

Prof. Dr. iur. Susan Emmenegger
unter Mitarbeit von Rahel Good, MLaw, Rechtsanwältin
Universität Bern
Zivilistisches Seminar
Schanzeneckstrasse 1
Postfach 8573
CH-3001 Bern
susan.emmenegger@ziv.unibe.ch

Lösungsskizze
Schriftliche Falllösung im Privatrecht
„Der Schein trügt?“

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS.....	II
ZUR EINSTIEGSAUFGABE.....	1
ZUR AUFGABENSTELLUNG	1
I. SACHVERHALT	1
1. Was ist passiert?	1
2. Was wollen die Parteien?	1
II. ZUSTÄNDIGKEIT	1
1. Örtliche Zuständigkeit	2
a) Zuständigkeit nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung.....	2
b) Zuständigkeit innerhalb des Kantons Bern	2
2. Sachliche und funktionelle Zuständigkeit	2
3. Fazit zur Zuständigkeit	4
III. AKTIVLEGITIMATION	5
1. Gültigkeitsvoraussetzungen der Zession im Allgemeinen.....	5
2. Abtretungsverbot.....	8
a) Beschränkter Gutgläubensschutz im Zessionsrecht	8
b) Keine Genehmigung der Abtretung	9
c) Rechtsmissbräuchliche Berufung auf das Abtretungsverbot.....	13
3. Verletzung der Auskunftspflicht?	16
4. Fazit zur Aktivlegitimation.....	17
IV. EMPFEHLUNG FÜR WEITERES VORGEHEN AN TOP STOVE AG	17

LITERATURVERZEICHNIS

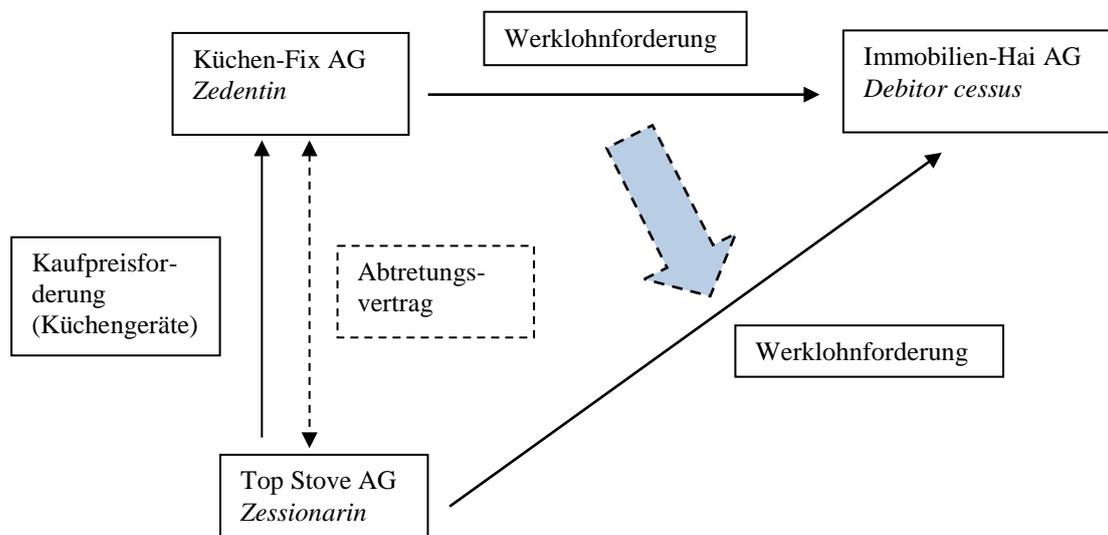
- Benn, Jurij*, Art. 142-146 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel u.a. 2013.
- Engel, Pierre*, Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO, 2 éd., Berne 1997.
- Frei, Nina J.*, Art. 78-82 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel u.a. 2013.
- Gauch, Peter*, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich u.a. 2011.
- Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan*, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 2 Bände, 9. Aufl., Zürich u.a. 2008.
- Girsberger, Daniel*, Vorbemerkungen zu Art. 164 – 174 OR und Art. 164 – 174 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel u.a. 2011.
- Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, Regina E.*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung Art. 1-9 ZGB, Bern 2012.
- Hofstetter, Josef/Thurnherr, Christoph*, Art. 836-841 ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 4. Aufl., Basel u.a. 2011.
- Honsell, Heinrich*, Art. 2 ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel u.a. 2010.
- Huguenin, Claire*, Obligationenrecht. Allgemeiner und besonderer Teil, Zürich u.a. 2012.
- Koller, Alfred*, Werkvertragliche Mängelrechte und Abtretung der Werklohnforderung, in: BR 1984, S. 63-68.

- Kramer, Ernst A./Schmidlin Bruno*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986.
- Probst, Thomas*, Art. 164-174 OR, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, 2. Ed., Bâle 2012.
- Reetz, Peter*, Die Sicherungszession von Forderungen. Unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Zürich u.a. 2006.
- Rüetschi, David*, Art. 6-8 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich u.a. 2013.
- Schenker, Franz*, Art. 626-649 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel u.a. 2012.
- Schmid, Hans/Lardelli, Flavio*, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel u.a. 2010.
- Schulin, Hermann/Vogt, Nedim P.*, Die Unabtretbarkeit von Forderungen: Bemerkungen zum schweizerischen Vertrags- und Erbrecht, in: Pascal Pichonnaz/ Nedim P. Vogt/ Stephan Wolf (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 609-623.
- Schumacher, Rainer*, Das Bauhandwerkerpfandrecht. Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich u.a. 2011.
- Schwenzer, Ingeborg*, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012.
- Spirig, Eugen*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Band V: Obligationenrecht, Teilband V/1k/1: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung Art. 164-174 OR, 3. Aufl., Zürich 1993.

- Staehelin, Adrian*, Art. 124-149 ZPO, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich u.a. 2013.
- Staehelin, Adrian/Staehelin, Daniel/Grolimund, Pascal*, Zivilprozessrecht. Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Zürich u.a. 2013.
- Vock, Dominik/Nater, Christoph*, Art. 6 ZPO, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel u.a. 2013.
- von Thur, Andreas/Escher, Arnold*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974.
- Watter, Rolf*, Art. 32-40 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel u.a. 2011.
- Zobl, Dieter/Thurnherr, Christoph*, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Bern 2010.

ZUR EINSTIEGSAUFGABE

Skizze der Fallkonstellation:



ZUR AUFGABENSTELLUNG

I. Sachverhalt

1. Was ist passiert?

Siehe Aufgabenblatt.

2. Was wollen die Parteien?

Die Top Stove AG fordert von der Immobilien-Hai AG die Bezahlung von CHF 85'375.00.

Die Immobilien-Hai AG verweigert die Bezahlung des geltend gemachten Betrages und bestreitet zudem die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Handelsgericht des Kantons Bern).

II. Zuständigkeit

Die Immobilien-Hai AG, die Top Stove AG sowie die Küchen-Fix AG haben ihren Sitz in der Schweiz. Zudem werden die Designer-Wohnungen am Zürichsee gebaut. Demnach liegt ein Binnensachverhalt vor und die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts richtet sich nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung¹ und allenfalls nach kantonalen Gesetzen.

¹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272).

1. Örtliche Zuständigkeit

a) Zuständigkeit nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung

Bei der von der Top Stove AG gerichtlich geltend gemachten Forderung handelt es sich um eine Werklohnforderung, die ihre Grundlage im zwischen der Küchen-Fix AG und der Immobilien-Hai AG am 15. Januar 2013 abgeschlossenen Werkvertrag hat. Es handelt sich somit um eine Forderung aus Vertrag.

Die örtliche Zuständigkeit für Klagen aus Vertrag ergibt sich aus Art. 31 ZPO. Der Kläger kann demzufolge wählen, ob er die Klage beim Gericht am Sitz der beklagten Partei oder am Ort, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist, erheben will.

Zwischenfazit: Die beklagte Immobilien-Hai AG hat ihren Sitz in Konolfingen (BE). Die Top Stove AG ist somit berechtigt, ihre Klage gegen die Immobilien-Hai AG an dem für Konolfingen zuständigen Gericht zu erheben.

b) Zuständigkeit innerhalb des Kantons Bern

Die Top Stove AG hat ihre Klage gegen die Immobilien-Hai AG beim Handelsgericht des Kantons Bern eingereicht. Dabei handelt es sich um ein Fachgericht, das unter anderem handelsrechtliche Streitigkeiten beurteilt.² Dieses Fachgericht ist für das gesamte Kantonsgebiet örtlich zuständig und damit auch für Konolfingen.

Nachfolgend ist deshalb zu untersuchen, ob das Handelsgericht des Kantons Bern auch sachlich zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig ist.

2. Sachliche und funktionelle Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das kantonale Recht geregelt (Art. 4 Abs. 1 ZPO). Wie soeben ausgeführt, verfügt der Kanton Bern über ein Handelsgericht, das als einzige kantonale Instanz für handelsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist.³

In Art. 6 Abs. 2 ZPO sind die kumulativen Voraussetzungen für die Qualifikation einer Streitigkeit als „handelsrechtlich“ enthalten: Eine Streitigkeit gilt demnach als „handelsrechtlich“, wenn die geschäftliche Tätigkeit von mindestens einer Partei betroffen ist (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO), gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an

² Siehe dazu Art. 6 Abs. 1 ZPO und Art. 7 Abs. 1 EG ZSJ (Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung vom 11. Juni 2009, EG ZSJ, BSG 271.1).

³ Siehe Fn. 2.

das Bundesgericht offen steht (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO) und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO). Ob diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind, ist nachfolgend zu prüfen.

Der Begriff „geschäftliche Tätigkeit“ umfasst alle berufs- und gewerbmässig betriebenen Geschäfte einer im Handelsregister eingetragenen Person. Es ist dabei die charakteristische Leistung im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit gemeint.⁴ Die von der Top Stove AG geltend gemachte Forderung stützt sich auf einen Werkvertrag, den die beklagte Immobilien-Hai AG mit der Küchen-Fix AG abgeschlossen hat. Dieser Werkvertrag beinhaltet den Einbau von Luxus-Küchen in Designer-Wohnungen, welche im Auftrag der Immobilien-Hai AG gebaut wurden. Gemäss Sachverhalt realisiert die Immobilien-Hai AG als Bauherrin viele derartige Bauprojekte. Es ist somit offensichtlich die charakteristische Leistung, im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit, der Immobilien-Hai AG betroffen.

Eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht steht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten lediglich offen, wenn das Streitwerterfordernis gemäss Art. 74 BGG erfüllt ist. Bilden Forderungen aus Werkverträgen den Prozessgegenstand, muss der Streitwert gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG mindestens CHF 30'000.00 betragen. Der Streitwert wird nach dem Rechtsbegehren bestimmt.⁵ Die Top Stove AG hat eine Forderung über CHF 85'375.00 gerichtlich geltend gemacht. Das Streitwerterfordernis ist somit vorliegend erfüllt und die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht steht grundsätzlich offen.

NB: Nach Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG ist für die Beschwerde in Zivilsachen zwar kein Streitwert erforderlich, wenn ein Bundesgesetz eine einzige kantonale Instanz vorsieht. Bei handelsrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 6 Abs. 2 ZPO ist die Erreichung der Streitwertgrenze gemäss Art. 74 Abs. 1 BGG eine Voraussetzung für die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts.⁶

Weiter müssen die Parteien im Handelsregister eingetragen sein. Bei der Top Stove AG und der Immobilien-Hai AG handelt es sich um Aktiengesellschaften gemäss Art. 620 ff. OR. Aktiengesellschaften

⁴ BGE 138 III 471 E. 1.1 S. 475; *Vock/Nater*, Basler Kommentar ZPO, N. 8 zu Art. 6 ZPO.

⁵ Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG; *Vock/Nater*, Basler Kommentar ZPO, N. 10 zu Art. 6 ZPO.

⁶ BGE 139 III 67 E. 1.2 S. 69 f.

mit Sitz in der Schweiz, erlangen nach schweizerischem Obligationenrecht erst dann Rechtspersönlichkeit, wenn sie an ihrem Sitz im Handelsregister eingetragen sind.⁷ Der Handelsregistereintrag ist somit konstitutiv für das Erlangen der Rechtsfähigkeit. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist deshalb vorliegend davon auszugehen, dass beide Parteien an ihrem jeweiligen Sitz im Handelsregister eingetragen sind.

Demzufolge sind vorliegend die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt und es handelt sich bei der von der Top Stove AG geltend gemachten Klage um eine handelsrechtliche Streitigkeit.

Sind die Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO erfüllt, ist das Handelsgericht zwingend zuständig.⁸ Dem Kläger steht in dieser Konstellation kein Wahlrecht zu, die Klage beim ordentlichen Gericht zu erheben.

Die *funktionelle Zuständigkeit* regelt, welches Gerichtsorgan für ein bestimmtes Verfahrensstadium innerhalb eines Prozesses zuständig ist.⁹ Liegt eine handelsrechtliche Streitigkeit gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO vor und verfügt der örtlich zuständige Kanton über ein Handelsgericht für solche Streitigkeiten, urteilt dieses (Kollegial-)Gericht¹⁰ als einzige kantonale Instanz (Art. 6 Abs. 1 ZPO, Art. 7 Abs. 1 EG ZSJ). Zudem ist direkt Klage bei diesem Gericht zu erheben (gemäss Art. 220 ff. ZPO). Ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde ist gemäss Art. 198 lit. f ZPO ausgeschlossen.

Zwischenfazit: Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit Handelsgericht des Kantons Bern ist vorliegend zu bejahen.

3. Fazit zur Zuständigkeit

Den vorangehenden Ausführungen zufolge ist die Unzuständigkeitsrede der Immobilien-Hai AG unbegründet. Für die vorliegende Klage der Top Stove AG ist das Handelsgericht des Kantons Bern örtlich, sachlich und funktionell zuständig.

⁷ Art. 640 und 643 Abs. 1 OR; *Schenker*, Basler Kommentar OR II, N. 1 zu Art. 643 OR.

⁸ *Rüetschi*, Zürcher Kommentar ZPO, N. 19 zu Art. 6 ZPO.

⁹ *Stahelin/Stahelin/Grolimund*, Zivilprozessrecht, § 9 N. 21. Kanton Bern: Art. 7 Abs. 1 EG ZSJ.

¹⁰ Art. 45 Abs. 1 und 2 GSOG (Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft vom 11. Juni 2009, GSOG, BSG 161.1).

III. Aktivlegitimation

In einem Zivilprozess ist diejenige Person zur Klage legitimiert (aktivlegitimiert), welche am geltend gemachten Anspruch materiellrechtlich berechtigt ist. Die Aktivlegitimation beurteilt sich nach materiellem Recht und nicht nach Prozessrecht.¹¹ Es obliegt dem Kläger, die Tatsachen zu beweisen, woraus er seine Aktivlegitimation im Prozess ableitet.¹²

Die Top Stove AG stützt ihren gerichtlich gegen die Immobilien-Hai AG geltend gemachten Anspruch (Bezahlung des ausstehenden Werklohnes) auf die Abtretungserklärung der Küchen-Fix AG vom 21. Juni 2013. Es ist somit nachfolgend zu prüfen, ob diese Abtretung von der Küchen-Fix AG an die Top Stove AG gültig erfolgt ist.

1. Gültigkeitsvoraussetzungen der Zession im Allgemeinen

Der Zession als Verfügungsgeschäft (vertragliche Übertragung einer Forderung) liegt in der Regel ein Verpflichtungsgeschäft zugrunde, welches zumeist als schuldrechtlicher Vertrag ausgestaltet ist.¹³ Das Verpflichtungsgeschäft einer Sicherungszession¹⁴ (Sicherungsabrede/pactum fiduciae) beinhaltet den Sicherungszweck der Zession und regelt die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien. Dazu gehören insbesondere die Voraussetzungen der Verwertung der Sicherungsforderung. Die Pflicht des Zessionars zur Rückzession der Sicherungsforderung bei Erlöschen der Hauptforderung ergibt sich aus dem Sicherungszweck.¹⁵ Das Verpflichtungsgeschäft zu einer Zession ist formlos gültig (Art. 165 Abs. 2 OR). Gemäss herrschender Lehre gilt dies auch für die Sicherungsabrede.¹⁶

¹¹ *Stahelin/Stahelin/Grolimund*, Zivilprozessrecht, § 13 N. 20.

¹² *Schmid/Lardelli*, Basler Kommentar ZGB I, N. 42 zu Art. 8 ZGB; BGE 123 III 60 E. 3a S. 62.

¹³ *Girsberger*, Basler Kommentar OR I, N. 16 zu Art. 164 OR.

¹⁴ *Zobl*, Berner Kommentar, N. 1565 i.V.m. 1390 ff., 1566 zu Syst. Teil vor Art. 884-887 ZGB. Teilweise abweichend: *Reetz*, Sicherungszession, Rz. 47 ff.

¹⁵ BGE 106 III 5 E. 1 S. 7. Weiter kann die Pflicht zur Rückzession auch aus einer analogen Anwendung von Art. 899 Abs. 2 i.V.m. Art. 889 ZGB hergeleitet werden. Siehe dazu auch: *Zobl*, Berner Kommentar, N. 1617 zu Syst. Teil vor Art. 884-887 ZGB.

¹⁶ *Zobl*, Berner Kommentar, N. 1564 zu Syst. Teil vor Art. 884-887 ZGB; a.M. *Reetz*, Sicherungszession, Rz. 96 ff. Dieser Autor erachtet die Schriftlichkeit der Sicherungsabrede in analoger Anwendung von Art. 900 Abs. 1 ZGB als Gültigkeitsvoraussetzung für die Sicherungszession.

Grundsätzlich sind alle Forderungen aus zweiseitigen Verträgen abtretbar.¹⁷ Abtretbar sind auch Teilforderungen, sofern der Leistungsinhalt teilbar ist und dadurch das Rechtsmissbrauchsverbot nicht verletzt wird.¹⁸ Die Abtretbarkeit einer Forderung kann hingegen durch das Gesetz, die Natur des Rechtsverhältnisses oder eine Vereinbarung ausgeschlossen sein (Art. 164 Abs. 1 OR). Eine gültige Abtretung muss zudem folgende Voraussetzungen¹⁹ erfüllen:

- Der Zedent benötigt Verfügungsmacht über die betreffende Forderung.
- Für die Abtretungserklärung ist die Schriftform vorgeschrieben (Art. 165 Abs. 1 OR). Einfache Schriftlichkeit gemäss Art. 13 ff. OR genügt. Somit bedarf es lediglich der Unterschrift des Zedenten, da sich nur dieser verpflichtet.
- Aus der Abtretungserklärung muss sich zweifelsfrei ergeben, wer nach der Abtretung Forderungsinhaber (Zessionar) sein soll. Zudem muss die abgetretene Forderung mindestens bestimmbar sein.

NB: Gemäss Art. 170 Abs. 2 OR hat der Zessionar einen Rechtsanspruch auf Herausgabe allfälliger Schuldurkunden. Die Abtretung ist jedoch auch gültig, wenn die Schuldurkunden nicht herausgegeben werden oder keine (mehr) bestehen. In der Lehre umstritten ist hingegen, ob die Übergabe der Schuldurkunden bei einer Abtretung sicherungshalber konstitutiv für die Gültigkeit der Abtretung ist.²⁰

Gantenbein und Loeffel haben sich am 20. Juni 2013 getroffen und sich in den Namen der Küchen-Fix AG sowie der Top Stove AG mündlich auf Ratenzahlungen sowie die Übertragung der Werklohnforderung als Sicherheit geeinigt. Die Top Stove AG sollte aber die Werklohnforderung erst verwerten, wenn die Küchen-Fix AG mit ihren Ratenzahlungen in Verzug gerät. Die Vertragsparteien haben sich somit über den Sicherungszweck und die Verwertungsmodalitäten geeinigt. Da gemäss herrschender Lehre für die Sicherungsabrede

¹⁷ Zur grundsätzlichen Abtretbarkeit der Werklohnforderung siehe: BGE 109 II 445 E. 2 S. 445; BGer Urteil 4C.41/2003 vom 24. Juni 2003 E. 4.3.

¹⁸ BGer Urteil 4A_125/2010 vom 12. August 2010 E. 2.2. Siehe dazu auch *Girsberger*, Basler Kommentar OR I, N. 11 zu Art. 164 OR.

¹⁹ Zu den Voraussetzungen für eine gültige Abtretung siehe statt Vieler: *Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger*, OR AT, Rz. 3410 und 3415 ff.; *Schwenzer*, OR AT, Rz. 90.11 ff.; *von Thur/Escher*, OR AT, S. 331 ff.; BGE 130 III 417 E. 3.3 S. 426; BGer Urteil 4C.129/2002 vom 3. September 2002 E. 3.1; BGer Urteil 4C.39/2002 vom 30. Mai 2002 E. 2b.

²⁰ Siehe dazu: *Zobl*, Berner Kommentar, N. 1588 zu Syst. Teil vor Art. 884-887 ZGB m.w.H.

keine bestimmte Form vorgeschrieben ist, kann sie auch mündlich geschlossen werden. Damit liegt ein gültiges Verpflichtungsgeschäft vor und es erübrigen sich Ausführungen zur umstrittenen Natur der Zession (abstrakt oder kausal).²¹

Die Küchen-Fix AG ist gemäss Werkvertrag vom 15. Januar 2013 Gläubigerin der Werklohnforderung gegenüber der Immobilien-Hai AG. Damit stand ihr im Zeitpunkt der Unterzeichnung und Überreichung der Abtretungserklärung grundsätzlich die Verfügungsmacht über diese Werklohnforderung zu. Die Abtretungserklärung vom 21. Juni 2013 ist schriftlich abgefasst und von Gantenbein im Namen der Küchen-Fix AG (Zedentin) eigenhändig und rechtsgültig unterzeichnet. Die abgetretene Forderung ist eindeutig bestimmt (Werklohnforderung aus dem Werkvertrag vom 15. Januar 2013). Der Betrag der abgetretenen Forderung entspricht der zweiten Tranche des Werklohnes, die im Abtretungszeitpunkt noch ausstehend ist. Es handelt sich dabei um eine Forderung aus einem zweiseitigen Vertrag, die grundsätzlich abtretbar ist. Ebenso klar ergibt sich aus der Abtretungserklärung, dass die Immobilien-Hai AG Schuldnerin der Forderung ist und die Top Stove AG neue Gläubigerin (Zessionarin) wird. Ausserdem wird der Top Stove AG der Werkvertrag im Original ausgehändigt. Damit ist auch die Schuldurkunde auf die Zessionarin übergegangen.

Zwischenfazit: Soweit sind die Voraussetzungen für eine gültige Abtretung erfüllt. Zu klären bleibt somit nur noch, ob das Gesetz, die Natur des Rechtsverhältnisses oder eine Vereinbarung der Abtretung entgegenstehen (Art. 164 Abs. 1 OR). Die Abtretbarkeit kann durch vertragliche Vereinbarung komplett ausgeschlossen oder lediglich Einschränkungen unterworfen werden (z.B. einem Genehmigungsvorbehalt des Schuldners).²²

Weder das Gesetz noch die Natur des Rechtsverhältnisses²³ stehen der Abtretung einer Werklohnforderung entgegen. Die Küchen-Fix AG und die Immobilien-Hai AG haben jedoch im Werkvertrag eine Klausel aufgenommen und durch Unterschrift anerkannt, welche die Abtretung von Forderungen aus dem Vertragsverhältnis nur mit ausdrücklicher Zustimmung der anderen Vertragspartei erlaubt.

²¹ Vom Bundesgericht offen gelassen: BGE 84 II 355 E. 1 S. 363 f. In der Lehre umstritten: Überblick bei *Probst*, Commentaire romand CO I, N. 6 ad Art. 164 CO.

²² *Girsberger*, Basler Kommentar OR I, N. 32 zu Art. 164 OR; *Spirig*, Zürcher Kommentar, N. 157 zu Art. 164 OR.

²³ BGE 109 II 445 E. 2 S. 445.

Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob diese Klausel zur Ungültigkeit der Abtretung vom 21. Juni 2013 führt.

2. Abtretungsverbot

a) Beschränkter Gutgläubensschutz im Zessionsrecht

Ein zwischen dem Schuldner und seinem Gläubiger vertraglich vereinbartes Abtretungsverbot ist grundsätzlich wirksam und der „Zessionar“ muss es sich entgehen lassen. Dies gilt grundsätzlich auch gegenüber einem gutgläubigen „Zessionar“. Das Abtretungsverbot ist an keine besondere Form gebunden.²⁴ Die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Gläubigers darf durch das Abtretungsverbot nicht so stark beschränkt werden, dass dieser in seiner Persönlichkeit verletzt würde (Art. 27 Abs. 2 ZGB).²⁵ Für eine derartige Beschränkung ergeben sich aus dem Sachverhalt jedoch keine Anhaltspunkte.

Ausnahmsweise wird jedoch der gute Glaube des Zessionars geschützt. Dafür müssen die in Art. 164 Abs. 2 OR genannten Voraussetzungen *kumulativ* erfüllt sein: Für die Forderung besteht ein schriftliches Schuldbekenntnis, das kein Abtretungsverbot enthält. Der Zessionar muss von diesem Schuldbekenntnis Kenntnis haben und zudem gutgläubig darauf vertrauen, dass kein Abtretungsverbot besteht.²⁶ Ein schriftliches Schuldbekenntnis stellt eine Schuldurkunde dar. Eine Schuldurkunde ist eine Urkunde, in der eine Schuld anerkannt wird.²⁷

Vorliegend wurde im Werkvertrag vom 15. Januar 2013 ein Abtretungsverbot schriftlich vereinbart. Dieser Werkvertrag wurde der Top Stove AG zusammen mit der Abtretungserklärung überreicht. Loeffel legte den Werkvertrag jedoch in einem Aktenordner ab, ohne auch nur einen einzigen Blick hineinzuworfen. Erst als er die Forderung gegen die Immobilien-Hai AG geltend machen wollte, erlangte er vom vereinbarten Abtretungsverbot Kenntnis.

Der Werkvertrag vom 15. Januar 2013 stellt ein schriftliches Schuldbekenntnis dar, da er unter anderem die gegenseitigen und unterschriftlich anerkannten Leistungspflichten der Vertragsparteien

²⁴ Zum vertraglichen Abtretungsverbot siehe: *Engel*, *Traité des obligations*, S. 877; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, OR AT, Rz. 3431; *Girsberger*, Basler Kommentar OR I, N. 32 zu Art. 164 OR; *Probst*, *Commentaire romand CO I*, N. 33 f. ad Art. 164 CO; *Spirig*, *Zürcher Kommentar*, N. 146 ff., 183, 185 zu Art. 164 OR.

²⁵ *Schwenzer*, OR AT, Rz. 90.24.

²⁶ *Girsberger*, Basler Kommentar OR I, N. 57 zu Art. 164 OR; *Probst*, *Commentaire romand CO I*, N. 71 ad Art. 164 CO.

²⁷ *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger*, OR AT, Rz. 1178.

enthält. Zudem wurde auch ein unmissverständliches Abtretungsverbot aufgenommen.

Zwischenfazit: Es fehlt bereits an einer der kumulativen Voraussetzungen von Art. 164 Abs. 2 OR (schriftliches Schuldbekenntnis, das ein Abtretungsverbot nicht enthält). Die Top Stove AG kann sich deshalb nicht mit Erfolg auf den beschränkten Gutgläubensschutz von Art. 164 Abs. 2 OR berufen, um dadurch die Gültigkeit der Abtretung vom 21. Juni 2013 zu begründen. Es erübrigen sich somit weitere Ausführungen zur angeblichen Gutgläubigkeit der Top Stove AG.

b) Keine Genehmigung der Abtretung

Der Schuldner kann eine wegen eines Abtretungsverbotes an sich ungültige Abtretung nachträglich genehmigen, falls das Abtretungsverbot in seinem Interesse vereinbart wurde.²⁸

Gemäss dem vorliegenden Sachverhalt wurde die Vertragsklausel mit dem Abtretungsverbot auf Wunsch der Immobilien-Hai AG aufgenommen und somit in ihrem Interesse vereinbart. Eine nachträgliche Genehmigung der Abtretung durch die Immobilien-Hai AG ist somit grundsätzlich möglich.

Diese Genehmigung der Zession beurteilt sich analog nach den für die Genehmigung gemäss Art. 38 Abs. 1 OR geltenden Regeln.²⁹ Demnach handelt es sich bei der Genehmigung um eine einseitige, empfangsbedürftige und rechtsgestaltende Willenserklärung.

Lösungsvariante 1:

Die Vertragsparteien können vereinbaren, dass eine Willenserklärung ausdrücklich zu erfolgen hat. Mit dieser Vereinbarung schliessen sie die Wirksamkeit einer konkludenten bzw. stillschweigenden Willenserklärung aus.³⁰ Eine ausdrückliche Erklärung ist eine Erklärung durch Worte, wobei sich der erklärte Wille aus den verwendeten Worten unmittelbar ergeben muss.³¹

Die Immobilien-Hai AG und die Küchen-Fix AG haben im Werkvertrag vom 15. Januar 2013 vereinbart, dass eine Abtretung von Forderungen aus diesem Vertrag der *ausdrücklichen Zustimmung* der ande-

²⁸ Engel, Traité des obligations, S. 878; Girsberger, Basler Kommentar OR I, N. 52 zu Art. 164 OR; Huguenin, OR AT und BT, Rz. 1361; Spirig, Zürcher Kommentar, N. 185 zu Art. 164 OR m.w.H. Weitergehend: Probst, Commentaire romand CO I, N. 66 ad Art. 164 CO.

²⁹ BGer Urteil 4C.147/2000 vom 23. August 2000 E. 2a/aa.

³⁰ BGer Urteil 5C.130/2002 vom 10. Juli 2002 E. 2.1.

³¹ BGE 121 III 31 E. 2c S. 34.

ren Vertragspartei bedarf. Die Vertragsparteien haben somit vereinbart, dass lediglich eine ausdrückliche Willenserklärung (Zustimmung/Genehmigung) die Gültigkeit der Abtretung bewirken kann. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob die Immobilien-Hai AG der Abtretung der Werklohnforderung vom 21. Juni 2013 entweder vorgängig ausdrücklich zugestimmt oder diese nachträglich ausdrücklich genehmigt hat.

Das Treffen zwischen Gantenbein und Loeffel am 20. Juni 2013 sowie die Abtretung der Werklohnforderung am 21. Juni 2013 fanden ohne das Wissen und die Anwesenheit von Vertretern der Immobilien-Hai AG statt. Eine vorgängige ausdrückliche Zustimmung zur Abtretung von Seiten der Immobilien-Hai AG liegt somit nicht vor.

Am 24. Juni 2013 informierte Gantenbein Teuscher per E-Mail über die Einigung sowie über die Abtretung der Werklohnforderung. Darauf antwortete Teuscher lediglich mit dem Satz „Besten Dank für das Up-date!“. Kurz darauf zeigte sich Teuscher gegenüber Gantenbein und Loeffel deutlich erfreut über die Einigung zwischen der Küchen-Fix AG und der Top Stove AG und den unbehinderten Fortschritt des Küchenbaus, ohne jedoch auf den Inhalt der Einigung näher einzugehen. Als die Top Stove AG die Werklohnforderung gegenüber der Immobilien-Hai AG im August 2013 erstmals geltend machte, reagierte diese überhaupt nicht. Aus dieser E-Mail-Korrespondenz sowie aus den Äusserungen von Teuscher beim Zusammentreffen auf der Baustelle kann nicht unmittelbar eine Genehmigung der Abtretung entnommen werden, da weder die Abtretung selbst noch die Berechtigung an der Werklohnforderung zur Sprache kamen. Demgemäss wurde die Abtretung vom 21. Juni 2013 durch die Immobilien-Hai AG nicht ausdrücklich genehmigt.

Das von der Anwältin der Kanzlei Preisig, Sprecher & Partner angesprochene Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 1. März 2012³² ist vorliegend für die Frage der nachträglichen Genehmigung nicht einschlägig, da in diesem Urteil eine konkludente und nicht eine ausdrückliche nachträgliche Genehmigung geprüft wurde.³³

Zwischenfazit: Die unter Umständen erforderliche ausdrückliche Genehmigung der Abtretung liegt nicht vor. Infolgedessen bliebe das vereinbarte Abtretungsverbot grundsätzlich beachtlich. Die Frage, ob die Top Stove AG aus einem anderen Grund in ihrem Vertrauen auf die Gültigkeit der Abtretung zu schützen ist, wird unter lit. c erörtert.

³² HGer ZH Urteil HG100147 vom 1. März 2012, abrufbar unter <www.gerichte-zh.ch>.

³³ HGer ZH Urteil HG100147 vom 1. März 2012 E. 6.3.2.

Lösungsvariante 2:

Wie bereits gesehen, kann eine aufgrund eines Abtretungsverbot es ungültige Abtretung nachträglich genehmigt werden.³⁴ Diese Genehmigung kann grundsätzlich ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck gebracht werden.³⁵ Eine konkludente bzw. stillschweigende Willensäußerung resultiert aus einem schlüssigen Verhalten. Ein solches ist dann anzunehmen, wenn das eindeutige Verhalten einer Partei nach den konkreten Umständen in guten Treuen und ohne vernünftigen Zweifel als Willensäußerung zu interpretieren ist. Ein rein passives Verhalten kann hingegen in der Regel nicht als Willensäußerung interpretiert werden.³⁶

Im Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 1. März 2012³⁷ wurde folgendes Verhalten als stillschweigende Genehmigung qualifiziert: Eine Versicherung (Zessionarin/Klägerin) wendete sich unter Vorlage der schriftlichen Abtretungserklärung an eine andere Versicherung (Schuldnerin/Beklagte) und verlangte die Auszahlung des dem Versicherungsnehmer (Zedenten) zustehenden und ihr abgetretenen Befreiungsanspruchs. Die beklagte Versicherung wies sodann während des mehrjährigen Briefwechsels nie auf das mit dem Versicherungsnehmer (Zedenten) vereinbarte Abtretungsverbot oder eine Nichtgenehmigung der Zession hin, sondern bestritt lediglich und wiederholt ihre Leitungspflicht (gegenüber der Klägerin/Zessionarin) unter Berufung auf eine AVB-Klausel. In diesen Schreiben wurde die klagende Versicherung (Zessionarin) als vollwertige Gegenpartei anerkannt. Das Abtretungsverbot war ebenfalls in den AVB enthalten. Die Zessionarin wusste somit bereits während dem Briefwechsel um das Abtretungsverbot und durfte aufgrund des Verhaltens und insbesondere der Schreiben der Schuldnerin davon ausgehen, dass diese der Abtretung (stillschweigend) zustimme bzw. sich nicht auf das Abtretungsverbot berufen werde.³⁸

Die Einigungsverhandlungen zwischen Gantenbein und Loeffel sowie die Abtretung der Werklohnforderungen gingen ohne Wissen sowie ohne Anwesenheit von Vertretern der Immobilien-Hai AG von statten. Gantenbein informierte Teuscher erst im Nachhinein über die ge-

³⁴ Siehe dazu die Nachweise in Fn. 28.

³⁵ *Watter*, Basler Kommentar OR I, N. 6 zu Art. 38 OR; BGE 93 II 302 E. 4 S. 307.

³⁶ Grundlegend: BGE 123 III 53 E. 5a S. 59; *Kramer/Schmidlin*, Berner Kommentar Art. 1-18 OR, N. 11 zu Art. 1 OR.

³⁷ HGer ZH Urteil HG100147 vom 1. März 2012, abrufbar unter <www.gerichte-zh.ch>.

³⁸ HGer ZH Urteil HG100147 vom 1. März 2012 E. 6.3.2.

troffene Einigung. Eine vorgängige Zustimmung zur Abtretung liegt demnach nicht vor, womit der Abtretung der Werklohnforderung grundsätzlich ein Abtretungsverbot entgegensteht. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob die Immobilien-Hai AG die Abtretung allenfalls nachträglich konkludent genehmigt hat.

Aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen Gantenbein, Loeffel und Teuscher vom 24./25. Juni 2013 ergibt sich, dass die Immobilien-Hai AG über die Einigung und insbesondere über die Abtretung der Werklohnforderung an die Top Stove AG informiert wurde und weder Widerspruch dagegen erhob, noch die Abtretung ausdrücklich genehmigte. Kurz darauf zeigte sich Teuscher gegenüber Gantenbein und Loeffel deutlich erfreut über die Einigung zwischen der Küchen-Fix AG und der Top Stove AG und den unbehinderten Fortschritt des Küchenbaus, ohne jedoch auf den Inhalt der Einigung näher einzugehen. Als die Top Stove AG die Werklohnforderung gegenüber der Immobilien-Hai AG erstmals geltend machte, reagierte diese überhaupt nicht. Ebenfalls in diesem Zeitpunkt wies sie weder auf das vereinbarte Abtretungsverbot noch eine allfällige Nichtgenehmigung hin.

Dieses Verhalten der Immobilien-Hai AG in Bezug auf die angezeigte Abtretung ist weniger eindeutig und passiver als dasjenige der beklagten Versicherung im zitierten Entscheid des Zürcher Handelsgerichts. Schliesslich kam es nie zu einem direkten mündlichen oder schriftlichen Austausch über die Werklohnforderung an sich zwischen der Immobilien-Hai AG und der Top Stove AG. Zu beachten ist weiter, dass ein rein passives Verhalten in der Regel nicht als Zustimmung qualifiziert werden kann.

Zwischenfazit: Es ist somit vorliegend zweifelhaft, ob ein Gericht das Verhalten der Immobilien-Hai AG als konkludente Genehmigung der Abtretung im Sinne der vorab dargestellten Rechtsprechung qualifizieren würde. Die Frage, ob die Top Stove AG aus einem anderen Grund in ihrem Vertrauen auf die Gültigkeit der Abtretung zu schützen ist, wird sogleich unter lit. c erörtert.

Anmerkung: Beide Lösungsvarianten wurden als gleichwertig honoriert, sofern sie jeweils schlüssig begründet wurden. Massgeblich waren bei diesem Punkt die Argumentation und die Abstützung auf die Doktrin und die Judikatur. Das gilt auch für Lösungsvorschläge, die zum Ergebnis kamen, dass hier eine Genehmigung vorliegt.

c) *Rechtsmissbräuchliche Berufung auf das Abtretungsverbot*

Für einen offenbaren Missbrauch eines Rechts gibt es keinen Rechtsschutz. Das Rechtsmissbrauchsverbot ist in Art. 2 Abs. 2 ZGB statuiert. Da eine allgemeine Definition des Rechtsmissbrauchs nicht möglich ist, sondern das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs nach den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln ist, hat die Lehre und Praxis Fallgruppen gebildet.³⁹ Eine dieser Fallgruppen ist das widersprüchliche Verhalten (*venire contra factum proprium*). Nach Lehre und Rechtsprechung gibt es zwar keinen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln.⁴⁰ Das Bundesgericht definiert das rechtsmissbräuchliche, widersprüchliche Verhalten deshalb folgendermassen: „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 aufgrund des geschaffenen Vertrauens Dispositionen getroffen haben, die sich nun als nachteilig erweisen (...).“⁴¹

In einem anderen Urteil⁴² hat das Bundesgericht bei folgender Konstellation eine Berufung auf ein Abtretungsverbot als rechtsmissbräuchlich angenommen: Die allgemeinen Bedingungen eines Werkvertrages enthielten ein Abtretungsverbot. Als die Unternehmerin (Zedentin) mit der Ausführung des Bauwerkes in Verzug geriet, trafen sich die Parteien zu einer Sitzung. Dabei versuchte die Bauherrin (Schuldnerin/Beklagte) die Unternehmerin zu überzeugen, die ausstehende Werklohnforderung an die anwesende Unterakkordantin (Zessionarin/Klägerin) abzutreten. Zwei Tage später trat die Unternehmerin ihrer Unterakkordantin die Werklohnforderung auch tatsächlich formgültig ab. Dieses Verhalten der Bauherrin ist nach dem Bundesgericht als vertrauensbegründend zu qualifizieren. Die Unterakkordantin verzichtete daraufhin auf den bereits angeordneten Lieferstopp und erbrachte weitere Leistungen auf der Baustelle der Bauherrin. Von der Unternehmerin erhielt sie dafür jedoch keine Bezahlung. Die Unterakkordantin hat somit gestützt auf das vertrauensbegründende Verhalten der Bauherrin sich als nachteilig erweisende Dispositionen getroffen. Trotz Fehlen eines direkten Zahlungsverprechens, konnte die

³⁹ *Hausheer/Aebi-Müller*, Berner Kommentar Art. 1-9 ZGB, N. 206 ff. zu Art. 2 ZGB; *Honsell*, Basler Kommentar ZGB I, N. 24, 37 ff. zu Art. 2 ZGB.

⁴⁰ *Honsell*, Basler Kommentar ZGB I, N. 43 zu Art. 2 ZGB m.w.H.

⁴¹ BGE 125 III 257 E. 2a S. 259 m.w.H.

⁴² BGer Urteil 4C.129/2002 vom 3. September 2002.

Bauherrin nach ihrem Verhalten an der Sitzung, eine zukünftige Zession nicht mehr ausschliessen, ohne in Widerspruch zu verfallen.⁴³

Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat in seinem unter lit. b bereits erwähnten Urteil⁴⁴ das Verhalten der beklagten Versicherung (Schuldnerin) mit folgender Begründung ebenfalls als rechtsmissbräuchlich erachtet: Eine Berufung auf die fehlende Zustimmung zur Abtretung hätte spätestens bei der Anzeige der Abtretung und in dem Zeitpunkt erfolgen sollen, als der beklagten Versicherung klar sein musste, dass die klagende Versicherung sie in Anspruch nehmen will und einen Prozess gegen sie anstrebt. Die beklagte Versicherung stützte ihre Leistungsverweigerung jedoch einzig auf die Obhutsklausel in den AVB. Eine mögliche Ungültigkeit der Abtretung wurde jedoch nie angesprochen. Vielmehr liess sie es zu, dass die klagende Versicherung zur Frage der Anwendung dieser Obhutsklausel ein Gutachten erstellen liess. In dieser Sachlage erschienen dem Zürcher Handelsgericht die tatsächlichen und prozessrelevanten Handlungen der klagenden Versicherung als verständlich und das Gericht ging davon aus, dass sie ohne den von der beklagten Versicherung geschaffenen Vertrauenstatbestand nicht vorgenommen worden wären.⁴⁵

Im vorliegenden Fall war sowohl Loeffel als auch Gantenbein im Zeitpunkt der Abtretung bekannt, dass die Immobilien-Hai AG Bauverzögerungen „um jeden Preis“ vermeiden wollte. Letztere lieferte zudem weder bei der Entgegennahme der Abtretungsanzeige noch beim persönlichen Zusammentreffen irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass sie die Abtretung ablehnen könnte bzw. sich auf das Abtretungsverbot berufen wollte. Vielmehr drückte sie deutlich ihre Freude über die Einigung und die Vermeidung von Bauverzögerungen aus. Dieses Verhalten hatte bei der Top Stove AG den Eindruck erweckt, dass die Vermeidung von Bauverzögerungen für die Immobilien-Hai AG erste Priorität habe und diese sich deshalb der vorgenommenen Abtretung nicht entgegenstellen werde. Dieses Verhalten der Immobilien-Hai AG könnte somit als vertrauensbegründend qualifiziert werden. Gestützt auf diesen (wahrscheinlichen) Vertrauenstatbestand, verzichtete die Top Stove AG schliesslich auch auf den angedrohten Lieferstopp und lieferte die ausstehenden Küchengeräte an die Küchen-Fix AG. Wäre die Top Stove AG nicht von der Gültigkeit der Abtretung ausgegangen, hätte sie wohl kaum die Küchengeräte geliefert. Denn die Abtretung diente ihr als Sicherheit gegen die akuten

⁴³ BGer Urteil 4C.129/2002 vom 3. September 2002 E. 1.3.

⁴⁴ HGer ZH Urteil HG100147 vom 1. März 2012.

⁴⁵ HGer ZH Urteil HG100147 vom 1. März 2012 E. 6.3.3.

Liquiditätsprobleme der Küchen-Fix AG. Diese Dispositionen der Top Stove AG (Lieferung der Küchengeräte) haben sich nun als nachteilig erwiesen, da die Küchen-Fix AG offenbar zahlungsunfähig ist und die Immobilien-Hai AG die Abtretung nicht gegen sich gelten lassen will.

Die Immobilien-Hai AG hätte wohl spätestens beim Zusammentreffen mit Loeffel und Gantenbein auf der Baustelle, ihre Ablehnung der Abtretung kundtun müssen, obwohl die Top Stove AG zu diesem Zeitpunkt die Werklohnforderung noch nicht geltend gemacht hatte. Denn nach ihrer deutlich gezeigten und eindeutigen Freude über die Einigung, welche auch die Abtretung enthielt, musste sie damit rechnen und beabsichtigte wohl auch, dass die Top Stove AG vertrauend auf die Gültigkeit der Abtretung die ausstehenden Küchengeräte liefern würde. Die spätere Geltendmachung des Abtretungsverbotes ist der Immobilien-Hai AG als widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Konstellationen in der vorab zitierten Rechtsprechung eindeutiger und klarer sind. Das Verhalten der Immobilien-Hai AG blieb demgegenüber relativ vage. So wirkte sie nicht, wie im bundesgerichtlichen Entscheid, direkt und explizit auf die Abtretung hin. Zudem kam es nicht zu einer schriftlichen Diskussion über den materiellen Anspruch auf den Werklohn, wie dies im handelsgerichtlichen Urteil der Fall war. Dem Gericht kommt bei der Beurteilung eines geltend gemachten Rechtsmissbrauchs ein grosser Ermessensspielraum bei der Würdigung der Umstände des konkreten Falls zu.⁴⁶ Deshalb kann nicht mit Sicherheit vorausgesagt werden, wie ein Gericht die vorliegende Situation tatsächlich beurteilen würde.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber vorliegend, trotz der vorangehend geäusserten Bedenken, von einem rechtsmissbräuchlichen, widersprüchlichen Verhalten der Immobilien-Hai AG auszugehen. Da die Immobilien-Hai AG deutlich und unmissverständlich ihre Freude über die Einigung und die Vermeidung der Bauverzögerungen gegenüber Gantenbein und Loeffel ausdrückte, ohne in irgendeiner Form Anhaltspunkte für eine Ablehnung der Abtretung zu liefern. Gestützt darauf, hatte die Top Stove AG zu Recht auf die Aufhebung des Abtretungsverbotes zugunsten der Vermeidung von Bauverzögerungen und somit auf die Gültigkeit der Abtretung vertraut und entsprechende Dispositionen vorgenommen. Durch die spätere Berufung auf das Abtretungsverbot, hat die Immobilien-Hai AG dieses berechnete Vertrauen enttäuscht.

⁴⁶ Vgl. dazu *Hausherr/Aebi-Müller*, Berner Kommentar Art. 1-9 ZGB, N. 64 ff. zu Art. 2 ZGB; *Honsell*, Basler Kommentar ZGB I, N. 28 zu Art. 2 ZGB.

Zwischenfazit: Die vorliegende Berufung auf das Abtretungsverbot durch die Immobilien-Hai AG ist als rechtsmissbräuchliches, widersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*) zu qualifizieren. Damit ist die Abtretung gültig erfolgt und die Top Stove AG neue Gläubigerin der ausstehenden Werklohnforderung geworden.

3. Verletzung der Auskunftspflicht?

Gemäss Art. 170 Abs. 2 OR ist der Zedent einerseits verpflichtet, dem Zessionar die Schuldurkunde sowie die vorhandenen Urkunden und Beweismittel zu übergeben. Andererseits muss der Zedent dem Zessionar sämtliche Informationen liefern, welche für die Geltendmachung der Forderung usanzgemäss wesentlich sind. Dazu gehört beispielsweise die Information über ein (mündliches) Abtretungsverbot.⁴⁷

Eine Verletzung der Auskunftspflicht gemäss Art. 170 Abs. 2 OR führt für sich alleine nicht zur Ungültigkeit der Zession. Diese Bestimmung begründet (lediglich) Ansprüche des Zessionars, weshalb der Schuldner (*debitor cessus*) aus der Verletzung dieser Bestimmung nichts zu seinem Vorteil ableiten kann. Eine Verletzung der Auskunftspflicht kann jedoch eine Schadenersatzpflicht der Zedentin aus Vertragsverletzung gegenüber der Zessionarin auslösen.⁴⁸

Die Immobilien-Hai AG macht geltend, die Küchen-Fix AG habe ihre Auskunftspflicht verletzt, weil sie die Top Stove AG nicht ausdrücklich auf das vereinbarte Abtretungsverbot hingewiesen habe. Als abgetretene Schuldnerin (*debitor cessus*) kann die Immobilien-Hai AG jedoch nichts zu ihren Gunsten aus einer allfälligen Auskunftspflichtverletzung (vgl. Art. 170 Abs. 2 OR) durch die Küchen-Fix AG ableiten. Weitere Umstände, die zu einer Ungültigkeit der Zession führen könnten, sind gemäss dem vorliegenden Sachverhalt nicht gegeben.

Ob vorliegend überhaupt eine Verletzung der Auskunftspflicht gemäss Art. 170 Abs. 2 OR gegeben ist und ob diese zu einer Schadenersatzpflicht der Küchen-Fix AG gegenüber der Top Stove AG aus Vertragsverletzung führt, braucht gemäss Aufgabenstellung nicht erörtert zu werden.

Zwischenfazit: Der Einwand der Immobilien-Hai AG, die Zession sei ungültig, weil die Küchen-Fix AG die Top Stove AG nicht über das

⁴⁷ *Girsberger*, Basler Kommentar OR I, N. 13 zu Art. 170 OR; *Spirig*, Zürcher Kommentar, N. 86 zu Art. 170 OR.

⁴⁸ BGer Urteil 4A_133/2009 vom 3. Juni 2009 E. 2.6; BGer Urteil 4C.129/2002 vom 3. September 2002 E. 1.4; *Girsberger*, Basler Kommentar OR I, N. 14 zu Art. 170 OR; *Probst*, Commentaire romand, N. 14 ad Art. 170 CO.

vereinbarte Abtretungsverbot informiert habe, ist aus den oben aufgeführten Gründen unbeachtlich.

4. Fazit zur Aktivlegitimation

Das im Werkvertrag vom 15. Januar 2013 abgeschlossene Abtretungsverbot ist vorliegend grundsätzlich gültig.

Weder eine Berufung auf den beschränkten Gutgläubensschutz gemäss Art. 164 Abs. 2 OR noch auf eine Genehmigung der Abtretung sind vorliegend statthaft.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Berufung auf das Abtretungsverbot durch die Immobilien-Hai AG jedoch als rechtsmissbräuchlich im Sinne eines widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) zu qualifizieren. Unter dieser Annahme ist die Abtretung vom 21. Juni 2013 gültig erfolgt und die Top Stove AG ist Gläubigerin der ausstehenden Werklohnforderung (2. Tranche) geworden.

Die Immobilien-Hai AG kann aus einer allfälligen Verletzung der Auskunftspflicht gemäss Art. 170 Abs. 2 OR nichts zu ihrem Vorteil und auch nicht die Ungültigkeit der Zession ableiten.

Die Top Stove AG ist damit im vorliegenden Prozess gegen die Immobilien-Hai AG aktivlegitimiert.

IV. Empfehlung für weiteres Vorgehen an Top Stove AG

Merke: Unter diesem Punkt wurden die in den einzelnen Falllösungen vorgebrachten Empfehlungen sowie zusätzliche Aspekte für das weitere Vorgehen zu einer Gesamtübersicht zusammengetragen. Von den Studierenden wurde jedoch nicht erwartet, in diesem Umfang Empfehlungen für das weitere Vorgehen zu erörtern.

Das Handelsgericht stellte die prozessleitende Verfügung betreffend Beschränkung des Verfahrens auf die Fragen der Zuständigkeit und der Aktivlegitimation⁴⁹ am 21. Oktober 2013 zu. Gemäss Art. 142 Abs. 1 OR begann die *dreiwöchige Frist für die Stellungnahme* demnach frühestens am Dienstag, 22. Oktober 2013 zu laufen und endete frühestens am Dienstag, 12. November 2013. Eine nach Wochen festgesetzte Frist endet in der letzten Woche am selben Wochentag, an dem sie zu laufen begann.⁵⁰ Da es sich bei dieser Frist um eine ge-

⁴⁹ Prozessleitende Verfügung zur Beschränkung des Verfahrens: Art. 125 lit. a ZPO.

⁵⁰ Benn, Basler Kommentar ZPO, N. 17a zu Art. 142 ZPO.

richtliche Frist handelt, könnte sie zudem durch ein vor Ablauf der Frist eingereichtes Fristverlängerungsgesuch mit Angabe von zureichenden Gründen erstreckt werden (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Als zureichende Gründe für die Fristerstreckung gelten beispielsweise Krankheit, Unfall, Todesfall naher Angehöriger, Ferien/Geschäftsreisen oder Arbeitsüberlastung.⁵¹ Falls die Top Stove AG die Verfügung tatsächlich bereits am 22. Oktober 2013 erhalten hat und die Stellungnahme bis zum 12. November 2013 nicht eingereicht werden kann, muss spätestens bis zu diesem Tag ein begründetes Fristverlängerungsgesuch gestellt werden.

Wie oben unter Punkt II./3. festgestellt, ist für die vorliegende Klage das Handelsgericht des Kantons Bern örtlich, sachlich und funktionell zuständig. Die *Unzuständigkeitseinrede* der Immobilien-Hai AG ist somit *unbegründet*. Das Handelsgericht des Kantons Bern wird sich deshalb für zuständig erklären und die Frage der Aktivlegitimation der Top Stove AG prüfen.

Die Top Stove AG hat nur Chancen mit ihrem materiellen Anspruch (Werklohnforderung) durchzudringen, wenn ihre *Aktivlegitimation bzw. die Gültigkeit der Zession vom 21. Juni 2013* bejaht wird. Gemäss den vorangehenden Ausführungen unter Punkt III./2c und 4. ist von der Aktivlegitimation der Top Stove AG bzw. von der Gültigkeit der Abtretung vom 21. Juni 2013 auszugehen. Die Top Stove AG sollte aber unbedingt und nachdrücklich darauf hingewiesen werden, dass die vorliegende Konstellation weniger eindeutig und klar ist, als die zitierten Konstellationen aus der einschlägigen Rechtsprechung. Das Gericht wird die gegebenen Umstände nach seinem eigenen Ermessen würdigen. Darum kann nicht mit Sicherheit vorausgesagt werden, ob das Gericht die Berufung auf das Abtretungsverbot tatsächlich als rechtsmissbräuchlich qualifizieren wird. Die Top Stove AG ist also mit ihrer Klage bereits ein gewisses Risiko eingegangen. Anzumerken ist weiter, dass es der Top Stove AG obliegt ihre Aktivlegitimation bzw. die Gültigkeit der Zession zu beweisen. Die einzigen schriftlichen Dokumente, welche sie dem Gericht vorlegen könnte, sind der Werkvertrag vom 15. Januar 2013, die Abtretungserklärung der Küchen-Fix AG vom 21. Juni 2013 sowie die E-Mail Korrespondenz mit der Immobilien-Hai AG vom 24./25. Juni 2013. Diese Dokumente reichen wohl kaum aus, um ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Immobilien-Hai AG zu belegen. Hilfreich könnte deshalb eine Aussage von Gantenbein im Namen der Küchen-Fix AG und zugunsten der

⁵¹ *Stahelin*, Zürcher Kommentar ZPO, N. 5 zu Art. 144 ZPO.

Top Stove AG vor Gericht sein betreffend die im Sachverhalt geschilderten Geschehnisse im Juni 2013.

Falls ihre Aktivlegitimation verneint wird und die Klage abgewiesen wird, müsste die Top Stove AG neben ihren eigenen Anwaltskosten auch die Gerichtskosten tragen und der Immobilien-Hai AG eine Parteientschädigung entrichten. Bei einer abweisenden Entscheidung des Handelsgerichts des Kantons Bern könnte allenfalls eine Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) ans Bundesgericht in Betracht gezogen werden.

Zu erwähnen ist, dass die weiteren *Voraussetzungen für die Geltendmachung der Werklohnforderung* vorliegend erfüllt sind: Die Werklohnforderung war gemäss Sachverhalt bei Klageeinreichung fällig, da alle zehn Küchen in diesem Zeitpunkt fertig gebaut waren. Eine solche von der Regelung in Art. 372 OR abweichende (Fälligkeits-)Abrede zwischen den Parteien ist zulässig, da es sich bei Art. 372 OR um dispositives Recht handelt.⁵² Zudem hatte die Küchen-Fix AG ihre Ratenzahlungen ohne Angabe eines Grundes eingestellt und wurde von der Top Stove AG mehrfach vergeblich gemahnt. Die Küchen-Fix AG befindet sich also in Verzug mit ihren Ratenzahlungen, womit auch die vereinbarte Voraussetzung für die Verwertung der sicherungshalber abgetretenen Werklohnforderung gegeben ist.

Zu beachten ist jedoch, dass die Immobilien-Hai AG angekündigt hat, *Mängelrechte* (Art. 368 OR) bezüglich der eingebauten Küchen geltend machen zu wollen. Diese Ankündigung erfolgte somit erst nach erfolgter Abtretung. Da es sich beim Wandlungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht um Gestaltungsrechte handelt, müssen diese Mängelrechte gegenüber der Unternehmerin, also in unserem Fall gegenüber der Küchen-Fix AG, erhoben werden. Werden diese Mängelrechte rechtzeitig ausgeübt, steht der Immobilien-Hai AG (Bestellerin/Schuldnerin) gestützt auf Art. 169 Abs. 1 OR jedoch eine Wandlungs-/Minderungseinrede bzw. betreffend Nachbesserungsrecht die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (Art. 82 OR) gegenüber der Top Stove AG (Zessionarin) zu. Das Recht auf Ersatz der Mangelfolgeschäden ist kein Gestaltungsrecht, sondern eine Forderung. Der Zessionar hat regelmässig die Möglichkeit, diese Schadenersatzforderung mit der Werklohnforderung gegenüber dem Zessionar zu verrechnen. Eine Verrechnung ist jedoch nur möglich, wenn die Voraussetzungen von Art. 169 OR und die allgemeinen Verrechnungsvoraussetzungen gemäss Art. 120 ff. OR – abgesehen von der Gegenseitigkeit der For-

⁵² Gauch, Werkvertrag, Rz. 1162 ff.

derungen – erfüllt sind.⁵³ Gemäss Sachverhalt sind die angeblichen Mängelrechte der Immobilien-Hai AG nicht materiell zu prüfen. Deshalb ist an dieser Stelle nur folgender Umstand zu beachten: Bei erfolgreicher Ausübung der Mängelrechte muss sich die Top Stove AG unter Umständen auf einen langwierigen und allenfalls kostspieligen Prozess gefasst machen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn für die Beurteilung der Mängelrechte Gutachten erforderlich sind oder sich eine erfolgreich verlangte Nachbesserung lange hinzieht. Bei erfolgreicher Geltendmachung des Minderungsrechts, kann es zudem zu einer Herabsetzung der Werklohnforderung kommen. Die ausstehende Forderung der Top Stove AG aus der Lieferung der Küchengeräte ist jedoch erheblich kleiner, als die ihr abgetretene und ausstehende zweite Tranche der Werklohnforderung. Deshalb wäre die Top Stove AG wohl auch bei erfolgreicher Geltendmachung der Minderung durch die Immobilien-Hai AG noch genügend gedeckt.

Zur Sicherung der abgetretenen Werklohnforderung kommt allenfalls die *Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts* auf dem Grundstück in Frage, auf welchem die Luxus-Wohnungen gebaut wurden. Der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts ist ein Nebenrecht, das gemäss Art. 170 Abs. 1 OR auf die Zessionarin übergeht.⁵⁴ Falls die Zession der Werklohnforderung vom Gericht als gültig erachtet wird, könnte die Top Stove AG also einen allfälligen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts gestützt auf die gemäss Werkvertrag vom 15. Januar 2013 erbrachten Material- und Arbeitsleistungen der Küchen-Fix AG geltend machen. Eine solche Eintragung kann jedoch nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 und Art. 839 ZGB erfüllt sind (insbesondere Wahrung der Eintragsfrist). Der Anspruch auf Eintragung richtet sich gegen den jeweiligen Grundeigentümer.⁵⁵ Aus dem Sachverhalt ergibt sich jedoch nicht, wer Eigentümer dieses Grundstücks ist. Da die Berechtigung der Top Stove AG an der Werklohnforderung und die konkrete Höhe der Werklohnforderung bestritten sind und ein Gerichtsentscheid darüber kaum noch innerhalb der Eintragsfrist⁵⁶ erfolgen wird, müsste die Top Stove AG wohl gestützt auf Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB eine vorläufige Eintragung des Bauhandwerker-

⁵³ Siehe zur Geltendmachung der Mängelrechte bei Zession der Werklohnforderung: *Girsberger*, Basler Kommentar OR I, N. 5 f. zu Art. 169 OR sowie N. 10 zu Art. 170 OR; *Koller*, BR 1984, S. 65 ff.; *Spirig*, Zürcher Kommentar, N. 52, 80 zu Art. 169 OR.

⁵⁴ *Hofstetter/Thurnherr*, Basler Kommentar ZGB II, N. 27 zu Art. 839/840 ZGB.

⁵⁵ *Hofstetter/Thurnherr*, Basler Kommentar ZGB II, N. 22 zu Art. 839/840 ZGB.

⁵⁶ Art. 839 Abs. 2 ZGB: Vier Monate nach Vollendung der Arbeit.

pfandrechts beantragen. Dafür muss die Top Stove AG ihren Anspruch auf die Werklohnforderung glaubhaft machen (Art. 961 Abs. 3 ZGB). Bei der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 261 ff. ZPO, die im summarischen Verfahren behandelt wird (Art. 249 lit. d Ziff. 5 ZPO). Örtlich ist dafür zwingend entweder das Gericht am Grundstückort oder am Vollstreckungsort zuständig, welche vorliegend identisch sind.⁵⁷ Einen eigenständigen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts aus der Lieferung von Küchengeräten gegenüber dem Eigentümer des betreffenden Grundstücks besteht nur, wenn das gelieferte Material mit spezifischen Bauarbeiten des Lieferanten verbunden ist.⁵⁸ Dies bedeutet, dass die Top Stove AG nur einen Anspruch auf Eintragung hätte, wenn sie die Küchengeräte auf Bestellung eigens für diese Luxus-Küchen angefertigt hätte. Dafür ergeben sich jedoch aus dem Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

Obwohl bei der Küchen-Fix AG die Insolvenz droht, ist eine *Streitverkündung* gegenüber der Küchen-Fix AG gemäss Art. 78 ff. ZPO in Betracht zu ziehen. Die Streitverkündung wird relevant, wenn eine Partei im Falle ihres Unterliegens eine dritte Person belangen will (Art. 78 Abs. 1 ZPO). Im Falle der Abweisung der Klage gegen die Immobilien-Hai AG wegen mangelnder Aktivlegitimation, verbleibt der Top Stove AG primär noch ein Vorgehen gegen die Küchen-Fix AG. In Frage kommen Gewährleistungsansprüche gegenüber der Küchen-Fix AG. Bei einer Sicherungszession erstreckt sich die Gewährleistungspflicht der Zedentin sowohl auf die Verität als auch auf die Bonität der abgetretenen Forderung (Art. 171/172 OR analog).⁵⁹ Zum Bestand einer Forderung (Verität) gehört insbesondere auch, dass die Abtretbarkeit gemäss Art. 164 Abs. 1 OR gegeben ist und die Zessionarin neue Gläubigerin werden kann.⁶⁰ Falls das Gericht die Aktivlegitimation der Top Stove AG wegen Vorliegens eines beachtlichen Abtretungsverbotes verneint, könnte die Top Stove AG somit gegenüber der Küchen-Fix AG einen Anspruch auf Gewährleistung gestützt auf Art. 171/172 OR analog geltend machen. Der Vollständigkeit hal-

⁵⁷ Art. 13 und 29 Abs. 1 lit. c ZPO. Für nähere Erläuterungen zur örtlichen Zuständigkeit für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts siehe *Schumacher*, Bauhandwerkerpfandrecht Ergänzungsband, Rz. 547 ff.

⁵⁸ *Hofstetter/Thurnherr*, Basler Kommentar ZGB II, N. 6 zu Art. 839/840 ZGB.

⁵⁹ *Zobl/Thurnherr*, Berner Kommentar, N. 1624 zu Syst. Teil vor Art. 884-887 ZGB.

⁶⁰ *Girsberger*, Basler Kommentar OR I, N. 7 zu Art. 171 OR; *Schulin/Vogt*, FS Huwiler, S. 619 f.

ber ist zudem darauf hinzuweisen, dass der Top Stove AG daneben auch noch der Anspruch auf die Kaufpreisforderung aus dem Verkauf der Küchengeräte gegen die Küchen-Fix AG verbleibt. Diese beiden Ansprüche (Gewährleistung und Kaufpreisforderung) sind aber selbstverständlich alternativ. Die Streitverkündung gemäss Art. 78 ff. ZPO ist an keine Frist gebunden und kann in jedem Verfahrensstadium vorgebracht werden, solange die streitverkündende Partei zur Prozessführung befugt ist.⁶¹ Zu beachten ist aber, dass die erstmalige Streitverkündung vor dem Bundesgericht nicht mehr möglich ist.⁶² Der Top Stove AG ist deshalb zu raten die Streitverkündung gemäss Art. 78 ff. ZPO noch in der Stellungnahme vorzunehmen.

Zu beachten ist hierbei jedoch, dass die *Küchen-Fix AG* gemäss Sachverhalt *kurz vor dem Konkurs* steht. Es ist somit sehr fraglich, ob die Top Stove AG von ihr überhaupt noch Geldleistungen erhältlich machen kann (sei es gestützt auf Küchengeräte-Kaufvertrag oder gestützt auf Gewährleistung aus ungültiger Zession). Falls der Konkurs tatsächlich eröffnet wird, wären diese beiden alternativen Forderungen der Top Stove AG in der dritten Klasse zu kollozieren (siehe dazu Art. 219 SchKG) und Gläubiger der dritten Klasse gehen erfahrungsgemäss meist leer aus.

⁶¹ *Frei*, Basler Kommentar ZPO, N. 10 zu Art. 78 ZPO.

⁶² BGer Urteil 4A_360/2012 vom 3. Dezember 2012 E. 1.

Schlussfazit:

Unter den geschilderten Umständen ist die Weiterführung des Klageverfahrens gegen die Immobilien-Hai AG beim Handelsgericht des Kantons Bern wohl die einzige Chance der Top Stove AG, überhaupt noch (teilweise) Bezahlung ihrer ausstehenden Forderung (aus der Lieferung der Küchengeräte) zu erhalten. Falls die Top Stove AG bereit ist, das Risiko einer Klageabweisung wegen mangelnder Aktivlegitimation einzugehen, sollte fristgerecht eine, gemäss den obigen Ausführungen umfassend begründete, Stellungnahme zu den Fragen der Zuständigkeit und der Aktivlegitimation beim Handelsgericht Bern eingereicht werden. Die Streitverkündung gegenüber der Küchen-Fix AG sollte schriftlich und zusammen mit der Stellungnahme eingereicht werden. Sofern die Küchen-Fix AG infolge der Streitverkündung in den Prozess eintritt, könnte sie in diesem Rahmen eine Aussage zugunsten der Top Stove AG betreffend die Geschehnisse im Juni 2013 machen. Weiter ist die Beantragung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts beim Gericht am Ort des mit Luxus-Wohnungen bebauten Grundstücks in Erwägung zu ziehen.

Falls die Top Stove AG das erwähnte Risiko (Klageabweisung wegen mangelnder Aktivlegitimation) nicht eingehen will, sollte sie ihre Klage so rasch als möglich zurückziehen. Diesfalls müsste sie gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO die gesamten bisher angefallenen Gerichtskosten tragen und der Immobilien-Hai AG eine Parteientschädigung entrichten. Anschliessend wäre es ihr grundsätzlich verwehrt, denselben Anspruch noch einmal gegen die Immobilien-Hai AG geltend zu machen (res-iudicata-Wirkung des Klagerückzugs).⁶³

⁶³ Siehe dazu Art. 65 ZPO.