeitigen Mängelrüge nur während der ersten zwei Jahre seit Werkabnahme zusteht (vgl. Art. 172 Abs. 2 i.V.m. Art. 173 Abs. 1 SIA Norm 118/2013). Erfolgt die Rüge des Bestellers zu spät oder ist diese sonstwie ungenügend, sind seine diesbezüglichen Mängelrechte verwirkt (vgl. GAUCH, WV, N 2160 und N 2368).

<sup>147</sup> Insbesondere ist hier die Frage angesprochen, ob die Mangelbeseitigung objektiv möglich und die Verbesserungskosten nicht übermässig sind (s. zum Ganzen GAUCH, WV, N 1745 ff. und 2663 f.). Darüber hinaus darf der Besteller das Werk nicht genehmigt haben, da ansonsten die Mängelrecht verwirkt sind (Art. 370 OR sowie Art. 163 SIA Norm 118/2013; s. zum Ganzen GAUCH, WV, N 2069 ff.).

<sup>148</sup> Das Nachbesserungsrecht wird durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt, worin der Besteller vom Unternehmer die Nachbesserung verlangt (s. hierzu GAUCH, WV, N 1705 ff. mit Hinweis auf BGer 4C.346/2003 vom 26.10.2004, E. 4.2.1).

<sup>149</sup> GAUCH, WV, N 2399. M.E. kann dies allerdings nur gelten, wenn sich bereits bei Eintritt der Fälligkeit eines solchen Vergütungsanspruchs abzeichnet, dass das Werk bei der Ablieferung mangelhaft sein wird – ansonsten wäre die Vereinbarung von Teilzahlungen letztlich toter Buchstabe.

<sup>150</sup> Zur Ablieferung des Werkes in Teilen s. GAUCH, WV, N 2402.

Nochmals anders gestaltet sich Situation, wenn bei Vereinbarung eines *ereignisgebundenen* Zahlungsplans<sup>151</sup> das betreffende Ereignis (noch) nicht eingetreten und damit die entsprechende Vergütungsforderung des Unternehmers (noch) nicht fällig ist. Da Art. 82 OR die Fälligkeit von Leistung und Gegenleistung voraussetzt<sup>152</sup>, bleibt die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in dieser Konstellation aus dem Spiel<sup>153</sup>. 92

Gemäss Art. 12.2 KBOB AVB GU obliegt es dem Hauptunternehmer, gegenüber dem Erst-Besteller den Nachweis zu erbringen, dass er die jeweilige Zahlung zu Recht zurückbehält (dazu Rz. 96 ff.). Im Übrigen ist der Hauptunternehmer gemäss Art. 12.1 KBOB AVB GU wie erwähnt (Rz. 81) auch vertraglich verpflichtet, die Subunternehmer pünktlich zu bezahlen und den Erst-Besteller darüber zu informieren, wenn er Zahlungen über die vereinbarte Zahlungsfrist hinaus zurückbehält. 93

#### **e) Mitteilung des Erst-Bestellers an den Hauptunternehmer**

Gemäss Art. 12.2 KBOB AVB GU muss der Erst-Besteller dem Hauptunternehmer mit eingeschriebenem Brief mitteilen, dass er von seinem Direktzahlungsrecht Gebrauch machen möchte. Dieser Mitteilung muss der Hauptunternehmer hinreichend klar entnehmen können, welche Forderung von welchem Subunternehmer angesprochen ist. Andernfalls ist es dem Hauptunternehmer nicht möglich, sich innert der vorgesehenen Frist sinnvoll vernehmen zu lassen. 94

---

<sup>151</sup> Ein Zahlungsplan ist ereignisgebunden, wenn die Parteien gewisse bauliche Etappen vereinbaren – z.B. «Vollendung Rohbau 1» -, bei deren Erreichen eine entsprechende Zahlung des Bestellers fällig wird.

<sup>152</sup> Vgl. BSK OR I-SCHROETER, Art. 82 N 35 in fine.

<sup>153</sup> In der Praxis wird der Besteller zumeist geltend machen, dass der Unternehmer das vereinbarte Ereignis – häufig als einzelner «Milestone» bezeichnet – nicht erreicht und den Vertrag in diesem Sinn nicht erfüllt habe, weshalb er auch die entsprechende Vergütung nicht fordern könne. Rechtlich gesehen kann dies aber nichts daran ändern, dass es in einer solchen Situation um die fehlende Fälligkeit der Vergütungsforderung und nicht um das Zurückbehalten der (bereits) fälligen Vergütungsforderung geht. Wieder anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn der Besteller nicht geltend macht, dass das jeweilige Ereignis nicht erreicht wurde, sondern dass dieses – z.B. ein vollendeter Rohbau – mangelbehaftet ist.

- 95 Sofern der Hauptunternehmer den Erst-Besteller i.S.v. Art. 12.1 KBOB AVB GU vorgängig informiert hat, dass er eine Zahlung über die Zahlungsfrist hinaus zurückbehält, dürfte er freilich keinen Zweifel haben, auf welche Forderung sich der Erst-Besteller bezieht, wenn dieser daraufhin eine Direktzahlung ankündigt<sup>154</sup>.
- 96 Dem Hauptunternehmer obliegt es dann, dem Erst-Besteller innert 14 Kalendertagen seit Erhalt der Mitteilung nachzuweisen, dass er berechtigt ist, die fragliche Zahlung zurückzubehalten.
- 97 Soweit der Hauptunternehmer einen solchen Nachweis bereits in seiner Information an den Erst-Besteller gemäss Art. 12.1 KBOB AVB GU geliefert hat, wäre es allerdings sinnlos, eine nochmalige Begründung zu verlangen. Anders liegt der Fall, wenn der Erst-Besteller, gegebenenfalls nach Rücksprache mit dem jeweiligen Subunternehmer, Einwände gegen diese Begründung erhebt – diesfalls läge es am Hauptunternehmer, diese Einwände fristgerecht zu entkräften.
- 98 Nach der hier vertretenen Meinung dürfen die Anforderungen an diesen Nachweis allerdings nicht überspannt werden, da Art. 12 KBOB AVB GU ohnehin zu Gunsten des Erst-Bestellers verfasst ist<sup>155</sup>. Dies gilt insbesondere für die Frage der Mangelhaftigkeit des abgelieferten Werkes, deren Nachweis sich in vielen Fällen äusserst schwierig gestaltet.
- 99 Diesbezüglich muss es nach der hier vertretenen Ansicht beispielsweise reichen, dass der Hauptunternehmer nachvollziehbar darlegt, inwiefern er (selber) das Werk des Subunternehmers als mangelhaft erachtet. Hingegen wäre es übertrieben, vom Hauptunternehmer zu verlangen, eine entsprechende Expertise eines (unabhängigen) Dritten einzuholen. Freilich aber sind die Umstände des Einzelfalls entscheidend. Stehen beispielsweise gravierende Mängel zur Diskussion, deren Behebung erhebliche Kosten verursachen, weshalb der Hauptunternehmer ebenso erhebliche Zahlungen zurückbe-

---

<sup>154</sup> Dies zumindest dann, wenn nicht mehrere offene, fällige Forderungen von Subunternehmern zur Diskussion stehen.

<sup>155</sup> Vgl. STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. 4.

hält, kann es mit Blick auf die Interessen des Erst-Bestellers am Fortgang der Arbeiten dennoch angezeigt bzw. verhältnismässig sein, vom Hauptunternehmer die Vorlage einer solchen Expertise zu verlangen.

## 2.1.2 Inhalt und Wirkungen der Berechtigung

### a) Befreiungswirkung der Direktzahlung

Wenn dem Hauptunternehmer der Nachweis nicht gelingt<sup>156</sup>, dass er die fragliche Zahlung zu Recht zurückbehält, ist der Erst-Besteller zu Zweierlei berechtigt: Er kann den Subunternehmer direkt bezahlen oder er kann den entsprechenden Betrag «auf Kosten des Generalunternehmers/Lieferanten» hinterlegen<sup>157</sup>. 100

Im Gegensatz zu Art. 11 des KBOB Werkvertrags erwähnt Art. 12.2 KBOB AVB GU die befreiende Wirkung der Direktzahlung im Verhältnis Erst-Besteller / Hauptunternehmer nicht, zumindest nicht ausdrücklich. Es fragt sich deshalb, wie sich eine Direktzahlung des Erst-Bestellers i.S.v. Art. 12.2 KBOB AVB GU im Verhältnis Erst-Besteller / Hauptunternehmer rechtlich auswirkt. 101

Wie erwähnt (Rz. 30), bedarf der Erst-Besteller weder einer besonderen Berechtigung noch einer Ermächtigung durch den Hauptunternehmer, um dessen Schuld gegenüber dem Subunternehmer zu tilgen (Intervention). Insofern kann dies vernünftigerweise 102

---

<sup>156</sup> Freilich wird die Frage, ob dem Hauptunternehmer der Nachweis gelungen ist oder nicht, in vielen Fällen schwierig zu beantworten sein und wird aber der Erst-Besteller in aller Regel dazu tendieren, die Berechtigung zum Rückbehalt zu verneinen, um den unzufriedenen Subunternehmer bezahlen zu können und sich damit weiteres Ungemach vom Leibe zu halten. Ob der Rückbehalt rechtens war, kann im Streitfall letztlich erst durch ein Gericht, und damit nachträglich, beurteilt werden.

<sup>157</sup> Nach dem exakten Wortlaut von Art. 12.2 KBOB AVB GU in fine – e contrario – setzt nur das Recht des Erst-Bestellers zur *Direktbezahlung* voraus, dass dem Hauptunternehmer der Nachweis misslingt, dass er die fragliche Zahlung zurückbehalten darf. Mit anderen Worten könnte der Erst-Besteller den fraglichen Betrag auch bei berechtigtem Rückbehalt hinterlegen. Nach Sinn und Zweck der Norm kann dies aber nicht gemeint sein und würde auch kaum dem Willen vernünftiger Vertragsparteien entsprechen. Es ist insofern von einer redaktionellen Verkürzung auszugehen.

nicht Inhalt der Berechtigung sein, von welcher in Art. 12.2 KBOB AVB GU die Rede ist<sup>158 159</sup>. Ebenfalls keiner besonderen Berechtigung oder Ermächtigung durch den Hauptunternehmer bedarf der Erst-Besteller, um unter den Voraussetzungen von Art. 110 Ziff. 1 OR bzw. Art. 827 Abs. 2 ZGB in die Rechte des Subunternehmers zu subrogieren<sup>160</sup> oder sich die fragliche Forderung des Subunternehmers abtreten zu lassen (Art. 164 Abs. 1 OR)<sup>161</sup>.

103 Somit reduziert sich die Frage darauf, ob der Erst-Besteller durch Art. 12.2 KBOB AVB GU berechtigt wird, seine eigene Schuld gegenüber dem Hauptunternehmer durch Leistung an den jeweiligen Subunternehmer zu tilgen<sup>162</sup> oder ob er – ohne seine

---

<sup>158</sup> Hingegen kann Art. 12.2 KBOB AVB GU durchaus so verstanden werden, dass die Parteien (Erst-Besteller / Hauptunternehmer) ein Interveniieren des Erst-Bestellers – d.h. eine Tilgung der Vergütungsschuld des Hauptunternehmers gegenüber dem Subunternehmer durch den Erst-Besteller ohne Wissen oder gar gegen den ausdrücklichen Willen des Hauptunternehmers – bei berechtigtem Zurückbehalten der Zahlung seitens des Hauptunternehmers ausschliessen wollen (Näheres dazu s. Rz. 137 ff.).

<sup>159</sup> Sofern Erst-Besteller und Hauptunternehmer im Rahmen des Hauptvertrages ein generelles Verrechnungsverbot vereinbart haben, kann die Berechtigung zu Direktzahlungen immerhin als Ausnahme von diesem Verbot verstanden werden. Mit anderen Worten wäre der Erst-Besteller trotz des generellen Verrechnungsverbots berechtigt, die durch seine Direktzahlung erlangten Regress- oder Ersatzforderungen mit seinen Geldschulden gegenüber dem Hauptunternehmer zu verrechnen (vgl. SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 977).

<sup>160</sup> Allerdings kann die Regelung gemäss Art. 12.2 KBOB AVB GU so verstanden werden, dass damit die dispositive Regelung von Art. 110 Ziff. 1 OR wegbedungen und stattdessen das Recht des Erst-Bestellers begründet wird, seine eigene Vergütungsschuld gegenüber dem Hauptunternehmer durch Leistung an den jeweiligen Subunternehmer zu tilgen (vgl. BSK OR-I, ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 110 N 19; BSK ZGB II-ZOGG, Art. 827 N 16; KOLLER, OR AT, Rz. 36.34).

<sup>161</sup> Eine Einwilligung bräuchte es allerdings, wenn im Rahmen des Subunternehmervertrages eine Abtretung der Vergütungsforderungen ausgeschlossen wurde.

<sup>162</sup> In diesem Sinne – allerdings losgelöst von einer konkreten Vertragsklausel – GAUCH, WV, N 180 m.H.a. SAXER, Subunternehmer, S. 129 f. und RÜEGG, Leistungen, S. 71 ff.; vgl. ferner auch BGer 4C.215/2004 vom 23. November 2004, E. 3.1; BGE 136 III 14 E. 2.3 S. 19; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Art. 363 N 34.

eigene Schuld getilgt zu haben – lediglich in dessen Rechte subrogieren soll (Art. 110 Ziff. 2 OR)<sup>163 164</sup>.

Im Falle der Subrogation gemäss Art. 110 Ziff. 2 OR tritt der leistende Erst-Besteller bei Direktzahlung an den Subunternehmer in dessen Forderung ein. Er kann diese Forderung mit einer allfälligen Vergütungsschuld gegenüber dem Hauptunternehmers nach Massgabe von Art. 121 ff. OR verrechnen und im Übrigen diese Forderung gemäss deren Modalitäten (z.B. Fälligkeit) geltend machen. 104

Andernfalls – d.h. ohne solche Subrogation – befreit sich der leistende Erst-Besteller im Umfang der Direktzahlung an den Subunternehmer gegenüber dem Hauptunternehmer. Dies freilich nur, sofern und soweit die Direktzahlung die Forderung des Subunternehmers tilgt<sup>165 166</sup> und der Erst-Besteller dem Hauptunternehmer noch Vergütung schuldet. 105

Beides gleichzeitig – Subrogation gemäss Art. 110 Ziff. 2 OR und befreiende Wirkung des Erst-Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer – fällt freilich ausser Betracht. Erstens tilgt der Erst-Besteller (nach den hier getroffenen Annahmen [Rz. 105]) durch seine Direktzahlung mit befreiender Wirkung die jeweilige Forderung des Subunter- 106

---

<sup>163</sup> In diesem Sinne – allerdings ebenfalls losgelöst von einer konkreten Regelung – SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 977 und N 1918 ff. Zu präzisieren ist Folgendes: Beide Szenarios – direkte befreiende Wirkung oder aber Subrogation des Erst-Bestellers i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR – setzen voraus, dass der Subunternehmer vom Hauptunternehmer beigezogen wurde. Denn bezahlt der Erst-Besteller einen Sub-Subunternehmer etc., kommt dem Hauptunternehmer nicht die in Art. 110 Ziff. 2 OR vorausgesetzte Schuldnerstellung zu und dürfte andererseits eine Berechtigung zur Vornahme von Direktzahlungen kaum je so gemeint sein, dass der Erst-Besteller seine eigene Schuld gegenüber dem Hauptunternehmer auch durch Zahlungen tilgen darf, welche die Passiven des Hauptunternehmers unberührt lassen.

<sup>164</sup> Art. 110 OR ist kein zwingendes Recht, s. Rz. 114 mit entsprechenden Hinweisen.

<sup>165</sup> Diese Voraussetzung ist namentlich dann nicht erfüllt, wenn die betreffende Forderung des Subunternehmers nicht oder nicht im Umfang der Direktzahlung besteht (vgl. SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 973).

<sup>166</sup> In diesem Sinne auch die KBOB selber: So hält TÜSCHER – früherer Delegierter der KBOB – u.a. Folgendes zur entsprechenden Klausel, damals noch Ziff. 19 der AVB, fest: «*Indem die Forderung «ausgewiesen» sein muss und der Nachweis offensteht, der Rückbehalt erfolge «zu Recht», wird verdeutlicht, dass die befreiende Wirkung einer Direktzahlung nur insoweit eintritt, als überhaupt eine Forderung bestand*» (TÜSCHER, KBOB-Vorlagen, Ziff. II.D in fine).

nehmers gegenüber dem Hauptunternehmer, weshalb es nichts (mehr) gibt, worin der Erst-Besteller subrogieren könnte. Zweitens wäre der Erst-Besteller bei einem solchen Vorgang bereichert, da er seine eigene Schuld gegenüber dem Hauptunternehmer im Umfang der Direktzahlung tilgen und gleichzeitig eine Forderung im selben Umfang durch Subrogation erwerben würde, was zweifellos nicht Sinn und Zweck von Art. 12.2 KBOB AVB GU entspräche.

- 107 Denkbar bzw. naheliegend ist allerdings, dass der Erst-Besteller bei Vornahme einer Direktzahlung in die Rechte des Subunternehmers subrogiert, falls er den Hauptunternehmer bereits vollständig bezahlt hat oder aber seine Vergütungsschuld geringer ist als seine Direktzahlung an den Subunternehmer. Letzterenfalls würde die Subrogation betragsmässig freilich nur insoweit erfolgen, als die Direktzahlung den Erst-Besteller gegenüber dem Hauptunternehmer nicht schon befreit hat. Abgesehen davon kann der Erst-Besteller u. U. bereicherungsrechtlich auf den Hauptunternehmer zurückgreifen – diesbezüglich wird auf Rz. 233 ff. verwiesen.
- 108 Die KBOB scheint wie erwähnt (Fn. 166) selber geht davon auszugehen, dass der zahlende Erst-Besteller (unter den in Rz. 105 genannten Voraussetzungen) auch im Rahmen von Art. 12 KBOB AVB GU gegenüber dem Hauptunternehmer mit Vornahme der Direktzahlung unmittelbar befreit werden soll. Dessen ungeachtet kann freilich nicht in allgemeiner Weise gesagt werden, welches Verständnis konkrete Vertragsparteien der fraglichen AVB-Klausel beimessen.
- 109 Zumindest aus Sicht des Erst-Bestellers dürfte es in aller Regel vorteilhafter sein, sich durch die Zahlung an den Subunternehmer direkt gegenüber dem Hauptunternehmer befreien zu können. Abgesehen davon, dass eine Subrogation in die Rechte des Subunternehmers i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR wie gesehen (Rz. 104) keine Reduktion der (allfälligen) Vergütungsschuld des Erst-Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer bewirkt, können Unsicherheiten bestehen, ob eine solche Subrogation überhaupt stattgefunden hat und ob eine Verrechnung möglich und zulässig ist. Dazu das Nachfolgende.

**b) Risiko der fehlenden Subrogation i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR**

- 110 Damit die Subrogation i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR eintreten kann, muss für den Subunternehmer (lediglich) erkennbar sein, dass die Zahlung des Erst-Bestellers mit Willen des

Hauptunternehmers erfolgt und Ersterer in die Rechte des Subunternehmers subrogieren soll<sup>167</sup>.

Mit Blick auf Art. 12 KBOB AVB GU kann man argumentieren, dass darin die Erklärung des Hauptunternehmers sinngemäss enthalten ist, wonach der Erst-Besteller bei Direktzahlungen an einen Subunternehmer in dessen Rechte subrogieren soll und dass Ersterer ermächtigt ist, die (formfrei und konkludent mögliche) Anzeige an den Subunternehmer stellvertretungsweise vorzunehmen<sup>168</sup>. 111

In Ermangelung einer ausdrücklichen Anzeige des Hauptunternehmers gegenüber dem Subunternehmer i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR kann es aber unklar sein, ob der Erst-Besteller tatsächlich in die Rechte des Subunternehmers subrogiert hat. Sicherheitshalber müsste sich der Erst-Besteller die Forderung des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer deshalb (auch noch) abtreten lassen<sup>169</sup>. Doch auch ein solches zweigleisiges Vorgehen verschafft dem Erst-Besteller keine umfassende Sicherheit, wie nachfolgend dargelegt wird. 112

**c) Risiko der fehlenden Verrechenbarkeit nach erfolgter Subrogation i.S.v. Art. 110 OR**

Die nachfolgenden Ausführungen gelten gleichermaßen für Ziff. 1 und 2 des Art. 110 OR. Wenn dem Erst-Besteller das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht am 113

---

<sup>167</sup> SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1919. Gemäss SCHUMACHER/REY muss der Subunternehmer insbesondere dann von einem solchen Sachverhalt ausgehen, wenn der Hauptunternehmer ein Interesse daran hat, Bauhandwerkerpfandrechte abzuwenden oder wenn dieser in Zahlungsschwierigkeiten steckt (SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, a.a.O.). Dem ist allerdings beizufügen, dass es für den Subunternehmer mangels ausdrücklicher Willenskundgabe des Hauptunternehmers und/oder Erst-Bestellers regelmässig schwierig zu beurteilen sein wird, ob der Erst-Besteller die fragliche Forderung (des Subunternehmers) tilgen möchte – sei es mit oder ohne Wissen und Willen des Hauptunternehmers – oder ob er in die Rechte des Subunternehmers subrogieren soll. Denn auch bei Tilgung der subunternehmerischen Forderung verliert der Subunternehmer sein Recht auf Eintragung eines entsprechenden Bauhandwerkerpfandrechtes und hat der Erst-Besteller, zumindest rechtlich gesehen, in aller Regel die Möglichkeit, das Bezahlte vom Hauptunternehmer erhältlich zu machen.

<sup>168</sup> Vgl. SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1919 f. m.H.a. u.a. BSK OR I-ZELLWEGER/GUTKNECHT, Art. 110 N 17; vgl. ferner auch STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. 8.

<sup>169</sup> Abgesehen davon, dass der Subunternehmer eine Zession allenfalls ablehnt, ist auch dies mit Aufwand verbunden und hilft faktisch nichts, wenn der Hauptunternehmer insolvent ist und der Erst-Besteller keine Möglichkeit zur Verrechnung hat.

Baugrundstück zusteht und der Subunternehmer bereits ein Bauhandwerkerpfandrecht hat eintragen lassen<sup>170</sup>, sieht Art. 110 Ziff. 1 OR bzw. Art. 827 Abs. 2 ZGB<sup>171</sup> eine Subrogation des zahlenden Dritten (Erst-Besteller) vor, ohne dass es hierzu, wie bei der Subrogation gemäss Art. 110 Ziff. 2 OR, eines Zutuns des Hauptunternehmers bedürfte<sup>172</sup>.

- 114 Allerdings ist Art. 110 OR kein zwingendes Recht – abweichende Vereinbarungen sind zulässig<sup>173 174</sup>. Die Interessenlage des zahlenden Erst-Bestellers ist grundsätzlich in beiden Konstellationen (Art. 110 Ziff. 1 oder Ziff. 2 OR) dieselbe, da sich deren Wirkungen nicht unterscheiden<sup>175</sup>. Dies vorausgeschickt, ist Folgendes zu bemerken.
- 115 Hat der Erst-Besteller in die Rechte des Subunternehmers subrogiert, wird er die dergestalt erworbene Forderung wenn immer möglich verrechnungsweise tilgen wollen, da der Hauptunternehmer in einer solchen Situation zumeist Zahlungsschwierigkeiten haben wird.

---

<sup>170</sup> Art. 110 Ziff. 1 OR setzt eine zumindest vorläufige Eintragung des (Bauhandwerker-) Pfandrechts im Grundbuch voraus. Mit anderen Worten kommt Art. 110 Ziff. 1 OR nicht zur Anwendung, wenn die Direktzahlung erfolgt, um die (vorläufige) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu vermeiden (BSK ZGB II-ZOGG, Art. 827 N 4 ff.).

<sup>171</sup> Art. 827 ZGB versteht sich als Anwendungsfall von Art. 110 Ziff.1 OR (Urteil [des Bundesgerichts] 5A\_549/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 3.2.1).

<sup>172</sup> Gleichwohl zählt auch die Subrogation i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR zu den Legalzessionen, da die Einwilligung des bisherigen Gläubigers (Subunternehmer) keine Voraussetzung für den Forderungsübergang ist.

<sup>173</sup> BSK OR-I, ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 110 N 36; BSK ZGB II-ZOGG, Art. 827 N 18 m.H.a. u.a. Urteil (des Bundesgerichts) 4C.15/2004 E. 5.4 vom 12. Mai 2004; KOLLER, OR AT, Rz. 36.34.

<sup>174</sup> GAUCH hält in genereller Weise (und ohne Bezug zu konkreten Vertragsklauseln) fest, dass namentlich jener Erst-Besteller, der den Subunternehmer bezahlt, um als belasteter Grundeigentümer ein Bauhandwerkerpfandrecht abzulösen, i.S.v. Art. 110 Ziff. 1 OR bzw. Art. 827 Abs. 2 ZGB in die Forderung des Subunternehmers eintritt (GAUCH, WV, 180a). Nicht klar ist dabei, ob GAUCH eine Berechtigung des Erst-Bestellers zu Direktzahlungen an den Subunternehmer als abweichende Vereinbarung im genannten Sinn deuten würde (s. auch GAUCH, WV, N 180). Jedenfalls lagen dem von GAUCH angeführten BGE 104 II 353 und BGr 4C.389/1999 vom 13.3.2000 soweit ersichtlich keine solche Berechtigungssituation zu Grunde. Dass aber eine Direktzahlung des Erst-Bestellers, die sich auf eine entsprechende vertragliche Abrede oder einseitige Ermächtigung seitens des Hauptunternehmers stützt, eine doppelte Tilgungswirkung entfalten kann, scheint für GAUCH klar zu sein (vgl. GAUCH, WV, N 180).

<sup>175</sup> BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 110 N 30 ff.

Eine Verrechnung kann zunächst daran scheitern, dass die vermeintlich erworbene Forderung des Subunternehmers nicht existiert (Veritätsrisiko)<sup>176</sup>. Denn: Bei der Legalzession (Art. 110 OR) haftet der Zedent weder für den Bestand der Forderung noch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (Art. 173 Abs. 2 OR). Im Rahmen der entgeltlichen Zession haftet der Zedent gemäss dispositiver Gesetzesregelung zwar für den Bestand der Forderung (zur Zeit der Abtretung)<sup>177</sup>, wird diese Haftung jedoch vorsichtshalber wegbedingen<sup>178</sup>. 116

Zudem ist Folgendes zu beachten: Weiss der Erst-Besteller im Zeitpunkt der Abtretung um die Unsicherheit des Bestandes der abgetretenen Forderung, kann dies als konkludenter Verzicht auf die Gewährleistung für den Bestand der Forderung verstanden werden<sup>179</sup>. Der Erst-Besteller ist deshalb in jedem Fall gut beraten, vorgängig eine (schriftliche) Schuldanerkennung des Hauptunternehmers einzuholen, falls dieser dazu Hand bietet<sup>180</sup>. 117

Fällt der Hauptunternehmer in Konkurs, kann eine Verrechnung im Sinne von Art. 213 f. SchKG unzulässig bzw. anfechtbar sein. Weitere Ausführungen hierzu finden sich in Rz. 504 ff.<sup>181</sup>. 118

---

<sup>176</sup> Sei es, dass die Forderung nicht *mehr* besteht oder *gar nie* bestanden hat. Beizufügen bleibt Folgendes: Das Risiko, dass die Vergütungsforderung des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer im Zeitpunkt der Direktzahlung des Erst-Bestellers nicht oder nicht mehr besteht, trägt der Erst-Besteller freilich auch dann, wenn er berechtigt ist, seine Schuld gegenüber dem Hauptunternehmer durch Leistung an einen Subunternehmer zu tilgen. Denn in Ermangelung einer solchen subunternehmerischen Forderung vermag die Direktzahlung des Erst-Bestellers seine Schuld gegenüber dem Hauptunternehmer nicht zu tilgen. Insofern kann man argumentieren, dass der Erst-Besteller bei einer Subrogation i.S.v. Art. 110 OR diesbezüglich nicht schlechter gestellt ist. Immerhin aber kann man festhalten, dass ihm die Subrogation insofern keinen Vorteil bietet.

<sup>177</sup> Beizufügen bleibt, dass der Zedent auch bei der entgeltlichen Zession nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners haftet (sogenanntes Bonitätsrisiko, Art. 171 Abs. 1 und 2 OR).

<sup>178</sup> SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1849.

<sup>179</sup> SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1849.

<sup>180</sup> SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1851.

<sup>181</sup> Siehe dazu auch SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 978 ff. und N 1924 ff.

- 119 Eine Verrechnung kann sodann ausser Betracht fallen, wenn der Erst-Besteller den Hauptunternehmer bereits vollständig bezahlt hat<sup>182</sup>. Dann fehlt dem Erst-Besteller eine Gegenforderung des Hauptunternehmers, mit welcher er verrechnen könnte. Hat der Erst-Besteller eine (Rest-)Schuld, die kleiner ist als die durch die Direktzahlung erworbene Forderung, kommt immerhin eine Verrechnung in reduziertem Umfang in Betracht.
- 120 Eine Verrechnung kann ebenfalls daran scheitern, dass der Hauptunternehmer Einreden geltend macht, die ihm gegenüber dem Subunternehmer zugestanden haben. Denn der Hauptunternehmer behält bei einer Subrogation des Erst-Bestellers i.S.v. Art. 110 Ziff. 1 oder Ziff. 2 OR alle Einreden (und Einwendungen), die ihm gegenüber dem Subunternehmer zur Verfügung gestanden haben<sup>183</sup>. Gleiches gilt für die rechtsgeschäftliche Zession (Art. 169 OR). Somit könnte der Hauptunternehmer beispielsweise dem Erst-Besteller zuvorkommen und unter den Voraussetzungen von Art. 169 OR seinerseits die Verrechnung mit Forderungen gegenüber dem Subunternehmer erklären, womit eine Verrechnung des Erst-Bestellers ebenfalls ausser Betracht fiel oder zumindest nur in betragsmässig reduziertem Masse in Frage käme<sup>184</sup>.
- 121 Des Weiteren kann eine Verrechnung gegenüber dem Hauptunternehmer daran scheitern, dass dieser – mangels Vereinbarung eines Abtretungsverbot im Hauptvertrag – seine Vergütungsforderungen gesamthaft an einen Dritten, namentlich an eine Bank, abgetreten hat. Auch diesfalls fällt eine Verrechnung des Erst-Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer ausser Betracht<sup>185</sup>.
- 122 Schliesslich kann eine Verrechnung auch deshalb nicht in Betracht kommen, weil der Hauptvertrag ein Verrechnungsverbot zulasten des Erst-Bestellers (oder freilich beider Parteien) vorsieht.

---

<sup>182</sup> Und auch keine sonstigen (verrechenbaren) Schulden gegenüber dem Hauptunternehmer hat, was auch für die nachfolgenden Ausführungen vorausgesetzt wird.

<sup>183</sup> BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 110 N 34; SCHUMACHER/REY, N 1850.

<sup>184</sup> Vgl. SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1850.

<sup>185</sup> Zur möglichen Verrechnung des Erst-Bestellers gegenüber dem Dritten (Bank) s. SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 985.

**d) Vorteil für den Erst-Besteller durch Übergang der Nebenrechte?**

Erwirbt der Erst-Besteller die Forderung des Subunternehmers – sei es durch gesetzliche (Art. 110 OR, Art. 827 Abs. 2 ZGB) oder rechtsgeschäftliche Zession – gehen die mit dieser Forderung verbundenen Nebenrechte auf den Erst-Besteller über<sup>186</sup>. Dazu gehört auch das Recht zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB<sup>187</sup>. Dies tönt auf den ersten Blick vorteilhaft für den Erst-Besteller. Allerdings ist Folgendes zu beachten. 123

Sofern der Erst-Besteller Eigentümer des Baugrundstückes ist, wäre die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes rechtlich unzulässig und im Übrigen auch wirtschaftlich betrachtet meistens nicht sinnvoll<sup>188</sup>. Zudem nimmt der Erst-Besteller Direktzahlungen in aller Regel deshalb vor, weil er verpflichtet ist, die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten zu vermeiden bzw. dafür zu sorgen, dass bereits eingetragene Bauhandwerkerpfandrechten umgehend gelöscht werden. Insofern ist der Übergang der Nebenrechte für den Erst-Besteller ohne Interesse. 124

Immerhin könnten die Nebenrechte für den Erst-Besteller dann interessant sein, wenn sich der Hauptunternehmer im Rahmen des Subunternehmervertrages verpflichtet hat, dem Subunternehmer bei Verpassen einer Zahlungsfrist eine Konventionalstrafe<sup>189</sup> zu bezahlen. Gemäss Art. 160 Abs. 2 OR könnte der Erst-Besteller (nach erfolgtem Forderungserwerb) die Konventionalstrafe *und* die Erfüllung des Vertrages fordern. Dies allerdings nur dann, wenn der Subunternehmer nicht ausdrücklich Verzicht leistet oder die Erfüllung vorbehaltlos annimmt (Art. 160 Abs. 2 OR). Sofern der Hauptunternehmer illiquid ist und der Erst-Besteller nicht über entsprechende Verrechnungsmöglichkeiten verfügt, wäre der praktische Nutzen einer solchen Konventionalstrafe freilich ebenfalls gering. 125

---

<sup>186</sup> SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1852; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 110 N 33.

<sup>187</sup> SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1852 m.H.a. BK-WEBER, Art. 110 OR N 55.

<sup>188</sup> Einerseits kann der Grundeigentümer nicht sein eigener Baupfandgläubiger sein, andererseits ist das Bauhandwerkerpfandrecht als Grundpfandverschreibung nicht in einem Wertpapier verbrieft (SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1852).

<sup>189</sup> Zur Akzessorietät der Konventionalstrafe s. BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 160 N 3 und N 5.

**e) Fazit**

- 126 Aus den vorstehend genannten Gründen (Rz. 110 ff.) spricht deshalb Vieles dafür, dass der Wille eines Erst-Bestellers auf eine direkte Befreiung gegenüber dem Hauptunternehmer gerichtet ist (und dies für den Hauptunternehmer auch erkennbar ist).
- 127 Nach der hier vertretenen Ansicht ist Art. 12.2 KBOB AVB GU deshalb so zu verstehen, dass die Direktzahlung des Erst-Bestellers diesen gegenüber dem Hauptunternehmer unter den weiter oben genannten Voraussetzungen (Rz. 105) im Umfang der Direktzahlung befreit, was sich im Übrigen mit der Ansicht der KBOB selber zu decken scheint (s. Fn. 166 und Rz. 108).
- 128 Weiter ist Art. 12.2 KBOB AVB GU nach der hier vertretenen Ansicht so zu verstehen, dass der Erst-Besteller bei Vornahme einer Direktzahlung in die Rechte des Subunternehmers subrogiert, falls er den Hauptunternehmer bereits vollständig bezahlt hat oder aber seine Vergütungsschuld geringer ist als seine Direktzahlung an den Subunternehmer. Letzterenfalls würde die Subrogation freilich nur insoweit erfolgen, als die Direktzahlung den Erst-Besteller gegenüber dem Hauptunternehmer nicht bereits befreit hat (s. auch Rz. 107).
- 129 Ergänzend ist auf Folgendes hinzuweisen: Das Recht zur Direktbezahlung des Subunternehmers gemäss Art. 12.2 KBOB AVB GU wird durch Art. 12.3 KBOB AVB GU, der auf die vorläufige oder definitive Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten eingeht, nicht beschnitten. Vielmehr gibt Abs. 3 dem Erst-Besteller zusätzliche Instrumente an die Hand, wenn es zur Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten kommt.

**f) Hinterlegung i.S.v. Art. 12.2 KBOB AVB GU**

- 130 Art. 12.2 KBOB AVB GU (Rz. 62) spricht von einem Recht auf Hinterlegung des Betrages, ohne näher auszuführen, was hiermit genau gemeint ist. Mit Blick auf die gesetzlichen Hinterlegungsgründe des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts scheidet sowohl der Gläubigerverzug als auch der Prätendentenstreit aus, da Art. 12 KBOB AVB GU hiervon nicht handelt<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> Art. 91-95 OR (Gläubigerverzug); Art. 96 und Art. 168 Abs. 1 OR (Prätendentenstreit). Ein Gläubigerverzug wäre freilich denkbar, wenn der Subunternehmer die Vergütungszahlung ablehnt (s. auch BSK ZGB II-ZOGG, Art. 827 N 13). Indes dürfte dies in der Praxis kaum vorkommen (vgl.

Denkbar wäre hingegen, dass damit die Leistung einer Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB gemeint ist. Eine solche würde an die Stelle des Bauhandwerkerpfandrechts treten und den Pfandrechtsanspruch zerstören<sup>191</sup>. Allerdings legt der Umstand, dass Art. 12.3 KBOB AVB GU explizit auf Art. 839 Abs. 3 ZGB eingeht, den Schluss nahe, dass Art. 12.2 KBOB AVB GU dies nicht im Auge hat<sup>192</sup>. Hingegen gilt auch hier wieder, dass der Erst-Besteller keine Berechtigung durch den Hauptunternehmers benötigt, um eine solche Sicherheit zu leisten<sup>193</sup>. 131

Nach der hier vertretenen Ansicht muss deshalb die Berechtigung zur Hinterlegung gemäss Art. 12.2 KBOB AVB GU als Recht des Erst-Bestellers verstanden werden, seine Vergütungsschuld gegenüber dem Hauptunternehmer durch eine Hinterlegung im entsprechenden Umfang zu tilgen, sei es durch die Leistung einer Sicherheit i.S.v. Art. 839 Abs. 3 ZGB oder durch eine unspezifische, gesetzlich nicht geregelte Hinterlegung<sup>194</sup>. 132

In beiden Fällen wird allerdings die fragliche Vergütungsforderung des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer nicht getilgt, falls im Subunternehmervertrag keine entsprechende Vereinbarung getroffen wurde. Auch kann durch die Leistung einer Sicherheit nicht verhindert werden, dass der Subunternehmer seine Leistung gestützt auf Art. 82 OR verweigert bzw. sistiert, womit das Doppelzahlungsrisiko des Erst-Bestellers bestehen bleibt<sup>195</sup>. 133

Fraglich ist sodann, ob der Erst-Besteller auch zur Hinterlegung berechtigt ist, wenn der Hauptunternehmer die fragliche Zahlung zurecht zurückbehält, denn der Wortlaut 134

---

GAUCH, WV, Fn. 430 in fine). Ein Prätendentenstreit wäre sodann immerhin im Rahmen einer Doppelbeauftragung denkbar. Schliesslich: Gemäss Art. 96 OR ist der Schuldner ausserdem zur Hinterlegung berechtigt, wenn er «aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde» nicht erfüllen kann – diese Variante wird vorliegend mangels Einschlägigkeit ebenfalls nicht weiter vertieft.

<sup>191</sup> STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. 8, mit Hinweisen.

<sup>192</sup> Anders STÖCKLI, dessen Ausführungen sich allerdings auf (den heutigen) Art. 11 des KBOB-Werkvertrags beziehen, der aber keine Art. 12 Abs. 3 KBOB AVB GU entsprechende Regelung kennt (STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. 8).

<sup>193</sup> STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. 8.

<sup>194</sup> Zur Tilgungswirkung s. auch STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. 8.

<sup>195</sup> STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. 8, m.H.a. ZK-SCHRANER, Art. 82 N 196.

von Art. 12.2 KBOB AVB GU verbietet für diesen Fall ausdrücklich nur die Direktbezahlung des jeweiligen Subunternehmers. Allerdings wäre es nicht sachgerecht, wenn der Erst-Besteller bei einem solch rechtmässigen Vorgehen des Hauptunternehmers den fraglichen Betrag hinterlegen dürfte und sich dadurch gegenüber dem Hauptunternehmer von seiner eigenen Vergütungsschuld befreien könnte. Sinnvollerweise muss die Möglichkeit der Hinterlegung auf Fälle beschränkt sein, in denen es unklar ist, ob der Hauptunternehmer die jeweilige Zahlung berechtigterweise zurückbehält<sup>196</sup>.

- 135 Was sodann die Kostentragung der Hinterlegung anbelangt, ist Folgendes zu beachten: Art. 12.2 KBOB AVB GU redet von einer Hinterlegung «auf Kosten des Generalunternehmers/Lieferanten» (Rz. 62). Der *Lieferant* ist dabei kein Synonym für den Generalunternehmer, sondern meint einen Beauftragten des Generalunternehmers, wie bereits aus Art. 12.1 KBOB AVB GU hervorgeht. Art. 12.1 KBOB AVB GU unterscheidet bei den Beauftragten des Generalunternehmers allerdings den Subunternehmer vom Lieferanten und dem (sonstigen) Beauftragten. Dass die zitierte Formulierung betreffend Kostentragung der Hinterlegung den Subunternehmer und Beauftragten nicht nennt, ist wohl eher als redaktionelle Vereinfachung denn als inhaltliche Beschränkung zu verstehen<sup>197</sup>.
- 136 Letztlich kann diese Frage aber offenbleiben. Wiederum gilt nämlich, dass sich eine Bestimmung im Rahmen des Hauptvertrages nicht zu Lasten des an diesem Vertrag nicht beteiligten Subunternehmers auswirken kann. Der Erst-Besteller kann die im Zusammenhang mit der (rechtmässigen) Hinterlegung anfallenden Kosten demnach mangels anderslautender Vereinbarungen mit dem Subunternehmer nur auf den Hauptunternehmer überwälzen.

---

<sup>196</sup> Ausdrücklich in diesem Sinne die in Rz. 64 vorstehend zitierte Regelung einer privatrechtlichen Werkbestellerin. Zu ergänzen ist Folgendes: Freilich darf der Erst-Besteller den jeweiligen Betrag auch hinterlegen, wenn erstellt ist, dass der Hauptunternehmer die fragliche Zahlung unrechtmässig zurückbehält. Nur wird er in einer solchen Situation wohl regelmässig die Direktbezahlung des Subunternehmers vorziehen, damit dessen Forderung getilgt ist.

<sup>197</sup> Gleiches muss auch bereits für den Titel von Art. 12 KBOB AVB GU gelten, der nur den Subunternehmer als Direktzahlungsadressaten nennt.

### 2.1.3 Keinerlei Befugnis des Erst-Bestellers zu Direktzahlungen bei berechtigtem Zurückbehalten der Zahlung durch den Hauptunternehmer

Wie gesehen (Rz. 30), bedarf der Erst-Besteller weder einer besonderen Berechtigung noch einer Ermächtigung des Hauptunternehmers, um eine offene Forderung des Subunternehmers zu tilgen. Daher wurde vorstehend (Rz. 102) gesagt, dass solche Berechtigungen vernünftigerweise nicht Inhalt der Berechtigung gemäss Art. 12.2 KBOB AVB GU sein kann. 137

Art. 12.2 KBOB AVB GU hält wie erwähnt fest, dass der Erst-Besteller den Beauftragten, Subunternehmer oder Lieferanten nicht direkt bezahlen darf, wenn der Hauptunternehmer fristgerecht den Nachweis erbringt, dass er die fragliche Zahlung berechtigterweise zurückbehält. Dem klaren Wortlaut folgend muss dies bedeuten, dass bei einem solchem Nachweis *jegliche* Direktzahlungen des Erst-Bestellers vertraglich untersagt sind. Dieser Schluss liegt auch deshalb nahe, weil der Hauptunternehmer mit dem (berechtigten) Zurückbehalten der Zahlung regelmässig bestimmte Interessen<sup>198</sup> verfolgen wird und ihm diese Interessenverfolgung durch eine eigenmächtige Direktzahlung des Erst-Bestellers vereitelt oder zumindest erschwert würde. 138

Die Berechtigung des Erst-Bestellers gemäss Art. 12.2 KBOB AVB GU, unter bestimmten Voraussetzungen Direktzahlungen an den Subunternehmer mit den vorstehend (Rz. 100) beschriebenen Wirkungen zu leisten, ist somit mit einem Verbot seiner gesetzlichen Interventionsbefugnis verknüpft. Mit Blick auf die Terminologie der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) kann von einem Einmischungsverbot i.S.v. Art. 420 Abs. 3 OR geredet werden, wenngleich dieses typischerweise einseitig ausgesprochen wird. 139

D.h. dem Erst-Besteller steht es demnach nicht frei, den jeweiligen Subunternehmer direkt zu bezahlen, wenn der Hauptunternehmer (fristgerecht) nachzuweisen vermag, dass er die fragliche Zahlung berechtigterweise zurückbehält. Setzt sich der Erst-Bestel- 140

---

<sup>198</sup> Insbesondere zu denken ist an ausstehende Nachbesserungen des Subunternehmers. Wird der Subunternehmer vor Ausführung von Nachbesserungsarbeiten (vollständig) bezahlt, fällt der Druck, der mit dem Zurückbehalten eines Vergütungsanteils verbunden ist, weg (Näheres hierzu s. Rz. 324 f.).

ler über diese Beschränkung hinweg, kann er dem Hauptunternehmer u.U. schadenersatzpflichtig werden (Rz. 318 ff.).

## 2.2. Art. 11 KBOB Werkvertrag<sup>199</sup>

### 2.2.1 Voraussetzungen des Direktzahlungsrechts

#### a) Einleitung

- 141 Der Wortlaut des Art. 11 KBOB WV (Rz. 63) weicht in verschiedener Hinsicht von Art. 12 KBOB AVB GU ab. Zunächst fällt auf, dass Art. 11 KBOB WV die Berechtigung des Erst-Bestellers zur Vornahme von Direktzahlungen weiter fasst als Art. 12 KBOB AVB GU, indem er nicht abschliessend definierte «wichtige Gründe» voraussetzt, wohingegen Art. 12 KBOB AVB GU wie gesehen (Rz. 83 ff.) einzig an ein unberechtigtes Zurückbehalten (fälliger) Zahlungen anknüpft.
- 142 Grundlage für die Direktzahlung können gemäss Art. 11 KBOB WV (nur) *wichtige* Gründe sein, wobei beispielhaft Zahlungsschwierigkeiten des Unternehmers und schwerwiegende Differenzen genannt werden. Freilich darf nicht übersehen werden, dass auch im Rahmen von Art. 12 KBOB AVB GU in aller Regel Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers oder Differenzen zwischen Haupt- und Subunternehmer vorliegen dürften, wenn der Hauptunternehmer Zahlungen unberechtigterweise zurückbehält (und sich darüber auch nicht im Irrtum befindet). Die nachfolgenden Ausführungen – Zahlungsschwierigkeiten; Differenzen – sind deshalb je nach dem auch im Anwendungsbereich von Art. 12 KBOB AVB GU zu berücksichtigen.
- 143 Sodann fällt auf, dass Art. 11 KBOB WV im Unterschied zu Art. 12 KBOB AVB GU ausdrücklich festhält, dass eine Direktzahlung des Erst-Bestellers (unter den Voraussetzungen von Art. 11 KBOB WV) befreiende Wirkung gegenüber dem Hauptunternehmer entfaltet<sup>200</sup>. Damit sollte unzweifelhaft sein, dass eine (im Sinne von Art. 11 KBOB WV

---

<sup>199</sup> Wortlaut s. Rz.63; nachfolgend «Art. 12 KBOB WV».

<sup>200</sup> Freilich immer nur, wenn die Voraussetzungen von Art. 11 KBOB WV erfüllt sind.

berechtigte) Direktzahlung des Erst-Bestellers dessen Vergütungsschuld gegenüber dem Hauptunternehmer unmittelbar und ohne weiteres tilgt<sup>201</sup>.

Weiter fällt auf, dass Art. 11 KBOB WV im Gegensatz zu Art. 12 KBOB AVB GU gewisse Voraussetzungen des Direktzahlungsrechts nicht oder zumindest nicht explizit nennt, namentlich die Ausgewiesenheit der Forderung, die fehlende Berechtigung des Hauptunternehmers zum Rückbehalt der Zahlung sowie dessen fehlender Rechtfertigungsnachweis innert Frist. 144

#### **b) Zahlungsschwierigkeiten**

Was genau unter «Zahlungsschwierigkeiten» verstanden wird, geht aus Art. 11 KBOB WV nicht hervor. Der Erst-Besteller wird diesen Begriff im Zweifel in einem weiten Sinn verstehen wollen. Allerdings kann er kaum in guten Treuen davon ausgehen, dass der Hauptunternehmer Direktzahlungen im Auge hatte, die paulianisch anfechtbar wären (Art. 285 ff. SchKG)<sup>202</sup>. Insbesondere gilt dies mit Blick auf Art. 288 SchKG, der eine eigentliche Schädigungsabsicht des Schuldners voraussetzt. Wie später dargelegt wird (Rz. 502 f.), können gravierende Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners (Hauptunternehmers) eine solche Schädigungsabsicht indizieren<sup>203</sup>. 145

Im Zweifel<sup>204</sup> wird man deshalb nicht davon ausgehen dürfen, dass sich die Berechtigung des Erst-Bestellers zur Vornahme von Direktzahlungen i.S.v. Art. 11 KBOB WV auch auf Situationen bezieht, in denen die prekäre Finanzlage des Hauptunternehmers bei Vornahme einer Direktzahlung eine Gläubigerschädigung nahelegt. Handkehrum wird mit Blick auf Sinn und Zweck der Bestimmung bereits dann von Zahlungsschwierigkeiten auszugehen sein, wenn sich der Hauptunternehmer in Zahlungsverzug befindet und der Subunternehmer (deswegen) weitere Arbeit sistiert hat<sup>205</sup>. 146

---

<sup>201</sup> Dies freilich nur, sofern eine solche Vergütungsschuld im entsprechenden Betrag (noch) besteht.

<sup>202</sup> Selbst im gegenteiligen Fall wäre aber Art. 11 KBOB WV diesbezüglich nicht widerrechtlich i.S.v. Art. 20 OR, da die Anfechtbarkeit i.S.v. Art. 285 SchKG die zivilrechtliche Gültigkeit der angefochtenen Rechtshandlung nicht tangiert, was aber sinnlos wäre, wenn die Gültigkeit gerade wegen dieser Anfechtbarkeit erst gar nicht gegeben wäre.

<sup>203</sup> Art. 287 SchKG setzt gar eine Überschuldung des Schuldners voraus.

<sup>204</sup> Auslegung «in dubio contra stipulatorem».

<sup>205</sup> In diesem Sinne STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES zu Art. 1.5.2 der SIA-LHO (STÖCKLI/MIDDENDORF /ANDRES, SIA-Klauseln für Planerverträge, Rz. 395).

- 147 Im Einzelfall ist deshalb immer danach zu fragen, welches Verständnis die konkreten Vertragsparteien dem Begriff «Zahlungsschwierigkeiten» beigemessen haben. Ergibt sich dabei, dass die Finanzlage des Hauptunternehmers im Zeitpunkt der Direktzahlung nicht (mehr) von der Berechtigung gemäss Art. 11 KBOB WV umfasst war, kann die (dennoch vorgenommene) Zahlung des Erst-Bestellers an den Subunternehmer keine Tilgung im Rahmen des Hauptvertrages entfalten<sup>206</sup>. Ausserdem verletzt eine solche Direktzahlung Art. 11 KBOB WV, was zu Schadenersatzpflichten des Erst-Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer führen kann (Rz. 318 ff.). Der umsichtige Erst-Besteller wird deshalb nur dann von seiner Berechtigung zur Direktzahlung Gebrauch machen, wenn die Zahlungsschwierigkeiten des Erst-Bestellers bloss vorübergehenden Charakter haben.

### **c) Schwerwiegende Differenzen**

- 148 Art. 11 KBOB WV definiert auch die «schwerwiegenden Differenzen», von denen er spricht, nicht näher. Insbesondere wird nicht gesagt, ob sich solche Differenzen unmittelbar auf ausstehende Vergütungszahlungen beziehen müssen. Mit Blick auf den Sinn der Bestimmung<sup>207</sup> ist zu fordern, dass die «schwerwiegenden Differenzen» eine fristgerechte Bezahlung der Subunternehmer zumindest gefährden (auch wenn der Hauptunternehmer grundsätzlich zahlungsfähig ist<sup>208</sup>)<sup>209</sup>.

### **d) Andere wichtige Gründe**

- 149 Wie gesagt schweigt sich Art. 11 KBOB WV darüber aus, welches «andere wichtige Gründe» sein können, wenn der Hauptunternehmer weder Zahlungsschwierigkeiten hat noch im Streit mit dem Subunternehmer liegt. Nach der hier vertretenen Ansicht kann dies

---

<sup>206</sup> Die «Zahlung» ist deshalb keine «Direktzahlung» im hier verstandenen Sinn, auch wenn sie vom Erst-Besteller so intendiert war.

<sup>207</sup> Vermeidung von Bauhandwerkerpfandrechten und reibungsloser Ablauf der Bautätigkeit (s. auch Rz. 73).

<sup>208</sup> Die Formulierung von Art. 11 KBOB WV nennt die Differenzen als Alternative zu den Zahlungsschwierigkeiten. Selbstverständlich ist aber auch denkbar, dass der Hauptunternehmer Zahlungsschwierigkeiten *und* schwerwiegende Differenzen mit einem Subunternehmer hat.

<sup>209</sup> Die «Meinungsverschiedenheiten» gemäss Art. 37 SIA-Norm 118, Ausgabe 2013, werden indes in einem weiteren Sinn verstanden. Die unterschiedlichen Auffassungen der Parteien können offenbar jeden Punkt betreffen, der in irgendeiner Weise mit der Vertragserfüllung zusammenhängt (s. HÜRLIMANN, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 37/Rz. 1).

die (durch die ausbleibende Zahlung des Hauptunternehmers bewirkte) Gefährdung des Baufortschritts oder der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten liegen.

**e) Anhörung der Beteiligten**

Art. 11 KBOB WV verlangt eine vorgängige «Anhörung der Beteiligten» durch den Erst-Besteller, bevor dieser eine Direktzahlung an den Subunternehmer vornehmen kann (Rz. 63). Mit den «Beteiligten» können nur der Gläubiger (Subunternehmer oder Lieferant) und der Schuldner (Hauptunternehmer) jener Forderung gemeint sein, die der Erst-Besteller auf dem Wege der Direktzahlung tilgen möchte. 150

Zur Erinnerung: Art. 12 Abs. 2 KBOB AVB GU setzt zunächst voraus, dass der Hauptunternehmer ausgewiesene Forderungen von Subunternehmern nicht erfüllt (Rz. 78), und untersagt dem Erst-Besteller die Direktbezahlung des Subunternehmers, wenn der Hauptunternehmer seine Berechtigung zum Rückbehalt (fristgerecht) dartun kann (Rz. 83 ff.). Zudem sieht Art. 12 KBOB AVB GU lediglich eine (schriftliche) Anhörung des *Hauptunternehmers* vor (Rz. 62). 151

Gegenstand und Konsequenzen der Anhörung gemäss Art. 12 Abs. 2 KBOB AVB GU sind demnach klar festgelegt. Dies ist bei Art. 11 KBOB WV nicht oder zumindest nicht in gleichem Masse der Fall. Vernünftigerweise wird man auch bei Art. 11 KBOB WV eine fällige, indes (noch) nicht erfüllte Forderung des jeweiligen Subunternehmers voraussetzen müssen, obwohl dies dem Wortlaut von Art. 11 KBOB nicht zu entnehmen ist. Thema der Anhörung wird deshalb die Existenz und Fälligkeit der jeweiligen Forderung sowie ein allfälliges Rückbehaltungsrecht des Hauptunternehmers sein. 152

Somit liegt es am Subunternehmer, im Rahmen der Anhörung glaubhaft darzulegen, dass er über eine fällige, offene Vergütungsforderung gegenüber dem Hauptunternehmer verfügt, wohingegen der Hauptunternehmer seine Berechtigung zum Rückbehalt dieser Forderung dartun müsste. 153

Ob Art. 11 KBOB WV in Analogie zu Art. 12 Abs. 2 KBOB AVB GU dahingehend zu ergänzen ist, dass dem Erst-Besteller Direktzahlungen überhaupt verwehrt sind, wenn der Hauptunternehmer die fragliche Zahlung berechtigterweise zurückbehält, wird weiter hinten erörtert (Rz. 158 ff.). Jedenfalls aber verkäme die Anhörung des Hauptunternehmers andernfalls zu einer reinen Pflichtübung ohne Konsequenzen für den 154

Erst-Besteller, der mit anderen Worten in jedem Fall ein Direktzahlungsrecht mit befreiender Wirkung gegenüber dem Hauptunternehmer hätte. Dass aber vernünftige und redliche Vertragsparteien – insbesondere ein vernünftiger Hauptunternehmer – Art. 11 KBOB WV in diesem Sinn verstehen würden, ist unwahrscheinlich.

- 155 Wie erwähnt (Rz. 69), hält die KBOB in ihrem Leitfaden zu Art. 11 KBOB WV fest, dass der Erst-Besteller, der eine Direktzahlung beabsichtigt, im Rahmen der Anhörung wenn immer möglich die entsprechende (schriftliche) Zustimmung des Hauptunternehmers einholen sollte, um der Gefahr einer Doppelzahlung zu begegnen<sup>210</sup>.
- 156 Freilich kann es dem Erst-Besteller nicht schaden, wenn er eine solche explizite, vorgängige Zustimmungserklärung des Hauptunternehmers erhältlich machen kann<sup>211</sup>. Dies insbesondere dann, wenn er die (strittige) Berechtigung des Hauptunternehmers zum Rückbehalt nicht abschliessend beurteilen kann. Indes kann dieser Hinweise im Leitfaden der KBOB nichts daran ändern, dass die Berechtigung zur Direktzahlung i.S.v. Art. 11 KBOB WV bei gegebenen Voraussetzungen gültig ist und keiner (nochmaligen) Zustimmung des Hauptunternehmers bedarf.

## 2.2.2 Inhalt und Wirkungen der Berechtigung

- 157 Für den Inhalt und die Wirkungen der Direktzahlung und Hinterlegung wird auf vorstehende Rz. 100 ff. verwiesen. Ergänzend ist Folgendes zu bemerken: Im Unterschied zu Art. 12 KBOB AVB GU nennt Art. 11 KBOB WV wie erwähnt die befreiende Wirkung der Direktzahlung und der Hinterlegung gegenüber dem (Haupt-)Unternehmer ausdrücklich<sup>212</sup>. Wiederum gilt allerdings, dass nur die Direktzahlung an den Subunternehmer dessen Vergütungsforderung gegenüber dem Hauptunternehmer zu tilgen vermag, nicht jedoch, mangels entsprechender Regelung im Subunternehmervertrag, die Hinterlegung des entsprechenden Betrages durch den Erst-Besteller (Rz. 133).

---

<sup>210</sup> Leitfaden zum KBOB-Werkvertrag, Stand 7. Dezember 2020, Seite 14 (s. Rz. 69, vorstehend).

<sup>211</sup> Noch besser wäre allerdings, wenn der Erst-Besteller auch eine (schriftliche) Schuldanerkennung des Hauptunternehmers erhältlich machen könnte.

<sup>212</sup> Bei einer Überarbeitung von Art. 12 KBOB AVB GU wäre es wünschenswert, wenn dies dort auch ausdrücklich vermerkt würde.

### 2.2.3 **Keinerlei Befugnis des Erst-Bestellers zu Direktzahlungen bei berechtigtem Zurückbehalten der Zahlung durch den Hauptunternehmer?**

Art. 11 KBOB WV statuiert im Unterschied zu Art. 12.2 KBOB AVB GU kein explizites Verbot des Bauherrn, bei berechtigtem Rückbehalt des Hauptunternehmers Direktzahlungen an den Subunternehmer zu leisten. Art. 11 KBOB WV könnte demnach – zumindest dem Wortlaut nach – so verstanden werden, dass der Erst-Besteller auch bei berechtigtem Rückbehalt des Hauptunternehmers die jeweilige Forderung des Subunternehmers durch Direktzahlung tilgen könnte, diese Zahlung allerdings keine befreiende Wirkung im Verhältnis zwischen Erst-Besteller und Hauptunternehmer entfalten würde. 158

Wie Vertragsparteien Art. 11 KBOB WV in einem konkreten Fall verstehen bzw. verstehen müssen und dürfen, kann wiederum nicht in allgemeiner Weise gesagt werden. Allerdings dürfte es in der Praxis eher unwahrscheinlich sein, dass Vertragsparteien bewusst zwischen dem Direktzahlungsrecht des Erst-Bestellers mit befreiender Wirkung gegenüber dem Hauptunternehmer einerseits und ohne solche Wirkung andererseits unterscheiden und sodann eine Regelung treffen, die nur Ersteres regelt bzw. Letzteres im Ungewissen lässt. Wahrscheinlicher ist, dass Vertragsparteien – wenn sie denn schon das Direktzahlungsrecht des Erst-Bestellers regeln bzw. an bestimmte Voraussetzungen knüpfen – eine Direktzahlungsbefugnis ausserhalb der entsprechenden Regelung ganz ausschliessen wollen. 159

Nach der hier vertretenen Ansicht ist deshalb auch Art. 11 KBOB WV dahingehend zu verstehen, dass der Erst-Besteller keinerlei Direktzahlungen leisten darf, wenn die entsprechenden Voraussetzungen nicht erfüllt sind<sup>213</sup>. Man mag hiergegen einwenden, dass dies eine unternehmerfreundliche Auslegung ist, allerdings wird primär der Erst-Besteller durch Art. 11 KBOB WV begünstigt, indem ihm bei gegebenen Voraussetzungen erlaubt wird, Direktzahlungen mit befreiender Wirkung für sich selbst zu tätigen. Deshalb kann ihm durchaus «zugemutet» werden, den kontrahierenden Unternehmer so verstehen zu müssen, dass dieser jegliches sonstige «Einmischen» in seine Zahlungen bzw. Vertragsverhältnisse zum Subunternehmer unterbinden will (Art. 420 Abs 3 OR). 160

---

<sup>213</sup> Anders bzw. differenzierend STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES zu Art. 1.5.2 der SIA-LHO (STÖCKLI/MIDDENDORF/ANDRES, SIA-Klauseln für Planerverträge, Rz. 398).

- 161 Sofern man im Übrigen den KBOB-Muster-Werkvertrag insgesamt als AGB begreift und dieser im Einzelfall vom Erst-Besteller verwendet wird, würde ein solches Verständnis auch mit der Regel korrespondieren, unklare AGB-Regelungen zu Lasten des Verfassers bzw. Verwenders auszulegen<sup>214</sup>.
- 162 Dem Erst-Besteller steht es unter dem Regime von Art. 11 KBOB WV demnach – gleich wie bei Art. 12 Abs. 2 KBOB AVB GU – nicht frei, eine Direktzahlung an den jeweiligen Subunternehmer zu leisten, wenn der Hauptunternehmer nachzuweisen vermag, dass er die fragliche Zahlung berechtigterweise zurückbehält. Setzt sich der Erst-Besteller über diese Beschränkung hinweg, kann er dem Hauptunternehmer gegenüber u.U. schadenersatzpflichtig werden (Rz. 318 ff.).

### **3. ZUSAMMENFASSUNG**

- 163 Nachfolgend werden wesentliche (gemeinsame) Punkte der vorstehenden Analyse kurz zusammengefasst. Dies mit dem Ziel, dem Leser eine grobe Richtschnur für die Auslegung ähnlicher Direktzahlungsklauseln an die Hand zu geben, sofern diese Punkte dort nicht klar (anders) geregelt sind.
- 164 Nach dem hier vertretenen Verständnis spricht viel dafür, dass eine vertragliche Berechtigung des Erst-Bestellers zur Vornahme von Direktzahlungen an Subunternehmer die unmittelbare Befreiung des Erst-Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer mitumfasst, sofern und soweit der Hauptunternehmer eine offene Vergütungsforderung gegenüber dem Erst-Besteller hat und die Direktzahlung die betreffende Forderung des Subunternehmers tilgt.
- 165 Denkbar bzw. nach dem hier vertretenen Verständnis naheliegend ist allerdings, dass der Erst-Besteller bei Vornahme einer Direktzahlung in die Rechte des Subunternehmers i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR subrogiert, falls er den Hauptunternehmer bereits vollständig bezahlt hat oder aber seine Vergütungsschuld geringer ist als seine Direktzahlung an

---

<sup>214</sup> Freilich kommt besagte Regel erst zur Anwendung, wenn die übrigen Anwendungsmittel versagen und der bestehende Zweifel nicht anders behoben werden kann (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1232).

den Subunternehmer<sup>215</sup>. Letzterenfalls würde die Subrogation betragsmässig freilich nur insoweit erfolgen, als die Direktzahlung den Erst-Besteller gegenüber dem Hauptunternehmer nicht schon befreit hat. Die nachstehenden Ausführungen beziehen sich auf die Situation der unmittelbaren Befreiung; für Ausführungen zu Art. 110 Abs. 2 OR wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen (Rz. 104 ff.)

Sofern der Erst-Besteller dinglich am Baugrundstück berechtigt ist i.S.v. Art. 110 Ziff. 1 OR bzw. Art. 827 Abs. 2 ZGB, setzt die Tilgungswirkung der Direktzahlung im vorgenannten Sinne (Rz. 164) voraus, dass die Parteien – der Erst-Besteller und der Hauptunternehmer – die entsprechenden Subrogationsfolgen zumindest implizit wegbedungen haben. Andernfalls bewirkt die Direktzahlung des Erst-Bestellers keine Tilgung, weder der eigenen Schuld gegenüber dem Hauptunternehmer noch jener des Haupt- gegenüber dem Subunternehmer. Vielmehr subrogiert der Erst-Besteller in die Rechte des Subunternehmers und wird bezüglich der fraglichen Forderung zum neuen Gläubiger des Hauptunternehmers. 166

Die vertragliche Befugnis des Erst-Bestellers zur Vornahme von Direktzahlungen mit befreiender Wirkung gegenüber dem Hauptunternehmer wird regelmässig voraussetzen – gegebenenfalls auch nur konkludent –, dass der Hauptunternehmer nicht berechtigt ist, die entsprechende Zahlung zurückzubehalten. Besteht hingegen ein solches Zurückbehaltungsrecht des Hauptunternehmers, wird es dem Erst-Besteller vertraglich untersagt sein, Direktzahlungen (dennoch) vorzunehmen. Mit anderen Worten ist die gesetzlich gegebene Interventionsbefugnis des Erst-Bestellers für diesen Fall vertraglich wegbedungen (Rz. 137 ff. und 158 ff.). Setzt sich der Erst-Besteller über ein solches Verbot hinweg, kann er dem Hauptunternehmer gegenüber schadenersatzpflichtig werden. 167

Der Subunternehmer ist nicht berechtigt – verpflichtet erst recht nicht –, die (Direkt-) Zahlung des Erst-Bestellers einzufordern, sei es in eigenem oder fremdem Namen. Hingegen ist er berechtigt<sup>216</sup>, die Leistung (Bezahlung) des Erst-Bestellers mit befreiender Wirkung für den Hauptunternehmer entgegenzunehmen. 168

---

<sup>215</sup> Selbstverständlich muss überdies die Direktzahlung des Erst-Bestellers den betreffenden Subunternehmer befriedigt haben, was aber bereits ausdrücklich im Gesetz steht (Art. 110 OR).

<sup>216</sup> Weigert sich der Subunternehmer zur Entgegennahme der Zahlung, kommt er in Gläubigerverzug (vgl. BSK OR I-SCHROETER, Art. 68 N 29 zur Intervention, was freilich umso mehr gilt, wenn der Hauptunternehmer den Erst-Besteller zur Direktbezahlung des Subunternehmers berechtigt hat).

- 169 Mit der direkten Bezahlung des Subunternehmers tilgt der durch die jeweilige Direktzahlungsklausel entsprechend berechnete Erst-Besteller somit gleichzeitig zwei Schulden (natürlich nur, soweit diese bestehen): einerseits die fragliche offene Vergütungsforderung des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer und andererseits seine eigene Vergütungsschuld gegenüber dem Hauptunternehmer<sup>217</sup>.
- 170 Spiegelbildlich wird der Hauptunternehmer gegenüber seinem Subunternehmer im bezahlten Umfang befreit, er verliert aber im Gegenzug seine Vergütungsforderung gegenüber dem Erst-Besteller im selben Umfang.
- 171 Übersteigt die jeweilige Forderung des Subunternehmers die offene Vergütungsschuld des Erst-Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer, oder versteht sich die Direktzahlungsklausel von vornherein (nur) i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR, kann der Erst-Besteller die durch Subrogation erworbene Forderung des Subunternehmers (im gesetzlich zulässigen Rahmen) zur Verrechnung stellen.
- 172 Die vertraglich vereinbarte Berechtigung des Erst-Bestellers zur Vornahme von Direktzahlungen ist nach der hier vertretenen Auffassung unwiderruflich<sup>218</sup>, dies im Gegensatz zur einseitigen Ermächtigung (Rz. 173 ff. und Fn. 73).

#### **4. KURZER EXKURS ZUR EINSEITIGEN ERMÄCHTIGUNG UND NACHTRÄGLICHEN GENEHMIGUNG**

- 173 Von der *vertraglichen* Berechtigung des Erst-Bestellers zur Zahlung an den Subunternehmer ist die *einseitige* Ermächtigung zur Direktzahlung zu unterscheiden. Einerseits kann dies auf dem Wege der Anweisung geschehen (Rz. 203 ff.). Andererseits kann der Hauptunternehmer den Erst-Besteller ausserhalb des Hauptvertrages zur Direktzahlung an den Subunternehmer ermächtigen, wobei diese Ermächtigung von einer Bevollmächtigung i.S.v. Art. 32 ff. OR zu unterscheiden ist, da sich die Ermächtigung nicht darauf bezieht, dass der Erst-Besteller im Namen und für Wirkung des Haupt-

---

<sup>217</sup> Vgl. BGE 136 III 14 E. 2.3 S. 19; Urteil (des Bundesgerichts) 4C.215/2004 E. 3.1 vom 23. November 2004; BGE 217 II 404 E. 3b S. 407; GAUCH, WV, N 180; KOLLER, OR AT, N 73.17.

<sup>218</sup> Der Widerruf ist ein aufhebendes Gestaltungsrecht und als solches eine einseitige, empfangsbedürftige, an den Bevollmächtigten gerichtete Erklärung (BSK OR I-WATTER, Art. 34 N 3).

unternehmers rechtsgeschäftlich gegenüber dem Subunternehmer tätig wird<sup>219</sup>, sondern der Hauptunternehmer den Erst-Besteller ermächtigt, dessen Schuld gegenüber dem Hauptunternehmer durch Zahlung an den Subunternehmer zu tilgen<sup>220</sup>.

Zahlt der Erst-Besteller den Subunternehmer ohne entsprechende Ermächtigung<sup>221</sup> des Hauptunternehmers, um eine Vergütungsforderung des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer zu tilgen, treten diese Tilgungswirkungen unter den Voraussetzungen der Intervention (Rz. 30 und Rz. 226 ff.) ein. 174

Dagegen bewirkt diese Intervention nicht, dass eine allfällige Vergütungsschuld des Erst-Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer (im Umfang der Direktzahlung an den Subunternehmer) getilgt wird (Rz. 228). Der Hauptunternehmer hat es allerdings in der Hand, diese Tilgungswirkung durch nachträgliche Genehmigung der Direktzahlung des Erst-Bestellers herbeizuführen<sup>222 223</sup>. 175

---

<sup>219</sup> Freilich erzeugt die Direktzahlung des Erst-Bestellers an den Subunternehmer Rechtswirkungen im Verhältnis Hauptunternehmer / Subunternehmer, indem der Erst-Besteller die Vergütungsschuld des Hauptunternehmers im Umfang der Direktzahlung tilgt. Wie gesehen benötigt der Erst-Besteller (allein) hierzu aber keiner Berechtigung seitens des Hauptunternehmers – da er dieselbe Wirkung auch auf dem Wege der Intervention erzielen könnte – und geht es auch nicht darum, dass der Erst-Besteller als *Vertreter* des Hauptunternehmers auftreten wollte.

<sup>220</sup> Schon gar nicht geht es um eine Inkassovollmacht zu Gunsten des Subunternehmers, die diesen berechtigten würde, die Forderung des Hauptunternehmers gegenüber dem Erst-Besteller im Namen des Hauptunternehmers zu erheben.

<sup>221</sup> Sei es eine einseitige Ermächtigung oder vertragliche Berechtigung.

<sup>222</sup> GAUCH, WV, N 180. Auch im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 f. OR) ist eine nachträgliche Genehmigung der Geschäftsbesorgung vorgesehen. Allerdings wird in der Lehre überwiegend die Auffassung vertreten, dass Art. 424 OR nicht auf die Eigengeschäftsführung bzw. Geschäftsanmassung i.S.v. Art. 423 OR anwendbar sei (z.B. ZK-SCHMID, Vorbemerkungen zu Art. 419-424 N 20, Art. 423 N 146 sowie Art. 424 N 7; s. ferner die Hinweise in BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 424 N 3). M.E. ist allerdings nicht einzusehen, weshalb es dem Geschäftsführer, der sich mit einer Eigengeschäftsführung konfrontiert sieht, verwehrt sein soll, einen solchen Eingriff (dennoch) zu genehmigen – eine solche Bevormundung braucht es nicht und lässt sich auch nicht auf den weit gefassten Wortlaut von Art. 424 OR stützen (vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2160; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 424 N 3; vgl. auch BSK OR I-OSER/WEBER, Vor Art. 419-424 N 6 mit Hinweis auf BGE 102 II 203, wo ausgeführt wird, dass *Rechtshandlungen* Gegenstand der GoA sein können, soweit es sich nicht um vertretungsfeindliche Geschäfte handelt, die sich nicht nachträglich genehmigen lassen).

<sup>223</sup> Hingegen kann eine nachträgliche Genehmigung des Hauptunternehmer keine Subrogation i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR bzw. Art. 827 Abs. 2 ZGB bewirken (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 110 N 17; SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1917).

- 176 Allerdings kann es im Einzelfall fraglich sein, worauf sich die nachträgliche Genehmigung des Hauptunternehmers bezieht, da der Hauptunternehmer in aller Regel kein Interesse daran haben wird, seine Vergütungsforderung gegenüber dem Erst-Besteller (im Umfang der Direktzahlung des Erst-Bestellers an den Subunternehmer) zu verlieren, ohne die entsprechenden Gelder (selber) zu erhalten. Denkbar ist demnach, dass der Hauptunternehmer mit dem eigenmächtigen Vorgehen des Erst-Bestellers (nur) insoweit einverstanden ist, als dass er dadurch von seiner Vergütungsschuld gegenüber dem Subunternehmer befreit wird<sup>224</sup>. Der Wille des Hauptunternehmers wird deshalb im Einzelfall sorgfältig zu ermitteln sein.
- 177 Der blosse Umstand, dass der Hauptunternehmer der Direktzahlung des Erst-Bestellers an den Subunternehmer nicht widerspricht<sup>225</sup>, ist noch kein Indiz dafür, dass er auch mit der gleichzeitigen Tilgung seiner Vergütungsforderung einverstanden ist. Mit anderen Worten darf blosses Stillschweigen nur in Ausnahmefällen als Genehmigung verstanden werden. Dessen ungeachtet ist die Genehmigung mangels gegenteiliger Abrede an keine Form gebunden und kann deshalb auch konkludent erteilt werden<sup>226</sup>.
- 178 Mit Blick auf die weiter vorne untersuchten Direktzahlungsklauseln der KBOB, die eine vorgängige Anhörung bzw. Stellungnahme des Hauptunternehmers vorsehen, ist

---

<sup>224</sup> Dies gilt ungeachtet dessen, dass es hierzu keiner Berechtigung des Erst-Bestellers durch den Hauptunternehmer oder einer nachträglichen Genehmigung des Hauptunternehmers bedarf. Zu ergänzen ist Folgendes: Weiter vorne wurde gesagt, dass sich eine vertragliche Berechtigung des Erst-Bestellers durch den Hauptunternehmer vernünftigerweise nicht auf die blosse Tilgung der subunternehmerischen Vergütungsforderung beziehen kann, da es dazu gerade keiner solchen Berechtigung bedarf (Rz. 102). Auf den ersten Blick mag es deshalb widersprüchlich klingen, wenn zur nachträglichen Genehmigung nun etwas anderes gesagt wird. Dem ist allerdings nicht so: Bei der vertraglichen Berechtigung ist es typischerweise der Erst-Besteller, der die Berechtigung vereinbaren und sich damit in aller Regel die Möglichkeit verschaffen möchte, seine eigene Vergütungsschuld gegenüber dem Hauptunternehmer durch Direktbezahlung eines Subunternehmers zu tilgen. Der Erst-Besteller darf deshalb die Willenserklärung des Hauptunternehmers ([vertragliche] Berechtigung des Erst-Bestellers) im Zweifel anders verstehen als wenn es sich «lediglich» um die nachträgliche Genehmigung einer berechtigungslos vorgenommenen Direktzahlung handelt.

<sup>225</sup> Siehe zum fehlenden Widerspruch des Hauptunternehmers auch Fn. 296.

<sup>226</sup> Siehe zum Ganzen BSK OR I-WATTER, Art. 38 N 6 mit zahlreichen Hinweisen (dessen ungeachtet geht es vorliegend nicht um eine nachträgliche Genehmigung i.S.v. des Stellvertretungsrechts [Art. 38 OR] – nichtsdestominder sind die genannten Überlegungen auf die vorliegend interessierende nachträgliche Genehmigung analog anwendbar).

sodann Folgendes zu sagen. Der Erst-Besteller, der sich über ein (berechtigtes) Veto des Hauptunternehmers hinwegsetzt und den Subunternehmer dennoch bezahlt<sup>227</sup>, kann kaum je in guten Treuen davon ausgehen, dass der Hauptunternehmer, der von dieser Direktzahlung erfährt und sich nicht nochmals dagegen verwehrt, mit einer (durch die Direktzahlung bewirkten) Tilgung seiner Vergütungsforderung gegenüber dem Erst-Besteller einverstanden ist<sup>228</sup>.

Die nachträgliche Genehmigung wird somit vor allem dann eine Rolle spielen, wenn der Erst-Besteller seine vertragliche Verpflichtung zur vorgängigen Anhörung des Hauptunternehmers ignoriert oder wenn der Hauptvertrag das Direktzahlungsrecht des Erst-Bestellers (gar) nicht regelt. Wie erwähnt ist allerdings ein fehlender Widerspruch allein nur in Ausnahmefällen als eigentliche Genehmigung zu werten (Rz. 177).

Im Übrigen ist die nachträgliche Genehmigung ein Gestaltungsrecht und als solches unwiderruflich und bedingungsfeindlich<sup>229</sup>.

## 5. GÜLTIGKEIT VERTRAGLICHER DIREKTZAHLUNGSKLAUSELN UNTER AGB-GESICHTSPUNKTEN

### 5.1. Begriff der AGB

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sind Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf eine Vielzahl von Verträgen eines bestimmten Typs generell vorformuliert wurden<sup>230</sup>. Sie werden bei Vertragsschluss von einer der Vertragsparteien – dem sogenannten Ver-

---

<sup>227</sup> Dies auf dem Wege der Intervention.

<sup>228</sup> Hingegen kann sich eine solche Genehmigung gegebenenfalls aus dem übrigen Verhalten des Hauptunternehmers ergeben. Beispielsweise, wenn aus der Rechnungsstellung des Hauptunternehmers gegenüber dem Erst-Besteller hervorgeht, dass er den fraglichen Betrag als bezahlt erachtet.

<sup>229</sup> Vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 424 N 5; ZK-SCHMID, Art. 424 N 8.

<sup>230</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1117; vgl. auch KOLLER, OR AT, Rz. 23.02. In Deutschland enthält das BGB selber eine Definition der AGB (§ 305 Abs. 1 BGB): «Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äusserlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen

wender – gestellt, wobei es für die Qualifikation als AGB unerheblich ist, ob diese vom Verwender selber oder von einem Dritten verfasst wurden<sup>231</sup>.

- 182 Umgekehrt können Vertragsbestimmungen, die von den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt wurden – sogenannte «Individualabreden» –, in keinem Fall Allgemeine Geschäftsbedingungen sein. Wann eine bestimmte Klausel in diesem Sinne individuell ausgehandelt wurde, ist freilich nicht immer einfach zu bestimmen. Jedenfalls aber wird eine AGB-Bestimmung nicht schon deshalb zur Individualabrede, weil der Verwender die Gegenpartei auf diese Bestimmung hinweist oder sie mit ihm bespricht<sup>232</sup>.
- 183 Unerheblich ist die äussere Erscheinungsform der vorformulierten Bestimmung. Irrelevant für den AGB-Charakter ist deshalb, ob eine vorformulierte Klausel in der Vertragsurkunden selber oder in einem separaten Dokument enthalten ist, auf das verwiesen wird<sup>233</sup>.
- 184 Die weiter vorne (Rz. 62 ff.) zitierten Direktzahlungsklauseln der KBOB und des SIA haben ohne Frage AGB-Charakter: Sie wurden von diesen Organisationen im Hinblick auf den Abschluss einer Vielzahl von Verträgen des entsprechenden Typs entwickelt und dem Publikum zur Verfügung gestellt. Wie gesehen spielt es dabei keine Rolle, ob die fraglichen Bestimmungen in der (vorformulierten) Vertragsurkunde selber<sup>234</sup> oder in einem separaten Dokument bzw. in separaten AGB<sup>235</sup> enthalten sind.

---

*liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.»*

<sup>231</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1117; so auch in Deutschland (§ 305 Abs. 1 BGB, s. vorstehende Fn.230).

<sup>232</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1118. Hingegen kann ein ausdrücklicher Hinweis des Verwenders auf eine an sich ungewöhnliche Bestimmung deren Überraschungseffekt beseitigen, sodass sich die dergestalt informierte Vertragsgegenpartei nicht mehr auf die Ungewöhnlichkeit berufen kann (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1136a f.; weiterführend zur Ungewöhnlichkeit s. Rz. 185).

<sup>233</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1117; vgl. auch KOLLER, OR AT, Rz. 23.02.

<sup>234</sup> Z.B. Art. 11 KBOB Werkvertrag; vgl. auch STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. 5 oben.

<sup>235</sup> Z.B. Art. 12 AGB 2017 KBOB GU Hochbau 2017 oder Art. 1.5.2. SIA LHO 102.

## 5.2. Ungewöhnlichkeit

Ob und inwiefern die weiter vorne (Rz. 62 ff.) untersuchten Direktzahlungsklauseln unklar sind, wurde – soweit auf einer abstrakten Ebene überhaupt möglich<sup>236</sup> – bereits erörtert. Hier interessiert vielmehr die Frage der Ungewöhnlichkeit, d.h. die Frage, ob der Hauptunternehmer<sup>237</sup> mit solchen (AGB-)Klauseln<sup>238</sup> gerechnet hat oder vernünftigerweise rechnen musste<sup>239</sup>. Stimmt die Vertragsgegenpartei bestimmten AGB global zu, sind von dieser Zustimmung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die Vertragsgegenpartei nicht gesondert aufmerksam gemacht

<sup>236</sup> Auch AGB werden individuell ausgelegt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1118 sowie N 1240 ff.). Anderes gilt in Deutschland, wo AGB «einheitlich», d.h. losgelöst von den individuellen Vorstellungen der jeweiligen Vertragsparteien ausgelegt werden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1240).

<sup>237</sup> Freilich wird dabei vorausgesetzt, dass es nicht der Hauptunternehmer (sondern der Erst-Besteller) war, der die fraglichen (AGB-)Klauseln eingebracht hat. Zu ergänzen ist Folgendes: Auch jener Verwender, der die jeweiligen AGB nicht selbst entworfen hat, scheint sich auf die Ungewöhnlichkeit bestimmter Klauseln berufen zu können (vgl. Urteil [des Bundesgerichts] 5A\_86/2021 vom 02. November 2021 E. 3.1.3 [dort mit Bezug auf Art. 154 Abs. 3 der SIA-Norm 118]). Da die vorliegend interessierenden Direktzahlungsklauseln (s. nachfolgende Fussnote) die Rechte des Erst-Bestellers zweifelsohne mehr erweitern denn beschränken, wird ein solcher Erst-Besteller freilich kaum je daran interessiert sein, die Gültigkeit der entsprechenden Klausel in Frage zu stellen.

<sup>238</sup> Gemeint sind Klauseln, die sinngemäss den weiter vorne (Rz. 62 ff.) Untersuchten entsprechen. Wesentlich ist demnach die Berechtigung des Erst-Bestellers, Zahlungen an Subunternehmer mit befreiender Wirkung gegenüber dem Hauptunternehmer oder unter Subrogation in die Rechte des Subunternehmers zu leisten, wenn der Hauptunternehmer die entsprechende Zahlung zu Unrecht zurückbehält.

<sup>239</sup> Dogmatisch ist damit die Ebene der Geltungs- bzw. Konsenskontrolle betroffen, mithin die Frage, ob eine bestimmte AGB-Regelung überhaupt gültig vereinbart wurde (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1124a sowie N 1136; zur Konsenskontrolle im Einzelnen s. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1128 ff.). Die Unklarheitsregel hingegen betrifft die Auslegung. Bei der AGB-Kontrolle muss demnach die mögliche Ungewöhnlichkeit einer Bestimmung geprüft werden, bevor die Auslegung – und damit die Unklarheitsregel – Platz greifen kann. In Deutschland ist die Ungewöhnlichkeitsregel im Unterschied zur Schweiz gesetzlich verankert, nämlich in § 305c Abs. 1 BGB, wobei der Akzent auf dem Element der Überraschung liegt (§ 305c Abs. 1 BGB: «Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äusseren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil»); vgl. KOLLER, OR AT, Rz. 23.44.

worden ist<sup>240</sup>. Dabei kann auch eine stärkere, geschäfts- oder branchenerfahrene Vertragsgegenpartei von einer global übernommenen Klausel in AGB überrascht werden und die Ungewöhnlichkeitsregel anrufen<sup>241</sup>.

- 186 Das Bundesgericht stellt hohe Anforderungen an die Ungewöhnlichkeit, indem es sowohl ein subjektives als auch ein objektives Element voraussetzt (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.2 S. 60 [subjektives Element] bzw. BGE 148 III 57 E. 2.1.3.3 S. 61 [objektives Element]):

*«2.1.3.2 Die AGB-Klausel hat nämlich für die zustimmende Partei zunächst subjektiv ungewöhnlich zu sein. Zu berücksichtigen ist unter anderem, ob der Zustimmungsebene geschäfts- und branchenkundig ist: Je weniger geschäfts- oder branchenerfahren er ist, umso eher wird eine Klausel für ihn ungewöhnlich sein (...). So können branchenübliche Klauseln für einen Branchenfremden ungewöhnlich sein, für einen Branchenkenner demgegenüber nicht (...). Branchenkenntnis oder Geschäftserfahrung schliesst aber die Ungewöhnlichkeit nicht zwingend aus. Auch für einen Branchenkundigen oder Geschäftserfahrenen kann eine AGB-Klausel unter Umständen ungewöhnlich sein (...).»*

*«2.1.3.3 Neben der subjektiven Ungewöhnlichkeit hat die fragliche Klausel objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufzuweisen, damit die Ungewöhnlichkeitsregel zur Anwendung gelangt. Sie hat mithin objektiv ungewöhnlich zu sein. Dies ist dann zu bejahen, wenn sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des*

---

<sup>240</sup> BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412. Die Vertragsgegenpartei stimmt global zu, wenn sie den Inhalt der AGB entweder nicht zu Kenntnis genommen, nicht überlegt oder in ihrer Tragweite nicht verstanden hat (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1136, mit Verweis auf N 1128c). Hierzu ist Folgendes anzumerken: Weist der Verwender die Vertragsgegenpartei auf eine ungewöhnliche Bestimmung hin, so nimmt diese davon Kenntnis. Damit ist allerdings noch nichts darüber gesagt, ob sie die Bestimmung auch (in ihrer ganzen Tragweite) versteht. M.E. greift es deshalb zu kurz, wenn man eine ungewöhnliche Bestimmung bereits deshalb gelten lässt, weil der Verwender die Vertragsgegenpartei darauf aufmerksam gemacht hat. Anders liegt der Fall, wenn der Verwender die jeweilige Bestimmung inhaltlich erläutert hat (vgl. KOLLER, OR AT, Rz. 23.40 in fine).

<sup>241</sup> BGE 148 III 57 E. 2.1.3.1 S. 60.

*Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (...).»*

Namhafte Autoren kritisieren diese dogmatische Aufspaltung<sup>242</sup>. Die Branchenerfahrung solle einzig insoweit eine Rolle spielen, als je nachdem unterschiedlich hohe Anforderungen an die Ungewöhnlichkeit zu stellen seien<sup>243</sup>. Entscheidend sei einzig, ob der konkrete Kunde (Hauptunternehmer), der eine Klausel übernehme, nach Treu und Glauben mit dieser habe rechnen müssen oder nicht<sup>244</sup>. 187

Was im subjektiven Sinne gewöhnlich ist und was nicht, kann nicht in allgemeiner Weise beantwortet werden<sup>245</sup>. Hingegen kann in allgemeiner Weise erörtert werden, ob die zur Diskussion stehenden Direktzahlungsklauseln (Rz. 62 ff. und Fn. 238) objektiv ungewöhnlich im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind. Wie erwähnt, setzt die objektive Ungewöhnlichkeit voraus, dass die fragliche Klausel einen geschäftsfremden Inhalt aufweist, indem sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. 188

Betreffend die hier diskutierten Direktzahlungsklauseln (Rz. 62 ff. und Fn. 238) lassen sich aus Lehre und Rechtsprechung, soweit ersichtlich, keinerlei Schlüsse ziehen. STÖCKLI vertritt in einem Beitrag aus dem Jahr 2008 zum Muster-Werkvertrag der KBOB zwar die Ansicht, dass die Direktzahlungsbefugnis des Bauherrn bei einer Globalübernahme kritisch zu beurteilen sei, führt dies aber nicht näher aus<sup>246</sup>. 189

Der Werkvertrag wird durch die (eigenverantwortliche, selbstständige) Herstellung eines Werkes durch den Unternehmer geprägt<sup>247</sup>. Hingegen ist die Vergütungspflicht des Bestellers, wenngleich ein vertragstypisches, doch kein den Werkvertrag charakterisierendes Element (Rz. 22). 190

---

<sup>242</sup> So z.B. KOLLER, OR AT, Rz. 23.43; differenzierend GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1139a ff.

<sup>243</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1139b; gl. M. wohl auch KOLLER, OR AT, Rz. 23.43.

<sup>244</sup> KOLLER, OR AT, Rz. 23.43.

<sup>245</sup> Vgl. KOLLER, OR AT, Rz. 23.35.

<sup>246</sup> STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. 5 Fn. 5.

<sup>247</sup> Vgl. GAUCH, WV, N 7; BSK OR I-ZINDEL/SCHOTT, Vor Art. 363-379 N 4.

- 191 Die Direktzahlungsklauseln der fraglichen Art legen fest, wie der Erst-Besteller seine dem Hauptunternehmer geschuldete Leistung (Vergütung) unter bestimmten Voraussetzungen erfüllen (bezahlen) darf. Es werden mit anderen Worten Leistungsmodalitäten vereinbart, hingegen werden weder die (charakteristische) Werkherstellungspflicht des Hauptunternehmers, noch die Vergütungspflicht des Erst-Bestellers als solche tangiert. Eine Änderung des Vertragscharakters – wie dies das Bundesgericht fordert – ist somit nicht gegeben.
- 192 Was sodann den gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus anbelangt, ist Folgendes zu sagen. Art. 363 OR setzt voraus – ohne dies explizit zu sagen –, dass der Besteller die Vergütung dem *Unternehmer* leisten muss, denn ganz grundsätzlich hat ein Schuldner an seinen Gläubiger zu leisten<sup>248</sup>. Von Gesetzes wegen ist der Erst-Besteller demnach nicht berechtigt, sich von seiner Schuld gegenüber dem Hauptunternehmer durch Leistung an dessen Gläubiger (Subunternehmer) zu befreien. Zu fragen ist demnach, ob diese Berechtigung, wenn sie in AGB vereinbart wird, erheblich aus dem gesetzlich vorgesehenen Rahmen fällt.
- 193 Für das deutsche Recht wird dies mit Blick auf § 16 Abs. 6 VOB/B bejaht (siehe sogleich Rz. 195). Die gesetzliche Ausgangslage ist dabei dieselbe wie in der Schweiz: Der Schuldner (Erst-Besteller) muss an seinen Gläubiger (Hauptunternehmer) leisten; soll den Schuldner gegenüber seinem Gläubiger eine Leistung an dessen Gläubiger (Subunternehmer) befreien, so braucht es hierzu eine Ermächtigung des Gläubigers (§ 362 Abs. 2 i.V.m. § 185 BGB<sup>249</sup>).
- 194 Dass nun die vertragliche Berechtigung zur Direktzahlung i.S.v. § 16 Abs. 6 VOB/B erheblich von dieser gesetzlichen Regelung abweicht, wird im Wesentlichen damit begründet, dass der Auftraggeber (Erst-Besteller) von Gesetzes wegen zwar die Schuld des Auftragnehmers (Hauptunternehmer) gegenüber dem Nachunternehmer (Subunter-

---

<sup>248</sup> Vgl. BSK I OR I-SCHROETER, Art. 68 N 32. Im deutschen Recht wird in § 362 Abs. 1 BGB explizit festgehalten, dass das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird.

<sup>249</sup> MARKUS/KAPPELLMANN/PIOCH, AGB-Handbuch, N 107. Der Gläubiger kann dabei entweder den Dritten ermächtigen, die Leistung im eigenen Namen in Empfang zu nehmen bzw. einzuziehen, oder den Schuldner ermächtigen, die Leistung an einen Dritten zu erbringen (MüKoBGB/Fetzer BGB § 362 Rn. 17).

nehmer) als Intervenient tilgen (§ 267 BGB) und damit u.U. Bereicherungsansprüche gegenüber dem Auftraggeber erlangen kann, dass aber damit seine Rechtsstellung im Vergleich zu jener nach § 16 Abs. 6 VOB/B (dennoch) deutlich schwächer sei<sup>250</sup>.

Der BGH hebt zudem hervor, dass der Auftragnehmer auf das Recht zur freien Verfügung über den ihm geschuldeten Werklohn in besonderem Masse angewiesen sei, wenn er in eine Krise gerät. Je geringer der Umfang der Forderung sei, die er vom Auftraggeber einziehen könne, umso weniger sei er in der Lage, durch Verhandlungen mit Gläubigern und durch Teilzahlungen ein Stillhalteabkommen zu erreichen. Ausbleibende Zahlungen könnten zum endgültigen wirtschaftlichen Zusammenbruch eines Auftragnehmers führen, weil es an der notwendigen Verteilungsmasse fehle. U.U. werde deshalb die Durchführung eines Vergleichsverfahrens unmöglich mit der Folge, dass das Konkursverfahren durchgeführt werden müsse<sup>251</sup>. 195

Allerdings setzte § 16 Abs. 6 VOB/B im Zeitpunkt der Fällung des genannten BGH-Urteils (Juni 1990) in seiner damals geltenden Fassung lediglich den Zahlungsverzug des Auftragnehmers voraus, nicht hingegen eine Leistungsverweigerung des Nachunternehmers<sup>252</sup>. Sofern die Fortsetzung des Bauwerkes sichergestellt werden soll, sprach der BGH dem Auftraggeber ein erhebliches Interesse an Direktzahlungen i.S.v. § 16 Abs. 6 VOB/B zu, liess indes offen, ob in einer solchen Konstellation die Interessen des Auftraggebers jene des Auftragnehmers überwiegen könnten. An einer Direktzahlung für abgeschlossene Arbeiten sei jedenfalls kein erhebliches Interesse ersichtlich. In diesen Fällen würde sich der Zweck der Regelung in einer sachlich ungerechtfertigten Begünstigung des Drittgläubigeres gegenüber dem Auftragnehmer erschöpfen<sup>253</sup>. 196

Was ist davon nun für das schweizerische Vertragsrecht zu halten? Dass der Hauptunternehmer, der den Erst-Besteller vertraglich berechtigt oder einseitig ermächtigt, 197

---

<sup>250</sup> MARKUS/KAPELLMANN/PIOCH, AGB-Handbuch, N 107; Urteil des BGH vom 21. Juni 1990 (VII ZR 109/89) Rz. 12, allerdings bezüglich der alten Fassung des § 16 Abs. 6 VOB/B, welche lediglich den Zahlungsverzug des Auftragnehmers vorausgesetzt hatte, wohingegen seit der Fassung 2002 zusätzlich eine Leistungsverweigerung des Nachunternehmers erforderlich ist (MARKUS/KAPELLMANN/PIOCH, AGB-Handbuch, N 107).

<sup>251</sup> Urteil des BGH vom 21. Juni 1990 (VII ZR 109/89) Rz. 15.

<sup>252</sup> Vgl. MARKUS/KAPELLMANN/PIOCH, AGB-Handbuch, N 107.

<sup>253</sup> Urteil des BGH vom 21. Juni 1990 (VII ZR 109/89) Rz. 13.

dessen (eigene) Vergütungsschuld durch Direktzahlung an einen Subunternehmer zu tilgen, u.U. nicht mehr frei über seinen Werklohn verfügen kann<sup>254</sup> und in diesem Sinne in der Verfügungsfreiheit über seine Vergütungsforderung eingeschränkt wird<sup>255</sup>, gilt im schweizerischen gleichermaßen wie im deutschen Recht und ist insbesondere mit Blick auf die Planbarkeit der Liquidität ein (wohl nicht geringfügiger) Nachteil für den Hauptunternehmer<sup>256</sup>. Ebenfalls gilt für das schweizerische Recht, dass sich der Hauptunternehmer in einer schlechteren Position befindet, wenn der Erst-Besteller mit befreiender Wirkung an den Subunternehmer leisten kann, als wenn er (der Hauptunternehmer) sich lediglich, sofern überhaupt, mit Ansprüchen konfrontiert sieht, die sich aus einer Subrogation in die Rechte des befriedigten Subunternehmers oder einer Direktzahlung des Erst-Bestellers ohne befreiende Wirkung im Verhältnis zwischen Erst-Besteller und Hauptunternehmer ergeben können<sup>257</sup>.

- 198 In dieser rechtlichen Schlechterstellung des Hauptunternehmers kann nach der hier vertretenen Ansicht durchaus eine erhebliche Abweichung vom gesetzlichen Rahmen des Werkvertrages i.S.v. Art. 363 ff. OR erblickt werden. Im Sinne des Bundesgerichtes wäre demnach bezüglich der untersuchten Direktzahlungsklauseln (Rz. 62 ff.) das

---

<sup>254</sup> Zur Erläuterung: Ob der Hauptunternehmer in seiner Verfügung eingeschränkt ist, hängt freilich davon ab, ob es je zu Direktzahlungen des Erst-Bestellers kommen wird, und zwar um Direktzahlungen, die (im Zeitpunkt von deren Vornahme) zufolge einer betragsmässig (mindestens) entsprechenden Vergütungsforderung des Hauptunternehmers dieselbe tilgen bzw. reduzieren. Nochmals anders liegt der Fall, wenn sich der Hauptunternehmer im Rahmen des Hauptvertrages verpflichtet hat, eine Abtretung seiner (gesamten) Werklohnforderung – namentlich an eine Bank – zu unterlassen. Diesfalls hat der Hauptunternehmer seine freie Verfügbarkeit über den Werklohn von vornherein (umfassend) aufgegeben.

<sup>255</sup> Sofern die (vertragliche) Berechtigung nicht ausnahmsweise widerrufbar ist (die einseitige Ermächtigung ist es ohnehin [Rz. 172]).

<sup>256</sup> Allerdings gilt es Folgendes zu beachten: Hat sich der Hauptunternehmer gegenüber einer kreditgebenden Bank verpflichtet, sämtliche (das jeweilige Bauvorhaben betreffende) Transaktionen über ein bei ihr geführtes Kontokorrent abzuwickeln, ist es mit der freien Verfügungsmöglichkeit des Hauptunternehmers über die dort eingehenden Gelder ohnehin nicht weit her. Befindet er sich im Minus, kann ein Zahlungseingang nur dann (überhaupt) zu einem positiven Saldo führen, wenn der Gutschrifts- den Minusbetrag übersteigt. Zudem wird die kreditgebende Bank mit Blick auf Art. 841 Abs. 1 ZGB («Vorrecht») akribisch darüber wachen, dass die Gelder ausschliesslich und gleichmässig für die Bezahlung der Subunternehmer verwendet werden.

<sup>257</sup> Siehe hierzu Ziff. II.C nachfolgend.

Kriterium des geschäftsfremden Inhalts erfüllt und damit die Ungewöhnlichkeit in objektiver Hinsicht zu bejahen.

Dass der Erst-Besteller an einer solchen Regelung ein legitimes Interesse hat, ist dabei 199  
unbeachtlich, denn bei der Frage nach dem geschäftsfremden Inhalt geht es nicht um  
eine Interessenabwägung, sondern um eine objektive Beurteilung. In diesem Sinn  
muss ebenfalls unbeachtet bleiben, dass – anders als in Deutschland<sup>258</sup> – (auch) Sub-  
unternehmer berechtigt sind, Bauhandwerkerpfandrechte auf dem Baugrundstück  
des Erst-Bestellers zu errichten (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Denn dieses Recht der  
Subunternehmer hat zwar zweifellos Einfluss auf das Interesse des Erst-Bestellers, Di-  
rektzahlungen mit befreiender Wirkung an Subunternehmer zu leisten, doch betrifft  
dies nicht den Vertragstypus (Werkvertrag) an und für sich.

Dessen ungeachtet sind die Direktzahlungsklauseln der fraglichen Art mittlerweile 200  
weit verbreitet, dies auch ausserhalb der KBOB-Musterverträge und SIA-LHO. D.h.  
ein einigermaßen (branchen-)erfahrener Hauptunternehmer kann nach der hier ver-  
tretenen Ansicht kaum noch «überrascht» sein, wenn er in den von ihm (global) über-  
nommenen AGB des Erst-Bestellers auf eine solche Regelung stösst. Hingegen muss  
ein wenig oder gar nicht erfahrener Hauptunternehmer nicht damit rechnen, dass er  
durch die AGB des Erst-Bestellers im Sinne der diskutierten Direktzahlungsklauseln  
schlechter gestellt wird<sup>259</sup>.

Von vornherein unbedenklich sind dagegen Klauseln, die lediglich eine Subrogation des 201  
zahlenden Erst-Bestellers in die Rechte des befriedigten Subunternehmers vorsehen  
(Art. 110 Ziff. 1 OR / Art. 827 Abs. 2 ZGB; Art. 110 Ziff. 2 OR). Wie gesehen (Rz. 107) ist  
es möglich, dass Direktzahlungsklauseln primär eine direkte Befreiung des Erst-Bes-  
tellers (gegenüber dem Hauptunternehmer) und (nur) sekundär<sup>260</sup> eine Subrogation  
i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR bezwecken. Diesfalls wäre somit, wenn überhaupt, nur jener  
Teil der Klausel ungewöhnlich, der die direkte Befreiung des Erst-Bestellers beinhaltet.

---

<sup>258</sup> In Deutschland kann der Unternehmer grds. nur am Baugrundstück seines Bestellers (subsidiär) eine Sicherungshypothek errichten (§§ 650e sowie 650f Abs. 4 BGB).

<sup>259</sup> Von einer solchen Unkenntnis ist m.E. aber nicht leichthin auszugehen.

<sup>260</sup> D.h. sofern und soweit keine betragsmässig entsprechende Vergütungsforderung des Hauptunternehmers gegenüber dem Erst-Besteller (mehr) besteht.

202 Zusammenfassend lässt sich nach der hier vertretenen Ansicht Folgendes festhalten: Objektiv betrachtet sind Klauseln, die den Erst-Besteller berechtigen, seine eigenen Vergütungsschuld gegenüber dem Hauptunternehmer durch Direktbezahlung an einen Subunternehmer zu tilgen, ungewöhnlich, da sie in erheblichem Masse vom gesetzlichen Rahmen des Werkvertrages nach Art. 363 ff. OR abweichen. Hingegen können solche Klauseln mittlerweile als branchenüblich bezeichnet werden. Auf die Ungewöhnlichkeit solcher Klauseln kann sich demzufolge nur, aber immerhin, derjenige Hauptunternehmer (erfolgreich) berufen, der nachweislich über wenig oder gar keine Branchenerfahrung verfügt.

## **B. ANWEISUNG**

### **1. EINLEITUNG**

203 Wie erwähnt (Rz. 50), begründet die Anweisung grundsätzlich keine Pflicht des Angewiesenen zur Leistung an den Anweisungsempfänger. Allerdings gilt dies nicht ausnahmslos. Eine Leistungspflicht besteht namentlich dann, wenn der Angewiesene Schuldner des Anweisenden ist und sich seine Lage durch die verlangte Zahlung «in keiner Weise verschlimmert» (Art. 468 Abs. 2 OR). Ebenfalls verpflichtende Wirkung erzeugt die vorbehaltlose Annahmeerklärung des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger (Art. 468 Abs.1 OR)<sup>261</sup>.

204 Dabei ist Folgendes zu unterscheiden: Erklärt der angewiesene Erst-Besteller die vorbehaltlose Annahme der Anweisung gegenüber dem Subunternehmer als Anweisungsempfänger (Art. 468 Abs. 1 OR), erwirbt der Subunternehmer ein selbstständiges Forderungsrecht gegenüber dem Erst-Besteller<sup>262</sup>.

205 Hingegen verpflichtet sich der angewiesene Erst-Besteller im Anwendungsbereich von Art. 468 Abs. 2 OR lediglich gegenüber dem anweisenden Hauptunternehmer zur Zahlung an den Subunternehmer. Letzterem kommt hier aber kein eigenständiges Forderungsrecht gegenüber dem Erst-Besteller zu<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> ZK-SCHRANER, Art. 68 N 109; GAUCH, WV, N 175 und 180a.

<sup>262</sup> GAUCH, WV, N 175 und 180a; BSK OR I-KOLLER, Art. 468 N 5.

<sup>263</sup> BSK OR I-KOLLER, Art. 468 N 11.

Der Erst-Besteller schuldet dem Hauptunternehmer im Rahmen des Hauptvertrages dessen Vergütung. Bei Anweisungen betreffend Geldschulden ist eine Benachteiligung des Angewiesenen (Erst-Bestellers) i.S.v. Art. 468 Abs. 2 OR in aller Regel auszuschliessen<sup>264</sup>. Weist der Hauptunternehmer demnach den Erst-Besteller an, Zahlung an den Subunternehmer zu leisten, so ist der Erst-Besteller gegenüber dem anweisenden Hauptunternehmer grundsätzlich zur Leistung an den Subunternehmer verpflichtet<sup>265</sup>. Die fragliche Forderung des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer wird gemäss Art. 467 Abs. 1 OR freilich erst mit der Zahlung des Erst-Bestellers getilgt.

Leistet der angewiesene Erst-Besteller die fragliche Zahlung an den Subunternehmer, so tilgt er damit die Schuld des Hauptunternehmers gegenüber dem Subunternehmer und gleichzeitig auch seine eigene Schuld – sofern und soweit vorhanden – gegenüber dem Hauptunternehmer im Umfang der geleisteten Zahlung<sup>266</sup>.

Im Übrigen ist der Klarheit halber festzuhalten, dass der Umstand, dass der Hauptunternehmer den Erst-Besteller gegebenenfalls zur Vornahme von Direktzahlungen berechtigt hat, den Hauptunternehmer nicht daran hindert, den Erst-Besteller anzuweisen, an einen Subunternehmer zu leisten.

## 2. FEHLER IM ANWEISUNGS-DREIECKSVERHÄLTNIS

Bei Fehlern im Anweisungs-Dreiecksverhältnis muss zwischen Mängeln in den zu Grunde liegenden Rechtsverhältnissen einerseits und Mängeln in der Anweisung selber unterschieden werden<sup>267</sup>.

---

<sup>264</sup> Vgl. BSK OR I-KOLLER, Art. 468 N 10.

<sup>265</sup> Hingegen ist der Erst-Besteller gemäss Art. 468 Abs. 3 OR (dennoch) nicht verpflichtet, vor der Zahlung die Annahme i.S.v. Art. 468 Abs. 1 OR zu erklären und sich damit auch gegenüber dem Subunternehmer zu verpflichten (vgl. auch BSK OR I-KOLLER, Art. 468 N 10).

<sup>266</sup> Vgl. GAUCH, WV, N 180 f.; HONSELL, OR BT S. 413; BGE 117 II 404 E. 3b S. 407.

<sup>267</sup> HONSELL, OR BT S. 416; vgl. auch BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 30 ff. Das Rechtsverhältnis ist in diesem Sinne mangelhaft, wenn es ungültig ist. Beim Mangel in der Anweisung selber liegt die Ungültigkeit im Fehlen derselben, sei es, weil sie nie erteilt oder aber widerrufen wurde (s. BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 30 ff.).

## 2.1 Mangelhaftes Deckungsverhältnis (Hauptvertrag)

210 Das Deckungsverhältnis betrifft die Beziehung zwischen Erst-Besteller und Hauptunternehmer, mithin den Hauptvertrag. Leistet der durch den Hauptunternehmer angewiesene Erst-Besteller an den Subunternehmer (Anweisungsempfänger) bei mangelhaftem Haupt-, aber gültigem Subunternehmervertrag, so gilt Folgendes: Der Subunternehmer ist nicht bereichert, da dessen Vergütungsforderung gegenüber dem Hauptunternehmer gültig bestand. Hingegen verfügt der Hauptunternehmer mangels gültigem Hauptvertrag über keine Vergütungsforderung gegenüber dem Erst-Besteller, weshalb die Tilgung einer solchen (inexistenten) Forderung von vornherein ausser Betracht fällt. Die Direktzahlung des Erst-Bestellers tilgt somit lediglich die Forderung des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer. Der entsprechende bereicherungsrechtliche Ausgleich ist deshalb im Verhältnis zwischen Erst-Besteller und Hauptunternehmer vorzunehmen.<sup>268</sup>.

## 2.2 Mangelhaftes Valutaverhältnis (Subunternehmervertrag)

Das Valutaverhältnis betrifft die Beziehung zwischen Hauptunternehmer und Subunternehmer, mithin den Subunternehmervertrag. Leistet der durch den Hauptunternehmer angewiesene Erst-Besteller an den Subunternehmer (Anweisungsempfänger) bei mangelhaftem Subunternehmer-, aber gültigem Hauptunternehmervertrag, so ist der Subunternehmer bereichert, da er gegenüber dem Hauptunternehmer keine entsprechende Forderung hat. Der Hauptunternehmer hingegen ist entreichert, da seine Vergütungsforderung gegenüber dem Erst-Besteller (im Umfang des Bezahlten) getilgt wurde<sup>269</sup>. Der entsprechende bereicherungsrechtliche Ausgleich ist deshalb im Verhältnis Hauptunternehmer / Subunternehmer vorzunehmen<sup>270</sup>.

---

<sup>268</sup> Urteil (des Bundesgerichts) 4C.79/2002 vom 2. Juli 2003 E. 2.2.2, m.H.a. BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 30; ebenso HONSELL, OR BT S. 416.

<sup>269</sup> Dass der Hauptunternehmer gegenüber dem Erst-Besteller (noch) über eine Vergütungsforderung verfügt, wird hier im Sinne des Regelfalles vorausgesetzt. Andernfalls hätte der angewiesene Erst-Besteller eine entsprechende Auslagenersatzforderung gegenüber dem anweisenden Hauptunternehmer, was für die vorliegend zu beantwortende Frage nichts ändert. (vgl. BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 31; HONSELL, OR BT S. 416).

<sup>270</sup> BGE 116 II 689 E. 3.b/aa S. 691; BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 31; HONSELL, OR BT S. 416.

## 2.3 Doppelmangel (Haupt- und Subunternehmervertrag)

Sind sowohl der Haupt- als auch der Subunternehmervertrag mangelhaft, ist der Subunternehmer auf Kosten des Hauptunternehmers und dieser auf Kosten des Erst-Bestellers bereichert<sup>271</sup>. Auch in dieser Konstellation muss der bereicherungsrechtliche Ausgleich entlang der Kausalkette erfolgen: Der Erst-Besteller hat einen (bereicherungsrechtlichen) Anspruch gegenüber dem Hauptunternehmer auf Abtretung von dessen (bereicherungsrechtlicher) Forderung gegenüber dem Subunternehmer. Man spricht deshalb von der «Doppelkondiktion» oder auch der «Kondiktion der Kondiktion»<sup>272</sup>. 211

Hingegen kann der Erst-Besteller nicht direkt gegen den Subunternehmer vorgehen (sogenannte «Direktkondiktion») <sup>273</sup>. Andernfalls würden dem Subunternehmer Einreden aus dem Valutaverhältnis und dem Hauptunternehmer solche aus dem Deckungsverhältnis abgeschnitten<sup>274</sup>. 212

## 3. FEHLENDE ANWEISUNG

### 3.1 Nicht erteilte Anweisung

Bei der fehlenden Anweisung hat der vermeintlich Anweisende zu keinem Zeitpunkt eine Ursache für die Leistung des vermeintlich Angewiesenen gesetzt<sup>275</sup>. Die fehlende Anweisung erfasst deshalb Fälle, in denen die Leistung des vermeintlich Angewiesenen dem vermeintlich Anweisenden nicht zugerechnet werden kann, sondern eine Leistung 213

<sup>271</sup> BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 32.

<sup>272</sup> HONSELL, OR BT S. 416 f.; BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 32.

<sup>273</sup> Urteil (des Bundesgerichts) 4C.79/2002 vom 2. Juli 2003 E. 2.2.2; BGE 121 III 109 E. 4.a S. 113; BGE 116 II 689 E. 3.b/aa S. 691. HONSELL plädiert im Sinne eines Mittelweges für eine Durchgriffskondiktion des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger. Demzufolge könnte der Angewiesene den Bereicherungsanspruch des Anweisenden gegenüber dem Anweisungsempfänger direkt geltend machen, d.h. ohne diesen vorgängig vom Anweisenden kondizieren zu müssen. Im Gegensatz zur Direktkondiktion – bei der es um einen eigenen Anspruch des Angewiesenen geht – würden dem Anweisungsempfänger auf diesem Weg die Einreden aus dem Valutaverhältnis erhalten bleiben (HONSELL, OR BT S. 417).

<sup>274</sup> BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 32.

<sup>275</sup> Anders bei der widerrufenen Anweisung (s. hierzu Rz. 222 ff.).

des vermeintlich Angewiesenen bleibt, weshalb man hier allgemein von Zurechnungsmängeln redet<sup>276</sup>.

- 214 Die Leistung des vermeintlich Angewiesenen erfolgt demzufolge im irrtümlichen Glauben an das Vorliegen einer (gültigen) Anweisung, was beispielsweise dann zutrifft, wenn eine Anweisung gefälscht wurde, eine Bank irrig einen zu hohen Betrag oder denselben Betrag mehrfach überwiesen hat, oder wenn ein Dritter eine in Wirklichkeit nicht bestehende Forderung in eigenem Namen bezahlt<sup>277</sup>. In solchen Konstellationen wird eine Direktkondition des (vermeintlich) Angewiesenen gegenüber dem (vermeintlichen) Anweisungsempfänger zugelassen<sup>278</sup>.
- 215 Freilich bleibt hierfür (Direktkondition) vorausgesetzt, dass der (vermeintliche) Anweisungsempfänger durch die Zuwendung des (vermeintlich) Angewiesenen bereichert ist (Art. 62 OR). Gemäss Bundesgericht ist dies dann nicht der Fall, wenn der (vermeintliche) Anweisungsempfänger Gläubiger des (vermeintlich) Anweisenden ist

---

<sup>276</sup> HONSELL, OR BT S. 417 m.H.a. BGE 117 II 4040 E. 3b S. 408; BSK OR I-KOLLER, Art. 467 N 10; BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 33.

<sup>277</sup> HONSELL, OR BT S. 417 mit Hinweis auf BGE 117 II 404 E. 3b S. 408. Bei der letzten Variante – ein Dritter bezahlt eine nicht bestehende Forderung in eigenem Namen – wird allerdings vorausgesetzt, dass der Dritte eine «echte Leistung im Rechtssinne erbracht und nicht bloss eine Zuwendung vorgenommen hat» (BGE 117 II 404 E. 3b S. 408 m.w.H.). M.E. muss das Recht zur Direktkondition des zahlenden Dritten gegenüber dem vermeintlichen Gläubiger zumindest dann hinterfragt werden, wenn der zahlende Dritte den vermeintlichen Gläubiger bezahlt, obwohl er um seine fehlende Schuldpflicht weiss. M.E. wäre eine Direktkondition des zahlenden Dritten gegenüber dem vermeintlichen Gläubiger eine Leistungskondition – und keine Nichtleistungskondition – und würde deshalb i.S.v. 63 Abs. 1 OR voraussetzen, dass sich der Dritte im Irrtum über seine (fehlende) Schuldpflicht befunden hat. A.M. aber offenbar (auch) BGE 70 II 117 E. 1 S. 121 ff., demgemäss – allerdings ohne Erörterung des Irrtumserfordernisses – der Richter im Einzelfall zu entscheiden hat, ob dem zahlenden Dritten oder dem vermeintlichen Schuldner die Kondition gegenüber dem vermeintlichen Gläubiger zustehe; ebenso GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2069, sowie BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 110 N 34. Allerdings lagen BGE 70 II 117 besondere Verhältnisse zu Grunde, da der zahlende Dritte und der vermeintliche Schuldner Eheleute waren. Zur Abgrenzung Leistungs- vs. Nichtleistungskondition und dem Irrtumserfordernis bei der Rückgriffkondition s. Rz. 234 ff.

<sup>278</sup> Urteil (des Bundesgerichts) 4A\_135/2007 vom 28. August 2007 E. 3.3; BGE 132 III 609 E. 5.3.5 S. 619; HONSELL, OR BT S. 417; BSK OR I-KOLLER, Art. 467 N 10; BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 33.

und die Zuwendung des (vermeintlich) Angewiesenen als Leistung des (vermeintlich) Anweisenden entgegennehmen durfte<sup>279</sup>.

Diese Rechtsprechung wird allerdings von namhaften Autoren kritisiert, weil die Dispositionsfreiheit des (vermeintlich) Anweisenden missachtet bzw. weil einseitig auf den Empfängerhorizont abgestellt wird, obwohl der (vermeintlich) Anweisende (gar) keine Ursache gesetzt hat, die man ihm zurechnen könnte<sup>280</sup>. 216

In der vorliegend interessierenden Konstellation (Rz. 1) weiss der Subunternehmer in aller Regel, ob ihn der Hauptunternehmer aus rein finanziellen Gründen nicht bezahlt, oder ob er dafür sachliche Gründe hat, d.h. insbesondere solche, die sich auf die Leistung des Subunternehmers beziehen<sup>281</sup>. Letzterenfalls kann der Subunternehmer die Zahlung des Erst-Bestellers wohl kaum je in guten Treuen als Leistung des Hauptunternehmers annehmen. Bei reinen Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers wäre dies hingegen eher denkbar. 217

Mit anderen Worten wird es in der vorliegend interessierenden Konstellation (Rz. 1) im Regelfall ein irgendwie geartetes Verhalten des Hauptunternehmers geben, welches bei der Frage, ob der Subunternehmer die Zahlung des Erst-Bestellers gutgläubig als Leistung des Hauptunternehmers entgegennehmen durfte, berücksichtigt werden kann und auch berücksichtigt werden muss. Im Resultat können nach der hier vertretenen Meinung – und wohl mit dem Bundesgericht<sup>282</sup> – folgende Varianten bzw. Lösungen unterschieden werden<sup>283</sup>: 218

---

<sup>279</sup> Urteil (des Bundesgerichts) 4A\_135/2007 vom 28. August 2007 E. 3.3.

<sup>280</sup> BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 33 f., die namentlich ins Feld führen, die Frage der Gutgläubigkeit des (vermeintlichen) Anweisungsempfängers grundsätzlich nur im Rahmen von Art. 64 f. OR zu berücksichtigen sei (BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 33a); auch VOSER spricht sich dafür aus, dass der (vermeintliche) Anweisungsempfänger durch die Einrede der nicht mehr vorhandenen Bereicherung nach Art. 64 OR genügend bzw. umfassend geschützt werde (VOSER, 371 ff.); vgl. ferner HONSELL, OR BT S. 418 (dort zur widerrufenen Anweisung, was aber a fortiori für die [gänzlich] fehlende Anweisung gelten muss); unklar BSK OR I-KOLLER, Art. 467 N 11 in fine.

<sup>281</sup> Beispielsweise weil der Hauptunternehmer der Ansicht ist, dass der Subunternehmer nicht oder mangelhaft geleistet hat.

<sup>282</sup> Vgl. Urteil (des Bundesgerichts) 4A\_135/2007 vom 28. August 2007 E. 3.3.

<sup>283</sup> Vgl. hierzu auch BGE 121 III 109 E. 4a S. 114 ff. = Pra 1995, 931, 935 ff.

- a) Leistet der (vermeintlich angewiesene) Erst-Besteller aufgrund einer in Wirklichkeit nicht existenten Forderung des Subunternehmers gegenüber dem (vermeintlich anweisenden) Hauptunternehmer, richtet sich der bereicherungsrechtliche Anspruch des Erst-Bestellers direkt gegen den Subunternehmer.
- b) Gleiches gilt, wenn der (vermeintlich angewiesene) Erst-Besteller aufgrund einer tatsächlich bestehenden Forderung des Subunternehmers gegenüber dem (vermeintlich anweisenden) Hauptunternehmer leistet, der Subunternehmer aber den Umständen nach nicht davon ausgehen durfte, dass es sich dabei um eine Leistung des Hauptunternehmers handelt.
- c) Leistet der (vermeintlich angewiesene) Erst-Besteller aufgrund einer tatsächlich bestehenden Forderung des Subunternehmers gegenüber dem (vermeintlich anweisenden) Hauptunternehmer, durfte aber der Subunternehmer die Zuwendung des Erst-Bestellers den Umständen nach ausnahmsweise als Leistung des Hauptunternehmers entgegennehmen, kann der Erst-Besteller lediglich auf den Hauptunternehmer zurückgreifen.

219 Anzumerken bleibt, dass der gute Glaube vermutet wird (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Fasst demnach der Erst-Besteller den Subunternehmer ins Recht (Varianten a und b), obliegt es im Zivilprozess dem Erst-Besteller zu behaupten und zu beweisen, dass der Subunternehmer hinsichtlich der erhaltenen Zuwendung nicht gutgläubig war bzw. nicht gutgläubig sein konnte. Geht hingegen der Erst-Besteller gegen den Hauptunternehmer vor (Variante c), liegt es am Hauptunternehmer, die fehlende Gutgläubigkeit des Subunternehmers zu behaupten und zu beweisen (wiewohl dieser im entsprechenden Prozess nicht Partei – zumindest nicht Hauptpartei – ist)<sup>284</sup>.

220 Abschliessend noch ein Gedanke zum Verhältnis zwischen fehlender Anweisung und Intervention: Wie erwähnt (Rz. 29 f.), kann ein Dritter (Erst-Besteller) eine fremde Geldschuld auf dem Wege der Intervention immer dann tilgen, wenn für den Gläubiger (Subunternehmer) bei Entgegennahme der Zahlung des Dritten erkennbar ist, dass dieser die Schuld des Schuldners (Hauptunternehmer) tilgen möchte (Rz. 226). Weder ist für diese Tilgungswirkung erforderlich, dass dem Schuldner (Hauptunter-

---

<sup>284</sup> Vgl. BGE 121 III 109 E. 4a S. 114 ff. = Pra 1995, 931, 935 ff.

nehmer) die Direktzahlung des Erst-Bestellers in irgendeiner Weise zuzurechnen ist, noch kommt es auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Subunternehmers an. Der Empfängerhorizont spielt bei der Intervention nur insoweit eine Rolle, als dass für den Subunternehmer bei Entgegennahme der Zahlung des Erst-Bestellers erkennbar sein muss, dass dieser eine *fremde* Schuld, nämlich eben jene des Hauptunternehmers, tilgen möchte (Rz. 226). Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Subunternehmer die Zahlung des Erst-Bestellers als Leistung des Hauptunternehmers verstand bzw. verstehen durfte. Sind diese (geringen) Voraussetzungen erfüllt, bleibt für einen bereicherungsrechtlichen Rückgriff auf den Subunternehmer mangels Bereicherung kein Platz<sup>285</sup>.

Bei fehlender Anweisung hat nun aber der Schuldner (Hauptunternehmer) – gleich wie bei der Intervention – keinen ihm zurechenbaren Grund für die Direktzahlung des Erst-Bestellers gesetzt<sup>286</sup>. Der entscheidende Unterschied zur Intervention liegt lediglich beim Erst-Besteller: Dieser leistet bei der mangelhaften Anweisung irrtümlich im Vertrauen auf eine (gültige) Anweisung, wohingegen er als Interventient bewusst ohne Wissen und Willen oder gar gegen den Willen des Hauptunternehmers den Subunternehmer bezahlt. Weshalb die Rechtsfolgen bei der mangelhaften Anweisung dennoch vom Empfängerhorizont abhängig gemacht werden, die Gutgläubigkeit des Gläubigers (Subunternehmer) bei der Intervention hingegen keine Rolle spielt, ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar<sup>287</sup>. 221

---

<sup>285</sup> Leistet der Erst-Besteller auf eine Forderung des Subunternehmers, die in Wirklichkeit nicht bestand, ist der Subunternehmer zwar (aus dem Vermögen des Erst-Bestellers) bereichert, jedoch irrte der Erst-Besteller nicht über seine (fehlende) Schuldpflicht, sondern lediglich über die (In-)Existenz der Forderung (s. auch Fn.324).

<sup>286</sup> Kein solcher «zurechenbarer Grund» ist freilich der Umstand, dass der Hauptunternehmer den Subunternehmer nicht bezahlt hat.

<sup>287</sup> Wohlgermerkt ist damit nicht gesagt, dass es aus Sicht des Schreibenden richtig ist, die Interessen des Gläubigers bei Intervention eines Dritten höher als jene des Schuldners zu gewichten. In Frage gestellt wird lediglich, aber immerhin, die rechtlich unterschiedliche Behandlung zweier Konstellationen, die sich sehr ähnlich sind.

## 3.2 Widerrufene Anweisung

- 222 Die widerrufene Anweisung ist ein Unterfall der fehlenden Anweisung, weil der Widerruf ebenfalls ein Fehlen der Anweisung bewirkt<sup>288</sup>. Der (ursprünglich) Anweisende hat allerdings ursprünglich eine Ursache gesetzt – nämlich die später widerrufene Anweisung –, die ihm grundsätzlich zugerechnet werden kann. Hierin liegt denn auch der Unterschied zur gänzlich bzw. ursprünglich fehlenden Anweisung<sup>289</sup>.
- 223 Für die Frage, ob der (ursprünglich) Angewiesene direkt vom (ursprünglichen) Anweisungsempfänger kondizieren kann, kommt es zunächst darauf an, ob Letzterer bei Empfang der Zuwendung des (ursprünglich) Angewiesenen um den Widerruf der Anweisung wusste<sup>290</sup>. Mit anderen Worten geht es um den guten Glauben des (ursprünglichen) Anweisungsempfängers in das Vorliegen einer gültigen Anweisung<sup>291</sup>, was freilich voraussetzt, dass der (ursprüngliche) Anweisungsempfänger um die (später widerrufene) Anweisung überhaupt wusste<sup>292 293</sup>. Kumulativ zu diesem guten Glauben muss ein Zurechnungsgrund zulasten des (ursprünglich) Anweisenden gegeben sein<sup>294</sup>.
- 224 Sind diese beiden Voraussetzungen kumulativ gegeben, erfolgt die Rückabwicklung ausnahmsweise nicht auf dem Weg der Direktkondiktion, sondern entlang der Kausalkette. Was Gegenstand der Kondiktion ist, hängt von der Gültigkeit des Valutaverhältnisses

---

<sup>288</sup> Vgl. HONSELL, OR BT S. 417 f.; BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 33 f.; BSK OR I-KOLLER unterscheidet zwischen Zurechenbarkeitsmängeln (fehlende Anweisung) und Gültigkeitsmängeln und sieht die widerrufene Anweisung als Unterfall der Gültigkeitsmängel.

<sup>289</sup> BGE 121 III 109 E. 4a S. 115 in fine.

<sup>290</sup> BGE 121 III 109 E. 4a S. 114 ff. mit Hinweis auf die deutsche Rechtsprechung (BGHZ 89, S. 376 ff.; 87, S. 246 ff. und S. 393 ff.; 61, S. 289 ff.) sowie auf den überwiegenden Teil der deutschen Lehre (insbes. LARENZ/CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts, II/2, 13. Aufl., S. 230 ff.); a.A. SCHULIN/VOGT BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 33a. Unklar bleibt m.E. – offenbar aber nicht für SCHULIN/VOGT (BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 33a) –, ob das Bundesgericht auch die fahrlässige Unkenntnis des Widerrufs genügen lässt (vgl. BGE 121 III 109 E. 4a S. 116).

<sup>291</sup> BSK OR I-KOLLER, Art. 467 N 12.

<sup>292</sup> Vgl. BGE 121 III 109 E. 4b S. 117; HONSELL, OR BT, S. 418.

<sup>293</sup> Hingegen ist allein der Umstand, dass der (vermeintlich) Anweisende kein Schuldner des (vermeintlichen) Anweisungsempfängers ist, kein Grund, um die Direktkondiktion zuzulassen (BGE 121 III 109 E. 4b S. 117).

<sup>294</sup> BSK OR I-KOLLER, Art 467 N 12; HONSELL, OR BT, S. 418.

ab: Bei gültigem Valutaverhältnis kann der (ursprünglich) Angewiesene (bei gültigem Deckungsverhältnis) Auslagenersatz vom (ursprünglich) Anweisenden verlangen, bei ungültigem Valutaverhältnis geht es hingegen um die «Kondiktion der Kondiktion»<sup>295</sup>.

Mit Blick auf die vorliegend interessierende Konstellation (Rz. 1) gilt demnach Folgendes: Weiss der Subunternehmer im Zeitpunkt, in dem er die Zahlung des Erst-Bestellers erhält, um den Widerruf der Anweisung des Hauptunternehmers, kann der Erst-Besteller direkt vom Subunternehmer kondizieren. Gleiches muss richtigerweise auch dann gelten, wenn der Subunternehmer Kenntnis vom Widerruf der Anweisung hätte haben können und müssen. Hat der Subunternehmer hingegen im genannten Zeitpunkt keine Kenntnis vom Widerruf der Anweisung, weiss er aber um die ursprüngliche Anweisung und geht in guten Treuen davon aus, dass diese nach wie vor gültig ist, kann der Erst-Besteller lediglich vom Hauptunternehmer kondizieren. 225

## C. INTERVENTION

### 1. EINLEITUNG

Unter der Intervention wird gemeinhin die Erfüllung einer Schuld durch einen Dritten ohne Wissen und Willen des Schuldners oder (gar) gegen dessen Willen verstanden. Vorausgesetzt ist dabei, dass der Schuldner nicht zur persönlichen Leistung verpflichtet ist, was bei Geldschulden regelmässig der Fall ist. Damit die Erfüllungswirkung eintritt, muss der Dritte die Leistung mit dem erkennbaren Willen erbringen, eine fremde Schuld, nämlich diejenige des Schuldners, zu tilgen<sup>296</sup>. 226

---

<sup>295</sup> BSK OR I-KOLLER, Art. 467 N 12.

<sup>296</sup> Siehe zum Ganzen: Urteil (des Bundesgerichts) 4C.69/2005 vom 14. April 2005 E. 3 mit Hinweisen; BGE 123 III 161 E. 4c S. 164 mit Hinweisen; CHK-WULLSCHLEGER, Art. 68 N 9; BSK OR I-SCHROETER, Art. 68 N 27 f.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2050 ff., die allerdings nur die Erfüllung einer Schuld durch einen Dritten «ohne Willen des Schuldners» als Intervention bezeichnen; BK-WEBER, Art. 68 N 44 ff. sowie N 51 ff.; ZK-SCHRANER, Art. 68 N 9 und N 40 ff. Einen leicht anderen Ansatz scheint KOLLER zu verfolgen, der nicht am fehlenden Wissen oder Willen des Schuldners, sondern an der Eigenleistung des Intervenienten anknüpft. Entscheidend ist für ihn, ob der Intervenient im eigenen Namen (eine fremde Schuld) tilgt, nicht hingegen, ob dies ohne bzw. gegen den Willen des Schuldners erfolgt. Dementsprechend ist für KOLLER auch die Tilgung einer Drittschuld «im Auftrag des Schuldners» eine Intervention, solange nur der Intervenient im eigenen Namen leistet (KOLLER, OR AT, N 31.93 ff.).

- 227 Der Erst-Besteller kann demnach auch ohne Wissen und Willen oder gar gegen den Willen des Hauptunternehmers an den Subunternehmer leisten und dadurch die entsprechende Vergütungsschuld des Hauptunternehmers gültig tilgen (Rz. 29 f.). Freilich kann er dies nur insoweit, als der Subunternehmer seine Leistung bzw. Zahlung annimmt<sup>297</sup>; insofern ist die Interventionsbefugnis des Dritten bzw. des Erst-Bestellers kein eigenständiges Interventionsrecht wie jenes nach Art. 110 OR<sup>298</sup>.
- 228 Mangels Berechtigung des Erst-Bestellers durch den Hauptunternehmer oder Verpflichtung des Erst-Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer zur Vornahme von Direktzahlungen wird der Erst-Besteller durch die Direktzahlung an den Subunternehmer nicht von seiner Vergütungsschuld gegenüber dem Hauptunternehmer befreit (Rz. 39 ff.; zur nachträglichen Genehmigung Rz. 173 ff.). Ebenso wenig subrogiert der zahlende Erst-Besteller in die Rechte des Subunternehmers i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR, da eine solche Subrogation vom Willen des Hauptunternehmers bzw. einer entsprechenden Anzeige an den Subunternehmer getragen sein müsste (Rz. 37). Da aber der Hauptunternehmer nichts von der fraglichen Direktzahlung weiss, kann er dem Subunternehmer auch keine entsprechende Anzeige machen.
- 229 Der Hauptunternehmer behält demnach seine Vergütungsforderung gegenüber dem intervenierenden Erst-Besteller im vollen Umfang, sieht jedoch seine Vergütungsschuld gegenüber dem Subunternehmer im Umfang der Direktzahlung getilgt. Die Intervention des Erst-Bestellers hat mit anderen Worten eine finanzielle Besserstellung des Hauptunternehmers zur Folge. Es fragt sich deshalb, ob der Erst-Besteller den Hauptunter-

---

<sup>297</sup> Nimmt der Subunternehmer die Zahlung des Erst-Bestellers nicht an – was freilich kaum je vorkommen dürfte –, gerät er nur, aber immerhin, dann in Zahlungsverzug, wenn der Hauptunternehmer der Zahlung nicht widerspricht (BSK OR I-Schroeter, Art. 68 N 29). Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Intervention als solche durch den fehlenden Widerspruch des Schuldners (Hauptunternehmer) offenbar nicht in Frage gestellt wird. Folgt man strikt der Auffassung, dass eine Intervention immer ohne Wissen und Willen oder gar gegen den Willen des Schuldners geschieht, wäre dies an und für sich nicht denkbar (denn ein Nicht-Widersprechen setzt ja ein Wissen um den entsprechenden Vorgang voraus). Zu einem anderen Schluss gelangt man, wenn man es genügen lässt, dass der Intervenient eine fremde Schuld im eigenen Namen tilgt (vgl. Fn. 296 und dort insbesondere die Ansicht von KOLLER). M.E. ist es nicht ausgeschlossen, von einer Intervention zu reden, auch wenn der Schuldner (Haupt-Unternehmer) dieser nicht widerspricht, da ein fehlender Widerspruch kein eigentliches Einverständnis sein muss (s. zum Ganzen auch Rz. 177).

<sup>298</sup> KOLLER, OR AT, Rz. 36.21.

nehmer aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag in Anspruch nehmen kann<sup>299</sup>.

Wenn der intervenierende Erst-Besteller gleichzeitig belasteter Grundeigentümer ist oder ihm ein beschränktes dingliches Recht am Baugrundstück zusteht, subrogiert er gestützt auf Art. 110 Ziff. 1 OR in die Rechte des Subunternehmers. Sodann ist er (im gesetzlichen Rahmen und mangels gegenteiliger Abrede) berechtigt, seine dergestalt erworbene Forderung gegenüber dem Hauptunternehmer geltend zu machen bzw. mit seiner Vergütungsschuld – sofern und soweit existent – zu verrechnen<sup>300</sup>. Für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag ist in einer solchen Konstellation deshalb kein Raum. 230

Sofern die Direktzahlung des Erst-Bestellers schliesslich im Interesse des Hauptunternehmers geboten war, muss ihm dieser nicht nur die Bereicherung, sondern auch all-fällige Aufwendungen gestützt auf Art. 422 Abs. 1 OR ersetzen<sup>301</sup>. War die Direktzahlung 231

---

<sup>299</sup> Zweierlei ist dabei zu ergänzen: SCHUMACHER/REY scheinen bereicherungsrechtliche Ansprüche des (direkt) zahlenden Dritten, der weder Schuldner der (direkt) bezahlten Werklohnforderung noch Drittpfandeneigentümer ist, nur gegenüber vertraglich nicht verbundenen Parteien prüfen zu wollen (vgl. SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1857 in fine). Dies ist m.E. unzutreffend und findet auch bei GAUCH keine Stütze (vgl. GAUCH, WV, N 180). Vielmehr ist z.B. auch der vertraglich mit dem Erst-Besteller verbundene Hauptunternehmer durch die mit der Direktzahlung bewirkten Verringerung seiner Passiven bereichert und kann deshalb, zumindest dem Grundsatz nach, bereicherungsrechtlich (oder aus GoA) belangt werden (vgl. GAUCH, WV, N 180). Zwar sind **(vertragliche) Schadenersatzansprüche** bei vertraglich miteinander verbundenen Parteien freilich denkbar – und zwar auf dem Wege der uneigentlichen Drittschadensliquidation (d.h. der Erst-Besteller macht gegenüber dem Hauptunternehmer sein eigenes Haftpflichtinteresse geltend) –, doch sind entsprechende Ansprüche m.E. mit deutlich mehr Fragezeichen verbunden als solche bereicherungsrechtlicher Natur. Insbesondere gilt dies, wenn der Erst-Besteller Direktzahlungen lediglich präventiv vornimmt, um einen möglichen Schaden abzuwenden. Zweitens verleihen Berechtigungen zur Vornahme von Direktzahlungen dem Hauptunternehmer, besondere Vereinbarungen vorbehalten, keinen Rechtsgrund, den durch die Direktzahlung des Erst-Bestellers erlangten Vermögensvorteil (zufolge Reduktion der Passiven) behalten zu dürfen (zur Rechtsgrundlosigkeit einer Bereicherung generell: BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 10 ff.). Solche Berechtigungen schliessen deshalb eventuelle bereicherungsrechtliche Ansprüche des Erst-Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer m.E. nicht aus. Relevant wäre dies primär dann, wenn die Berechtigung zur Vornahme von Direktzahlungen als blosser Bestätigung der gesetzlichen Interventionsbefugnis verstanden würde.

<sup>300</sup> GAUCH, WV, Rz. 180.

<sup>301</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz. 179.

des Erst-Bestellers hingegen zwar fremdnützig motiviert, ohne allerdings durch das Interesse des Hauptunternehmers geboten zu sein, kann der Erst-Besteller die beim Hauptunternehmer eingetretene Bereicherung nach Massgabe der Art. 62 ff. OR oder – sofern der Erst-Besteller eigennützig vorging – des Art. 423 Abs. 2 OR herausverlangen. Allerdings ist Art. 423 Abs. 2 OR keine eigenständige Anspruchsnorm, sondern verweist auf das Bereicherungsrecht<sup>302</sup>.

232 Diese verschiedenen Konstellationen sollen nachfolgend näher untersucht werden.

## **2. FORDERUNG DES ERST-BESTELLERS GEGENÜBER HAUPTUNTERNEHMER AUS UNGERECHTFERTIGTER BEREICHERUNG (ART. 62 FF. OR)**

233 Ein Bereicherungsanspruch i.S.v. Art. 62 OR setzt eine Bereicherung, eine Entreicherung und die Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung voraus<sup>303</sup>. Der Bereicherungsanspruch setzt allerdings nicht voraus, dass zwischen dem Bereicherungsgläubiger und dem Bereicherungsschuldner eine unmittelbare Vermögensverschiebung stattgefunden hat; auszugleichen ist vielmehr die Bereicherung, die der Schuldner auf Kosten eines Anderen erlangt hat<sup>304</sup>.

234 Gemäss Art. 63 Abs. 1 OR setzt die Rückforderung bei Bezahlung einer Nichtschuld zudem einen Irrtum des Leistenden über die Schuldspflicht, d.h. den Rechtsgrund der Leistung, voraus<sup>305</sup>. Die Nichtschuld i.S.v. Art. 63 Abs. 1 OR wird dabei als eine Schuld verstanden, die gar nie bestanden hat oder im Zeitpunkt der Leistung bereits erloschen war<sup>306</sup>.

---

<sup>302</sup> BSK OR I-SCHULIN, Art. 62 N 40; BSK I-OSER/WEBER, Art. 423 N 18; a.A. wohl GAUCH, WV, N 180; ZK-SCHMID, Art. 423 N 182. Vgl. für das deutsche Recht etwa MüKoBGB/KRÜGER BGB § 267 Rn. 21.

<sup>303</sup> Vgl. statt Vieler: BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 5 ff.; CHK-HAHN, Art. 62 OR N 1 ff.

<sup>304</sup> BGE 129 III 646 E. 4.2 S. 652 mit Hinweis auf BGE 129 III 422 E. 4 S. 425 m.w.H.; BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 8 ff.

<sup>305</sup> BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 63 N 1.

<sup>306</sup> BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 63 N 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1531, mit Hinweis auf BGE 130 III 509 [recte 504] E. 7 S. 513 und BGE 133 III 43 E. 3.5.1 S. 50.

## 2.1 Bereicherung des Hauptunternehmers

Die Bereicherung ist eine Vermögensvermehrung, welche sich aus der Differenz des Vermögensstandes des Bereicherten zufolge der rechtsgrundlosen Zuwendung und dem hypothetischen Vermögensstand ohne diese Zuwendung berechnet<sup>307</sup>. Sie kann in einer Vergrößerung des Vermögens (Vermehrung der Aktiven oder Verminderung der Passiven), oder aber in einer Nichtverminderung des Vermögens liegen (sogenannte Ersparnisbereicherung).

Vorliegend entsteht die Bereicherung beim Hauptunternehmer, nicht hingegen beim Subunternehmer, obschon es dieser ist, der die Zahlung des Erst-Bestellers erhalten hat. Denn: Der Subunternehmer hat zwar Geld erhalten, jedoch gleichzeitig seine Vergütungsforderung gegenüber dem Hauptunternehmer in entsprechender Höhe verloren. Sein Vermögen verzeichnet deshalb keine Vermehrung.

Hingegen ist das Vermögen des Hauptunternehmers vermehrt, da sich seine Passiven im Umfang der Direktzahlung des Erst-Bestellers an den Subunternehmer verringert haben, seine Vergütungsforderung gegenüber dem Erst-Besteller jedoch unverändert blieb. Die Bereicherung ist demnach zu bejahen.

## 2.2 Entreichung des Erst-Bestellers

Die Vermögensvermehrung des Bereicherten muss zu Lasten eines Anderen erfolgt sein<sup>308</sup>. Wie erwähnt, ist keine direkte Vermögensverschiebung zwischen dem Bereicherungsgläubiger und –schuldner erforderlich (Rz. 233). Vielmehr ist die Bereicherung auszugleichen, die der Bereicherungsschuldner auf Kosten eines anderen ungerechtfertigterweise erlangt hat und die mit der erbrachten Leistung zumindest in einem wirtschaftlichen Sachzusammenhang steht<sup>309</sup>.

---

<sup>307</sup> Vgl. BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 5.

<sup>308</sup> BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 8.

<sup>309</sup> Urteil (des Bundesgerichts) 4C.338/2006 vom 27. November 2006 E. 3.1; BGE 129 III 422 E. 4 S. 425; BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 62 N 8 ff.

- 239 Im hier interessierenden Zusammenhang steht der Bereicherung des Hauptunternehmers die entsprechende Entreicherung des Erst-Bestellers gegenüber. Die Zahlung des Erst-Bestellers an den Subunternehmer steht in direktem Zusammenhang mit der Bereicherung des Hauptunternehmers. Irrelevant ist deshalb, dass keine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen Erst-Besteller und Hauptunternehmer stattgefunden hat.

## 2.3 Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung

- 240 Ungerechtfertigt ist eine Bereicherung dann, wenn dem Bereicherungsschuldner (Hauptunternehmer) im Verhältnis zum Bereicherungsgläubiger (Erst-Besteller) kein Rechtsgrund zum Behaltendürfen des erlangten Vermögensvorteils zusteht<sup>310</sup>.
- 241 Der intervenierende Erst-Besteller nimmt die Direktzahlung an den Subunternehmer ohne entsprechende Rechtspflicht gegenüber dem Hauptunternehmer vor (gegenüber dem Subunternehmer ohnehin nicht). Vom unwahrscheinlichen Fall einer Schenkung abgesehen, verfügt der Hauptunternehmer deshalb über keinen Rechtstitel, um den (indirekt) erlangten Vermögensvorteil behalten zu dürfen.
- 242 Unbeachtlich ist dabei, ob bzw. dass der Hauptunternehmer gegenüber dem Subunternehmer zur Zahlung verpflichtet war, denn die Be- und Entreicherung findet wie gesehen nicht in diesem Verhältnis statt.

## 2.4 Irrtum des Erst-Bestellers über die Schuldpflicht

- 243 Wie erwähnt, setzt ein Rückforderungsanspruch i.S.v. Art. 63 Abs. 1 OR – Bezahlung einer Nichtschuld – einen Irrtum des Bereicherungsgläubigers über seine Schuldpflicht gegenüber dem Bereicherungsschuldner voraus (Rz. 234). Ein fehlender Schenkungswille ist dabei ein notwendiges, aber kein hinreichendes Indiz für einen solchen Irrtum<sup>311</sup>. Hegt der (vermeintliche) Bereicherungsgläubiger im Zeitpunkt seiner Leistung Zweifel an der entsprechenden Leistungspflicht, wird einer Berufung auf Art. 63 Abs. 1 OR kein

---

<sup>310</sup> Urteil (des Bundesgerichts) 4C.338/2006 vom 27. November 2006 E. 3.1.

<sup>311</sup> Vgl. Urteil (des Bundesgerichts) 4C.212/2002 vom 19. November 2002 E. 4.3; BSK ORI-SCHULIN/VOGT, Art. 63 N 4.

Erfolg beschieden sein («wer zweifelt, irrt nicht»)<sup>312</sup>. Hingegen liegt auch dann ein Irrtum vor, wenn der Leistende den Irrtum hätte erkennen müssen<sup>313</sup>.

In der hier interessierenden Konstellation (Rz. 1) kann ausgeschlossen werden, dass der Erst-Besteller den Hauptunternehmer durch die Direktzahlung an den Subunternehmer beschenken möchte (ebenso wenig wie den Subunternehmer). Da die Schenkung ein Vertrag ist, müsste der Hauptunternehmer eine Schenkung im Übrigen annehmen, was aber auszuschliessen ist, wenn er von der Zahlung keine Kenntnis hat oder dagegen opponiert und sie auch nachträglich nicht genehmigt<sup>314</sup>. 244

Gleichzeitig wird der Erst-Besteller in aller Regel wissen, dass er dem Hauptunternehmer gegenüber nicht verpflichtet ist, eine solche Direktzahlung zu leisten. Zumindest aber wird er an seiner Schuldpflicht vernünftigerweise Zweifel hegen. Insbesondere muss dies gelten, wenn er nicht nur ohne Wissen und Willen des Hauptunternehmers, sondern sogar gegen dessen Willen leistet. Obschon theoretisch denkbar, dürfte ein Irrtum des intervenierenden Erst-Bestellers deshalb die Ausnahme bilden<sup>315</sup>. 245

Würde man nun den Kondiktionsanspruch des Erst-Bestellers vom Irrtum abhängig machen, wäre der Hauptunternehmer der lachende Dritte: Seine Zahlungsschwierigkeiten oder gar sein Zahlungsunwille hätten ihm im Resultat eine finanzielle Besserstellung beschert. Es fragt sich deshalb, ob Art. 63 Abs. 1 OR auf Konstellationen wie die vorliegende überhaupt anwendbar ist. 246

Dogmatisch zu unterscheiden sind Leistungs- und Nichtleistungskonditionen<sup>316</sup>. Zu den Nichtleistungskonditionen wird zumeist, in Anlehnung an die deutsche Doktrin<sup>317</sup>, 247

---

<sup>312</sup> Vgl. BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 63 N 4.

<sup>313</sup> BSK OR I-SCHULIN, Art. 63 N 4 mit Hinweis auf u.a. Urteil (des Bundesgerichts) 4C.338/2006 vom 27. November 2006 E. 3.1.

<sup>314</sup> BK-GAUTSCHI, Artikel 419-424 OR, Vorbemerkungen / III.-IV., N 28c.

<sup>315</sup> Prozessual kommt erschwerend hinzu, dass der Erst-Besteller seinen Irrtum beweisen muss; dieser wird nicht etwa bei fehlendem Schenkungswillen vermutet (vgl. Urteil [des Bundesgerichts] 4C.212/2002 vom 19. November 2002 E. 4.3).

<sup>316</sup> BGE 123 III 101 E. 3.a S. 107. Die genaue Abgrenzung dieser Begriffe ist allerdings – wie so vieles im Bereicherungsrecht – umstritten (vgl. KOLLER, OR AT, N. 31.35 f.; ferner GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1466).

<sup>317</sup> Vgl. etwa MüKoBGB/KRÜGER BGB § 267 Rn. 21.

auch die sogenannte Rückgriffskondiktion gezählt<sup>318</sup>. Darunter wird der Rückgriff des leistenden Dritten auf den Schuldner verstanden, wenn der Dritte eine fremde Schuld, nämlich eine Schuld des Schuldners, rechtsgrundlos getilgt hat<sup>319</sup>.

- 248 Gemäss Bundesgericht sind Leistungskonditionen als Sondertatbestände zu betrachten, auf welche die allgemeine Regel von Art. 62 Abs. 1 OR nicht anwendbar ist. In diesen Fällen, so das Bundesgericht, kommt vielmehr Art. 63 Abs. 1 OR zur Anwendung, der eine Rückforderung nur dann zulässt, wenn nachgewiesen ist, dass die Leistung im Irrtum über die Schuldspflicht sowie freiwillig erfolgt ist<sup>320</sup>.
- 249 Die herrschende Lehre teilt diese weitgehende, kategorische Auffassung soweit ersichtlich zwar nicht<sup>321</sup>. Sie sieht Art. 63 OR aber dennoch als Untertatbestand der Leistungskondiktion bzw. als Einschränkung von Art. 62 OR hinsichtlich der Rückforderung von Leistungen in Erfüllung einer Nichtschuld<sup>322</sup>. Im Umkehrschluss findet Art. 63 Abs. 1 OR auf Nichtleistungskonditionen, und damit auch auf die vorliegend interessierende Rückgriffskondiktion, keine Anwendung<sup>323</sup>.
- 250 Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass der bereicherungsrechtliche Anspruch des Erst-Bestellers, der die Schuld des Hauptunternehmers gegenüber dem

---

<sup>318</sup> SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 57.11; CHK-HAHN, Art. 62 N 35. Nicht ganz klar ist die Zuordnung bei KOLLER, der die Rückgriffskondiktion systematisch bei den Leistungskonditionen einordnet, gleichzeitig aber die Aufwendungs- zu den Nichtleistungskonditionen und die Rückgriffs- zu den Aufwendungskonditionen zählt (vgl. KOLLER, OR AT, N 31.97 und N 32.28).

<sup>319</sup> Vgl. KOLLER, OR AT, N 31.97; CHK-HAHN, Art. 62 N 35; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 57.12; zum deutschen Recht: MüKoBGB/KRÜGER BGB § 267 Rn. 19 ff.; BGHZ 137, 89, 95.

<sup>320</sup> BGE 123 III 101 E. 3.a S. 127.

<sup>321</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1489a; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 55.04; CHK-HAHN, Art. 62 N 4.

<sup>322</sup> Vgl. BSK OR I-SCHULIN/VOGT, Art. 63 N 1 und Art. 62 N 11; CHK-HAHN, Art. 63 N 2.

<sup>323</sup> Vgl. Urteil (des Bundesgerichts) 5C.151/2001 E.3b vom 21. August 2001; BGE 86 II 18 E. 4 S. 25 f. (dort im Sinne der Geschäftsanmassung, Art. 423 OR); GAUCH, WV, N 180; KOLLER, OR AT, N 31.97; ferner GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2051. Auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS diskutieren das Erfordernis des Irrtums soweit ersichtlich nur im Zusammenhang mit den Leistungskonditionen (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, N 56.07). HAHN sieht zumindest bei den Eingriffskonditionen generell keinen Raum für ein Irrtumserfordernis i.S.v. Art. 63 OR (CHK-HAHN, Art. 63 N 3). Im deutschen Recht setzt die Rückgriffskondiktion ebenfalls keinen Irrtum des leistenden Dritten voraus (ausdrücklich in diesem Sinne BGHZ 137, 89, Seite 95; MüKoBGB/KRÜGER BGB § 267 Rn. 21).

Subunternehmer ohne Wissen oder gegen den Willen des Hauptunternehmers getilgt hat, keinen Irrtum des Erst-Bestellers über die entsprechende (fehlende) Schuldspflicht gegenüber dem Hauptunternehmer voraussetzt<sup>324</sup>.

Je nach Perspektive des Betrachters mag dies im vorliegend interessierenden Kontext 251  
«bestellerfreundlich» wirken. Immerhin könnte der Erst-Besteller die fragliche Forderung des Subunternehmers i.S.v. Art. 164 ff. OR erwerben, womit sich bereicherungsrechtliche Fragen schon gar nicht stellen würden. Im Sinne eines grösseren Ganzen ist allerdings zu beachten, dass das Bundesgericht – die Lehre ohnehin – die problematische Situation des Erst-Bestellers mit Blick auf die Folgen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB<sup>325</sup> in verschiedenen Entscheiden (zumindest ein Stück weit) durchaus berücksichtigt (siehe sogleich).

Namentlich räumt das Bundesgericht dem Erst-Besteller gestützt auf Art. 1 Abs. 2 ZGB 252  
ein Minderungsrecht<sup>326</sup> gegenüber dem Hauptunternehmer ein, wenn dieser schuldhaft ein Bauwerk abgeliefert, das zu Gunsten eines Subunternehmers belastet ist<sup>327</sup>. Letztlich

---

<sup>324</sup> Vgl. Gauch, WV, N 180; Koller, OR AT, N 31.97; Vgl. Urteil (des Bundesgerichts) 5C.151/2001 E. 3b vom 21. August 2001; BGE 86 II 18 E. 4 S. 25 f. (dort im Sinne der Geschäftsanmassung, Art. 423 OR). Anzumerken bleibt Folgendes: Im Urteil (des Bundesgerichts) 4C.338/2006 vom 27. November 2006 ging es um einen Angewiesenen, der im Irrtum über den Widerruf der Anweisung eine Schuld des (vermeintlich) Anweisenden gegenüber dem (vermeintlichen) Anweisungsempfänger getilgt hatte. Aufgrund des Widerrufs der Anweisung blieb hingegen die Schuld des (vermeintlich) Angewiesenen gegenüber dem (vermeintlich) Anweisenden unvermindert bestehen. Zur Diskussion stand der bereicherungsrechtliche Rückgriff des (vermeintlich) Angewiesenen gegenüber dem (vermeintlich) Anweisenden. Das Bundesgericht subsumierte diese Konstellation unter Art. 63 Abs. 1 OR und setzte demnach einen Irrtum des Angewiesenen über dessen Schuldpflicht voraus (s. Urteil [des Bundesgerichts] 4C.338/2006 vom 27. November 2006 E. 3.2). Angesichts der genannten Rechtsprechung zur Rückgriffskondition bei einer Intervention ist dies m.E. inkohärent. Denn hätte der (vermeintlich) Angewiesene irrtumsfrei geleistet, wäre zwar kein anweisungsrechtlicher Sachverhalt mehr zu beurteilen gewesen, jedoch hätte der nunmehr als Interveniens agierende (vermeintlich) Angewiesene bereicherungsrechtlich auf den (vermeintlich) Anweisenden zurückgreifen können.

<sup>325</sup> Angesprochen ist hier die Situation, dass der Erst-Besteller den Hauptunternehmer vertragskonform bezahlt, dieser aber seine Unternehmer – Subunternehmer aus Sicht des Erst-Bestellers – nicht vertragskonform bezahlt und diese deshalb entsprechende Bauhandwerkerpfandrechte auf dem Baugrundstück eintragen lassen. Der Erst-Besteller ist dadurch faktisch zu Doppelzahlungen verpflichtet, wenn er den Hauptunternehmer bereits vollumfänglich bezahlt hat (s. zum Ganzen GAUCH, WV, N 183 ff.).

<sup>326</sup> Allerdings kein Minderungsrecht i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR (GAUCH, WV, N 184).

<sup>327</sup> GAUCH, Werkvertrag, N 184 mit Hinweis (u.a.) auf BGE 116 II 537 = BR 1992, S. 104, Nr. 182 sowie BGE 104 II 355. GAUCH weist allerdings darauf hin, dass dem Erst-Besteller ein solches

die gleiche Haltung zeigt sich im Versuch des Bundesgerichts, denjenigen Hauptunternehmer, die sich selber vollumfänglich bezahlen lässt, ohne seinen Verpflichtungen gegenüber den Subunternehmern nachzukommen, über den strafrechtlichen Betrugsstatbestand (Art. 146 StGB) zu kriminalisieren<sup>328</sup>.

- 253 Im Resultat ist es dem soeben Gesagten entsprechend vertretbar, dem als Intervenienten handelnden Erst-Besteller einen bereicherungsrechtlichen Rückgriff auf den Hauptunternehmer zuzugestehen, auch wenn dies mit Blick auf Art. 63 Abs. 1 OR zumindest keine dogmatische Selbstverständlichkeit ist.

### **3. FORDERUNG DES ERST-BESTELLERS GEGENÜBER HAUPTUNTERNEHMER AUS GESCHÄFTSFÜHRUNG OHNE AUFTRAG (ART. 419 FF. OR)**

#### **3.1 Echte berechnigte Geschäftsführung ohne Auftrag**

- 254 Wie erwähnt (Rz. 231), hat der an den Subunternehmer leistende Erst-Besteller als Geschäftsführer i.S.v. Art. 419 ff. OR einen Anspruch auf Erstattung seiner Verwendungen, wenn die Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsherrn (Hauptunternehmer) geboten war<sup>329</sup>. Die Rede ist mithin von der sogenannten echten berechnigten Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>330</sup>.
- 255 Erforderlich ist dabei eine objektive und subjektive Komponente<sup>331</sup>: Objektiv gesehen führt der Geschäftsführer (Erst-Besteller) ein fremdes Geschäft, wenn er unmittelbar auf Rechte und Pflichten des Geschäftsherrn (Hauptunternehmer) einwirkt. Die subjektive Komponente setzt voraus, dass der Geschäftsführer mit Fremdgeschäftsführungswillen

---

Minderungsrecht wenig nützt, wenn der bereits bezahlte Unternehmer in Konkurs gefallen ist.

<sup>328</sup> GAUCH, Werkvertrag, N 184 mit Hinweis auf BGE 105 IV 102 ff. = BR 1981, S. 18 f., Nr. 28; vgl. im Übrigen auch Urteil (des Bundesgerichts) 6B\_508/2010 vom 13. September 2010; Urteil (des Bundesgerichts) 6B\_1118/2017 vom 23. Mai 2018.

<sup>329</sup> GAUCH, Werkvertrag, Rz. 180, der allerdings (auch) davon auszugehen scheint, dass eine solche echte berechnigte GoA im vorliegenden Kontext die Ausnahme bildet.

<sup>330</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Vor Art. 419-424 OR, N 8 sowie Art. 422 N 1.

<sup>331</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 419 N 2.

handelt, d.h. das Geschäft soll nach dem Willen des Geschäftsführers dem Rechts- und Interessenbereich des Geschäftsherrn mit dem Bewusstsein zugeordnet werden, für einen anderen zu handeln<sup>332</sup>.

Im Einzelnen müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein<sup>333</sup>: 256

- Auftragslosigkeit;
- fremdes Geschäft;
- Fremdgeschäftsführungswille;
- Gebotenheit.

Zu diesen Voraussetzungen im Einzelnen Folgendes: 257

### 3.1.1 Auftragslosigkeit

Auftragslosigkeit bedeutet die Abwesenheit einer vertraglichen (rechtsgeschäftlichen) Grundlage, die den Handelnden zur Besorgung fremder Geschäfte berechtigt<sup>334</sup>. Relevant sind allerdings nur solche rechtsgeschäftlichen Grundlagen, die zwischen dem Geschäftsführer (Erst-Besteller) und dem Geschäftsherrn (Hauptunternehmer) bestehen, mithin das Innenverhältnis beschlagen<sup>335</sup>. Bestehen solche rechtsgeschäftlichen Grundlagen für das Handeln des Geschäftsführers, gelangen die Art. 419 ff. OR nicht zur Anwendung<sup>336</sup>. Gleiches gilt bei einer nachträglichen Genehmigung des Geschäftsherrn (Art. 424 OR)<sup>337</sup>. 258

---

<sup>332</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 419 N 2.

<sup>333</sup> Siehe zum Ganzen HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1612 ff.; ebenso BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 419 N 4 ff. (die dort [Art. 419 N 13 f.] genannte [zusätzliche] Voraussetzung der «Hilfsbedürftigkeit des Geschäftsherrn» wird bei HUGUENIN unter dem Titel der «Gebotenheit» abgehandelt [HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1627 ff.]).

<sup>334</sup> ZK-SCHMID, Vorbemerkungen zu Art. 419-424, Rz. 63.; HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1613; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 419 N 8, wobei die typographische Hervorhebung des Wortes «Handlungspflicht» irreführend ist, da auch OSER/WEBER die Abwesenheit irgendeines *Rechtsgrundes* genügen lassen.

<sup>335</sup> Vgl. ZK-SCHMID, Vorbemerkungen zu Art. 419-424, Rz. 65; HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1613.

<sup>336</sup> ZK-SCHMID, Vorbemerkungen zu Art. 419-424, Rz. 63; HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1613.

<sup>337</sup> ZK-SCHMID, Vorbemerkungen zu Art. 419-424, Rz. 66.

- 259 Hat demnach der Hauptunternehmer den Erst-Besteller berechtigt oder ist dieser gegenüber dem Hauptunternehmer (gar) verpflichtet, den jeweiligen Subunternehmer direkt zu bezahlen, und sind die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt<sup>338</sup>, handelt der Erst-Besteller nicht ohne Rechtsgrund, weshalb die Art. 419 ff. OR nicht anwendbar sind.
- 260 Anders liegt der Fall, wenn die Voraussetzungen einer Berechtigung oder Verpflichtung zur Direktbezahlung der Subunternehmer nicht gegeben sind oder wenn sich der Erst-Besteller gar über ein Einmischungsverbot des Hauptunternehmers hinwegsetzt. Diesfalls liegt eine echte unberechtigte GoA vor, falls das Vorgehen des Erst-Bestellers (dennoch) altruistisch motiviert ist<sup>339</sup>; andernfalls handelt es sich um eine sogenannte Geschäftsanmassung<sup>340</sup> i.S.v. Art. 423 Abs. 1 OR.

### 3.1.2 Fremdes Geschäft

- 261 Ein fremdes Geschäft liegt vor, wenn der Geschäftsführer in den Interessenkreis des Geschäftsherrn eingreift, wobei sowohl Tat- als auch Rechtshandlungen in Frage kommen<sup>341</sup>. Eine solche Rechtshandlung kann auch im Bezahlen einer fremden Schuld liegen<sup>342</sup>.

---

<sup>338</sup> Beispielsweise die in den Bestimmungen der KBOB-Vertragsvorlagen enthaltenen Voraussetzungen, s. Rz. 72 ff. und Rz. 141 ff.

<sup>339</sup> Vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1489 ff., Rz. 1630 sowie Rz. 2144; BSK OR I-OSER/WERBER, Art. 419 N 12. Die echte unberechtigte GoA ist im Gesetz nur in Ansätzen geregelt – mangels Genehmigung gemäss Art. 424 OR richten sich die Ansprüche nach Bereicherungs-, Delikts- und Sachenrecht (HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2146). Der echte unberechtigte Geschäftsführer kann seine Rückerstattungsansprüche gegenüber dem Geschäftsherrn im Rahmen von Art. 62 ff. OR geltend machen, sofern dieser durch die Intervention des Geschäftsführers bereichert ist und dessen Vorgehen nicht nachträglich genehmigt hat (HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2148).

<sup>340</sup> Auf die Unterscheidung nach Gut- oder Bösgläubigkeit des Geschäftsführers hinsichtlich seines Eingreifens in die Rechtssphäre des Geschäftsherrn (und die entsprechende [uneinheitliche] Terminologie in der Lehre) wird hier nicht weiter eingegangen, da eine solche Gutgläubigkeit des Erst-Bestellers in der vorliegend interessierenden Konstellation kaum vorstellbar ist und überdies vor allem für die Frage der (hier nicht interessierenden) Herausgabepflicht des Geschäftsführers i.S.v. Art. 423 Abs. 1 OR relevant ist (vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 423 N 8; HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2161 ff.).

<sup>341</sup> HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1616 f.; ZK-SCHMID, Art. 419 N 9.

<sup>342</sup> BG 19 S. 835 ff E. 3 S. 840 f.; ZK-SCHMID, Art. 419 N 9 m.H.a. BGE 72 III 6.

Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Geschäftsführer nicht auch eigene Interessen verfolgt – die Tätigkeit braucht mit anderen Worten nicht ausschliesslich altruistisch zu sein<sup>343</sup>. Allerdings gilt dies nur, solange die Eigeninteressen im Vergleich zur Fremdnützigkeit untergeordnet sind, was im Zweifel eine Wertung darüber erfordert, wem die Risiken und Kosten des geführten Geschäfts zugerechnet werden sollen<sup>344</sup>. 262

In der vorliegenden Konstellation greift der Erst-Besteller in den Interessenkreis des Hauptunternehmers ein, indem er dessen Vergütungsschuld gegenüber dem jeweiligen Subunternehmer tilgt. Allerdings wird der Erst-Besteller regelmässig ein eigenes Interesse daran haben, den Subunternehmer zu bezahlen<sup>345</sup>. Um festzustellen, ob der Erst-Besteller ein fremdes Geschäft i.S.v. Art. 419 OR führt, wird deshalb im Einzelfall abzuwägen sein, ob er primär im Interesse des Hauptunternehmers tätig ist oder aber vornehmlich den eigenen Vorteil im Auge hat<sup>346</sup>. 263

### 3.1.3 Fremdgeschäftsführungswille

Der Geschäftsführer muss mit der Intention tätig werden, (zumindest primär) die Interessen eines anderen, nämlich des Geschäftsherrn, wahrzunehmen<sup>347</sup>. Wie erwähnt sprechen mit der jeweiligen Handlung verbundene Eigeninteressen nicht gegen den Fremdgeschäftsführungswillen, solange solche Eigeninteressen untergeordnet sind (Rz. 262). 264

Für die vorliegend interessierende Konstellation (Rz. 1) kann auf die vorstehende Rz. 263 verwiesen werden. 265

---

<sup>343</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 419 N 5a; HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1620; ZK-SCHMID, Art. 419 N 16.

<sup>344</sup> ZK-SCHMID, Art. 419 N 16; HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1621.

<sup>345</sup> Dabei stehen folgende Interessen im Vordergrund: Fortgang der Bautätigkeit, Abwenden bzw. Löschen von Bauhandwerkerpfandrechten, Abwenden einer Schadenersatzpflicht gegenüber dem Bauherrn (falls der Erst-Besteller im Einzelfall kein Bauherr ist).

<sup>346</sup> Vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1621; ZK-SCHMID, Art. 419 N 16.

<sup>347</sup> Vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1623; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 419 N 15.

### 3.1.4 Gebotenheit

- 266 Die Geschäftsführung ist geboten, wenn der Geschäftsführer in guten Treuen und unter Würdigung der gesamten Umstände davon ausgehen durfte, dass die Interessen des Geschäftsherrn die jeweilige Geschäftsführung erforderten; blosse Nützlichkeit reicht nicht<sup>348</sup>.
- 267 Vorausgesetzt ist ferner eine gewisse Hilfsbedürftigkeit des Geschäftsherrn sowie die Dringlichkeit der jeweiligen Tätigkeit<sup>349</sup>. Zudem muss es dem Geschäftsführer unmöglich oder unzumutbar sein, die Zustimmung des Geschäftsherrn zur beabsichtigten Tätigkeit einzuholen<sup>350</sup>. Kann diese Zustimmung eingeholt werden, sind die Art. 419 ff. OR nicht anwendbar.
- 268 Ob eine Geschäftsführung geboten war, beurteilt sich nach einem objektivierten Massstab aus Sicht des Geschäftsführers<sup>351</sup>. Von vornherein nicht geboten ist eine Geschäftsführung dann, wenn sich der Geschäftsherr (Hauptunternehmer) gegen die beabsichtigte Einmischung des Geschäftsführers (Erst-Besteller) gültig verwehrt hat und dieses Einmischungsverbot für den Geschäftsführer zumindest erkennbar<sup>352</sup> war (Art. 420 Abs. 3 OR)<sup>353</sup>. Daran kann auch nichts ändern, wenn der Geschäftsherr seine eigenen Interessen aus Sicht eines vernünftigen Dritten falsch einschätzt<sup>354</sup>.
- 269 Setzt sich der Geschäftsführer über ein (gültiges und erkennbares) Einmischungsverbot des Geschäftsherrn hinweg, ist sein Vorgehen wie erwähnt (Rz. 260) als echte unberechtigte GoA zu qualifizieren, sofern dieses (dennoch) von altruistischen Motiven getragen

---

<sup>348</sup> Vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1627; BSK OR I-Oser/Weber, Art. 419 N 12; Urteil (des Bundesgerichts) 4A\_684/2015 vom 19. April 2016 E. 1.5; BGE 95 II 93 E. II.2 S. 104 = Pra 1960, 147 f.; BGE 86 II 18 E. 4 S. 25.

<sup>349</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 419 N 13 f.; HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1627.

<sup>350</sup> HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1628; vgl. auch BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 419 N 13 in fine.

<sup>351</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 419 N 12; ähnlich HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1629.

<sup>352</sup> ZK-SCHMID, Art. 420 N 40; vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1630.

<sup>353</sup> BSK I-OSER/WEBER, Art. 419 N 12 m.w.H.; HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1630.

<sup>354</sup> Vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1489; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 419 N 12.

war<sup>355</sup>. Ist die Motivation hingegen (überwiegend) eigennützig, handelt es sich um eine Eigengeschäftsführung bzw. Geschäftsanmassung i.S.v. Art. 423 Abs. 1 OR (Rz. 304 ff.).

Das Einmischungsverbot ist allerdings nur gültig, wenn es weder unsittlich noch rechtswidrig ist (Art. 420 Abs. 3 OR). Unsittlichkeit spielt als moralische Grösse in der vorliegend interessierenden Konstellation (Rz. 1) keine Rolle. Rechtswidrigkeit liegt sodann vor, wenn der Geschäftsführer aufgrund einer Rechtsnorm zur Vornahme der fraglichen Handlung verpflichtet ist oder wenn das Einmischungsverbot einen offenkundigen Rechtsmissbrauch i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt<sup>356</sup>. 270

In der vorliegend interessierenden Konstellation – der Geschäftsführer (Erst-Besteller) möchte eine Schuld des Geschäftsherrn (Hauptunternehmer) gegenüber dessen Gläubiger (Subunternehmer) tilgen – ist das Einmischungsverbot bereits rechtmässig, weil sich der Geschäftsführer nicht gegen seinen Willen der Gefahr eines Regresses des Geschäftsführers aussetzen muss<sup>357</sup>. 271

Sofern und sobald der Erst-Besteller demnach erkennen kann, dass der Hauptunternehmer die ins Auge gefasste Direktbezahlung des Subunternehmers ablehnt, liegt 272

---

<sup>355</sup> Vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1490 und Rz. 2144. Die echte unberechtigte GoA ist im Gesetz nur in Ansätzen geregelt – mangels Genehmigung gemäss Art. 424 OR richten sich die Ansprüche nach Bereicherungs-, Delikts- und Sachenrecht (HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2146). Der echte unberechtigte Geschäftsführer kann seine Rückerstattungsansprüche gegenüber dem Geschäftsherrn im Rahmen von Art. 62 ff. OR geltend machen, sofern dieser durch die Intervention des Geschäftsführers bereichert ist und dessen Vorgehen nicht nachträglich genehmigt hat (HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2148 m.w.H.).

<sup>356</sup> ZK-SCHMID, Art. 420 N 55 f. SCHMID hält dort mit Hinweis auf BGE 72 III 6 ff. E. 2 S. 8 (auch) fest, dass nicht rechtsmissbräuchlich handelt, wer einem Dritten verbietet, eine eigene, für den Dritten fremde Schuld zu tilgen. Hierzu ist Folgendes zu sagen: Das Bundesgericht begründet diese Ansicht damit, dass sich niemand gegen seinen Willen der Gefahr eines Regressprozesses aussetzen müsse, selbst wenn dieser kaum Chancen auf Erfolg hätte (BGE 72 III 6 ff. E. 2 S. 8 f.). Diese Begründung lässt allerdings unerwähnt, dass der Geschäftsführer sowohl bei einer echten unberechtigten GoA als auch bei einer Geschäftsanmassung i.S.v. Art. 423 Abs. 1 OR berechtigt ist, die durch seine Zahlung geschaffene Bereicherung des Geschäftsherrn herauszuverlangen, sei es direkt gestützt auf Art. 62 ff. OR (echte unberechtigte GoA [vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2148 m.w.H.]) oder gestützt auf Art. 423 Abs. 2 OR (in diesem Sinn bereits BG 19 S. 835 ff. E. 3 S. 841). Mit anderen Worten ist es freilich richtig, dass das fragliche Einmischungsverbot nicht rechtsmissbräuchlich ist, jedoch kann der Verbietende dadurch nicht verhindern, dass der (dennoch) Zahlende eine Forderung auf Herausgabe der Bereicherung gegen ihn erwirbt.

<sup>357</sup> BGE 72 III 6 E. 2 S. 8, siehe hierzu Fn. 356.

keine echte berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag i.S.v. Art. 419 ff. OR vor, ganz ungeachtet dessen, ob dieses vom Hauptunternehmer ausgesprochene Verbot auch einem objektivierten Massstab standhält.

- 273 Ist hingegen kein solches Einmischungsverbot erkennbar, ist zu prüfen, ob der Erst-Besteller in guten Treuen davon ausgehen durfte, dass seine Direktzahlung durch die Interessen des Hauptunternehmers geboten bzw. erforderlich war.
- 274 Wie gesehen (Rz. 6 und Rz. 148), liegen Direktzahlungen des Erst-Bestellers an Subunternehmer zumeist Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers oder (schwerwiegende) Differenzen zwischen Haupt- und Subunternehmer zu Grunde. Zu prüfen ist demnach – hier freilich nur auf einer abstrakten Ebene – welchen Interessen eine solche Direktzahlung (überwiegend) dient. Dazu das Nachfolgende:

#### **a) Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers**

- 275 Befindet sich ein Hauptunternehmer in Zahlungsschwierigkeiten, wird man prima facie geneigt sein, in der Direktzahlung des Erst-Bestellers eine (mehr oder minder dringliche) Hilfestellung zugunsten des Hauptunternehmers zu sehen<sup>358</sup>. In der Tat kann eine solche Direktzahlung den Hauptunternehmer in die Lage versetzen, den Hauptvertrag richtig erfüllen zu können bzw. dem Erst-Besteller gegenüber nicht schadenersatzpflichtig zu werden, letzteres namentlich aus Verzug<sup>359</sup> oder wegen Belastung des Baugrundstückes mit Bauhandwerkerpfandrechten<sup>360</sup>.
- 276 Demgegenüber steht das Interesse des Hauptunternehmers, frei über die ihm gegenüber dem Erst-Besteller zustehende Vergütung verfügen zu können<sup>361</sup>. Bezahlt nun

---

<sup>358</sup> In diesem Sinn wohl GAUCH, WV, Rz. 180 in fine.

<sup>359</sup> Der Hauptunternehmer kann gegenüber dem Erst-Besteller in Verzug geraten, wenn der Subunternehmer aufgrund ausbleibender Zahlungen seine Arbeiten einstellt. Vgl. hierzu Art. 97 Abs. 1 SIA Norm 118/2013: «*Bauherr und Unternehmer haften gegenseitig für Schäden aus Fristüberschreitungen, die sie verschuldet haben.*». Dem Verschulden gleichgestellt ist dabei die Haftung für Hilfspersonen i.S.v. Art. 101 Abs. 1 OR (REETZ, Kommentar zur SIA Norm 118, Art. 97 / Rz. 3.1).

<sup>360</sup> Vgl. BGE 116 II 533 E. 2.a.bbb S. 537: «*Die Ablieferung eines Werks, welches mit Pfandrechten der Subunternehmer belastet ist, stellt demzufolge eine vertragliche Schlechterfüllung seitens des Generalunternehmers dar. [...]*» und hierzu GAUCH, WV, Rz. 180 m.w.H.

<sup>361</sup> Vgl. Urteil des BGH vom 21. Juni 1990 (VII ZR 109/89) Rz. 15 und hierzu Rz. 195 vorstehend.

aber der Erst-Besteller den Subunternehmer direkt, schafft der Erst-Besteller eine Verrechnungssituation gegenüber dem Hauptunternehmer, womit diesem – bei Ausübung der Verrechnung<sup>362</sup> – die Möglichkeit genommen wird, über das ihm gegenüber dem Erst-Besteller zustehende Recht auf Vergütung zu verfügen.

Dieses Interesse (des Hauptunternehmers) an seiner Vergütungsforderung gegen den Erst-Besteller ist umso grösser bzw. (gar) existenziell, wenn es für ihn (bereits) darum geht, einen Konkurs abzuwenden. In einer solchen Situation wird der Hauptunternehmer regelmässig mit einer Vielzahl offener Forderungen konfrontiert sein und wird vorzugsweise jene (anderen) Gläubiger zuerst befriedigen wollen, die ihn (bereits) betrieben haben und ihm mit dem Konkursbegehren drohen<sup>363</sup>. 277

Damit ist noch nichts darüber gesagt, ob die Bezahlung solcher (anderer) Gläubiger durch den Hauptunternehmer im Einzelfall rechtlich zulässig und faktisch möglich wäre<sup>364</sup>. Allerdings wird der Erst-Besteller in aller Regel kaum detaillierte Kenntnis der Sach- und Rechtslage haben, in der sich der Hauptunternehmer im fraglichen Zeitpunkt befindet. Es würde demnach zu kurz greifen, wenn man bei einer – meist ohnehin erst ex post feststehenden – Unzulässigkeit oder Anfechtbarkeit solcher (hypothetischen) Zahlungen des Hauptunternehmers die Gebotenheit der fraglichen Direktzahlung des Erst-Bestellers (alleine) deshalb bejahen würde. 278

---

<sup>362</sup> Vorausgesetzt ist freilich, dass der Hauptvertrag kein Verrechnungsverbot zulasten des Erst-Bestellers vorsieht und die Verrechnung vor Art. 213 f. SchKG standhält (siehe zu Art. 214 SchKG Rz. 504 ff.).

<sup>363</sup> Vgl. Urteil des BGH vom 21. Juni 1990 (VII ZR 109/89) und hierzu Rz. 195 vorstehend.

<sup>364</sup> Insbesondere zu erwähnen sind folgende Punkte: (i) Der Hauptunternehmer kann gegebenenfalls den Hauptvertrag verletzen, wenn er mit der vom Erst-Besteller erhaltenen Vergütung nicht vorab die Subunternehmer bezahlt; (ii) Eine selektive Gläubigerbefriedigung kann paulianisch anfechtbar sein (Art. 285 ff. SchKG; s. zur Frage, ob Direktzahlungen des Erst-Bestellers paulianisch anfechtbar sind, Ziff. IV nachstehend); (iii) Es ist möglich und mit Blick auf Art. 841 Abs. 1 ZGB (Vorrecht) auch geboten, dass bei fremdfinanzierten Bauwerken die kreditgebende Bank die Zahlungsströme auf dem (meist bauwerksspezifisch eingerichteten) Konto des Hauptunternehmers – sogenanntes GU-Konto – überwacht und eine bauwerk fremde Verwendung der Mittel verhindert; (iv) Möglicherweise weist das jeweilige Konto des Hauptunternehmers einen Minussaldo auf und würde eine Zahlung des Erst-Bestellers (lediglich) diesen Minussaldo ausgleichen.

- 279 Vielmehr wird der Erst-Besteller bei einem drohenden Konkurs des Hauptunternehmers davon ausgehen (müssen), dass dieser ein eminentes Interesse hat, frei über die Verwendung der ihm zustehenden Vergütung zu entscheiden. Bezahlt der Erst-Besteller in einer solchen Situation (dennoch) den Subunternehmer – und ist es nicht (per Zufall) derselbe Subunternehmer, den der Hauptunternehmer ebenfalls vorrangig bezahlen würde –, wird der Erst-Besteller regelmässig überwiegend eigene Interessen verfolgen: *Er* ist es, dem in einer solchen Situation primär gedient ist, wenn die Bauarbeiten ohne Unterbrechung voranschreiten und keine Bauhandwerkerpfandrechte auf seinem Grundstück eingetragen werden<sup>365</sup>. Mit Blick auf die Interessen des Hauptunternehmers hingegen wäre eine solche Direktzahlung des Erst-Bestellers normalerweise nicht nur nicht erforderlich, sondern wohl nicht einmal nützlich.
- 280 Aber auch wenn die Finanzlage des Hauptunternehmer weniger dramatisch ist, dürfte eine Direktzahlung des Erst-Bestellers an einen Subunternehmer nicht ohne weiteres für den Hauptunternehmer geboten bzw. (geradezu) erforderlich sein<sup>366</sup>.
- 281 Geboten bzw. erforderlich wäre eine Direktzahlung des Erst-Bestellers nach der hier vertretenen Meinung erst dann, wenn der Hauptunternehmer den vom Erst-Besteller ins Auge gefassten Subunternehmer selber auch bezahlen möchte, dies aber nicht kann, beispielsweise weil sein Konto einen (unzulässigen) Minussaldo aufweist und ein Zahlungseingang des Erst-Bestellers (lediglich) diesen Minussaldo ausgleichen würde.
- 282 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass (natürlich) die Umstände des Einzelfalles entscheidend sind, dass aber grundsätzlich eine Direktzahlung des Erst-Bestellers nicht unbedingt bereits deshalb aus Sicht des Hauptunternehmers erforderlich bzw. geboten ist, weil er sich in einer finanziell angespannten Lage befindet.

### **b) Differenzen zwischen Haupt- und Subunternehmer**

- 283 Die Rede ist hier von (schwerwiegenden) Differenzen zwischen Haupt- und Subunternehmer, die aber nicht auf einer Zahlungsunfähigkeit des Hauptunternehmers beruhen

---

<sup>365</sup> Im Übrigen muss der Erst-Besteller gerade mit Blick auf den ungestörten Fortgang der Bauarbeiten ein grosses (eigenes) Interesse daran haben, dass der Hauptunternehmer nicht in Konkurs gerät.

<sup>366</sup> Dass aber eine Direktzahlung gegebenenfalls bloss nützlich ist, reicht unter dem Titel der Gebotenheit wie gesehen nicht aus (s. Rz. 266).

(Rz. 148). D.h. der Hauptunternehmer sieht von einer Bezahlung des jeweiligen Subunternehmers willentlich ab, obwohl er über die erforderlichen Mittel für die Schuldtilgung verfügt.

Ist dies für den Erst-Besteller erkennbar und bezahlt er den Subunternehmer dennoch, ist sein Vorgehen nicht vom Willen getragen, die Interessen des Hauptunternehmers zu wahren. Vielmehr verfolgt der Erst-Besteller diesfalls eigene Ziele<sup>367</sup>. Dabei kann es – gleich wie beim Einmischungsverbot – nicht darauf ankommen, ob die Gründe, aus denen der Hauptunternehmer den Subunternehmer (zumindest einstweilen) nicht bezahlt, aus Sicht eines vernünftigen Dritten nachvollziehbar sind oder nicht. Sinn und Zweck der Geschäftsführung ohne Auftrag ist nicht eine Bevormundung des (vermeintlichen) Geschäftsherrn. 284

### c) Rechtsfolgen bei gegebenen Voraussetzungen

Sind die vorstehend (Rz. 256 ff.) genannten Voraussetzungen der echten berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben, hat der Geschäftsherr dem Geschäftsführer gemäss Art. 422 Abs. 1 OR all jene Verwendungen samt Zinsen (5%) zu ersetzen, die für die Ausführung des Geschäfts notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren<sup>368</sup>. Zudem – für die vorliegende Konstellation indes weniger relevant – hat der Geschäftsherr den Geschäftsführer von übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien sowie für anderen Schaden nach Ermessen des Richters Ersatz zu leisten<sup>369</sup>. 285

Für die Frage, ob einzelne Verwendungen notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, ist ein objektivierter Massstab anzulegen. Entscheidend ist daher, welchen Aufwand der Geschäftsführer im Hinblick auf den angestrebten Erfolg 286

---

<sup>367</sup> Namentlich die störungsfreie Fortführung der Bauarbeiten durch den jeweiligen Subunternehmer – freilich nur, sofern dieser seine Arbeiten nicht schon beendet hat – und das Abwenden von Bauhandwerkerpfandrechten.

<sup>368</sup> Die Frage der Verhältnismässigkeit bezieht sich dabei einzig auf die (bloss) nützlichen Verwendungen (vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1634; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 422 N 6 m.w.H.).

<sup>369</sup> Das entsprechende Gläubiger-/Schuldnerverhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherr beruht unmittelbar und einzig auf Gesetz (Art. 422 i.V.m. Art. 419 OR). Allerdings zeitigt dieses besondere Schuldverhältnis vertragsähnliche Wirkungen, weshalb bisweilen von einem vertragsähnlichen Akt oder von einem gesetzlich begründeten faktischen Vertragsverhältnis gesprochen wird (s. zum Ganzen ZK-SCHMID, Art. 422 N 33 ff.).

und den mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn in guten Treuen als notwendig oder zumindest nützlich und nach den Umständen als angemessen erachten durfte<sup>370</sup>. Aufwendungen im engeren Sinn sind dabei stets in Geld zu vergüten<sup>371</sup>.

- 287 In der vorliegend untersuchten Konstellation (Rz. 1) ist zunächst und ganz primär jener Geldbetrag als Verwendung zu ersetzen, den der Erst-Besteller dem Subunternehmer mit Blick auf die Interessen des Hauptunternehmers gezahlt hat.
- 288 Sollte die fragliche Zahlung sodann weitere notwendige oder nützliche sowie angemessene Aufwendungen mit sich gebracht haben – beispielsweise Kosten für die Zahlungsausführung, welche die beauftragte Bank dem Erst-Besteller belastet; oder Kreditkosten, wenn der Erst-Besteller selber nicht über die notwendigen Mittel verfügt<sup>372</sup> – sind diese ebenfalls zu ersetzen.
- 289 Schwieriger ist die Frage, ob sich aus Art. 422 Abs. 1 OR auch ein Honoraranspruch herleiten lässt. Der Gesetzgeber sah einen solchen Anspruch ursprünglich nicht vor, die überwiegende Lehre hingegen behauptet dessen Zulässigkeit, sei dies in Form eines auszugleichenden Verdienstaustauschs oder in Form einer Vergütung, falls eine solche für die geleistete Tätigkeit üblich ist<sup>373</sup>.
- 290 Für die hier diskutierte Konstellation (Rz. 1) ist dies allerdings von geringer Bedeutung: Ein Verdienstaustausch des Erst-Bestellers für die Auslösung einer Zahlung ist vernünftigerweise nicht vorstellbar und eine Vergütung dürfte ebenfalls nicht üblich sein, zumindest nicht für das Auslösen einer (einzigen) oder auch einiger weniger Zahlungen.
- 291 Interessant ist hingegen die Frage, welche Bedeutung Art. 422 Abs. 2 OR im vorliegenden Kontext zukommt. Art. 422 Abs. 2 OR hält nämlich fest, dass der Geschäftsführer die Ersatzansprüche gemäss Art. 422 Abs. 1 OR auch dann hat, wenn der beabsichtigte Erfolg ausblieb, er aber mit der gehörigen Sorgfalt gehandelt hat. Mit anderen Worten

---

<sup>370</sup> ZK-SCHMID, Art. 422 N 44.

<sup>371</sup> ZK-SCHMID, Art. 422 N 45, mit Hinweis auf BGE 78 II 42 E. 4 S. 51 zum Verwendungsersatz nach Art. 402 Abs. 1 OR.

<sup>372</sup> Sofern der Erst-Besteller ein Darlehen aufnehmen musste, um die Direktzahlung zu leisten, kommt neben dem Barersatz auch die direkte Tilgung gegenüber dem Darlehensgeber oder eine externe Schuldübernahme in Frage (vgl. ZK-SCHMID, Art. 422 N 50).

<sup>373</sup> Siehe zum Ganzen ZK-SCHMID, Art. 422 N 65 ff.

weist der Gesetzgeber das Risiko eines Misserfolges der sorgfältig erbrachten Geschäftsbesorgung dem Geschäftsherrn zu<sup>374</sup>.

Zwei Varianten können in der vorliegend interessierenden Konstellation unterschieden werden: Die Direktzahlung des Erst-Bestellers führt nicht zur Tilgung der entsprechenden Forderung des Subunternehmers, *obwohl* diese besteht, oder, als zweite Variante, *weil* diese nicht besteht. 292

Zunächst zur Variante der inexistenten Forderung des Subunternehmers: Zu der vom Gesetz (Art. 422 Abs. 2 OR) geforderten «gehörigen Sorgfalt» des Geschäftsführers gehört in der vorliegend interessierenden Konstellation, dass der Erst-Besteller zuerst die Existenz der fraglichen Forderung des Subunternehmers sorgfältig abklärt und dann die Zahlung sorgfältig ausführt bzw. ausführen lässt. 293

Das sorgfältige Abklären der Existenz der fraglichen Forderung beinhaltet eine Befragung des Hauptunternehmers. Ein einseitiges Abstellen lediglich auf die Behauptungen des Subunternehmers genügt normalerweise nicht<sup>375</sup>. Befragt der Erst-Besteller den Hauptunternehmer vorgängig, wird sich dieser entweder gegen die Direktzahlung aussprechen – weil er die Forderung bestreitet oder weil er die Zahlung aus anderen Gründen nicht oder noch nicht ausführen möchte – oder die Direktzahlung (zumindest konkludent) befürworten. In beiden Fällen liegt keine echte berechnete Geschäftsführung ohne Auftrag vor: Im ersten Fall handelt der dennoch zahlende Erst-Besteller gegen den ihm bekannten Willen des Hauptunternehmers<sup>376</sup>, im zweiten Fall wird in aller Regel ein zumindest stillschweigendes Einverständnis des Hauptunternehmers vorliegen, womit die GoA aus dem Spiel bleibt. 294

Dass sich der Erst-Besteller, der auf eine – wie er vorgängig nicht wusste – inexistente Forderung des Subunternehmers geleistet hat, dennoch (erfolgreich) auf Art. 422 Abs. 2 OR berufen kann, würde demnach voraussetzen, dass es unmöglich oder ihm unzumut- 295

---

<sup>374</sup> Vgl. ZK-SCHMID, Art. 422 N 72.

<sup>375</sup> Schon in der Antike galt, allerdings primär an den Richter adressiert: «Audiatur et altera pars» [lat. für: Gehört werde auch der andere Teil].

<sup>376</sup> A.M. offenbar SCHMID, der auch in solchen bzw. vergleichbaren Situationen eine Fremdnützigkeit erkennen will (ZK-SCHMID, Art. 423 N 91 f.).

bar war, den Hauptunternehmer vor seiner Direktzahlung zu konsultieren<sup>377</sup>. Dies ist zwar nicht undenkbar, dürfte aber zumeist unwahrscheinlich sein.

- 296 Beizufügen bleibt, dass der Erst-Besteller, der ohne entsprechende vertragliche Abrede oder einseitige Ermächtigung bzw. Anweisung des Hauptunternehmers auf eine nicht existente Forderung des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer leistet, je nach den konkreten Umständen einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegenüber dem um die fragliche Zahlung bereicherten Subunternehmer hat<sup>378</sup>.
- 297 Besteht die Forderung des Subunternehmers hingegen, scheidet aber die Tilgung am Zahlungsvorgang, so ist nach der hier vertretenen Ansicht ein Ersatzanspruch i.S.v. Art. 422 Abs. 2 OR denkbar, wenn der Erst-Besteller bei Ausführung der Direktzahlung sorgfältig vorgegangen ist<sup>379</sup>. Sofern der Hauptunternehmer Ersatz der Verwendungen leistet – insbesondere den Zahlungsbetrag ersetzt – ist allerdings zu fordern, dass der Erst-Besteller eine allfällige Forderung gegenüber der ausführenden Bank oder sonstigen Dritten auf Rückerstattung des fehlgeleiteten Betrages dem Hauptunternehmer zediert, soweit diese nicht bereits in analoger Anwendung von Art. 401 OR auf den Hauptunternehmer übergegangen ist<sup>380</sup>.
- 298 Abschliessend bleibt zu bemerken, dass es dem Hauptunternehmer freisteht, die auftragslose Geschäftsführung bzw. Direktzahlung des Erst-Bestellers nachträglich zu genehmigen. Eine solche Genehmigung ist ein einseitiger Rechtsakt, der sich auch stillschweigend manifestieren kann (Rz. 173 ff.)<sup>381</sup>. Die Genehmigung bewirkt die Anwendbarkeit des Auftragsrechts, ohne dass dadurch ein Vertrag bzw. Auftrag zustande

---

<sup>377</sup> Vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1628.

<sup>378</sup> Gemäss BGE 70 II 117 E. 1 S. 121 ff. hat der Richter im Einzelfall zu entscheiden, ob dem zahlenden Dritten oder dem vermeintlichen Schuldner die Kondiktion gegenüber dem vermeintlichen Gläubiger zusteht (siehe hierzu Fn. 277; vgl. im Übrigen GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2069 sowie BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 110 N 34). Indes lagen diesem Urteil besondere Verhältnisse zu Grunde, da die zahlende Dritte und der Schuldner Eheleute waren.

<sup>379</sup> Ausser Betracht fällt ein solcher Ersatzanspruch selbstverständlich dann, wenn der gescheiterte Zahlungsvorgang zu keinem entsprechenden Mittelabfluss beim Erst-Besteller geführt hat.

<sup>380</sup> Vgl. ZK-SCHMID, Art. 422 N 94 f. zur Frage der analogen Anwendbarkeit von Art. 401 OR.

<sup>381</sup> BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 424 N 4.

kommt bzw. rückwirkend zustande gekommen wäre<sup>382</sup>. Der Verwendungersatz des Erst-Bestellers stützt ich in diesem Fall auf Art. 402 Abs.1 OR.

### 3.2 Echte unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag

Eine echte unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag liegt vor, wenn der Geschäftsführer zwar altruistisch motiviert, aber ohne Berechtigung vorgeht<sup>383</sup>. Die Berechtigung fehlt, wenn sich der Geschäftsherr gegen das Vorgehen erkennbar ausgesprochen hatte oder wenn dieses mit Blick auf die Interessen des Geschäftsherrn nicht geboten war<sup>384</sup>. 299

Die echte unberechtigte GoA ist im Gesetz nur in Ansätzen geregelt (Art. 420 Abs. 3 OR und Art. 424 OR)<sup>385</sup> – mangels Genehmigung gemäss Art. 424 OR richten sich die Ansprüche nach Bereicherungs-, Delikts- und Sachenrecht<sup>386</sup>. Der echte unberechtigte Geschäftsführer (Erst-Besteller) kann seine Rückerstattungsansprüche gegenüber dem Geschäftsherrn (Hauptunternehmer) – unter Vorbehalt einer Genehmigung (Art. 424 OR) – im Rahmen von Art. 62 ff. OR geltend machen, sofern der Geschäftsherr durch die Intervention des echten unberechtigten Geschäftsführers ungerechtfertigt bereichert wurde<sup>387</sup>. 300

Mit Blick auf die vorliegend interessierende Konstellation (Rz. 1) ist hierzu Folgendes zu sagen: Ist für den Erst-Besteller erkennbar, dass der Hauptunternehmer die vom Erst-Besteller beabsichtigte Direktbezahlung des jeweiligen Subunternehmers nicht wünscht (dazu Rz. 268), kann dem Erst-Besteller, der sich über ein solches Einmischungsverbot hinwegsetzt, nach hier vertretener Meinung nur in Ausnahmefällen eine altruistische Motivation zugesprochen werden (Rz. 272 und Rz. 284)<sup>388</sup>. Viel eher 301

<sup>382</sup> Vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 424 N 1.

<sup>383</sup> HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2143 f.

<sup>384</sup> HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2143 f.; ZK-SCHMID, Vorbemerkungen zu Art. 419-424 N 19; BSK OR I-OSER/WEBER, Vor Art. 419-424 N 9. Zur Gebotenheit s. Rz. 266 ff. vorstehend.

<sup>385</sup> HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2145.

<sup>386</sup> HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2146; ZK-SCHMID, Art. 423 N 149 ff.

<sup>387</sup> HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2148.

<sup>388</sup> In diesem Sinn auch BGE 86 II 18 E. 4 S. 25; a.A. SCHMID, der bei Bezahlung einer fremden Schuld einerseits von Fremdnützigkeit ausgeht und deshalb keinen Raum für Art. 423 OR sieht, und

wird er diesfalls (zumindest überwiegend) eigene Interessen verfolgen und es wird deshalb sein Vorgehen nicht als echte (unberechtigte), sondern als unechte GoA bzw. als Geschäftsanmassung zu qualifizieren sein<sup>389</sup>.

- 302 Bei fehlendem Einmischungsverbot ist sodann denkbar, dass eine Direktzahlung des Erst-Bestellers als echte unberechtigte GoA qualifiziert, weil sich diese mit Blick auf die Interessen des Hauptunternehmers als (immerhin) nützlich erweist.
- 303 Sind im Einzelfall die Voraussetzungen einer echten unberechtigten GoA erfüllt und wurde durch die Direktzahlung des Erst-Bestellers die entsprechende Schuld des Hauptunternehmers gegenüber dem fraglichen Subunternehmer (im Betrag der Direktzahlung) getilgt, kann der Erst-Besteller nach Massgabe der Art. 62 ff. OR auf den Hauptunternehmer zurückgreifen (Rz. 233 ff.)<sup>390</sup>.

### 3.3 Geschäftsanmassung

- 304 Bei der Geschäftsanmassung<sup>391</sup> geht der Geschäftsführer eigennützig vor. Er greift wissentlich ohne Rechtfertigungsgrund<sup>392</sup> in eine fremde Rechtssphäre ein und führt das fremde Geschäft als sein eigenes<sup>393</sup>. Insofern handelt es sich streng genommen um keinen eigentlichen Geschäftsführungstatbestand<sup>394</sup>.

---

sich andererseits bei Vorliegen eines Einmischungsverbots gegen eine Bereicherungsforderung des unechten Geschäftsführers auszusprechen scheint (ZK-SCHMID, Art. 423 N 91 f. und N 152).

<sup>389</sup> Vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 1621. Siehe zur Geschäftsanmassung Rz. 304 ff. nachstehend.

<sup>390</sup> Vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2148; BSK OR I-OSER/WEBER, Vor Art. 419-424 N 11; zu SCHMID s. Fn. 388.

<sup>391</sup> Die Geschäftsanmassung gilt terminologisch als Unterfall der unechten Geschäftsführung und zeichnet sich durch die Bösgläubigkeit des unechten Geschäftsführers aus; dies in Abgrenzung zur unechten gutgläubigen GoA, die voraussetzt, dass der unechte Geschäftsführer fälschlicherweise meint, in eigener Sache tätig zu werden (vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2154; BSK OR I-OSER/WEBER, Vor Art. 419-424 N 10 f.; ZK-SCHMID, Vorbemerkungen zu Art. 419-424 N 21 f.

<sup>392</sup> Wobei auch die Verletzung relativer Rechte je nach den konkreten Umständen widerrechtlich sei kann (vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 423 N 6).

<sup>393</sup> Vgl. HUGUENIN, OR AT/BT, Art. 423 N 2154 f.

<sup>394</sup> Vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Vor Art. 419-424 N 11 sowie Art. 423 N 2.

In der vorliegend interessierenden Konstellation (Rz. 1) wäre die Geschäftsanmassung immer dann gegeben, wenn der Erst-Besteller mit der von ihm ins Auge gefassten Direktbezahlung eines Subunternehmers wissentlich seine eigenen Interessen verfolgt, nicht hingegen jene des Hauptunternehmers. Wie erwähnt (Rz. 301) dürfte dies häufig, nicht aber zwingend, der Fall sein, wenn für den Erst-Besteller erkennbar war, dass der Hauptunternehmer seine Einmischung nicht wünscht. 305

Sind die Voraussetzungen der Geschäftsanmassung erfüllt, hat der bösgläubige Geschäftsführer insoweit einen Anspruch gegenüber dem Geschäftsherrn auf «Ersatzleistung» und «Entlastung», als dieser bereichert ist (Art. 423 Abs. 2 OR)<sup>395</sup>. 306

In der vorliegend interessierenden Konstellation ist der Hauptunternehmer im Betrag der Direktzahlung des Erst-Bestellers an den Subunternehmer bereichert<sup>396</sup>, freilich vorausgesetzt, dass die entsprechende Forderung des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer gültig bestand und durch die Direktzahlung getilgt wurde. 307

Diese Bereicherung kann der Erst-Besteller vom Hauptunternehmer herausverlangen bzw. mit einer allfälligen Schuld gegenüber dem Hauptunternehmer (im vertraglich und gesetzlich zulässigen Rahmen) verrechnen<sup>397</sup>. Nach der hier vertretenen Ansicht gilt dies auch dann, wenn der Erst-Besteller die Direktzahlung trotz gültigem Einmischungsverbots des Hauptunternehmers getätigt hat<sup>398</sup>. 308

<sup>395</sup> HUGUENIN, OR AT/BT, Rz. 2182; ZK-SCHMID, Art. 423 N 137. Allerdings ist Art. 423 Abs. 2 OR keine eigenständige Anspruchsnorm, sondern verweist auf das Bereicherungsrecht (s. hierzu Rz. 231).

<sup>396</sup> Vgl. BGE 86 II 18 E. 4 S. 25 f.; GAUCH, WV, N 180.

<sup>397</sup> Vgl. GAUCH, WV, N 180.

<sup>398</sup> So wohl auch BGE 86 II 18 E. 4 S. 25 f. (Ob allerdings der unechte Geschäftsführer den Umstand, dass der Geschäftsherr die fragliche Forderung bestritten hatte, als eigentliches Einmischungsverbot aufgefasst hat, ist [zumindest für den Schreibenden] nicht klar); vgl. sodann auch GAUCH, WV, N 180 (noch deutlicher bezüglich Direktzahlung gegen den Willen des Hauptunternehmers in der Voraufgabe [5. Aufl.] N 179, dort allerdings nicht mit Bezug auf Art. 423 Abs. 2 OR, sondern mit dem allgemeinen Hinweis, dass dem Erst-Besteller diesfalls eine «Gegenforderung» gegen den Unternehmer erwachse); BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 423 N 18 f. i.V.m. N 3 alinea 1; a.A. offenbar ZK-SCHMID, Art. 423 N 152 m.w.H., wobei SCHMID bei anderen Fällen eines «aufgedrängten Eingriffserfolgs» – z.B. bei Verarbeitung oder Vermischung – einen bereicherungsrechtlichen Ersatzanspruch des Geschäftsführers i.S.v. Art. 423 Abs. 2 OR bejaht (ZK-SCHMID, Art. 423 N 138). M.E. ist aber nicht ersichtlich, weshalb sich die Rechtsfolgen eines aufgedrängten Eingriffserfolgs danach richten bzw. unterscheiden sollen, wie dieser zustande kam.

309 Zu ergänzen ist Folgendes: Mit Blick auf das Recht des Geschäftsherrn zur Gewinnabschöpfung i.S.v. Art. 423 Abs. 1 OR besteht die praktische Bedeutung von Art. 423 Abs. 2 OR darin, dem unechten Geschäftsführer den Abzug seiner Aufwendungen vom Bruttogewinn zu erlauben<sup>399</sup>. In der vorliegend interessierenden Konstellation erwirbt der Erst-Besteller allerdings keine Vorteile i.S.v. Art. 423 Abs. 1 OR, die der Hauptunternehmer gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR abschöpfen könnte. Deshalb gibt es nichts, von dem der Erst-Besteller seine Aufwendungen abziehen könnte.

#### **4. FORDERUNG DES ERST-BESTELLERS GEGENÜBER HAUPTUNTERNEHMER AUS ART. 110 OR UND ART. 827 ABS. 2 ZGB**

310 Von der Subrogation i.S.v. Art. 110 Ziff. 1 OR bzw. Art. 827 Abs. 2 ZGB war schon verschiedentlich die Rede<sup>400</sup>. Vorliegend sind diese Normen vor allem im Zusammenhang mit dem Bauhandwerkerpfandrecht i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und Art. 839 ff. ZGB von Interesse<sup>401</sup>. Hier zur Rekapitulation nochmals das Folgende:

311 Wenn dem Erst-Besteller das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht am Baugrundstück zusteht und der Subunternehmer bereits ein Bauhandwerkerpfandrecht hat eintragen lassen<sup>402</sup>, sieht Art. 110 Ziff. 1 OR bzw. Art. 827 Abs. 2 ZGB eine Subrogation des zahlenden Dritten (Erst-Besteller) in die Stellung des Subunternehmers vor<sup>403</sup>. Nicht erforderlich ist hierfür ein irgendwie geartetes Zutun des Hauptunternehmers wie bei der Subrogation gemäss Art. 110 Ziff. 2 OR. Vorausgesetzt ist allerdings, dass der Dritte

---

<sup>399</sup> ZK-SCHMID, Art. 423 N 137 sowie N 114 ff.

<sup>400</sup> Art. 827 ZGB versteht sich als Anwendungsfall von Art. 110 Ziff.1 OR (Urteil [des Bundesgerichts] 5A\_549/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 3.2.1).

<sup>401</sup> Vgl. GAUCH, WV, N 180a.

<sup>402</sup> Art. 110 Ziff. 1 OR setzt eine zumindest vorläufige Eintragung des (Bauhandwerker-) Pfandrechts im Grundbuch voraus. Mit anderen Worten kommt Art. 110 Ziff. 1 OR nicht zur Anwendung, wenn die Direktzahlung erfolgt, um die (vorläufige) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu vermeiden (vgl. BSK ZGB II-ZOGG, Art. 827 N 4 ff.).

<sup>403</sup> Wohlgemerkt kann ein solcher Erst-Besteller auch einen Abzug am allenfalls noch ausstehenden Werklohn des Hauptunternehmers vornehmen, und zwar in Höhe der dem betreffenden Bauhandwerkerpfandrecht zu Grunde liegenden Werklohnforderung des Subunternehmers (BGE 116 II 533 E. 2.a.ccc S. 537).

(Erst-Besteller) «nicht in irgendeiner Eigenschaft in die Obligation verstrickt ist»<sup>404</sup>, was aber vorliegend im Regelfall keine Probleme bereiten dürfte<sup>405</sup>.

Art. 110 Ziff. 2 OR<sup>406</sup> wiederum ist einschlägig, wenn der Erst-Besteller weder Eigentümer 312  
des Baugrundstückes ist, noch daran ein beschränktes dingliches Recht hat und/oder  
noch kein Bauhandwerkerpfandrecht am Baugrundstück errichtet ist. Voraussetzung für  
die gesetzliche Subrogation ist allerdings eine entsprechende Anzeige des Schuldners  
(Hauptunternehmer) an den Gläubiger (Subunternehmer).

Sofern Erst-Besteller und Hauptunternehmer vereinbaren, dass der Erst-Besteller (zu- 313  
meist unter bestimmten Voraussetzungen [s. etwa Rz. 62 ff.]) Direktzahlungen an  
Subunternehmer leisten darf, kann dies als eine von Art. 110 Ziff. 1 OR bzw. Art. 827  
Abs. 2 ZGB oder Art. 110 Ziff. 2 OR abweichende Regelung verstanden werden, die eine  
entsprechende gesetzliche Subrogation (zumindest im Umfang der Vergütungsschuld  
des Erst-Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer) ausschliesst<sup>407</sup>.

Wie sich dies im Einzelfall verhält, ist durch Auslegung zu ermitteln. Dies gilt vor 314  
allem für die Subrogation i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR, da es für die Subrogation i.S.v. Art. 110  
Ziff. 1 OR bzw. Art. 827 Abs. 2 ZGB ohnehin keine Einwilligung oder sonstiges Zutun  
des Hauptunternehmers braucht. Sind die Voraussetzungen von Art. 110 Ziff. 1 OR  
bzw. Art. 827 Abs. 2 ZGB gegeben, kann der Sinn einer vertraglichen Berechtigung des  
Erst-Bestellers zur Vornahme von Direktzahlungen kaum auf die gesetzlich ohnehin

---

<sup>404</sup> BGE II 178 E. 3 S. 183 mit Hinweisen; Urteil (des Bundesgerichts) 4C.15/2004 vom 12. Mai 2004  
E. 5.1; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2060; einschränkend ZELLWEGER-GUTKNECHT,  
die als Dritten jene Person sieht, die in formeller und materieller Hinsicht nicht (Mit-)Schuldner  
der Hauptleistung ist (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 110 N 10 f.).

<sup>405</sup> Denkbar ist immerhin, dass der Erst-Besteller dem Subunternehmer ausnahmsweise als Soli-  
darschuldner mitverpflichtet ist. Diesfalls kann der Erst-Besteller nach Massgabe von Art. 148 f.  
OR gegen den Hauptunternehmer regressieren (GAUCH, WV, N 174 alinea 1, sowie Voraufgabe  
[5. Aufl.] N 180).

<sup>406</sup> Bei Art. 110 Ziff. 2 OR geht es allerdings nicht um eine Intervention im Sinne eines Vorgehens  
ohne oder gegen den Willen des Schuldners, da der Schuldner dem Gläubiger anzeigen muss,  
dass dieser an dessen Stelle treten soll (s. zur Definition der Intervention Rz. 226 ff.).

<sup>407</sup> Art. 110 OR ist dispositives Recht (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 110 N 36 m.w.H.). Vgl.  
im Übrigen SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 972.

vorgesehenen Subrogation gerichtet sein. Viel eher wird die Berechtigung als Vereinbarung einer alternativen Empfangsberechtigung zu verstehen sein (Rz. 54).

- 315 Anders liegt der Fall bei der Subrogation i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR. Hier kann die Berechtigung zur Direktzahlung wie erwähnt (Rz. 103 ff.) auch als Wille des Hauptunternehmers verstanden werden, dass der Erst-Besteller mit der Direktzahlung in die Rechte des Subunternehmers subrogieren soll und dass der Erst-Besteller die Anzeige an den Subunternehmer i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR stellvertretend für den Hauptunternehmer vornehmen darf. Damit die Subrogation i.S.v. Art. 110 Ziff. 2 OR eintreten kann, muss für den Subunternehmer lediglich erkennbar sein, dass die Zahlung mit Willen des Hauptunternehmers durch den Erst-Besteller erfolgt und dieser in die Rechte des Subunternehmers subrogieren soll (Rz. 110 ff.). Der Erst-Besteller könnte sodann die erworbene Forderung gegenüber dem Hauptunternehmer verrechnen<sup>408</sup>.
- 316 Die Subrogation bewirkt in beiden Fällen (Art. 110 Ziff. 1 und Ziff. 2 OR) einerseits, dass der Hauptunternehmer gegenüber dem Subunternehmer im Umfang der vom Erst-Besteller geleisteten Zahlung befreit wird. Gleichzeitig rückt der Erst-Besteller in die Position des Subunternehmers nach, d.h. zwischen dem Erst-Besteller und dem Hauptunternehmer besteht nun hinsichtlich der fraglichen Forderung dieselbe Rechtslage wie sie zwischen Letzterem und dem Subunternehmer bestanden hatte. Die Modalitäten der Schuld bleiben demnach dieselben, ferner behält der Hauptunternehmer als Schuldner alle Einreden, wie sie ihm gegenüber dem Subunternehmer zugestanden hätten. Allfällige Nebenrechte bestehen und wirken nun zu Gunsten des Erst-Bestellers<sup>409</sup>.
- 317 Der Erst-Besteller ist sodann berechtigt, seine dergestalt erworbene Forderung gegenüber dem Hauptunternehmer geltend zu machen bzw. mit seiner Vergütungsschuld (im Rahmen des gesetzlich und vertraglich zulässigen Rahmens) zu verrechnen<sup>410</sup>. Wie soeben erwähnt (Rz. 316), behält allerdings der Hauptunternehmer alle Einreden, die er dem Subunternehmer gegenüber hätte geltend machen können. Relevant ist dies auch

---

<sup>408</sup> STÖCKLI, KBOB-Werkvertrag, S. 8.

<sup>409</sup> Siehe zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2066.

<sup>410</sup> GAUCH, WV, Rz. 180a. Sofern der Hauptunternehmer Zahlungsschwierigkeiten hat oder gar der Konkurs über ihn eröffnet wurde, sind die Art. 213 f. SchKG zu beachten (zu Art. 214 SchKG s. Ziff. IVE.3, nachstehend).

mit Blick auf die Verrechnung (Art. 120 ff. OR), da diese u.a. voraussetzt, dass die Verrechnungsforderung klagbar bzw. durchsetzbar ist<sup>411</sup>. War also der Hauptunternehmer beispielsweise befugt, die fragliche Forderung im Zusammenhang mit einer geltend gemachten Nachbesserung gestützt auf Art. 82 OR zurückzubehalten (Rz. 87 ff.), kann er diese Einrede auch der Verrechnung des Erst-Bestellers entgegenhalten.

## **5. EXKURS: SCHADENERSATZFORDERUNG DES HAUPTUNTERNEHMERS GEGENÜBER DEM INTERVENIERENDEN ERST-BESTELLER**

### **5.1 Ausgangslage**

Auf den ersten Blick mag es etwas seltsam anmuten, nach möglichen Schadenersatzforderungen des Hauptunternehmers gegen den Erst-Besteller zu fragen, nachdem das Vermögen des Hauptunternehmers durch die Intervention des Erst-Bestellers wie gesehen – zumindest vorübergehend – einen finanziellen Vorteil erfährt. Trotzdem sind Konstellationen denkbar, in denen der Hauptunternehmer gerade wegen der Intervention des Erst-Bestellers einen Schaden erleidet<sup>412</sup>. 318

In erster Linie ist dabei an folgende Konstellation zu denken: Der Hauptunternehmer hat vom fraglichen Subunternehmer berechtigterweise Nachbesserung eines Werkmangels verlangt und behält seine Vergütungsschuld gestützt auf Art. 82 OR zurück. Dennoch bezahlt der Erst-Besteller den Subunternehmer direkt, womit die Vergütungsschuld nicht, zumindest aber nicht mehr im Verhältnis Hauptunternehmer / Subunternehmer<sup>413</sup> besteht. 319

Wie gesehen (Rz. 83) ist es möglich, dass Erst-Besteller und Hauptunternehmer im Rahmen des Hauptvertrages vereinbart haben<sup>414</sup>, dass der Erst-Besteller nur zu Direkt- 320

---

<sup>411</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 3232; BSK OR I-MÜLLER, Art. 120 N 3 und 21.

<sup>412</sup> Vgl. ZK-SCHMID, Art. 423 N 143.

<sup>413</sup> Angesprochen ist eine mögliche rechtsgeschäftliche oder gesetzliche Zession (Gesetz: Art. 110 Ziff. 1 OR bzw. Art. 827 Abs. 2 ZGB).

<sup>414</sup> Eine solche Vereinbarung muss, wie gesehen, nicht explizit erfolgen, sondern kann sich auch auslegungsweise ergeben (Näheres hierzu s. Rz. 158 ff.).

zahlungen befugt ist, wenn der Hauptunternehmer (fällige) Zahlungen an Subunternehmer *unberechtigterweise* zurückbehält. Tätigt der Erst-Besteller Direktzahlungen, obwohl der Hauptunternehmer Zahlungen berechtigterweise zurückbehält, verletzt er dadurch seine (vertragliche) Unterlassungspflicht. Insofern steht eine vertragliche Haftung des Erst-Bestellers zur Diskussion.

- 321 Sieht der Hauptvertrag zwischen Erst-Besteller und Hauptunternehmer keine solche Unterlassungspflicht vor, ist zu prüfen, ob der Erst-Besteller, der ohne Einverständnis des Hauptunternehmers Direktzahlungen leistet, gestützt auf Art. 420 Abs. 1 OR, oder, bei Vorliegen eines gültigen (einseitigen) Einmischungsverbot, gestützt auf Art. 420 Abs. 3 OR, schadenersatzpflichtig wird.
- 322 Bei Vorliegen eines (gültigen) Einmischungsverbots können sowohl die Voraussetzungen einer vertraglichen Haftung als auch einer Haftung aus GoA i.S.v. Art. 420 Abs. 3 OR erfüllt sein, da der Erst-Besteller die Direktzahlung sowohl bei einem vertraglichen als auch bei einem einseitigen Einmischungsverbot ohne entsprechende Beauftragung des Hauptunternehmers vornimmt. Schliesslich kommt auch eine deliktische Haftung in Frage (Art. 41 Abs. 1 OR).
- 323 Zwischen den verschiedenen Haftungsgrundlagen besteht Anspruchskonkurrenz, d.h. der Hauptunternehmer kann den Schaden unter Anrufung mehrerer Bestimmungen einklagen, insgesamt aber nur einmal erheben<sup>415</sup>. Nachfolgend sind die Haftungsvoraussetzungen der genannten Haftungsnormen näher zu untersuchen<sup>416</sup>.

## 5.2 Schaden

- 324 In der genannten Konstellation ist die Intervention des Erst-Bestellers dann problematisch, wenn der durch die Direktzahlung begünstigte Subunternehmer die Nachbesserung (gar) nicht oder lediglich verspätet vornimmt, weil der durch den Rückbehalt der

---

<sup>415</sup> ZK-SCHMID, Art. 423 N 21 für das Verhältnis von Art. 420 Abs. 1 OR zu Art. 41 Abs. 1 OR.

<sup>416</sup> Die Haftungsvoraussetzungen werden für alle genannten Haftungsarten gemeinsam geprüft (vgl. hierzu auch SCHMID, der in seiner Kommentierung zu Art. 420 Abs. 1 OR ausführt, es sei sachgerecht, den auftragslosen Geschäftsführer wie einen Beauftragten, und damit wie nach vertraglichen Regeln, haften zu lassen [ZK-SCHMID, Art. 420 N 10]). Dort, wo sich die Voraussetzungen unterscheiden, wird eine gesonderte Prüfung je Haftungsart vorgenommen.

Vergütung ausgeübte Druck mit Tilgung der Vergütungsforderung entfallen ist oder zumindest vermindert wurde<sup>417</sup>.

Der Hauptunternehmer kann dadurch einen Schaden im Sinne einer unfreiwilligen Vermögenseinbusse erleiden<sup>418</sup>. Zu denken ist namentlich an vorprozessuale Anwalts- und/oder Gutachterkosten, die aufgrund der ausbleibenden Nachbesserung notwendig werden, oder an Forderungen anderer Subunternehmer<sup>419</sup>, die aufgrund der Verzögerung ihrerseits einen Schaden erleiden, den sie gegenüber dem Hauptunternehmer geltend machen. 325

## 5.3 Pflichtverletzungen / Widerrechtlichkeit

### 5.3.1 Verletzung vertraglicher Pflichten

Der Erst-Besteller verletzt durch seine Intervention vertragliche Pflichten gegenüber dem Hauptunternehmer, wenn der Hauptvertrag die Interventionsbefugnis des Erst-Bestellers einschränkt oder gar aufhebt und der Erst-Besteller gegen eine solche Regelung verstösst. 326

Schwieriger ist der Fall, wenn der Hauptvertrag (gar) nicht regelt, unter welchen Voraussetzungen der Erst-Besteller Direktzahlungen leisten bzw. nicht leisten darf. Diesfalls erweist sich der Hauptvertrag als lückenhaft und muss im Streitfall ergänzt werden. Primär wird dabei, soweit vorhanden, auf dispositives Gesetzesrecht zurückgegriffen<sup>420</sup>. 327

Wie gesehen (Rz. 29 f.) wird Art. 68 OR so ausgelegt, dass eine Erfüllung eines Dritten ohne Wissen und Willen des Schuldners bzw. gegen dessen Willen grundsätzlich zulässig ist, obwohl das Gesetz dies selber nicht bzw. nicht explizit sagt. Würde man 328

---

<sup>417</sup> Zur Zulässigkeit einer solchen Druckausübung siehe GAUCH, WV, N 2390 f.

<sup>418</sup> Zum Schadensbegriff s. BGE 129 III 331 E. 2.1 S. 332 mit Hinweisen. Zu beachten ist dabei, dass der vertragliche Schadenersatzanspruch aus Schlechterfüllung nicht schon mit der Schlechterfüllung der Schuld, sondern erst mit dem Eintritt des Schadens entsteht (BGE 130 III 591 E. 3.1 S. 597 m.H.a. BSK OR I-WIEGAND, Art. 97 OR N 46 und 52 a. E.). Mit anderen Worten muss die Beeinträchtigung des Vermögens nicht schon im Zeitpunkt der Vertragsverletzung gegeben sein, um als Schaden qualifizieren zu können.

<sup>419</sup> Subunternehmer i.S.v. Unternehmer, die der Hauptunternehmer (ebenfalls) zur Erfüllung des Hauptvertrages beigezogen hat.

<sup>420</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT, N 1248 ff.

den diesbezüglich lückenhaften Hauptvertrag in diesem Sinne ergänzen, hätte der Erst-Besteller durch seine Intervention keine vertraglichen Pflichten gegenüber dem Hauptunternehmer verletzt.

- 329 Fragen kann man sich immerhin, ob den Erst-Besteller im Einzelfall dennoch eine vertragliche Nebenpflicht trifft, eine solche Intervention mit Blick auf die Interessen des Hauptunternehmers zu unterlassen<sup>421</sup>. Grundsätzlich sind Vertragsparteien unter dem Titel von vertraglichen Obhuts- und Schutzpflichten gehalten, gegenseitig ihre Rechtsgüter zu schützen bzw. nicht zu gefährden<sup>422</sup>. Mit Blick auf das Verhältnis Besteller/Unternehmer heisst dies, dass der (Erst-)Besteller im Rahmen des Zumutbaren alles ihm Mögliche unternehmen muss, um den Unternehmer bei der Ausführung des Werkes vor Schaden an Leib, Gesundheit oder Sachen (z.B. Arbeitsmittel) zu bewahren<sup>423</sup>.
- 330 Im Umkehrschluss ist der Erst-Besteller nicht verpflichtet, darüberhinausgehend alles zu unterlassen, was sich im Ergebnis negativ auf das Vermögen des Unternehmers auswirken kann. Richtigerweise muss dies auch dann gelten, wenn der Erst-Besteller bei Vornahme der fraglichen Direktzahlung erkennt oder zumindest hätte erkennen können, dass dem Hauptunternehmer durch seine Intervention ein Schaden im vorbeschriebenen Sinn (Rz. 324 f.) entsteht. Immer vorausgesetzt ist dabei, dass der Erst-Besteller ein schützenswertes eigenes Interesse an der fraglichen Direktzahlung hat, er mit anderen Worten mit seiner Intervention nicht gerade eine Schädigung des Hauptunternehmers bezweckt. Ein solches schützenswertes Interesse wird aber in aller Regel gegeben sein, sei es zur Löschung oder Vermeidung von Bauhandwerkerpfandrechten oder zur Sicherung des Baufortschrittes.
- 331 In diesem Sinne verletzt der Erst-Besteller keine vertraglichen (Neben-) Pflichten, wenn er Direktzahlungen an den Subunternehmer leistet und der Hauptvertrag keine diesbezügliche Regelung enthält.

---

<sup>421</sup> Die Verletzung vertraglicher Nebenpflichten löst die Rechtsfolgen von Art. 97 Abs. 1 OR aus (vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2638); vgl. auch HADZIMANOVIC, § 2.A.III.4.d, Seite 119. Eine solche Nebenpflicht kann sich im Einzelfall aus Auslegung oder Vertragsergänzung ergeben – die diesbezüglichen Übergänge sind fließend (vgl. HADZIMANOVIC, § 2.A.III.4.e Seite 119).

<sup>422</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2643.

<sup>423</sup> GAUCH, WV, N 1321, mit Hinweis auf Urteil (des Bundesgerichts) 4A\_494/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 4.1.

### 5.3.2 Sorgfaltspflichtverletzung i.S.v. Art. 420 Abs. 1 OR

Art. 420 Abs. 1 (und Abs. 2) OR beziehen sich auf die echte berechnigte GoA und normieren eine Haftung des Geschäftsführers für eine mangelhafte *Ausführung* des getätigten (fremden) Geschäfts<sup>424</sup>. 332

In der vorliegend interessierenden Konstellation ist eine mangelhafte Ausführung der Direktzahlung, die dem Hauptunternehmer einen Schaden im vorbeschriebenen Sinn (Rz. 324 f.) verursacht, kaum vorstellbar. Eine mangelhafte Ausführung der Zahlung könnte höchstens zur Folge haben, dass der ins Auge gefasste Subunternehmer die Zahlung nicht erhält und er deshalb nach wie vor Gläubiger der fraglichen Forderung bleibt, womit aber dem Hauptunternehmer kein Schaden erwächst. 333

### 5.3.3 Unberechnigte Übernahme i.S.v. Art. 420 Abs. 3 OR

Hat der Geschäftsherr (Hauptunternehmer) sich wirksam gegen die Einmischung des Geschäftsführers (Erst-Besteller) ausgesprochen, ist dessen Geschäftsbesorgung bereits deshalb unrechtmässig, weil er das Geschäft dennoch übernimmt; insofern kann von einem Übernahmeverschulden gesprochen werden<sup>425</sup>. Eine darüber hinausgehende Widerrechtllichkeit ist nicht erforderlich<sup>426</sup>. 334

### 5.3.4 Widerrechtllichkeit i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR

Bei reinen Vermögensschäden kommt eine deliktische Haftung nur in Frage, wenn mit dem fraglichen Verhalten gegen eine entsprechende Schutznorm verstossen wird<sup>427</sup>. In der vorliegend interessierenden Konstellation (Rz. 1) ist nicht ersichtlich, worin eine solche Schutznorm bestehen könnte. Wie gesehen (Rz. 29 f.) wird Art. 68 OR so 335

---

<sup>424</sup> ZK-SCHMID, Art. 423 N 5; vgl. auch BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 420 N 2.

<sup>425</sup> ZK-SCHMID, Art. 420 N 6; vgl. auch BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 420 N 7.

<sup>426</sup> Vgl. ZK-SCHMID, Art. 420 N 62.

<sup>427</sup> Vgl. BGE 123 III 306 E. 4a S. 312 mit Hinweisen; vgl. ferner auch ZK-SCHMID, Art. 420 N 21: «Widerrechtllichkeit im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR liegt jedoch vor, wenn der Geschäftsführer in unrichtiger Ausführung der (an sich gebotenen) Geschäftsbesorgung absolute Rechte des Geschäftsherrn verletzt.»

verstanden, dass auch eine Erfüllung eines Dritten gegen den Willen des Schuldners zulässig ist<sup>428</sup>. Dass Art. 420 f. OR eine Haftung des Geschäftsführers normiert – bei Verstoss gegen ein (gültiges) Einmischungsverbot gar eine verschärfte (Zufalls-)Haftung (Art. 420 Abs. 3 OR) –, kann daran nichts ändern. Nachfolgend wird deshalb die deliktische Haftung nicht weiter untersucht.

## 5.4 Kausalität

- 336 Mit Blick auf die natürliche Kausalität dürfte es in aller Regel strittig sein, ob die Intervention des Erst-Bestellers eine notwendige Bedingung dafür war, dass der Subunternehmer die fragliche Nachbesserung gar nicht oder verspätet vorgenommen hat und dem Hauptunternehmer in diesem Zusammenhang ein Schaden im beschriebenen Sinn (Rz. 324 f.) entstanden ist.
- 337 Zudem dürfte der entsprechende, dem Hauptunternehmer obliegende Beweis nicht leicht zu erbringen sein, insbesondere da der jeweilige Subunternehmer mit Blick auf seine eigenen Interessen wenig motiviert sein wird, einen solchen Kausalzusammenhang zu bestätigen<sup>429</sup>.
- 338 Die adäquate Kausalität dürfte hingegen weniger Probleme stellen<sup>430</sup>: Die Direktbezahlung des Erst-Bestellers ist nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung durchaus geeignet, die Motivation des Subunternehmers zur Nachbesserung negativ zu beeinflussen und damit einen Schaden im beschriebenen Sinn zu bewirken.

---

<sup>428</sup> Freilich ist damit nicht gesagt, dass eine gegenteilige gesetzliche Regelung auf den Schutz des schuldnerischen Vermögens zielen würde und damit eine taugliche Schutznorm i.S.d. ausservertraglichen Haftpflichtrechtes wäre.

<sup>429</sup> Verweigert oder verzögert der Subunternehmer eine rechtlich geschuldete Nachbesserung, ist er ja selber ein mögliches Haftungssubjekt. Der Subunternehmer wird in einer Befragung deshalb eher geltend machen, (i) dass sein Werk nicht mangelhaft war, (ii) dass es – vor allem in einer Situation mit vielen Nebenunternehmern – anfänglich nicht klar war, ob gerade sein Werk mangelhaft war, (iii) dass die Mängelrüge verspätet oder inhaltlich ungenügend war und dass er deshalb befugt war, die Nachbesserung verspätet oder gar nicht vorzunehmen.

<sup>430</sup> Gemäss SCHMID ist es im Rahmen von Art. 420 Abs. 3 OR (bzgl. Kausalität) allerdings ausreichend, dass die Einmischung des Geschäftsführers den fraglichen Schaden im Sinne der *natürlichen* Kausalität verursacht hat (ZK-SCHMID, Art. 420 N 63 m.w.H.). Hingegen setzt Art. 420 Abs. 1 OR (auch) einen adäquaten Kausalzusammenhang voraus (ZK-SCHMID, Art. 420 N 15).

## 5.5 Verschulden

Art. 420 Abs. 1 OR normiert, dass der Geschäftsführer für jede Fahrlässigkeit haftet. 339  
Nichts anderes geht aus Art. 99 Abs. 1 OR hervor<sup>431</sup>. Bei Missachtung eines (gültigen)  
Einmischungsverbots haftet der Geschäftsführer (sogar) für Zufall (Art. 420 Abs. 3 OR),  
wobei umstritten ist, ob damit eine Kausalhaftung statuiert wird<sup>432</sup>. Im Übrigen wird  
das Verschulden sowohl bei der vertraglichen Haftung (Art. 97 Abs. 1 OR) als auch bei  
einer Haftung aus Art. 420 OR vermutet, d.h. es obliegt dem Geschäftsführer, sich zu  
exkulpieren<sup>433</sup>.

Sofern die Voraussetzungen der echten berechtigten GoA erfüllt sind (Rz. 256 ff.), 340  
könnte sich ein Verschulden wie erwähnt (Rz. 332 f.) nur auf die *Ausführung* des über-  
nommenen Geschäfts beziehen. Wie ebenfalls erwähnt, ist aber nicht ersichtlich,  
inwiefern eine mangelhafte Ausführung der Direktzahlung zu einer Schädigung des  
Hauptunternehmers führen könnte. Zu beachten ist dabei auch, dass dem Erst-Besteller  
ein mögliches Verschulden einer mit der Ausführung der Direktzahlung beauftragten  
Fachperson, namentlich einer Bank, nicht anzurechnen wäre<sup>434</sup>.

Ein Verschulden des Erst-Bestellers kommt demnach nur in Frage, wenn er sich über 341  
ein (gültiges, erkennbares) Einmischungsverbot hinweggesetzt hat. Dies gilt auch für  
eine vertragliche Haftung, da den Erst-Besteller mangels Einmischungsverbotes nach  
der hier vertretenen Ansicht keine (vertragliche) Pflicht trifft, von Direktzahlungen an  
Subunternehmer abzusehen (Rz. 326 ff.).

Der Erst-Besteller müsste demnach beweisen können, dass ihm sein (dem Willen des 342  
Hauptunternehmers widersprechendes) Verhalten nicht vorwerfbar ist<sup>435</sup>. Dies dürfte

---

<sup>431</sup> Vgl. ZK-SCHMID, Art. 420 N 8.

<sup>432</sup> Ablehnend BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 420 N 10 m.w.H., wonach die Sorgfaltpflichtverletzung  
im Übernahmeverschulden liegt.

<sup>433</sup> Vgl. ZK-SCHMID, Art. 420 N 11 und N 16; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 420 N 3.

<sup>434</sup> Vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 420 N 3 in fine; differenzierend ZK-SCHMID, Art. 420 N 17 ff., der  
bei abnehmendem Einfluss des Geschäftsführers auf die Geschäftsbesorgung die Regeln über  
die Substitution (Art. 399 Abs. 2 OR) analog anwenden möchte.

<sup>435</sup> Vgl. BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 420 N 11. Gleiches gilt für den Exkulpationsbeweis bei vertrag-  
licher Haftung des Erst-Bestellers.

ihm in aller Regel nicht gelingen, womit er aber die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hätte<sup>436</sup>.

- 343 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Erst-Besteller, der Direktzahlungen leistet, gegenüber dem Hauptunternehmer, der sich dagegen wirksam verwehrt hat, schadenersatzpflichtig werden kann. Allerdings wird der Hauptunternehmer je nachdem Schwierigkeiten haben zu beweisen, dass die jeweilige Direktzahlung den behaupteten Schaden tatsächlich verursacht hat (Rz. 336 ff.).

---

<sup>436</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, OR AT, N 2981 mit Hinweis auf (u.a.) das Urteil (des Bundesgerichts) 4A\_472/2010 vom 26. November 2010 E. 3.2.

## IV. DIREKTZAHLUNGEN AUS SICHT DER PAULIANISCHEN ANFECHTUNG

### A. EINLEITUNG

Direktzahlungen des Erst-Bestellers an einen Subunternehmer haben nicht immer, 344  
in der Praxis jedoch häufig mit Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers zu  
tun. Stehen aber Rechtsvorgänge im Zusammenhang mit Zahlungsschwierigkeiten  
einer Vertragspartei zur Diskussion, kann das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht  
nicht ausser Acht bleiben. Dies nicht zuletzt deshalb, weil das Vollstreckungsrecht zum  
öffentlichen Recht zählt und damit der Parteiautonomie grundsätzlich entzogen ist<sup>437</sup>.

Direktzahlungen des Erst-Bestellers an einen Subunternehmer bei Zahlungsschwierig- 345  
keiten des Hauptunternehmers können insbesondere mit Blick auf das Gebot der Gläu-  
bigergleichbehandlung<sup>438</sup> problematisch sein, da der entsprechende Subunternehmer  
volle Befriedigung erhält. Kommt es in der Folge zur Pfändung oder zum Konkurs des  
Hauptunternehmers und erhalten dessen andere Gläubiger keine oder nur teilweise  
Befriedigung, so ist der direkt bezahlte Subunternehmer als (ehemaliger) Gläubiger  
des Hauptunternehmers «ungleich» bessergestellt.

Unweigerlich stellt sich die Frage, ob solche Direktzahlungen des Erst-Bestellers an 346  
den Subunternehmer der paulianischen Anfechtung gemäss Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2  
SchKG (Überschuldungsanfechtung) und/oder Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung)  
unterliegen<sup>439</sup>, ist doch die paulianische Anfechtung gemäss Art. 285 ff. SchKG ein der  
Gläubigergleichbehandlung dienendes Instrument, bei dem es um die Rückführung  
von aus vollstreckungsrechtlicher Sicht unrechtmässig entäussertem Substrat geht<sup>440</sup>.

---

<sup>437</sup> Vgl. AMONN/WALTHER, § 2 N 19 f.; FORSTMOSER/VOGT, Teil 2 N 37; STAEHELIN D., Vertragsklauseln, S. 366.

<sup>438</sup> Vgl. STAEHELIN D., Vertragsklauseln, S. 372.

<sup>439</sup> Vgl. GAUCH, WV, Fn. 431; vgl. ferner auch STAEHELIN D., Vertragsklauseln, S. 371.

<sup>440</sup> BGE 136 III 247 E. 2 S. 249.

## **B. WESEN UND ZWECK DER ANFECHTUNGSKLAGE GEMÄSS ART. 285 FF. SCHKG**

- 347 Gemäss Art. 285 Abs. 1 SchKG sollen mit der Anfechtung Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zugeführt werden, die ihr durch eine Rechtshandlung nach den Artikeln 286-288 SchKG entzogen worden sind. Der Zweck dieser Anfechtung ist somit die Wiederherstellung des schuldnerischen Vermögens, wie es ohne die anfechtbare Handlung vorhanden wäre<sup>441</sup>.
- 348 Diese Wiederherstellung ist freilich kein Selbstzweck, sondern dient der Gleichbehandlung der Gläubiger. Insofern kann man die Rückführung der fraglichen Vermögenswerte als unmittelbaren Zweck der paulianischen Anfechtung, die Gläubigergleichbehandlung hingegen als deren Endzweck bezeichnen<sup>442</sup>.
- 349 Allerdings ist auch die Gläubigergleichbehandlung, so das Bundesgericht, «weder absolute Maxime noch Selbstzweck»<sup>443</sup>. Die Anfechtungsklage zielt (lediglich) auf unlautere Machenschaften (des Schuldners) und ist in diesem Sinne restriktiv bzw. im Sinne eines Ausnahmetatbestandes handzuhaben<sup>444</sup>.
- 350 Das Ziel der Gläubigergleichbehandlung bringt mit sich, dass jede der Anfechtungsklagen gemäss 286-288 SchKG eine Schädigung (zumindest) eines Gläubigers voraussetzt, indem die angefochtene Handlung das Vollstreckungsergebnis oder den Anteil der geschädigten Gläubiger daran vermindert oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren auf andere Weise verschlechtert<sup>445</sup>.

---

<sup>441</sup> BGE 132 III 489 E. 3.3 S. 494; statt Vieler: KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 258 N 1.

<sup>442</sup> Ähnlich SCHMID J., N 33 f.; KRIESI, S. 3.

<sup>443</sup> BGE 136 III 247 E. 2 S. 249 f.

<sup>444</sup> BGE 136 III 247 E. 2 S. 249 f.; statt Vieler: JAGMETTI D., S. 20 f.

<sup>445</sup> KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 4 mit Hinweis auf u.a. BGE 101 III 92 E. 4a S. 94; vgl. auch BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 285 N 14 sowie Art. 287 N 3; AMONN/WALTHER, § 52 N 2; BERZ, S. 55 ff.; Urteil (des Handelsgerichts St. Gallen) HG 2008.56 vom 28. Juni 2010 E. 7a.

Was sodann die Wirkungen der Anfechtungsklage betrifft, ist im Auge zu behalten, dass die zivilrechtliche Gültigkeit der angefochtenen Rechtshandlung nicht berührt wird<sup>446</sup>. Lediglich, aber immerhin, bewirkt die Gutheissung der Anfechtungsklage, dass der jeweilige Beklagte die Vollstreckung in die empfangenen Vermögenswerte dulden muss<sup>447</sup>. 351

Da allerdings der Beklagte dadurch seine zivilrechtliche Rechtsposition faktisch (dennoch) verliert, wird die Anfechtungsklage dogmatisch als betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht bezeichnet<sup>448</sup>. 352

## **C. GEMEINSAME TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN DER ART. 286-288 SCHKG**

### **1. VORBEMERKUNG**

Die Anfechtungsklagen gemäss Art. 286-288 SchKG beinhalten gewisse gemeinsame objektive Tatbestandsmerkmale<sup>449</sup>. Es sind dies (i) die Rechtshandlung des Schuldners, (ii) die Schädigung der Gläubiger sowie (iii) die Vornahme der Rechtshandlung innerhalb der jeweiligen Verdachtsfrist<sup>450</sup>. 353

---

<sup>446</sup> BGE 136 III 247 E. 2 S. 249; vgl. auch AMONN/WALTHER, § 52 N 2; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 1. Ob allerdings auch zivilrechtlich ungültige Rechtshandlungen paulianisch angefochten werden können bzw. müssen, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten (egehend hierzu KRIESI, S. 14 ff.).

<sup>447</sup> Vgl. BGE 136 III 247 E. 2 S. 249.; vgl. ferner auch Urteil (des Bundesgerichts) 4A\_415/2007 vom 14. Januar 2008 E. 3.2.

<sup>448</sup> Vgl. BGE 74 III 56 E. 8 S. 61; BGE 114 III 110 E. 3.d S. 113; statt Vieler: KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 2.

<sup>449</sup> Dies im Gegensatz zu den subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen (vgl. SCHMID J., N 198).

<sup>450</sup> SCHMID J., N 67. Die Prüfung und Kategorisierung dieser Voraussetzungen werden allerdings in Rechtsprechung und Lehre uneinheitlich gehandhabt (SCHMID J., N 67 m.w.H.). Unter welchem Titel diese Voraussetzungen geprüft werden, ist in praktischer Hinsicht allerdings nicht von Belang (SCHMID, N 67), weshalb auf diese Unterschiede vorliegend nicht näher eingegangen wird. Jedenfalls wird der Kausalzusammenhang zwischen Rechtshandlung und Gläubigerschädigung vorliegend im Rahmen der Gläubigerschädigung geprüft (vgl. SCHMID J., Fn. 244).

- 354 Diese Voraussetzungen werden nachfolgend (Rz. 356 ff.) näher geprüft, allerdings stets mit Blick auf die Direktzahlungen des Erstbestellers und nicht im Sinne einer umfassenden theoretischen Abhandlung<sup>451</sup>.
- 355 Dort, wo gewisse Spezifika von Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG oder Art. 288 Abs. 1 SchKG einen engen Zusammenhang zu einer (an sich) gemeinsamen Voraussetzung aufweisen, wird auf diese Besonderheiten (bereits) im Rahmen der entsprechenden gemeinsamen Voraussetzung eingegangen<sup>452</sup>.

## 2. RECHTSHANDLUNG DES SCHULDNERS

- 356 Gemäss Art. 285 SchKG, Art. 286 Abs. 1 SchKG, Art. 287 Abs. 1 SchKG sowie Art. 288 Abs. 1 SchKG wird eine Rechtshandlung des Schuldners vorausgesetzt. Einerseits ist somit zu fragen, was unter einer Rechtshandlung zu verstehen ist, andererseits muss geprüft werden, ob der Schuldner notwendigerweise selber handeln muss, damit der Tatbestand der genannten Gesetzesbestimmungen erfüllt ist.
- 357 Da Art. 287 SchKG (wie auch Art. 296 SchKG) den Kreis der anfechtbaren Rechtshandlungen im Gegensatz zu Art. 288 SchKG einschränkt<sup>453</sup>, ist sodann auch zu erörtern, ob die vorliegende interessierende Direktzahlung des Erst-Bestellers an den Subunternehmer sowie die entsprechende Berechtigung (oder gar Verpflichtung) durch den Hauptunternehmer<sup>454</sup> Rechtshandlungen i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG darstellen.
- 358 Der Begriff der Rechtshandlung umfasst im weitesten Sinne des Wortes sämtliche Handlungen des Schuldners, die geeignet sind, rechtliche Wirkungen zu entfalten<sup>455</sup>. Losgelöst von der Frage der Zurechenbarkeit qualifizieren deshalb sowohl die Schuldtilgung als

---

<sup>451</sup> Weitreichende theoretische Abhandlungen finden sich beispielsweise bei KRIESI, S. 41 ff. und SCHMID J., N 67 ff.

<sup>452</sup> Insbesondere betrifft dies die Frage, unter welchen Umständen die Anfechtbarkeit einer inkongruenten Deckung i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG entfallen kann, wenn sich der Schuldner schon früher zur entsprechenden (unüblichen) Tilgung verpflichtet hatte (s. Rz. 407 ff.).

<sup>453</sup> Vgl. JAGMETTI D., S. 35.

<sup>454</sup> Mit der sprachlich leicht verkürzt wiedergegebenen «Verpflichtung durch den Hauptunternehmer» ist insbesondere auch eine entsprechende *vertragliche* Abrede zwischen Hauptunternehmer und Erst-Besteller gemeint.

<sup>455</sup> Statt Vieler: KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 5.

auch die Berechtigung (oder gar Verpflichtung eines Dritten) durch den Schuldner zur Zahlung an einen Gläubiger ohne Weiteres als solche Rechtshandlungen<sup>456</sup>.

Was allerdings Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG betrifft, so bezieht sich dieser lediglich auf Vollzugshandlungen<sup>457</sup>. Die Berechtigung bzw. Verpflichtung eines Gläubigers zur Zahlung an einen Dritten ist, für sich genommen, deshalb keine Rechtshandlung im Sinne dieser Norm. 359

Ob eine Rechtshandlung eines Dritten dem Schuldner zurechenbar i.S.v. Art. 285 ff. SchKG ist, beurteilt sich danach, ob der Dritte mit Willen des Schuldners gehandelt hat, und zwar ungeachtet dessen, ob er im eigenen Namen gehandelt hat<sup>458</sup>. 360

Ob der Dritte dabei auf Kosten bzw. Rechnung des Schuldners handelt, ist für die Frage der Zurechenbarkeit an und für sich nicht von Bedeutung<sup>459</sup>. Dieser Punkt betrifft vielmehr die Frage, ob die dem Schuldner zurechenbare Rechtshandlung dessen Vermögen tangiert und sich dementsprechend gläubigerschädigend auswirken kann, weshalb diese Frage unter dem Titel der Gläubigerschädigung behandelt wird (Rz. 366 ff.)<sup>460</sup>. 361

Ebenfalls hat die (dem Gesetzestext allerdings nicht zu entnehmende) Frage, ob es für den Empfänger erkennbar war, dass der Dritte auf Kosten des Schuldners gehandelt 362

---

<sup>456</sup> Die Frage, gegen welche dieser Rechtshandlungen klageweise i.S.v. Art. 285 ff. SchKG vorzugehen ist, kann sinnvollerweise erst diskutiert werden, wenn geklärt ist, inwiefern sich diese Rechtshandlungen gläubigerschädigend auswirken. Es wird demnach auf Rz. 403 ff. verwiesen.

<sup>457</sup> JAGMETTI D., S. 37, m.H.a. BGE 91 III 98 E. 2 S. 101.

<sup>458</sup> Vgl. BGE 74 III 56 E. 7 S. 59 f.; Grundsatz bestätigt in Urteil (des Bundesgerichts) 5C.146/1992 vom 14. September 1993 (publ. in SJ 1994, S. 138-143); BGE 135 III 513 E. 8.1 S. 529; SCHMID, J., N 84; JAGMETTI, L., S. 231; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 5; weniger klar BGE 95 III 83 E. 4.a S. 86; auch BSK SchKG-STAEHELIN A./BOPP, Art. 285 N 16, scheint nur Handlungen des direkten Stellvertreters als anfechtbare Handlung des Schuldners zu erachten; unklar auch bei JAGMETTI, S. 23, Fn. 98, die Rechtshandlungen eines Dritten, die mit Wissen und Willen des Schuldners vorgenommen werden, nur «ausnahmsweise» dem Schuldner zurechnen will; REBSAMEN, N 402, spricht sich gegen die Zurechnung einer Zahlung eines Drittschuldners aus.

<sup>459</sup> Vgl. SCHMID J., N 85; a.M. wohl KRIESI; S. 44 m.w.H.

<sup>460</sup> Differenzierend SCHMID J., N 74 m.w.H., der bereits auf Ebene der Rechtshandlung prüft, ob sich diese (negativ) auf das schuldnerische Vermögen auswirkt, dabei aber einräumt, dass es sich hierbei «bei genauer Betrachtung» um einen Aspekt der Gläubigerschädigung handelt.

hat<sup>461</sup>, nichts mit der Zurechenbarkeit zu tun. Das Kriterium der (fehlenden) Erkennbarkeit dient «lediglich» der Korrektur unbilliger Resultate (dazu Rz. 461 ff.)<sup>462</sup>.

- 363 Jedenfalls ist gemäss Vorstehendem die Zahlung eines Dritten (Erst-Besteller) an einen Gläubiger (Subunternehmer) dem Schuldner (Hauptunternehmer) immer (nur) dann zuzurechnen, wenn sie mit Willen des Schuldners vorgenommen wird<sup>463</sup>. Fehlt dieser Wille, findet keine Zurechnung statt<sup>464</sup>.
- 364 Im Einzelfall ist deshalb stets zu fragen, ob die Berechtigung des Erst-Bestellers durch den Hauptunternehmer zur Vornahme von Direktzahlungen mit Blick auf die konkreten Umstände gegeben war. Wie erwähnt (Rz. 145 ff.), wird der Hauptunternehmer normalerweise kaum Direktzahlungen gemeint haben, die paulianisch anfechtbar wären (Art. 285 ff. SchKG), was beispielsweise bei (bereits) gravierenden Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers der Fall sein kann (Art. 288 SchKG, Rz. 501 ff.). Steht in diesem Sinne fest, dass die Berechtigung des Erst-Bestellers nicht so weit reichte, bleibt die paulianische Anfechtung aus dem Spiel.
- 365 Unter dem Gesichtspunkt der paulianischen Anfechtung sind eigenmächtige Zahlungen des Erst-Bestellers an Subunternehmer somit unproblematischer als solche, die der Erst-Besteller mit Einverständnis des Hauptunternehmers vornimmt<sup>465</sup>. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob der Erst-Besteller im Rahmen der paulianischen Anfechtung passivlegitimiert ist und deshalb riskiert, das bereits an den Subunternehmer Bezahlte faktisch doppelt leisten zu müssen (Rz. 529 ff.).

---

<sup>461</sup> Vgl. BGE 74 III 56 E. 8 S. 61 f.

<sup>462</sup> Vgl. BGE 74 III 56 E. 8 S. 62.

<sup>463</sup> Dieser Wille kann sich auch in einer nachträglichen Genehmigung manifestieren.

<sup>464</sup> Vgl. Urteil (des Bundesgerichts) 5A\_44/2008 vom 7. Juli 2008 E. 2; BGE 95 III 83 E. 4.a S. 86; BGE 53 III 177, 178; OFK-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 287 N 19; vgl. ferner auch BSK SchKG-STAEHELIN A./BOPP, Art. 285 N 16 ff.

<sup>465</sup> Eine andere Frage ist, ob der Erst-Besteller, der aufgrund seiner eigenmächtigen Bezahlung eines Subunternehmers eine Forderung gegenüber dem Hauptunternehmer erwirbt und diese hernach zur Verrechnung stellt, eine (erfolgreiche) Anfechtung i.S.v. Art. 214 SchKG befürchten muss (Näheres hierzu s. Rz. 504 ff.).

### 3. SCHÄDIGUNG DER GLÄUBIGER

#### 3.1. Im Allgemeinen

Wie erwähnt (Rz. 353), setzt jede der Anfechtungsklagen gemäss Art. 285 ff. SchKG eine Schädigung (zumindest) eines Gläubigers voraus, indem die angefochtene Handlung das Vollstreckungsergebnis<sup>466</sup> oder den Anteil der geschädigten Gläubiger daran<sup>467</sup> vermindert oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren auf andere Weise<sup>468</sup> verschlechtert<sup>469</sup>. Nicht erforderlich ist, dass die angefochtene Rechtshandlung die Insolvenz oder Überschuldung des Schuldners verursacht hat<sup>470</sup>. 366

Die Gläubigerschädigung ist dem Gesetzestext nicht ausdrücklich zu entnehmen, ergibt sich aber aus Sinn und Zweck<sup>471</sup> der paulianischen Anfechtung und wird von Gesetzes wegen<sup>472</sup> vermutet<sup>473</sup>. In den Worten des Bundesgerichts steht dem Anfechtungsgegner allerdings der Beweis offen, dass die angefochtene Handlung die jeweilige Schädigung nicht bewirkt habe<sup>474</sup>. 367

---

<sup>466</sup> Durch Verminderung der verwertbaren Aktiven oder Vermehrung der Passiven, vgl. JAGMETTI, S. 38 f.; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 4 mit Hinweis auf u.a. BGE 101 III 92 E. 4a S. 94; vgl. auch AMONN/WALTHER, § 52 N 2; BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 285 N 14; REBSAMEN, N 409 ff.; SCHÜPBACH, Art. 288 N 4; BERZ, S. 55 ff.; Urteil (des Handelsgerichts St.Gallen) HG 2008.56 vom 28. Juni 2010 E. 7a.

<sup>467</sup> Durch Schaffung eines Vorzugsrechts (JAGMETTI D., S. 39).

<sup>468</sup> Beispielsweise, indem der Schuldner Teile seines Vermögens ins Ausland schafft (JAGMETTI D., S. 39).

<sup>469</sup> KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 285 N 4 mit Hinweis auf u.a. BGE 101 III 92 E. 4a S. 94; vgl. auch AMONN/WALTHER, § 52 N 2; BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 285 N 14; JAGMETTI, S. 38 f.; REBSAMEN, N 409 ff.; SCHÜPBACH, Art. 288 N 4; BERZ, S. 55 ff.; Urteil (des Handelsgerichts St.Gallen) HG 2008.56 vom 28. Juni 2010 E. 7a.

<sup>470</sup> JAGMETTI D., S. 132; SCHMID J., N 165.

<sup>471</sup> Vgl. BGE 99 III 27 E. 3 S. 32; SCHMID J., N 101.

<sup>472</sup> BGE 85 III 185 E. 2a S. 189 nennt ausdrücklich Art. 285 SchKG.

<sup>473</sup> BGE 85 III 185 E. 2a S. 189; BGE 99 III 27 E. 3 S. 33; vgl. AMONN/WALTHER, § 52 N 25a (allerdings bzgl. Art. 288 SchKG); KRIESI, S. 46 und 65 ff.; a.A. REBSAMEN, N 421. Wichtige Fragen im Zusammenhang mit dieser Vermutung bleiben beim Bundesgericht allerdings schwammig (eingehend dazu KRIESI, S. 65 ff.).

<sup>474</sup> BGE 99 III 27 E. 3 S. 33.

- 368 Daraus geht hervor, dass zu Gunsten des Anfechtenden nicht nur die Existenz der Gläubigerschädigung, sondern auch der (adäquate<sup>475</sup>) Kausalzusammenhang zwischen der angefochtenen Rechtshandlung und der jeweiligen Gläubigerschädigung vermutet wird<sup>476</sup>.
- 369 Wie gesehen (Rz. 360 ff.), muss vorliegend nicht geprüft werden, ob eigenmächtige Zahlungen des Erst-Bestellers an Subunternehmer eine Gläubigerschädigung bewirken können, da es diesbezüglich bereits am Element der Zurechenbarkeit fehlt.
- 370 Immerhin sei ergänzt, dass sich solche (eigenmächtigen) Zahlungen nicht (negativ) auf das schuldnnerische Vermögen auswirken und es dementsprechend an einer Gläubigerschädigung fehlt, da sie die (Vergütungs-)Forderung des Hauptunternehmers gegenüber dem Erst-Besteller unberührt lassen (Rz. 39 und Rz. 228)<sup>477</sup>. Dies gilt im Übrigen auch dann, wenn der Erst-Besteller durch seine Zahlung an einen Subunternehmer in dessen Rechte eintritt<sup>478</sup>, da ein solcher Eintritt lediglich einen Gläubigerwechsel bewirkt, hingegen den Bestand des Schuldnervermögens nicht tangiert (Rz. 38)<sup>479</sup>.
- 371 Unter dem Blickwinkel der paulianischen Anfechtung zu prüfen sind demnach lediglich Zahlungen des Erst-Bestellers an Subunternehmer, die mit Willen des Hauptunternehmers erfolgen und (auch) die (Vergütungs-)Forderung des Hauptunternehmers gegenüber dem Erst-Besteller im Umfang des Bezahlten tilgen<sup>480</sup>, denn (nur) bei einem solchen Vorgang vermindern sich die Aktiven des Hauptunternehmers, womit auch das Vollstreckungssubstrat geschmälert wird<sup>481</sup>.

---

<sup>475</sup> Vgl. JAGMETTI D., S. 133 f.

<sup>476</sup> Vgl. Jagmetti D., S. 134 f.

<sup>477</sup> Vgl. BGE 74 III 56 E. 7 S. 60; SCHMID J., N 76 in fine.

<sup>478</sup> Insbesondere gestützt auf Art. 110 Ziff. 1 OR/Art. 827 Abs. 2 ZGB oder Art. 110 Ziff. 2 OR.

<sup>479</sup> Vgl. BGE 74 III 56 E. 7 S. 60.

<sup>480</sup> Vgl. SCHMID J., N 67; auch im deutschen Recht wird der Terminus «Direktzahlung» in diesem Sinne verwendet, vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 2014 – IX ZR 240/13 Rz. 7 ff., insbes. 13a. Denkbar wäre allerdings auch, dass sich der Wille des Hauptunternehmers (nur) darauf richtet, den Erst-Besteller in die Rechte des von diesem zu bezahlenden Subunternehmer eintreten zu lassen (Art. 110 Ziff. 2 OR).

<sup>481</sup> Vgl. BGE 74 III 56 E. 7 S. 59 f. (wobei dieses Kriterium dort eher unter dem Titel der Zurechenbarkeit diskutiert wird); SCHMID J., N 76; Gleiches gilt im deutschen Recht, vgl. Braun/BRA InSO § 129 Rn. 43.

Grundsätzlich ist bei einem solchen Vorgang deshalb von einer Gläubigerschädigung auszugehen. Dies gilt im Übrigen ungeachtet dessen, dass die Direktzahlung des Erst-Bestellers (gerade) auch die jeweilige Forderung des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer tilgt und sich dadurch dessen Passiven reduzieren. Denn während der Subunternehmer gänzliche Befriedigung durch die Direktzahlung erhält, müssen sich die übrigen Gläubiger des Hauptunternehmers mit einem reduzierten Vollstreckungssubstrat begnügen<sup>482</sup>. 372

Allerdings ist zu fragen, wie es sich mit der Gegenleistung des Subunternehmers verhält und ob sich der Anfechtungsgegner nicht darauf berufen kann, dass die Gläubigerschädigung auch bei rechtmässigem Verhalten des Hauptunternehmers eingetreten wäre. 373

### 3.2. Austausch gleichwertiger Gegenleistung

Rechtsprechung und h.L. anerkennen, dass es an einer Gläubigerschädigung in der Regel fehlt, wenn der Schuldner im Austausch zur angefochtenen Rechtshandlung eine wertmässig gleichwertige, verwertbare Leistung erhält und diese Gegenleistung frühestens Zug-um-Zug mit der angefochtenen Leistung erbracht wird<sup>483</sup>. 374

Mit Blick auf die vorliegend interessierende Situation (Rz. 1) wird es zumeist bereits am genannten zeitlichen Kriterium fehlen, da der (Sub-)Unternehmer sowohl nach 375

<sup>482</sup> Vgl. KRIESI, S. 52 f. Vgl. für das deutsche Recht BGH, Urteil vom 16. Oktober 2008 – IX ZR 2/05 Rz. 9.a: «Eine Verkürzung der Masse kann insbesondere dann eintreten, wenn eine dem Schuldner zustehende Forderung durch Zahlung an einen Dritten getilgt wird, so dass sich hierdurch die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger schlechter gestalten.»; vgl. auch BGH, Urteil vom 17. Juli 2014 – IX ZR 240/13 Rz. 7.

<sup>483</sup> BGE 136 III 247 E. 3 S. 251; BGE 135 III 276 E. 6.1.2 S. 280 und E. 6.3.1 S. 282; BGE 134 III 452 E. 3.1 S. 455; BGE 130 III 235 E. 2.1.2 S. 238; BGE 79 III 174 S. 175; BGE 53 III 78 S. 79; BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 11 f.; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 5 ff.; AMONN/WALTHER, § 52 N 25b; REISER, Paulianische Anfechtung, S. 106; KRIESI, S. 71 ff., mit Differenzierungen zum zeitlichen Kriterium (S. 75); JAGMETTI, S. 75 ff., allerdings kritisch zum Kriterium der Verwertbarkeit. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist zudem Folgendes zu bemerken: Die Frage der (gleichwertigen) Gegenleistung prüft das Bundesgericht zuweilen aber auch – ohne nähere Erklärung – (sinngemäss) unter dem Titel der Begünstigung i.S.v. Art. 290 SchKG (s. z.B. BGE 33 II 345 E. 5 S. 348, wo das Bundesgericht festhält, dass der Anfechtungsgegner keinen Vorteil aus der angefochtenen Pfandbestellung gehabt habe, da er im Gegenzug ein entsprechendes Darlehen gewährt habe [Näheres hierzu in Rz. 538 ff.]).

gesetzlicher Konzeption (Art. 372 OR)<sup>484</sup> als auch gemäss Art. 144 ff. der SIA Norm 118/2013 vorleistungspflichtig ist.

- 376 Im Regelfall ist deshalb die durch die fragliche Direktzahlung des Erst-Bestellers abgegoltene Leistung des Subunternehmers im Zeitpunkt der Zahlung bereits erbracht, womit es am Austausch gleichwertiger Leistungen im vorbeschriebenen Sinn fehlt.
- 377 Haben Haupt- und Subunternehmer ausnahmsweise eine Vorleistungspflicht<sup>485</sup> des Hauptunternehmers vereinbart, gilt Folgendes.
- 378 Der Hauptunternehmer ist Gläubiger der werkvertraglichen Leistung des Subunternehmers. Allerdings kommt diese Leistung im Ergebnis nicht ihm selber (Hauptunternehmer), sondern dem Eigentümer des entsprechenden Baugrundstückes zugute. Damit aber erfährt das Vermögen des Hauptunternehmers durch die Leistung des Subunternehmers zu keiner Zeit eine Steigerung bzw. wird der Verlust der (durch die Direktzahlung des Erst-Bestellers) getilgten Vergütungsforderung des Hauptunternehmers nicht kompensiert.
- 379 Daran kann auch nichts ändern, dass die Leistungsschuld des Hauptunternehmers gegenüber dem Erst-Besteller durch die Leistung des Subunternehmers entsprechend verringert wird, da (auch<sup>486</sup>) dies lediglich eine Reduktion der Passiven darstellt und diese Reduktion zudem den Hauptvertrag, nicht aber den Subunternehmervertrag betrifft, weshalb in der Reduktion als solcher von vornherein keine Gegenleistung im Rahmen des letzteren gesehen werden kann<sup>487</sup>.
- 380 Anders liegt der Fall, wenn die (wirtschaftlich gleichwertige<sup>488</sup>) Leistung des Subunternehmers tatsächlich ins Vermögen des (vorleistungspflichtigen) Hauptunternehmers

---

<sup>484</sup> Vgl. GAUCH, WV, N 1151 ff.

<sup>485</sup> Ein werkvertraglicher Leistungsaustausch Zug-um-Zug ist praktisch kaum vorstellbar.

<sup>486</sup> Gleich wie die Tilgung der Honorarforderung des Subunternehmers.

<sup>487</sup> Vgl. zu den Beispielen gleichwertiger Leistungen BGE 136 III 247 E. 3 S. 251; BSK SchKG II-STAEHELIN/BOPP, Art. 288 N 11; vgl. zum deutschen Recht BGH, Urteil vom 17. Juli 2014 – IX ZR 240/13 Rz. 5 ff.

<sup>488</sup> Die wirtschaftliche Gleichwertigkeit hängt davon ab, ob die Vergütung des Hauptunternehmers marktkonform ist (vgl. JAGMETTI, S. 83).

gelangt und verwertbar ist. Insbesondere ist hier an Werkteile – beispielsweise Fenster oder Türen – zu denken, die der Subunternehmer selber herstellt und sodann dem Hauptunternehmer überlässt<sup>489</sup>. Nicht erforderlich ist hingegen, dass solche Wertgegenstände im Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung noch im Vermögen des Hauptschuldners bzw. überhaupt noch vorhanden sind<sup>490</sup>.

### 3.3. Rechtmässiges Alternativverhalten

An einer Schädigung im fraglichen Sinn (Rz. 366 ff.) fehlt es sodann auch, wenn die Gläubiger auch bei richtigem Verhalten des Schuldners zu gleichem Verlust gekommen wären (sogenanntes rechtmässiges Alternativverhalten)<sup>491</sup>. 381

Der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens kann bei allen paulianischen Anfechtungsklagen erhoben werden<sup>492</sup>. Entgegen der etwas verwirrenden Bemerkung in BGE 135 III 276 E. 3.3.3 S. 283 kann dieser Einwand auch dann erhoben werden, wenn es um die Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers (unter Benachteiligung der anderen 382

---

<sup>489</sup> Im Urteil des BGH vom 17. Juli 2014 – IX ZR 240/13 wurde in einer vergleichbaren Konstellation die Gläubigerschädigung dennoch bejaht, letztlich aber auf Ebene der Kausalität, indem der BGH festhielt, dass die Feststellung der Vorinstanz, wonach der Lieferant ohne die Direktzahlung des Erst-Bestellers die Lieferung der Fenster und Türen hätte verweigern können, einen hypothetischen Kausalverhalt betreffe, der für die Frage des ursächlichen Zusammenhanges zwischen Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung irrelevant sei.

<sup>490</sup> Vgl. JAGMETTI D., S. 87.

<sup>491</sup> BGE 136 III 247 E. 3 S. 250; BGE 134 III 615 E. 4.1 S. 617 f.; BGE 85 III 185 E. 2 S. 190; BSK SchKG STAEHELIN/BOPP, Art. 285 N 14; OFK-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 288 N 9; sinngemäss auch KRIESI, S. 49. Die Figur des rechtmässigen Alternativverhaltens wird im Zusammenhang mit den Art. 285 ff. SchKG soweit ersichtlich nur im Zusammenhang mit Art. 288 SchKG diskutiert. (so auch SCHMID J., N 182).

<sup>492</sup> So auch SCHMID J., N 182; unklar hingegen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die das rechtmässige Alternativverhalten bisher soweit ersichtlich nur im Zusammenhang mit Art. 288 SchKG diskutiert hat. Als Begründung für deren Anwendbarkeit wird vorgebracht, dass die paulianische Anfechtung keinen pönalen Charakter habe, sondern lediglich, aber immerhin, die Wiederherstellung des Zustandes ohne das angefochtene Geschäft bezwecke (vgl. etwas BGE 136 III 247 E. 3 S. 250; BGE 134 III 615 E. 4.1 S. 617 f.; SCHMID J., N 183). Da nun aber diese Begründung auf alle paulianischen Anfechtungsklagen gleichermaßen passt, ist nicht einzusehen, weshalb die Figur des rechtmässigen Alternativverhaltens nur im Rahmen von Art. 288 SchKG anwendbar sein sollte.

Gläubiger) geht, da nicht ersichtlich ist, weshalb diese Art der Gläubigerschädigung insofern speziell behandelt werden müsste<sup>493</sup>.

- 383 Die Figur des rechtmässigen Alternativverhaltens beschlägt die Frage der Kausalität, da der präsumtiv Haftpflichtige – bzw. im vorliegenden Zusammenhang der Anfechtungsgegner – geltend macht, dass es an einem rechtlich relevanten Kausalbeitrag (des Schuldners) fehlt, weil die fragliche Schädigung auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre<sup>494</sup>.
- 384 Zu vergleichen ist der tatsächliche mit dem (ohne die angefochtene Handlung gedachten) hypothetischen Vermögensstand des Schuldners, in welches vollstreckt werden kann<sup>495</sup>.
- 385 Bei der Überschuldungspauliana i.S.v. Art. 287 Abs.1 Ziff. 2 SchKG geht es darum, dass der Schuldner (im überschuldeten Zustand) eine Schuld mit unüblichen Zahlungsmitteln tilgt (dazu Rz. 419 ff). Der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens muss sich demnach darauf beziehen, dass die Gläubiger auch bei einer Tilgung mit üblichen Zahlungsmitteln zu gleichem Verlust gekommen wären.
- 386 Grundsätzlich bewirkt auch die Tilgung einer Schuld mittels Geld oder anderer üblicher Zahlungsmittel eine Gläubigerschädigung, wenn sich der Schuldner, wie bei einer Überschuldung kaum anders denkbar, in einer angespannten finanziellen Situation befindet<sup>496</sup>. Diesfalls wird der Schuldner nämlich nicht in der Lage sein, *alle* seine fälligen

---

<sup>493</sup> Ebenso JAGMETTI D., S. 123 f.; siehe zu der genannten Erwägung des Bundesgerichts auch KRIESI, S. 53 f.

<sup>494</sup> KOLLER, OR AT, N 48.72; a.M. JAGMETTI, S. 137, die das rechtmässige Alternativverhalten beim Schutzzweck der Norm bzw. beim Rechtswidrigkeitszusammenhang einordnet; a.M. auch SCHMID, J., N 183 f., für den der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens nicht auf Logik, sondern auf rechtspolitischen Motiven beruht. Im deutschen Recht kann die Anfechtung bei «wertender Betrachtung» entfallen, wenn dieselbe Masseschmälerung auch durch eine gesetzlich nicht missbilligte Rechtshandlung hätte herbeigeführt werden können (Braun/BRA InSO § 129 Rn. 47).

<sup>495</sup> Vgl. BGE 135 III 265 E. 4 S. 271; JAGMETTI, S. 139; SCHMID, J., N 185. Welchen Anforderungen der Einwand genügen muss, ist allerdings in vielen Punkten ungeklärt (eingehend SCHMID, J., N 185 und JAGMETTI, S. 139 ff.).

<sup>496</sup> Vgl. BGE 99 III 27 E. 4 S. 34 in fine und S. 35; AMONN/WALTHER, § 52 N 25b; BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 9; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 4; SCHMID J., N 270 in fine.

Verpflichtungen zu erfüllen<sup>497</sup>. Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn die übrigen Gläubiger auch ohne die fragliche Tilgung vollständig zu Verlust gekommen wären oder wenn die getilgte Forderung pfandgesichert war und das durch die Tilgung ausgelöste Pfand in seinem Wert den für die Tilgung verwendeten Mitteln gleichkommt<sup>498</sup>.

Ob die vorliegend interessierenden Direktzahlungen eines Erst-Bestellers unüblich i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG sind, wird später erörtert (Rz. 425 ff.). Geht man (einstweilen) von einer Unüblichkeit aus, gilt Folgendes: Hätte der Hauptunternehmer den Subunternehmer mit üblichen Zahlungsmitteln bezahlt, wären seine Aktiven im selben Umfang reduziert worden, weshalb der Verlust seiner Gläubiger – isoliert mit Blick auf diesen Vorgang – gleich hoch ausgefallen wäre. 387

Allerdings beruht diese Hypothese notwendigerweise auf der Annahme, dass der Hauptunternehmer überhaupt über entsprechende (übliche) Zahlungsmittel verfügt hat oder sich diese kurzfristig hätte besorgen können<sup>499</sup>. Mit Blick auf die von Art. 287 Abs. 1 SchKG vorausgesetzte Überschuldung des Schuldners (Hauptunternehmers) sowie auf den Umstand, dass der Erst-Besteller in aller Regel erst bei Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers zu Direktzahlungen schreitet, dürfte dies im Einzelfall unwahrscheinlich sein<sup>500</sup>. 388

---

<sup>497</sup> Dass der Schuldner im Zeitpunkt der anfechtbaren Rechtshandlung über gewisse liquide Mittel verfügt hat, ist nicht ausgeschlossen, da, wie noch zu zeigen sein wird, die von Art. 287 Abs. 1 SchKG vorausgesetzte Überschuldung nicht mit Illiquidität gleichzusetzen ist.

<sup>498</sup> BGE 99 III 27 E. 4 S. 35. Die allfällig durch die Direktzahlung bewirkte Ablösung eines Bauhandwerkerpfandrecht ist in diesem Zusammenhang kaum von Relevanz, da das Baugrundstück in aller Regel nicht dem Hauptunternehmer gehört und damit nicht Teil des Vollstreckungssubstrates bildet.

<sup>499</sup> Diese Frage schien das Bundesgericht in BGE 136 III 247– dort mit Blick auf Art. 288 SchKG – allerdings nicht zu interessieren (siehe dazu die kritische Bemerkung von BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 9a, sowie SCHMID J., N 541). Im Rahmen von Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG jedenfalls kann die Frage nach den verfügbaren (üblichen) Zahlungsmitteln des Schuldners im Moment der angefochtenen unüblichen Tilgung nicht unbeachtet bleiben, ansonsten Sinn und Zweck dieser Bestimmung unterlaufen würden.

<sup>500</sup> Jedoch setzt die Überschuldung i.S.v. Art. 287 Abs. 1 SchKG keine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners voraus (s. Rz. 450 ff.).

- 389 Zudem ist das Argument, dass der Hauptunternehmer die Zahlung des Erst-Bestellers zunächst an sich selber hätte verlangen können, um hernach mit diesen (üblichen) Mitteln den fraglichen Subunternehmer zu bezahlen, nicht stichhaltig, wenn man, wie vorliegend, davon ausgeht, dass der Erst-Besteller im Rahmen des Hauptvertrages (unwiderruflich) zu Direktzahlungen an Subunternehmer berechtigt wurde.
- 390 Zu beachten ist sodann, dass ein (hypothetisches) Alternativverhalten nur dann rechtmässig sein kann, wenn es unter *keinem* Titel paulianisch (oder sonst wie) anfechtbar ist<sup>501</sup>. Nun kann aber die Tilgung einer Geldschuld durch übliche Zahlungsmittel durchaus von Art. 288 Abs. 1 SchKG erfasst sein, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (dazu Rz. 476 ff. und Rz. 517 ff.).
- 391 Der Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens müsste sich demnach im Sinne der Schadensabwendung (auch) auf den Erhalt der Aktiven oder die Betriebsnotwendigkeit beziehen<sup>502</sup>. D.h. der Anfechtungskläger müsste beweisen können, dass die Bezahlung des Subunternehmers erforderlich<sup>503</sup> war, um (verwertbare) Aktiven (des Hauptunternehmers) oder (wichtige, an sich profitable) Betriebsteile (des Hauptunternehmers) aufrecht zu halten<sup>504</sup>.
- 392 Bei Direktzahlungen des Erst-Bestellers an Subunternehmer ist indes nicht ersichtlich, inwiefern dadurch Aktiven des Hauptunternehmers erhalten würden. Im Gegenteil: Mit der Direktzahlung wird (auch) die (Vergütungs-)Forderung des Hauptunternehmers im Umfang des Bezahlten getilgt, weshalb sich dessen Aktiven entsprechend reduzieren.
- 393 Möglich ist hingegen, dass (nur) mit solchen Direktzahlungen der Betrieb bzw. wichtige Betriebsteile des Hauptunternehmers aufrechterhalten werden können. Insbesondere kann dies der Fall sein, wenn der Hauptunternehmer weitere Leistungen des Subunter-

---

<sup>501</sup> Vgl. SCHMID J., N 185 und N 541.

<sup>502</sup> Vgl. JAGMETTI D., S. 141 f. Nicht hinreichend wäre hingegen der Einwand, dass es bei einer Nicht-Bezahlung des Subunternehmers allenfalls zu Schadenersatzforderungen des Haupt- und/oder Subunternehmers gekommen wäre.

<sup>503</sup> Unklar ist, ob *exklusiv* die angefochtene Rechtshandlung die Schadenminderung bewirkt haben muss (vgl. JAGMETTI D., S. 139 f. m.w.H.).

<sup>504</sup> Vgl. JAGMETTI D., S. 141; SCHMID J., N 542.

nehmers benötigt, dieser die Bezahlung offener Rechnungen verlangt und der Hauptunternehmer nicht auf andere Unternehmer ausweichen kann<sup>505</sup>.

Insgesamt betrachtet dürfte dem Einwand des rechtmässigen Alternativverhaltens im Zusammenhang mit der paulianischen Anfechtung von Direktzahlungen des Erst-Bestellers an Subunternehmer kein allzu prominenter Platz zukommen. 394

### 3.4. Gläubigerschädigung auch ohne Vornahme der Direktzahlung?

Dass eine Direktzahlung des Erst-Bestellers an einen Subunternehmer zu einer Schädigung der Gläubiger des Hauptunternehmers i.S.v. Art. 285 ff. SchKG führen kann, wurde bereits dargelegt (Rz. 371 f.). 395

Es verbleibt zu klären, ob die Berechtigung oder (gar) Verpflichtung des Erst-Bestellers durch den Hauptunternehmer zur Vornahme von Direktzahlungen als solche, d.h. ohne dass es in der Folge zu einer solchen Direktzahlung kommt, eine Gläubigerschädigung i.S.v. Art. 285 ff. SchKG bewirken kann<sup>506</sup>. 396

Eine solche quasi folgenlose Berechtigung oder Verpflichtung reduziert weder die Aktiven noch erhöht sie die Passiven des Hauptunternehmers<sup>507</sup>. Man könnte zwar von einer latenten oder mittelbaren<sup>508</sup> Schädigung sprechen, weil der Hauptunternehmer 397

---

<sup>505</sup> Vgl. JAGMETTI D., S. 141 f. und S. 206 f. Eine andere Frage wäre, ob der Hauptunternehmer einen anderen Unternehmer im Rahmen des Subunternehmervertrag beiziehen darf.

<sup>506</sup> Eng damit verbunden ist die Frage, welche Rechtshandlung – Berechtigung/Verpflichtung einerseits, Direktzahlung andererseits – anzufechten ist. Dies wird unmittelbar im Anschluss erörtert (s. Ziff. IV.C.4.1 nachstehend).

<sup>507</sup> Vgl. KRIESI, S. 110, die auch bzw. sogar in der vom Schuldner getätigten Anweisung an dessen Bank zur Bezahlung eines Dritten keine die anderen Gläubiger benachteiligende Handlung erblickt; unklar bei REBSAMEN, N 401.

<sup>508</sup> Von einer mittelbaren Schädigung wird gesprochen, wenn der der Schuldner eine Handlung vornimmt, die für sich alleine betrachtet keinen Nachteil schafft, jedoch im Zusammenspiel mit einem weiteren Ereignis dazu führt. Typischerweise handelt es sich dabei um Situationen, in denen der Schuldner gleichwertige Leistungen austauscht, diese dann aber zum Nachteil seiner Gläubiger verwendet (z.B. Darlehen gegen Pfandbestellung und in der Folge nachteilige Verwendung der dargeliehenen Gelder; s. zum Ganzen KRIESI, S. 99; REBSAMEN, N 427 ff., JAGMETTI D., S. 36 ff.). Vorliegend allerdings erhält der Hauptunternehmer (gar) keine Gegenleistung für die Berechtigung bzw. Verpflichtung des Erst-Bestellers. Die entsprechende Direktzahlung des

die rechtlichen Voraussetzungen schafft, unter denen spätere Vergütungszahlungen des Erst-Bestellers nicht in sein Vermögen gelangen, sondern direkt dem jeweiligen Subunternehmer zukommen. Die eigentliche Schädigung aber tritt erst mit Vornahme der Direktzahlung ein<sup>509</sup>. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Erst-Besteller unter den Bedingungen von Art. 99 bzw. Art. 204 SchKG nur noch befreiend an das Betreibungs- bzw. Konkursamt leisten kann.

398 Fraglich ist allerdings, wie es sich verhält, wenn sich der der Erst-Besteller gegenüber dem Subunternehmer zur Direktzahlung<sup>510</sup> verpflichtet hat und dem Subunternehmer ein entsprechendes klagbares, unwiderrufliches Recht auf Direktbezahlung eingeräumt wurde, die Zahlung jedoch (noch) nicht, zumindest aber nicht innerhalb der Verdachtsfrist (dazu Rz. 411 ff.) erfolgt ist.

399 Was die Entstehung eines solchen Rechtes (des Subunternehmers) anbelangt, ist primär an die Anweisung zu denken: Hat der angewiesene Erst-Besteller dem Subunternehmer gegenüber die Annahme erklärt<sup>511</sup>, so kann einerseits der Hauptunternehmer die Anweisung gegenüber dem Erst-Besteller nicht mehr widerrufen (Art. 470 Abs. 2 OR)<sup>512</sup> und bewirkt andererseits die Eröffnung des Konkurses über den Hauptunternehmer kein Erlöschen der Anweisung (Art. 470 Abs. 3 OR e contrario)<sup>513</sup>.

400 Ferner kann einer (vertraglichen) Verpflichtung des Erst-Bestellers gegenüber dem Subunternehmer auch ein echter Vertrag zu Gunsten Dritter zu Grunde liegen. Hat der i.S.v. Art. 112 Abs. 2 OR berechnete Subunternehmer dem Erst-Besteller gegen-

---

Erst-Bestellers im Rahmen des Hauptvertrages – die unter dem hier interessierenden Titel gerade nicht erfolgt ist – stellt eine Gegenleistung (alleine) für die Werkleistung des Hauptunternehmers dar.

<sup>509</sup> Anders BGH, Urteil vom 29.11.2007 - IX ZR 121/06.

<sup>510</sup> Der Klarheit halber wird festgehalten, dass die Direktzahlung auch hier so verstanden wird, dass sie, hätte sie denn stattgefunden, den Erst-Besteller (auch) gegenüber dem Hauptunternehmer ohne weiteres befreit hätte.

<sup>511</sup> Eine Verpflichtung des angewiesenen Hauptunternehmers (alleine) gestützt auf Art. 468 Abs. 2 SchKG genügt für die Konkursfestigkeit der Anweisung allerdings nicht (vgl. BSK OR I-KOLLER, Art. 470 N 8).

<sup>512</sup> Gegenüber dem Subunternehmer als Anweisungsempfänger ohnehin nicht (Art. 470 Abs. 1 OR).

<sup>513</sup> Vgl. BSK OR I-KOLLER, Art. 470 N 8; TERCIER/BIERI/CARRON, N 5575.

über erklärt, von seinem Recht (auf Direktbezahlung) Gebrauch machen zu wollen<sup>514</sup>, kann der Hauptunternehmer den Erst-Besteller nicht mehr von dieser Verpflichtung entbinden (Art. 112 Abs. 3 OR). Entsprechend können die Aufhebungsrechte des Hauptunternehmers auch nicht (mehr) auf dessen Konkursmasse übergehen<sup>515</sup>. Möglich ist im Übrigen auch, dass der Hauptunternehmer auf sein Widerrufsrecht verzichtet hat<sup>516</sup>.

Die Leistung des dergestalt verpflichteten Erst-Bestellers fällt deshalb nicht in die Konkursmasse des Hauptunternehmers bzw. ist dem Zugriff der in der Spezialexécution zu Verlust gekommenen Gläubiger grundsätzlich entzogen<sup>517</sup>. Eine Benachteiligung der Gläubiger des Hauptunternehmers ist in solchen Konstellationen deshalb zu bejahen<sup>518</sup>. 401

Somit ist es bei den vorstehend beschriebenen Szenarien (Rz. 398 ff.) erst die Annahmeerklärung des Erst-Bestellers gegenüber dem Subunternehmer bzw. die Beitrittserklärung des Subunternehmers gegenüber dem Erst-Besteller, welche die eigentlich schädigende Wirkung entfalten. Wie dies mit Blick auf die Anfechtbarkeit zu werten ist, wird nachfolgen erörtert. 402

## 4. ANZUFECHTENDE RECHTSHANDLUNG

### 4.1. Allgemeines

Hat der Erst-Besteller eine Direktzahlung getätigt, ist einzig diese paulianisch anfechtbar<sup>519</sup>. Eine (alleinige) Anfechtung der entsprechenden Berechtigung oder Verpflichtung 403

---

<sup>514</sup> Sogenannter „Beitritt“ (KOLLER, OR AT, N 73.59; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 112 N 18), wobei der Dritte dadurch nicht zu einer Vertragspartei wird.

<sup>515</sup> Gerät hingegen der Hauptunternehmer vor dem Beitritt des Subunternehmers in Konkurs, so gehen seine Aufhebungsrechte auf die Konkursmasse über (BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 112 N 16).

<sup>516</sup> KOLLER, OR AT, N 73.62; GUHL/KOLLER/SCHNYER/DRUEY, § 22 N 14.

<sup>517</sup> Vgl. BSK OR I-KOLLER, Art. 470 N 8; BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 112 N 16.

<sup>518</sup> Vgl. BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 112 N 16.

<sup>519</sup> Vgl. BGE 45 III 178 E. 1 S. 182; BGE 53 III 177 f. S. 177; anders noch BGE 30 II 359 E. 1 S. 360, wo nicht die Zahlung, sondern die entsprechende Anweisung bzw. Zession als anfechtbare Rechtshandlung diskutiert wird (Näheres zu diesem Entscheid s. Rz. 433 ff.); wie hier im Übrigen auch BERZ, S. 43; REBSAMEN, N 402; SCHMID J., N 73 und N 346, der die isolierte Anfechtung eines Verpflichtungsgeschäfts bei bereits vollzogenem Verfügungsgeschäft als nutzlos bezeichnet; vgl.

zur Direktzahlung des Erst-Bestellers wäre jedenfalls nutzlos<sup>520</sup>. Zu beachten ist ferner, dass sich 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG, anders als Art. 288 SchKG, nur auf Vollzugshandlungen bezieht (Rz. 359).

404 Fraglich ist, welche Rechtshandlung anzufechten ist, wenn die Direktzahlung bislang ausgeblieben, hingegen dem Subunternehmer ein klagbares, unwiderrufliches Recht gegenüber dem Erst-Besteller eingeräumt wurde, sich durch den Erst-Besteller im Sinne einer Direktzahlung bezahlt zu machen (dazu Rz. 398 ff.)<sup>521</sup>. Fehlt es an einem solchen klagbaren Recht, liegt keine Gläubigerschädigung vor (Rz. 397)<sup>522</sup>, weshalb eine Anfechtung der Berechtigung bzw. Verpflichtung des Erst-Bestellers zur Vornahme von Direktzahlungen (zumindest) nutzlos wäre.

405 Mit Blick auf die Ausführungen in Rz. 402 könnte man argumentieren, dass nur die (vom Willen des Hauptunternehmers getragene<sup>523</sup> und diesem somit zurechenbare) Annahme der Anweisung durch den Erst-Besteller bzw. die Beitrittserklärung des Subunternehmers anzufechten sind. Zutreffenderweise sind die beiden Erklärungen<sup>524</sup> so eng miteinander verwoben, dass beide zusammen als einheitlicher Vorgang anzufechten sind. Ebenfalls für diese Lösung spricht der Umstand, dass beide Erklärungen keine Erfüllungshandlungen im Sinne der Tilgung der subunternehmerischen (Vergütungs-) Forderung sind, sondern zusammen (lediglich) das rechtliche Fundament für diese Er-

---

ferner auch JAGMETTI D., S. 37 ; STAHLIN D., Vertragsklauseln, S. 371; unklar bei KRIESI, S. 103. Gleiches gilt im deutschen Recht: *«Bei mehraktigen Rechtshandlungen ist darauf abzustellen, welcher Akt die Masse endgültig geschmälert hat, so dass nur der letzte, das Rechtsgeschäft vollendende, Akt anzufechten ist.»* (Braun/BRA InsO § 129 Rn. 18).

<sup>520</sup> Vgl. SCHMID J., N 73 und N 346, der Gleiches zum Verhältnis Verpflichtungs- vs. Verfügungsgeschäft festhält.

<sup>521</sup> Der Klarheit halber wird festgehalten, dass die Direktzahlung auch hier so verstanden wird, dass sie, hätte sie denn stattgefunden, den Erst-Besteller (auch) gegenüber dem Hauptunternehmer ohne weiteres befreit hätte.

<sup>522</sup> Damit ist allerdings nicht gemeint, dass die Gläubigerschädigung zur Definition der «Rechtshandlung» gehört (s. Rz. 361).

<sup>523</sup> Freilich wird dabei vorausgesetzt, dass überhaupt eine rechtsgültige Anweisung bzw. ein rechtsgültiger echter Vertrag zu Gunsten Dritter vorliegen.

<sup>524</sup> Anweisung und Annahme der Anweisung einerseits, Abschluss eines echten Vertrages zu Gunsten des Subunternehmers und Beitrittserklärung des Subunternehmers andererseits.

füllung legen<sup>525</sup>. Da insoweit (gerade) keine Schuldtilgung angefochten wird, käme im Übrigen nur eine Anfechtung i.S.v. Art. 288 Abs. 1 SchKG in Frage, nicht aber gemäss Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG (Rz. 359).

Schliesslich ist festzuhalten, dass dort, wo der Erst-Besteller Direktzahlungen ohne Willen des Hauptunternehmers vornimmt, es bereits an der entsprechenden Zurechenbarkeit dieser Direktzahlung zum Hauptunternehmer fehlt, weshalb eine paulianische Anfechtung von vornherein ausser Betracht fällt (Rz. 363 ff.). 406

## 4.2. Früher begründete Verpflichtung des Schuldners zur ungewöhnlichen Tilgung

Hat sich der Schuldner gegenüber dem Empfänger schon früher zu einer Tilgung i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG verpflichtet, entfällt die Anfechtbarkeit einer solchen (späteren) Tilgung i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG<sup>526</sup>. Wann genau diese Verpflichtung entstanden sein muss, insbesondere in Beziehung zur Verdachtsfrist, ist umstritten<sup>527</sup>. 407

Nach der hier vertretenen Auffassung muss die Verpflichtung des Schuldners zur Tilgung der fraglichen Art spätestens mit Entstehen der entsprechenden Forderung des Gläubigers begründet worden sein. Ist dies der Fall, erscheint der Vollzug dieser Verpflichtung – durch Tilgung in der vereinbarten Weise – nicht als unüblich i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG<sup>528</sup>. 408

Dabei ist die Frage, ob eine solche (frühere) Verpflichtung vor oder nach Beginn der Verdachtsfrist begründet wurde, nach der hier vertretenen Ansicht nicht entscheidend<sup>529</sup>, weil bei erfolgten Vollzugshandlungen – und nur diese werden von Art. 287 Abs. 2 SchKG erfasst – lediglich diese anfechtbar sind (dazu Rz. 403). 409

<sup>525</sup> Für die Frage, ob die angefochtene Rechtshandlung innerhalb der Verdachtsfrist vorgenommen wurde, kann diese Zweiaktivität allerdings durchaus entscheidend sein (s. Rz. 416).

<sup>526</sup> Vgl. SCHMID J., N 255; JAGMETTI D., S. 64 f.; KRIESL, S. 189; SCHÜPBACH, Art. 287 N 96, der allerdings eine Berechtigung («faculté») des Schuldners zur Tilgung der fraglichen Art genügen lässt; BGE 65 III 142 E. 3 S. 145.

<sup>527</sup> Vgl. SCHMID J., N 255 mit näheren Ausführungen und Hinweisen; JAGMETTI D., S. 64 f.

<sup>528</sup> Ebenso SCHMID J., N 255.

<sup>529</sup> Ebenso SCHMID J., N. 255; a.M. JAGMETTI D., S. 65; SCHÜPBACH, Art. 287 N 96.

- 410 Die Pflicht des Hauptunternehmers zur Leistung einer Vergütung an den Subunternehmer wird mit Abschluss des entsprechenden Subunternehmervertrages begründet. Lediglich die Fälligkeit dieser Vergütung tritt in aller Regel erst später ein<sup>530</sup>. Eine Unanfechtbarkeit im vorstehenden Sinn könnte somit nur dann vorliegen, wenn sich der Hauptunternehmer bereits bei Abschluss des Subunternehmervertrages (gegenüber dem Subunternehmer) verpflichtet hätte, seine Vergütungsschuld durch Zahlungen des Erst-Bestellers tilgen zu lassen. Eine solche Regelung dürfte kaum je anzutreffen sein.

## 5. VORNAHME DER RECHTSHANDLUNG INNERHALB DER VERDACHTSFRIST

- 411 Alle gesetzlichen Anfechtungstatbestände setzen voraus, dass die angefochtene Rechtshandlung innerhalb einer bestimmten Zeitspanne vor der Zwangsvollstreckung vorgenommen wurde (sogenannten Verdachtsfrist)<sup>531</sup>. Für Anfechtungen gestützt auf Art. 287 Abs. 1 SchKG beträgt die Verdachtsfrist ein Jahr, fünf Jahre im Rahmen von Art. 288 Abs. 1 SchKG<sup>532</sup>.
- 412 Fehlt es an diesem zeitlichen Element, fehlt es an einer (objektiven) Anfechtungsvoraussetzung; hingegen ist die Verdachtsfrist weder eine Verjährungs- noch eine Verwirkungsfrist<sup>533</sup>.
- 413 Die Verdachtsfrist berechnet sich rückwärts, ausgehend vom (i) Vollzug der Pfändung, (ii) der Konkurseröffnung oder (iii) der Bewilligung der Nachlassstundung (Art. 331 Abs. 2 SchKG)<sup>534</sup>.

---

<sup>530</sup> Vgl. zum Ganzen GAUCH, WV, Rz. 1151 ff.

<sup>531</sup> Statt Vieler: SCHMID J., N 188 m.w.H.

<sup>532</sup> Den entsprechenden Beweis muss der Anfechtende erbringen (KRIESI, S. 111).

<sup>533</sup> KRIESI, S. 109.

<sup>534</sup> KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 11, Art. 288 N 16 und Art. 331 N 6; LORANDI, S. 1302; SCHMID J., N 191; BGE 134 III 273 E. 4.3.1 S. 279; KRIESI, S. 118 f.; a.M. JAGMETTI D., S. 24, die bzgl. Nachlassvertrag die Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung als massgeblich bezeichnet. Im Zusammenhang mit dem Nachlassvertrag ist jedenfalls zu ergänzen, dass gemäss Art. 331 Abs. 1 SchKG auch Rechtshandlungen (des Schuldners) zwischen Bewilligung der Stundung und der Bestätigung des Nachlassvertrages anfechtbar sind, sofern diese nicht i.S.v. Art. 285 Abs. 3 SchKG vom Nachlassgericht oder dem Gläubigerausschuss genehmigt worden sind (siehe dazu auch SCHMID J., N 194).

Die Berechnung der Verdachtsfrist erfolgt im Rahmen der Pfändung für jeden Gläubiger individuell, im Falle der Konkurseröffnung oder der Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung hingegen für alle Gläubiger einheitlich<sup>535</sup>. Ob die fragliche Rechtshandlung in die Verdachtsfrist fällt, bemisst sich nach dem Zeitpunkt, in welchem die Wirkungen der Rechtshandlung eintreten<sup>536</sup>. 414

Die Wirkung der vorliegend interessierenden Direktzahlungen liegt in der entsprechenden Schultilgung<sup>537</sup>. Die Verdachtsfrist ist deshalb eingehalten, wenn die Tilgung innerhalb eines Jahres vor den genannten massgeblichen Zeitpunkten (dazu Rz. 413) eingetreten ist<sup>538</sup>. 415

Wurden klagbare, unwiderrufliche Rechte des Subunternehmers gegenüber dem Erst-Besteller begründet (dazu Rz. 398 ff.), ohne dass der Erst-Besteller in der Folge eine entsprechende Direktzahlung vorgenommen hat, ist nach der hier vertretenen Meinung die entsprechende Annahme der Anweisung seitens des Erst-Bestellers bzw. die Beitrittserklärung des Subunternehmers der massgebliche Zeitpunkt, denn erst dadurch tritt die schädigende Wirkung ein (Rz. 401). 416

Hat die Tilgung hingegen vor der einjährigen Verdachtsfrist stattgefunden, ist die Anfechtbarkeit gemäss Art. 288 Abs. 1 SchKG unter den dort genannten Voraussetzungen zu prüfen, da die diesbezügliche Verdachtsfrist fünf Jahre beträgt<sup>539</sup>. 417

---

<sup>535</sup> KRIESI, S. 119.

<sup>536</sup> KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 11; BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 16; KRIESI, S. 110 f. (mit u.a. Bezug auf einen Schuldner, der seine Bank anweist – auch hier soll gemäss KRIESI [erst] jener Zeitpunkt relevant sein, in welchem die Zahlung der Bank beim Anweisungsempfänger gutgeschrieben wird); a.M. REBSAMEN, N 406, der auf den Handlungszeitpunkt abstellt.

<sup>537</sup> Getilgt werden wie gesehen gleichzeitig zwei Schulden: Jene des Hauptunternehmers gegenüber dem zu bezahlenden Subunternehmer und jene des Erst-Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer (vgl. Rz. 100 ff.).

<sup>538</sup> Vgl. KRIESI, S. 111, die es nicht für sachgerecht hält, wenn die Gläubiger eine schädigende Handlung dulden müssten, die innerhalb der Verdachtsfrist eingetreten ist, weil der Schuldner sie zufällig davor eingeleitet hat.

<sup>539</sup> Vgl. BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 287 N 16 in fine.

- 418 Im Übrigen ist Art. 288a SchKG zu beachten, wonach bestimmte Verfahren, welche der Pfändung bzw. Konkursöffnung vorangehen, bei der Berechnung der Verdachtsfrist ausser Acht gelassen werden dürfen<sup>540</sup>.

## **D. ART. 287 ABS. 1 ZIFF. 2 SCHKG: SPEZIFISCHE VORAUSSETZUNGEN**

### **1. EINLEITUNG**

- 419 Nachdem vorstehend die gemeinsamen Voraussetzungen der verschiedenen paulianischen Anfechtungsklagen geprüft wurden (Rz. 356 ff.), geht es nachfolgend um die spezifischen Voraussetzungen von Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG (und weiter unten dann um jene von Art. 288 Abs. 1 SchKG).
- 420 Die sogenannte Überschuldungspauliana, die in Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1-3 SchKG normiert ist, hat bestimmte Rechtshandlungen im Auge, mit denen ein überschuldeter Schuldner einzelne Gläubiger in besonderer zeitlicher Nähe zur Zwangsvollstreckung bevorzugt hat<sup>541</sup>.
- 421 In objektiver Hinsicht setzt die Anfechtungsklage gemäss Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG lediglich voraus, dass der Schuldner im Zustand der Überschuldung eine (fällige<sup>542</sup>) Geldschuld auf unübliche Weise getilgt hat<sup>543</sup>. D.h. der Schuldner befriedigt den Gläubiger in einer Art und Weise, auf die der Gläubiger keinen Anspruch hatte (sogenannten inkongruente Deckung)<sup>544</sup>.
- 422 Zu diesen objektiven Kriterien gesellt sich eine subjektive Komponente: Die Überschuldung muss für den aus der anfechtbaren Rechtshandlung Begünstigten erkennbar gewesen sein, wobei diese Kenntnis (in widerlegbarer Weise) vermutet wird (Art. 287

---

<sup>540</sup> KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288a N 1.

<sup>541</sup> Statt Vieler: AMONN/WALTHER, § 52 N 16.

<sup>542</sup> Vgl. SCHMID J., N 253, der zu Recht darauf hinweist, dass die Tilgung nicht fälliger Schulden bereits durch Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG erfasst wird.

<sup>543</sup> Wie gesagt wurden die generellen (objektiven) Anspruchsvoraussetzungen bereits weiter vorne geprüft (s. Rz. 353 ff.).

<sup>544</sup> Statt Vieler: AMONN/WALTHER, § 52 N 16.

Abs. 2 SchKG). Es liegt mithin am Begünstigten bzw. Anfechtungsgegner, das Gegenteil zu beweisen, d.h. dass er die Überschuldung des Schuldners nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen<sup>545</sup>.

Sofern die Tilgung einer Geldschuld *durch einen Dritten*, wie im Falle der hier behandelten Direktzahlungen des Erst-Bestellers an den Subunternehmer, zur Diskussion steht, musste der Begünstigte zudem erkennen können, dass der Dritte «über Eigentum oder Guthaben des Schuldners» zu Gunsten des Empfängers verfügte (dazu Rz. 461 ff.)<sup>546</sup>. 423

Diese subjektiven Elemente dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Überschuldungspauliana durch die genannten objektiven Voraussetzungen geprägt wird<sup>547</sup>. 424  
Entsprechend hat der Anfechtungskläger nur, aber immerhin, zu beweisen, dass der Schuldner während der einjährigen Verdachtsfrist eines der in Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1-3 SchKG genannten Rechtsgeschäfte vorgenommen hat und der Schuldner in diesem Zeitpunkt bereits überschuldet war<sup>548</sup>. Anders gelagert ist die Delikts- bzw. Absichtspauliana (Art. 288 SchKG), welche mit der Schädigungsabsicht des Schuldners und der diesbezüglichen Erkennbarkeit für den Empfänger subjektive Komponenten in den Vordergrund rückt<sup>549</sup>.

<sup>545</sup> Statt Vieler: BSK SchKG II-STAEBLIN A./BOPP, Art. 287 N 19.

<sup>546</sup> BGE 74 III 56 E. 8 S. 61; kritisch hierzu BSK SchKG-STAEBLIN A./BOPP, Art. 287 N 10.

<sup>547</sup> Vgl. Urteil (des Bundesgerichts) 4C.262/2002 vom 19. Mai 2004 E. 5.1 m.w.H.

<sup>548</sup> KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 1. Die Gläubigerschädigung – ebenfalls eine objektive Voraussetzung – wird hingegen in widerlegbarer Weise vermutet (BGE 85 III 185 E. 2.a S. 189).

<sup>549</sup> KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 1. Auch JÄGER hielt bereits in seinem 1911 erschienenen Kommentar zum SchKG fest, dass im Rahmen der Überschuldungspauliana die Schädigungsabsicht des Schuldners weder zu beweisen sei noch deren Existenz vermutet werde, sodass es auch keinen Raum für einen entsprechenden Gegenbeweis gebe. Es könne, so JÄGER weiter, also nicht gesagt werden, dass die Überschuldungspauliana nur eine Unterart der Absichtsanfechtung sei (JÄGER, Art. 287 N 2; s. auch SCHMID J., N 211, m.w.H.). Hingegen geht aus den Materialien zur Entstehung des SchKG hervor, dass die besonderen Umstände der Überschuldungspauliana den «Betrugswillen» des Schuldners «beziehungsweise eine rechtswidrige Bevorzugung einzelner Gläubiger als vorhanden erscheinen lassen, sofern nur nachgewiesen wird, dass der Schuldner im Zeitpunkt der angefochtenen Handlung überschuldet war; [...]» (Botschaft SchKG 1886, S. 57, zu finden auch in MATERIALIEN, Ziff. 15 S. 554; s. dazu Protokoll Kommission Ständerath 1886, S. 661 ff.; Beschluss Ständerath 1886, S. 114 ff.; Protokoll Kommission Nationalrat 1887, S. 282 ff.; MATERIALIEN, Ziff. 17 S. 656; SCHÜPBACH, Art. 285 N 184 ff.).

## 2. VORAUSSETZUNGEN IM EINZELNEN

### 2.1. (Un-)Üblichkeit der Tilgung

- 425 Inwieweit Direktzahlungen des Erst-Bestellers an den Subunternehmer dem Hauptunternehmer (überhaupt) zugerechnet werden können, wurde bereits erörtert (Rz. 356 ff.). Kurz zusammengefasst setzt eine solche Zurechnung voraus, dass der Erst-Besteller die Direktzahlung mit Willen des Schuldners vorgenommen hat. Darauf ist hier nicht nochmals näher einzugehen.
- 426 Wie erwähnt (Rz. 421), geht es bei Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG immer um die Tilgung von *Geldschulden* (des Schuldners<sup>550</sup>). Dieses Element ist im vorliegend interessierenden Kontext unproblematisch, da die Vergütungsschuld des Hauptunternehmers gegenüber seinen Subunternehmern regelmässig eine Geldschuld ist.
- 427 Fraglich ist dagegen, ob die Direktzahlung des Erst-Bestellers an den Subunternehmer als Tilgung «durch Barschaft oder anderweitige übliche Zahlungsmittel» qualifiziert werden kann. In den Worten des Bundesgerichts sind folgende Grundsätze zu beachten<sup>551</sup>:

*«Als «übliche Zahlungsmittel» [...] können nur Leistungen gelten, die üblicherweise barem Gelde gleichgeachtet werden. Freilich fällt nicht nur in Betracht, was jedermann wie bare Münze anzunehmen pflegt (namentlich Banknoten). Es genügt eine am betreffenden Ort oder in den Gewerbekreisen, denen die Beteiligten angehören, übliche Zahlungsweise, sofern nicht etwa in ihren persönlichen Geschäftsbeziehungen abweichende Gepflogenheiten bestehen [...]. Diese Auslegung nimmt Rücksicht auf den weit verbreiteten bargeldlosen Zahlungsverkehr [...] wie*

---

<sup>550</sup> Soweit der Schuldner – oder ein Dritter, dessen Handlungen dem Schuldner zuzurechnen sind – fremde, d.h. keine Schulden des Schuldners tilgen, kommt nicht Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG, sondern allenfalls Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG oder Art. 288 SchKG zur Anwendung (BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 287 N 9 in fine). Nicht gefolgt werden kann m.E. SCHMID J., N 253 in fine, der Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG nur auf Verbindlichkeiten derjenigen Person anwenden möchte, welche die Tilgung vornimmt. Dies würde von vornherein ausschliessen, dass die Schuldtilgung durch einen Dritten von Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG erfasst ist. Wenn sich SCHMID hierbei auf BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 287 N 9. beruft, geht dies nach der hier vertretenen Ansicht fehl, denn dessen Aussage ist wie gesehen eine andere.

<sup>551</sup> BGE 85 III 193 E. 4 S. 200; vgl. auch BGE 30 II 359 E. 2 S. 361.

*auch auf die besonderen Gebräuche bestimmter Gewerbe, in denen üblicherweise gewisse Arten von Kundenguthaben an Zahlungsstatt angenommen werden. So pflegt manchenorts im Baugewerbe der Unternehmer seine Forderung an den Bauherrn den Handwerkern als «Zahlung» abzutreten [...]. [...]*

Die Frage der Üblichkeit ist somit von der Orts- und/oder Branchenüblichkeit sowie von den vorbestehenden Gepflogenheiten der Beteiligten im Zeitpunkt der Tilgung abhängig<sup>552</sup>. Sofern allerdings im Einzelfall Orts- und/oder Branchenüblichkeit vorliegt, müssen nicht (auch noch) vorbestehende Gepflogenheiten zwischen den Beteiligten bestanden haben<sup>553</sup>. 428

Die Frage, ob die Tilgung einer Geldschuld durch einen Dritten unüblich i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ist, wird in der Lehre, sofern überhaupt, stiefmütterlich behandelt<sup>554</sup>. Zumeist vermittelt sich dabei der Eindruck, dass eine solche Art der Tilgung generell unüblich und damit der Anfechtung i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG unterliegt<sup>555</sup>. 429

Dies mag auch daran liegen, dass die Frage, ob eine bestimmte Rechtshandlung eines Dritten dem Schuldner zurechenbar ist, von der (anderen) Frage, ob diese Rechtshandlung unüblich i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ist, nicht immer sauber getrennt wird. 430

<sup>552</sup> KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 5 m.H.a. den eben zitierten BGE 85 III 193 E. 4 S. 200; auch JAGMETTI D., S. 64, KRIESI, S. 192, SCHMID J., N 254, OFK-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 287 N 12 und RÜEDI, N 381 m.H.a. BGE 85 III 193 E. 4 S. 200; SCHÜPBACH, N 52-56; BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 287 N 9.

<sup>553</sup> Vgl. SCHMID J., N. 254, m.H.a. Urteil des KGer SG vom 25.09.1953 (publ. in SJZ 1956, S. 65).

<sup>554</sup> Vgl. BSK SchKG II-STAEHELIN A., Art. 287 N 10; OFK-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 287 N 6, 14 und 19; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 5 (allerdings generell zu «Zuwendungen Dritter»); SCHMID J., N 253 in fine; etwas ausführlicher hingegen SCHÜPBACH, Art. 287 N 49 ff.

<sup>555</sup> Vgl. BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 287 N 10; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 5 (allerdings generell zu «Zuwendungen Dritter»); OFK-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 287 N 6, 14 und 19; SCHMID J., N 253 in fine; RÜEDI, N 382 in fine. A.M. hingegen SCHÜPBACH, N 49 ff., der festhält, dass die Schuldtilgung durch einen Dritten per se nicht unüblich sei. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG, so SCHÜPBACH weiter, knüpfe nicht an den Autor der Leistung, sondern an deren Art und Weise an («L'art. 287 ch. 2 s'attache à la consistance de la prestation, non à l'auteur.»). Sofern SCHÜPBACH in der Folge allerdings so zu verstehen ist, dass die Schuldtilgung eines Dritten mit Barmitteln in jedem Fall nur gemäss Art. 288 Abs. 1 SchKG anfechtbar sein soll, kann ihm (in dieser Absolutheit) nach der hier vertretenen Ansicht nicht gefolgt werden.

- 431 So geht es in BGE 53 III 177, auf den sich beispielsweise STAEHELIN<sup>556</sup> bezieht, nicht um die Frage der Ungewöhnlichkeit<sup>557</sup>, sondern um die Frage, ob die angefochtene Zahlung des Erst-Bestellers<sup>558</sup> an eine Lieferantin des Hauptunternehmers Letzterem (überhaupt) zugerechnet werden kann.
- 432 Auch in den Erwägungen 7 ff. des BGE 74 III 56, auf die sich beispielsweise UMBACH-SPAHN/BOSSART<sup>559</sup> berufen, geht es nicht um die Frage der Unüblichkeit der angefochtenen Zuwendung, sondern um die Frage, ob diese, von einem Dritten vorgenommene Zuwendung aus dem Eigentum des Schuldners stammte und ob dies für den Empfänger erkennbar war<sup>560</sup>.
- 433 Hingegen ist BGE 30 II 359 klar zu entnehmen, dass Direktzahlungen eines Erst-Bestellers – in diesem Fall an einen *Lieferanten* des Hauptunternehmers – nicht per se unüblich sind, sondern dass gleichermassen die vorstehend genannten Kriterien (Rz. 428) entscheidend sind.
- 434 Diesem Entscheid (BGE 30 II 359) lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der Bauunternehmer X schuldete dem Beklagten CHF 2'180.- aus der Lieferung von Steinen. X seinerseits war vom Bauherrn Y mit Maurerarbeiten für dessen Neubau betraut und hatte daraus offene Vergütungsforderungen in Höhe von CHF 3'000.-. Die vom Beklagten gelieferten Steine benötigte X für diese Arbeiten. X bevollmächtigte am 1. Dezember 1902 den Beklagten (schriftlich), beim Bauherrn Y «den Betrag von 2000 Fr. ... von einem Guthaben in Empfang zu nehmen». Am selben Tag erhielt der Beklagte die CHF 2'000.- von Y auf Rechnung von X. Am 7. Januar 1903 wurde der Konkurs über X eröffnet.

---

<sup>556</sup> BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 287 N 10.

<sup>557</sup> Das Bundesgericht diskutiert im genannten Entscheid lediglich Art. 287 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG (Zahlung einer nicht verfallenen Schuld), nicht aber Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG (s. Erwägungen 4 und 5 in fine [nicht publiziert]).

<sup>558</sup> Der Einfachheit halber wird hier die Terminologie der vorliegenden Arbeit verwendet.

<sup>559</sup> KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 5.

<sup>560</sup> Immerhin ging es bei diesem BGE (BGE 74 III 56) auch um die Frage der Üblichkeit (s. E. 6). Da die angefochtene Zuwendung allerdings nicht in einer Zahlung (des Dritten) bestand, ist dies für die vorliegenden Fragestellung nicht von unmittelbarem Interesse.

In der Folge klagte eine Drittgläubigerin des X als Abtretungsgläubigerin i.S.v. Art. 260 SchKG gestützt auf Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG auf Rückgewähr der CHF 2'000.- 435

Beide Vorinstanzen – Obergericht Zürich sowie Bezirksgericht Meilen – hatten die Klage abgewiesen, da sie übereinstimmend der Auffassung waren, dass das angefochtene Rechtsgeschäft, welches sie als Anweisung qualifizierten, nicht anfechtbar sei, «da es sich gemäss einem Präjudiz des Obergerichts des Kantons Zürich vom Jahre 1902 bei Abtretung – und also a fortiori bei Anweisung – von Guthaben des Bauunternehmers an den Bauherrn auf dem Platze Zürich um ein übliches Zahlungsmittel handle»<sup>561</sup>. 436

Gemäss dem genannten Präjudiz des Obergerichts Zürich aus dem Jahr 1902 war für die Frage der Üblichkeit im Übrigen erforderlich, dass Forderung und Bauschuld des Unternehmers in einem engen Zusammenhang stehen. Dies war vorliegend gegeben, da X die vom Beklagten gelieferten Steine wie erwähnt für die Arbeiten am Neubau des Y benötigte<sup>562</sup>. 437

Das Bundesgericht hielt vorab fest<sup>563</sup>, dass die Frage der Üblichkeit des Zahlungsmittels gemäss Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG nicht abstrakt, sondern nur mit Blick auf die in den jeweiligen Geschäftskreisen übliche Geschäftspraxis und die Verhältnisse der betreffenden Personen erörtert werden könne. Ob aber ein bestimmtes Zahlungsmittel an einem gewissen Ort oder in gewissen Geschäftskreisen «wie Barschaft» gegeben und angenommen werde, sei, so das Bundesgericht, eine Tatfrage<sup>564</sup>. 438

Das Bundesgericht sah sich deshalb an die Feststellungen der Vorinstanzen gebunden, wonach (i) im Verkehr zwischen Bauherrn und Bauunternehmern in Zürich zur fraglichen Zeit entsprechende Usancen herrschten, (ii) diese auch für den in Zürich wohnhaften X gegolten hätten, (iii) die strittige Bauforderung auf dem Platz Zürich entstanden und 439

---

<sup>561</sup> BGE 30 II 359 E. 1 S. 360 f.

<sup>562</sup> Mit Blick auf die vorliegend interessierenden Direktzahlungen besteht dieser enge Sachzusammenhang ohnehin, da der Subunternehmer definitionsgemäss Arbeiten erbringt, die der Hauptunternehmer dem Erst-Besteller schuldet (s. Rz. 18).

<sup>563</sup> BGE 30 II 359 E. 2 S. 361.

<sup>564</sup> BGE 30 II 359 E. 2 S. 361. Gleichwohl qualifiziert das Bundesgericht den Begriff des «üblichen Zahlungsmittels» als Rechtsbegriff. Die Tatfrage umfasst demnach nur, aber immerhin, die einzelnen Tatsachen, aus denen sich die Üblichkeit des Zahlungsmittels folgern lässt (BGE 30 II 359 E. 2 S. 362 in fine; vgl. auch BGE 26 II 199 E. 2 S. 201 sowie BGE 85 III E. 4 S. 201).

(iv) der Zusammenhang zwischen der Schuld des X und dessen abgetretener Forderung durch die Verwendung der Steine gegeben sei.

440 Zusammenfassend wies das Bundesgericht die Berufung demnach mit folgender Begründung ab<sup>565</sup>:

*«Hat aber danach die Vorinstanz den Rechtsbegriff des «üblichen Zahlungsmittels» nicht irrtümlich aufgefasst und ist das Bundesgericht in Bezug auf die einzelnen Tatsachen, aus denen sie die Üblichkeit des Zahlungsmittels folgert, an die Feststellungen der Vorinstanz gebunden, so kann im angefochtenen Rechtsgeschäft in concreto seiner Natur nach eine auf Grund des einzig in Frage stehenden Art. 287 Ziff. 2 SchKG anfechtbare Rechtshandlung nicht erblickt werden, gleichviel, ob dieses Rechtsgeschäft als Abtretung oder als Zahlungsanweisung qualifiziert werde<sup>566</sup>.»*

441 Eine Anweisung des Unternehmers an den Bauherrn zur direkten Bezahlung eines Lieferanten auf Kosten des Unternehmers – und damit freilich auch die darauf gestützte Direktzahlung des Bauherrn – kann somit je nach lokalen Usanzen (durchaus) ein übliches Zahlungsmittel i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG sein<sup>567</sup> und sich deshalb der entsprechenden Anfechtung entziehen<sup>568</sup>.

---

<sup>565</sup> BGE 30 II 359 E. 2 S. 362 in fine.

<sup>566</sup> In BGE 26 II 199 E. 2 S. 201 f.

<sup>567</sup> A.A. mit Bezug auf denselben BGE 30 II 359 offenbar OFK-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 287 N 14.

<sup>568</sup> Ebenfalls ein übliches Zahlungsmittel i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG kann gemäss demselben Entscheid (BGE 30 II 359) die Zession sein (d.h. die Zession bzw. Abtretung einer Forderung des Hauptunternehmers gegenüber dem Erst-Besteller an den Lieferanten des Hauptunternehmers). Interessanterweise war das Bundesgericht noch in BGE 26 II 199 E. 2 S. 199 der Ansicht, dass die Forderungsabtretung als Zahlungsmittel – nota bene ebenfalls im Verhältnis Unternehmer / Bauherr / Lieferant des Unternehmers – «etwas von der Norm, von der Regel abweichendes» sei und erachtete eine entsprechende Übung am fraglichen Ort (Bern) als nicht erwiesen, dies entgegen der (kantonalen) Vorinstanz. Freilich, Bern ist nicht Zürich (wie im vorstehend diskutierten BGE 30 II 359), und dennoch ist es bemerkenswert, dass das Bundesgericht die Forderungsabtretung als u.U. übliches Zahlungsmittel i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG in der Baubranche nur vier Jahre später weit weniger skeptisch beurteilte. In BGE 85 III 193 E. 4 S. 200 hat das Bundesgericht in einem obiter dictum sodann bestätigt, dass im Baugewerbe der Unternehmer manchenorts pflege, seine Forderungen gegenüber dem Bauherrn den Handwerkern als «Zahlung» abzutreten (vgl. auch BSK SchKG-STAEHELIN A./BOPP, Art. 287 N 11 mit Bezug auf das Baugewerbe in der Stadt St.Gallen [und hierzu KRIES, S. 192]). In BGE 85 III 193 E. 4 S. 200

Ohne Zweifel gilt dies auch dann, wenn der Hauptunternehmer den Erst-Besteller lediglich berechtigt oder auf andere Art (als durch Anweisung) verpflichtet, Direktzahlungen vorzunehmen. 442

Wie weiter vorne dargelegt (Rz. 61), sind Vertragsklauseln, die den Erst-Besteller berechtigen, seine Subunternehmer mit befreiender Wirkung gegenüber dem Hauptunternehmer direkt zu bezahlen, heute weit verbreitet. Auch wenn hierzu keine statistischen Erhebungen existieren, kann davon ausgegangen werden, dass Erst-Besteller von der Möglichkeit der Direktzahlungen regen Gebrauch machen. 443

Die entsprechenden Vertragsvorlagen grosser Verbände bzw. Gremien wie dem SIA oder der KBOB sind online abrufbar und dreisprachig<sup>569</sup> verfügbar. Zudem sind die Mobilität der Handwerker bzw. Bauunternehmungen und deren überregionale Vernetzung und Aktivitäten heute zweifellos eine ganz andere als noch vor hundert Jahren<sup>570</sup>. Regional unterschiedliche Usancen (betreffend Direktzahlungen von Erst-Bestellern) dürften heutzutage deshalb kaum mehr existieren. 444

Zu berücksichtigen ist ebenfalls, dass der bargeldlose Zahlungsverkehr heutzutage (zu Recht) als üblich betrachtet wird<sup>571</sup>. Sowohl der Hauptunternehmer als auch der Erst-Besteller werden sich standardmässig des bargeldlosen Zahlungsverkehrs bedienen<sup>572</sup>. In beiden Fällen – Bezahlung durch den Hauptunternehmer oder Direktzahlung des Erst-Bestellers – erhält der Subunternehmer eine Gutschrift auf seinem Konto, und erst durch diese Gutschrift wird die Schuld des Hauptunternehmers gegenüber dem Subunternehmer getilgt<sup>573</sup>. 445

---

hielt das Bundesgericht allerdings fest, dass eine Forderungsabtretung zahlungshalber – zumindest mit Blick auf die Möbelbranche in Zürich – in aller Regel kein übliches Zahlungsmittel i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG sei.

<sup>569</sup> Deutsch, französisch und italienisch.

<sup>570</sup> Hundert Jahre mit Blick auf den vorstehend diskutierten BGE 30 II 359.

<sup>571</sup> Statt Vieler: SCHMID J., N 254 m.w.H., u.a. auf BGE 85 III 193 E. 4 S. 200.

<sup>572</sup> Sofern der Erst-Besteller den Subunternehmer ausnahmsweise in bar bezahlt, wäre dies, bzw. dieser Umstand alleine, erst recht unbedenklich.

<sup>573</sup> Vgl. für die Anweisung Art. 467 Abs. 1 OR.

- 446 So gesehen ist das in Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG genannte «Zahlungsmittel» in beiden Fällen letztlich dasselbe. Unterschiedlich sind einzig die involvierten Akteure (inkl. der entsprechenden Finanzinstitute). D.h. die Frage der Unüblichkeit von Direktzahlungen bezieht sich (gar) nicht auf das eigentliche Zahlungsmittel, sondern lediglich auf den Umstand, dass der Erst-Besteller in den Zahlungsvorgang involviert wird. Wie vorstehend dargelegt (Rz. 443 ff.445), kann dies aber aus heutiger Sicht kaum noch als ungewöhnlich gelten.
- 447 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass nach der hier vertretenen Ansicht Direktzahlungen des Erst-Bestellers an Subunternehmer ein in aller Regel übliches Zahlungsmittel sind, weswegen eine Anfechtung i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG systematisch scheitert.

## 2.2. Überschuldung im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung

- 448 Gemäss Art. 287 Abs. 1 SchKG setzt die Anfechtbarkeit der Rechtshandlungen gemäss Art. 287 Abs. 1 Ziffern 1-3 SchKG voraus, dass der Schuldner im Zeitpunkt ihrer Vornahme überschuldet war.
- 449 Eine solche Überschuldung des Schuldners liegt vor, wenn die Summe seiner Verbindlichkeiten die Summe seiner ordnungsgemäss bewerteten Aktiven übersteigt und damit das Fremdkapital nicht mehr gedeckt ist<sup>574</sup>. Dabei sind nur die pfändbaren Aktiven zu berücksichtigen, und zwar zu Fortführungs- wie auch zu Veräusserungswerten<sup>575</sup>.
- 450 Im Auge zu behalten ist, dass blosser Illiquidität nicht zwingend Überschuldung im genannten Sinn (Rz. 449) bedeutet. Der Schuldner bzw. Hauptunternehmer kann demnach Zahlungsschwierigkeiten haben, ohne notwendigerweise überschuldet zu sein<sup>576</sup>. Handkehrum kann der Schuldner bzw. Hauptunternehmer trotz Überschuldung noch in der Lage sein, gewisse seiner Schulden zu bedienen<sup>577</sup>.

---

<sup>574</sup> Statt Vieler: BSK SchKG II-STAHELIN A./BOPP, Art. 287 N 17; BGE 25 II 932 E. 4 S. 939.

<sup>575</sup> BSK SchKG II-STAHELIN A./BOPP, Art. 287 N 17; MAIER, SK Kommentar SchKG, Art. 287 N 5; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 8; JAGMETTI D., S. 272 m.w.H.; SCHMID J., N 275.

<sup>576</sup> Vgl. Vgl. BSK SchKG II-STAHELIN A./BOPP, Art. 287 N 17; JAGMETTI, S. 60.

<sup>577</sup> Vgl. BSK SchKG II-STAHELIN A./BOPP, Art. 287 N 17.

Jedenfalls bildet der Umstand, dass ein Pfändungsverlustschein vorliegt oder der Konkurs 451 eröffnet wurde (Art. 285 Abs. 2 SchKG), ein wichtiges Indiz dafür, dass die Überschuldung auch bereits im Zeitpunkt der anfechtbaren Rechtshandlung gegeben war, insbesondere wenn diese erst kurz vor der Pfändung oder Konkursöffnung vorgenommen wurde<sup>578</sup>.

Dessen ungeachtet ist es für die Frage der Anfechtbarkeit irrelevant, ob der Schuldner 452 bzw. Hauptunternehmer im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung von seiner Überschuldung wusste oder hätte wissen müssen<sup>579</sup>.

Massgeblich für die Frage der Überschuldung ist der Zeitpunkt, in dem die rechtlichen 453 Wirkungen der anfechtbaren Rechtshandlung eintreten<sup>580</sup>. Mit Blick auf die vorliegend interessierenden Direktzahlungen des Erst-Bestellers ist dies die entsprechende Schuldtilgung (dazu Rz. 415)<sup>581</sup>.

Wurden klagbare, unwiderrufliche Rechte des Subunternehmers gegenüber dem Erst- 454 Besteller begründet (Rz. 398 ff.), ohne dass der Erst-Besteller in der Folge eine entsprechende Direktzahlung vorgenommen hat, ist nach der hier vertretenen Ansicht die entsprechende Annahme der Anweisung seitens des Erst-Bestellers bzw. die Beitrittserklärung des Subunternehmers der massgebliche Zeitpunkt (dazu Rz. 416)<sup>582</sup>.

### 2.3. Fehlende Entlastung des Begünstigten

Gemäss Art. 287 Abs. 2 SchKG ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn der Anfechtungs- 455 gegner beweist, dass er bzw. der Begünstigte<sup>583</sup> die Überschuldung des Schuldners nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen. Relevanter Zeitpunkt ist sinnvollerweis derselbe wie bei der Überschuldung<sup>584</sup>, weshalb auf die dortigen Ausführungen

---

<sup>578</sup> Vgl. BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 287 N 18.

<sup>579</sup> BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 287 N 18.

<sup>580</sup> Vgl. BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 287 N 17; KRIESI, S. 176.

<sup>581</sup> Vgl. KRIESI, S. 176 und S. 110 f.

<sup>582</sup> 401Vgl. KRIESI, S. 176 und S. 110 f.

<sup>583</sup> Der Anfechtungsgegner muss nicht notwendigerweise der Begünstigte sein (s. hierzu die Ausführungen zur Passivlegitimation unter Rz. 529 ff.).

<sup>584</sup> Vgl. KRIESI, S. 197.

verwiesen werden kann (Rz. 467 f.). Von Gesetzes wegen wird die diesbezüglich fehlende Kenntnis des Begünstigten – entgegen Art. 3 Abs. 1 ZGB – vermutet<sup>585</sup>. Hingegen ist nicht erforderlich, dass der Schuldner seine (eigene!) Überschuldung kannte<sup>586</sup>.

- 456 Die Anforderungen an den Entlastungsbeweis sind vergleichsweise hoch<sup>587</sup>, wie aus folgender Erwägung des Bundesgerichtes hervorgeht<sup>588</sup>:

*«Mit dem Beweis, dass die Beklagten die Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt haben, ist es, da die Anfechtbarkeit wegen Überschuldung gemäss der ersichtlich strengen Tendenz des Gesetzes nicht zu leicht illusorisch gemacht werden darf, streng zu nehmen. Und wenn auch der Natur der Sache nach in der Regel ein direkter Nachweis der Unkenntnis nicht geführt und nicht verlangt werden kann, so muss es dann doch dem Anfechtungsbeklagten obliegen, Momente geltend zu machen und nachzuweisen, aus denen sich ergibt, dass er die missliche ökonomische Lage seines Schuldners nicht kennen konnte. Derselbe muss Umstände dartun, die ihn der Pflicht, die Vermögenslage des Schuldners näher zu besehen, enthoben, oder dann glaubhaft machen, dass er dieser Pflicht genügt, dabei aber von den bedrängten Verhältnissen des Schuldners keine Kenntnis erlangt habe.»*

- 457 Den Begünstigten trifft somit eine Erkundigungspflicht, vorbehaltlich besonderer Umstände, die dann aber ihrerseits zu beweisen wären<sup>589</sup>. Anfragen beim Schuldner selber genügen im Zweifel nicht, da dieser seine Finanzlage möglicherweise beschönigend schildern wird<sup>590</sup>.

---

<sup>585</sup> BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 287 N 19; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 9; JAGMETTI D., S. 68; SCHMID J., N. 286; KRIESI, S. 197.

<sup>586</sup> Statt Vieler: KRIESI, S. 197. Entsprechend muss der Anfechtende auch nicht nachweisen, dass der Schuldner in Schädigungsabsicht handelte (KRIESI, S. 197).

<sup>587</sup> Vgl. BGE 43 III 228 E. 2 S. 233 ff.; KRIESI, S. 198; BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 287 N 20 f.; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 9 f.; OFK- KREN KOSTKIEWICZ, Art. 287 N 25.

<sup>588</sup> BGE 25 II 932 E. 4 S. 942.

<sup>589</sup> Vgl. SCHMID J., N 287.

<sup>590</sup> BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 287 N 21; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 287 N 10.

Im vorliegend interessierenden Kontext der Direktzahlungen des Erst-Bestellers an den Subunternehmer dürfte es Letzterem regelmässig schwerfallen, den Entlastungsbeweis zu erbringen, da der Erst-Besteller ihn in aller Regel ja gerade wegen Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers und den damit verbundenen Konsequenzen<sup>591</sup> (direkt) bezahlt. 458

Zudem erfolgen solche Direktzahlungen kaum je «aus heiterem Himmel», sondern stehen zumeist am Ende verschiedener Ereignisse – Zahlungsausstände, Mahnungen, Gespräche, Anhörungen etc. –, die den Subunternehmer hinsichtlich einer möglichen Überschuldung des Hauptunternehmers alarmieren müssen. 459

Sofern im Einzelfall nicht klarerweise andere Gründe (als Zahlungsschwierigkeiten) den Punkt des Anstosses für die Direktzahlung bilden – wie z.B. Meinungsverschiedenheiten zwischen Haupt- und Subunternehmer über die Mangelhaftigkeit der Leistung –, müsste der Subunternehmer wohl ganz besondere Anstrengungen zur Überprüfung der Finanzlage des Hauptunternehmers nachweisen, um sich entlasten zu können. 460

## **2.4. Bei Tilgung durch Dritte: Erkennbarkeit der Verfügung zugunsten des Schuldners**

Sofern die Tilgung einer Geldschuld oder Sicherstellung einer Forderung durch einen Dritten zur Diskussion steht, muss der Empfänger wie erwähnt (Rz. 362) erkennen können, dass der Dritte «über Eigentum oder Guthaben des Schuldners» zu Gunsten des Empfängers verfügt<sup>592</sup>. Dieses dem Gesetzestext nicht zu entnehmende Kriterium dient der Korrektur unbilliger Resultate<sup>593</sup>. 461

---

<sup>591</sup> Insbesondere drohender Stillstand der Arbeiten und Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten.

<sup>592</sup> BGE 74 III 56 E. 7-9 S. 59 ff.; gl. M. OFK-KREN-KOSTKIEWICZ, Art. 287 N 19; kritisch BSK SchKG-STAEHELIN A./BOPP, Art. 287 N 10.

<sup>593</sup> Vgl. BGE 74 III 56 E. 8 S. 62.

- 462 Darf der Empfänger aufgrund der konkreten Umstände in guten Treuen davon ausgehen, dass der Dritte die Tilgung auf eigene Kosten vornahm, ist einer Anfechtung i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG von vornherein kein Erfolg beschieden<sup>594</sup>.
- 463 Irrelevant ist dabei, ob der leistende Dritte in die Rechte des Subunternehmers subrogiert oder ob er in der Folge sonst wie auf den Schuldner regressiert<sup>595</sup>. Mit Blick auf Direktzahlungen des Erst-Bestellers leistet der Erst-Besteller demnach immer dann «auf eigene Kosten» im hier verstandenen Sinn, wenn seine Direktzahlung nicht (auch) eine (betragsmässige entsprechende) Schuld im Rahmen des Hauptvertrages tilgt.
- 464 Zu präzisieren ist Folgendes: Leistet der Erst-Besteller tatsächlich auf eigene Kosten, ist die diesbezügliche Vorstellung des Empfängers unbeachtlich. Insbesondere kann auch die *irri*ge Vorstellung des Empfängers, dass der Erst-Besteller auf Kosten des Hauptunternehmers geleistet hat, nichts daran ändern, dass auf die Direktzahlung des Erst-Bestellers nicht i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG zugegriffen werden kann.
- 465 Freilich gilt es die besonderen Umstände des dieser Rechtsprechung zu Grunde liegenden BGE 74 III 56 zu beachten. Der dortige «Dritte» hatte sich nämlich gegenüber dem Anfechtungsgegner als Eigentümer eines auf dem Grundstück des nachmaligen Gemeinschuldners lastenden Schuldbriefs ausgegeben und ihn ihm so übertragen. Tatsächlich aber war der nachmalige Gemeinschuldner Eigentümer dieses Schuldbriefes und der Dritte lediglich pfandberechtigt. Zudem wurde im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag betreffend das belastete Grundstück – mit dem Anfechtungsgegner als Käufer – ebenfalls tatsachenwidrig festgehalten, dass der genannte Dritte Eigentümer des fraglichen Schuldbriefes sei und diesen dem Anfechtungsgegner zu Eigentum abgetreten habe<sup>596</sup>. Es gab mithin (besonders) gute Gründe für den Anfechtungsgegner, an das vom Dritten behauptete Eigentum in guten Treuen glauben zu dürfen.

---

<sup>594</sup> BGE 74 III 56 E. 7-9 S. 59 ff. Das Bundesgericht sieht hierin ein Gebot der Billigkeit, da das schweizerische Recht Verwirkungsfolgen gewöhnlich nur eintreten lasse, wenn den betreffenden Rechtsträger eine Verantwortung für den Tatbestand des Verwirkungsgrundes treffe (BGE 74 III 56 E. 8 S. 61 f.).

<sup>595</sup> Vgl. BGE 74 III 56 E. 7 S. 60 sowie E. 9 S. 63.

<sup>596</sup> BGE 74 III 56 S. 57. Ob die Beklagte gutgläubig war bzw. sein durfte, hat das Bundesgericht jedoch nicht entschieden, sondern die Sache zur Ergänzung des diesbezüglichen Sachverhaltes und neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Um für die vorliegend interessierenden Direktzahlungen des Erst-Bestellers eine ungefähre Parallele zu diesen (besonderen) Umständen ziehen zu können, müsste der Erst-Besteller dem Subunternehmer gegenüber wohl ausdrücklich und glaubwürdig, indes tatsachenwidrig, erklären, dass er die fragliche Zahlung auf eigene Kosten vornehme. 466

Eine solche Erklärung dürfte in der Praxis allerdings kaum je vorkommen. Vielmehr wird der Erst-Besteller den Subunternehmer in aller Regel (gar) nicht näher darüber aufklären, auf welche Kosten er die Zahlung vornimmt. In einem solchen Fall muss aber der Subunternehmer regelmässig davon ausgehen, dass der Erst-Besteller auf Kosten des Hauptunternehmers leistet, um sich nicht dem Risiko einer Doppelzahlung auszusetzen. 467

Erst recht muss dies gelten, wenn der Subunternehmer weiss oder zumindest sorgfältigerweise annehmen muss, dass der Hauptvertrag eine Klausel beinhaltet, wonach der Erst-Besteller berechtigt ist, ausgewiesene, fällige Zahlungen der Subunternehmer unter gleichzeitiger Befreiung gegenüber dem Hauptunternehmer direkt zu begleichen. 468

Anders liegt der Fall, wenn der Subunternehmer (mit Sicherheit) weiss, dass der Erst-Besteller den Hauptunternehmer bereits vollumfänglich bezahlt hat und die Direktzahlung des Erst-Bestellers deshalb keine schuldtilgende Wirkung im Rahmen des Hauptvertrages entfalten kann. 469

## **E. 288 ABS. 1 SCHKG: SPEZIFISCHE VORAUSSETZUNGEN**

### **1. EINLEITUNG**

Gemäss Art. 288 Abs. 1 SchKG sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der dem anderen Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. 470

Die sogenannte Delikts- bzw. Absichtspauliana i.S.v. Art. 288 Abs. 1 SchKG ist somit die umfassendste der drei gesetzlichen Tatbestandsgruppen, da sie *alle* Rechtshandlungen des Schuldners erfasst, die zu einer Gläubigerschädigung führen können<sup>597</sup>. Art. 288 471

---

<sup>597</sup> Statt Vieler: JAGMETTI D., S. 73. Näheres zur Rechtshandlung im Allgemeinen Rz. 356 ff.

Abs. 1 SchKG erfasst somit auch jene Rechtshandlungen, die unter die Schenkungs- oder Überschuldungspauliana fallen<sup>598</sup>, weshalb man, mathematisch gesprochen, von einer Schnittmenge reden kann<sup>599</sup>.

- 472 Ihr Fokus liegt im Unterschied zur Schenkungs- und Überschuldungspauliana (Art. 286 und 287 SchKG) auf den subjektiven Elementen<sup>600</sup>: Entscheidend sind die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger durch die angefochtene Rechtshandlung zu benachteiligen bzw. einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen, sowie die Erkennbarkeit dieser Absicht durch den Begünstigten<sup>601</sup>.
- 473 Da der Anfechtungskläger (für eine erfolgreiche Klage) auch diese subjektiven Elemente zu beweisen hat, ist die Absichtspauliana oftmals schwieriger durchsetzbar als die Schenkungs- und Überschuldungspauliana.
- 474 Sofern Rechtshandlungen angefochten werden sollen, die (auch) in den Anwendungsbereich der Schenkungs- oder Überschuldungspauliana fallen, wird der Anfechtungskläger in aller Regel nur den Weg über die Absichtspauliana wählen, wenn die weiteren Voraussetzungen der Schenkungs- oder Überschuldungspauliana nicht erfüllt sind<sup>602</sup>.
- 475 Mit Blick auf die vorliegend interessierenden Direktzahlungen des Erst-Bestellers an den Subunternehmer können diese wie gesehen (Rz. 356 ff.) in den Anwendungsbereich von Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG fallen<sup>603</sup>. Es sind demnach insbesondere folgende Konstellationen denkbar, in denen der Anfechtungskläger auf Art. 288 Abs. 1 SchKG «ausweichen» muss:
- Der Erst-Besteller hat die Direktzahlung vor der einjährigen Verdachtsfrist gemäss Art. 287 Abs. 1 SchKG vorgenommen (Rz. 411 ff.).

---

<sup>598</sup> AMONN/WALTHER, § 52 N 22; BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 5.

<sup>599</sup> SCHÜPBACH, Art. 288 N 3; derselbe, *Trois Dimensions*, S. 1446 f.

<sup>600</sup> Urteil (des Bundesgerichts) 4C.262/2002 vom 19. Mai 2004 E. 5.1.

<sup>601</sup> Statt Vieler: KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 1.

<sup>602</sup> Vgl. AMONN/WALTHER, § 52 N 26.

<sup>603</sup> Wie ebenfalls gesehen, dürfte nach der hier vertretenen Ansicht die Unüblichkeit i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG nur in Ausnahmefällen zu bejahen sein (s. Rz. 425 ff.). Der Anfechtungskläger, der eine Direktzahlung eines Erst-Bestellers anfechten will, wird deshalb in aller Regel dennoch gemäss Art. 288 Abs. 1 SchKG vorgehen müssen.

- Der Schuldner war nicht überschuldet i.S.v. Art. 287 Abs. 1 SchKG (Rz. 448 ff.).
- Die Direktzahlung des Erst-Bestellers war nicht unüblich i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG (Rz. 425 ff.).
- Dem Begünstigen gelingt der Nachweis des guten Glaubens gemäss Art. 187 Abs. 2 SchKG (Rz. 455 ff.)<sup>604</sup>.
- Der Schuldner war zur Tilgung der fraglichen, unüblichen Art bereits im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung verpflichtet (Rz. 407 ff.).

## 2. SCHÄDIGUNGSABSICHT DES SCHULDNERS

In Art. 288 Abs. 1 SchKG wird zwischen der Benachteiligung der Gläubiger und der Begünstigung einzelner Gläubiger zum Nachteil anderer unterschieden. In beiden Fällen muss sich die Absicht des Schuldners<sup>605</sup> (auch) auf die Schädigung der Gläubiger oder zumindest eines Gläubigers erstrecken<sup>606</sup>, weshalb gemeinhin nur von der «Schädigungsabsicht» gesprochen wird<sup>607</sup>. 476

Ob die tatsächliche Begünstigung im Ergebnis einem Gläubiger oder einem Dritten zukommt, ist für die Anfechtbarkeit i.S.v. Art. 288 Abs. 1 SchKG irrelevant. Hingegen ist je nach Person des Begünstigten auch der Anfechtungsgegner ein anderer<sup>608</sup>. 477

Ist der Schuldner eine juristische Person oder wurde die angefochtene Rechtshandlung durch einen rechtsgeschäftlich bestellten Vertreter ausgeführt, so ist die Schädigungsabsicht der Organe oder des Vertreters dem Vertretenen bzw. der juristischen Person anzurechnen<sup>609</sup>. Ausreichend ist, dass die Schädigungsabsicht entweder beim Schuldner selbst oder bei dessen Vertreter bzw. Organe vorhanden ist<sup>610</sup>. 478

---

<sup>604</sup> Freilich wird es in dieser Konstellation schwierig sein, den Nachweis der Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht i.S.v. Art. 288 Abs. 1 SchKG zu erbringen (vgl. Rz. 517 ff.).

<sup>605</sup> Bzw. die Absicht der Organe oder direkter Vertreter des Schuldners (vgl. JAGMETT D., S. 144).

<sup>606</sup> Vgl. JAGMETTI D., S. 143.

<sup>607</sup> Statt vieler: BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 14 ff. (dortiger Titel Ziff. III.1).

<sup>608</sup> Vgl. BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 15.

<sup>609</sup> Vgl. BGE 134 III 452 E. 4.3 S. 457; KUKO SchKG- UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 14; SCHÜPBACH, N 83 ff.; JAGMETTI D., S. 144; SCHMID J., N 315.

<sup>610</sup> Vgl. SCHÜPBACH, Art. 288 N 85.

- 479 Die «Absicht», von welcher in Art. 288 Abs. 1 SchKG die Rede ist, suggeriert ein eigentliches Bezwecken der Schädigung. Dem ist aber nicht so: Das Bundesgericht und die h.L. lassen *dolus eventualis* (Eventualvorsatz) genügen<sup>611</sup>. Der gesetzlich geforderten Absicht ist dementsprechend Genüge getan, wenn der Schuldner (im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung) voraussehen konnte und musste, dass die angefochtene Handlung Gläubiger benachteiligt oder einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt<sup>612</sup>.
- 480 Die so verstandene Absicht ist allerdings nicht bereits dann gegeben, wenn die Gläubigerschädigung nur als eine eventuelle und entfernte Folge des fraglichen Vorgangs erscheint<sup>613</sup>. In einer solchen Situation ist es auch unbeachtlich, ob man die Direktzahlung als inkongruente Deckung versteht<sup>614</sup>.
- 481 In diesem Sinn hat sich das Bundesgericht auch gegen die von gewissen Autoren<sup>615</sup> geforderte Ausdehnung der Absicht auf unbewusste Fahrlässigkeit ausgesprochen: Eine Fahrlässigkeit könne nicht genügen, wenn das Gesetz selber Absicht fordere<sup>616</sup>.

---

<sup>611</sup> BGE 137 III 268 E. 4.2 S. 283 f.; BGE 135 III 265 E. 2 S. 267; BGE 134 III 452 E. 4.1 S. 456; Urteil (des Bundesgerichts) 4C.262/2002 vom 19. Mai 2004 E. 5.1; BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 16; AMONN/WALTHER, § 52 N 23; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 9; KRIESI, S. 214 ff. sowie JAGMETTI D., S. 150, die sich beide (allerdings) dafür aussprechen, die Schwelle des Eventualvorsatzes hoch anzusetzen; a.M. SCHMID J., N 314, der sich für einen einfachen Vorsatz ausspricht; WITMER, AJP 2006, S. 156). *Dolus eventualis* genügt auch im deutschen Recht, vgl. BGH IX ZR 121/06, Rz. 32.

<sup>612</sup> Urteil (des Bundesgerichts) 4C.262/2002 vom 19. Mai 2004 E. 5.1 mit Hinweisen; vgl. auch BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 16; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 9.

<sup>613</sup> BGE 135 III 276 E. 7.1 S. 284 : «*Tel n'est pas le cas lorsque le résultat ne pouvait être qu'une conséquence éventuelle et lointaine de l'opération (...)*.» Siehe hierzu auch JAGMETTI D., S. 147.

<sup>614</sup> Vgl. JAGMETTI D., S. 203, wonach inkongruente Deckungen erst bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners dessen Schädigungsabsicht vermuten lassen. Wie gesehen sind Direktzahlungen nach der hier vertretenen Ansicht in aller Regel keine inkongruente Deckung (s. Ziff. IV.D.2.2, vorstehend).

<sup>615</sup> Siehe die entsprechenden Hinweise in BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 16.

<sup>616</sup> Urteil (des Bundesgerichts) 4C.262/2002 vom 19. Mai 2004 E. 5.1; vgl. auch KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 9.

Die Schädigungsabsicht betrifft eine innere Tatsache und lässt sich unmittelbar nur mit einer dahingehenden Aussage des Schuldners (bzw. von dessen Organen oder Stellvertretern) beweisen<sup>617</sup>. In Ermangelung einer entsprechenden, den Schuldner bzw. dessen Organe oder Stellvertreter belastenden Aussage kann der Beweis nur durch Schlussfolgerungen aus dem äusseren Verhalten der betreffenden Person und den äusseren Gegebenheiten, die auf sie eingewirkt haben, bewiesen werden<sup>618</sup>. 482

Solche äusseren Umstände müssen vom Anfechtungskläger bewiesen werden und bilden Tatfrage, wohingegen die Beurteilung, ob begrifflich eine Schädigungsabsicht vorliegt, Rechtsfrage ist<sup>619</sup>. 483

Drängt sich bei objektiver Betrachtung der Gedanke an eine Benachteiligung der Gläubiger als mögliche Folge der angefochtenen Rechtshandlung auf, so ist dies ein gewichtiges Indiz für die Schädigungsabsicht bzw. für den entsprechenden Eventualvorsatz des Schuldners<sup>620</sup>. Ein solches Indiz bildet beispielsweise die Gefahr einer Überschuldung oder eine (gar) schon bestehende finanzielle Notlage des Schuldners<sup>621</sup>. 484

Solche (gravierenden) finanziellen Probleme und die voraussehbaren schädigenden Folgen der angefochtenen Rechtshandlung können (gar) eine natürliche Vermutung für die entsprechende Schädigungsabsicht des Schuldners begründen<sup>622</sup>. 485

Eine solche Vermutung kann sich auch aus einer inkongruenten Deckung ergeben. Allerdings rechtfertigt sich eine solche Vermutung nach hier vertretener Meinung erst 486

---

<sup>617</sup> Vgl. BGE 134 III 452 E. 4.1 S. 456; KRIESI, S. 215; KUKO SchKG- UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 10.

<sup>618</sup> BGE 134 III 452 E. 4.1 S. 456; KUKO SchKG- UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 10.

<sup>619</sup> BGE 134 III 452 E. 4.1 S. 456; KUKO SchKG- UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 10.

<sup>620</sup> KUKO SchKG- UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 10 m.H.a. BGE 134 III 452 E. 4.1 sowie BGer 4C.262/2002 E. 5.1 vom 19. Mai 2004; ebenso GESSLER, Gläubigerbegünstigung, S. 415.

<sup>621</sup> KUKO SchKG- UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 10; SCHÜPBACH, Art. 288 N 90; BGE 134 III 452 E. 7.4 S. 463. Im deutschen Recht wird das Vorliegen des Benachteiligungsvorsatzes dann vermutet, wenn der Schuldner seine *drohende* Zahlungsunfähigkeit kannte (BGH IX ZR 121/06, Rz. 32).

<sup>622</sup> BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 16 m.H.a. die bundesgerichtliche Rechtsprechung (s. hierzu auch JAGMETTI D., S. 151 f.).

bei einer Überschuldung oder einem überschuldungsähnlichen Zustand des Hauptunternehmers<sup>623</sup>.

- 487 Weiter kann entscheidend sein, welcher Nutzen mit der angefochtenen Rechtshandlung verbunden war<sup>624</sup>. Insbesondere bei Sanierungsbemühungen können u.U. selbst Zahlungen, die kurz vor Einreichung der Überschuldungsanzeige getätigt werden, geschützt werden<sup>625</sup>.
- 488 Nicht nur die antiken (römischen) Wurzeln der Absichtsanfechtung<sup>626</sup>, sondern auch der hiesige Gesetzgeber im 19. Jahrhundert hatten ein betrügerisches Vorgehen des Schuldners im Auge<sup>627</sup>. Nach zutreffender Auffassung ist mit JAGMETTI und KRIESI<sup>628</sup> deshalb zu fordern, dass die Schwelle für die Annahme eines Eventualvorsatzes hoch angesetzt wird. Es ist mithin ein strenger Massstab an die Beweisführung und -würdigung zu stellen<sup>629</sup>. Insbesondere darf alleine aus dem Umstand, dass der Schuldner Zahlungsschwierigkeiten hat, nicht bereits auf die Schädigungsabsicht des Schuldners geschlossen werden<sup>630</sup>. Gerade bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten sind regelmässig kein Indiz für eine Schädigungsabsicht des Schuldners<sup>631</sup>.

---

<sup>623</sup> Ebenso JAGMETTI D., S. 203; unklar BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 16. Siehe zur Begründung des eigenen Standpunkts Fn. 549, dort die Ausführungen des Bundesrates in der Botschaft vom 6. April 1886.

<sup>624</sup> Eingehend JAGMETTI D., S. 152 ff.; KRIESI, S. 223 ff.

<sup>625</sup> JAGMETTI D., S. 152, m.H.a. BGE 134 III 615; zum Kriterium der Sanierungsbemühungen s. auch BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 16a sowie KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 11.

<sup>626</sup> Ulpian, D.42.8.1.pr.1.

<sup>627</sup> Botschaft SchKG 1886, S. 57, darauf verweisend KRIESI, S. 212.

<sup>628</sup> JAGMETTI D., S. 150; KRIESI, S. 214 ff.

<sup>629</sup> JAGMETTI D., S. 150.

<sup>630</sup> KRIESI, S. 215; JAGMETTI D., S. 195, differenzierend nach graduellen Stufen der Zahlungsschwierigkeiten. Dies steht m.E. auch nicht im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, da gerade in den (diesbezüglich wegweisenden) *Swissair*-Entscheiden die finanzielle Lage bereits äusserst kritisch war (vgl. etwa BGE 135 III 276 E. 7.2 S. 285; s. hierzu auch JAGMETTI D., S. 151 f.).

<sup>631</sup> JAGMETTI D., S. 195. Freilich aber kann es im Einzelfall sein, dass der Schuldner den vorübergehenden Charakter seiner Zahlungsschwierigkeiten verkannte, d.h. von bleibenden Zahlungsschwierigkeiten ausging. Lässt sich dies (im Sinne einer inneren Tatsache) erstellen, kann die Schädigungsabsicht bejaht werden.

Auch sind einzig<sup>632</sup> die Umstände im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung relevant. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, die Handlungen des Schuldners ex post und in Kenntnis des weiteren Geschehens nach richtig und falsch zu beurteilen<sup>633</sup>. 489

Mit Blick auf die vorliegend interessierenden Direktzahlungen des Erst-Bestellers wird für die nachfolgenden Ausführungen vorausgesetzt, dass der Erst-Besteller diese wegen Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers vornimmt. Theoretisch ist eine Schädigungsabsicht zwar auch bei intakten finanziellen Verhältnissen des Hauptunternehmers denkbar, in der Praxis dürfte dies aber kaum von Relevanz sein<sup>634</sup>. 490

Zunächst ist zu fragen, ob es ausreicht, dass entweder der Hauptunternehmer oder der Erst-Besteller mit Schädigungsabsicht gehandelt haben. Wie gesehen (Rz. 173) handelt der Erst-Besteller nicht als Vertreter des Hauptunternehmers und ein Organ des Hauptunternehmers ist er erst recht nicht. Geht man davon aus, dass lediglich die Schädigungsabsicht von Organen und Vertretern des Schuldners diesem zuzurechnen sind, bliebe eine mögliche Schädigungsabsicht des Erst-Bestellers (für die Frage der Schädigungsabsicht des Hauptunternehmers) unberücksichtigt. 491

Allerdings ist Sinn und Zweck der Zurechnung zu beachten. Gemäss SCHÜPBACH, auf den sich namentlich das Bundesgericht bezieht<sup>635</sup>, darf die Zwischenschaltung eines Dritten nicht dazu führen, dass sich der Schuldner auf sein Unwissen beruft und die fragliche Handlung des Dritten der Anfechtung i.S.v. Art. 288 SchKG entzogen wird<sup>636</sup>. 492

Dies muss nach der hier vertretenen Auffassung auch für Direktzahlungen gelten: Der Hauptunternehmer eröffnet dem Erst-Besteller zumindest die Möglichkeit, Direktzah- 493

---

<sup>632</sup> Umstände, die sich zeitlich auf Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts beziehen, können aber mitberücksichtigt werden (s. hierzu Rz. 496).

<sup>633</sup> Vgl. KRIESI, S. 215 f.

<sup>634</sup> Ähnlich – in allgemeiner Weise – KRIESI, S. 220 f.

<sup>635</sup> Z.B. BGE 134 III 452 E. 4.3 S. 457.

<sup>636</sup> SCHÜPBACH, Art. 288 N 85: «*L'interposition d'un tiers ne permet pas de faire d'une main ce que l'autre ignore, en l'espèce, de soustraire l'acte révocable à révocation.*»

lungen vorzunehmen und bedient sich auf diese Weise wissentlich und willentlich<sup>637</sup> eines Dritten, um seine Schuld gegenüber dem Subunternehmer zu tilgen. Zudem beziehen sich die weiter vorne untersuchten Direktzahlungsklauseln (Rz. 62 ff.) gerade auch auf mögliche (spätere) Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers. Dass die Anfechtbarkeit einer Direktzahlung nun (lediglich) daran scheitern soll, dass der Hauptunternehmer gegebenenfalls keine Kenntnis von der fraglichen Direktzahlung hatte oder nicht (mehr) in der Lage war, diese zu verhindern<sup>638</sup>, wäre m.E. mit dem vorstehend beschriebenen Zweck der Zurechnung nicht zu vereinbaren.

494 Dem soeben Gesagten nach muss es deshalb ausreichend sein, dass die Schädigungsabsicht im fraglichen Zeitpunkt – dazu sogleich mehr – *entweder* beim Erst-Besteller *oder* beim Hauptunternehmer vorlag<sup>639</sup>.

495 Direktzahlungen erfolgen im Normalfall zeitlich mehr oder weniger weit nach Abschluss des Hauptvertrages, der die weiter vorne (Rz. 62 ff.) erörterten Direktzahlungsklauseln enthält. Wie erwähnt, sind für die Beurteilung der Schädigungsabsicht grundsätzlich (nur) die Umstände im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung relevant (Rz. 489). Welches die anzufechtende Rechtshandlung ist, wurde ebenfalls bereits erörtert (Rz. 403 ff.<sup>640</sup>): In erster Linie sind dies die Direktzahlungen selber.

496 Für die Frage der Schädigungsabsicht sind deshalb die Umstände im Zeitpunkt der Direktzahlung massgeblich<sup>641 642</sup>. Dies scheint auch deshalb sachgerecht, weil Erst-Be-

---

<sup>637</sup> Eine andere Frage ist, ob der Hauptunternehmer faktisch gezwungen war, die entsprechende Direktzahlungsklausel im Hauptvertrag zu akzeptieren. So oder anders entscheidet er dennoch «freien Willens», den Hauptvertrag zu schliessen.

<sup>638</sup> Sei dies aus rechtlichen oder faktischen Gründen.

<sup>639</sup> Vgl. BGE 51 III 204 E. 2 S. 206, der neben dem Vertreter auch die Figur eines (nicht näher definierten) «Strohmannes» erwähnt.

<sup>640</sup> Siehe dort auch zum Ausnahmefall, dass keine Direktzahlung erfolgt ist, hingegen unwiderrufliche, konkursfeste Rechte des Subunternehmers gegenüber dem Erst-Besteller begründet wurden (Anweisung / Vertrag zu Gunsten Dritter).

<sup>641</sup> Dies gilt freilich auch bzw. umso mehr dann, wenn die Berechtigung oder gar Verpflichtung des Erst-Bestellers zur Vornahme von Direktzahlungen nicht im Rahmen des Hauptvertrages, sondern erst später bzw. im unmittelbaren zeitlichen Kontext der Direktzahlung erfolgt ist.

<sup>642</sup> Sind keine Direktzahlungen erfolgt, wurde aber ein klagbares, unwiderrufliches Recht eines Subunternehmers begründet, sich durch den Erst-Besteller im Sinne einer diesen gegenüber

steller und Hauptunternehmer bei Abschluss des Hauptvertrages normalerweise wohl nicht bzw. nur im Sinne einer entfernten Möglichkeit damit rechnen müssen, dass die Berechtigung zur Vornahme von Direktzahlungen mit befreiender Wirkung zu einer Gläubigerschädigung führen könnte<sup>643</sup>.

Ein solches (gänzlich) vages Wissen reicht aber wie gesehen (Rz. 480) nicht zur Bejahung der Schädigungsabsicht. Würde man nun (einzig) auf die Umstände bei Abschluss des Hauptvertrages (bzw. bei Berechtigung oder Verpflichtung des Erst-Bestellers) abstellen, wäre einer Anfechtung kein Erfolg beschieden, auch wenn sich im Zeitpunkt der Direktzahlung die Gefahr einer entsprechenden Gläubigerschädigung aufdrängte. Es ist deshalb sachgerecht, auf die Umstände im Zeitpunkt der Direktzahlung abzustellen, wobei die Umstände bei Abschluss des Hauptvertrages (bzw. bei Berechtigung oder Verpflichtung des Erst-Bestellers) im Sinne einer Gesamtwürdigung immerhin mitberücksichtigt werden können<sup>644</sup>. 497

Lässt sich die Schädigungsabsicht nicht direkt nachweisen<sup>645</sup>, sind primär der Grad der Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers (im Zeitpunkt der Direktzahlung) sowie der mit der Direktzahlung verbundene Nutzen für die (übrigen) Gläubiger massgebliche Indizien für eine Schädigungsabsicht<sup>646</sup>. 498

Wie gesehen (Rz. 375 f.) erfolgen Direktzahlungen im Regelfall *nach* erbrachter Leistung des Subunternehmers. Auch dient sie nicht dem Erhalt von Aktiven (des Hauptunternehmers) und wird wohl nur in Ausnahmefällen betriebsnotwendig sein oder 499

---

dem Hauptunternehmer befreienden Direktzahlung bezahlt zu machen, ist der Zeitpunkt der Begründung dieses Rechts entscheidend.

<sup>643</sup> Anders verhielte es sich freilich, wenn der Hauptunternehmer bei Abschluss des Hauptvertrages finanzielle Probleme hätte. Allerdings würde dies der Erst-Besteller in aller Regel wohl nicht wissen, ansonsten er den Hauptunternehmer kaum verpflichten würde.

<sup>644</sup> Vgl. KRIESI S. 218 f. m.H.a. u.a. BGE 134 III 615 E. 5.2 S. 622.

<sup>645</sup> Namentlich durch Befragung des Hauptunternehmers oder Erst-Bestellers.

<sup>646</sup> Eingehend – in allgemeiner Weise, d.h. nicht mit Bezug auf Direktzahlungen – JAGMETTI D., S. 192 ff.; KRIESI, S. 222 ff.

als Sanierungsbemühung gelten können (Rz. 391 ff.)<sup>647</sup>. Gleiches gilt für die mit der Direktzahlung abgegoltene Leistung des Subunternehmers<sup>648</sup>.

- 500 Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Erst-Besteller Direktzahlungen in aller Regel aus eigennützigen Motiven<sup>649</sup>, nicht aber aus Sorge um die finanzielle Verfasstheit des Hauptunternehmers vornimmt. Daran kann auch nichts ändern, dass der Erst-Besteller ein Interesse daran haben wird, dass der Hauptunternehmer nicht in Konkurs fällt, denn der Erst-Besteller bringt den Hauptunternehmer durch seine Direktzahlungen um Liquidität und um die Möglichkeit, über die Liquidität (im besten Interesse der Unternehmung) zu verfügen.
- 501 Soweit demnach die Direktzahlung für die (anderen) Gläubiger nicht (entscheidend) nützlich war, rückt der Grad der Zahlungsschwierigkeiten bzw. die damit verbundene Wahrscheinlichkeit einer durch die Direktzahlung verursachten Gläubigerschädigung ins Zentrum des Interesses. Sofern die Direktzahlung im Einzelfall als inkongruente Deckung erachtet wird, ist dies ebenfalls zu berücksichtigen<sup>650</sup>.
- 502 Wie es um die Finanzen des Hauptunternehmers im Einzelfall bestellt sein muss, damit sich nach objektiven Gesichtspunkten die Gefahr einer Gläubigerschädigung (geradezu) aufdrängt, kann nicht allgemeingültig beantwortet werden. Die Gefahr einer Überschuldung oder eine (gar) schon bestehende finanzielle Notlage dürfte die Schädigungsabsicht regelmässig indizieren<sup>651</sup>, wohingegen

---

<sup>647</sup> Zu Sanierungsbemühungen s. KUKO SchKG- UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 11. Von Sanierungsbemühungen kann u.U. auch ausgegangen werden, wenn der Schuldner betriebsnotwendige Geschäfte weiterführt (vgl. KRIESI, S. 232 m.w.H.) – insofern ist der Begriff der Betriebsnotwendigkeit und jener der Sanierungsbemühungen nicht streng zu trennen.

<sup>648</sup> Näheres zur Frage, ob der Nutzen der Gläubiger- und/oder Schuldnerleistung relevant ist, JAGMETTI D., S. 152 ff.

<sup>649</sup> Vermeiden von Doppelzahlungen; Abwehren bzw. Löschen von Bauhandwerkerpfandrechten; ungestörter Fortgang der Bautätigkeit.

<sup>650</sup> Wie gesehen sind Direktzahlungen nach der hier vertretenen Ansicht in aller Regel keine inkongruente Deckung (s. Rz. 425 ff.).

<sup>651</sup> KUKO SchKG- UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 10; SCHÜPBACH, Art. 288 N 90; BGE 134 III 452 E. 7.4 S. 463; differenzierend bzw. die Schwelle noch höher ansetzend: JAGMETTI D., S. 243. Im deutschen Recht wird das Vorliegen des Benachteiligungsvorsatzes dann vermutet, wenn der Schuldner seine *drohende* Zahlungsunfähigkeit kannte (BGH IX ZR 121/06, Rz. 32).

bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten einen solchen Rückschluss nicht zulassen<sup>652</sup>.

Schwierigkeiten bereitet sozusagen der Mittelbereich, d.h. eine Finanzlage zwischen 503  
bloss transitorischer und existenzbedrohlicher Ausprägung. Sollte sich die Wirkung  
der Direktzahlung aus Sicht der übrigen Gläubiger des Hauptunternehmers in der Ver-  
minderung des Vollstreckungssubstrates erschöpfen, wird man auf eine Schädigungs-  
absicht schliessen müssen. Umso mehr gilt dies, wenn die Direktzahlung im Einzelfall  
als inkongruente Deckung angesehen wird.

### 3. KURZER EXKURS ZU ART. 214 SCHKG (VERRECHNUNGSANFECHTUNG)

Art. 214 SchKG sieht unter dem Titel «Anfechtung» vor, dass die Verrechnung anfechtbar 504  
ist, wenn ein Schuldner des Konkursiten vor der Konkurseröffnung, aber in Kenntnis  
von der Zahlungsunfähigkeit des Konkursiten, eine Forderung an denselben erworben  
hat, um sich oder einem andern durch die Verrechnung unter Beeinträchtigung der  
Konkursmasse einen Vorteil zuzuwenden.

Auch im Rahmen von Art. 214 SchKG muss demnach der subjektive Tatbestand die 505  
Gläubigerschädigung mitumfassen, indem der (verrechnende) Schuldner des Kon-  
kursiten im Zeitpunkt des Forderungserwerbs erkennen können musste, dass sein  
Verhalten bei den gegebenen Umständen die Gleichheit unter den Konkursgläubigern  
beeinträchtigt wird<sup>653</sup>. Ein näherer Blick auf diesen Tatbestand lohnt sich deshalb.

Gemäss Art. 214 SchKG ist die Verrechnung anfechtbar, wenn ein Schuldner des Kon- 506  
kursiten vor der Konkurseröffnung, aber in Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des  
Konkursiten, eine Forderung an denselben erworben hat, um sich oder einem andern  
durch die Verrechnung unter Beeinträchtigung der Konkursmasse einen Vorteil zu-  
zuwenden.

---

<sup>652</sup> JAGMETTI D., S. 195; KRIESI, S. 222 (allerdings weniger apodiktisch).

<sup>653</sup> KUKO SchKG- WÜTHRICH, Art. 214 N 7 m.H.a. BGE 122 III 133 E. 4b S. 136.

- 507 Diese sogenannte Verrechnungsanfechtung verfolgt den gleichen Zweck wie die paulianische Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG), unterscheidet sich von dieser aber dadurch, dass der Konkursit an der anfechtbaren (Verrechnungs-) Handlung nicht beteiligt ist<sup>654</sup>.
- 508 Insbesondere, so das Bundesgericht, «soll eine als stossend empfundene Gewinnerzielung durch Forderungserwerb unter pari und nachfolgende Verrechnung zum Nominalwert verhindert werden»<sup>655</sup>.
- 509 Der im Tatbestand enthaltene «Vorteil» kann nicht ein beliebiger Vorteil sein, sondern muss unter den gegebenen Umständen als nicht mehr gerechtfertigt erscheinen<sup>656</sup>.
- 510 SCHUMACHER und REY untersuchen Art. 214 SchKG hinsichtlich des (bauenden) Grundeigentümers, der (vor Eröffnung des Konkurses über den Hauptunternehmer) Direktzahlungen<sup>657</sup> an Subunternehmer leistet, um die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten abzuwenden, und seine dergestalt erworbene Vergütungsforderungen hernach mit Gegenforderungen des Hauptunternehmers verrechnet<sup>658</sup>.
- 511 Gemäss SCHUMACHER und REY ist ein solches Vorgehen des Grundeigentümers im Sinne einer kohärenten und konsistenten Rechtsordnung rechtmässig. Das Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB), so SCHUMACHER und REY, auferlegt dem Grundeigentümer die Obliegenheit, die Bezahlung aller baupfandberechtigter Unternehmer sicherzustellen, weshalb der Grundeigentümer, der eben dieses tut<sup>659</sup>,

---

<sup>654</sup> SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1932 m.H.a. BSK SchKG II-STÄUBLI, Art. 214 N 8 f.

<sup>655</sup> BGE 122 III 133 E. 4a S. 135 m.w.H.; darauf verweisend auch SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1935.

<sup>656</sup> Vgl. KUKO SchKG- WÜTHRICH, Art. 214 N 7; SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1935.

<sup>657</sup> Solche Direktzahlungen befreien den Erst-Besteller nicht gegenüber dem Hauptunternehmer; ansonsten erst gar keine Verrechnungssituation gegeben könnte und Art. 214 SchKG aus dem Spiel bliebe.

<sup>658</sup> SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1932 ff. Sinngemäss vorausgesetzt wird dabei, dass der Grundeigentümer die entsprechende Forderung des Subunternehmers nicht unter pari erwirbt.

<sup>659</sup> Vorauszusetzen ist freilich, dass der Grundeigentümer die Forderung des Subunternehmers nicht unter pari erwirbt.

im Sinne der Kernteleologie des Bauhandwerkerpfandrechts handelt<sup>660</sup>. Die «Vorteils- bzw. Schädigungsabsicht» (i.S.v. Art. 214 SchKG) des Grundeigentümers sei deshalb regelmässig zu verneinen<sup>661</sup>.

Im Resultat ist dieser Ansicht zuzustimmen. Hingegen scheint mir die Sache nicht so klar zu sein, wie SCHUMACHER und REY dies darstellen. Ihre Argumentation – Kohärenz und Konsistenz der Rechtsordnung – beinhaltet eine (unausgesprochene) Interessenabwägung zugunsten des Grundeigentümers: Dessen Interessen werten SCHUMACHER und REY offenbar höher als jene der übrigen Gläubiger im Konkurs des Hauptunternehmers. Denn Direktzahlungen, die bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptunternehmers vorgenommen werden, gefährden die Interessen der übrigen Gläubiger (des Hauptunternehmers) bzw. die Gleichheit unter denselben regelmässig<sup>662</sup>. Auch ist kaum vorstellbar, dass sich der Grundeigentümer, der die Zahlungsunfähigkeit des Hauptunternehmers tatbestandsmässig kennen muss, dessen nicht bewusst ist. 512

Zudem scheinen SCHUMACHER und REY vor allem den (ihrer Ansicht nach rechtmässigen) Vorteil des Grundeigentümers im Auge zu haben, nicht aber jenen des durch die Direktzahlung begünstigten Subunternehmers, der im Unterschied zu den übrigen Gläubigern des Hauptunternehmers volle Befriedigung erhält<sup>663</sup>. 513

Freilich wird der Grundeigentümer durch das Bauhandwerkerpfandrecht in der heutigen Arbeitsrealität und namentlich auf Grossbaustellen – «endlose» Subunternehmerketten durch hohe Spezialisierung, Globalisierung, ausgeprägtes Profitdenken etc. – schwer belastet. Dennoch könnte man aus Sicht des SchKG argumentieren, dass es ein bewusster legislatorischer Entscheid war, diese Belastung (bisher) nicht zu lindern bzw. zu beseitigen, und dass es nicht sachgerecht wäre, dieses Malaise nun (unter Berufung auf die Kohärenz der Rechtsordnung) einseitig zu Lasten der (übrigen) Konkursgläubiger heilen zu wollen. 514

---

<sup>660</sup> SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1927 und N 1936.

<sup>661</sup> SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1936 in fine.

<sup>662</sup> Denn durch die Direktzahlung erhält (nur) der betreffende Subunternehmer volle Befriedigung und wird gleichzeitig das Vollstreckungssubstrat vermindert.

<sup>663</sup> Vgl. SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1936.

- 515 Will man demnach die Verrechnung des Grundeigentümers im vorstehenden Sinne vom Anwendungsbereich des Art. 214 SchKG ausnehmen, muss man argumentieren, dass der Grundeigentümer zwar mit einer Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen rechnen muss und er insofern mit Schädigungsabsicht handelt, er aber mit Blick auf Sinn und Zweck des Bauhandwerkerpfandrechts (dennoch) keinen *unrechtmässigen* Vorteil anstrebt, und zwar weder für sich noch für den aus der Direktzahlung begünstigten Subunternehmer.
- 516 Wertungsmässig würde eine solche Argumentation mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmen, dass (auch<sup>664</sup>) jener Grundeigentümer, der bei Zahlungsunfähigkeit des Hauptunternehmers Direktzahlungen vornimmt, in aller Regel mit Schädigungsabsicht handelt, er (selber) aber, wie noch zu zeigen sein wird, paulianisch nicht belangt werden kann.

#### 4. ERKENNBARKEIT DER SCHÄDIGUNGSABSICHT

- 517 Art. 288 Abs. 1 SchKG setzt voraus, dass die Schädigungsabsicht des Schuldners für den «andern Teil[e]» erkennbar war. Dieser «andere Teil» ist stets der Anfechtungsgegner<sup>665</sup>. Beweispflichtig ist der Anfechtende<sup>666</sup>.
- 518 Die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht ist (bereits) zu bejahen, wenn der begünstigte Dritte im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Handlung tatsächlich erkannt hat oder bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkennen können und müssen, dass als natürliche Folge der angefochtenen Handlung möglicherweise eine Gläubigerschädigung eintritt<sup>667</sup>.
- 519 Entgegen dem Wortlaut des Art. 288 Abs. 1 SchKG ist es mit anderen Worten nicht erforderlich, dass der begünstigte Dritte die Schädigungs*absicht* des Schuldners erkannt hat oder hätte erkennen müssen, sondern es reicht aus, dass er die mögliche

---

<sup>664</sup> Das Gesagte gilt auch für jenen Erst-Besteller, der nicht Grundeigentümer ist.

<sup>665</sup> KRIESI, S. 253 m.w.H. Terminologisch wird im Folgenden gleichwohl vom «begünstigten Dritten» geredet, weil der Tatbestand freilich auch ohne gerichtliche Anfechtung erfüllt sein kann.

<sup>666</sup> Statt Vieler: JAGMETTI D., S. 251.

<sup>667</sup> BGE 138 III 497 E. 7.3 S. 510; BGE 134 III 452 E. 4.1 S. 456; BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 20; KUKO SchKG- UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 15 (allerdings nur von der Erkennbarkeit der Schädigungs*absicht* redend).

*gläubigerschädigende Wirkung* der angefochtenen Rechtshandlung erkannt hat oder hätte erkennen können und müssen<sup>668</sup>. Aus Gründen der terminologischen Einheitlichkeit und besseren Lesbarkeit wird nachfolgend dennoch von der (Erkennbarkeit der) Schädigungsabsicht gesprochen.

Ausreichend ist gemäss vorstehender Umschreibung (Rz. 519) ein fahrlässiges Nicht-Erkennen der Schädigungsabsicht. Allerdings darf vom Begünstigten nur dann eine sorgfältige Prüfung verlangt werden, wenn *deutliche* Anzeichen für eine Gläubigerbegünstigung bzw. -benachteiligung bestehen<sup>669</sup>. Entscheidend für die entsprechende Beurteilung sind sämtliche Gegebenheiten des konkreten Einzelfalles<sup>670</sup>. 520

Relevanter Zeitpunkt für die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht ist die Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung – erst nachträgliches Wissen oder Wissenmüssen schadet dem Begünstigten nicht<sup>671</sup>. 521

Im vorliegend interessierenden Kontext ist demnach zu fragen, ob es für den betroffenen Subunternehmer im Zeitpunkt der Direktbezahlung des Erst-Bestellers bei pflichtgemässer Sorgfalt zumindest erkennbar war, dass diese Bezahlung eine Gläubigerschädigung zur Folge haben könnte. 522

Sofern eine solche Direktbezahlung wegen Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers erfolgt, dürften diese dem Subunternehmer kaum je (gänzlich) entgangen sein; sei es, weil ihn der Hauptunternehmer selber ohne plausiblen Grund vertröstet hat, sei es, weil er von anderen Baubeteiligten entsprechende Hinweise erhalten hat. Auch wird der Erst-Besteller kaum je eine Direktzahlung «aus heiterem Himmel» leisten – regelmässig werden davor Gespräche zwischen dem Erst-Besteller, Haupt- und Subunternehmer stattgefunden haben (Rz. 150 ff.). Dass dabei (tatsächlich bestehende) Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers verborgen bleiben bzw. der Sub- 523

---

<sup>668</sup> Kritisch zu dieser an sich aber unbestrittenen bundesgerichtlichen Auffassung: KRIESI, S. 254; JAGMETTI D., S. 248 f.

<sup>669</sup> BGE 138 III 497 E. 7.3 S. 510; BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 19; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 15; KRIESI, S. 257; JAGMETTI D., S. 248; SCHMID J., N 326.

<sup>670</sup> BGE 138 III 497 E. 7.3 S. 510.

<sup>671</sup> BGE 138 III 497 E. 7.3; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 15; BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 22.

unternehmer nicht zumindest hätte entsprechenden Verdacht schöpfen müssen, ist vernünftigerweise nicht vorstellbar<sup>672</sup>.

- 524 Muss der Subunternehmer aber von finanziellen Schwierigkeiten des Hauptunternehmers ausgehen, muss er auch mit der Möglichkeit einer Gläubigerschädigung rechnen, wenn er selber vom Erst-Besteller durch Direktzahlung (vollumfänglich) befriedigt wird.
- 525 Sofern der Subunternehmer deshalb nicht guten Grund zur Annahme hat, dass es sich lediglich um vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten (des Hauptunternehmers) handelt (dazu Rz. 502), ist er bei Wahrung seiner Sorgfalt gehalten, nähere Abklärungen zu treffen, z.B. durch Einholen eines Betreibungsregisterauszuges oder durch Erkundigungen beim Hauptunternehmer selber<sup>673</sup>. Unterlässt er solche Abklärungen pflichtwidrig, muss er sich die fahrlässige Unkenntnis entgegenhalten lassen.
- 526 In der speziellen Konstellation der Direktzahlungen ist zu Gunsten des Subunternehmers zu fordern, dass es für ihn erkennbar war, dass die Direktzahlung des Erst-Bestellers auf Kosten des Hauptunternehmers erfolgte. Konnte er dies in guten Treuen nicht erkennen – wovon allerdings nicht leichthin auszugehen ist –, musste er auch nicht damit rechnen, dass die Direktzahlung eine Gläubigerschädigung bewirken könnte.
- 527 Wie gesehen (Rz. 461 ff.), setzt das Bundesgericht diese Erkennbarkeit auch im Rahmen von Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG voraus<sup>674</sup>. Da aber Art. 287 SchKG weder eine Schädigungsabsicht des Schuldners noch die Erkennbarkeit derselben seitens des begünstigten Dritten voraussetzt, muss die Erkennbarkeit der Direktbezahlung auf Kosten des Hauptunternehmers umso mehr auch für Art. 288 Abs. 1 SchKG vorausgesetzt werden.

---

<sup>672</sup> Vgl. BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 21. Freilich gilt dies nicht, wenn der Subunternehmer weiss, dass ihn der Hauptunternehmer aus anderen Gründen nicht bezahlt, z.B. weil er der Ansicht ist, dass der Subunternehmer gar nicht oder mangelhaft erfüllt hat, oder weil die Forderung des Subunternehmers noch nicht fällig ist.

<sup>673</sup> KUKO SchKG- UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 288 N 15; BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 288 N 21 f.

<sup>674</sup> Vgl. BGE 74 III 56 E. 8 S. 61 (zur Überschuldungsanfechtung); BSK SchKG II-STAEHELIN A./BOPP, Art. 287 N 10.

## F. AKTIV- UND PASSIVLEGITIMATION

Die Aktivlegitimation zur Anfechtungsklage ist in Art. 285 Abs. 2 SchKG geregelt und gibt im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht Anlass zu weiteren Bemerkungen. Es kann auf die Ausführungen in der einschlägigen Literatur verwiesen werden<sup>675</sup>. 528

Zu diskutieren gibt hingegen die Frage der Passivlegitimation, da durch die Involvierung des Erst-Bestellers grundsätzlich verschiedene Parteien als Anfechtungsgegner in Frage kommen. 529

Art. 290 SchKG regelt die Passivlegitimation, mithin die Frage, gegen wen sich eine Anfechtungsklage zu richten hat, und zwar für alle gesetzlichen Anfechtungstatbestände (Art. 268-288 SchKG)<sup>676</sup>. Allerdings ist die Passivlegitimation nicht notwendigerweise mit der Beklagtenstellung im Prozess gleichzusetzen, da das Anfechtungsrecht auch einredeweise geltend gemacht werden kann<sup>677</sup>. 530

Passivlegitimiert ist stets die tatsächlich begünstigte Person, also diejenige, der die fraglichen Vermögenswerte aufgrund der anfechtbaren Rechtshandlung zugeflossen sind<sup>678</sup>. Die Begünstigung ist dabei nicht mit einer ungerechtfertigten Bereicherung i.S.v. Art. 62 OR zu verwechseln, d.h. die anfechtbare Rechtshandlung kann durchaus auf einem gültigen Rechtsgrund beruhen<sup>679</sup>. 531

In der Regel ist die tatsächlich begünstigte Person der Vertragspartner des Schuldners. Tritt jedoch die Begünstigung bei einem Dritten ein, so richtet sich die Klage gegen 532

---

<sup>675</sup> Z.B. SCHMID J., N 57 ff.

<sup>676</sup> BSK SchKG II-STAEHELIN D., Art. 290 N 1; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 290 N 1.

<sup>677</sup> BSK SchKG II-STAEHELIN D., Art. 290 N 1; SCHÜPBACH, Art. 290 N 5 f.; REBSAMEN, N 360.

<sup>678</sup> Urteil (des Bundesgerichts) 5A\_353/2011 vom 31. Oktober 2011 E. 5.5; BGE 135 III 265 E. 3 S. 268; Urteil (des Bundesgerichts) vom 7. Februar 2008 E. 5.2.1; statt Vieler: BSK EB-BAUER, Art. 290 ad N 4 a; BSK SchKG II-SSTAEHELIN D., Art. 290 N 3 und N 5. Gleiches gilt grundsätzlich im deutschen Recht: «Aus dem Rückgewährsverhältnis verpflichtet und damit richtiger Anfechtungsgegner ist der **Empfänger** des anfechtbar weggegebenen Gegenstandes, also jeder, zu dessen Gunsten der Erfolg der konkret angefochtenen Rechtshandlung zu Lasten des Schuldnervermögens eingetreten ist» (MüKoInsO/KIRCHHOF/PIEKENBROCK § 143 Rn. 8; ebenso Braun/BRA InsO § 129 Rn. 19).

<sup>679</sup> REBSAMEN, N 365, mit Hinweis auf BGHZ 41 (1964) Nr. 16, E. c S. 103; BERZ, S. 74.

diesen<sup>680</sup>. Unbeachtlich ist dabei, ob der Drittbegünstigte der anfechtbaren Handlung zugestimmt oder daran (sogar) beteiligt war<sup>681</sup>. Nicht passivlegitimiert ist allerdings derjenige, der lediglich im Namen Dritter Gelder einkassiert und an diese weiterleitet<sup>682</sup>.

- 533 Im Falle einer Direktzahlung des Erst-Bestellers an den Subunternehmer gilt Folgendes: Hat der (entsprechend vom Hauptunternehmer berechnete oder gegenüber dem Hauptunternehmer verpflichtete) Erst-Besteller den Subunternehmer bezahlt, ist der Subunternehmer offenkundig die tatsächlich begünstigte Person, da die Vergütungsforderung des Hauptunternehmers gegenüber dem Erst-Besteller im Umfang des Bezahlten zwar getilgt wurde, die entsprechenden Gelder aber dem Subunternehmer zugeflossen sind<sup>683</sup>. Die Anfechtungsklage hat sich somit gegen den Subunternehmer zu richten<sup>684</sup>.
- 534 Die schwierigere Frage ist, ob neben dem begünstigten Subunternehmer auch der Erst-Besteller passivlegitimiert sein kann<sup>685</sup>. Dass ein Vertragspartner, der nicht sich selber, sondern einen Dritten begünstigt, grundsätzlich passivlegitimiert sein kann, wird von Lehre und Rechtsprechung anerkannt<sup>686</sup>.

---

<sup>680</sup> BGE 135 III 265 E. 3 S. 268; vgl. BSK SchKG II-STAEHELIN D., Art. 290 N 5; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 290 N 2 f.; UMBACH/HILBER, Anfechtungsklage, § 96 N 18 f.; AMONN/WALTHER, § 52 N 33.

<sup>681</sup> KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 290 N 3; Urteil (des Bundesgerichts) 5A\_682/2011 vom 29. Mai 2011 E. 4.2.2.

<sup>682</sup> BGE 30 II 154 E. 5 S. 159 f.; BGE 135 III 265 E. 3 S. 268 f.; Urteil (des Bundesgerichts) vom 29. Mai 2012 E. 4.2.2.; BSK SchKG II-STAEHELIN D., Art. 290 N 4; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 290 N 2, SCHMID J., N 64; LORANDI, Rechtsprechung, S. 230.

<sup>683</sup> Vgl. BGE 135 III 265 E. 3 S. 268; BGE 53 III 177 S. 178 (Sub-Lieferantin als Anfechtungsgegner); REBSAMEN, N 402, ferner auch N 362 und N 366.

<sup>684</sup> REBSAMEN, N 402, ferner auch N 362 und N 366; vgl. auch Urteil (des Bundesgerichts) 5A\_353/2011 vom 31. Oktober 2011 E. 5.5; BGE 135 III 265 E. 3 S. 268; Urteil (des Bundesgerichts) vom 7. Februar 2008 E. 5.2.1. Gleiches gilt im deutschen Recht, vgl. BGH, Urteil vom 29. November 2007 - IX ZR 121/06 Rn. 14 = BGHZ 174, 314; BGHZ 142, 284 (287); MüKoInso/KAYSER/FREUDENBERG § 129 Rn. 49, ferner § 132 Rn. 5; Braun/BRA Inso § 129 Rn. 19.

<sup>685</sup> Wohl bejahend SCHÜPBACH, Art. 290 N 43. REBSAMEN, N 402, lehnt eine solche Wahlmöglichkeit hingegen klar ab. Im deutschen Recht kommt die Vorsatzanfechtung gegen den Angewiesenen in Betracht, wenn der Insolvenzschnldner den Mittelsmann mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz angewiesen hat, unmittelbar an seinen Gläubiger zu leisten (BRAUN/BRA Inso § 129 Rn. 19 m.H.; s. im Übrigen auch Rz. 542, nachstehend).

<sup>686</sup> Vgl. Urteil (des Bundesgerichts) 5A\_210/2007 vom 7. Februar 2008 E. 5.2.1; BGE 34 II 786 E. 6 S. 791; BGE 33 II 345 E. 5 S. 348; BSK SchKG II-STAEHELIN D., Art. 290 N 4; KUKO SchKG-UMBACH-

Allerdings geht diese Rechtsprechung – und die daran anknüpfende Lehre – nicht auf die vorliegend interessierende Konstellation (Direktzahlungen), sondern auf Klagen zurück, die sich gegen Pfandrechte des Vertragspartners bzw. des Anfechtungsgegners richteten. Diese Pfandrechte hatte der Schuldner dem Anfechtungsgegner für die Besicherung eines Darlehens eingeräumt, mit welchem der Schuldner bestimmte seiner Gläubiger befriedigte<sup>687</sup>. 535

Mit anderen Worten hatte der Anfechtungsgegner (in Form der Pfandrechte) Vermögen des Schuldners erworben. Wenn demnach (aus den genannten Bundesgerichtsentscheidungen) abgeleitet wird, dass auch der (nur) drittbegünstigende Vertragspartner passivlegitimiert sein kann, kann damit nicht gemeint sein, dass dieser nicht (dennoch) Vermögen des Schuldners erworben haben muss. Dass ein solcher Vermögenserwerb unabdinglich ist<sup>688</sup>, hält denn auch Art. 291 SchKG ausdrücklich fest<sup>689</sup>. 536

Die Passivlegitimation des drittbegünstigenden Vertragspartners muss mithin (immerhin) voraussetzen, dass er durch die angefochtene Rechtshandlung (in irgendeiner Weise) Vermögen des Schuldners erworben hat. Weiter wird vorausgesetzt, dass der Vertragspartner in komplizierter, bösgläubiger Weise Einfluss auf die Vermögensentscheide des Schuldners nimmt<sup>690</sup>. 537

---

SPAHN/BOSSART, Art. 290 N 2; CR LP-PETER, art. 290 LP N 5; SCHÜPBACH, Art. 290 N. 40 ff.; GILLIÉRON, Art. 290 N 11; JAGMETTI D., S. 32 f.; SCHMID J., N 63; unklar: KRIESI, S. 278 (ablehnend), S. 279 (u.U. bejahend); SK SchKG-MAIER, Art. 290 N 2 ff. In neueren Entscheiden suggeriert das Bundesgericht hingegen, dass die Passivlegitimation stets eine Begünstigung voraussetze (namentlich BGE 138 III 497 E. 6.1 S. 506; BGE 135 III 265, Regeste und E. 3 S. 268 f.; Urteil [des Bundesgerichts] 5A\_353/2011 vom 31.10.2011 E. 5.5); es ist allerdings nicht von einer entsprechenden Praxisänderung auszugehen, dies auch deshalb, weil sich die Notwendigkeit einer Begünstigung des Vertragspartners nicht mit dem Wortlaut von Art. 290 SchKG decken würde (vgl. SCHMID J., N 63; JAGMETTI D., S. 33 f.).

<sup>687</sup> Vgl. BGE 29 II 383; BGE 31 II 322; BGE 33 II 190; BGE 33 II 345; BGE 34 II 786; Urteil (des Bundesgerichts) 5A\_210/2007 vom 7. Februar 2008, der in E. 5.2.1 auf BGE 33 II 345 E. 5 verweist.

<sup>688</sup> Unklar bei SCHÜPBACH, Art. 290 N 46: «...*bien que, par définition, celui-ci ne tienne, ni n'ait tenu pour lui-même de valeurs patrimoniales du débiteur sur lesquelles l'exécution pourrait porter.*»

<sup>689</sup> Statt Vieler: BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 4 f.

<sup>690</sup> SCHÜPBACH, Art. 290 N 45 ff., ähnlich auch JAGMETTI D., S. 33; BGE 31 II 322 E. 6 S. 329; BGE 33 II 345 E. 5 S. 348.

- 538 Was die (fehlende) Begünstigung beim drittbegünstigenden Vertragspartner (selber) anbelangt, ist für das Bundesgericht in den genannten Urteilen offenbar entscheidend, dass dieser dem jeweiligen Schuldner (Zug um Zug gegen die Bestellung der Pfandrechte) ein entsprechendes Darlehen gewährt<sup>691</sup>.
- 539 Zuweilen verwirrend an den einschlägigen Bundesgerichtsentscheiden ist, dass die Grenzen zwischen dem Vermögenserwerb und der Begünstigung nur schon rein terminologisch nicht sauber getrennt werden. So scheint das Bundesgericht den Begriff der (fehlenden) «Vermögenszuwendung» und jenen des (fehlenden) «Vermögensvorteil[s]» mitunter als Synonyme zu verwenden, und dies auch dann, wenn der Anfechtungsgegner klarerweise Vermögen des Schuldners in Form von Pfandrechten erworben hatte<sup>692</sup>. In diesem Sinn fehlt es denn auch an einer verlässlichen Definition des «Vermögensvorteils» bzw. des «Vorteils» oder dergleichen<sup>693</sup>, und zwar, wie gesehen, auch mit Blick auf die Frage, welche Rolle dabei der Gegenleistung des Anfechtungsgegners zukommt (Rz. 538).
- 540 Wie dem auch sei, muss für die Frage der Passivlegitimation des drittbegünstigenden Vertragspartners nach hier vertretener Ansicht vorausgesetzt werden, dass dieser (in irgendeiner Weise) Vermögen des Schuldners erworben hat (Rz. 537). Mit Blick auf den Erst-Besteller, der Direktzahlungen an Subunternehmer geleistet hat, ist somit diese Frage zu prüfen.
- 541 Der Vermögenserwerb i.S.v. Art. 291 SchKG ist in einem weiten Sinne zu verstehen: Bereits die Befreiung von einer Verbindlichkeit ist hierfür ausreichend<sup>694</sup>. Als Paradebeispiel wird der Schuldnerlass angeführt; ferner die Befreiung des Bürgen zufolge Tilgung der verbürgten Schuld durch den Hauptschuldner<sup>695</sup>.

---

<sup>691</sup> BGE 29 II 383 E. 4 S. 392; BGE 33 II 345 E. 5 S. 348; ähnlich BGE 31 II 322 E. 8 S. 330 f. Dogmatisch gesehen betrifft die Frage der Gegenleistung allerdings die Ebene der Gläubigerschädigung (s. Rz. 374 ff.; in diesem Sinn auch BGE 136 III 247 E. 3 S. 251).

<sup>692</sup> BGE 31 II 322 E. 8 S. 330 f.

<sup>693</sup> Die diesbezügliche Terminologie ist uneinheitlich, was ein weiteres Indiz dafür ist, dass unklar ist, wie sich diese Begriffe inhaltlich unterscheiden (falls überhaupt).

<sup>694</sup> REBSAMEN, N 362; BERZ, S. 76.

<sup>695</sup> REBSAMEN, N 362; BERZ, S. 76.

Fraglich ist, ob auch die Befreiung von einer Verbindlichkeit durch Tilgung derselben ein anfechtbarer Vermögenserwerb sein kann. Für das deutsche Recht bejaht dies der BGH, indem er festhält, dass jede vermögenswerte Position ein Vermögensgegenstand sein kann, folglich auch die Befreiung von einer Verbindlichkeit durch Erfüllung derselben<sup>696</sup>. 542

Soweit ersichtlich, hat sich das Bundesgericht bislang nicht zu dieser Frage geäußert. Und auch in der Literatur finden sich kaum entsprechende Erörterungen. Immerhin findet sich bei REBSAMEN eine ausdrückliche Stellungnahme, wonach der Drittschuldner in solchen Konstellationen ein reiner Mittelsmann und die durch seine Zahlung bewirkte (eigene) Schuldbefreiung gegenüber dem Schuldner keinen anfechtbaren Vermögenserwerb darstellt<sup>697</sup>. 543

Diese Ansicht verdient Zustimmung. Die Begründung des BGH, dass die durch eigene Tilgung einer Schuld erlangte Schuldbefreiung einen anfechtbaren Vermögenserwerb darstellt, ist ein formaljuristischer Ansatz, der für das Schweizer Recht abzulehnen ist. 544

Freilich ist eine solche Schuldbefreiung (Rz. 543) notwendigerweise mit der (durch die Direktzahlung bewirkten) Reduktion der Aktiven des Hauptunternehmers verbunden, jedoch wurde diese (eben nur) mit wertmässig entsprechenden Mitteln des Erst-Bestellers herbeigeführt. Nachdem aber die paulianische Anfechtung die Rückführung von Vermögen *des Schuldners* bezweckt (dazu Rz. 351 ff.)<sup>698</sup>, wäre es (paulianisch) widersinnig, die genannte Schuldbefreiung als solches Vermögen zu qualifizieren<sup>699</sup>. 545

Jedenfalls ist eine solche, selber herbeigeführte Schuldbefreiung weder mit einem Schuldnerlass noch mit der Befreiung des Bürgen zufolge Tilgung der verbürgten Schuld durch den Hauptschuldner zu vergleichen<sup>700</sup>. Sowohl der Schuldner, dem die Schuld erlassen wird, wie auch der Bürge, der im genannten Sinn befreit wird, werden von ihren Verbindlichkeiten ohne Hingabe entsprechender (eigener) Vermögenswerte befreit. Insofern ist die vom Erst-Besteller (durch dessen Direktzahlung) bewirkte Schuld- 546

---

<sup>696</sup> BGH IX ZR 121/06 Rn. 23, Urteil vom 29. November 2007.

<sup>697</sup> REBSAMEN, N 402; in diesem Sinn wohl auch, wenn auch nicht ausdrücklich, Berz, S. 72 ff.

<sup>698</sup> Endzweck ist allerdings die Gläubigergleichbehandlung.

<sup>699</sup> Im Resultat ebenso: REBSAMEN, N 402; Berz, S. 72 ff.

<sup>700</sup> Vgl. REBSAMEN, N 362 und N 402; BERZ, S. 72 f. und S. 76.

befreiung ein Sonderfall, der es rechtfertigt bzw. erfordert, seine Gegenleistung in die Frage des Vermögenserwerbs miteinzubeziehen.

- 547 Auch der in der Literatur<sup>701</sup> bisweilen diskutierte Vertrag zu Gunsten Dritter, in dessen Rahmen der Schuldner (Hauptunternehmer) dem Gläubiger (Erst-Besteller) eine Leistung an einen Dritten (Subunternehmer) verspricht, unterscheidet sich von der Situation der Direktzahlungen, denn hier (Direktzahlungen) sind die Vorzeichen bekanntlich umgekehrt: Es ist der Erst-Besteller, der gestützt auf eine Berechtigung des Hauptunternehmers oder einer Verpflichtung gegenüber Letzterem eine (Direkt-)Zahlung an den Subunternehmer leistet. Zudem würde die Passivlegitimation eines Promissars in jedem Fall voraussetzen, dass er Vermögen des Promittenten (Schuldners) erworben hat (Art. 291 SchKG)<sup>702</sup>.
- 548 Hinzu kommt ein Weiteres: Gleich wie bei der Verrechnungsanfechtung (Art. 214 SchKG, dazu Rz. 504 ff.) ist auch im Rahmen der paulianischen Anfechtung sicherzustellen, dass der Erst-Besteller faktisch nicht dafür bestraft wird, dass er der vom Bauhandwerkerpfandrecht i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB angestrebten Präventivwirkung<sup>703</sup> Rechnung trägt und in diesem Sinne dafür sorgt, dass die (Sub-)Unternehmer jeder Stufe bezahlt werden<sup>704</sup>.
- 549 Insofern sind auch die (weiteren<sup>705</sup>) mit der Direktzahlung des Erst-Bestellers verbundenen Vorteile – Abwehr bzw. Löschung von Bauhandwerkerpfandrechten; Vermeidung von Doppelzahlungen – vom Gesetz gewollt und stammen ebenfalls nicht aus dem Vermögen des Hauptunternehmers. Auch diese Vorteile vermögen deshalb die Passivlegitimation des Erst-Bestellers bezüglich einer Anfechtungsklage nicht zu begründen.
- 550 Zudem erfolgen Direktzahlungen, besondere Verhältnisse vorbehalten, nicht im Sinne eines kollusiv-komplizenhaften Zusammenwirkens zwischen Erst-Besteller und Hauptunternehmer (dazu Rz. 537). Dies gilt auch dann, wenn Erst-Besteller und Haupt-

---

<sup>701</sup> KRIESI, S. 279; JAGMETTI, S. 32.

<sup>702</sup> Unklar bei KRIESI, S. 279 und JAGMETTI D., Fn. 150.

<sup>703</sup> D.h. möglichst keine Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten.

<sup>704</sup> Vgl. SCHUMACHER/REY, Bauhandwerkerpfandrecht, N 1927 und N 1936.

<sup>705</sup> D.h. neben der Schuldbefreiung.

unternehmer je nach konkreten Umständen (beide) damit rechnen mussten, dass die fragliche Direktzahlung zu einer Gläubigerschädigung (durch Verminderung des Vollstreckungssubstrates) führen kann<sup>706</sup>, denn dies alleine erfüllt die von gewissen Autoren und dem Bundesgericht geforderte schädigungsgerichtete Intensität des Zusammenwirkens (zu den Nachweisen s. Fn. 690) nicht.

Selbst wenn man demnach die durch die Direktzahlung bewirkte Schuldbefreiung des Erst-Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer als Vermögenserwerb bzw. Begünstigung (des Erst-Bestellers) qualifizieren würde, müsste man dem Erst-Besteller die Passivlegitimation aus den vorstehend genannten Gründen absprechen. 551

Nach hier vertretener Meinung gilt das soeben Gesagte (Rz. 551) im Übrigen auch für jenen Erst-Besteller, der kein Grundeigentümer ist. Denn letztlich erstreckt sich die von SCHUMACHER und REY angesprochene Präventivwirkung des Bauhandwerkerpfandrechts (Rz. 511) auf jeden Baubeteiligten, der seinerseits (Sub-)Unternehmer bezieht und durch Bezahlung der (vertikal gedacht) nachrangigen (Sub-)Unternehmer beliebiger Stufe dafür sorgt, dass keine Bauhandwerkerpfandrechte eingetragen werden. Zumeist wird ein solcher Erst-Besteller zudem ausdrücklich vertraglich verpflichtet sein, das Baugrundstück frei von Bauhandwerkerpfandrechten zu halten. 552

In jedem Fall wäre es ein eklatanter Wertungswiderspruch, wenn man den Erst-Besteller, der Zahlungen an Subunternehmer leistet, als Passivlegitimierter lediglich von der Verrechnungsanfechtung (Art. 214 SchKG), nicht aber von der paulianischen Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG) ausnehmen würde. Denn wirtschaftlich betrachtet ist es einerlei, ob der Erst-Besteller seine eigene Schuld gegenüber dem Hauptunternehmer auf dem Wege der Verrechnung oder mittels Abrede einer Erfüllungsmodalität (Erfüllung durch Zahlung an den Subunternehmer) tilgt. 553

Abschliessend ist kurz darauf einzugehen, wie es sich verhält, wenn die Direktzahlung zwar ausgeblieben ist, aber dem Subunternehmer ein klagbares, unwiderrufliches Recht gegenüber dem Erst-Besteller eingeräumt wurde, sich durch den Erst-Besteller auf Kosten des Hauptunternehmers bezahlt zu machen (dazu Rz. 404 ff.). 554

---

<sup>706</sup> Was wie gesehen bei ernsthaften Zahlungsschwierigkeiten des Erst-Bestellers regelmässig der Fall sein dürfte (s. Rz. 501 ff.).

555 In dieser Situation ist die Anfechtungsklage umso mehr nur gegen den betreffenden Subunternehmer zu richten, als (nur) dieser (bereits) mit Erwerb des klagbaren Rechts gegenüber dem Erst-Besteller auf Direktbezahlung mittelbar Vermögen des Schuldners erworben hat<sup>707</sup>, wohingegen der Erst-Besteller mangels Befreiung von seiner Vergütungsschuld gegenüber dem Hauptunternehmer (noch) nichts erworben hat.

## **G. WIRKUNGEN DER ERFOLGREICHEN ANFECHTUNG**

### **1. EINLEITUNG**

556 Art. 291 SchKG setzt implizit eine erfolgreiche Geltendmachung des Anfechtungsrechts voraus<sup>708</sup>. Weiter wird, wie gesehen (Rz. 537), vorausgesetzt, dass sich die Anfechtung gegen eine Person richtet, die Vermögen des Schuldners erworben hat.

557 Die Wirkungen einer erfolgreichen Anfechtungsklage müssen nach dem Anfechtungsobjekt unterschieden werden: Hat eine Direktzahlung stattgefunden, ist (nur) diese anfechtbar (Rz. 403). Hat hingegen eine Direktzahlung (noch) nicht stattgefunden, wurde aber dem Subunternehmer ein klagbares, unwiderrufliches Recht gegenüber dem Erst-Besteller auf Vornahme einer Direktzahlung eingeräumt, so ist die Begründung dieses Rechts anzufechten (Rz. 404 f.). Zudem ergeben sich gewisse Unterschiede, je nachdem ob der Hauptunternehmer der Betreuung auf Konkurs oder Pfändung unterliegt<sup>709</sup>.

558 In jedem Fall hat das gerichtliche Urteil im Anfechtungsprozess eine ausschliesslich betriebsrechtliche Wirkung. Dementsprechend ändert das gutheissende Urteil nichts an der materiellrechtlichen Position des Anfechtungsgegners (Subunternehmer), sondern bewirkt «lediglich» das vollstreckungsrechtliche Beschlagnahme an den frag-

---

<sup>707</sup> Vgl. BERZ, S. 104, ferner auch S. 43 f.; vgl. ferner auch BSK OR I-ZELLWGEER-GUTKNECHT, Art. 112 N 16 sowie GUHL / KOLLER, § 22 N 14, die – allerdings ohne nähere Erläuterungen – darauf hinweisen, dass die Gläubiger des Promissars (Hauptunternehmer) zum Schutz gegen Benachteiligungen über die betriebsrechtlichen Anfechtungsklagen (Art. 286 ff. SchKG) wie auch über die erbrechtliche Herabsetzungsklage (Art. 527 ZGB) verfügen.

<sup>708</sup> BSK SCHKG II-BAUER, Art. 291 N 6.

<sup>709</sup> Freilich wird im vorliegend interessierenden Kontext der Hauptunternehmer kaum je der Betreuung auf Pfändung unterliegen.

lichen Vermögenswerten und verschafft auf diese Weise den Anspruch auf amtliche Verwertung derselben und Befriedigung aus dem entsprechenden Erlös<sup>710</sup>.

Mit anderen Worten hat der im Anfechtungsprozess obsiegende Anfechtungskläger einen Anspruch gegen den Anfechtungsgegner auf Rückgewähr, d.h. darauf, dass der Anfechtungsgegner die Beschlagnahme und die Verwertung der von ihm in anfechtbarer Weise erworbenen Vermögensgegenstände duldet<sup>711</sup>. Ist allerdings, wie bei erfolgter Direktzahlung, ein Geldbetrag (oder Wertersatz) zu erstatten, begründet das Anfechtungsurteil eine persönliche Leistungspflicht des Rückgewährspflichtigen<sup>712</sup>. 559

Ziel ist, das Vollstreckungssubstrat wiederherzustellen, wie es sich ohne die angefochtene Rechtshandlung dargeboten hätte, wobei die Wiederherstellung immer nur so weit geht, wie es die Befriedigung der beteiligten Gläubiger (d.h. sämtlicher Konkurs- bzw. Nachlassgläubiger bzw. des anfechtenden Pfändungsgläubigers) erfordert<sup>713</sup>. 560

## 2. ANFECHTUNGSKLAGE RICHTET SICH GEGEN DIE DIREKTZAHLUNG

Sowohl in der General- wie auch in der Spezialexécution muss der Anfechtungsgegner (Subunternehmer) den (gesamten) vom Erst-Besteller erhaltenen Gelbetrag zurück-erstatten, zzgl. allfälliger Ertragnisse sowie Verzugszinsen zu 5% seit Inverzugsetzung<sup>714</sup>. 561

---

<sup>710</sup> AMONN/WALTHER, § 52 N 39 f.; KUKO SchKG UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 291 N 1; BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 9 f. Da der Anfechtungsgegner faktisch sein Recht dennoch verliert, redet man von der Reflexwirkung des Anfechtungsurteils auf das materielle Recht (BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 11).

<sup>711</sup> Urteil (des Bundesgerichts) 5C.219/2006 vom 16. April 2007 E. 3.2.

<sup>712</sup> BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 15; vgl. KUKO SchKG UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 291 N 4.

<sup>713</sup> AMONN/WALTHER, § 52 N 40; Urteil (des Bundesgerichts) 5C.120/2006 E. 5; BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 25, der mit Hinweis auf das Urteil (des Bundesgerichts) 5A\_313/2012 vom 5. Februar 2013 E. 7.1.3 präzisiert, dass in der Einzelvollstreckung die Rückerstattungspflicht durch den Verlust des anfechtenden Gläubigers begrenzt ist. Letzteres gilt, auch wenn weitere, nicht anfechtende Gläubiger ebenfalls zu Verlust gekommen sind (BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 25).

<sup>714</sup> BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 18 und 22; KUKO SchKG UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 291 N 4; BGE 132 III 489 E. 3.4 S. 496; BGE 89 III 444 E. 3 S. 46. Grundsätzlich ist der Anfechtungsgegner im Gegenzug berechtigt, in Abzug zu bringen, was er für den Erwerb des fraglichen Vermögens-

- 562 Vorbehalten bleibt der Fall, in welchem nicht der gesamte Betrag erforderlich ist, um die beteiligten Gläubiger zu befriedigen, wobei dies in der Generalexekution die Ausnahme bilden wird. Unbeachtlich ist hingegen, ob der Anfechtungsgegner im Zeitpunkt der Anfechtung noch über die entsprechenden Gelder bzw. Vermögenswerte verfügt<sup>715</sup>.
- 563 Im Konkurs des Schuldners (Hauptunternehmer) muss der Geldbetrag der Konkursverwaltung, in der Spezialexécution hingegen direkt dem Anfechtungskläger rückerstattet werden<sup>716</sup>. Der Letztere hat Anspruch auf Aushändigung des Geldes unter Umgehung des Betreibungsamtes, es sei denn, mehrere Anfechtungskläger hätten nicht denselben (betreibungsrechtlichen) Rang<sup>717</sup>.
- 564 Gemäss Art. 291 Abs. 2 SchKG tritt die Forderung des Anfechtungsgegners mit der Rückerstattung des Empfangenen wieder in Kraft, wenn sich die Anfechtung gegen die Tilgung einer Forderung richtet<sup>718</sup>. Es wird somit keine neue Forderung (ex lege) begründet, sondern die ursprüngliche Forderung des Anfechtungsgegners lebt wieder auf<sup>719</sup>.
- 565 Im vorliegend interessierenden Kontext der Direktzahlung heisst dies, dass die Vergütungsforderung des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer, welche durch die Direktzahlung des Erst-Bestellers getilgt wurde, im Moment der Rückerstattung (an die Konkursverwaltung oder [bei Spezialexécution] an den Anfechtungskläger) wieder auflebt.

---

wertes aufgewendet hat (vgl. BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 22). Mit Blick auf Direktzahlungen des Erst-Bestellers ist allerdings kaum ersichtlich, worin ein solcher Aufwand liegen könnte.

<sup>715</sup> Ob allerdings der Subunternehmer finanziell in der Lage ist, Gelder der fraglichen Höhe rückzuerstatten, wird sich der (besonnene) potentielle Anfechtungskläger vor Anhebung der Klage gut überlegen müssen.

<sup>716</sup> BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 16; Urteil (des Bundesgerichts) 5C.219/2006 vom 16. April 2007 E. 4.3.

<sup>717</sup> BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 16; vgl. Urteil (des Bundesgerichts) 5C.219/2006 vom 16. April 2007 E. 4.3.

<sup>718</sup> Vgl. BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 40; KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 291 N 14.

<sup>719</sup> BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 40; vgl. KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 291 N 14.

Im Konkurs des Schuldners (Hauptunternehmer) nimmt die wieder in Kraft getretene Forderung des Subunternehmers als Konkursforderung teil<sup>720</sup>, wohingegen sie in der Spezialexecution durch Pfändungsanschluss geltend zu machen ist, wenn die übrigen Voraussetzungen der Art. 110 f. SchKG erfüllt sind<sup>721</sup>. 566

### **3. ANFECHTUNGSKLAGE RICHTET SICH GEGEN DIE BEGRÜNDUNG DES RECHTS DES SUBUNTERNEHMERS AUF DIREKTBEZAHLUNG DURCH DEN ERST-BESTELLER**

Richtet sich die Anfechtungsklage gegen die Begründung des Rechts des Subunternehmers auf Direktbezahlung durch den Erst-Besteller, so verpflichtet das gutheissende Urteil den Subunternehmer zur Duldung der vollstreckungsrechtlichen Beschlagnahme und Verwertung der Forderung<sup>722</sup>. Empfänger der dergestalt rückzugebenden Forderung ist das Konkurs- bzw. Betreibungsamt, welche sodann die Verwertung vornimmt<sup>723</sup>. 567

---

<sup>720</sup> Im hängigen Anfechtungsprozess ist die Forderung als bedingte Forderung zu kollozieren (KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 291 N 15 f.; BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 42).

<sup>721</sup> KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 291 N 15 f.; BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 42 f.

<sup>722</sup> Vgl. KUKO SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 291 N 4.

<sup>723</sup> BSK SchKG II-BAUER, Art. 291 N 16.



## V. ZUSAMMENFASSUNG

Der Erst-Besteller kann Direktzahlungen an Subunternehmer eigenmächtig oder unter 568  
Mitwirkung des Hauptunternehmers tätigen. Soll die Direktzahlung nicht nur die Vergütungsschuld des Hauptunternehmers gegenüber dem Subunternehmer, sondern auch jene des Erst-Bestellers gegenüber dem Hauptunternehmer tilgen, muss dies vom Willen des Hauptunternehmers getragen sein. Ein solcher Wille ist nach der hier vertretenen Ansicht im Zweifel zu vermuten, wenn der Hauptunternehmer den Erst-Besteller im Rahmen des Hauptvertrages zu Direktzahlungen an Subunternehmer berechtigt, dies im Übrigen auch dann, wenn der Erst-Besteller Eigentümer des Baugrundstückes ist.

Je nach Willen und Verständnis der konkreten Vertragsparteien kann eine solche Be- 569  
rechtigung aber auch «lediglich» bedeuten, dass der Erst-Besteller in die Rechte des durch ihn bezahlten Subunternehmers subrogieren soll. Zumindest der Erst-Besteller wird es allerdings regelmässig bevorzugen, seine Vergütungsschuld gegenüber dem Hauptunternehmer durch die Direktzahlung an den Subunternehmer ohne weiteres zu tilgen.

Vertragliche Berechtigungen zur Vornahme von Direktzahlungen knüpfen das Recht des 570  
Erst-Bestellers in aller Regel an bestimmte Voraussetzungen. Insbesondere wird dabei vorausgesetzt, dass der Hauptunternehmer die jeweilige Zahlung unberechtigterweise zurückbehält. Sind die vereinbarten Voraussetzungen nicht erfüllt, ist der Erst-Besteller im Zweifel zu keinerlei Direktzahlungen befugt. Dies bedeutet nach der hier vertretenen Auffassung, dass auch die Interventionsbefugnis des Erst-Bestellers entsprechend eingeschränkt wird. Setzt sich der Erst-Besteller über die vereinbarten Voraussetzungen hinweg, kann er dem Hauptunternehmer gegenüber u.U. auch schadenersatzpflichtig werden. Gleiches gilt, wenn der Erst-Besteller gegen ein (einseitiges) Einmischungsverbot des Hauptunternehmers verstösst (Art. 420 Abs. 3 OR).

Falls vertragliche Berechtigungen zur Vornahme von Direktzahlungen in AGBs enthalten 571  
sind, stellt sich die Frage der Ungewöhnlichkeit. Unbedenklich sind Direktzahlungsklauseln, die lediglich eine Subrogation des Erst-Bestellers in die Rechte des Hauptunternehmers vorsehen. Aber auch Bestimmungen, die den Erst-Besteller berechtigen, seine

eigene Vergütungsschuld gegenüber dem Hauptunternehmer durch Direktbezahlung eines Subunternehmers zu tilgen, sind mittlerweile durchaus branchenüblich. Auf die Ungewöhnlichkeit solcher Bestimmungen kann sich demzufolge nur, aber immerhin, derjenige Hauptunternehmer (erfolgreich) berufen, der nachweislich über wenig oder gar keine Branchenerfahrung verfügt.

- 572 Bezahlt der Erst-Besteller den Hauptunternehmer eigenmächtig, ist der Hauptunternehmer im Umfang des (direkt) Bezahlten durch Reduktion seiner Passiven bereichert. Dem Erst-Besteller steht deshalb eine entsprechende Forderung gegenüber dem Hauptunternehmer aus ungerechtfertigter Bereicherung oder GoA zu, die er gegebenenfalls mit einer eigenen Schuld gegenüber dem Hauptunternehmer verrechnen kann.
- 573 Subrogiert der Erst-Besteller i.S.v. Art. 110 OR Ziff. 1 oder Ziff. 2 OR in die Rechte des direkt bezahlten Subunternehmers, kann er die dergestalt erworbene Forderung gegenüber dem Hauptunternehmer geltend machen und sie wiederum mit einer allfälligen eigenen Schuld gegenüber dem Hauptunternehmer verrechnen.
- 574 Was die paulianische Anfechtung von Direktzahlungen anbelangt, kann zunächst festgehalten werden, dass eigenmächtige Direktzahlungen des Erst-Bestellers dem Hauptunternehmer nicht zugerechnet werden können und es somit an einer Rechtsbehandlung des Hauptunternehmers fehlt, weshalb die paulianische Anfechtung insoweit ausser Betracht fällt.
- 575 Da die paulianische Anfechtung zudem eine Gläubigerschädigung voraussetzt, können nur Direktzahlungen angefochten werden, die (auch) die Vergütungsforderung des Hauptunternehmers gegenüber dem Erst-Besteller im Umfang des Bezahlten tilgen, denn nur bei einem solchen Vorgang vermindern sich die Aktiven des Hauptunternehmers, womit das Vollstreckungssubstrat zu Lasten der übrigen Gläubiger geschmälert wird.
- 576 Paulianisch anfechtbar sind somit nur Direktzahlungen des Erst-Bestellers, die mit Willen des Hauptunternehmers getätigt werden und unmittelbar das Vollstreckungssubstrat des Hauptunternehmers schmälern.
- 577 Denkbar ist sodann, dass es zu (gar) keiner Direktzahlung kam, dass hingegen einem Subunternehmer unter Mitwirkung des Hauptunternehmers ein klagbares, unwiderrufliches Recht gegenüber dem Erst-Besteller eingeräumt wurde, sich durch den Erst-Bestel-

ler im Sinne einer (den Erst-Besteller gegenüber dem Hauptunternehmer befreienden) Direktzahlung bezahlt zu machen. Ein solcher dem Hauptunternehmer zurechenbarer Vorgang wirkt sich ebenfalls gläubigerschädigend aus, weshalb jene Rechtshandlungen, die ein solches Recht begründet haben, paulianisch anfechtbar sind, dies allerdings nur i.S.d. Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG), da die Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG) nur auf Vollzugshandlungen anwendbar ist.

Fehlt es an einem solchen klagbaren, unwiderruflichen Recht des Subunternehmers, liegt keine Gläubigerschädigung vor, weshalb eine Anfechtung der blossen Berechtigung bzw. Verpflichtung des Erst-Bestellers zur Vornahme von Direktzahlungen ausser Betracht fällt. 578

Vertragsklauseln, die den Erst-Besteller berechtigen, Subunternehmer mit befreiender Wirkung gegenüber dem Hauptunternehmer direkt zu bezahlen, sind heute überregional weit verbreitet. Eine Anfechtung i.S.v. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG wird deshalb in aller Regel an der tatbeständlich geforderten Unüblichkeit des Zahlungsmittels scheitern. 579

Im Zentrum von Art. 288 Abs. 1 SchKG steht die Schädigungsabsicht des Schuldners (Hauptunternehmer). Ausreichend ist, wenn entweder der Erst-Besteller oder der Hauptunternehmer mit Schädigungsabsicht handelt. Entgegen dem Wortlaut des Gesetzestextes ist die Schädigungsabsicht lediglich im Sinne des Eventualvorsatzes zu verstehen. Entscheidend sind die Umstände im Zeitpunkt der Vornahme der jeweiligen Direktzahlung oder, in Ermangelung einer Direktzahlung, der Begründung eines klagbaren, unwiderruflichen Rechts des Subunternehmers, sich durch den Erst-Besteller auf Kosten des Hauptunternehmers bezahlt zu machen. 580

Zumeist wird sich die Schädigungsabsicht nicht direkt nachweisen lassen, sondern müssen äussere Umstände bemüht werden, um gegebenenfalls auf die Absicht schliessen zu können. Da Direktzahlungen zumeist bei Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers vorgenommen werden, kommt dem Grad der Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers besondere Bedeutung bei der Beurteilung der Schädigungsabsicht zu: Tätigt der Erst-Besteller eine Direktzahlung bei bloss vorübergehenden Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers, muss er kaum mit einer Gläubigerschädigung rechnen, anders hingegen, wenn sich der Hauptunternehmer bereits in einer existenzbedrohlichen Finanzlage befindet. 581

- 582 Hat der Hauptunternehmer den Erst-Besteller im Rahmen des Hauptvertrages zur Vornahme von Direktzahlungen berechtigt, muss deshalb stets geprüft werden, ob der Hauptunternehmer diese Berechtigung auch für eine mögliche spätere existenzbedrohliche Finanzlage gemeint hat.
- 583 Art. 288 Abs. 1 SchKG setzt weiter voraus, dass der begünstigte Dritte (Subunternehmer) im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Handlung tatsächlich erkannt hat oder bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkennen können und müssen, dass möglicherweise eine Gläubigerschädigung als natürliche Folge der angefochtenen Handlung eintritt. Sofern der Erst-Besteller die Direktzahlung wegen Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers vornimmt, ist es kaum vorstellbar, dass der jeweilige Subunternehmer in guten Treuen nicht mit einer möglichen Gläubigerschädigung gerechnet hat oder zumindest hätte rechnen müssen.
- 584 Weiter ist (gleich wie bei Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) auch im Rahmen von Art. 288 Abs. 1 SchKG vorauszusetzen, dass der jeweilige Subunternehmer erkennen konnte, dass die angefochtene Direktzahlung auf Kosten des Hauptunternehmers erfolgte.
- 585 Schliesslich stellt sich die Frage, wer im Rahmen einer Anfechtung i.S.v. Art. 287 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG oder Art. 288 Abs. 1 SchKG passivlegitimiert ist. Der durch die angefochtene Handlung begünstigte Subunternehmer ist es ohnehin. Fraglich ist hingegen, ob auch der Erst-Besteller passivlegitimiert sein kann. Dazu wäre vorab erforderlich, dass der Erst-Besteller durch die angefochtene Direktzahlung Vermögen des Hauptunternehmers erworben hat. Der BGH bejaht einen solchen Vermögenserwerb für das deutsche Recht, dies mit der Begründung, dass jede vermögenswerte Position ein Vermögensgegenstand sein könne, folglich auch die Befreiung von einer Verbindlichkeit durch Erfüllung derselben.
- 586 Für das hiesige Recht ist die Passivlegitimation des Erst-Bestellers vornehmlich aus folgenden (alternativen) Gründen abzulehnen: (i) Die Schuldbefreiung des Erst-Bestellers wird nicht mit Mitteln des Hauptunternehmers, sondern mit eigenen Mitteln des Erst-Bestellers herbeigeführt, weshalb der Erst-Besteller insofern kein Vermögen des Hauptunternehmers erwirbt. (ii) Mit Blick auf das Bauhandwerkerpfandrecht i.S.v. Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB darf der Erst-Besteller – ob Grundeigentümer oder nicht – nicht dafür bestraft werden, dass er der vom Gesetzgeber angestrebten Präventivwirkung des

Bauhandwerkerpfandrechts Rechnung trägt und dafür sorgt, dass durch Bezahlung der Subunternehmer keine Bauhandwerkerpfandrechte eingetragen werden. (iii) Der Erst-Besteller wird kaum je geradezu kollusiv-komplizenhaft mit dem Hauptunternehmer bei Vornahme der angefochtenen Handlung zusammenarbeiten. Ein solch intensives, bösgläubiges Zusammenwirken wird aber für die Passivlegitimation jedes drittbegünstigenden Vertragspartners des Schuldners (Hauptunternehmers) vorausgesetzt. Anfechtungsgegner kann demnach immer nur der durch die angefochtene Handlung begünstigte Subunternehmer sein.

