

# **BGer 4C.129/2002 vom 3. September 2002**

Bundesgericht, 2002-09-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.129\\_2002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.129_2002)

FR: TF 4C.129/2002 du 3 septembre 2002

IT: TF 4C.129/2002 del 3 settembre 2002

## **Regeste**

Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 164 Abs. 1 OR kann der Gläubiger eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen. Der Gläubiger und sein Schuldner sind jedoch befugt, die Abtretbarkeit einer Forderung vertraglich auszuschliessen. Das sogenannte pactum de non cedendo ist Dritten gegenüber grundsätzlich wirksam (Spirig, Zürcher Kommentar, N 146 ff. zu Art. 164 OR ; Girsberger, Basler Kommentar, N 32 zu Art. 164 OR ). Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Beklagte - als Schuldnerin - sich nicht auf das im Werkvertrag enthaltene Abtretungsverbot berufen könne. Sie erwog, die Beklagte habe sich nicht daran gehalten, sondern - vermutlich um die Aufhebung eines für sie nachteiligen Lieferstopps zu erreichen - als erste anlässlich einer Sitzung vom 20. Januar 1997 versucht, die Zedentin zu einer Abtretung zu Gunsten der Klägerin zu bewegen. Diese habe darauf vertrauen können, dass entweder kein vertragliches Abtretungsverbot bestand oder dass ein solches durch die Beklagte aufgehoben worden war. Ein schriftlich vereinbartes Abtretungsverbot könne mit Einverständnis des Schuldners jederzeit rückgängig gemacht werden. Die Beklagte habe sich erst in der Klageantwort auf das Abtretungsverbot berufen. Auch habe sie sich mit den Zessionen zu Gunsten der drei anderen Unterakkordanten der Zedentin einverstanden erklärt. Zwar bilde nicht jede Änderung der Auffassung ein venire contra factum proprium. Dies sei aber dann der Fall, wenn ein Partner in schutzwürdigem Vertrauen auf früheres Verhalten Handlungen vorgenommen habe, die ihm nunmehr - wegen des widersprüchlichen Verhaltens - zum Nachteil gereichen. Ein solches Verhalten sei ein Fall des Rechtsmissbrauchs. Das Verhalten der Beklagten sei widersprüchlich und ihre Berufung auf das Abtretungsverbot missbräuchlich. Die zwischen der Klägerin und der Zedentin vereinbarte Abtretung sei somit gültig.

### **E. 1.2**

Als Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs erfasst Art. 2 Abs. 2 ZGB auch das widersprüchliche Verhalten (venire contra factum proprium). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gibt es allerdings keinen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln. Setzt sich jemand zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch, ist darin nur dann ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, welches durch die neuen Handlungen enttäuscht würde. Der Vertrauende muss auf Grund des geschaffenen Vertrauens Dispositionen getroffen haben, die sich nun als nachteilig erweisen ( BGE 125 III 257 E. 2a mit Hinweisen). Aus der Schutzfunktion

von Art. 2 ZGB folgt unter anderem, dass in die wertende Betrachtung nicht allein das Verhalten des Gläubigers unter dem Blickwinkel des widersprüchlichen Verhaltens einzubeziehen ist, sondern auch der Schutzbedarf des Schuldners ( BGE 125 III 257 E. 2c).

### **E. 1.3**

Die Beklagte macht eine Verletzung von Art. 2 ZGB geltend. Sie behauptet, sie sei nie - weder mündlich noch schriftlich - über die Zession orientiert worden, bevor diese am 22. April 1997 bei ihr eingetroffen sei. Insofern trägt sie dem für das Bundesgericht durch die Vorinstanz verbindlich festgestellten Sachverhalt ( Art. 63 Abs. 2 OG ) nicht Rechnung, wonach sie als erste versucht hat, anlässlich einer Sitzung vom 20. Januar 1997 die Zedentin zu einer Abtretung zu Gunsten der anwesenden Klägerin zu bewegen. Bloss zwei Tage nach dieser Sitzung, nämlich am 22. Januar 1997, vereinbarten die Zedentin und die Klägerin die strittige Abtretung. Das Verhalten der Beklagten muss als vertrauensbegründend betrachtet werden, denn es veranlasste die Klägerin, nicht nur innert kürzester Frist die Abtretung zu vereinbaren, sondern auch weitere Dispositionen zu treffen, d.h. Arbeiten zu Gunsten der Beklagten auszuführen bzw. von allfälligen Lieferungseinstellungen abzusehen. Unter diesen Voraussetzungen konnte die Beklagte - trotz Fehlens eines direkten Zahlungsverprechens ihrerseits - eine zukünftige Zession nicht mehr ausschliessen, ohne in Widerspruch zu verfallen. Die Beklagte wendet ferner ein, sie habe stets klar zu verstehen gegeben, dass Abtretungen im Rahmen des Turnhallenbaus nur ausnahmsweise, schriftlich, genehmigt werden könnten, was die Klägerin auch gewusst hätte. Damit stützt sich die Beklagte in ihrer Berufung unzulässigerweise auf einen Sachverhalt, der vom festgestellten abweicht (vgl. Art. 55 Abs. 1 lit. c OG ). Auch deuten die drei von ihr genehmigten Zessionen im Zusammenhang mit dem auszuführenden Werk auf eine gegenteilige Praxis. Schon allein dadurch, dass die Beklagte die Klägerin zu einer Abtretung bewegen wollte, sie sich jedoch anlässlich der Anzeige der strittigen Zession auf das Abtretungsverbot berief, hat sie ein Verhalten an den Tag gelegt, das von der Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden konnte. Unerheblich ist dabei, ob sich die Beklagte erst in der Klageantwort auf das Abtretungsverbot berufen hat. Die übrigen Äusserungen der Beklagten, die sich auf die angeblich zweifache bzw. ungerechtfertigt hohe Bezahlung der gleichen Arbeit beziehen, werden soweit notwendig nachfolgend berücksichtigt.

### **E. 1.4**

Die Beklagte ist der Ansicht, nach dem Vertrauensgrundsatz hätte es an der Zedentin gelegen, die Zessionarin, d.h. die Klägerin, auf das im Werkvertrag vereinbarte Abtretungsverbot hinzuweisen. Aus der Tatsache, dass die Zedentin gegenüber der Zessionarin ihre Auskunftspflicht verletzt haben könnte (vgl. Art. 170 Abs. 2 OR ), indem sie sie nicht auf das im Werkvertrag enthaltene Abtretungsverbot aufmerksam machte, kann die Beklagte im vorliegenden Verfahren nichts zu ihren Gunsten ableiten, da die Verletzung der Auskunftspflicht für sich allein keinen Grund zur Ungültigkeit der Zession darstellt, sondern lediglich - zugunsten der Zessionarin - eine Schadenersatzpflicht aus Vertragsverletzung gegenüber der Zedentin begründen könnte (Girsberger, a.a.O., N. 12 ff. Zu Art. 170 OR ).

### **E. 2**

Da die Abtretung gültig ist, stellt sich die Frage, ob der Zedentin im Zeitpunkt der Notifikation der Zession noch eine Forderung gegenüber der Beklagten in der Höhe der

Abtretung zustand. Die Vorinstanz kam - für das Bundesgericht verbindlich - zum Schluss, diese betrage Fr. 158'464.70 brutto bzw. Fr. 154'500.-- netto. Die Zedentin ihrerseits schulde jedenfalls der Klägerin den geforderten Betrag von Fr. 111'079.60. Die Vorinstanz ging bei der Berechnung der Forderung, die der Zedentin gegenüber der Beklagten noch zustand, vom Brutto- bzw. Nettowerklohn aus, von dem sie die beiden Anzahlungen an die Zedentin, die drei unstrittigen Zessionen sowie einen weitervergebenen Teilauftrag betreffend Storeninstallationen in Abzug brachte. Die Beklagte habe weitere Zahlungen an andere Unternehmer, welche an Stelle der Zedentin hätten beigezogen werden müssen, oder sonstige Gegenforderungen gegenüber der Zedentin weder geltend gemacht noch substantiiert. Zwar gehe aus einer internen Abrechnung der Beklagten vom 22. Oktober 1999 hervor, die Zedentin habe lediglich Arbeiten im Umfang von Fr. 936'968.05 ausgeführt, was zur Folge hätte, dass die Forderung für die effektiv erbrachten Arbeiten - abzüglich Rabatt und Skonto zuzüglich Mehrwertsteuer - durch die geleisteten Zahlungen gedeckt wären. Diese Abrechnung sei jedoch von der Zedentin nirgendwo anerkannt und daher nicht beweiskräftig. Zudem stehe ihr ein Protokoll der Baukommissionssitzung vom 29. April 1997 entgegen, wonach die Zedentin ca. 95% des Materials geliefert habe. Der Umfang ihrer Leistungen habe demnach mehr als die in der Abrechnung festgehaltene Summe betragen müssen. Da dieses Beweisergebnis für das Bundesgericht verbindlich ist, sind die Einwendungen der Beklagten, mit welchen sie ihre Schuldpflicht gegenüber der Zedentin bestreitet, nicht zu hören.

### **E. 3.1**

Sodann ist der Umfang der abgetretenen Forderung zu prüfen. Dabei muss die Frage, ob nur der Anspruch auf eine Akontozahlung oder derjenige auf den Werklohn abgetreten wurde, beantwortet werden. Die Zession ist ein Vertrag (Gauch/Schluep/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 7. Aufl., N 3540), dessen Auslegung sich nach Art. 18 OR richtet und dessen Inhalt sich nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien bestimmt. Die Abtretung bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form ( Art. 165 Abs. 1 OR ). Diese hat alle wesentlichen Teile der Willenserklärung zu decken. Es genügt jedoch, wenn die abzutretende Forderung und ihr Betrag bestimmbar sind (Spirig, a.a.O., N 27 zu Art. 165 OR ). Dasselbe gilt - entgegen der Behauptung der Beklagten - auch für den Schuldner, der die Abtretungserklärung nicht unterzeichnen muss (Spirig, a.a.O., N 33 zu Art. 165 OR ). Der wirkliche Wille der Vertragsparteien ist nur beachtlich, soweit er von der förmlichen Erklärung gedeckt wird. Auf einen nicht verkündeten Willen des Zedenten kann es nicht ankommen (BGE105 II 83 E. 2 S. 84). Soweit kein wirklicher Wille der Parteien festgestellt werden kann, gilt das Vertrauensprinzip: es muss auf ihren hypothetischen Willen abgestellt werden. Die Feststellung des hypothetischen Willens ist Rechtsfrage und kann damit Gegenstand der Berufung bilden ( BGE 125 III 305 E. 2b S. 308 mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Um den genauen Umfang der Abtretung zu ermitteln, hat die Vorinstanz zunächst auf den schlecht formulierten Wortlaut der Abtretungserklärung hingewiesen, insbesondere auf den darin verwendeten Begriff "gesamte Etappenrechnungen". Um Letzteren zu erfassen, hat sie sich - zu Recht (vgl. BGE 126 III 119 E. 2a S. 120 mit Hinweisen) - mit den der Schuldnerin bekannten vertragsbegleitenden Umständen, nämlich den beiden Akonto-Zahlungsgesuchen der Zedentin, auseinandergesetzt. In diesem Zusammenhang hielt sie - für das Bundesgericht verbindlich - fest, im Zeitpunkt der Abtretung sei das erste

der beiden Akonto-Zahlungsgesuche der Zedentin längst beglichen worden, weshalb dessen Abtretung keinen Sinn mehr machen können. Das zweite Akonto-Zahlungsgesuch sei etwa zehn Tage vor der Abtretungserklärung gestellt worden. Auf Grund der im Werkvertrag der Schuldnerin enthaltenen Ziffer 16 der Allgemeinen Bedingungen sowie der SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977; insbesondere Art. 144/145), auf welche diese verweisen, erwog die Vorinstanz, Akonto-Zahlungsgesuche würden in der Regel nur für bereits geleistete Arbeiten gestellt. Demzufolge habe die Zedentin nach dem zweiten Akonto-Zahlungsgesuch noch weitere Arbeiten geleistet bzw. Lieferungen getätigt, die Gegenstand der Abtretung gebildet hätten. Die Abtretungserklärung beziehe sich mithin ebenfalls auf künftige Forderungen.

### **E. 3.3**

Ziffer 16 der Allgemeinen Bedingungen des Werkvertrages sieht unter anderem Folgendes vor: "Für Abschlagszahlungen sind Teilrechnungen über die am Bau ausgeführten Arbeiten aufzustellen. Für Pauschalaufträge können Akontozahlungen mit approximativen Leistungsangaben eingereicht werden...". Wie die Vorinstanz zu Recht angenommen hat, werden Abschlagszahlungen nach Massgabe bereits erbrachter Unternehmerleistungen fällig (Gauch/Schumacher, Kommentar zur SIA-Norm 118, Vorbem. zu Art. 144-148, 5.2). Die Schuldnerin wollte in ihrem Werkvertrag von dieser Regel offensichtlich nicht abweichen. Die Auslegung der Abtretungserklärung mit Blick auf die im Werkvertrag der Schuldnerin erwähnten Abschlags- bzw. Akontozahlungen ist bundesrechtskonform. Das Ergebnis der durch die Vorinstanz vorgenommenen objektiven Auslegung trägt sowohl dem Wissensstand der Schuldnerin - auf deren Verständnis die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ebenfalls Rücksicht zu nehmen hat (vgl. BGE 105 II 83 E. 2 S. 84) - als auch dem mutmasslichen Parteiwillen im Rahmen der Zession Rechnung. Zusammenfassend ist von einer Teilabtretung der offenen Restforderung (Werklohn) auszugehen.

### **E. 4**

Schliesslich bestreitet die Beklagte die Forderung der Zessionarin gegenüber der Zedentin. Dies steht ihr grundsätzlich nicht zu, da das zwischen der Klägerin und der Zedentin bestehende Rechtsverhältnis sie nicht berührt (Spirig, a.a.O., N 60 zu Art. 169 OR ; Girsberger, a.a.O., N 7 zu Art. 169 OR ). Folglich ist über die Höhe der der Klägerin zustehenden Werklohnforderung (gegenüber der Zedentin) nicht Beweis zu führen und stellt sich die Frage einer allfälligen Verletzung von Art. 8 ZGB nicht. Die Bestreitung der Werklohnforderung der Klägerin wäre nur beachtlich, wenn die Beklagte die streitige Summe gleichzeitig nach Art. 168 OR hinterlegt hätte ( BGE 50 II 389 E. 2b). Dies ist offensichtlich nicht der Fall.

### **E. 5**

Aus diesen Gründen ist die Berufung abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann, und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen. Dem Verfahrensausgang entsprechend trägt die Beklagte die Gerichtsgebühr ( Art. 156 Abs. 1 OG ) und hat der Klägerin eine Parteienschädigung zu entrichten ( Art. 159 Abs. 1 und 2 OG ).