

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von Peter Gauch

70

ALFRED KOLLER

Dr. iur., Privatdozent
an der Universität Freiburg/Schweiz

DER GUTE UND DER BÖSE GLAUBE
IM
ALLGEMEINEN SCHULDRECHT

UNIVERSITÄTSVERLAG FREIBURG SCHWEIZ
1985

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Koller, Alfred:

Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht :
[Auslegung und systematische Erfassung der
Gutglaubensvorschriften im allgemeinen Teil des OR] / Alfred
Koller. - 2. Aufl. - Freiburg, Schweiz : Univ.-Verl., 1989
(Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg
Schweiz ; 70)
Zugl.: Freiburg (Schweiz), Univ., Habil.-Schr., 1984/85
ISBN 3-7278-0338-X
NE: Universität <Fribourg> / Juristisches Seminar: Arbeiten aus dem ...

2. Auflage 1989 (unveränderter Nachdruck)

Veröffentlicht mit Unterstützung des Hochschulrates
der Universität Freiburg Schweiz

© 1985 by Universitätsverlag Freiburg Schweiz

VORWORT

Die hier abgedruckte Arbeit über den guten und den bösen Glauben im allgemeinen Schuldrecht hat der Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg/Schweiz im Wintersemester 1984/85 als Habilitationsschrift vorgelegen. Das Manuskript war im wesentlichen Ende März 1984 abgeschlossen. Seither erschienene Literatur und Rechtsprechung wurde nur noch zum Teil berücksichtigt.

Die Niederschrift der Arbeit erfolgte in Tübingen/BRD. Hier verlebte ich zwei unvergessliche Jahre. Das verdanke ich nicht zuletzt meinen Freunden von der Garten- und der Brunnenstrasse, denen ich an dieser Stelle meine Verbundenheit bekunden möchte. Mein ganz besonderer Dank gilt Angelika Hefe und Thomas Schneck; ohne ihre «Begleitung» wäre ich nicht so reibungslos ans Ziel gelangt.

Ein besonderer Dank geht sodann an Herrn Prof. Peter Gauch, Freiburg. Als ehemaliger Lehrer und «Doktorvater» hat er massgeblichen Anteil an meiner juristischen Ausbildung. Herrn Prof. Ernst A. Kramer, St. Gallen, der sich im Habilitationsverfahren zusammen mit Prof. Gauch als Referent zur Verfügung stellte, danke ich für seine lebenswürdige Gesprächsbereitschaft. Meiner «kleinen» Schwester gebührt Dank für die tadellose Erledigung der Schreibarbeiten, Frau Barbara Simona für wertvolle Mithilfe bei der Drucklegung.

Schliesslich bedanke ich mich für finanzielle Unterstützung beim Schweizerischen Nationalfonds, dem Hochschulrat der Universität Freiburg, dem Seminar für Bau-recht (Universität Freiburg) und der Stiftung für Schweizerische Rechtspflege.

INHALTSVERZEICHNIS

<i>Vorwort</i>	V
<i>Abkürzungen</i>	XVII
<i>Literaturverzeichnis</i>	XXI

EINLEITUNG

I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	1
II. Aufbau der Arbeit	6

1. TEIL: GRUNDLAGEN

I. Terminologie	7
II. Konkretisierung des Gutglaubensbegriffs	8
<i>I. Vom Rechtsmangel</i>	8
A. Begriff und Wesen	9
Nachteilige Folgen des Rechtsmangels (Nr. 28ff.). Evtl. mit dem Rechtsmangel verbundene günstige Folge (Nr. 32). Voraussetzungen, unter denen sich ein Rechtsmangel auswirkt (Nr. 33f.). Der Rechtsmangel: ein «Mangel rechtlicher Natur»? (Nr. 35). Rechtsmangel und Rechtsmangel-Grund (Nr. 36).	
B. Konsequenzen der Begriffsbestimmung	11
Art. 28 Abs. 2 OR: eine Gutglaubensvorschrift (Nr. 37f.). Keine Gutglaubensvorschrift: Art. 200 OR (Nr. 39ff.). Schutz nach Vertrauensprinzip: kein Gutglaubensschutz (Nr. 42ff.). Art. 26 OR: eine Gutglaubensvorschrift, soweit er den Grundlagenirrtum betrifft (Nr. 45f.).	
C. Von den Rechtsmängeln, welche die Entstehung eines Rechts ausschliessen, insbesondere	14
D. Der Terminus	15

E. Abweichende Begriffsbestimmung in der modernen Lehre und Rechtsprechung	15
2. <i>Von der Bewusstseinslage</i>	16
A. Lehre und Rechtsprechung	16
a) Die heute herrschende Lehre	16
b) Die früher herrschende Lehre	17
c) Die Rechtsprechung des Bundesgerichts	18
B. Gibt es notwendig einen einheitlichen Gutglaubensbegriff?	21
C. Fehlen eines einheitlichen Gutglaubensbegriffs	22
D. Konkretisierung der Bewusstseinslage	24
a) Kenntnis des Rechtsmangels und der Rechtsmangelfolge(n)	25
b) Kenntnis (bloss) des Rechtsmangels	25
c) Überzeugung, ein (bestimmter) Rechtsmangel liege nicht vor	26
Erscheinungsformen (Nr. 88f.). Gründe: Sachverhalts- oder Rechtsirrtum (Nr. 94 ff.).	
d) Zweifel, ob ein Rechtsmangel vorliegt oder nicht	28
Machen Zweifel bösgläubig? (Nr. 97 ff.). Schliessen Zweifel Berufung auf guten Glauben aus? (Nr. 101). Die Behandlung des Zweifels in der Lehre (Nr. 105 ff.).	
e) Nachtrag	30
3. <i>Die Rechtswirkung des guten Glaubens: der Gutglaubensschutz</i>	31
A. Aufhebung der Rechtsmangelfolgen	31
B. Abschwächung der Rechtsmangelfolgen	33
4. <i>Begriff und Bedeutung des bösen Glaubens</i>	35
Begriff (Nr. 132). Keine selbständige rechtliche Bedeutung des bösen Glaubens (Nr. 133). Die formelle Behandlung des bösen Glaubens im Gesetz: Bemerkungen betr. die Gesetzestechnik zur Anordnung von Gutglaubensschutz (Nr. 134 ff.). «Mala fides superveniens non nocet» (Nr. 136).	
III. Ausschluss des Gutglaubensschutzes nach Art. 3 Abs. 2 ZGB: keine Berufung auf unberechtigten guten Glauben	36
1. <i>Art. 3 Abs. 2 ZGB im allgemeinen</i>	36
A. Tatbestand im Überblick; Rechtsfolge	36
B. Terminologischer Hinweis	38
C. Gesetzgeberischer Grund	39
2. <i>Der Tatbestand im einzelnen</i>	40
A. Ausserachtlassung der gebotenen Aufmerksamkeit	40
Bestimmung der gebotenen Aufmerksamkeit nach einem Durchschnittsstandard (Nr. 146 ff.). Grundsatz: jedes Abweichen vom Durch-	

schnittsstandard ist beachtlich (Nr. 149); Ausnahmen (Nr. 149f.). Unterlassung von gebotenen Nachforschungen als Unaufmerksamkeit i. S. des Art. 3 Abs. 2 ZGB (Nr. 151 ff.)

- B. Kausalität zwischen ungenügender Aufmerksamkeit und gutem Glauben 44

3. Anwendungsbereich 45

IV. Der Beweis des guten Glaubens 48

1. Von der Beweislast im allgemeinen 48

2. Die Vermutung des guten Glaubens nach Art. 3 Abs. 1 ZGB 49

- A. Art. 3 Abs. 1 ZGB: eine Beweislastregel 49

- B. Wird auch die Anwendung der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit vermutet? 51

V. Die massgebende Zeit für das Vorliegen des guten Glaubens 52

2. TEIL:

DIE GUTGLAUBENSVORSCHRIFTEN DES ALLGEMEINEN SCHULDRECHTS

1. Kapitel: Gutglaubensschutz im Stellvertretungsrecht 53

I. Tatbeständliche Gemeinsamkeiten der vertretungsrechtlichen Gutglaubensvorschriften 54

1. Allgemeine Vertretungsvoraussetzungen 54

Urteilsfähigkeit des Vertreters (Nr. 189). Vertretungsfreundlichkeit der Vertreterhandlung (Nr. 190). Handeln in fremdem Namen (Nr. 191 ff.).

2. Vertrauen, der Vertreter handle in fremdem Namen und mit Vollmacht 58

- A. Vertrauen, der Vertreter handle in fremdem Namen 58

- B. Vertrauen, der Vertreter handle mit Vollmacht (Erfordernis der Gutgläubigkeit) 59

II. Art. 33 Abs. 3 OR 61

1. Regelungsgehalt im Überblick 61

- A. Tatbestand 61

Vollmachtsmitteilung des Vertretenen (Nr. 205f.). Vertragsabschluß des Dritten in Kenntnis der Vollmachtsmitteilung (Nr. 207). Berechtigte Gutgläubigkeit des Dritten (Nr. 208f.). Weitere Voraussetzungen? (Nr. 210 ff.).

B. Rechtsfolge: Eintritt der Vertretungswirkung	66
2. <i>Vollmachtsmitteilung des Vertretenen</i>	67
A. Begriff und Rechtsnatur	67
B. Abgrenzungen	68
C. Geltung des Vertrauensprinzips	69
Inhalt des Vertrauensprinzips (Nr. 226). Keine uneingeschränkte Geltung des Vertrauensprinzips (Nr. 227 ff.). Anwendbarkeit der Art. 23 ff. OR (Nr. 233). Gutgläubensschutz und Schutz nach Vertrauensprinzip (Nr. 234 f.).	
D. Erfordernis der Zurechenbarkeit	72
E. Erscheinungsformen der Vollmachtsmitteilung	74
a) Ausdrückliche oder stillschweigende Mitteilung	74
b) Mitteilung durch Einräumung einer Stellung, mit der üblicherweise Vollmacht verbunden ist?	77
Die herrschende Rechtsprechung (Nr. 246 f.). Ablehnung der herrschenden Rechtsprechung (Nr. 248 ff.). Sonderfall der Stellvertretung in kaufmännischen Verhältnissen (Nr. 252).	
c) Mitteilung durch Ausstellung einer Vollmachtsurkunde	80
d) Mitteilung in Verträgen	83
Keine vertragliche Bindung (Nr. 259 f.). Mitteilung in AGB (Nr. 261 ff.).	
F. Wirkungskdauer	85
3. <i>Kenntnis des Dritten von der Vollmachtsmitteilung</i>	86
A. Zugang der Mitteilung genügt nicht	86
B. Unmittelbare und mittelbare Kenntnis	87
4. <i>Berechtigte Gutgläubigkeit des Dritten</i>	88
A. Begriff des guten Glaubens	88
B. Herleitung des Gutgläubigkeitserfordernisses	89
C. Ausnahmsweise Schutz des Dritten auch bei Bösgläubigkeit?	90
a) Zur Lehre Peters von den Weisungen	90
b) Absichtlich zu weite Vollmachtskündigung	91
D. Anwendung des Art. 3 Abs. 2 ZGB	92
E. Die maßgebende Zeit	93
5. <i>Die Rechtsfolge: Eintritt der Vertretungswirkung</i>	93
III. Art. 34 Abs. 3 OR	95
1. <i>Regelungsgehalt im Überblick</i>	95
2. <i>Negatives Tatbestandsmerkmal: Fehlen der Widerrufsmittelteilung</i>	97

Erfordernis einer der Vollmachtsmitteilung gleichwertigen Widerrufsmitteilung (Nr. 302 ff.). Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Widerrufsmitteilung (Nr. 307). Der Widerrufsmitteilung gleichgestellte Mitteilung (Nr. 308 f.).

3. *Analoge Anwendung des Art. 34 Abs. 3 OR auf Erlöschen der Vollmacht nach Art. 35 OR?* 99

IV. Art. 36 Abs. 2 OR 100

1. *Regelungsgehalt im Überblick* 101

2. *Der Tatbestand im einzelnen* 102

Ausstellung einer Vollmachtsurkunde (Nr. 322 ff.). Nicht vorausgesetzt: Vollmachtsmitteilung (Nr. 327). Vorlegung der Vollmachtsurkunde an den Dritten: Allgemeines (Nr. 328), Verhältnis von Art. 36 Abs. 2 OR zu Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR (Nr. 329 ff.). Negatives Tatbestandsmerkmal: Nichteintritt der Vertretungswirkung (Nr. 337 f.). Schuldhaftes Pflichtverletzung (Nr. 339 f.). Keine Haftungsvoraussetzung: Kausalzusammenhang zwischen Verschulden und Schaden (Nr. 341).

3. *Die Rechtsfolge im einzelnen* 107

Der ersatzfähige Schaden: das negative Vertragsinteresse (Nr. 342). Ausnahmsweise Ersatz des positiven Vertragsinteresses? (Nr. 343 f.).

V. Art. 37 OR 108

1. *Tatbestand* 109

A. Berechtigte Gutgläubigkeit des Dritten 109

B. Kenntnis des Vertreters von der Bevollmächtigung 110

C. Gutgläubigkeit des Vertreters 111

2. *Rechtsfolge: Vertretungswirkung* 112

Kritik der gesetzlichen Regelung (Nr. 356 ff.). Eintritt der Vertretungswirkung ex lege (Nr. 363). Rechtsgrund der Vertretungswirkung (Nr. 366).

3. *Anwendungsbereich* 115

VI. Art. 39 Abs. 1 und 2 OR 116

1. *Grundtatbestand (Art. 39 Abs. 1 OR)* 116

A. Ausbleiben der Vertretungswirkung 116

B. Berechtigte Gutgläubigkeit des Dritten 117

C. Vollmachtsbehauptung des Vertreters 119

D. Verschulden? 121

E. Handlungsfähigkeit? 122

2. <i>Der qualifizierte Tatbestand (Art. 39 Abs. 2 OR)</i>	124
A. Verschulden des Vertreters	124
B. Erfordernis der Billigkeit	124
3. <i>Rechtsfolge: Schadenersatzpflicht des Vertreters</i>	125
A. Art. 39 Abs. 1 OR: Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses	126
Begriff des negativen Vertragsinteresses (Nr. 405). Begrenzung der Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses durch das positive Vertragsinteresse? (Nr. 406). Schadensberechnung (Nr. 407). Schadenersatzbemessung (Nr. 408 ff.).	
B. Art. 39 Abs. 2 OR: Verpflichtung zum Ersatz des positiven Vertragsinteresses	130
C. Verhältnis des positiven zum negativen Vertragsinteresse	131
4. <i>Verwandte Tatbestände</i>	131
Handeln im Namen einer nicht existierenden Person (Nr. 417 ff.). Handeln als Bote (Nr. 422 f.).	
2. Kapitel: Gutglaubensschutz bei Willensmängeln	133
I. Art. 26 OR	134
1. <i>Grundtatbestand (Art. 26 Abs. 1 OR)</i>	135
A. Geltendmachung der einseitigen Vertragsverbindlichkeit	135
B. Fahrlässigkeit des Irrenden	137
C. Berechtigte Gutgläubigkeit des Gegners des Irrenden	139
2. <i>Der qualifizierte Tatbestand (Art. 26 Abs. 2 OR)</i>	141
3. <i>Rechtsfolge: Schadenersatzpflicht des Irrenden</i>	142
A. Schadenersatzbemessung bei leichtem Verschulden	143
B. Begrenzung der Haftung aus Art. 26 Abs. 1 OR durch das positive Vertragsinteresse?	143
C. Recht des Irrenden, auf die Irrtumsanfechtung zurückzukommen und zu erfüllen, statt Schadenersatz zu leisten?	145
4. <i>Haftung nach Art. 26 OR i. V. m. Art. 27 OR</i>	147
II. Art. 29 Abs. 2 OR	149
1. <i>Tatbestand</i>	150
Geltendmachung der einseitigen Vertragsunverbindlichkeit (Nr. 467). Drohung eines Dritten (Nr. 468 f.). Berechtigte Gutgläubigkeit des Gegners des Bedrohten (Nr. 470 f.). Erfordernis der Billigkeit (Nr. 472).	

2. Rechtsfolge: Schadenersatzpflicht des Bedrohten	152
III. Art. 28 Abs. 2 OR	153
1. Tatbestand	153
Täuschung durch einen Dritten (Nr. 478 ff.). Berechtigte Gutgläubigkeit des Gegners des Getäuschten (Nr. 485 ff.)	153
2. Rechtsfolge: Unbeachtlichkeit der Täuschung	155
3. Kapitel: Gutglaubensschutz im Bereicherungsrecht	156
I. Art. 64 OR	156
1. Regelungsgehalt im Überblick	156
A. Grundsatz: Beschränkung der Bereicherungsforderung durch Entreichering	157
a) Entreichering durch Leistungsunmöglichkeit	157
Pflicht zur Herausgabe eines allfälligen Surrogats (Nr. 500). Begriff der Leistungsunmöglichkeit (Nr. 501 f.). Fall, da Besitz am ursprünglich erlangten Vermögensvorteil verloren geht, jedoch keine Leistungsunmöglichkeit vorliegt (Nr. 503 f.). Haftung des Entreicherten nach Art. 97 ff. OR? (Nr. 505 ff.)	
b) Entreichering durch Vermögensnachteile im Zusammenhang mit der Bereicherung	160
B. Ausnahmen	160
a) Entreichering nach der «Zeit der Rückforderung»	161
b) Bösgläubige Bereicherungsentäusserung	162
aa) Die in Art. 64 OR enthaltene Einschränkung: Auslegung der Bestimmung	162
bb) Folgerungen	164
cc) Abweichende Lehrmeinungen	166
2. Zur Rechtsstellung des gutgläubig Bereicherten insbesondere	170
A. Erscheinungsformen des Surrogats	170
B. Entreichering durch Vermögensnachteile im Zusammenhang mit der Bereicherung: Einzelheiten	173
Der rechtserhebliche Zusammenhang (Nr. 550 ff.). Rechtsfolge der Entreichering: Beschränkung der Bereicherungsforderung (Nr. 550). Art und Zeitpunkt der Beschränkung (Nr. 553 ff.).	
3. Analoge Anwendung des Art. 64 OR	176
Auf die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (Nr. 557 ff.). Der «Flugreise-Entscheid» (Nr. 561).	

II. Art. 65 OR	178
1. <i>Regelungsgehalt im Überblick</i>	178
(Teilweise) Abhängigkeit des Anspruchs auf Verwendungsersatz vom guten (bösen) Glauben des Bereicherten (Nr. 563 ff.). Massgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen des guten Glaubens (Nr. 567). Begriff des guten Glaubens (Nr. 568 f.). Der Anspruch auf Verwendungsersatz: eine Geldforderung (Nr. 570 f.). Sicherung des Anspruchs durch ein Retentionsrecht (Nr. 572 ff.). Exklusive Geltung des Art. 65 OR gegenüber Art. 64 OR (Nr. 575)	
2. <i>Begriff der notwendigen, nützlichen und «anderen» Verwendungen</i>	182
3. <i>Analoge Anwendung</i>	184
III. Stellung des gut- bzw. bösgläubig Bereicherten in bezug auf Nutzungen	184
1. <i>Haftung auch des gutgläubig Bereicherten für gezogene Nutzungen?</i>	185
2. <i>Haftung des bösgläubig Bereicherten für nicht gezogene Nutzungen?</i>	186
4. Kapitel: Gutglaubensschutz im Abtretungsrecht	187
I. Art. 18 Abs. 2 OR	188
1. <i>Regelungsgehalt im Überblick</i>	188
2. <i>Tatbestand</i>	190
A. <i>Simulation eines schriftlichen Schuldbekenntnisses</i>	190
Begriff des Schuldbekenntnisses (Nr. 603 ff.). Erfordernis der Schriftlichkeit (Nr. 606 ff.). Begriff der Simulation (Nr. 609). Voll- und Teilsimulation (Nr. 610 ff.).	
B. <i>Abtretung der simulierten Forderung an einen Dritten</i>	193
Das Erfordernis des Abtretungsvertrags (Nr. 613 f.). Die Person des Abtretenden (Nr. 615 f.). Ausnahme: Forderungsübergang nach Art. 18 Abs. 2 OR ohne Abtretungsvertrag (Nr. 617 ff.).	
C. <i>Forderungserwerb im Vertrauen auf das schriftliche Schuldbekenntnis</i>	195
a) <i>Kenntnis des Dritten vom schriftlichen Schuldbekenntnis</i>	195
b) <i>Berechtigte Gutgläubigkeit des Dritten</i>	195
3. <i>Rechtsfolge: Ausschluss der Simulationseinrede</i>	196
4. <i>Verwandte Tatbestände</i>	199
II. Art. 164 Abs. 2 OR	203
1. <i>Regelungsgehalt im Überblick</i>	203
2. <i>Tatbestand</i>	204

Schriftliches Schuldbekenntnis ohne Abtretungsverbot (Nr. 655). Abtretung der (verurkundeten) Forderung an einen Dritten (Nr. 656 ff.). Forderungserwerb des Dritten in berechtigtem Vertrauen auf das schriftliche Schuldbekenntnis (Nr. 663 ff.).

- 3. *Rechtsfolge* 206
- 4. *Verwandte Tatbestände* 207

III. Art. 167 OR 208

- 1. *Schuldbefreiung durch Leistung an den Zedenten (Ex-Gläubiger)* 209
 - A. *Tatbestand* 209
 - a) *Gutgläubigkeit des Schuldners* 209
 - b) *Leistung vor Anzeige der Abtretung* 210

Zeitpunkt, in dem eine Abtretungsanzeige wirksam wird (Nr. 682f.). Form der Abtretungsanzeige (Nr. 684). Person des Anzeigenden (Nr. 685). Begriff der Abtretungsanzeige: Präzisierungen (Nr. 686 ff.). Rücknahme der Abtretungsanzeige (Nr. 689).
 - B. *Rechtsfolge: Schuldbefreiung* 212
 - C. *Verwandte Tatbestände* 213
- 2. *Schuldbefreiung durch Leistung an einen Scheinzessionar* 216
 - A. *Zulasten des berechtigten Zessionars* 216
 - B. *Zulasten des Zedenten* 218

IV. Art. 169 OR 219

- 1. *Regelungsgehalt im Überblick* 219
 - A. *Die erste Regel* 220
 - B. *Die zweite Regel* 221
 - C. *Die dritte Regel* 221
 - D. *Die vierte Regel* 222
- 2. *Das Verrechnungsrecht nach der vierten Regel insbesondere* 224
 - A. *Forderungserwerb in berechtigtem gutem Glauben* 225
 - B. *Forderungserwerb vor Anzeige der Abtretung* 226
 - C. *Fälligwerden der schuldnerischen Forderung: entweder vor Abtretung der Gegenforderung oder zwar nach Abtretung der Gegenforderung, aber solange sich der Schuldner in berechtigtem gutem Glauben befindet oder bevor die abgetretene Forderung fällig ist* 226
 - D. *Beispiel* 228

3. TEIL:
DAS SYSTEM DES GUTGLAUBENSSCHUTZES:
ERGEBNIS UND ÜBERBLICK

I. Zweck der Systembildung	230
II. Gutgläubensschutz beim Vertragsabschluss	233
1. <i>Die Rechtsfolgen im Vergleich</i>	234
A. Heilung des Rechtsmangels	234
B. Entstehung eines Schadenersatzanspruchs	236
2. <i>Die Tatbestände im Vergleich</i>	236
A. Einleitung	236
B. Gemeinsames Merkmal aller Gutgläubensvorschriften, die mangelhafte Vertragstatbestände betreffen: Vertragsabschluss der geschützten Vertragspartei in berechtigtem gutem Glauben	238
C. Die Rechtsscheinvorschriften	238
a) Gemeinsame (Tatbestands-) Merkmale	239
b) Verbindung mit dem Rechtsscheingedanken	240
c) Vergleich mit verwandten Bestimmungen	241
aa) Art. 37 OR	241
bb) Art. 39 OR	241
cc) Art. 973 ZGB	242
dd) Art. 167 OR	243
ee) Art. 28 Abs. 2, 29 Abs. 2 OR; Art. 26 OR	244
d) Unterscheidende Merkmale	244
D. Berechtigte Gutgläubigkeit: Generelles Erfordernis der Haftung aus c.i.c. bei mangelhaften Vertragstatbeständen?	248
Sachverzeichnis	251

ABKÜRZUNGEN

a.A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angeführten Ort
ABGB	(Österreichisches) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch von 1881
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
Anm.	Anmerkung, Fussnote
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebsberater
Bd./Bde.	Band/Bände
Bem.	Bemerkung
betr.	betreffend, betreffs
BG	Bundesgesetz
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch von 1896
BGE	Bundesgerichtsentscheid (amtliche Sammlung)
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BR	Baurecht. Mitteilungen des Seminars für schweizerisches Bau-recht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CCfr	Code civil français von 1804
CCit	Codice civile italiano von 1942
c.i.c.	culpa in contrahendo

XVIII

ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
E. (Erw.)	Erwägung
evtl.	eventuell
Extraits	Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg
f., ff.	folgende(r) S., N, Nr., Art.
FG	Festgabe
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	(Deutsches) Handelsgesetzbuch
i. V. m.	in Verbindung mit
Jher. Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JT	Journal des Tribunaux
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	(Deutsche) Juristenzeitung
Komm.	Kommentar
lit.	littera
LM	Lindenmaier-Möhrling, Nachschlagewerk des BGH
m. a. W.	mit andern Worten
Max	Entscheidungen des Obergerichtes des Kantons Luzern (Maximen); ab 1974 Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide, 1. Teil, Obergericht (Maximen)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
N	Note(n)
N. F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer(n); ohne weitere Angaben Randnummer(n) der vorliegenden Arbeit
OLG	Oberlandesgericht
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936 (mit seitherigen Änderungen)
aOR	BG vom 14. Juni 1881 über das Obligationenrecht
PKG	Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
Pra	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
Rep	Repertorio de Giurisprudenza Patria
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommmentar (s. Literaturverzeichnis)

RGZ	Entscheidungen des RG in Zivilsachen
S.	Seite(n)
sc.	scilicet
SchwPR	Schweizerisches Privatrecht
SchKG	BG vom 11. April 1889 betr. Schuldbetreibung und Konkurs
Sem	La semaine judiciaire
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architekten-Verein
SIA-Norm 118	Allgemeine Bedingungen für Bau-Arbeiten, herausgegeben vom SIA (Ausgabe 1977)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannte(r, s)
Sten. Bull. NR	Stenographisches Bulletin des Nationalrates
Sten. Bull. SR	Stenographisches Bulletin des Ständerates
SVG	BG vom 19. Dezember 1958 über den Strassenverkehr
u. a.	unter anderem
usw.	und so weiter
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VVG	BG über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908
z. B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (mit seitherigen Änderungen)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO/ZH	Zürcherische Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

LITERATUR

(Auswahl)

Die nachstehend aufgeführten Werke werden – wo nichts anderes vermerkt ist – so zitiert, wie in Kursivschrift angegeben, Autoren allerdings ohne Initialen der Vornamen.

Alternativkommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Reihe Alternativkommentare, Band II, Neuwied und Darmstadt 1980 (zit. Bearbeiter, Alternativkommentar)

Becker H., Berner Kommentar:

– zu Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Bern 1941, Nachdruck 1974

– zu Art. 184–551 OR, Bern 1934

Bircher E., Gutgläubiger Erwerb des Forderungspfandrechts, Diss. Bern 1946

Bucher E., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979

– – Berner Kommentar zu Art. 11–26 ZGB, Bern 1976

v. Büren B., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964 (zit. v. Büren I)

– – Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972 (zit. v. Büren II)

Bussy A., Etude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse, Diss. Lausanne 1922

Canaris C.-W., Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, Nachdruck 1981

Deschenaux H., Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht, Band I, Basel/Stuttgart 1969

Egger A., Zürcher Kommentar zu Art. 1–89 ZGB, Zürich 1930

Engel P., Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, Neuenburg 1973

Escher A., Zürcher Kommentar zu Art. 457–536 ZGB, Zürich 1959

Fick/Morlot, Das Schweizerische Obligationenrecht, herausgegeben von F. Fick, unter Mitwirkung von A. v. Morlot, Zürich 1915

- Flume W.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsge-
schäft, 3. Aufl., Berlin 1979
- Frotz G.*, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, Frankfurt am Main 1972
- Funk F.*, Handkommentar des Obligationenrechts, Band I, Aarau 1928
- Gauch P.*, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht mit Einschluss des
Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechts, Zürich 1974
- Gauch/Schluep/Jäggi*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne
ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bände, 3. Aufl., Zürich 1983
- Gauch/Schluep/Tercier*, La partie générale du droit des obligations (sans la respon-
sabilité civile), 2 Bände, 2. Aufl., Zürich 1982
- Gautschi G.*, Berner Kommentar zu Art. 394–406 OR, Bern 1971
- Gmür M.*, Berner Kommentar zu Art. 1–10 ZGB, Bern 1910
- Guhl/Merz/Kummer*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl., Zürich 1980
- Haab/Simonius/Scherrer/Zobl*, Zürcher Kommentar zu Art. 641–729 ZGB, Zürich
1929/77
- Haberstich J.*, Handbuch des schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 1884
- Hafner H.*, Das schweizerische Obligationenrecht (vom 14. Juni 1881), 2. Aufl.,
Zürich 1912
- Hegetschweiler O.*, Der Schutz des guten Glaubens nach dem schweizerischen
Zivilgesetzbuch. Sachenrecht, Diss. Zürich 1912
- Hinderling H.*, Der Besitz, in: Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, Basel/Stutt-
gart 1977 (zit. Hinderling, SchwPR V/1)
- Homberger A.*, Zürcher Kommentar zu Art. 919–977 ZGB, Zürich 1938
- Jaeger P.*, Der Vertrauensschutz im Verkehr mit handlungsunfähigen Personen,
Diss. Zürich 1946
- Jäggi P.*, Kommentar zu Art. 3 ZGB, in: Berner Kommentar zu Art. 1–10 ZGB,
Bern 1962, Nachdruck 1966
- – Zürcher Kommentar zu Art. 965–989 und 1145–1155 OR, Zürich 1959, Nach-
druck 1978
- Jäggi/Gauch*, Zürcher Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980
- Keller/Schöbi*, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des
Vertragsrechts, Basel und Frankfurt 1982 (zit. Keller/Schöbi, Allg. Lehren)
- Keller/Schaufelberger*, Das Schweizerische Schuldrecht, Band III, Ungerechtfertig-
te Bereicherung, Basel und Frankfurt am Main 1982
- Koller A.*, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Diss. Fri-
bourg 1980
- Kramer E. A.*, Berner Kommentar:
– zu Art. 1 und 2 OR, Bern 1980
– zu Art. 18 OR, Bern 1985
- Kummer M.*, Kommentar zu Art. 8 ZGB, in: Berner Kommentar zu Art. 1–10
ZGB, Bern 1962, Nachdruck 1966
- Larenz K.*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., Mün-
chen 1983 (zit. Larenz, BGB A.T.)

- – Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 1982 (zit. Larenz, SchR A.T.)
- – Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, 12. Aufl., München 1981 (zit. Larenz, SchR B.T.)
- Liver P.*, Zürcher Kommentar zu Art. 730–744 ZGB, Zürich 1951/68
- Martin A.*, Le code des obligations, 2 Bände, Lausanne 1919/22
- Meier E.*, Der gute und der böse Glaube im Erbrecht, Diss. Zürich 1924
- Meier-Hayoz A.*, Kommentar zu Art. 1 ZGB, in: Berner Kommentar zu Art. 1–10 ZGB, Bern 1962, Nachdruck 1966
- – Berner Kommentar zu Art. 641–701 ZGB, Bern 1964/75
- – Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, Diss. Zürich 1948 (zit. Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip)
- Merz H.*, Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: Berner Kommentar zu Art. 1–10 ZGB, Bern 1962, Nachdruck 1966
- Müller G.*, Der Schutz des gutgläubigen Dritten im Familienrecht, Diss. Zürich 1924
- Münchener Kommentar*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:
 - Band I, Allgemeiner Teil (§§ 1–241), AGB-Gesetz, München 1978
 - Band II (§§ 242–432), München 1979 (zit. Bearbeiter, Münchener Kommentar)
- Nobel P.*, Entscheide zu den Einleitungsartikeln, Bern 1977
- Oertmann P.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen:
 - Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927
 - Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 1928
- Oftinger K.*, Schweizerisches Haftpflichtrecht:
 - Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1975
 - Band II, Besonderer Teil, 1. Hälfte, 3. Aufl., Zürich 1970 (zit. Oftinger I bzw. II)
- Oftinger/Bär*, Zürcher Kommentar zu Art. 884–918 ZGB, Zürich 1981
- Oser/Schönenberger*, Zürcher Kommentar:
 - zu Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929
 - zu Art. 184–418 OR, 2. Aufl., Zürich 1936
 - zu Art. 419–529 OR, 2. Aufl., Zürich 1945
- Ostertag F.*, Berner Kommentar zu Art. 919–977 ZGB, Bern 1977
- Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 42. Aufl., München 1983 (zit. Palandt/Bearbeiter)
- Patry R.*, Grundlagen des Handelsrechts, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/1, Basel 1976 (zit. Patry, SchwPR VIII/1)
- Piotet P.*, Culpā in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Bern 1963
- Planck*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz:
 - Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1913

- Band II, 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), 4. Aufl., Berlin 1914 (zit. Planck/Bearbeiter)
- Reichel H.*, Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb, in: Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Band 42, Wien 1916, S. 173ff. (zit. Reichel, Gutgläubigkeit)
- – Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, in: Festgabe für Rudolf Stammler zum 70. Geburtstag, Berlin und Leipzig 1926 (zit. Reichel, FG Stammler)
- Reichsgerichtsrätekommentar*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von den Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., Berlin/New York seit 1959. Soweit bereits erschienen, wird die 12. Aufl. (Berlin/New York seit 1979) zitiert (zit. Bearbeiter/RGRK).
- Rossel V.*, Manuel de droit fédéral des obligations, Band I, Lausanne/Genf 1920
- Schneider/Fick*, Das schweizerische Obligationenrecht (vom 14. Juni 1881), 2. Aufl., Zürich 1891
- Schönenberger/Jäggi*, Zürcher Kommentar zu Art. 1–17 OR, Zürich 1973
- Siegwart A.*, Zürcher Kommentar zu Art. 530–619 OR, Zürich 1938, Nachdruck 1978
- Skript Vorlesung Meier-Hayoz*, Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–10), nach einer von Prof. A. Meier-Hayoz an der Universität Zürich gehaltenen Vorlesung, herausgegeben von Reto Ruoss, 3. Aufl., Zürich 1979
- Soergel H. Th.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:
 - Band I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Stuttgart usw. 1978
 - Band II, Schuldrecht I, 10. Aufl., Stuttgart usw. 1967 (zit. Soergel/Bearbeiter)
- Stark E. W.*, Berner Kommentar zu Art. 919–941 ZGB, Bern 1966/76. Die 2. Auflage (Bern 1984) ist erst nach Fertigstellung der vorliegenden Arbeit erschienen.
- Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 10./11. Aufl., Berlin ab 1954. Soweit bereits erschienen, wird die 12. Aufl. (Berlin ab 1978) zitiert (zit. Staudinger/Bearbeiter).
- Stoffel L.*, Die Zurechnung des guten oder bösen Glaubens nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Fribourg 1938, erschienen 1963
- Sträuli/Messmer*, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 1982
- v. Tuhr/Escher*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band, Zürich 1974
- v. Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band, 2 Lieferungen, Zürich 1974 und 1979
- v. Tuhr/Escher/Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Supplement, Zürich 1984
- Tuor/Schnyder*, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1975. Nach-

druck 1979 (einschliesslich des Supplements Kindsrecht 1977) mit neuer
Paginierung, die hier nicht verwendet wird

Voegeli P., Der gutgläubige Erwerb von Wertpapieren unter besonderer Berücksichtigung kriegsbedingter Erscheinungen im Wertpapierhandel, Diss. Zürich
1951

Weinberg S., Der Schutz des guten Glaubens im Grundpfandrecht, Diss. Zürich
1950

Wellspacher M., Das Vertrauen auf äussere Tatbestände im bürgerlichen Recht,
Wien 1906

Zikos G., Die Vollmacht nach schweizerischem und griechischem Recht, Diss.
Zürich 1966

EINLEITUNG

I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem guten und dem bösen Glauben im 1
allgemeinen Schuldrecht. Mit dem allgemeinen Schuldrecht ist der allgemeine Teil
des OR gemeint. Hauptziel der Untersuchung bildet die Auslegung der einzelnen
Vorschriften, die einen Schutz des guten Glaubens vorsehen (Gutglaubensvor-
schriften). Dazu kommen Nebenziele wie die Aufzeigung von Lücken im Bereiche
des Gutglaubensschutzes und die Angabe von Richtlinien zu deren Ausfüllung. Im
einzelnen ist zu Gegenstand und Ziel der vorliegenden Arbeit was folgt zu be-
merken:

1. Wo das Gesetz den **Begriff des guten Glaubens** verwendet, ist damit meist, 2
wenn auch nicht immer (Nr. 4), eine **Bewusstseinslage**¹ gemeint, **die sich auf einen
Rechtsmangel bezieht und geeignet ist, die ordentlichen Folgen des Rechtsmangels
aufzuheben oder abzuschwächen**²; diese günstige Wirkung (Gutglaubensschutz)
hängt unter Umständen einzig und allein von der betreffenden Bewusstseinslage
ab, in der Regel müssen aber noch weitere Voraussetzungen gegeben sein. Auf den
Begriff des guten Glaubens wird hinten in Nr. 25 ff. noch ausführlich eingegangen;
hier soll er vorerst nur an einem Beispiel illustriert werden:

Jemand (im folgenden Vertreter genannt) schliesst in fremdem Namen einen 3
Vertrag, ohne die hierfür erforderliche Vertretungsmacht zu besitzen. Das Fehlen
der Vertretungsmacht (Rechtsmangel) hindert grundsätzlich den Eintritt der Ver-
tretungswirkung; eine wie auch immer geartete Bewusstseinslage des mit dem
Vertreter kontrahierenden Dritten ändert hieran nichts. Das Gesetz kennt jedoch
Ausnahmen. So sieht z. B. Art. 33 Abs. 3 OR die Vertretungswirkung zugunsten

¹ Dieser in der Gutglaubensschutzlehre gebräuchliche Ausdruck (z. B. *Jäggi*, N 26 zu Art. 3 ZGB und passim; *Stoffel*, S. 21; *Nobel*, S. 226 unten; *Müller-Freienfels W.*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955, S. 393 und passim) stammt, soweit ersichtlich, von *Reichel*, Gutgläubigkeit, S. 188 und passim.

² Vgl. *Jäggi*, N 26 zu Art. 3 ZGB.

des Dritten vor, der bei Vertragsabschluss darauf vertraut, der Vertreter habe Vollmacht. Dieses Vertrauen (guter Glaube) allein vermag allerdings die fehlende Vertretungsmacht nicht zu ersetzen³; weiter ist z. B. eine Vollmachtsmitteilung des Vertretenen vorausgesetzt (im einzelnen siehe Nr. 203 ff.)⁴.

- 4 Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird der gute Glaube ausschliesslich im Sinne einer auf einen Rechtsmangel bezüglichen Bewusstseinslage verstanden. Dies ist deshalb hervorzuheben, weil der Ausdruck auch in *andern Bedeutungen* verwendet wird, und zwar nicht nur von Lehre und Rechtsprechung⁵, sondern auch vom Gesetzgeber (z. B. Art. 738 ZGB).

- 5 2. Der **böse Glaube** ist dem Begriff des guten Glaubens **komplementär**: Hinsichtlich eines bestimmten Rechtsmangels kann man nur entweder gut- oder bösgläubig sein⁶; «einen Zwischentatbestand gibt es nicht»⁷. Das Gesetz hält diese Alternative verschiedentlich fest; vgl. z. B. die Marginalien zu Art. 938/940 ZGB und Art. 973/974 ZGB. Besonders deutlich kommt das Komplementärverhältnis in Art. 936 ZGB und Art. 64 OR zum Ausdruck: Art. 936 ZGB gibt «nicht in gutem Glauben» (Text) mit «bösem Glauben» (Marginalie) wieder; und in Art. 64 OR ist «nicht in gutem Glauben» französisch mit «mauvaise foi» und italienisch mit «mala fede» wiedergegeben⁸.

³ Vgl. demgegenüber Art. 938–940 ZGB betr. die Pflicht zur Herausgabe von Nutzungen, die der unrechtmässige Besitzer einer Sache gezogen hat: Ob die Herausgabepflicht besteht, hängt einzig von der Bewusstseinslage des Besitzers ab. Ist dieser von der Rechtmässigkeit seines Besitzes überzeugt und mithin gutgläubig im Sinne des Art. 938 ZGB, besteht die betreffende Pflicht nicht; anders, wenn dem Besitzer die fragliche Überzeugung fehlt. Das Gesagte ist immerhin insofern zu präzisieren, als der gute Glaube im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB berechtigt sein muss, um nach Art. 938 ZGB geschützt zu sein.

⁴ Im Unterschied zu Art. 33 Abs. 3 OR sieht Art. 39 OR, der ebenfalls das Handeln als Vertreter ohne Vertretungsmacht betrifft, nicht den Eintritt der Vertretungswirkung vor, sondern einen Schadenersatzanspruch zugunsten des Dritten, der mit dem Vertreter kontrahiert. Die Rechtsmangelfolge (Nichteintritt der Vertretungswirkung) wird also nicht aufgehoben, immerhin aber abgeschwächt. Diese günstige Wirkung hängt – wie bei Art. 33 Abs. 3 OR – nicht allein vom guten Glauben des Dritten (Vertrauen auf den Vollmachtsbestand) ab, sondern noch von weiteren Voraussetzungen (hinten Nr. 373 ff.)

⁵ Vgl. *Jäggi*, N 52 zu Art. 3 ZGB, ferner z. B. BGE 49 I 227.

⁶ Das Komplementärverhältnis ist allgemein anerkannt: z. B. *Bircher*, S. 27; *Hegetschweiler*, S. 3; *Hafner*, N 1 zu Art. 207 aOR.

⁷ *Jäggi*, N 43 zu Art. 3 ZGB.

⁸ In der Lehre wird gelegentlich der Anschein erweckt, die Begriffe des guten und bösen Glaubens seien denknotwendig komplementär. Das trifft nicht zu. Das Gesetz könnte z. B. vorsehen, dass es guten, bösen und dazwischen einen «mittleren» Glauben gibt und an die verschiedenen «Glaubensarten» je verschiedene Rechtsfolgen knüpfen; alsdann wäre bei Verneinung guten Glaubens nicht notwendig böser Glaube gegeben (es könnte auch «mittlerer» Glaube vorliegen); der böse Glaube wäre mithin zum guten Glauben nicht komplementär.

3. Der **Rechtsmangel** ist – vereinfacht ausgedrückt (Präzisierungen hinten in Nr. 26ff.) – ein rechtserheblicher Umstand, dessen besonderes Kennzeichen darin besteht, dass er eine nachteilige Rechtswirkung erzeugt. Diese tritt grundsätzlich ein, ohne dass es auf die Bewusstseinslage des Benachteiligten ankommt: Der Rechtsmangel wirkt sich unabhängig davon aus, wie das Bewusstsein des Benachteiligten mit Bezug auf den Rechtsmangel beschaffen ist. Das besagt nichts anderes, als dass es *keinen generellen Gutglaubensschutz gibt*. Solchen sieht das Gesetz nur für gewisse Ausnahmetatbestände vor⁹. Einschlägige Bestimmungen (Gutglaubensvorschriften, Nr. 1) finden sich im gesamten Privatrecht¹⁰; den wichtigsten begegnen wir im ZGB¹¹ und im OR. Es verwundert daher nicht, dass monographische Abhandlungen zum Gutglaubensschutz gerade diese beiden Rechtsgebiete bzw. Teile davon betreffen: z. B. das Familienrecht (*Gertrud Müller*¹²), das Erbrecht (*Ernst Meier*¹³), das Sachenrecht (*Otto Hegetschweiler*¹⁴), das Wertpapierrecht (*Paul Voegeli*¹⁵). Was bis anhin fehlt, ist eine Monographie zum Gutglaubensschutz im allgemeinen Teil des OR. Diese Lücke soll mit vorliegender Arbeit geschlossen werden.

Einzelne der Bestimmungen, die Gutglaubensschutz vorsehen, nehmen ausdrücklich auf den guten oder bösen Glauben Bezug: sog. **formelle Gutglaubensvorschriften** (z. B. Art. 34 Abs. 3, 64, 167 OR) im Unterschied zu den **materiellen Gutglaubensvorschriften**. Diese schützen den guten Glauben einer Person, ohne vom Wortlaut her als Gutglaubensvorschriften erkennbar zu sein (z. B. Art. 18 Abs. 2, 33 Abs. 3, 39 OR)¹⁶. Auch sie bilden Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

4. Die Auslegung der einzelnen Gutglaubensvorschriften (des allgemeinen Schuldrechts) erfolgt unter *besonderer Berücksichtigung systematischer Zusammenhänge*: Die einzelnen Bestimmungen werden auf dem Hintergrund der im Gesetz

⁹ Zu beachten ist, dass die Aufhebung bzw. Abschwächung der ordentlichen Rechtsman-
gelfolgen nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Gutglaubensschutzes erfolgen kann.
Hingewiesen sei z. B. auf die Extratabularersitzung bei Grundstücken gemäss Art. 662
ZGB; diese hängt nicht von einer irgendwie gearteten Bewusstseinslage des Ersitzenden
ab (*Tuor/Schnyder*, S. 541). Weitere Beispiele bei *Jäggi*, N 62 zu Art. 3 ZGB.

¹⁰ Vgl. *Stark*, N 43 zu Art. 933 ZGB; *Jäggi*, N 63 zu Art. 3 ZGB. Gutglaubensschutz kennt
z. B. auch das Seeschiffsrecht: *Friedrich H.-P.*, Publizität und Schutz des guten
Glaubens im schweizerischen Seerecht, FG zum 70. Geburtstag von August Simonius,
Basel 1955, S. 53ff.

¹¹ Alle Teile des ZGB, ausgenommen das Personenrecht (*Jäggi*, N 63 zu Art. 3 ZGB),
kennen Gutglaubensvorschriften; siehe gleich nachstehend im Text.

¹² Der Schutz des gutgläubigen Dritten im Familienrecht, Diss. Zürich 1924.

¹³ Der gute und böse Glaube im Erbrecht, Diss. Zürich 1924.

¹⁴ Der Schutz des guten Glaubens nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch. Sachen-
recht, Diss. Zürich 1912.

¹⁵ Der gutgläubige Erwerb von Wertpapieren unter besonderer Berücksichtigung kriegs-
bedingter Erscheinungen im Wertpapierhandel, Diss. Zürich 1951.

¹⁶ Bereits unter dem aOR wurden einzelne Vorschriften, die nicht ausdrücklich auf den
guten Glauben Bezug nahmen, als Gutglaubensvorschriften aufgefasst, so z. B. Art. 44
und Art. 294. Vgl. *Schneider/Fick*, N 2 zu Art. 44 aOR; *Hafner*, N 8 zu Art. 294 aOR.

zum Ausdruck kommenden Zweckvorstellungen und Wertungsgesichtspunkte in ihrem Sinn und ihrer Tragweite aufeinander abgestimmt. **Methodisch** versuche ich dies durch einen ständigen Wechsel von Induktion (Herausarbeitung systembildender Gesichtspunkte aufgrund einer vorläufigen Auslegung der Einzelbestimmungen) und Deduktion (Verwertung der systematischen Gesichtspunkte bei erneuter Auslegung der Einzelschriften) zu erreichen¹⁷.

- 9 Verwendet man durch Auslegung von Einzelnormen gewonnene Erkenntnisse ihrerseits als Mittel zur Auslegung der fraglichen Normen, so könnte man leicht in den Verdacht kommen, es jenem berühmten Baron von Münchhausen, der sich am eigenen Schopf aus dem Sumpf ziehen wollte, gleichzutun zu wollen. Tatsächlich ist die Gefahr von Zirkelschlüssen nicht von der Hand zu weisen. Indes kann diese Gefahr minimal gehalten werden durch die Bereitschaft, (angebliche) systematische Erkenntnisse ebenso wie die Auslegungsergebnisse einer dauernden Überprüfung und allfälligen Korrektur zu unterziehen. Und jedenfalls scheint eine Auslegung, die den einzelnen Vorschriften übergeordnete Wertungs- und Regelungsgesichtspunkte nicht in der angegebenen Weise berücksichtigt, die Gefahr falscher Ergebnisse ungleich eher in sich zu schliessen als eine Auslegung nach der vorstehend angegebenen Methode.

- 10 5. Die Bestimmungen, die Gutgläubensschutz vorsehen, sind **auf einen Normalfall zugeschnitten**: den Fall, da die Person, deren Schutz in Frage steht, eine natürliche Person und am tatbeständlich erheblichen Sachverhalt allein beteiligt ist¹⁸. Beispiel: Art. 36 Abs. 2 OR schützt den «Dritten», der mit einem falsus procurator kontrahiert. Die Bestimmung ist zugeschnitten auf den Fall, da der «Dritte» eine natürliche Person ist, den Vertrag selbst und ohne Beizug von Hilfspersonen schliesst, und das nur für sich (nicht z.B. als Mitglied einer einfachen Gesellschaft für sich und die übrigen Gesellschafter).

- 11 In der vorliegenden Arbeit wird, wo nichts anderes vermerkt ist, immer auf den besagten Normalfall Bezug genommen. Sonderprobleme, die sich ergeben, wenn nicht der Normalfall vorliegt, werden grundsätzlich ausgeklammert. So bleibt namentlich die Frage unbeantwortet, auf wessen Bewusstseinslage (guter oder böser Glaube) es für die Zuerkennung des Gutgläubensschutzes dann ankommt, wenn die Person, deren Schutz in Frage steht, keine natürliche, sondern eine juristische Person ist, oder wenn sie am tatbeständlich erheblichen Sachverhalt nicht allein, sondern zusammen mit andern Personen beteiligt ist¹⁹ (im Beispiel aus Nr. 10 hat

¹⁷ Ein solches Vorgehen ist auch in andern Zusammenhängen üblich, so z.B. in der Typuslehre (vgl. z.B. *Ott W.*, Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts, Diss. Bern 1972, S. 119f.; *Meier-Hayoz A.*, Zur Typologie im Aktienrecht, in: *Lebendiges Aktienrecht*, Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi, Zürich 1971, S. 259).

¹⁸ Vgl. *Jäggi*, N 136 zu Art. 3 ZGB.

¹⁹ Dazu *Jäggi*, N 136ff. zu Art. 3 ZGB; *Stoffel*, S. 25ff.; *Egger*, N 9 zu Art. 3 ZGB; *Deschenaux*, S. 224f.; *Stark*, N 74ff. zu Art. 933 ZGB (betr. gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten); *Reichwein*, SJZ 1970, S. 1ff.; *Bader*, SJZ 1920/21, S. 244ff.

sich z. B. der Dritte beim Vertragsabschluss vertreten lassen; oder er hat zwar den Vertrag selbst abgeschlossen, aber nicht bloss für sich, sondern auch für die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft, der er angehört).

Auf die eben aufgeworfene Frage wird deshalb nicht eingetreten, weil sie blosser Teilaspekt eines viel grösseren Problemkreises ist, der vorliegend nicht weiter interessiert. Gemeint sind die mit der sog. **Wissensvertretung**²⁰ zusammenhängenden Probleme, von denen hier beispielshalber zwei erwähnt seien: Ist bei Vertretungstatbeständen für die Berücksichtigung von Willensmängeln auf die Bewusstseinslage des Vertreters, des Vertretenen oder beider abzustellen? Ist für den Ausschluss der Gewährleistungsrechte nach Art. 200 Abs. 1 OR nur auf die Mängelkenntnis des Käufers abzustellen oder auch auf die Kenntnis von Vertretern und Gehilfen beim Vertragsabschluss?

6. Die **gesetzliche Gutglaubensschutzregelung ist lückenhaft**²¹. Das gilt auch für das allgemeine Schuldrecht. Die Lückenfüllung obliegt dem Richter; Art. 1 Abs. 2 ZGB. «Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung»; Art. 1 Abs. 3 ZGB. Diese Bestimmung wäre toter Buchstabe, wenn die Lehre sich nicht bemühen würde, dem Richter Richtlinien für die Lückenfüllung in die Hand zu geben. Ein Ziel der vorliegenden Arbeit muss es daher sein, das allgemeine Schuldrecht auf Lücken im Bereich des Gutglaubensschutzes zu untersuchen und Anhaltspunkte für deren Ausfüllung zu erarbeiten²².

«Primär soll die Ausfüllung von Lücken auf dem Wege der *Analogie* erfolgen...»²³ Deshalb werden im Anschluss an die Auslegung der einzelnen Gutglaubensvorschriften des allgemeinen Schuldrechts **analoge Anwendungsmöglichkeiten** aufgezeigt. Es wäre freilich ein ebenso sinn- wie aussichtsloser Versuch, alle nur denkbaren Analogiefälle aufzeigen zu wollen. Es kann nur darum gehen, die für jede Analogie massgebenden tragenden Gesichtspunkte der Einzelnormen einsichtig zu machen und die Lückenfüllung unter Zugrundelegung jener Gesichtspunkte an (meist) praktisch bedeutsamen Einzelfällen zu illustrieren.

Die Analogie dient hauptsächlich, aber nicht ausschliesslich der Lückenfüllung: Unter Umständen bleibt man mit der analogen Anwendung einer Bestimmung noch im Bereiche der

²⁰ Dazu z. B. Reichwein, SJZ 1970, S. 1ff.; Schärer, zit. in Anm. 211, S. 133ff.; Reichel, SJZ 1920/21, S. 244ff.; aus der deutschen Lehre: Richardi, AcP 1969, S. 386ff., mit weiteren Hinweisen. – Die Wissensvertretung hat mit der Vertretung nach Art. 32ff. OR nichts zu tun (Schärer, a.a.O., S. 133; unzutreffend insoweit Egger, der in der FS zum 70. Geburtstag von Carl Wiefand, Basel 1934, S. 48, schreibt, es entspreche «der Logik des Vertretungsrechtes . . ., dass die Willensmängel und die Gutgläubigkeit sich nach der Person des Stellvertreters bestimmen»). Die Wissensvertretung ist im Gesetz nur für einen Sondertatbestand geregelt: Art. 5 VVG, der aber über den unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus Bedeutung für die Lückenfüllung hat.

²¹ Dass auch im Bereiche des Gutglaubensschutzes Lücken nicht auszuschliessen sind, ist allgemein anerkannt; statt vieler: Jäggi, N 67 zu Art. 3 ZGB; Egger, N 3 zu Art. 3 ZGB; Stark, N 43 zu Art. 933 ZGB; Reichel, FG Stammler, S. 314 unten.

²² Gutglaubensschutzregeln, die Gerichte gestützt auf Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB bereits entwickelt haben, werden selbstverständlich ebenfalls dargestellt.

²³ Meier-Hayoz, N 346 zu Art. 1 ZGB (Hervorhebung hinzugefügt).

Auslegung (Nr. 755). Im ersteren Falle (Lückenfüllung) erfolgt die Analogie gestützt auf Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB, im zweiten Fall (Auslegung) gestützt auf Art. 1 Abs. 1 ZGB. Ob das eine oder das andere zutrifft, ist freilich von praktisch geringer Bedeutung. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird daher regelmässig nicht unterschieden, ob eine Analogie auf der Ebene der Auslegung oder als Mittel der Lückenfüllung befürwortet wird.

- 16 Kann eine Lücke durch Analogie nicht gefüllt werden, so hat dies durch «*Anlehnung an den Geist des geformten Rechtes*»²⁴ zu geschehen. Der Richter soll aus der gesetzlichen Regelung einzelner Rechtsinstitute oder Rechtsgebiete hervorragende Wertungsgesichtspunkte herauschälen, um diese der Lückenfüllung zugrunde zu legen. Unter Umständen lässt sich einer einzigen Bestimmung ein die ganze Rechtsordnung beherrschender allgemeiner Rechtsgrundsatz entnehmen, der zur Lückenfüllung in nicht geregelten Fällen herangezogen werden kann; das trifft im Bereiche des allgemeinen Schuldrechts für Art. 18 Abs. 2 OR zu (Nr. 805 f.).

II. Aufbau der Arbeit

- 17 Die vorliegende Arbeit gliedert sich in **drei Teile**:

1. Der erste Teil ist ein *Grundlagenkapitel*. Die wichtigsten Unterabschnitte befassen sich mit der Präzisierung des Gutgläubensbegriffs (II.) sowie Art. 3 ZGB (III., IV.). Dieser Artikel bildet gleichsam «den allgemeinen Teil» (Jäggi²⁵) für die einzelnen Gutgläubensvorschriften. In dieser Funktion wird er dargestellt, nicht um seiner selbst willen. Eine umfassende Auseinandersetzung mit der Literatur und Rechtsprechung zu der Bestimmung ist daher nicht angestrebt. Die hauptsächlichen Lehrmeinungen und Gerichtsentscheide werden aber in die Ausführungen einbezogen. In Einzelpunkten hat sich durch die Auslegung der Gutgläubensvorschriften des allgemeinen Schuldrechts eine Sicht des Art. 3 ZGB ergeben, die mit der herrschenden nicht übereinstimmt. Auf die Heraushebung solcher Abweichungen werde ich besonderes Gewicht legen.
2. Der zweite Teil ist der praktisch bedeutsamste. Hier werden die *einzelnen Gutgläubensvorschriften* des allgemeinen Schuldrechts dargestellt; hier wird auch auf analoge Anwendungsmöglichkeiten hingewiesen.
3. Im abschliessenden dritten Teil werden *Gemeinsamkeiten* der im zweiten Teil ausgelegten *Gutgläubensvorschriften* systematisch erfasst und überblicksartig dargestellt. Zu Zweck und Funktion der Systembildung siehe Nr. 749 ff., zu den Kriterien der Systembildung Nr. 756.

²⁴ Meier-Hayoz, Titel vor N 351 zu Art. 1 ZGB; in N 351 spricht der Autor von «Ergänzung aus dem Geist der (positiven) Rechtsordnung».

²⁵ N 11 zu Art. 3 ZGB.

1. Teil GRUNDLAGEN

I. Terminologie

Terminologische Erläuterungen finden sich über die ganze Arbeit verstreut. Hier sind nur einige wenige Bemerkungen anzubringen, die für die Untersuchung von allgemeiner Bedeutung und aus diesem Grund an deren Anfang zu stellen sind:

- Lehre und Rechtsprechung verwenden für **denjenigen, zu dessen Gunsten sich eine Gutgläubensvorschrift²⁶ allenfalls auswirkt**, keinen einheitlichen Ausdruck. Gesprochen wird z. B. von der «Person, deren guter Glaube in Frage steht»²⁷; steht der gute Glaube fest, ist vom «Gutgläubigen»²⁸ die Rede. Je nach Kontext werden auch andere Bezeichnungen verwendet. So spricht beispielsweise *Jäggi* von der Person, die «eine Gutgläubenswirkung beansprucht» oder «sich auf ihren guten Glauben beruft»²⁹. Die gleichen oder sinnentsprechende Bezeichnungen werden auch in dieser Arbeit gebraucht; dazu kommen noch andere. Gelegentlich spreche ich vom (potentiell) Geschützten³⁰, je nach Sachzusammenhang auch vom Begünstigten (als demjenigen, zu dessen Gunsten eine Gutgläubensvorschrift allenfalls geht) oder vom Benachteiligten (als demjenigen, zu dessen Ungunsten sich ein Rechtsmangel grundsätzlich auswirkt).
- Der Gutgläubige wird immer zulasten eines andern geschützt. Diesen bezeichne ich nach einem in der Lehre gebräuchlichen Ausdruck als «**Gegeninteressent**»³¹, dann aber auch – je nach Kontext – als Gegner des Gutgläubigen³², als Gutgläubensschutzgegner oder einfach als Gegner.
- Der Ausdruck **Gutgläubensvorschrift** wird in der Regel als bloße Kurzform für Gutgläubensschutzvorschrift verwendet, bedeutet also eine Bestimmung, die Gutgläubensschutz anordnet (Nr. 1,6). Ausnahmsweise ist mit dem fraglichen Ausdruck auch Art. 3 ZGB gemeint; wo dies zutrifft, ergibt sich dies jeweils klar aus dem Kontext.
- Gutgläubensschutz hängt, wo er überhaupt vorgesehen ist, nicht nur vom guten Glauben, sondern noch von weiteren Voraussetzungen ab; das ist jedenfalls die Regel (Nr. 2). Die «weiteren Voraussetzungen» bilden den **Grundtatbestand**. Dieser Ausdruck, m. W. von *Jäggi*³³ in die Literatur eingeführt, hat sich nicht

²⁶ Oder richterliche Gutgläubensschutzregel.

²⁷ *Jäggi*, N 32 zu Art. 3 ZGB und *passim*.

²⁸ Z. B. *Egger*, N 1, 2, 3 zu Art. 3 ZGB.

²⁹ *Jäggi*, N 136 zu Art. 3 ZGB.

³⁰ *Egger*, N 1 zu Art. 3 ZGB, spricht vom Geschützten, falls dessen guter Glaube feststeht.

³¹ So vor allem *Jäggi*, z. B. N 56 und 108 zu Art. 3 ZGB.

³² So auch *Jäggi*, z. B. N 118 zu Art. 3 ZGB.

³³ Kommentar zu Art. 3 ZGB, z. B. N 30, 98.

eingebürgert. Trotzdem wird er im Interesse sprachlicher Einfachheit in der vorliegenden Arbeit verwendet.

II. Konkretisierung des Gutglaubensbegriffs

- 25 Guter und böser Glaube – wie sie im Rahmen der vorliegenden Arbeit verstanden werden – sind, wie gesagt, Bewusstseinslagen, die sich auf einen Rechtsmangel beziehen (Nr. 2ff.). Die beiden Bewusstseinslagen sind danach zu unterscheiden, ob sie geeignet sind, die (nachteiligen) Folgen des Rechtsmangels aufzuheben oder abzuschwächen: Der gute Glaube hat diese Eignung, der böse nicht. Der gute Glaube bedeutet demnach, wie bereits erwähnt, eine auf einen Rechtsmangel bezügliche Bewusstseinslage, die (allein oder bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, Nr. 2) die ordentlichen Rechtsmangelfolgen aufzuheben oder abzuschwächen vermag. Diese Umschreibung ist nun allerdings wenig aussagekräftig. Sie bedarf der Konkretisierung. Diesem Zweck dienen die folgenden Ausführungen: Ich spreche 1. vom Rechtsmangel; hierauf 2. vom Inhalt der (auf den Rechtsmangel bezüglichen) Bewusstseinslage; und 3. von der günstigen Rechtswirkung (Aufhebung oder Abschwächung der Rechtsmangelfolgen), die der gute Glaube allenfalls hervorruft. 4. präzisiere ich schliesslich Begriff und Bedeutung des bösen Glaubens. Der böse Glaube ist, wie bereits erwähnt (Nr. 5), dem Begriff des guten Glaubens komplementär, so dass Bemerkungen zum bösen Glauben mittelbar auch den guten Glauben betreffen.

1. Vom Rechtsmangel

- 26 Der Rechtsmangel ist, wie gesagt, ein rechtserheblicher Umstand, der – unter Vorbehalt allfälligen Gutglaubensschutzes – eine nachteilige Rechtswirkung erzeugt. Diese Definition entspricht allerdings nicht der herrschenden: *Jäggi* hat den Rechtsmangel in seinem Kommentar zu Art. 3 ZGB als Verhalten definiert, das rechtswidrig ist oder einen falschen Rechtsschein begründet; Lehre und Rechtsprechung sind ihm gefolgt³⁴. Diese Auffassung ist mit dem positiven Recht nicht vereinbar. Das wird hinten in Nr. 53ff. aufgezeigt. Zuvor befasse ich mich nun jedoch mit dem Rechtsmangel, wie er in vorliegender Arbeit verstanden wird: Vorerst präzisiere ich A. Begriff und Wesen des Rechtsmangels. Anschliessend stelle ich B. mit der Begriffsbestimmung verbundene Konsequenzen dar. Hierauf

³⁴ Lehre und Rechtsprechung haben den Gutglaubensbegriff *Jäggis* (dazu Nr. 57ff.) übernommen: Nr. 57, 65. Unausgesprochen ist damit auch der Begriff des Rechtsmangels übernommen, denn dieser ist Bestandteil des Gutglaubensbegriffs. Einzelne Autoren nehmen ausdrücklich auf den Rechtsmangelbegriff *Jäggis* Bezug; so z. B. *Deschenaux*, S. 211 Anm. 19. *Piotet* übernimmt zwar den Gutglaubensbegriff *Jäggis* nicht, verwendet aber trotzdem einen ähnlichen Begriff des Rechtsmangels wie dieser (SJZ 1968, S. 81).

gehe ich C. gesondert auf die praktisch bedeutsamste Art von Rechtsmängeln ein. Den Abschluss machen D. Bemerkungen zum Terminus Rechtsmangel.

A. Begriff und Wesen

Bevor Jäggi der Ansicht zum Durchbruch verhalf, der Rechtsmangel sei ein «Verhalten» (Nr. 53), wurde darunter zutreffenderweise ein «rechtlich erheblicher Umstand» (Egger³⁵) mit nachteiligen Wirkungen verstanden³⁶. Das Wesen dieses «Umstandes» wurde jedoch nicht restlos erkannt (vgl. z. B. Nr. 30, 35, Anm. 61); die folgenden Bemerkungen sollen insoweit klärend wirken:

1. Der mit einem Rechtsmangel verbundene Nachteil besteht im **Ausbleiben einer günstigen oder im Eintritt einer ungünstigen Rechtsfolge.**

Besteht der Nachteil im Ausbleiben einer günstigen Rechtsfolge, kann weiter unterschieden werden: Entweder *entsteht ein Recht nicht* (z. B. geht wegen eines pactum de non cedendo eine Forderung nicht auf den Zessionar über; auf diesen Fall bezieht sich Art. 164 Abs. 2 OR), oder *es fällt eine Pflicht nicht dahin* (z. B. geht bei Leistung an den Zedenten statt den Zessionar die Schuld nicht unter; Art. 167 OR). – Eine entsprechende Unterscheidung, nur «mit umgekehrten Vorzeichen», kann auch dort getroffen werden, wo der mit einem Rechtsmangel verbundene Nachteil im Eintritt einer ungünstigen Rechtsfolge besteht: Entweder *geht ein Recht unter* (z. B. das Eigentum an Gegenständen, die jemand in ein fremdes Grundstück einbaut; Art. 673 ZGB), oder *es entsteht eine Pflicht* (z. B. eine Herausgabepflicht, Art. 64 OR, oder eine Schadenersatzpflicht, Art. 39 OR).

Unzutreffend ist es nach dem Gesagten, den Rechtsmangel als «Mangel in bezug auf einen Rechtserwerb oder Rechtsbestand» zu umschreiben³⁷. Wer das tut, lässt all jene Rechtsmängel ausser Betracht, welche die Entstehung einer Pflicht bewirken oder dem Dahinfall einer Pflicht entgegenstehen.

2. Ein Rechtsmangel kann mehr als nur *eine* nachteilige Wirkung erzeugen. Beispiel: Wer eine Sache von einem Nichtberechtigten erwirbt, erlangt grundsätzlich kein Eigentum; er muss die Sache dem Eigentümer zurückgeben, hat unter Umständen Nutzungen herauszugeben und an der Sache entstehenden Schaden zu ersetzen (Art. 940 ZGB). Das fehlende Eigentum des Veräusserers (Rechtsmangel) steht also einerseits einer günstigen Rechtsfolge (Eigentumserwerb) entgegen und bewirkt andererseits ungünstige Rechtsfolgen (Herausgabe- und Schadenersatzpflichten)³⁸.

³⁵ N 4 zu Art. 3 ZGB.

³⁶ Vgl. die Literaturnachweise in Anm. 37, 42, 43.

³⁷ So Egger, N 4 zu Art. 3 ZGB; Stoffel, S. 21.

³⁸ Vgl. Jäggi, N 53 zu Art. 3 ZGB.

- 32 3. Ein Rechtsmangel kann auch *günstige* Rechtswirkungen erzeugen, ohne deswegen seines Charakters als Rechtsmangel verlustig zu gehen. Es gehört mit anderen Worten nicht zum Begriff des Rechtsmangels, dass er *nur* nachteilige Rechtswirkungen zeitigt. An dem eben in Nr. 31 gemachten Beispiel sei dies illustriert: Wer vom Nichtberechtigten erwirbt, hat unter Umständen einen Anspruch auf Verwendungsersatz (Art. 940 ZGB), der an die Seite der in Nr. 31 erwähnten nachteiligen Folgen tritt.
- 33 4. Einzelne Rechtsmängel wirken sich *ohne weiteres* aus, andere *nur bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen*. Auch hierzu illustrierende Beispiele:
- 34 Wer ohne Vertretungsmacht in fremdem Namen kontrahiert, vermag die Vertretungswirkung – vorbehältlich allfälligen Gutgläubensschutzes, z.B. nach Art. 33 Abs. 3 OR – nicht herbeizuführen³⁹. Dieselbe bleibt allein schon wegen der fehlenden Vertretungsmacht (Rechtsmangel) aus, ohne dass es weiterer Voraussetzungen bedürfte. – Wer als falsus procurator handelt, wird nach Massgabe des Art. 39 OR schadenersatzpflichtig⁴⁰. Die Schadenersatzpflicht hängt jedoch nicht allein vom Fehlen der Vertretungsmacht (Rechtsmangel) ab, sondern noch von weiteren Voraussetzungen (z.B. Urteilsfähigkeit des Vertreters, Nr. 400)⁴¹.
- 35 5. In der Literatur wird verschiedentlich gesagt, der Rechtsmangel sei ein «Mangel rechtlicher Natur»⁴²; «rein faktische Verhältnisse» (auch «rechtlich relevante») kämen daher als Rechtsmängel nicht in Betracht⁴³. Was mit «rein faktischen Verhältnissen» gemeint ist, wird jeweils nicht gesagt. Doch kann dies dahingestellt bleiben. Als Rechtsmangel kommen nämlich **Umstände beliebiger Art** in Betracht, sofern sie nur eine nachteilige Wirkung in dem in Nr. 28ff. umschriebenen Sinne erzeugen. «Faktische Verhältnisse», was immer man auch darunter verstehen mag, sind nicht ausgenommen; vgl. Nr. 41, 44.
- 36 6. Nicht zu verwechseln mit dem Rechtsmangel (z.B. Fehlen der Vertretungsmacht) ist dessen *Grund* (z.B. Erlöschen der Vollmacht nach Art. 35 OR). Diese Unterscheidung wird nicht immer genügend beachtet; vgl. Nr. 698.

³⁹ Jedenfalls bleibt die Vertretungswirkung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aus; möglicherweise tritt sie allerdings später ein, so im Falle der Genehmigung durch den Vertretenen (Art. 38 OR).

⁴⁰ Vorbehalten bleiben Sonderbestimmungen, die Art. 39 OR vorgehen: z.B. Art. 998 OR, hinten Nr. 375f.

⁴¹ Ein weiteres Beispiel: Der Schuldner, der nach Zession der gegen ihn bestehenden Forderung an den Zedenten statt den Zessionar zahlt, wird grundsätzlich nicht befreit. Diese nachteilige Rechtswirkung setzt aber neben dem Rechtsmangel (Fehlen der Gläubigereigenschaft des Zedenten) z.B. noch voraus, dass der Zessionar den Schuldner nicht zur Zahlung an den Zedenten ermächtigt hat.

⁴² Z.B. Hegetschweiler, S. 8; Jaeger, S. 9.

⁴³ Hegetschweiler, S. 8; Jaeger, S. 9, 11 Anm. 29; Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip, S. 155 Anm. 8.

B. Konsequenzen der Begriffsbestimmung

1. Jäggi lässt den **Art. 28 Abs. 2 OR** in seinem Kommentar zu Art. 3 ZGB 37 durchwegs unerwähnt, wogegen er die Art. 26 und 29 Abs. 2 OR, zwei anerkannte Gutgläubensvorschriften⁴⁴, mehrmals als solche aufführt⁴⁵. Damit erweckt er den Eindruck, Art. 28 Abs. 2 OR sei keine Gutgläubensvorschrift. Ob Jäggi tatsächlich dieser Auffassung ist, bleibe dahingestellt. Hier ist einzig von Interesse, dass Art. 28 Abs. 2 OR zu den Gutgläubensvorschriften zählt⁴⁶, wenn man den Rechtsmangel so definiert wie vorliegend (Nr. 26 ff.):

Art. 28 Abs. 2 OR betrifft den Tatbestand der Täuschung einer Vertragspartei. 38 Die Täuschung hat grundsätzlich die Unverbindlichkeit des Vertrags zur Folge, sie ist also ein Umstand mit einer nachteiligen Rechtsfolge und somit ein Rechtsmangel im umschriebenen Sinne. Art. 28 Abs. 2 OR knüpft an eine bestimmte Bewusstseinslage hinsichtlich der Täuschung (deren Nichtkenntnis⁴⁷) eine günstige Rechtsfolge (Unbeachtlichkeit der Täuschung, Nr. 488). Damit sind alle Merkmale einer Gutgläubensvorschrift (Nr. 25) gegeben.

2. **Art. 200 OR** ist keine Gutgläubensvorschrift. Das bedarf deshalb der Erwäh- 39 nung, weil Oser/Schönenberger⁴⁸ den gegenteiligen Eindruck erwecken, indem sie Art. 200 OR mit Art. 3 Abs. 2 ZGB in Verbindung bringen (das «Kennenmüssen der wirklichen Kenntnis gleichzustellen», entspreche «der Regel von Art. 3 Abs. 2 ZGB»).

Nach Art. 200 OR ist die Rechtslage des Käufers verschieden, je nachdem ob er 40 vom Sachmangel, der in Frage steht, Kenntnis hat oder nicht; bei Nichtkenntnis ist er besser gestellt. Das besagt nichts anderes, als dass eine bestimmte Bewusstseins-

⁴⁴ Art. 26 OR ist freilich nur beschränkt als Gutgläubensvorschrift aufzufassen: Die Bestimmung regelt den Fall, da ein Vertragspartner, der sich in wesentlichem Irrtum befindet, «den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt» (Art. 26 Abs. 1 OR) und dadurch dem Gegner einen Schaden verursacht. Ob der (wesentliche) Irrtum ein Grundlagen- oder ein (wesentlicher) Erklärungsirrtum ist, spielt für die Anwendbarkeit des Art. 26 OR keine Rolle (Nr. 427), doch ist die Bestimmung, soweit sie den Erklärungsirrtum anbelangt, nicht zu den Gutgläubensvorschriften zu rechnen (Nr. 45 f.). Als solche ist sie hingegen unzweifelhaft insoweit aufzufassen, als sie den Grundlagenirrtum betrifft: Der Grundlagenirrtum ist ein Rechtsmangel im Sinne von Nr. 26 ff., und Art. 26 OR schützt eine auf diesen Rechtsmangel bezügliche Bewusstseinslage (Vertrauen, der Irrtum bestehe nicht, Nr. 438).

⁴⁵ Vgl. z.B. N 71 zu Art. 3 ZGB.

⁴⁶ So auch Gauch/Schluep/Jäggi, Nr. 651; ihr Hinweis auf Art. 3 Abs. 2 ZGB, der unzweifelhaft nur Gutgläubensvorschriften betrifft, lässt wohl keine andere Deutung zu.

⁴⁷ So der Wortlaut von Art. 28 Abs. 2 OR. In Wirklichkeit besteht die von der Bestimmung vorausgesetzte Bewusstseinslage nicht in der blossen Nichtkenntnis des Rechtsmangels, sondern im Vertrauen, dass keine Täuschung vorliegt. Am guten Glauben fehlt es demnach nicht nur bei Kenntnis der Täuschung, sondern schon dann, wenn der Gegner des Getäuschten Zweifel hat, ob eine Täuschung vorliegt oder nicht (Nr. 485).

⁴⁸ N 3 zu Art. 200 OR.

lage in bezug auf einen Sachmangel (dessen Nichtkenntnis) geeignet ist, für denjenigen, dessen Bewusstsein in Frage steht (den Käufer), eine günstige Rechtswirkung auszulösen. Art. 200 OR muss daher zu den Gutglaubensvorschriften gerechnet werden, wenn der Sachmangel ein Rechtsmangel im Sinne der in Nr. 26ff. gegebenen Definition ist. Das trifft nun jedoch nicht zu:

Während für den Rechtsmangel kennzeichnend ist, dass er – unter Vorbehalt allfälligen Gutglaubensschutzes – eine *nachteilige* Wirkung erzeugt (Nr. 26), trifft für den Sachmangel gerade das Gegenteil zu; ohne diesen ist eine *günstige* Wirkung (Entstehung von Gewährleistungsansprüchen) überhaupt nicht möglich⁴⁹.

- 41 Verschiedene Autoren wollen in Art. 200 OR deshalb keine Gutglaubensvorschrift sehen, weil ein «Nichtkennen von rein faktischen Verhältnissen» wie eben z. B. eines Sachmangels «nicht unter den Begriff des guten Glaubens subsummiert» (recte: subsumiert) werden könne⁵⁰. Diese Begründung geht an der Sache vorbei, denn es können auch «rein faktische Verhältnisse», was immer man darunter verstehen mag, Gegenstand eines Rechtsmangels bilden (Nr. 35). So ist beispielsweise der Grundlagenirrtum sicher ein ebenso «faktisches Verhältnis» wie der Sachmangel; trotzdem ist er – was von keiner Seite angezweifelt wird – ein Rechtsmangel (Anm. 44).
- 42 3. Umstritten ist die Frage, ob der Schutz des Erklärungsempfängers nach **Vertrauensprinzip** beim Gutglaubensschutz einzureihen ist oder nicht. Die (wohl) herrschende Lehre⁵¹ verneint dies⁵²; m. E. zu Recht:
- 43 Zwar schützt das Vertrauensprinzip eine Bewusstseinslage, nämlich das Vertrauen auf das Vorliegen eines bestimmten Erklärungswillens. Um Gutglaubensschutz handelt es sich aber deshalb nicht, weil sich die Bewusstseinslage nicht auf einen Rechtsmangel im umschriebenen Sinne (Nr. 26ff.) bezieht; der Erklärungswille, der insoweit einzig in Betracht fällt, kann nicht als solcher angesehen werden.
- 44 Soweit die Lehre Gutglaubensschutz und Schutz nach Vertrauensprinzip überhaupt trennt, werden zur Unterscheidung andere, m. E. wenig überzeugende Argumente vorgebracht. Nach *Meier-Hayoz* bedeutet guter Glaube «schuldloses Nichtkennen eines rechtlichen Mangels», wogegen «Vertrauen (im engeren Sinne der Vertrauenstheorie) ... schuldloses Nichtkennen eines faktischen Verhältnisses» sein soll⁵³. Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass der Rechtsmangel oder «rechtliche Mangel», wie *Meier-Hayoz* sagt, durchaus auch in einem «faktischen Verhältnis» bestehen kann (Nr. 35). Alsdann bezieht sich der gute

⁴⁹ In gleicher Weise wie der Sachmangel ist auch der Rechtsmangel im gewährleistungsrechtlichen Sinne kein Rechtsmangel, wie er vorliegend zur Diskussion steht. Dementsprechend ist Art. 192 OR ebensowenig eine Gutglaubensvorschrift wie Art. 200 OR. Unzutreffend daher der Hinweis von *Weiss*, zit. in Anm. 70, S. 159, auf Art. 3 ZGB.

⁵⁰ *Hegetschweiler*, S. 8; ebenso *Jaeger*, S. 9; ähnlich für das deutsche Recht *Canaris*, JZ 1968, S. 500 rechte Spalte.

⁵¹ Z. B. *Schönenberger/Jäggi*, N 207 zu Art. 1 OR; *Meier-Hayoz*, Vertrauensprinzip, S. 155 Anm. 8; *Jaeger*, S. 11 Anm. 29.

⁵² Gegenteiliger Auffassung: *Patry*, ZBJV 1955, S. 416f.; *ders.*, Le principe de la confiance, Genf 1953, S. 269 unten und passim; *Piotet*, La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse, Bern 1956, S. 47 ff., v. a. S. 57 ff.

⁵³ *Meier-Hayoz*, Vertrauensprinzip, S. 155 Anm. 8.

Glaube – wie das Vertrauensprinzip – auf ein «faktisches Verhältnis»; dieses kommt demnach zur Unterscheidung von Schutz nach Vertrauensprinzip und Gutglaubensschutz nicht in Betracht. Wenn *Meier-Hayoz* weiter vorbringt, «beim Vertrauensprinzip» gehe es «um den Schutz des Vertrauens auf eine äussere Tatsache», während «das Prinzip des guten Glaubens... das Vertrauen auf einen (falschen) Rechtsschein» schütze⁵⁴, so überzeugt dies deshalb nicht, weil Vertrauensprinzip und Rechtsschein nicht getrennt werden dürfen. Denn: Willenserklärungen tendieren darauf, eine Rechtswirkung herbeizuführen; weicht nun der Sinn, den eine Erklärung nach Vertrauensprinzip hat, vom tatsächlichen Erklärungswillen ab, so entsteht der Schein einer in Wirklichkeit nicht beabsichtigten Rechtswirkung; es entsteht ein falscher Rechtsschein; «das Vertrauen auf den äusseren Erklärungstatbestand ist demgemäss auch ein Vertrauen auf einen Rechtsschein»⁵⁵. Selbst wenn man aber das Vertrauensprinzip nicht mit dem Rechtsschein in Verbindung bringen wollte, könnte der Argumentation *Meier-Hayoz* nicht gefolgt werden: Gutglaubensschutz bedeutet – entgegen *Meier-Hayoz* – nicht immer Schutz des Vertrauens auf einen Rechtsschein (Nr. 790); der Rechtsschein ist daher schon aus diesem Grunde kein geeignetes Kriterium zur Unterscheidung von Gutglaubensschutz und Schutz nach Vertrauensprinzip. – Auch nach *Jäggi*⁵⁶ sind Gutglaubensschutz und Schutz nach Vertrauensprinzip auseinanderzuhalten. Er hält diesbezüglich fest: «Die Frage nach dem Schutz des guten Glaubens stellt sich deswegen, weil ein Unrechtstatbestand verwirklicht ist... Demgegenüber hat es das Vertrauensprinzip nicht mit Unrecht zu tun, sondern mit der Klarstellung einer Rechtslage, die deswegen notwendig ist, weil die Tatbestände des rechtsgeschäftlichen Verkehrs vielfach ungewiss und unklar sind.» Diese «Beweisführung» scheitert daran, dass sich der Gutglaubensschutz nicht immer auf Unrechtstatbestände bezieht (Nr. 55); wenn *Jäggi* im eben zitierten Text den gegenteiligen Standpunkt einnimmt, so überrascht dies, weist doch derselbe Autor in seiner Kommentierung des Art. 3 ZGB ausdrücklich darauf hin, Gutglaubensschutz könne sich auch auf nicht rechtswidriges Verhalten beziehen⁵⁷ (vgl. Nr. 53).

4. **Art. 26 OR** ist nur (aber immerhin) insoweit als Gutglaubensvorschrift aufzufassen, als er den Grundlagenirrtum betrifft (Anm. 44). Soweit er den Erklärungsirrtum anbelangt, sollte er hingegen – entgegen einer verbreiteten Lehrmeinung⁵⁸ – nicht zu den Gutglaubensvorschriften gerechnet werden. Das wurde bereits erwähnt (Anm. 44), bedarf aber noch der Begründung:

Art. 26 OR steht, soweit er den Erklärungsirrtum betrifft, auf der gleichen Ebene wie das Vertrauensprinzip. Beide schützen das Vertrauen auf das Vorliegen eines bestimmten Erklärungswillens. Nur ist im einen Fall der Schutz absolut: die Erklärung ist wirksam; im andern bloss relativ: die Erklärung ist unwirksam, doch steht dem Erklärungsempfänger (unter den Voraussetzungen des Art. 26 OR) Schadenersatz zu⁵⁹.

⁵⁴ *Meier-Hayoz*, Vertrauensprinzip, S. 155 Anm. 8.

⁵⁵ *Schönenberger/Jäggi*, N 207 zu Art. 1 OR; vgl. auch *Haab/Simonius/Scherrer/Zobl*, N 62 zu Art. 714 ZGB.

⁵⁶ *Schönenberger/Jäggi*, N 207 zu Art. 1 OR.

⁵⁷ *Jäggi*, N 34 zu Art. 3 ZGB.

⁵⁸ Soweit ersichtlich, behauptet allerdings niemand ausdrücklich, Art. 26 OR stelle auch insoweit, als er den Erklärungsirrtum betrifft, eine Gutglaubensvorschrift dar. Dieser Schluss drängt sich jedoch auf, wenn die Bestimmung ohne Einschränkung als Gutglaubensvorschrift bezeichnet wird (so z. B. *Jäggi*, N 57, 65, 71 zu Art. 3 ZGB).

⁵⁹ Bloss relativer Schutz kommt in Betracht im Falle eines wesentlichen Erklärungsirrtums

Vertrauensprinzip und Art. 26 OR schützen gleichermassen eine Bewusstseinslage (Vertrauen auf das Vorliegen eines bestimmten Erklärungswillens); diese bezieht sich jedoch nicht auf einen Rechtsmangel⁶⁰, weshalb von Gutgläubenschutz nicht gesprochen werden sollte. Das wurde für das Vertrauensprinzip in Nr. 43 aufgezeigt; die dort gemachten Ausführungen gelten aber mutatis mutandis auch für Art. 26 OR, soweit er – wie hier vorausgesetzt – den Erklärungsirrtum betrifft.

C. Von den Rechtsmängeln, welche die Entstehung eines Rechts ausschliessen, insbesondere

- 47 Die Rechtsmängel können nach der nachteiligen Wirkung, die sie haben, in vier Gruppen unterschieden werden (Nr. 29). Die wichtigste davon bilden jene Rechtsmängel, welche die Entstehung eines Rechts ausschliessen⁶¹. Diese Rechtsmängel können nach ihrer Erscheinungsform weiter unterteilt werden:
- 48 Sie bestehen entweder im **Fehlen einer rechtserzeugenden oder im Vorliegen einer rechtshindernden Tatsache**.
- 49 Rechtserzeugend sind Tatsachen, die – vorbehältlich eventuellen Gutgläubenschutzes – für die Entstehung eines Rechts vorausgesetzt sind. Rechtserzeugend ist beispielsweise die Vertretungsmacht; fehlt sie beim Vertragsabschluss, entstehen gegen den Vertretenen keine Vertragsansprüche, soweit nicht ausnahmsweise Gutgläubenschutz (z. B. nach Art. 33 Abs. 3 OR) Platz greift; genauer: Ansprüche gegen den Vertretenen bleiben mindestens bis zu dem Zeitpunkt aus, in dem jener den Vertrag (allenfalls) genehmigt (Art. 38 OR, vgl. Anm. 39).
- 50 Rechtshindernd sind Tatsachen, die – vorbehältlich allfälligen Gutgläubenschutzes – die Entstehung eines Rechts ausschliessen. Rechtshindernd ist z. B. der Grundlagenirrtum (Art. 24 Ziff. 4 OR). Dieser schliesst die Entstehung von Vertragsansprüchen gegen den Irrenden aus, sofern und solange dieser den Vertrag nicht genehmigt.

im Sinne von Art. 24 Ziff. 1–3 OR; ein unwesentlicher Erklärungsirrtum hindert demgegenüber die Verbindlichkeit einer Erklärung nicht.

⁶⁰ Es mag vielleicht naheliegend erscheinen, den Erklärungsirrtum (ebenso wie den Grundlagenirrtum, Nr. 44) als Rechtsmangel aufzufassen. Das schiene mir jedoch nur dann sinnvoll, wenn bei Vorliegen eines Erklärungsirrtums zwei verschiedene Bewusstseinslagen unterschieden werden könnten, von denen die eine (guter Glaube) vom Gesetz geschützt, die andere (böser Glaube) nicht geschützt wäre. Dem ist jedoch nicht so. Bei Vorliegen eines Erklärungsirrtums ist immer nur eine (im Sinne von Art. 26 OR schützenswerte) Bewusstseinslage gegeben: Der Erklärungsempfänger vertraut auf einen bestimmten vom Erklärungswillen des Erklärenden abweichenden Erklärungssinn. Fehlt es an diesem Vertrauen, so liegt gar kein Erklärungsirrtum vor (vgl. Anm. 544). Der Erklärungsirrtum lässt also keinen Raum für guten oder bösen Glauben.

⁶¹ Einzelne Autoren beziehen sich überhaupt nur auf diese Rechtsmängel: z. B. Müller, S. 8; Weinberg, S. 74 unten.

D. Der Terminus

Der Terminus Rechtsmangel hat sich in der Rechtssprache eingebürgert⁶². Deshalb, und weil ein besserer Ausdruck nicht zur Verfügung steht, wird er auch in der vorliegenden Arbeit verwendet. Das soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Ausdruck **vom Wortsinn her unpassend** ist und daher an sich vermieden werden sollte. Unpassend ist er aus drei Gründen: Einmal verdeckt er die Einsicht, dass auch ein «rein faktisches Verhältnis» unter den Begriff des Rechtsmangels fallen kann (Nr. 35). Zum zweiten leistet er der Auffassung Vorschub, beim Rechtsmangel handle es sich immer um einen «Mangel in bezug auf einen Rechtserwerb oder Rechtsbestand», was nach dem in Nr. 28ff. Gesagten nicht zutrifft. Schliesslich erweckt er die Vorstellung, ein Rechtsmangel könne nur vorliegen, wenn etwas fehlt («mangelt»); das trifft nicht zu: Der Rechtsmangel kann gerade darin bestehen, dass etwas «zuviel» vorhanden ist (z. B. ein Grundlagenirrtum).

Eine zutreffende Verwendung findet der fragliche Ausdruck in der Lehre zum Gewährleistungsrecht. Dort aber hat er eine ganz andere Bedeutung als vorliegend; er bezeichnet nicht einen Rechtsmangel im hier verstandenen Sinne (vgl. Nr. 40 i. V. m. Anm. 49).

E. Abweichende Begriffsbestimmung in der modernen Lehre und Rechtsprechung

In seinem Kommentar zu Art. 3 ZGB schlägt Jäggi⁶³ – unter Gefolgschaft der modernen Lehre und Rechtsprechung (Anm. 34) – vor, den Rechtsmangel nicht mehr als einen (nachteiligen) Umstand, sondern als ein «Verhalten» zu definieren. **Drei Verhaltensweisen** sollen einen **Rechtsmangel** darstellen: «eigenes rechtswidriges Verhalten des Gutgläubigen»; «rechtswidriges Verhalten eines andern Beteiligten»; «nicht rechtswidriges Verhalten eines andern Beteiligten», sofern dieses «einen falschen Rechtsschein begründet». Diese Dreiteilung erfasst einerseits Sachverhalte als Rechtsmängel, die keine sind; andererseits werden Rechtsmängel nicht als solche erfasst:

1. Der Verkäufer beispielsweise, der eine mangelhafte Sache verkauft, handelt auf jeden Fall dann rechtswidrig, wenn in der Lieferung der mangelhaften Sache ein Verstoß gegen eine allgemeine (nicht bloss relative oder Vertrags-)Pflicht zu sehen ist⁶⁴. Die Lieferung der Kaufsache stellt demnach, wenn man der Begriffsbestimmung Jäggis folgt, einen Rechtsmangel dar, und Art. 200 OR hat mit einem Rechtsmangel zu tun. Das scheint mir unzutreffend (Nr. 39f.).

⁶² Auch die Bezeichnung «rechtlicher Mangel» wird gebraucht; so namentlich in der älteren Literatur: z. B. Weinberg, S. 74; Hegetschweiler, S. 8 und passim; Müller Gertrud (S. 8, 11), die aber auch den Ausdruck Rechtsmangel verwendet (S. 7, 8); Jaeger, S. 9.

⁶³ N 31 ff. zu Art. 3 ZGB.

⁶⁴ Zum Begriff der allgemeinen und relativen Pflichten siehe hinten in Nr. 396.

- 55 2. *Jäggis* Definition des Rechtsmangels ist einerseits, wie sich aus dem eben in Nr. 54 Gesagten ergibt, *zu weit*; andererseits ist sie aber auch *zu eng*, da sie Rechtsmängel nicht als solche erfasst. Das sei an Art. 64 OR illustriert. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Bereicherungsforderung erlischt, soweit der ungerechtfertigt Bereicherte sich der Bereicherung in berechtigtem gutem Glauben (Nr. 520f.) entäussert. Es sind nun leicht Sachverhalte vorzustellen, auf die Art. 64 OR zur Anwendung kommt, ohne dass einem der Beteiligten ein Verhalten zur Last fällt, das widerrechtlich ist oder einen Rechtsschein erweckt. Mit andern Worten ist Art. 64 OR unter Umständen anwendbar, obwohl ein Rechtsmangel im Sinne *Jäggis* nicht vorliegt. Man denke z. B. an den Fall, da durch einen Zufall Öl vom Tank des A in den Tank des B fliesst; B, der hiervon keine Kenntnis hat, kauft zuviel Öl ein; da nicht alles Öl in den Tank passt, verschenkt er den Rest. Unterstellen wir, dass B nicht auffallen musste, dass fremdes Öl in seinen Tank geflossen war, so haftet er nach Art. 64 OR für das verschenkte Öl nicht. Ein widerrechtliches Verhalten von A oder B ist nicht auszumachen; ebensowenig kann die Erweckung eines Rechtsscheins, wie immer man auch diesen umstrittenen Begriff (Nr. 770, Anm. 918f.) versteht, ausgemacht werden. In einem solchen Fall wäre nach *Jäggis* Definition des Rechtsmangels das Vorliegen eines solchen zu verneinen. Das würde nur die Schlussfolgerung zulassen, dass es entweder Gutgläubensschutz (gemäss Art. 64 OR) ohne Rechtsmangel gibt (was *Jäggi* selbst in Abrede stellt), oder aber dass *Jäggis* Begriff des Rechtsmangels zu eng ist. Zutreffenderweise ist letzteres anzunehmen.

2. Von der Bewusstseinslage

A. Lehre und Rechtsprechung

- 56 Der gute Glaube bedeutet – wie mehrfach erwähnt – eine auf einen Rechtsmangel bezügliche Bewusstseinslage. Was den Inhalt dieser Bewusstseinslage anbelangt, gehen die Auffassungen auseinander. Das kommt in den *unterschiedlichen Definitionen des guten Glaubens* zum Ausdruck:

a) Die heute herrschende Lehre

- 57 Die heute herrschende Lehre, die auf *Jäggis* Kommentar zu Art. 3 ZGB zurückgeht, begreift den guten Glauben als **«Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels»** (*Jäggi*⁶⁵); gutgläubig ist also, «wem bei Vorliegen eines Rechtsmangels das entsprechende Unrechtsbewusstsein fehlt» (*Schnyder*⁶⁶). Das Un-

⁶⁵ N 30 zu Art. 3 ZGB (Hervorhebung hinzugefügt).

⁶⁶ *Tuor/Schnyder*, S. 57. Im Ergebnis wie die im Text zitierten Autoren auch *Merz*, N 82 zu Art. 2 ZGB; *Deschenaux*, S. 211; *Meier-Hayoz*, N 6 zu Art. 672 ZGB; *Gauch*, Zweigbetrieb, S. 92 Anm. 159. *Skript Vorlesung Meier-Hayoz*, § 71A/III/2; vgl. auch *Liver*,

rechtsbewusstsein wird als Bewusstsein unredlichen Handelns verstanden⁶⁷, der gute Glaube als «Gegensatz zur unredlichen, verwerflichen Gesinnung»⁶⁸.

Es scheint mir sprachlich unzutreffend, das Bewusstsein unredlichen Handelns als Unrechtsbewusstsein zu bezeichnen. Dieser Ausdruck passt jedenfalls dort nicht, wo der Rechtsmangel, wie er von *Jäggi* und der herrschenden Lehre definiert wird, nicht in einem rechtswidrigen, sondern in einem rechtmässigen Verhalten besteht, das einen Rechtsschein erweckt (Nr. 53, 55).

Der gute Glaube (im Sinne der herrschenden Lehre) kann nach dem Gesagten als Fehlen des Bewusstseins unredlichen Handelns definiert werden oder – positiv ausgedrückt – als «Bewusstsein redlichen Handelns» (*Jäggi*⁶⁹).

b) Die früher herrschende Lehre

Die früher herrschende Lehre definierte den guten Glauben ebenfalls negativ; aber nicht als Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels, sondern als **Nichtkenntnis eines Rechtsmangels**⁷⁰.

Wenn in Lehre⁷¹ und Rechtsprechung (BGE 99 II 147) gesagt wird, der Gutglaubensbegriff der heute herrschenden Lehre sei weiter als derjenige der früher herrschenden Lehre, so stimmt dies nur teilweise: Er ist gleichzeitig enger und weiter. Weiter ist er deshalb, weil das Unrechtsbewusstsein trotz Kenntnis des Rechtsmangels fehlen kann⁷²; diesfalls ist zwar der gute Glaube nach der heute herrschenden Lehre zu bejahen, nach der früher herrschenden hingegen zu verneinen. Enger ist er, weil unter Umständen das Unrechtsbewusstsein trotz

N 92 zu Art. 731 ZGB; *Zeller E.*, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Diss. Zürich 1981, S. 252.

⁶⁷ *Jäggi*, N 41 zu Art. 3 ZGB und passim; *Skript Vorlesung Meier-Hayoz*, § 7/A/III/2.

⁶⁸ *Jäggi*, N 40 zu Art. 3 ZGB.

⁶⁹ N 41 zu Art. 3 ZGB. – Schon vor *Jäggi* wurde der gute Glaube verschiedentlich als Bewusstsein redlichen Handelns aufgefasst: vgl. die bei *Gmür*, N 3 Art. 3 ZGB, angeführte Literatur und Rechtsprechung, ferner Anm. 78, 81 sowie Nr. 65 mit Hinweis auf Bundesgerichtsentscheide, die vor *Jäggis* Kommentar zu Art. 3 ZGB ergingen.

⁷⁰ Z. B. *Patry*, ZBJV 1955, S. 411 unten; *Weiss G.*, Das Verhältnis der sachenrechtlichen Bestimmungen über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers zur Entwehrung und Mängelhaftung beim Wertpapierkauf, in: FS zum 70. Geburtstag von Theo Guhl, Zürich 1950, S. 146; *Egger*, N 4 zu Art. 3 ZGB; *Reichel*, FG Stammler, S. 315 oben; *Müller*, S. 11; *Jaeger*, S. 9; *Bircher*, S. 28; *Weinberg*, S. 75; *Voegeli*, S. 58; *Friedrich*, zit. in Anm. 10, S. 61; weitere Nachweise bei *Stoffel*, S. 19 Anm. 11. – Unbestritten aber war diese Definition nicht: vgl. Anm. 69, ferner *Homberger*, N 29 zu Art. 933 ZGB, und *Gmür*, N 3 zu Art. 3 ZGB, der zwar einerseits vom «Nichtkennen eines tatsächlichen Zustandes oder Ereignisses» spricht, andererseits aber auch von der «Abwesenheit des unredlichen Bewusstseins».

⁷¹ Z. B. *Nobel*, S. 233.

⁷² Beispiel: Der mit einem falsus procurator kontrahierende Dritte weiss um das Fehlen der Vertretungsmacht (Rechtsmangel); er vertraut jedoch darauf, der Vertrag werde durch den Vertretenen genehmigt (Art. 38 OR). Trotz Kenntnis der fehlenden Vertretungsmacht kann hier nicht gesagt werden, der Dritte habe das Bewusstsein unredlichen Handelns und mithin das Unrechtsbewusstsein.

Nichtkenntnis eines Rechtsmangels gegeben ist, mithin guter Glaube zwar nach der früher herrschenden Lehre vorliegt, nicht aber nach der heute herrschenden. Zu denken ist an den Fall, da die Person, deren guter Glaube in Frage steht, Zweifel hat, ob ein Rechtsmangel besteht oder nicht. Diesfalls ist zwar Kenntnis vom Rechtsmangel zu verneinen (Nr. 100), guter Glaube nach der früher herrschenden Lehre also zu bejahen, wogegen das Unrechtsbewusstsein regelmässig zu bejahen (Nr. 107) und demnach guter Glaube nach der heute herrschenden Lehre zu verneinen ist.

- 62 *Nachzutragen* ist: Das Nichtwissen um den Rechtsmangel muss nach der früher herrschenden Lehre ein qualifiziertes sein: «Es darf . . . nicht auf eigenem Verschulden des Gutgläubigen beruhen. . . Der gute Glaube besteht somit im schuldlosen Nichtkennen des Rechtsmangels.»⁷³ Verschuldet ist die Nichtkenntnis eines Rechtsmangels, wenn es derjenige, dessen guter Glaube in Frage steht, an der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit (dazu Nr. 137 ff.) hat fehlen lassen.
- 63 Unter den modernen Autoren spricht sich *Piotet*⁷⁴ gegen *Jäggis* und für die früher herrschende Lehre aus. Eine Abweichung gegenüber dieser besteht immerhin in zweierlei Hinsicht. Einmal definiert *Piotet* den Rechtsmangel, der Bestandteil des Gutglaubensbegriffs bildet, nicht als «Umstand», sondern als «Verhalten»⁷⁵. Sodann soll Kenntnis eines bestehenden Rechtsmangels Gutgläubigkeit nicht notwendig ausschliessen: Auch wer annimmt, der (bekannte) Rechtsmangel werde künftig wegfallen, könne unter Umständen gutgläubig sein⁷⁶.

c) Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

- 64 1. Die Lehre, sowohl die früher als auch die heute herrschende, nimmt einen *einheitlichen* Gutglaubensbegriff an. D. h. der gute Glaube soll durchwegs gleich, nämlich als Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels bzw. als Nichtkenntnis eines Rechtsmangels zu verstehen sein. Demgegenüber **unterscheidet** das Bundesgericht (seit BGE 57 II 253 ff.) zwischen dem **rechtsgeschäftlichen** und dem **nicht rechtsgeschäftlichen Bereich**:
- 65 – Hier soll guter Glaube immer gegeben sein, «wenn [trotz Vorliegens eines Rechtsmangels] unredliches, moralisch verwerfliches Verhalten ausgeschlossen erscheint» (BGE 99 II 146 im Anschluss an BGE 57 II 256/57⁷⁷; vgl. auch schon

⁷³ Egger, N 4 zu Art. 3 ZGB.

⁷⁴ SJZ 1968, S. 81 ff., 100 ff. – *Wieland Schmid* (SJZ 1967, S. 305 ff.) spricht sich für einen Gutglaubensbegriff aus, der von demjenigen sowohl der heute als auch der früher herrschenden Lehre abweicht (zutreffende Kritik an der Auffassung *Schmid*s bei *Piotet*, SJZ 1968, S. 83).

⁷⁵ SJZ 1968, S. 81 f.

⁷⁶ SJZ 1968, S. 84 rechte Spalte oben, 85 linke Spalte. *Piotet* (a. a. O.) meint allerdings, diese Auffassung entspreche der früher herrschenden Lehre, was indes nicht zutrifft.

⁷⁷ Die beiden Entscheide betreffen das Bauen auf fremdem Grund (Art. 672 f. ZGB). Das trifft auch für die meisten andern Bundesgerichtsentscheide zu, in denen der gute Glaube als Abwesenheit unredlichen Handelns verstanden wird: BGE 81 II 267 ff., 82 II 283 ff., 95 II 221 ff. Eine Ausnahme macht, soweit ersichtlich, lediglich BGE 103 II 326 ff., der den Überbau gemäss Art. 674 ZGB betrifft (vgl. aber auch Nr. 67 f.).

BGE 41 II 221 und 53 I 193). *Im Ergebnis* entspricht diese Begriffsbestimmung – trotz unterschiedlicher Formulierungen – *derjenigen der (heute) herrschenden Lehre*⁷⁸ (vgl. Nr. 59). Das Bundesgericht bezieht sich denn auch ausdrücklich auf

Es scheint mir fraglich, ob in den Art. 672–674 ZGB der gute Glaube als Abwesenheit unredlichen Handelns begriffen werden kann. Jedenfalls für Art. 673 ZGB dürfte diese Auffassung kaum zutreffen; zur Illustration sei BGE 57 II 253 ff. herangezogen. Dieser Entscheid betraf folgenden Sachverhalt (unwesentlich abgeändert): Der Kläger (im folgenden X) baute auf dem Grundstück des Beklagten (Y) mit dessen Einverständnis ein Haus. X war sich der Eigentumsverhältnisse bewusst, glaubte jedoch, Y werde ihm später das Grundstück samt Haus übereignen. Dieser erklärte sich hierzu jedoch nach Fertigstellung des Baus nicht bereit. Darauf klagte X auf Übereignung des Grundstücks gegen Leistung einer Entschädigung an Y. In letzter Instanz hiess das Bundesgericht die Klage (in Übereinstimmung mit der Vorinstanz: ZR 1929, Nr. 137, S. 256 ff.) gestützt auf Art. 673 ZGB gut. Den von der Bestimmung vorausgesetzten guten Glauben des X bejahte es mit der Begründung, X könne ein «unredliches, moralisch zu missbilligendes Verhalten nicht zur Last gelegt werden» (S. 257). Diese Auffassung überzeugt nicht: Wer – wie X – ein Grundstück erwerben will, der darf sich nicht auf eine günstige Gestaltung der Zukunft verlassen; er hat vielmehr, bevor er zu bauen beginnt, für die Grundstücksübereignung zu sorgen. Unterlässt er dies, so soll er nicht das Grundstück zu Eigentum, sondern lediglich eine Entschädigung für das eingebaute Material beanspruchen können (Art. 672 ZGB). Diesem Gedanken ist dadurch Rechnung zu tragen, dass man dem betreffenden Inaedifikanten (X), wiewohl redlich handelnd, den guten Glauben im Sinne des Art. 673 ZGB abspricht und damit einen Anspruch auf Grundstücksübereignung ausschliesst. Dass der gute Glaube im Sinne der fraglichen Bestimmung nicht als Abwesenheit unredlichen Handelns verstanden werden sollte, wird noch deutlicher, wenn man den Sachverhalt des BGE 57 II 253 ff. geringfügig abwandelt: Nehmen wir an, dass Y gar nicht der Eigentümer war, sondern ein als Eigentümer auftretender Mieter des wirklichen Eigentümers (Z). Der im Einverständnis von Y bauende X hätte bei dieser Ausgangslage ebensowenig unredlich gehandelt wie im «Original-Fall» (vgl. BGE 95 II 221 ff.). Ihm aufgrund von Art. 673 ZGB das Eigentum zuzulasten des völlig ahnungslosen Z zuzusprechen (hierin ist die logische Konsequenz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu sehen) wäre aber m. E. unbillig und den Intentionen des Gesetzgebers zuwiderlaufend.

Nachtrag: Betrachtet man den Materialeigentümer, der wissentlich auf einem fremden Grundstück baut in der Hoffnung, dasselbe später erwerben zu können, als bösgläubig, so besagt dies noch nicht, dass ihm das Grundstück unter keinen Umständen zu Eigentum zugewiesen werden könnte. Das ist vielmehr möglich, wenn die Berufung des Grundeigentümers auf den bösen Glauben des Materialeigentümers als rechtsmissbräuchlich (Art. 2 ZGB) zu werten ist. Für solche Fälle ist eine unechte Lücke anzunehmen, die durch eine dem Art. 673 ZGB entsprechende Regelung zu füllen ist (vgl. *Merz*, N 25 zu Art. 2 ZGB; *Meier-Hayoz*, N 2 zu Art. 1 ZGB). Beispiel: A wendet sich zwecks Verkaufs eines Teils seiner Parzelle an B. B will den Parzellenteil sofort abtrennen lassen und kaufen. A hingegen will mit der Abtrennung und Übereignung angeblich aus steuerlichen Gründen zuwarten, bis B auf dem ihm zugedachten Parzellenteil gebaut hat. B will dem A entgegenkommen und entschliesst sich deshalb, die projektierte Baute auf dem noch ungeteilten Grundstück zu erstellen. Nach Errichtung der Baute weigert sich A, den versprochenen Parzellenteil abzutrennen und zu übereignen. Sein Verhalten ist rechtsmissbräuchlich; aus diesem Grunde ist dem B ein Parzellenteil mit dem von ihm erstellten Gebäude zu übertragen.

⁷⁸ Vgl. schon BGE 28 II 368: «Abwesenheit eines unredlichen Bewusstseins.»

diese (BGE 99 II 147⁷⁹, vgl. auch schon BGE 95 II 221). «Unredliches, moralisch verwerfliches Verhalten» ist demnach dann «ausgeschlossen», wenn demjenigen, dessen guter Glaube in Frage steht, das Unrechtsbewusstsein, verstanden als Bewusstsein unredlichen Handelns (Nr. 57), abgeht.

66 – Anderes gilt für den rechtsgeschäftlichen Verkehr, «wo der Schutz des guten Glaubens» nach der bundesgerichtlichen Auffassung «den auf einem entschuldbaren Irrtum beruhenden *Glauben an das Vorliegen einer fehlenden Tatsache*» voraussetzt (BGE 99 II 146 im Anschluss an BGE 57 II 255). Der gute Glaube wird nach dem Gesagten nicht negativ definiert, wie dies in der Lehre der Fall ist (Nr. 57, 60), sondern positiv: als «Glauben an das Vorliegen einer fehlenden Tatsache». Diese Definition bezieht sich nur auf Rechtsmängel, die im *Fehlen* einer Tatsache (z.B. Vertretungsmacht) bestehen. Wie der gute Glaube zu verstehen ist, wo das *Vorliegen* einer Tatsache (z.B. Grundlagenirrtum) den Rechtsmangel ausmacht, bleibt offen.

67 2. Die dargestellte «Zweiteilung» des Gutglaubensbegriffs in einen rechtsgeschäftlichen und einen nicht rechtsgeschäftlichen gilt unzweifelhaft bis **BGE 100 II 8ff.** In diesem Entscheid, der den rechtsgeschäftlichen Verkehr (Eigentumserwerb an Goldmünzen) betraf, hat das Bundesgericht den bösen Glauben als «Bewusstsein, unrecht zu handeln», umschrieben (BGE a. a. O. 14). Damit erweckt es den Eindruck, der gute Glaube, der dem Begriff des bösen Glaubens komplementär ist (Nr. 5), sei auch im rechtsgeschäftlichen Bereich als Fehlen des Unrechtsbewusstseins (und nicht mehr als «Glauben an das Vorliegen einer fehlenden Tatsache») zu begreifen. Ob hinter dem fraglichen Entscheid eine solche Praxisänderung vermutet werden darf, scheint indes fraglich. Denn einerseits hat sich das Bundesgericht für die Begründung seiner Umschreibung des bösen Glaubens auch auf *Egger* berufen, der die Bösgläubigkeit klarerweise als Kenntnis eines Rechtsmangels und nicht als Bewusstsein unrechtmässigen Handelns auffasst; zum andern war im fraglichen Entscheid (anders als z. B. in BGE 57 II 253 ff.) nicht von Bedeutung, auf welchen Begriff der Bösgläubigkeit (Gutgläubigkeit) man abstellte⁸⁰.

68 Ähnliche Widersprüche wie BGE 100 II 14 weist auch BGE 107 II 440ff. auf. In diesem Entscheid, der den rechtsgeschäftlichen Erwerb nictiger Schuldbriefe betrifft, wird zwar der gute Glaube an zwei Stellen als Fehlen des Unrechtsbewusstseins umschrieben (S. 452, 454), in Wirklichkeit aber in einem andern Sinne verstanden. Das ergibt sich aus Folgendem: Die Klägerin (X), deren guter Glaube in Frage stand, hatte die Schuldbriefe von jemandem (Y) erworben, der sie seinerseits

⁷⁹ Auch *Schnyder* (*Tuor/Schnyder*, S. 57) sieht in BGE 99 II 147 eine Bestätigung der auf *Jäggi* zurückgehenden Begriffsbestimmung der herrschenden Lehre.

⁸⁰ Durch die ganze Rechtsprechung des Bundesgerichts hindurch lässt sich verfolgen, dass unser höchster Gerichtshof auf die Bestimmung des Gutglaubensbegriffs keinen allzu grossen Wert legt, wo es für den Prozessausgang nicht entscheidend auf die Gutglaubensdefinition ankommt (vgl. z. B. nachstehend im Text Nr. 68).

von einem Dritten erworben hatte; X war also nicht Erstnehmerin, sondern Dritterwerberin der Titel. X machte nun geltend, sie habe die Schuldbriefe im Glauben erworben, eine allfällige ursprüngliche Nichtigkeit sei durch gutgläubigen Erwerb des Y geheilt worden; sie habe daher angenommen, gültige Titel zu erwerben; wer aber – wie sie – einen vermeintlich gültigen Titel erwerbe, der habe kein Unrechtsbewusstsein und sei mithin gutgläubig. Das Bundesgericht hätte demnach den guten Glauben von X bejahen müssen, wenn es ihn tatsächlich als Fehlen des Unrechtsbewusstseins aufgefasst hätte. Das hat es jedoch nicht getan. Es hat den guten Glauben vielmehr verneint, und zwar mit der Begründung, der gute Glaube von X hätte sich nicht auf die Gutgläubigkeit von Y, «sondern auf den ursprünglichen Mangel der Schuldbriefe, d. h. deren Nichtigkeit, beziehen müssen» (BGE a. a. O. 153). Und gleich im Anschluss hieran gibt das Bundesgericht auch zu erkennen, wie es den guten Glauben – trotz Umschreibung als Fehlen des Unrechtsbewusstseins – in Wirklichkeit versteht: als «entschuldbares Unkenntnis dieses Mangels», d. h. der Nichtigkeit der Schuldbriefe. – Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass das Bundesgericht auch in BGE 107 II 440 ff. die Zweiteilung des Gutglaubensbegriffs für den rechtsgeschäftlichen und den nicht rechtsgeschäftlichen Bereich nicht aufgibt. Hingegen scheint es den guten Glauben im rechtsgeschäftlichen Bereich – anders als noch in BGE 99 II 146 – nicht mehr positiv als «Glauben an das Vorliegen einer fehlenden Tatsache» zu begreifen, sondern negativ als Unkenntnis eines Rechtsmangels. Ob allerdings hinter dem Entscheid eine Praxisänderung in diesem Sinne vermutet werden darf, scheint mehr als zweifelhaft. Eine bewusste Änderung ist sicher zu verneinen, und eine «unbewusste» ist nicht ohne weiteres anzunehmen, da es für den Prozessausgang nicht darauf ankam, ob der gute Glaube in der einen oder anderen Weise definiert wurde⁸¹.

B. Gibt es notwendig einen einheitlichen Gutglaubensbegriff?

Die Lehre, sowohl die früher als auch die heute herrschende, verwendet einen einheitlichen Gutglaubensbegriff. Das wurde bereits erwähnt. Beizufügen ist, dass nach Auffassung einzelner Autoren für verschiedene Begriffe *zum vorneherein* kein Raum bleibt: «La notion de bonne foi ne peut être qu'une dans le même système

69

⁸¹ Die kantonale Rechtsprechung (z. B. PKG 1947, S. 32, Rubrum; ZR 1929, S. 328 rechte Spalte) stützt sich zum Teil auf den Gutglaubensbegriff der früher herrschenden Lehre (Nichtwissen eines Rechtsmangels). Zum Teil wird dieser aber auch abgelehnt; so ausdrücklich ZR 1929, S. 258: Hier stellte das Obergericht Zürich fest, der Kläger sei im Sinne des Art. 673 ZGB gutgläubig gewesen, da er angenommen habe und habe annehmen dürfen, «dass der Beklagte ihm das Land, auf welches er im Einverständnis mit diesem baute, später abtreten werde»; das Wissen um das fremde Eigentum (Rechtsmangel) schliesse den guten Glauben nicht aus. Auf Berufung hin bestätigte das Bundesgericht diese Auffassung in BGE 57 II 253 ff., welcher Entscheid – wie erwähnt (Nr. 64) – die «Zweiteilung» des Gutglaubensbegriffs in einen rechtsgeschäftlichen und einen nicht rechtsgeschäftlichen brachte.

juridique.»⁸² Der Gutglaubensbegriff soll also notwendig ein einheitlicher sein; demzufolge sei die (auf einen Rechtsmangel bezügliche) Bewusstseinslage, die den guten Glauben ausmacht, notwendig durch einheitliche Merkmale gekennzeichnet. Diese Auffassung scheint mir **methodisch verfehlt**: Der gute Glaube ist ein Tatbestandselement der verschiedenen Gutglaubensvorschriften⁸³; sein Begriff ist daher nicht vorgegeben, sondern hängt von der Auslegung der betreffenden Vorschriften ab, namentlich den Zwecken und Wertungsgesichtspunkten, die jenen zugrundeliegen. Das ist zumal im Ergebnis auch die Auffassung des Bundesgerichts⁸⁴, hat dieses doch den Gutglaubensbegriff in einen rechtsgeschäftlichen und einen nicht rechtsgeschäftlichen aufgespalten und damit implizite gegen einen einheitlichen Gutglaubensbegriff Stellung genommen⁸⁵. Gegen einen einheitlichen Gutglaubensbegriff hat sich auch schon der Bundesrat in der Botschaft zum ZGB vom 28. Mai 1904 ausgesprochen: «Von einer Definition des guten Glaubens wurde, da sie doch für die verschiedenen Fälle... verschieden gefasst werden müsste, Umgang genommen.»

- 70 Unzutreffend scheint mir auch der methodische Ansatzpunkt *Piotets*. Dieser schreibt, in Art. 974 ZGB bedeute guter Glaube Nichtkenntnis eines Rechtsmangels. «Il faudrait donc», fährt er fort, «d'impérieuses raisons pour s'en écarter ailleurs»⁸⁶. Es wird nun jedoch von *Piotet* nicht gesagt, warum man in andern Gutglaubensvorschriften als Art. 974 ZGB nur bei Vorliegen von «impérieuses raisons» einen andern Gutglaubensbegriff annehmen dürfte. Das scheint mir auch nicht recht einsichtig: Zutreffenderweise ist der gute Glaube in den einzelnen Vorschriften nach den üblichen Auslegungsmethoden zu bestimmen. Diesen aber läßt sich nicht entnehmen, dass für einen einheitlichen Gutglaubensbegriff gleichsam eine «Vermutung» spricht, die nur bei Vorliegen von «impérieuses raisons» umgestossen werden dürfte. Denn die einzelnen Gutglaubensvorschriften verfolgen unterschiedliche Zwecke und regeln unterschiedliche Interessenkonflikte, so dass nicht davon ausgegangen werden darf, die in den verschiedenen Vorschriften geschützten Bewusstseinslagen könnten einheitlich umschrieben werden.

C. Fehlen eines einheitlichen Gutglaubensbegriffs

- 71 Dem Gesagten (Nr. 69) zufolge ist es methodisch verfehlt anzunehmen, der gute Glaube – hier immer verstanden als eine (auf einen Rechtsmangel bezügliche)

⁸² *Broggini*, ZSR 1958, S. 358f.; ihm folgend *Jäggi*, N 30 zu Art. 3 ZGB. Gleicher Meinung offenbar auch *Hegetschweiler*, S. 5 Anm. 18f., der auf die abweichende Ansicht anderer Autoren hinweist, ohne sich dieser anzuschliessen.

⁸³ *Zeller*, zit. in Anm. 66, S. 254/55; *Jäggi*, N 51 zu Art. 3 ZGB; *Gmür*, N 2, 9 zu Art. 3 ZGB.

⁸⁴ Und einzelner Autoren: Nachweise bei *Hegetschweiler*, S. 5 Anm. 18 und 19.

⁸⁵ Auch vor der «Zweiteilung» des Gutglaubensbegriffs in einen rechtsgeschäftlichen und einen nicht rechtsgeschäftlichen hat das Bundesgericht keinen einheitlichen Gutglaubensbegriff angenommen; vgl. z. B. einerseits BGE 14, S. 100 («redliche Überzeugung, durch die Aneignung der Sache kein fremdes Eigentum zu verletzen») und andererseits BGE 22, S. 596, der auf die Nichtkenntnis der fehlenden Vertretungsmacht abstellt.

⁸⁶ *Piotet*, SJZ 1968, S. 83 linke Spalte unten; vgl. auch *Piotet*, JT 1970, S. 134.

Bewusstseinslage – sei notwendig ein einheitlicher Begriff. Hingegen kann freilich die Auslegung der einzelnen Gutgläubensvorschriften ergeben, dass der gute Glaube durchwegs gleich (einheitlich) zu verstehen ist. Ob dies zutrifft, soll allerdings im Rahmen der vorliegenden Arbeit, die sich auf das allgemeine Schuldrecht beschränkt, nicht selbständig geprüft werden⁸⁷. Vielmehr wird lediglich untersucht, ob die früher oder die heute herrschende Lehre, die den guten Glauben je einheitlich, wenn auch in unterschiedlichem Sinne verstehen, einen Gutgläubensbegriff zutage gefördert haben, der wirklich allgemeine Geltung beanspruchen kann. Das scheint mir nicht der Fall zu sein:

I. Die heute herrschende Lehre definiert den guten Glauben, wie erwähnt, als 72
Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels, wobei das Unrechtsbewusstsein als Bewusstsein unredlichen Handelns verstanden wird (Nr. 57 ff.). Diese Umschreibung des guten Glaubens mag für einzelne Gutgläubensvorschriften zutreffen (vgl. z. B. Nr. 81, 84); *generell* trifft sie jedoch nicht zu. Einen einheitlichen Gutgläubensbegriff im Sinne fehlenden Unrechtsbewusstseins gibt es daher nicht. An zwei Beispielen sei dies verdeutlicht:

- Der mit einem falsus procurator kontrahierende Dritte weiss um das Fehlen der 73
Vertretungsmacht (Rechtsmangel); er vertraut jedoch darauf, der Vertretene werde den Vertrag genehmigen (Art. 38 OR). Ein unredliches Verhalten ist dem Dritten nicht vorwerfbar: das Unrechtsbewusstsein fehlt (Anm. 72). Trotzdem kann er bei Ausbleiben der Genehmigung nicht gestützt auf die Gutgläubensvorschrift des Art. 39 OR vom Vertreter Schadenersatz beanspruchen. Denn Art. 39 OR stellt nicht auf das Fehlen des Unrechtsbewusstseins ab, sondern darauf, ob der Dritte (bei Vertragsabschluss) auf das Vorliegen der Vertretungsmacht vertraut (Nr. 378, Anm. 228); das aber trifft in unserem Beispiel voraussetzungsgemäss nicht zu.
- Der Vermieter einer unbeweglichen Sache hat unter den Voraussetzungen des 74
Art. 272 OR ein Retentionsrecht an Gegenständen, die der Mieter in das Mietobjekt einbringt. Das Retentionsrecht erstreckt sich auch auf Sachen Dritter, sofern der Vermieter bei deren Einbringung in den Mietgegenstand vom Dritteigentum (Rechtsmangel) keine Kenntnis hat (Art. 273 Abs. 1 OR). Das ist ein Fall von Gutgläubensschutz. Der gute Glaube besteht in der Nichtkenntnis des Dritteigentums. Auch wenn der Vermieter um das Dritteigentum weiss, kann in der Regel nicht gesagt werden, er habe das Bewusstsein unredlichen Handelns (Unrechtsbewusstsein). Sein Retentionsrecht erstreckt sich aber in jedem Fall nicht auf die Drittsachen, da Art. 273 Abs. 1 OR eben nicht auf das Fehlen des Unrechtsbewusstseins abstellt, sondern auf die Nichtkenntnis des Dritteigentums.

⁸⁷ Zur Frage, ob der gute Glaube wenigstens im allgemeinen Schuldrecht einheitlich zu verstehen ist, siehe hinten Nr. 772 ff.

- 75 2. Die früher herrschende Lehre umschrieb den guten Glauben, wie erwähnt, als Nichtkenntnis eines Rechtsmangels. Diese Umschreibung trifft für einzelne Gutgläubensvorschriften sicher zu (so etwa für den eben erwähnten Art. 273 Abs. 1 OR), für andere aber nicht; zur Illustration wiederum zwei Beispiele:
- 76 – Art. 122 Abs. 3 ZGB sieht vor:
- «Ist im Falle der Eheschliessung einer schon verheirateten Person der andere Ehegatte in gutem Glauben gewesen und die frühere Ehe seither aufgehoben worden, so ist die Nichtigerklärung ausgeschlossen.»
- 77 Gutgläubig ist der «andere Ehegatte» nicht nur, wenn er von der vorbestehenden Ehe (Rechtsmangel) nichts weiss, sondern ebenso, wenn er zwar von ihr weiss, jedoch (z. B. weil er aus einem ganz anderen Kulturkreis stammt) keine Kenntnis davon hat, dass er eine verheiratete Person nicht heiraten darf. Die Definition des guten Glaubens als Nichtkenntnis des Rechtsmangels ist also im Falle des Art. 122 Abs. 3 ZGB zu eng⁸⁸.
- 78 – Der von Art. 39 OR vorausgesetzte gute Glaube des mit einem falsus procurator kontrahierenden Dritten besteht, wie erwähnt (Nr. 73), im Vertrauen auf das Vorliegen von Vertretungsmacht. An diesem Vertrauen fehlt es in zwei Fällen: einmal, wenn der Dritte von der fehlenden Vertretungsmacht Kenntnis hat; sodann, wenn zwar diese Kenntnis fehlt, der Dritte aber immerhin Zweifel hat, ob die Vertretungsmacht gegeben ist oder nicht (Nr. 378). Auch bei Unkenntnis der fehlenden Vertretungsmacht kann es mithin am guten Glauben mangeln; Unkenntnis der fehlenden Vertretungsmacht und guter Glaube (im Sinne des Art. 39 OR) sind demzufolge nicht identisch.

D. Konkretisierung der Bewusstseinslage

- 79 Die in den einzelnen Gutgläubensvorschriften geschützten Bewusstseinslagen lassen sich, soweit ersichtlich, nicht durch einen einheitlichen Gutgläubensbegriff erfassen. Ebenso wenig kann der böse Glaube einheitlich definiert werden. Möglich ist aber immerhin, die geschützten bzw. nicht geschützten Bewusstseinslagen in *verschiedene Gruppen mit je einheitlichen Merkmalen* zu unterteilen. Solche Gruppen werden nachstehend aufgezeigt; das aus einem zweifachen Grund:
- Einmal sollen Tendenzen des (privatrechtlichen) Gutgläubenschutzes aufgezeigt werden. Darüber hinaus verfolge ich einen interpretatorischen Zweck: Wer sich vor das Problem gestellt sieht, die von einer Gutgläubensvorschrift geschützte Bewusstseinslage ausfindig zu machen, der hat sich vorab die möglichen Bewusstseinslagen zu vergegenwärtigen; dieser Denkprozess soll durch die folgenden Ausführungen erleichtert werden.

⁸⁸ Vgl. Jäggi, N 42 (Kleindruck) zu Art. 3 ZGB.

a) *Kenntnis des Rechtsmangels und der Rechtsmangelfolge(n)*

Wer Kenntnis hat von einem Rechtsmangel und zudem um die ordentliche(n) 80
Rechtsmangelfolge(n) weiss, ist **grundsätzlich als bösgläubig** anzusehen. Nur ganz
ausnahmsweise ist guter Glaube zu bejahen; *Jäggi*⁸⁹ führt als Beispiel an:

Der Schuldner aus einem Inhaberpapier weiss zwar, dass der Vorweiser nicht zur 81
Einziehung berechtigt ist, und er weiss auch, dass Zahlung an einen Nichtberechtig-
ten grundsätzlich nicht befreit, er kann aber die Nichtberechtigung des Vorweisers
(Rechtsmangel) nicht liquid beweisen. Gleichwohl wird er durch Zahlung an den
Vorweiser unter Umständen befreit; so, wenn ihm keine «Arglist» im Sinne von
Art. 966 Abs. 2 OR vorgeworfen werden kann. Nicht arglistig handelt der Schuld-
ner z. B. dann, wenn er auf Klage des Vorweisers hin zahlt und nicht weiss, wer der
wirkliche Berechtigte aus dem Papier ist⁹⁰.

b) *Kenntnis (bloss) des Rechtsmangels*

Wenn schon die Kenntnis des Rechtsmangels verbunden mit der Kenntnis der 82
Rechtsmangelfolge(n) nicht notwendig bösgläubig macht, so gilt dies noch viel
mehr für die blosser Kenntnis des Rechtsmangels. Immerhin **schliesst in der Regel**
auch schon diese den **guten Glauben aus**, doch gibt es bedeutend mehr Ausnahmen,
als wenn sich die Kenntnis zusätzlich auf die Rechtsmangelfolge(n) erstreckt. An
bereits bekannten Beispielen sei das Gesagte illustriert:

- Ein Retentionsrecht nach Art. 272f. OR ist grundsätzlich nur an Sachen des 83
Mieters möglich, an Sachen Dritter bloss bei Gutgläubigkeit des Vermieters.
Kenntnis des Vermieters vom Dritteigentum (Rechtsmangel) macht bösgläubig
und schliesst demnach ein Retentionsrecht aus.
- Anderes gilt nach Art. 122 Abs. 3 ZGB (vgl. Nr. 77): Der Ehegatte, der eine 84
bereits verheiratete Person heiratet, ist nicht schon bösgläubig, weil er um die
vorbestehende Ehe (Rechtsmangel) weiss; das trifft vielmehr nur zu, wenn er das
Bewusstsein verbotswidrigen Handelns oder wenigstens einen einschlägigen
Verdacht hat⁹¹.

⁸⁹ N 75f. zu Art. 978 OR; *ders.*, N 41 zu Art. 3 ZGB; wie *Jäggi* auch *Deschenaux*, S. 213
Anm. 25.

⁹⁰ Der umschriebene Schutz des Schuldners aus einem Inhaberpapier ist Schutz einer auf
einen Rechtsmangel bezüglichen Bewusstseinslage und damit Gutglaubensschutz. Dar-
an ändert nichts, dass es keine formellen Gutglaubensvorschriften gibt, die eine ver-
gleichbare Bewusstseinslage schützen.

⁹¹ Entsprechendes gilt z. B. bei Art. 320 Abs. 3 OR: Nach dieser Bestimmung stehen dem
Arbeitnehmer, der gestützt auf einen ungültigen Arbeitsvertrag gutgläubig Arbeit lei-
stet, vertragsgleiche Ansprüche (namentlich Lohnansprüche) zu. Am guten Glauben
fehlt es nicht schon dann, wenn der Arbeitnehmer um den Ungültigkeitsgrund (Rechts-
mangel) weiss. Ist beispielsweise ein Arbeitsvertrag nichtig, weil der Arbeitnehmer
Ausländer ist und der Vertragsabschluss gegen ein Beschäftigungsverbot für Ausländer

- 85 Kenntnis von einem Rechtsmangel ist gleichbedeutend mit der *subjektiven Überzeugung* vom Vorliegen des betreffenden Mangels. Wer diese Überzeugung nicht hat, der kennt auch den Mangel nicht; das gilt selbst dann, wenn jeder andere in der gleichen Situation vom Vorliegen des Rechtsmangels überzeugt wäre: Die objektive Wahrscheinlichkeit eines Rechtsmangels vermag die subjektive Überzeugung nicht zu ersetzen⁹².
- 86 Das Gegenstück zur Überzeugung, ein bestimmter Rechtsmangel liege vor (Kenntnis des Rechtsmangels), bildet die Überzeugung, der betreffende Rechtsmangel liege *nicht* vor (dazu nachfolgend c.). Zwischen die beiden Überzeugungstatbestände schiebt sich der Zweifel, ob der Rechtsmangel gegeben ist oder nicht⁹³ (dazu d.).

c) *Überzeugung, ein (bestimmter) Rechtsmangel liege nicht vor*

- 87 1. Die Überzeugung, ein Rechtsmangel bestehe nicht, macht **gutgläubig**. Dies gilt für alle Gutgläubensvorschriften, formelle wie materielle. Doch ist der gute Glaube nicht ohne weiteres schützenswert (Art. 3 Abs. 2 ZGB, Nr. 137 ff.).
- 88 2. Die Überzeugung, dass ein (bestimmter) Rechtsmangel nicht vorliegt, kann je nach Sachlage *verschiedene Formen und Intensitätsstufen* annehmen:
- 89 – Am stärksten ist sie, wenn derjenige, dessen Bewusstseinslage in Frage steht, *mit der Möglichkeit eines Rechtsmangels überhaupt nicht gerechnet hat*. Mit *Canaris*⁹⁴ kann alsdann gesagt werden, «dass niemand stärker vertraut als der, dem sein Vertrauen nicht einmal zu Bewusstsein gekommen ist».
- 90 Beispiel: Ein Mieter bringt einem Dritten gehörende Sachen in die Mietwohnung ein. Das Dritteigentum stellt einen Rechtsmangel dar, der ein Retentionsrecht des Vermieters an den Sachen des Dritten grundsätzlich ausschliesst (Nr. 83). Hat der Vermieter vom Einzug des Mieters keine Kenntnis, so fehlt ihm das Bewusstsein, dass der fragliche Rechtsmangel überhaupt vorliegen könnte: Er ist vom Nichtvorliegen des Mangels überzeugt.

verstösst, so ist der Arbeitnehmer nicht schon deshalb bösgläubig, weil er das Fehlen der schweizerischen Staatsbürgerschaft (Rechtsmangel) kennt; vorausgesetzt ist vielmehr, dass er auch vom Beschäftigungsverbot Kenntnis oder wenigstens einen einschlägigen Verdacht hat. – Ähnlich im Ergebnis *Brühwiler J.*, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Zürich 1978, N 7 zu Art. 320 OR. *Schuler A.*, Rechtsfolgen des ungültigen Arbeitsvertrages, in: Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht Bd. 20, Bern 1983, S. 151, vertritt die Auffassung, der gute Glaube im Sinne des Art. 320 Abs. 3 OR sei als Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels zu verstehen; dies unter Berufung auf Jäggi und die heute herrschende Lehre.

⁹² Vgl. demgegenüber *Reichel*, Gutgläubigkeit, S. 188/89.

⁹³ Solche Zweifel schliessen die Überzeugung, ein Rechtsmangel bestehe nicht, aus; und umgekehrt (vgl. demgegenüber *Stark*, N 45 zu Art. 933 ZGB).

⁹⁴ S. 504 oben.

- Ein starker Überzeugungstatbestand ist auch gegeben, wenn der potentiell Geschützte *die Möglichkeit eines Rechtsmangels zwar in Betracht zieht, das Vorliegen eines solchen aber ohne Bedenken von der Hand weist*. 91

Beispiel: V hat mit A schon viele Verträge im Namen des X geschlossen. Vor dem ersten Vertragsabschluss hatte sich A eine von X ausgestellte Vollmachtsurkunde vorlegen lassen. Seither hat X die von V geschlossenen Verträge immer anstandslos erfüllt. Vor einem neuerlichen Vertragsabschluss kommt dem A zwar in den Sinn, dass die (tatsächlich untergegangene) Vollmacht des V erloschen sein könnte; diesen Gedanken aber schiebt er ohne weitere Überlegung als unbegründet beiseite: A ist vom Nichtvorliegen des Rechtsmangels (Fehlen der Vertretungsmacht) überzeugt. 92

- Unter Umständen bildet sich die Überzeugung, dass ein bestimmter Rechtsmangel nicht vorliegt, erst durch die *Abklärung von anfänglich vorhandenen Zweifeln*. Die gleichen Abklärungen können bei der einen Person einen starken Überzeugungstatbestand herausbilden, bei einer andern einen schwachen. Bei einer dritten Person vermögen sie unter Umständen die Zweifel nicht zu zerstreuen (Nr. 97 ff.), oder sie führen gar zur Überzeugung, der Rechtsmangel liege vor (Nr. 82 ff.). 93

3. Die (fälschliche) Überzeugung, ein Rechtsmangel liege nicht vor, kann auf **Sachverhalts- oder Rechtsirrtum**⁹⁵ (oder beidem) beruhen⁹⁶. Das sei an einem Beispiel erläutert: 94

A tritt eine Forderung, die er gegen X hat, an B ab. X zahlt in der Folge trotzdem an A. Wegen der fehlenden Gläubigereigenschaft des A (Rechtsmangel) wird X grundsätzlich nicht befreit. Eine Ausnahme sieht Art. 167 OR für den Fall vor, dass X vor Erfolgen einer Abtretungsanzeige und in der Überzeugung geleistet hat, A sei nach wie vor Gläubiger. Diese Überzeugung beruht auf Sachverhaltsirrtum, wenn X im Zeitpunkt der Zahlung nicht weiss, dass A und B einen Abtretungsvertrag geschlossen haben; sie beruht auf Rechtsirrtum, wenn X zwar vom Abtretungsvertrag weiss, aber glaubt, eine Forderung gehe nicht schon durch blossen Abtretungsvertrag über, sondern erst durch Anzeige der Abtretung⁹⁷. 95

⁹⁵ Z.B. *Reichel*, Gutgläubigkeit, S. 193 f.; *Hafner*, N 2 zu Art. 205 aOR; *Siegwart*, N 25 zu Art. 610/12 OR; ZR 1945, S. 76 ff., v. a. 79.

⁹⁶ Der Irrtum ist in einem weiten Sinne zu verstehen. Er umfasst auch den Fall, da jemand mit der Möglichkeit eines Rechtsmangels überhaupt nicht rechnet (Nr. 89). Vgl. in anderem Zusammenhang *Oser/Schönenberger*, N 7 zu Art. 23 OR; demgegenüber hält *Patry*, ZBJV 1955, S. 412 oben, «ignorance» und «erreur» auseinander.

⁹⁷ Gelegentlich wird der gute Glaube kurzerhand als Irrtum bezeichnet (z.B. *Jäggi*, N 20 zu Art. 3 ZGB; v. *Tuhr/Peter*, S. 180). Das ist ungenau; denn: Gutgläubig ist unter Umständen auch, wer Zweifel hat, ob ein Rechtsmangel vorliegt oder nicht (z.B. Nr. 100); «das Vorhandensein von Zweifel» aber schliesst «begrifflich die Möglichkeit des Irrtums aus» (*Meier-Hayoz*, Vertrauensprinzip, S. 234; vgl. auch *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 575).

- 96 Vom Rechtsirrtum, welcher der Überzeugung vom Nichtvorliegen eines Rechtsmangels zugrundeliegt, ist der Rechtsirrtum zu unterscheiden, der sich nicht auf den Rechtsmangel als solchen, sondern dessen *nachteilige Folgen* (die Rechtsmangelfolgen) bezieht. Zur Illustration sei auf das eben in Nr. 95 gemachte Beispiel zurückgegriffen: Der Rechtsmangel besteht, wie erwähnt, im Umstand, dass der A seine Gläubigerstellung eingebüsst hat. Die Rechtsmangelfolge ist darin zu sehen, dass X nicht mehr mit befreiender Wirkung an A zahlen kann. Weiss nun X, dass die Forderung durch den Abtretungsvertrag übergegangen ist, so kennt er den Rechtsmangel; er befindet sich insoweit in keinem (Rechts-)Irrtum. Möglich ist aber, dass X glaubt, er könne trotz des Gläubigerwechsels bis zur Abtretungsanzeige an A zahlen. Alsdann ist er zwar in einem Rechtsirrtum befangen; dieser aber bezieht sich nicht auf den Rechtsmangel, sondern auf dessen nachteilige Folge.

d) Zweifel, ob ein Rechtsmangel vorliegt oder nicht

- 97 1. Zweifel, ob ein Rechtsmangel vorliegt oder nicht, **machen nach einzelnen Bestimmungen bösgläubig, nach andern nicht.** Beispiel:
- 98 – Art. 18 Abs. 2 OR sieht vor, der Zessionar müsse «die [simulierte] Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben» haben. Diese Wendung besagt ein Zweifaches: 1) Der Erwerb der Forderung muss in Kenntnis des Schuldbekenntnisses erfolgt sein (Nr. 620). – 2) Der Erwerber muss bei Erwerb der Forderung darauf vertraut haben, die Forderung sei eine wirkliche, nicht bloss eine simulierte. An diesem Vertrauen fehlt es in zwei Fällen: einmal, wenn der Zessionar um die Simulation weiss (Kenntnis des Rechtsmangels); zum zweiten, wenn er Zweifel hat, ob die Forderung simuliert ist oder nicht. Solche Zweifel lassen den Schutz des Zessionars als ungerechtfertigt erscheinen: Wer die Möglichkeit einer Simulation bewusst in Kauf nimmt, verdient es nicht, in seinem Forderungserwerb geschützt zu werden (vgl. BGE 107 II 454 in allerdings anderem Zusammenhang).
- 99 Zu beachten ist: Wollte man – wie dies zum Teil geschieht – annehmen, dass Zweifel hinsichtlich der Simulation guten Glauben nicht ausschliessen, so würden die Zweifel doch regelmässig einer Berufung auf den guten Glauben entgegenstehen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Der Zessionar wäre also im Ergebnis nicht besser gestellt als bei der Annahme, dass Zweifel für guten Glauben zum vorneherein keinen Raum lassen. Immerhin sind Zweifel nach Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht ohne weiteres erheblich (z. B. Nr. 274). Wo sie es nicht sind, kommt es entscheidend darauf an, ob Zweifel bösgläubig machen oder nicht.
- 100 – In einzelnen Gutglaubensvorschriften ist der gute Glaube als Nichtkenntnis des Rechtsmangels zu verstehen. Am guten Glauben fehlt es mithin nur bei Kenntnis des Mangels. Zweifel, ob ein solcher vorliegt oder nicht, bedeuten aber noch keine Kenntnis; sie lassen also den guten Glauben bestehen⁹⁸ (vgl. BGE 65 II 88 betr. Art. 933 Abs. 2 OR; vgl. auch schon Nr. 61, ferner Nr. 150).
- 101 Eine *andere Frage* ist, ob sich der Gutgläubige trotz der Zweifel auf seinen guten Glauben berufen darf. Oft wird ihm dies wegen Art. 3 Abs. 2 ZGB verwehrt sein, jedoch nicht immer. Denn einerseits findet Art. 3 Abs. 2 ZGB

⁹⁸ *Hegetschweiler*, S. 12.

nicht auf alle Gutglaubensvorschriften Anwendung (Nr. 150), anderseits sind Zweifel hinsichtlich eines Rechtsmangels nach Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht ohne weiteres erheblich (z. B. Nr. 274).

Nach dem Wortlaut verschiedener Gutglaubensvorschriften (z. B. Art. 37, 406 OR) hängt der Gutglaubenschutz (u. a.) davon ab, ob der potentiell Geschützte vom Rechtsmangel Kenntnis hat oder nicht. Solche Bestimmungen erwecken (vom Wortlaut her) den Eindruck, Zweifel hinsichtlich des Rechtsmangels würden Gutgläubigkeit nicht ausschliessen (vgl. Nr. 100). Eine wörtliche Interpretation ist jedoch nicht immer am Platze. So ist z. B. bei Art. 37 OR der Vertreter nur dann als gutgläubig zu betrachten, wenn er vom Fehlen der Vollmacht weder Kenntnis hat noch (über den Wortlaut der Bestimmung hinaus) den Vollmachtsbestand für zweifelhaft hält (Nr. 351).

- Ausnahmsweise bewirkt nicht einmal Kenntnis des Rechtsmangels bösen Glauben (Nr. 80, 82). Wo dies zutrifft, schliessen selbstverständlich auch Zweifel in bezug auf das Vorliegen des Mangels den guten Glauben nicht aus⁹⁹.

Beispiel: Wie erwähnt (Nr. 81), wird der Schuldner aus einem Inhaberpapier bei Zahlung an den nicht berechtigten Vorweiser des Papiers unter Umständen auch dann befreit, wenn er um dessen Nichtberechtigung weiss: Das Wissen um die Nichtberechtigung des Vorweisers macht nicht ohne weiteres bösgläubig. Dann muss aber auch gelten, dass Zweifel hinsichtlich der Berechtigung des Vorweisers nicht unbedingt bösgläubig machen¹⁰⁰.

2. Die **Lehre** befasst sich grösstenteils nicht mit der Frage, ob Zweifel hinsichtlich des Vorliegens eines Rechtsmangels bösgläubig machen oder nicht¹⁰¹. Doch lässt sich aus den unterschiedlichen Definitionen des guten Glaubens ableiten, welche Bedeutung dem Zweifel beigemessen wird.

Die früher herrschende Lehre fasste den guten Glauben als Nichtkenntnis eines Rechtsmangels auf (Nr. 60); der böse Glaube wurde als Kenntnis des Rechtsmangels begriffen. Wer hinsichtlich eines Rechtsmangels zweifelt, hat keine Mangelkenntnis (Nr. 100); er ist demnach gutgläubig im Sinne der früher herrschenden Lehre.

Die heute herrschende Lehre fasst den guten Glauben als Fehlen des Unrechtsbewusstseins trotz eines Rechtsmangels auf (Nr. 57). Das Unrechtsbewusstsein wird als Bewusstsein, unredlich zu handeln, verstanden (Nr. 57). Wer hinsichtlich eines

⁹⁹ Vgl. Jäggi, N 129 a. E. zu Art. 3 ZGB.

¹⁰⁰ Ein weiteres Beispiel: Wissen um die vorbestehende Ehe schliesst guten Glauben im Sinne von Art. 122 Abs. 3 ZGB nicht notwendig aus. Dazu muss das Bewusstsein kommen, durch die Heirat der verheirateten Person (möglicherweise) etwas Verbotenes zu tun (Nr. 84). Entsprechend schliessen Zweifel hinsichtlich der vorbestehenden Ehe den guten Glauben nicht ohne weiteres aus, sondern nur dann, wenn sie mit dem Bewusstsein verbunden sind, durch die Heirat (möglicherweise) verbotswidrig zu handeln.

¹⁰¹ Das gilt vor allem für die neuere Literatur. In der älteren Literatur hat man sich mit dem Zweifel verschiedentlich auseinandergesetzt: z. B. Reichel, Gutgläubigkeit, S. 188 ff., v. a. 195 ff., betr. Art. 933 ZGB (in verschiedener Hinsicht unklar und widersprüchlich); Gmür, N 12a zu Art. 3 ZGB: auch die «Ahnung» des Rechtsmangels mache bösgläubig.

Rechtsmangels Zweifel hat, auf diese aber bei seinem Handeln keinen Bedacht nimmt, der handelt in der Regel unredlich¹⁰² (vgl. BGE 107 II 454 oben); er ist demnach bösgläubig im Sinne der heute herrschenden Lehre.

e) *Nachtrag*

- 108 Das zur Kenntnis eines Rechtsmangels Gesagte (Nr. 80ff.) ist wie folgt zu vervollständigen:
- 109 Nach *Reichel*¹⁰³ steht «Nichtwissen» eines Rechtsmangels infolge absichtlichen Nichtwissenwollens ... dem Wissen gleich»: Hält jemand «vor der Stimme der Wahrheit vorbedacht die Ohren zu, so kann er sich auf sein Nichtwissen nicht berufen. ... Von gutem Glauben ist hier keine Rede.» *Reichel* bringt folgendes Beispiel:
- 110 «K liest folgenden Brief: «Wichtige Mitteilung! Da ich höre, dass Sie die bei V stehende Hobelmaschine zu kaufen beabsichtigen, so beeile ich mich, Sie energisch darauf aufmerksam zu machen, daß ...» Hier bricht K die Lektüre ab und vernichtet den Brief, der ihm vielleicht Unangenehmes sagen und seine Absichten stören könnte.» Aus dem Kontext heraus ist das Beispiel noch folgendermassen zu ergänzen: Wenn K in der Folge die Hobelmaschine kauft, so kann er sich, falls sie nicht dem V gehört und V keine Veräusserungsbefugnis (z.B. als Kommissionär) hat, nicht auf gutgläubigen Erwerb nach Art. 933 ZGB berufen; denn K soll nach *Reichel* bösgläubig sein.
- 111 Der Auffassung *Reichels* ist m. E. nicht uneingeschränkt zuzustimmen:
- 112 Nimmt K an, dass er bei Fortsetzung der Lektüre über die fehlende Veräusserungsbefugnis des V informiert worden wäre, so hat er vom Fehlen der Veräusserungsbefugnis Kenntnis. Er ist daher bösgläubig im Sinne von Art. 933 ZGB, was seinem Eigentumserwerb entgegensteht. Geht K nicht davon aus, dass er über die fehlende Veräusserungsbefugnis des V informiert werden sollte, ist ihm aber diese Möglichkeit immerhin bewusst, so ist er ebenfalls bösgläubig. Denn er hat diesfalls hinsichtlich der Veräusserungsbefugnis des V Zweifel, die Gutgläubigkeit im Sinne von Art. 933 ZGB¹⁰⁴ ausschliessen. Denkt hingegen K bei Abbruch der Lektüre nicht daran, dass das Ende des Briefs die mangelnde Veräusserungsbefugnis des V zutage bringen könnte (K glaubt z. B., der Schreiber des Briefs wolle ihn ermahnen, vor dem Kauf der Maschine eine alte Rechnung zu begleichen), so ist er – entgegen *Reichel* – nicht bös-, sondern gutgläubig. Eine andere Frage ist, ob sich K auf seinen guten Glauben berufen kann oder ob ihm dies gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB verwehrt ist.

¹⁰² Ausnahmen siehe in Nr. 104 und Anm. 100.

¹⁰³ Gutgläubigkeit, S. 189 unten/190.

¹⁰⁴ «Guter Glaube liegt beim Erwerber dann vor, wenn er in der redlichen Überzeugung handelt, durch den Erwerb kein fremdes Recht zu verletzen» (*Hombberger*, N 29 zu Art. 933 ZGB; ebenso *Stark*, N 44 zu Art. 933 ZGB).

3. Die Rechtswirkung des guten Glaubens: der Gutgläubensschutz

Der gute Glaube ist, wie erwähnt, eine auf einen Rechtsmangel bezügliche Bewusstseinslage, die – allein oder bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen – die ordentlichen Folgen des Rechtsmangels aufzuheben oder abzuschwächen vermag. Diese günstige Wirkung, die der gute Glaube im Unterschied zum bösen Glauben hat, bleibt nachfolgend zu präzisieren:

A. Aufhebung der Rechtsmangelfolgen

I. «Das Gesetz hält es» in gewissen Fällen «so, wie wenn der Tatbestand einer Gutgläubensvorschrift mängelfrei wäre»¹⁰⁵: Die **Rechtslage** des Gutgläubigen **entspricht der mängelfreien**. Das bedeutet namentlich ein Zweifaches:

– Der Rechtsmangel wirkt sich nicht aus: Die Rechtsmangelfolgen, die ordentlicherweise eintreten, bleiben (zugunsten des Gutgläubigen) aus¹⁰⁶; und zwar *ersatzlos*, d.h. ohne dass an die Stelle der ordentlichen Rechtsmangelfolgen andere (ungünstige) Rechtsmangelfolgen treten (vgl. demgegenüber Nr. 129). Wo im Rahmen dieser Arbeit von «Aufhebung der Rechtsmangelfolgen» die Rede ist, da ist immer eine ersatzlose gemeint.

Die meisten Gutgläubensvorschriften beziehen sich – wie erwähnt (Nr. 47) – auf Rechtsmängel, welche die Entstehung eines Rechts ausschliessen. Werden die Folgen eines solchen Mangels aufgehoben, so bedeutet dies, dass ein Recht entsteht. Und zwar entsteht es so, wie wenn kein Rechtsmangel vorliegen würde. Dementsprechend gelten für seine Übertragung die allgemeinen Regeln des Erbrechts, Zessionsrechts usw.: Der Erwerber ist nicht auf Gutgläubensschutz angewiesen (BGE 107 II 454f., mit zahlreichen Hinweisen auf die Lehre; 105 IV 305¹⁰⁷; hinten Nr. 290, 491, 637).

Beispiel: Der nach Art. 18 Abs. 2 OR geschützte Zessionar (Z) einer simulierten Forderung erwirbt diese, wie wenn sie nicht simuliert worden wäre. Er erwirbt daher eine wirkliche Forderung, wenn der simulierten Forderung nicht neben der Simulation noch andere Mängel anhaften, die ihre Entstehung hindern (Nr. 597). Eine nach Art. 18 Abs. 2 OR entstandene Forderung kann der Zessionar nach den allgemeinen abtretungsrechtlichen Regeln übertragen; die Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 2 OR brauchen nicht erfüllt zu sein, namentlich hängt der Erwerb nicht vom guten Glauben des Erwerbers (E) ab (Nr. 637)¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Jäggi, N 74 zu Art. 3 ZGB.

¹⁰⁶ Günstige Rechtsfolgen, die allenfalls mit dem Rechtsmangel verbunden sind (vgl. Nr. 32), bleiben ebenfalls aus.

¹⁰⁷ Auf dem gleichen Standpunkt steht auch die kantonale Rechtsprechung: z. B. ZR 1938, S. 196 linke Spalte; 1920, Nr. 24.

¹⁰⁸ Weiteres Beispiel: Wenn Nichteigentümer X eine Fahrnissache unbefugt dem gutgläubigen Y zu Eigentum überträgt und dieser daran nach Art. 933 ZGB Eigentum erwirbt, so kann Y die Sache wie ein «normaler» Eigentümer weiterveräussern; der Weiterveräus-

- 118 – Die Rechtsmangelfolgen werden *von Gesetzes wegen* (ex lege)¹⁰⁹ aufgehoben: ohne dass sich der Gutgläubige auf seinen guten Glauben berufen muss, aber auch ohne dass ihm die Wahl zusteht, sich für oder gegen die Aufhebung der Rechtsmangelfolgen zu entscheiden (zu den Gründen hinten Nr. 762f., 691).
- 119 Beispiel: BGE 39 II 557ff. Dieser Entscheid betraf folgenden Fall: Jemand (A) erwarb von einem Nichtberechtigten (X) Sachen eines Dritten (B) zu Eigentum. Auf Eigentumsansprache des B hin gab A diesem die Sachen heraus und hob Entwehrungsklage gegen X an. Das Bundesgericht verneinte deren Begründetheit mit der Feststellung, A sei infolge guten Glaubens an den Sachen des B «eo ipso» mit dem Besitzübergang Eigentümer geworden (Art. 205 aOR, 933 ZGB); er habe daher durch X gar nicht entwehrt werden können; «damit» sei «der Klage die rechtliche Grundlage entzogen».
- 120 Die Gutglaubensvorschriften befassen sich nur mit der Stellung des Gutgläubigen und dessen Verhältnis zum Gegeninteressenten. «Sie beziehen sich z.B. nicht auf das Verhältnis zwischen dem bisher Berechtigten und dem unberechtigten Veräusserer.»¹¹⁰
- 121 2. Die Rechtsmangelfolgen werden immer und einzig im Interesse des Gutgläubigen aufgehoben. Das bedeutet aber nicht, dass sich nur dieser auf die durch den Gutglaubensschutz bewirkte Rechtslage berufen kann. Vielmehr steht diese Möglichkeit (mit dem in Nr. 123 gemachten Vorbehalt) *jedermann* offen¹¹¹. Zur Illustration sei auf die eben unter Ziff. 1 gemachten Beispiele zurückgegriffen:
- 122 Im Beispiel aus Nr. 119 kann X einwenden, A sei infolge seines guten Glaubens Eigentümer geworden und habe daher gar nicht entwehrt werden können. – Im Beispiel aus Nr. 117 kann sich E zur Geltendmachung seiner Forderung darauf berufen, die simulierte Forderung sei infolge Gutgläubigkeit des Z nach Art. 18 Abs. 2 OR zu einer wirklichen geworden; er (E) selbst habe daher eine wirkliche Forderung erworben.
- 123 Die Berufung auf den guten Glauben eines andern ist nur im Rahmen des Art. 2 ZGB ausgeschlossen: wo sie gegen Treu und Glauben verstösst (Beispiele in Nr. 637, 667).
- 124 **Im Prozess** kann selbstverständlich die Berufung auf den guten Glauben nur nach Massgabe des anwendbaren Prozessrechts erfolgen. Nach diesem beantwortet sich z.B. die Frage, wie lange eine Berufung auf den guten Glauben (seinen eigenen oder denjenigen eines Dritten) statthaft ist, in welcher Form diese zu geschehen hat usw.

serung steht nicht entgegen, dass der Erwerber (Z) vom Mangel im Erwerbsgeschäft X/Y Kenntnis hat (ZR 1938, S. 196 linke Spalte; 1920, Nr. 24; vgl. auch BGE 105 IV 305).

109 BGE 39 II 557ff. (zu diesem Entscheid siehe gleich nachstehend im Text; Nr. 119); aus der Lehre seien z.B. erwähnt: v. Tuhr/Peter, S. 181; v. Tuhr/Escher, S. 358; Jäggi, N 74 zu Art. 3 ZGB; Müller, S. 15; vgl. ferner die bei v. Tuhr/Peter, S. 181 Anm. 64, zitierte Literatur. Anderer Ansicht z.B. Becker, N 1 zu Art. 167 OR, und Oser/Schönenberger, N 8 zu Art. 167 OR, in bezug auf den Gutglaubensschutz nach Art. 167 OR.

110 Jäggi, N 78 zu Art. 3 ZGB.

111 Vgl. demgegenüber BGE 56 II 369; zu diesem Entscheid hinten Nr. 692.

3. Wo die Folgen eines Rechtsmangels von Gesetzes wegen (gänzlich) aufgehoben werden, spricht *Jäggi*¹¹² von der **Heilung eines Rechtsmangels**; ebenso das Bundesgericht in BGE 107 II 454 unten¹¹³. Ich schliesse mich dieser Ausdrucksweise an; das im Bewusstsein, dass der Begriff der Heilung eines Rechtsmangels umstritten ist¹¹⁴ und auch für Tatbestände ausserhalb des Gutglaubensschutzes verwendet wird.

4. Der gute Glaube mit Bezug auf einen Rechtsmangel vermag bestenfalls die ordentlichen Folgen gerade dieses Rechtsmangels aufzuheben¹¹⁵. *Andere Rechtsmängel* wirken sich hingegen voll aus, sofern nicht auch mit Bezug auf sie ein Gutglaubensschutztatbestand verwirklicht ist (vgl. z.B. Nr. 188, 488, 596f.).

B. Abschwächung der Rechtsmangelfolgen¹¹⁶

Eine Reihe von Gutglaubensvorschriften sieht die blosse Abschwächung der Rechtsmangelfolgen vor. Darunter ist jede Art von Gutglaubensschutz zu verstehen, die nicht in der (ersatzlosen) Aufhebung der Rechtsmangelfolgen (dazu eben lit. A) besteht. Die so verstandene Abschwächung der Rechtsmangelfolgen kommt unter **sehr verschiedenen Formen** vor, beispielsweise den folgenden:

– *Die ordentlichen Rechtsmangelfolgen treten zwar ein, doch entsteht eine für den Gutgläubigen günstige Rechtsfolge, die üblicherweise nicht entsteht und bei Bösgläubigkeit nicht entstehen würde.* Beispiele: Der vom vollmachtlosen Vertreter geschlossene Vertrag kommt zwar trotz Gutgläubigkeit des Gegenkontrahenten nicht zustande; dieser kann aber immerhin Schadenersatz verlangen (Art. 36

¹¹² N 74 zu Art. 3 ZGB und passim; ebenso *Deschenaux*, S. 218.

¹¹³ Ferner BGE 107 II 116 («heilende Wirkung»).

¹¹⁴ Vgl. *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 4. Aufl., Bern 1981, § 5 N 53; *Forstmoser P.*, Schweizerisches Aktienrecht, Band I/ Lieferung 1, Zürich 1981, S. 376 N 12 einerseits, S. 377 N 14 andererseits; *Gauch*, Zweigbetrieb, Nr. 444. – *Gauch* (a.a.O.) spricht von der Heilung eines Rechtsmangels nur dort, wo die Folgen des Mangels «ohne weiteres und gegenüber jedermann, nicht nur gegenüber gutgläubigen Dritten», entfallen. Diese Formulierung erweckt den Eindruck, im Falle von Gutglaubensschutz sei der Rechtsmangel nur zwischen dem Gutgläubigen und dem Gegeninteressenten unbeachtlich, nicht hingegen zwischen diesem und Dritten. Das mag in Einzelfällen zutreffen, gilt aber nicht generell. Es braucht insoweit nur Gesagtes in Erinnerung gerufen zu werden: Wird eine simulierte Forderung nach Art. 18 Abs. 2 OR zu einer wirklichen (Nr. 117), so kann die Simulation niemandem mehr entgegengehalten werden: weder dem Zessionar, dessen guter Glaube geschützt ist, noch einem Dritten, der sich die Forderung z.B. hat zedieren lassen oder daran ein Pfandrecht erworben oder dieselbe geerbt hat.

¹¹⁵ Z.B. *Hinderling*, SchwPR V/1, S. 472, mit Bezug auf Art. 933 ZGB.

¹¹⁶ Zum Folgenden vgl. *Jäggi*, N 77 zu Art. 3 ZGB; *Deschenaux*, S. 219. Beide Autoren stellen allerdings die Abschwächung der Rechtsmangelfolgen zum Teil anders dar, als dies nachstehend geschieht.

Abs. 2 und 39 OR). – Ein an einem Nichtigkeitsgrund leidender Arbeitsvertrag erlangt auch bei Gutgläubigkeit des Arbeitnehmers keine Gültigkeit; doch kann dieser immerhin nach Massgabe des Art. 320 Abs. 3 OR Lohnansprüche (statt blosser Bereicherungs- oder Schadenersatzansprüche) geltend machen. – «Der unberechtigte, aber gutgläubige Besitzer» muss «eine in öffentlicher Versteigerung erworbene Sache zurückgeben, kann sich aber den bezahlten Preis erstatten lassen»¹¹⁷; Art. 934 ZGB.

- 129 – *Die ordentlichen Rechtsmangelfolgen bleiben aus. An deren Stelle tritt jedoch eine andere ungünstige Rechtsfolge* (vgl. demgegenüber Nr. 115), *die sich allerdings im Ergebnis («per Saldo») für den Gutgläubigen vorteilhaft auswirkt.* Beispiel: Sind übermässige Zuwendungen nach Massgabe des Art. 527 ZGB herabzusetzen, so besteht gegen den Empfänger grundsätzlich ein dinglicher Restitutionsanspruch, dessen Modalitäten sich nach Art. 940 ZGB richten. Bei Gutgläubigkeit des Empfängers entfällt ein solcher Anspruch, hingegen besteht ein (obligatorischer) Bereicherungsanspruch gemäss den Art. 62ff. OR (Art. 528 ZGB). Dieser Anspruch ist für den Empfänger der weniger einschneidende¹¹⁸.
- 130 – *Die ordentlichen Rechtsmangelfolgen treten zwar ein, aber nicht in der üblichen, sondern in abgeschwächter Form (Abschwächung der Rechtsmangelfolgen im engen Sinne).* Zur Verdeutlichung zwei Beispiele: Leidet eine Verfügung von Todes wegen an einem Formmangel, «so wird sie auf erhobene Klage für ungültig erklärt» (Art. 520 ZGB). Die (Ungültigkeits-)Klage steht unabhängig davon offen, ob der aus der Verfügung Bedachte gut- oder bösgläubig ist. Doch ist die Frist für ihre Geltendmachung gegenüber dem gutgläubigen kürzer (Art. 521 ZGB). – Bei Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung ist sowohl der bös- wie auch der gutgläubig Bereicherte zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet. Doch hat der gutgläubig Bereicherte womöglich weniger herauszugeben (Art. 64 OR); zudem ist er mit Bezug auf die Ansprüche aus Verwendungen besser gestellt (Art. 65 OR)^{119, 120}.

¹¹⁷ Deschenaux, S. 219.

¹¹⁸ Escher, N 2ff. zu Art. 528 ZGB.

¹¹⁹ Zudem ist der gutgläubig Bereicherte mit Bezug auf allfällige Ansprüche aus Verwendungen besser gestellt als der bösgläubige (Art. 65 OR). Das Gesagte macht deutlich, dass eine Abschwächung der Rechtsmangelfolgen auch dadurch erfolgen kann, dass der Gutgläubige in bezug auf günstige Rechtsfolgen, die mit dem Rechtsmangel verbunden sind (hier: Ansprüche auf Verwendungsersatz; vgl. Nr. 31), besser gestellt ist als der Bösgläubige.

¹²⁰ Ein weiteres Beispiel: Der gutgläubige falsus procurator haftet unter den Voraussetzungen des Art. 39 Abs. 1 OR auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses (Nr. 401). Bei Bösgläubigkeit («Verschulden», Art. 39 Abs. 2 OR) geht die Haftung, sofern die Voraussetzungen des Art. 39 Abs. 1 OR erfüllt sind und «wo es der Billigkeit entspricht», auf «Ersatz weitem Schadens» (Art. 39 Abs. 2 OR), nämlich des positiven Vertragsinteresses (Nr. 401). Aus dem Gesagten folgt: Der gute Glaube (des Vertreters) ist nur relevant, falls der Tatbestand des Art. 39 Abs. 1 OR erfüllt ist; für diesen Fall vermag er die Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses zu begrenzen, wogegen bei

Nachzutragen bleiben drei Punkte: 1) Soweit Gutgläubensvorschriften die Abschwächung von Rechtsmangelfolgen vorsehen, erfolgt die Abschwächung ex lege (vgl. Nr. 118f., 765). – 2) Nicht nur der Gutgläubige kann sich auf die Abschwächung der Rechtsmangelfolgen berufen, auch Dritte können dies (vgl. Nr. 121). – 3) Das in Nr. 126 Gesagte gilt vorliegend entsprechend. 131

4. Begriff und Bedeutung des bösen Glaubens

Der böse Glaube ist – wie der gute – eine Bewusstseinslage, die sich auf einen Rechtsmangel bezieht. Böser Glaube liegt vor, wenn es am guten Glauben fehlt, und umgekehrt: Die beiden Begriffe sind komplementär (Nr. 5). Ist beispielsweise der gute Glaube als Nichtkenntnis eines Rechtsmangels zu verstehen, so ist der böse Glaube als Kenntnis des betreffenden Mangels zu begreifen. Bedeutet guter Glaube die Überzeugung vom Nichtvorliegen eines Rechtsmangels, so bedeutet böser Glaube das Fehlen jener Überzeugung. 132

Ist jemand hinsichtlich eines bestimmten Rechtsmangels bösgläubig, so treten einfach die ordentlichen Rechtsmangelfolgen ein. Der böse Glaube ändert an der normalen Rechtslage, die bei Vorliegen des Rechtsmangels gilt, nichts. Er hat in diesem Sinne **keine selbständige rechtliche Bedeutung**; eine solche kommt nur dem guten Glauben zu, der – allein oder unter bestimmten Voraussetzungen – die ordentlichen Rechtsmangelfolgen aufzuheben oder abzuschwächen vermag¹²¹. 133

Dass der böse Glaube nichts «Besonderes» ist, zeigt sich oft schon an der **Art, auf welche der Gesetzgeber Gutgläubenschutz anordnet**. Im Normalfall geschieht dies so, dass er in einer Grundregel (z. B. Art. 38 Abs. 1 OR) ohne Bezugnahme auf guten oder bösen Glauben die ordentlichen Folgen eines Rechtsmangels umschreibt und in einer Ausnahmeregel (z. B. Art. 34 Abs. 3 OR) Art und Voraussetzungen des Gutgläubenschutzes festlegt; für den Bösgläubigen, der im Gesetz nirgends Erwähnung findet, gilt dann einfach die Grundregel. Wo Gutgläubenschutz so angeordnet ist, versteht sich ohne weiteres, dass nur der gute Glaube etwas «Besonderes» ist. Nicht anders verhält es sich aber auch dort, wo der Gesetzgeber – wie z. B. in den Art. 938–940 ZGB – die Rechtsstellung sowohl des Gut- als auch des Bösgläubigen umschreibt. Die an den bösen Glauben geknüpften Rechtswirkungen sind nämlich nur die sonst nirgends festgelegten ordentlichen Rechtsmangelfolgen¹²². 134

Gutgläubenschutz durch Grund- und Ausnahmeregel anzuordnen, ist überall dort am Platze, wo der gute Glaube nicht generell geschützt ist, sondern – wie dies im Regelfall zutrifft 135

Bösgläubigkeit die Haftung unter Umständen («wo es der Billigkeit entspricht») auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses geht. Der gute Glaube vermag also die Haftung nicht aufzuheben, immerhin aber umfangmässig zu begrenzen.

¹²¹ Vgl. Jäggi, N 47 zu Art. 3 ZGB; Nobel, S. 218.

¹²² Vgl. Jäggi, N 48 zu Art. 3 ZGB; Nobel, S. 218.

(Nr. 2) – nur unter bestimmten Voraussetzungen. Die Grundregel gilt dann nicht nur für den Bösgläubigen, sondern auch für den Gutgläubigen, sofern die betreffenden Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Will der Gesetzgeber den guten Glauben (ausnahmsweise) generell schützen, so tut er dies zweckmässigerweise nicht durch Grund- und Ausnahmeregel; denn die Grundregel träfe alsdann ja zum vorneherein nur für den Bösgläubigen zu, wogegen der Gutgläubige sich immer auf die Ausnahmeregel berufen könnte. In solchen Fällen bietet es sich vielmehr an, den Gutgläubensschutz auf andere Weise zu regeln: indem die Rechtsstellung des Gut- und des Bösgläubigen je gesondert umschrieben wird¹²³. Unumgänglich ist dieses Vorgehen jedoch nicht. Gutgläubensschutz kann theoretisch durchwegs über Grund- und Ausnahmeregel angeordnet werden. Hätte beispielsweise der Gesetzgeber in Art. 940 ZGB die Bezugnahme auf den bösen Glauben unterlassen, so wäre die Bestimmung eine Grundregel im Sinne von Nr. 134 (wer eine Sache rechtsgrundlos besitzt, hat sie dem Berechtigten herauszugeben ...); alsdann wären die Art. 938f. ZGB als Ausnahmeregeln im Sinne der Nr. 134 aufzufassen (wer indes gutgläubig besitzt ...). So zu verfahren, wäre aber wenig sinnvoll gewesen, da die Grundregel nur für den bösgläubigen, nie jedoch den gutgläubigen Besitzer gelten würde.

- 136 Zur Parömie «*mala fides superveniens non nocet*» siehe hinten Nr. 184.

III. Ausschluss des Gutgläubensschutzes nach Art. 3 Abs. 2 ZGB: Keine Berufung auf unberechtigten guten Glauben

1. Art. 3 Abs. 2 ZGB im allgemeinen

A. Tatbestand im Überblick; Rechtsfolge

- 137 1. Art. 3 Abs. 2 ZGB sieht vor: Der Gutgläubige «ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen», wenn er «bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte». Gemeint ist: «Wer bei der Aufmerksamkeit ... nicht gutgläubig sein könnte, aber diese Aufmerksamkeit nicht angewendet hat und sich (einzig) deswegen im guten

¹²³ Wo der Gesetzgeber so vorgeht, kommen verschiedene gesetzestechnische Varianten in Betracht, zum Beispiel:

Die Rechtsstellung des Gut- bzw. Bösgläubigen kann in gesonderten Bestimmungen umschrieben sein (z. B. Art. 938f. ZGB einerseits, Art. 940 ZGB andererseits) oder in ein und derselben Bestimmung (z. B. Art. 1006 OR; Art. 521 ZGB). – Der Gesetzgeber kann, wo er die Rechtsstellung des Bösgläubigen umschreibt, ausdrücklich auf den bösen Glauben Bezug nehmen (z. B. Art. 1006 Abs. 2 OR); notwendig ist dies aber nicht: So spricht beispielsweise Art. 64 OR nicht vom Bösgläubigen, sondern (stattdessen) von demjenigen, der «nicht in gutem Glauben» handelt. – Entsprechend kann der Gesetzgeber, wo er Art und Voraussetzungen des Gutgläubensschutzes umschreibt, ausdrücklich auf den guten Glauben Bezug nehmen (z. B. Art. 938f. ZGB), muss dies aber nicht (z. B. Art. 521 Abs. 1 ZGB).

Glauben befindet, ist nicht berechtigt ...»¹²⁴ Der **Tatbestand** des Art. 3 Abs. 2 ZGB umfasst somit **zwei Elemente**: die *Nichtanwendung der gebotenen Aufmerksamkeit*¹²⁵; die *Kausalität zwischen diesem Umstand und dem guten Glauben* (BGE 100 II 16)¹²⁶. Mit beiden Tatbestandselementen befasste ich mich eingehender hinten in Nr. 145 ff.

2. Die **Rechtsfolge** des Art. 3 Abs. 2 ZGB wurde bereits vorweggenommen: 138
Der Gutgläubige «ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen». Diese prozessrechtliche Ausdrucksweise bedeutet materiellrechtlich: «Die Rechtswirkung der an sich anwendbaren Gutgläubensvorschrift tritt nicht ein.»¹²⁷ Der **Rechtsmangel**, auf den sich der gute Glaube bezieht, **wirkt sich aus**, wie wenn der Gutgläubige bösgläubig wäre¹²⁸; eine Abstufung nach dem Grade der Unaufmerksamkeit gibt es nicht (vgl. hinten Nr. 381, 440).

Die umschriebene Rechtslage beeinflusst den *Sprachgebrauch*: *Der unaufmerksame Gutgläubige wird häufig als bösgläubig bezeichnet*¹²⁹ (z. B. BGE 79 II 62; vgl. schon Nr. 62). Diese Auffassung hat ihre Wurzeln in der Zeit des aOR. Das aOR kannte zwar Gutgläubensvorschriften (z. B. Art. 41, 43, 205), aber keine dem Art. 3 Abs. 2 ZGB entsprechende Bestimmung. Wollte man daher den Unaufmerksamen vom Gutgläubensschutz ausschliessen, so konnte dies nur durch entsprechende Definition des guten Glaubens in den einzelnen Gutgläubensvorschriften geschehen; indem man annahm, Unaufmerksamkeit (im Sinne des heutigen Art. 3 Abs. 2 ZGB) begründe Bösgläubigkeit. Der Erlass von Art. 3 Abs. 2 ZGB machte eine «Neu-Definition» des guten Glaubens nötig: Die Bestimmung hat überhaupt nur einen Sinn, wenn auch der Unaufmerksame als gutgläubig im Sinne der einzelnen Gutgläubensvorschriften anzusehen ist. Betrachtet man ihn als bösgläubig, so ist er vom Gutgläubens-

¹²⁴ Jäggi, N 104 zu Art. 3 ZGB. – Art. 3 Abs. 2 ZGB ist, wie das Gesagte deutlich macht, wenig glücklich formuliert. Die von *Reichel* (FG Stammler, S. 316) am Wortlaut geübte Kritik geht allerdings an der Sache vorbei. *Reichel* sagt: Wollte man Art. 3 Abs. 2 ZGB wörtlich nehmen, «so wäre entweder die Trivialität ausgesprochen: «wer nicht gutgläubig sein konnte, also nicht gutgläubig war, kann sich auf Gutgläubigkeit nicht berufen» – oder es würde der Widersinn herauskommen: «wer die gehörige Aufmerksamkeit nicht betätigt hat, bei deren Betätigung er nicht gutgläubig würde gewesen sein, ist zwar gutgläubig, kann sich aber hierauf nicht berufen. ...» Die letzte Interpretation entspricht nun jedoch tatsächlich dem Sinn von Art. 3 Abs. 2 ZGB, ein Widersinn kann hierin keineswegs gesehen werden. Demgegenüber ist die von *Reichel* gegebene Interpretation unzutreffend: Nach diesem Autor soll Unaufmerksamkeit Bösgläubigkeit bewirken und nicht nur die Berufung auf den guten Glauben ausschliessen; dem ist jedoch nur ausnahmsweise (z. B. bei Art. 973 ZGB, Anm. 130) so.

¹²⁵ Umstände, die auf ungenügende Aufmerksamkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB schliessen lassen, erbringen oft auch den Beweis bösen Glaubens (Jäggi, N 103 zu Art. 3 ZGB; Nr. 353).

¹²⁶ Das Kausalitätserfordernis ist in der Lehre umstritten: bejahend z. B. Jäggi, N 104 zu Art. 3 ZGB; Stark, N 51 zu Art. 933 ZGB; Ostertag, N 23 zu Art. 933 ZGB; verneinend die in Anm. 170 zitierten Autoren.

¹²⁷ Jäggi, N 106 zu Art. 3 ZGB.

¹²⁸ Der Richter hat Art. 3 Abs. 2 ZGB von Amtes wegen anzuwenden; einer Einrede des Gegeninteresses bedarf es nicht (Deschenaux, S. 226).

¹²⁹ Siehe die Nachweise bei Deschenaux, S. 226 Anm. 32.

schutz ausgeschlossen, ohne dass auf Art. 3 Abs. 2 ZGB gegriffen werden müsste. Den guten Glauben in den einzelnen Gutglaubensvorschriften so zu umschreiben, dass dem Art. 3 Abs. 2 ZGB der Anwendungsbereich entzogen wird, kann nicht richtig sein. Unaufmerksamkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB schliesst daher Gutgläubigkeit (im Sinne der einzelnen Gutglaubensvorschriften) nicht aus¹³⁰. Dasselbe gilt im Ergebnis für den Gutglaubensbegriff des Art. 3 ZGB: Abs. 2 der Bestimmung steht der Berufung auf den guten Glauben entgegen, sofern dieser auf Unaufmerksamkeit beruht; Abs. 2 setzt also *logisch* voraus, dass Unaufmerksamkeit guten Glauben begrifflich nicht ausschliesst¹³¹.

B. Terminologischer Hinweis

- 140 Die Ausserachtlassung der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit bezeichnen Lehre und Rechtsprechung oft als «**Verschulden**»¹³². Diesem aus dem Haftpflichtrecht stammenden Sprachgebrauch schliesse ich mich an. Das im Bewusstsein, dass die Ausserachtlassung der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit nicht notwendig ein Verschulden im engen (haftpflichtrechtlichen) Sinne darstellt.
- 141 Ein Verschulden *stricto sensu* liegt sogar nur *ausnahmsweise* vor; immerhin gibt es solche Fälle, was in der Literatur¹³³ zum Teil verkannt wird. Beispiel: Es ist verboten, eine Ehe mit einem bereits verheirateten Partner einzugehen (Art. 120 Ziff. 1 ZGB); vorbehalten ist die Gültigkeit im Interesse des gutgläubigen Ehepartners, d. h. desjenigen, der nicht weiss noch den Verdacht hat, dass er durch die Heirat einer verheirateten Person etwas Verbotenes tut (Art. 122 Ziff. 3 ZGB; vorne Nr. 77, 84). Der Ehepartner, der entgegen dem Verbot des Art. 101 ZGB heiratet, begeht eine widerrechtliche Handlung. Schuldhaft handelt er, wenn er bösgläubig ist, also um das Verbot weiss oder einen dahingehenden Verdacht hat. Schuldhaft handelt er aber auch, wenn er zwar gutgläubig ist, aber bei der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit um das Verbot wissen oder zumindest einen dahingehenden Verdacht haben müsste. – Kein Verschulden bedeutet die Ausserachtlassung der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit im folgenden Beispiel: Der Schuldner einer zedierten Forderung zahlt an den Zedenten statt den Zessionar, und das gutgläubig im Sinne von Art. 167 OR, d. h. im Vertrauen darauf, die Forderung gehöre nach wie vor dem Zedenten

¹³⁰ Anderes gilt, soweit ersichtlich, nur für Art. 973 ZGB: Böser Glaube (Marginalie zu Art. 974 ZGB) liegt vor, wenn der «Dritte», d. h. der Erwerber eines dinglichen Rechts an einem Grundstück, «den Mangel», d. h. einen fehlerhaften Eintrag im Grundbuch, «kennt oder [bei der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit] kennen sollte» (Text von Art. 974 ZGB). Der gute Glaube (Marginalie zu Art. 973 ZGB) ist Komplementärbegriff zum bösen Glauben (Nr. 5) und demnach gegeben, wenn der Dritte den Mangel weder kennt noch (bei der von Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit) kennen sollte (vgl. Voegeli, S. 9; Bircher, S. 27f.). Unaufmerksamkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB schliesst also guten Glauben aus.

¹³¹ Vgl. Piotet, L'acquisition a non domino de monnaie ou de papiers-valeurs au porteur ou à ordre, in: Recueil de travaux publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la Société des juristes à Lausanne, 1958, S. 34; ders., SJZ 1968, S. 86.

¹³² Z. B. Egger, N 6 zu Art. 3 ZGB; Voegeli, S. 58; Bircher, S. 29 (Titel!); Weinberg, S. 75. «Verschulden» im Sinne von Art. 39 Abs. 2 OR meint Bösgläubigkeit bzw. Gutgläubigkeit, die auf Unaufmerksamkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB beruht (Nr. 401).

¹³³ Z. B. Jäggi, N 109 zu Art. 3 ZGB; Deschenaux, S. 227.

(Nr. 679). Hätte der Schuldner um die Zession wissen müssen, kann er sich wegen Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht auf seinen guten Glauben berufen und mithin keine Schuldbefreiung nach Art. 167 OR geltend machen. Das Wissenmüssen um die Zession begründet aber kein Verschulden. Ein solches läge nur vor, wenn in der Zahlung an den Zedenten statt den Zessionar eine widerrechtliche Handlung läge; das aber trifft nicht zu¹³⁴.

Statt von Verschulden sprechen Lehre und Rechtsprechung (z. B. BGE 105 IV 142 306) auch von «**Fahrlässigkeit**»¹³⁵; ebenso das Gesetz in Art. 1006 Abs. 2 OR («grobe Fahrlässigkeit»). Dieser Ausdruck wird in der vorliegenden Arbeit ebenfalls verwendet. Zudem spreche ich von Vorwerfbarkeit¹³⁶ und meine damit wiederum die Ausserachtlassung der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit.

Hat der Gutgläubige die nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotene Aufmerksamkeit 143 ausser acht gelassen, ist sein guter Glaube verschuldet, sonst unverschuldet. Statt von verschuldetem (unverschuldetem) gutem Glauben ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit auch von **unberechtigtem (berechtigtem) gutem Glauben** die Rede. Diese Ausdrucksweise wird in der Regel vorgezogen, da sie den Bezug zum Gesetzeswortlaut (Art. 3 Abs. 2 ZGB: «ist nicht *berechtigt*, sich auf den guten Glauben zu berufen») wahr¹³⁷.

C. Gesetzgeberischer Grund

Art. 3 Abs. 2 ZGB ist **Ausfluss des Art. 2 ZGB**, des Gebots also, sich nach Treu 144 und Glauben zu verhalten¹³⁸. Gegen dieses Gebot verstösst nicht schon, wer im Rechtsverkehr nicht so aufmerksam ist, wie «von ihm verlangt werden darf» (Art. 3 Abs. 2 ZGB); wohl aber handelt treuwidrig, wer sich vorerst unaufmerksam verhält und hierauf – durch Berufung auf den guten Glauben – «die Folgen seiner Unachtsamkeit auf einen andern abwälzen will»¹³⁹.

¹³⁴ Gegenteilig *Piotet*, SJZ 1968, S. 81. – Jedenfalls liegt im Verhalten des Schuldners nicht die Verletzung einer allgemeinen Pflicht, welche *Piotet* ja wohl im Auge hat. Aber auch die Verletzung einer relativen Pflicht ist kaum je gegeben; so namentlich nicht, wenn der Schuldner eine Geldschuld gegenüber dem Zedenten statt dem Zessionar tilgen will (anderes gilt unter Umständen, wenn die Schuld auf Leistung einer bestimmten Sache geht). – Nach *Reichel*, FG Stammler, S. 314, handelt der an den Zedenten zahlende Schuldner nicht rechtswidrig.

¹³⁵ Z. B. *Eger*, ZSR 1917, S. 477; *Wieland*, SJZ 1967, S. 308 rechte Spalte unten; *Stoffel*, S. 20; *Weinberg*, S. 75; BGE 77 II 143; ZR 1922, S. 368 linke Spalte; PKG 1951, S. 50; Botschaft zum ZGB vom 28. 5. 1904, S. 14.

¹³⁶ Vgl. BGE 81 II 278 («Vorwurf»).

¹³⁷ Auch der auf Rechtsirrtum beruhende gute Glaube (Nr. 94f.) kann berechtigt sein: BGE 94 II 312 (gebilligt von *Hinderling*, SchwPR V/1, S. 479 Anm. 39); *Reichel*, Gutgläubigkeit, S. 193 unten/194.

¹³⁸ Z. B. *Jäggi*, N 109 a. E. zu Art. 3 ZGB; *Stark*, N 46 zu Art. 933 ZGB; *Deschenaux*, S. 227.

¹³⁹ *Jäggi*, N 109 zu Art. 3 ZGB.

2. Der Tatbestand im einzelnen

- 145 Nach Art. 3 Abs. 2 ZGB ist die Berufung auf den guten Glauben, wie erwähnt, unter einer zweifachen Voraussetzung ausgeschlossen: 1) Der Gutgläubige lässt die «Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf», ausser acht. – 2) Die Unaufmerksamkeit ist für den guten Glauben kausal. Diese zwei Tatbestandsmerkmale sollen im folgenden eingehender dargestellt werden.

A. Ausserachtlassung der gebotenen Aufmerksamkeit¹⁴⁰

- 146 I. Die nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotene Aufmerksamkeit bestimmt sich – wie Lehre¹⁴¹ und Rechtsprechung¹⁴² gleichermaßen betonen – nach einem **objektiven Massstab**; entscheidend ist die Aufmerksamkeit, die ein «Durchschnittsmensch» (*Gmür*), ein Mensch mit durchschnittlichen Fähigkeiten und Eigenschaften, unter den gegebenen Umständen beachten würde¹⁴³. Vermag ein konkreter Gutgläubiger dem Durchschnittsstandard¹⁴⁴ wegen mangelnder Intelligenz, Unerfahrenheit usw. nicht zu genügen, so hilft ihm dies nicht¹⁴⁵. Umgekehrt kann dem Gutgläubigen die Berufung auf den guten Glauben nicht mit dem Argument verwehrt werden, er hätte wegen überdurchschnittlicher Fähigkeiten und Eigenschaften nicht gutgläubig sein dürfen.
- 147 Das Gesagte ist insoweit zu präzisieren, als es *den* Durchschnittsmenschen schlechthin nicht gibt. Vielmehr gibt es verschiedene *Typen von Durchschnittsmenschen* mit je unterschiedlichen Eigenschaften und Fähigkeiten. So ist z. B. von einer Privatperson, die für ihre eigene Geldanlage Wertpapiere kauft, nicht die gleiche Aufmerksamkeit zu verlangen wie von einem Bankier, der den Wertpapierkauf

¹⁴⁰ In BGE 31 II 632 ff., der den Art. 561 aOR betraf, hätte m.E. die Innehaltung der gebotenen Aufmerksamkeit verneint werden müssen. Zur Zeit des Entscheids (1905) war zwar Art. 3 ZGB noch nicht in Kraft, doch wurde für die damals bestehenden Gutglaubensvorschriften (wie eben z. B. Art. 561 aOR) schon vor 1912 eine dem Art. 3 ZGB entsprechende Regelung bejaht (*Jäggi*, N 14 f. zu Art. 3 ZGB, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

¹⁴¹ Deschenaux, S. 230; ferner die in Anm. 143 zitierte Literatur.

¹⁴² Z. B. BGE 79 II 64; ferner die in Anm. 143 zitierte Rechtsprechung.

¹⁴³ *Gmür*, N 12 b zu Art. 3 ZGB. – In Lehre und Rechtsprechung ist die Formel gebräuchlich, «der Grad der Aufmerksamkeit» bestimme sich «nach einem Durchschnittsmass, das der Redliche unter den gegebenen Umständen anzuwenden pflegt» (ZBJV 1947, S. 79; *Jäggi*, N 122 zu Art. 3 ZGB; *Stark*, N 47 zu Art. 933 ZGB; *Hinderling*, SchwPR V/1, S. 479; ZR 1970, S. 240); ähnlich auch schon ZR 1942, Nr. 85, S. 201, und ZR 1945, Nr. 105, S. 230 f.; *Nobel*, S. 226.

¹⁴⁴ Ausnahmsweise verlangt Art. 3 Abs. 2 ZGB mehr als bloss die durchschnittliche Aufmerksamkeit (hinten Anm. 157).

¹⁴⁵ Z. B. *Deschenaux*, S. 230.

gewerbsmässig betreibt¹⁴⁶ (vgl. BGE 106 Ib 106 E. 6/d¹⁴⁷): Im einen Fall sind die durchschnittlichen Fähigkeiten und Eigenschaften einer Privatperson, im andern Fall eines Bankiers massgeblich. Demnach kann sich z. B. beim Kauf gestohlener Inhaberpapiere eine Privatperson eher auf einen gutgläubigen Erwerb nach Art. 935 ZGB berufen als ein Bankier, denn diesem letztern wird öfters der Vorwurf ungenügender Aufmerksamkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB gemacht werden müssen.

Nach welchen Kriterien die Typisierung vorzunehmen ist, kann nicht allgemein 148 gesagt werden. Der Richter, dem die Typisierung im konkreten Fall obliegt, hat einen weiten *Ermessensspielraum*. Er hat einen Ausgleich zwischen den Prinzipien der Billigkeit, Rechtssicherheit und Rechtspraktikabilität zu suchen. Mit Nutzen kann die Lehre zum deliktsrechtlichen Verschulden herangezogen werden, da für dieses Ähnliches gilt wie für die nach Art. 3 Abs. 2 ZGB relevante Unaufmerksamkeit: Es misst sich nicht an den subjektiven Verhältnissen des konkreten Schädigers, sondern am Verhalten typisierter Durchschnittsmenschen (objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff)¹⁴⁸.

2. Grundsätzlich schliesst jede Unaufmerksamkeit im Sinne des Art. 3 Abs. 2 149 ZGB Gutgläubensschutz aus: **Jeder Grad von Fahrlässigkeit ist beachtlich**¹⁴⁹. Ausnahmen ergeben sich zum Teil ausdrücklich aus dem Gesetz; so ist beispielsweise der Inhaber eines abhanden gekommenen Wechsels, sofern er sein Recht nach Art. 1006 Abs. 1 OR nachzuweisen vermag, gemäss Art. 1006 Abs. 2 OR «zur Herausgabe des Wechsels nur verpflichtet, wenn er ihn in bösem Glauben erworben hat oder ihm *grobe* Fahrlässigkeit zur Last fällt»¹⁵⁰. Soweit keine solch eindeutige Regel besteht, bleibt zu prüfen, ob die einzelne Gutgläubenvorschrift nach ihrem

¹⁴⁶ Vgl. Weiss, zit. in Anm. 70, S. 147.

¹⁴⁷ Im Entscheid ist festgehalten: «In diesem Fall muss der Pfandgläubiger zumindest damit rechnen, es könnte sich bei der Überschreibung aus dem Lager des Schuldners um Pflichtwaren handeln. Dies gilt zumindest dann, wenn es sich beim Pfandgläubiger wie hier um eine Bank handelt ...» (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁴⁸ Vgl. z. B. *Oftinger* I, S. 146 ff.; *Esser/Weyers*, Schuldrecht, Besonderer Teil, Teilband 2, 5. Aufl., Heidelberg 1980, S. 153.

¹⁴⁹ So z. B. auch *Deschenaux*, S. 231; *Piotet*, Recueil, zit. in Anm. 131, S. 34 unten; *ders.*, SJZ 1959, S. 285 rechte Spalte am Ende; *ders.*, SJZ 1968, S. 101 f.; *Reichel*, FG Stammeler, S. 317; *Jaeger*, S. 9. Demgegenüber verlangt z. B. *Jäggi*, N 127 zu Art. 3 ZGB, eine deutliche Verletzung der gebotenen Aufmerksamkeit; ebenso z. B. ZR 1970, S. 242. *Stoffel*, S. 20, stellt dem Ermessen des Richters anheim, «wann nur grobe und wann auch leichte Fahrlässigkeit den guten Glauben» ausschliesst. *Hegetschweiler*, S. 10, schliesslich will die «*culpa in concreto*» des römischen Rechts entscheiden lassen. – Unter dem aOR herrschte die Auffassung vor, es schade nur grobe Fahrlässigkeit (z. B. BGE 14, S. 100; *Hafner*, N 2 zu Art. 205 aOR).

¹⁵⁰ Ferner z. B. Art. 1000 OR.

Sinn und Zweck für den Ausschluss des Gutgläubensschutzes mehr als bloss leichte Fahrlässigkeit verlangt^{151, 152}.

- 150 Einzelne Gutgläubensvorschriften sehen vor, dass der Gutgläubige schlechthin geschützt ist. Alsdann schadet weder grobe noch leichte Fahrlässigkeit: Unaufmerksamkeit im Sinne des Art. 3 Abs. 2 ZGB ist zum vorneherein unbeachtlich.

Beispiel¹⁵³: Art. 37 OR schützt den guten Glauben des Vertreters, der nach Erlöschen der Vollmacht mit einem Dritten kontrahiert. Gutgläubig ist der Vertreter, wenn er (bei Vertragsabschluss) auf den Vollmachtsbestand vertraut (Nr. 351). Dieses Vertrauen ist – Tatbestand des Art. 37 OR unterstellt – auch dann geschützt, wenn es unberechtigt ist, weil der Vertreter das Erlöschen der Vollmacht hätte kennen oder am Vollmachtsbestand zumindest Zweifel hätte haben müssen (Nr. 353). – Entsprechendes gilt z. B. auch mit Bezug auf Art. 933 Abs. 2 OR¹⁵⁴ (BGE 65 II 87f.¹⁵⁵) und Art. 411 Abs. 2 ZGB (BGE 79 II 358f.).

- 151 3. Die Unaufmerksamkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB besteht in der Praxis meist darin, dass der Gutgläubige zur Aufdeckung des Rechtsmangels erforderliche **Nachforschungen unterlassen** hat¹⁵⁶. Das wirft die Frage auf, welche Nachforschungen zu unternehmen sind, um dem Vorwurf der Unaufmerksamkeit zu entgehen. Generell kann gesagt werden: Jene Nachforschungen sind am Platze, die ein Durchschnittsmensch in der Situation des Gutgläubigen vorkehren würde¹⁵⁷. Dieser Satz aber ist wenig praktikabel; er bedarf daher der Konkretisierung durch Einzelregeln. Solche finden sich im Gesetz, dazu kommen durch Lehre und Rechtsprechung entwickelte; die wichtigsten sind:

151 Es ist zu beachten: Die einzelnen Gutgläubensvorschriften setzen – mit wenigen Ausnahmen (Nr. 150, 165) – voraus, dass der Tatbestand des Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht erfüllt ist: Das Nichtvorliegen des Tatbestands von Art. 3 Abs. 2 ZGB ist (negatives) Tatbestandsmerkmal der einzelnen Gutgläubensvorschriften. Die betreffende Bestimmung darf daher nicht isoliert, sondern immer nur im Zusammenhang mit den verschiedenen Gutgläubensvorschriften ausgelegt werden.

152 Vgl. Jäggi, N 108 zu Art. 3 ZGB; Deschenaux, S. 230; Piotet, SJZ 1968, S. 102 rechte Spalte oben; ferner z. B. Oser/Schönenberger, N 15 zu Art. 459 OR.

153 Weitere Beispiele bei Jäggi, N 111 zu Art. 3 ZGB; ferner Art. 406 OR.

154 Vgl. z. B. Gauch, Zweigbetrieb, Nr. 476.

155 Zu diesem Entscheid vgl. Gauch, Zweigbetrieb, S. 97 Anm. 183.

156 Vgl. z. B. den Fall in ZR 1930, S. 72. – Nicht immer aber besteht die Unaufmerksamkeit darin, zur Aufdeckung des Rechtsmangels erforderliche Nachforschungen unterlassen zu haben. So kann sie z. B. auch darin bestehen, einen unmittelbar (d. h. ohne Nachforschungen) erkennbaren Rechtsmangel nicht erkannt zu haben. Beispiel: Der Inhaber einer Autowerkstätte, A, weiss, dass das ihm wohlbekannte Auto seines Kunden B gestohlen wurde. A wird in der Folge das mit neuer Farbe versehene, sonst aber unveränderte Auto des B zum Kauf angeboten. Ohne Verdacht zu schöpfen, kauft A das Auto, obwohl er es ohne weiteres als dasjenige des B identifizieren müsste. A erwirbt ungeachtet seines guten Glaubens das Auto nicht zu Eigentum gemäss Art. 933 ZGB; seinem Erwerb steht entgegen, dass er den Rechtsmangel (fehlende Veräusserungsbefugnis des Verkäufers) unter den gegebenen Umständen (unmittelbar) erkennen müsste. Vgl. ferner Nr. 169.

157 Ausnahmeweise ist mehr vorzukehren, als ein Durchschnittsmensch vorkehren würde: ZR 1970, S. 241 rechte Spalte unten; 1938, Nr. 94, S. 198; Jäggi, N 125 zu Art. 3 ZGB; vgl. auch BGE 83 II 134.

- Es gibt *keine allgemeine Pflicht, nach Rechtsmängeln zu forschen* (BGE 100 II 14, 83 II 139, schon BGE 38 II 468¹⁵⁸): «Nur wer Grund zu Verdacht hat, muss sich erkundigen.»¹⁵⁹ Ein Verdachtsgrund kann allerdings «sehr rasch vorliegen» (Jäggi¹⁶⁰), so namentlich bei riskanten Geschäften (vgl. BGE 38 II 469)¹⁶¹.

Der Satz, dass keine allgemeine Erkundigungspflicht besteht, gilt nur mit *Einschränkungen* (Nr. 154–158):

- *Verkehrsübliche Erkundigungen* sind auch ohne Vorliegen besonderer Verdachtsgründe geboten¹⁶². Die Verkehrsübung bestimmt, welche Personenkreise die betreffenden Erkundigungen einzuziehen haben. So sind beispielsweise Bankiers und Börsenmakler – im Unterschied zu Privatpersonen – ohne weiteres gehalten, die amtlichen Bekanntmachungen über verlorene und entwendete Wertpapiere zu kennen¹⁶³.
- Selbstverständlich ist, «dass bei einer Urkunde der gesamte Text gelesen werden muss»¹⁶⁴.
- Für das *Grundbuch, das Handels- und das Güterrechtsregister* schliesst das Gesetz ausdrücklich (Art. 970 Abs. 3 ZGB; Art. 933 Abs. 1 OR) oder sinngemäss (Art. 249 ZGB, BGE 58 II 321) den Einwand, eine Eintragung nicht gekannt zu haben, aus. Daraus folgt für die Rechtsunterworfenen die Obliegenheit, die betreffenden Register einzusehen, und das auch ohne Vorliegen von Verdachtsgründen: Wer die Eintragungen nicht kennt, der lässt es an der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit fehlen¹⁶⁵.

¹⁵⁸ Ferner: BGE 70 II 105, 77 II 147, 80 II 243; ebenso die kantonale Rechtsprechung (z. B. SJZ 1957, Nr. 13) und die Lehre (z. B. Jäggi, N 128 zu Art. 3 ZGB; Deschenaux, S. 231; Stark, N 50 zu Art. 933 ZGB; Hinderling, SchwPR V/1, S. 479).

¹⁵⁹ Jäggi, N 128 zu Art. 3 ZGB.

¹⁶⁰ N 128 zu Art. 3 ZGB.

¹⁶¹ Wenn Hinderling (SchwPR V/1, S. 479) sagt, nur ein «ernstlicher Verdacht» sei abzuklären, so ist dies zu pauschal. Gerade bei riskanten Geschäften werden oft schon leichte Verdachtsmomente Abklärung verlangen, da sie – und das ist nach Art. 3 Abs. 2 ZGB entscheidend – bei einem Durchschnittsmenschen Abklärungen veranlassen würden.

¹⁶² Jäggi, N 128 zu Art. 3 ZGB.

¹⁶³ ZBJV 1947, S. 83; Jäggi, N 128 zu Art. 3 ZGB; ders., N 238 zu Art. 971/72 OR; vgl. auch Gmür, N 12a zu Art. 3 ZGB.

¹⁶⁴ Jäggi, N 128 zu Art. 3 ZGB.

¹⁶⁵ Vgl. Jäggi, N 145 zu Art. 3 ZGB; Deschenaux, S. 232; Gauch, Zweigbetrieb, Nr. 457, mit Bezug auf das Handelsregister. – Gemäss BGE 106 II 351 muss indes «vom Grundsatz, den Art. 933 Abs. 1 OR festsetzt, ... abgewichen werden, wenn Treu und Glauben dies gebieten. Die Nichteinsicht in das Handelsregister schadet dem Gutgläubigen namentlich dann nicht, wenn die Gegenpartei zum guten Glauben an eine vom Register eintrag abweichende Rechtslage Anlass gegeben hat (Jäggi, N 145 zu Art. 3 ZGB).» Ebenso im Ergebnis BGE 49 II 208 ff., 50 II 123 ff.; ZR 1930, S. 69 ff. Diese drei Entscheide sind in ihrer Begründung allerdings irreführend. So wird argumentiert, es sei stillschweigend eine vom Handelsregistereintrag abweichende Vollmacht erteilt worden (vgl. BGE 50 II 123, Rubrum: «stillschweigende Einräumung einer Einzelprokura»;

157 Beispiel: X, ein nicht vertretungsbefugtes Mitglied einer Kollektivgesellschaft, schliesst mit einem Dritten, A, einen Vertrag. A verlässt sich auf die Beteuerung des X, Vertretungsbefugnis zu haben, und unterlässt daher die Einsicht in das Handelsregister, aus dem die fehlende Vertretungsbefugnis des X hervorgeht. A kann keine Vertragsgültigkeit nach Art. 563 OR geltend machen: Zwar ist er im Sinne dieser Bestimmung gutgläubig, doch ist ihm wegen der Nichteinsicht in das Handelsregister die Berufung auf den guten Glauben verwehrt. Das folgt aus Art. 933 Abs. 1 OR und ergibt sich im übrigen schon aus Art. 563 OR, der den guten Glauben hinsichtlich einer fehlenden Vertretungsbefugnis ausdrücklich nur schützt, falls «das Handelsregister keine entgegenstehenden Eintragungen» enthält.

158 In *andere als die drei erwähnten Register* braucht nicht generell Einsicht genommen zu werden. Das gilt namentlich auch für das *Eigentumsvorbehaltsregister*¹⁶⁶. Wo freilich (wie in BGE 107 II 43 f.) besondere Verdachtsgründe vorliegen, ist die Einsichtnahme geboten (vgl. Nr. 152). Ebenso, wo die Einsichtnahme einer Verkehrsübung entspricht (vgl. Nr. 154); beispielsweise pflegt sich der seriöse¹⁶⁷ Gebrauchtwagenhändler vor dem Kauf eines Autos zu vergewissern, dass kein Eigentumsvorbehalt besteht¹⁶⁸; die Einsichtnahme in das Eigentumsvorbehaltsregister gehört daher für Gebrauchtwagenhändler zu der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit¹⁶⁹.

B. Kausalität zwischen ungenügender Aufmerksamkeit und gutem Glauben

159 1. Die Ausserachtlassung der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit muss für den guten Glauben kausal sein. Erforderlich ist ein im haftpflichtrechtlichen Sinne «natürlicher» Kausalzusammenhang; vorausgesetzt ist mithin, dass die Unaufmerksamkeit **conditio sine qua non** des guten Glaubens ist.

160 Beispiel: Ein Bankier erwirbt gestohlene Inhaberpapiere, ohne vorher festgestellt zu haben, ob die Papiere amtlich als gestohlen gemeldet sind. Diese Unterlas-

BGE 49 II 215; ZR 1930, S. 70 linke Spalte unten/rechte Spalte oben), was aber in keinem der Fälle zutraf; in Wirklichkeit haftete der Vertretene durchwegs aus einem von ihm erweckten Rechtsschein, d. h. weil er den Schein erweckt hatte, es bestehe eine vom Registereintrag abweichende Vertretungsmacht (so nun zutreffend BGE 106 II 351). – Um Missverständnisse zu vermeiden, bleibt nachzutragen: Die vorstehenden Ausführungen beziehen sich auf den Fall, da die wirkliche Rechtslage dem Registereintrag entspricht, hiervon jedoch ein abweichender (Rechts-)Schein besteht. Möglich ist jedoch auch, dass die wirkliche Rechtslage vom Registereintrag abweicht; alsdann ist es der Registereintrag, der einen falschen Rechtsschein erweckt. Dieser Fall stand vorstehend nicht zur Diskussion.

166 BGE 107 II 42; Jäggi, N 146 zu Art. 3 ZGB, mit weiteren Hinweisen.

167 Gemeint ist ein durchschnittlich-seriöser Gebrauchtwagenhändler: vgl. Nr. 146.

168 Jäggi, N 125 (Kleindruck) zu Art. 3 ZGB, mit Hinweis auf AGVE 1956, S. 46.

169 Nach BGE 107 II 43 sprechen für diese Auffassung «gute Gründe». In casu konnte jedoch offenbleiben, ob Gebrauchtwagenhändler das Eigentumsvorbehaltsregister generell einzusehen haben, da die Einsichtspflicht schon wegen Vorliegens besonderer Verdachtsgründe zu bejahen war.

sung begründet den Vorwurf ungenügender Aufmerksamkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB (Nr. 154). Ein gutgläubiger Eigentumserwerb nach Art. 935 ZGB ist deswegen jedoch nicht ohne weiteres ausgeschlossen. Vielmehr trifft dies nur dann zu, wenn die Papiere als gestohlen gemeldet waren, so dass die dem Bankier obliegenden Nachforschungen das fehlende Eigentum des Veräusserers (Rechtsmangel) zutage gefördert und damit den guten Glauben zerstört hätten.

2. Verschiedene Autoren wollen vom Kausalitätserfordernis absehen¹⁷⁰. «Nicht die Kausalität, sondern die Schuld» sei «das Entscheidende»¹⁷¹. Diese Auffassung mag de lege ferenda vorzuziehen sein; de lege lata ist sie abzulehnen – aus folgenden Gründen:

Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 ZGB bringt das Kausalitätserfordernis eindeutig, wenn auch in anfechtbarer Fassung, zum Ausdruck (Nr. 137). Nun ist freilich der Wortlaut nicht zum vornherein entscheidend; eine von diesem abweichende Auslegung setzt jedoch überzeugende Gründe voraus, die im vorliegenden Zusammenhang nicht gegeben sind. Deshalb nicht, weil es nach der ratio des Art. 3 Abs. 2 ZGB durchaus zulässig erscheint, nicht allein auf das Verschulden, sondern zusätzlich auf die Kausalität zwischen diesem und dem guten Glauben abzustellen. Die ratio des Art. 3 Abs. 2 ZGB besteht, wie erwähnt, darin, denjenigen vom Gutgläubenschutz auszuschliessen, dessen Berufung auf den guten Glauben gegen Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verstösst (Nr. 144). Unter diesem Gesichtspunkt macht es nun aber einen Unterschied, ob der gute Glaube auf dem (hier immer vorausgesetzten) Verschulden des Gutgläubigen beruht oder nicht; im ersteren Fall ist die Berufung auf den guten Glauben eher treuwidrig als im letzteren. Zuzugeben ist, dass kein zwingender sachlicher Grund besteht, dem fraglichen Unterschied rechtserhebliche Bedeutung beizumessen. Wenn dies jedoch Art. 3 Abs. 2 ZGB tut, so kann hierin keine unhaltbare Wertung gesehen werden. Damit ist aber auch festgestellt, dass die in Art. 3 Abs. 2 ZGB enthaltene Konkretisierung des Art. 2 ZGB nach dem Wortlaut jener Bestimmung vorzunehmen ist und jede abweichende Ansicht nicht zutreffend sein kann.

3. Anwendungsbereich

I. Art. 3 Abs. 2 ZGB ist – mit gewissen Vorbehalten (Nr. 165) – auf **materielle Gutgläubensvorschriften** ebenso anwendbar wie auf **formelle**; auf erstere zwar nur analog, was aber unter praktischem Gesichtspunkt nicht von Bedeutung ist.

¹⁷⁰ Reichel, Gutgläubigkeit, S. 191 f.; Piotet, SJZ 1968, S. 83 unten/84; wohl auch Hinderling, SchwPR V/1, S. 479. Nach diesem Autor wird der gute Glaube «zerstört, wenn die sich aufdrängende Abklärung nicht vorgenommen ... wird». Eine Ausnahme für den Fall, dass die Abklärung den Rechtsmangel nicht aufgedeckt hätte, sieht Hinderling nicht vor.

¹⁷¹ Reichel, Gutgläubigkeit, S. 192.

- 164 Dass Art. 3 Abs. 2 ZGB *unmittelbar* nur auf formelle Gutglaubensvorschriften zur Anwendung kommt, ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 ZGB: Dieser findet nach seinem eindeutigen Wortlaut unmittelbar nur auf formelle Gutglaubensvorschriften Anwendung; für Art. 3 Abs. 2 ZGB kann nichts anderes gelten.
- 165 2. Der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 ZGB ist **beschränkt**. Das folgt allerdings nicht aus der Bestimmung selbst. Hingegen gibt es, wie gesehen (Nr. 150), Gutglaubensvorschriften, die den Gutgläubigen schlechthin schützen und damit Art. 3 Abs. 2 ZGB unausgesprochen von der Anwendung ausschliessen¹⁷². Solche Bestimmungen bilden freilich die Ausnahme. Die meisten Gutglaubensvorschriften befassen sich überhaupt nicht mit der Frage, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen eine Berufung auf den guten Glauben ausgeschlossen ist. Andere Gutglaubensvorschriften beinhalten zwar eine einschlägige Regelung, ohne jedoch Art. 3 Abs. 2 ZGB von der Anwendung auszuschliessen; zwei Beispiele:
- 166 – Nach Art. 1006 Abs. 2 OR schadet dem Erwerber eines verlorenen Wechsels – anders als nach Art. 3 Abs. 2 ZGB – nicht jede Fahrlässigkeit, sondern nur «grobe» (Nr. 149). Ob jedoch überhaupt Fahrlässigkeit gegeben ist, bestimmt sich nach den Richtlinien des Art. 3 Abs. 2 ZGB. Es ist also zu prüfen, ob der Inhaber des Wechsels bei dessen Erwerb die «Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden» durfte (Art. 3 Abs. 2 ZGB), ausser acht gelassen hat.
- 167 – Der Dritte, der mit einem falsus procurator kontrahiert hat, kann keinen Schadenersatz nach Art. 39 OR verlangen, wenn er «den Mangel der Vollmacht kannte [also bösgläubig war] oder hätte kennen sollen». Ob letzteres zutrifft, bestimmt sich nach Art. 3 Abs. 2 ZGB: Der Dritte musste den Vollmachtsmangel dann kennen, wenn er die nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotene Aufmerksamkeit ausser acht liess und die Unaufmerksamkeit für die Unkenntnis des Vollmachts mangels kausal war. Das «Kennensollen» im Sinne des Art. 39 OR ist im Ergebnis schlicht als Verweis auf Art. 3 Abs. 2 ZGB zu sehen¹⁷³ (vgl. hinten Nr. 201, 380).
- 168 3. Nach seinem **Wortlaut** betrifft Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht alle Fälle, in denen der gute Glaube auf einem Verschulden des Gutgläubigen beruht; vielmehr wird nur *eine* Verschuldensform erfasst: der Mangel an *Aufmerksamkeit*. Bei wörtlicher Interpretation wäre die Bestimmung daher beispielsweise nicht anwendbar, wenn der Gutgläubige aus Bequemlichkeit (nicht wegen mangelnder Aufmerksamkeit) erforderliche Nachforschungen, die seinen guten Glauben zerstören würden, unterlässt. Eine wörtliche Interpretation ist indes abzulehnen. Richtigerweise ist Art. 3

¹⁷² Es sind immer besondere Gründe, die es (ausnahmsweise) rechtfertigen, auch den unaufmerksamen Gutgläubigen zu schützen (vgl. z. B. Jäggi, N 111 zu Art. 3 ZGB).

¹⁷³ So im Ergebnis auch Deschenaux, S. 222; Jäggi, N 105 zu Art. 3 ZGB.

Abs. 2 ZGB, soweit sich aus Gutgläubensvorschriften nichts anderes ergibt, überall anzuwenden, wo der gute Glaube auf einem Verhalten beruht, das einem «Durchschnittsmenschen» zum Vorwurf reichen würde (vgl. Nr. 146 ff.). Denn überall, wo ein Gutgläubiger nur deshalb gutgläubig ist, weil er einem Durchschnittsstandard nicht genügt, drängt es sich mit gleicher Dringlichkeit auf, die Berufung auf den guten Glauben auszuschliessen.

4. Nach **Jäggi**¹⁷⁴ und andern Vertretern der herrschenden Lehre¹⁷⁵ greift Art. 3 Abs. 2 ZGB insoweit nicht Platz, als guter Glaube trotz Kenntnis eines Rechtsmangels vorliegt¹⁷⁶. Eine im Ergebnis gleiche Auffassung hat das Bundesgericht bereits in BGE 57 II 253 ff. vertreten¹⁷⁷. Es bestätigte diese Rechtsprechung in BGE 95 II 221 ff., wogegen es in BGE 99 II 147 offenliess, ob Art. 3 Abs. 2 ZGB «nur dann anwendbar sei, wenn der gute Glaube auf der Unkenntnis eines Rechtsmangels beruht ... , oder ob diese Vorschrift ... auch dann gelte, wenn der gute Glaube» trotz Kenntnis des Rechtsmangels «zu bejahen ist». Nach der zutreffenden Ansicht *Piotets*¹⁷⁸ ist die Frage in letzterem Sinne zu entscheiden. Abzustellen ist wiederum auf einen Durchschnittsstandard; genügt der Gutgläubige diesem nicht, kann er sich nicht auf seinen guten Glauben berufen. Ob er eine durchschnittliche *Aufmerksamkeit* ausser acht gelassen oder den Durchschnittsstandard *in sonstiger Weise* nicht eingehalten hat, spielt keine Rolle (eben Nr. 168). Zur Illustration sei auf das in Anm. 91 gemachte Beispiel zurückgegriffen:

Der ausländische Arbeitnehmer, der entgegen einem Beschäftigungsverbot für Ausländer einen Arbeitsvertrag schliesst, ist trotz Kenntnis des Rechtsmangels (Fehlen der schweizerischen Nationalität) gutgläubig im Sinne von Art. 320 Abs. 3 OR, wenn er vom Beschäftigungsverbot keine Kenntnis noch einen einschlägigen Verdacht hat. Deshalb ist er aber nicht ohne weiteres schutzwürdig. Keinen Schutz verdient er dann, wenn ein durchschnittlicher Arbeitnehmer ausländischer Nationalität vom betreffenden Verbot Kenntnis oder wenigstens einen einschlägigen Verdacht hätte. In diesem Fall ist ihm die Berufung auf den guten Glauben gestützt auf Art. 3 Abs. 2 ZGB zu verwehren.

*Jäggi*¹⁷⁹ begründet seine Auffassung folgendermassen: Wo guter Glaube trotz Kenntnis eines Rechtsmangels zu bejahen ist, sei er keinesfalls durch einen Mangel an Aufmerksamkeit

¹⁷⁴ N 112 zu Art. 3 ZGB.

¹⁷⁵ Z. B. *Deschenaux*, S. 227.

¹⁷⁶ Anders aber *Schuler*, zit. in Anm. 91, S. 151, der zwar (in bezug auf Art. 320 Abs. 3 OR) den Gutgläubensbegriff der heute herrschenden Lehre übernimmt, jedoch den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht einschränkt.

¹⁷⁷ Wäre in diesem Entscheid (zum Sachverhalt siehe Anm. 77) Art. 3 Abs. 2 ZGB zur Anwendung gelangt, so hätte ein Anspruch des Klägers aus Art. 673 ZGB abgewiesen werden müssen. Denn es war, wie das Bundesgericht selbst festhält (S. 257), «unbedacht», dass der Kläger das Haus erstellte, «ohne zuvor einigermassen für die Abklärung des rechtlichen Schicksals des ... Hauses zu sorgen».

¹⁷⁸ JT 1970, S. 134 f.

¹⁷⁹ N 105 i. V. m. N 112 zu Art. 3 ZGB.

bedingt; wo aber der gute Glaube nicht auf einen Mangel an Aufmerksamkeit zurückgehe, komme Art. 3 Abs. 2 ZGB (entsprechend seinem Wortlaut) nicht zur Anwendung¹⁸⁰. Dieser Gedankenführung ist ein Zweifaches entgegenzuhalten: Einmal findet Art. 3 Abs. 2 ZGB m. E. entgegen seinem Wortlaut nicht nur in Fällen Anwendung, in denen der gute Glaube durch einen Mangel an Aufmerksamkeit verursacht ist (Nr. 168). Zum zweiten kann dem guten Glauben auch dann ein Mangel an Aufmerksamkeit zugrundeliegen, wenn er nicht auf Unkenntnis des Rechtsmangels beruht; im vorigen Beispiel träfe das etwa zu, wenn der Arbeitnehmer eine Broschüre, die einen Hinweis auf das Beschäftigungsverbot enthält, nicht sorgfältig gelesen und aus diesem Grund vom Verbot keine Kenntnis erlangt hat. Selbst bei wörtlicher Interpretation wäre daher Art. 3 Abs. 2 ZGB – entgegen *Jäggi* – nicht generell von der Anwendung ausgeschlossen, wenn der gute Glaube trotz Kenntnis eines Rechtsmangels zu bejahen ist.

IV. Der Beweis des guten Glaubens

- 171 Wer vom Beweis des guten Glaubens spricht, kann ein Zweifaches meinen: einmal die Beweisführungslast hinsichtlich der Tatsachen, die auf den guten Glauben schliessen lassen; sodann die Beweislast hinsichtlich dieser Tatsachen. Vorliegend ist nur das letztere gemeint. Die Beweisführungslast, die sich nach (meist kantonalen) Prozessrecht regelt, interessiert hier nicht weiter.
- 172 Im folgenden spreche ich vorerst 1. von Zweck und Funktion der Beweislast im allgemeinen, hierauf 2. von der Beweislast mit Bezug auf den guten Glauben im speziellen.

1. Von der Beweislast im allgemeinen

- 173 Die Frage der Beweislast wird nur bei Vorliegen einer bestimmten **Prozesssituation** relevant: Eine zwischen den Prozessparteien streitige¹⁸¹ Tatsache von tatbestandlicher Erheblichkeit bleibt beweislos¹⁸². Es ist daher ungewiss, ob ein tatbestandsmässiger Sachverhalt vorliegt oder nicht. Trotz dieser Ungewissheit hat der Richter zu entscheiden. Hierfür sind ihm Beweislastregeln in die Hand gegeben. Das sind nichts anderes als Anweisungen, beweislos gebliebene Tatsachen als bestehend oder nicht bestehend anzunehmen.
- 174 In der Rechtssprache ist oft von der Beweislast hinsichtlich eines Tatbestandsmerkmals (z. B. Verschulden, guter Glaube) die Rede¹⁸³. Das ist eine verkürzte
-
- 180 Diese Begründung wird freilich von *Jäggi* nicht klar ausgesprochen, doch ergibt sie sich eindeutig aus dem Kontext.
- 181 Im Bereiche der Untersuchungsmaxime kann sich die Beweislastfrage auch bei unbestrittenen Tatsachen stellen (*Kummer*, N 20 zu Art. 8 ZGB).
- 182 Keines Beweises bedürfen gerichtsnotorische Tatsachen; mit Bezug auf sie stellt sich die Beweislastfrage nicht (vgl. *Kummer*, N 95 zu Art. 8 ZGB).
- 183 Vgl. *Kummer*, N 97 zu Art. 8 ZGB.

Ausdrucksweise. Gemeint ist in Wirklichkeit nicht die Beweislast hinsichtlich eines *Tatbestandsmerkmals*, gemeint ist vielmehr die Beweislast mit Bezug auf *Tatsachen*, bei deren Beweislosigkeit das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals im ungewissen bleibt¹⁸⁴. Ist dies gegenwärtig, schadet es freilich nicht, von der Beweislast hinsichtlich eines Tatbestandsmerkmals zu sprechen. Im Gegenteil ist diese Ausdrucksweise, da sie die Darstellung einer Beweislastregelung erheblich erleichtert, von praktischem Nutzen; sie wird daher auch im Rahmen der vorliegenden Arbeit verwendet.

2. Die Vermutung des guten Glaubens nach Art. 3 Abs. 1 ZGB

Die Beweislast mit Bezug auf die Tatbestandsmerkmale der einzelnen Gutgläubensvorschriften richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen: Es gilt Art. 8 ZGB, soweit keine Sonderregeln Platz greifen. Die meisten dieser Sonderregeln sind in den Gutgläubensvorschriften mitbeinhaltet (vgl. z.B. Anm. 186). Für die praktisch bedeutsamste Sonderregel aber trifft dies gerade nicht zu; gemeint ist Art. 3 Abs. 1 ZGB, der den Beweis des guten Glaubens regelt. Art. 3 Abs. 1 ZGB gilt es nun näher darzustellen. 175

A. Art. 3 Abs. 1 ZGB: eine Beweislastregel

I. Art. 3 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass der gute Glaube zu vermuten ist. Dies besagt nichts anderes, als dass die **Beweislast** mit Bezug auf den guten Glauben **dem Gegeninteressenten obliegt**¹⁸⁵ (BGE 107 II 456). Praktische Bedeutung hat Art. 3 Abs. 1 ZGB nur, wo ohne diese Bestimmung der Gutgläubige (nicht der Gegeninteressent) beweispflichtig wäre. Das trifft weniger häufig zu, als gemeinhin angenommen wird: Einmal ist zu beachten, dass verschiedene Gutgläubensvorschriften die Beweislast mit Bezug auf den guten Glauben ausdrücklich dem Gegeninteressenten aufbürden (z. B. Art. 39 Abs. 1 OR¹⁸⁶). Dazu kommt, dass die Beweislast in 176

¹⁸⁴ Vgl. schon den Titel vor Nr. 171: «Beweis des guten Glaubens» ist eine Kurzform für den Beweis der Tatsachen, die auf den guten Glauben schliessen lassen.

¹⁸⁵ Z. B. Kummer, N 354 zu Art. 8 ZGB; Jäggi, N 92 zu Art. 3 ZGB; Deschenaux, S. 214 unten/215; Sten Bull NR 1906, S. 1037 linke Spalte unten; Gmür, N 1, 10 zu Art. 3 ZGB.

¹⁸⁶ Art. 39 Abs. 1 OR sieht vor, der Vertreter habe nachzuweisen, «dass der andere den Mangel der Vollmacht kannte oder [bei der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit] hätte kennen sollen». Dem Vertreter wird damit die Beweislast in dreifacher Hinsicht aufgebürdet: 1) Mit Bezug auf den guten Glauben des «andern». Das ergibt sich schon aus Art. 3 Abs. 1 ZGB, wird aber in Art. 39 Abs. 1 OR für einen Spezialfall wiederholt. – 2) Der Vertreter hat die Ausserachtlassung der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit zu beweisen: Ergibt das Beweisverfahren nicht schlüssig, dass die gebotene Aufmerksamkeit ausser acht gelassen wurde, so ist davon auszugehen, der «andere» sei aufmerksam genug gewesen. Das folgt im übrigen

vielen Fällen schon aufgrund der allgemeinen Beweislastregel des Art. 8 ZGB den Gegeninteressenten treffen würde; das ist namentlich dort der Fall, «wo das Gesetz den bösen Glauben als Ausnahmefall behandelt»¹⁸⁷, wie z. B. in den Art. 64 und 1006 Abs. 2 OR.

177 2. Art. 3 Abs. 1 ZGB hat *einzig* die Bedeutung einer Beweislastregel. Dies ist deshalb besonders hervorzuheben, weil der Gesetzeswortlaut den Eindruck erweckt, die Bestimmung enthalte eine Vermutung im üblichen Sinne. Das trifft nicht zu: Die Vermutung des guten Glaubens hat **mit einer «wirklichen» Vermutung nichts zu tun**. Die Bestrebungen *Jäggi*¹⁸⁸ und *Deschenaux*¹⁸⁹, die Gemeinsamkeiten der «Vermutung» des Art. 3 Abs. 1 ZGB mit einer normalen Vermutung herauszustreichen, wirken wohl eher verwirrend und stellen unnötigerweise den wissenschaftlichen Begriff der Vermutung in Frage.

178 Die beiden Autoren nehmen an, auch Art. 3 Abs. 1 ZGB habe eine Prämisse, obschon diese im Gesetzestext nicht erwähnt werde: sie bestehe «im Tatbestand der Regel, die es anzuwenden gilt» (*Deschenaux*), im «Grundtatbestand» (*Jäggi*). Demgegenüber ist festzuhalten, dass Art. 3 Abs. 1 ZGB keine Prämisse im üblichen Sinne aufweist. Der gute Glaube wird ja nicht nur «vermutet», wenn und sofern ein bestimmter «Grundtatbestand» (Prämisse) gegeben ist, vielmehr wird er «voraussetzungslos» (*Kummer*¹⁹⁰) «vermutet», unabhängig vom Vorliegen des Grundtatbestandes: Während der Richter bei einer normalen Vermutung das *factum probandum* erst bei bewiesener Prämisse annehmen darf, gilt dies bei Art. 3 Abs. 1 ZGB nicht; hier darf der gute Glaube als angebliches *factum probandum* schon vor dem Beweis des Grundtatbestandes als erwiesen erachtet werden, ja der Richter hat vom guten Glauben solange auszugehen, bis das Gegenteil bewiesen oder vom angeblich Gutgläubigen zugestanden wird¹⁹¹. Weil Art. 3 Abs. 1 ZGB letztlich keine wirkliche Prämisse hat, wirkt es auch gekünstelt zu sagen, es werde vom Grundtatbestand auf den guten Glauben geschlossen; dies ganz im Unterschied zur eigentlichen Vermutung, wo z. B. vom Vorliegen einer «Quittung für die Kapitalschuld» geschlossen wird, «dass auch die Zinse bezahlt seien» (Art. 89 OR).

179 3. Die Beweislastregel des Art. 3 Abs. 1 ZGB «greift nicht nur da Platz, wo das Gesetz speziell auf den guten Glauben hinweist, sondern überall, wo Rechtswirkun-

schon aus Art. 8 ZGB (hinten Nr. 180). – 3) Dem Vertreter obliegt schliesslich der Beweis, dass zwischen der Ausserachtlassung der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit und dem guten Glauben ein Kausalzusammenhang besteht.

187 *Jäggi*, N 98 a. E. zu Art. 3 ZGB.

188 N 98 zu Art. 3 ZGB.

189 S. 215.

190 N 354 zu Art. 8 ZGB.

191 Es scheint mir daher irreführend, wenn *Jäggi* in N 97 zu Art. 3 ZGB sagt: «Steht er (sc. der Grundtatbestand) fest, so hat der Richter den guten Glauben als gegeben anzunehmen ...»

gen an die Existenz der bona fides geknüpft sind»¹⁹². In den Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 ZGB fallen also nicht nur *formelle*, sondern auch *materielle Gutgläubensvorschriften*.

B. Wird auch die Anwendung der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit vermutet?

Ein Teil der Lehre nimmt an, nach Art. 3 Abs. 1 ZGB sei «nicht nur der gute Glaube zu vermuten, sondern auch noch die Anwendung der [nach Art. 3 Abs. 2 ZGB] gebotenen Aufmerksamkeit»¹⁹³. Das scheint mir unzutreffend. Art. 3 Abs. 1 ZGB bezieht sich nach seinem eindeutigen Wortlaut nur auf den guten Glauben, nicht auch auf dessen Berechtigung im Sinne des Art. 3 Abs. 2 ZGB. Für eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung besteht weder Raum noch Anlass. Anlass deshalb nicht, weil die Beweislastverteilung, wie sie sich bei Anwendung des Art. 3 Abs. 1 ZGB ergibt, schon aus der allgemeinen Beweislastregel des Art. 8 ZGB folgt: Welche Bestimmung man auch anwendet, immer trägt der Gegeninteressent die Beweislast mit Bezug auf die Berechtigung des guten Glaubens¹⁹⁴. Bei Anwendung des Art. 3 Abs. 1 ZGB versteht sich dies von selbst: Wird die Berechtigung des guten Glaubens vermutet, so besagt dies nichts anderes, als dass insoweit nicht der Gutgläubige, sondern der Gegeninteressent die Beweislast trägt (vgl. Nr. 176). Bei Anwendung des Art. 8 ZGB gelangt man aufgrund folgender Überlegung zum selben Ergebnis:

Die Beweislastfrage wird nur aktuell, wenn der Grundtatbestand (Nr. 24) einer Gutgläubensvorschrift erfüllt und auch der gute Glaube zu bejahen ist; alsdann ist der Gutgläubige geschützt, sofern er nicht die nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotene Aufmerksamkeit ausser acht gelassen hat. Die Tatsachen, welche diesen Vorwurf begründen sollen¹⁹⁵, sind solche, aus denen der Gegeninteressent im Sinne des Art. 8 ZGB «Rechte ableitet»¹⁹⁶; sie sind daher auch von ihm zu beweisen¹⁹⁷.

¹⁹² Gmür, N 8 zu Art. 3 ZGB.

¹⁹³ Jäggi, N 117 zu Art. 3 ZGB; Egger, N 11 zu Art. 3 ZGB; ebenso ein Teil der Rechtsprechung: BGE 70 II 106; ZR 1930, Nr. 120, S. 295 rechte Spalte.

¹⁹⁴ Einzelne Gutgläubensvorschriften halten dies noch speziell fest, so z. B. Art. 39 Abs. 1 OR (Anm. 186).

¹⁹⁵ Nur auf diese Tatsachen bezieht sich die Beweislastfrage, nicht hingegen darauf, ob die betreffenden Tatsachen den Schluss auf eine nach Art. 3 Abs. 2 ZGB relevante Unachtsamkeit zulassen. Ob dieser Schluss gezogen werden muss, ist eine (vom Bundesgericht überprüfbare: Deschenaux, S. 229 Anm. 40) Rechtsfrage, für deren Beantwortung dem Richter, auch wenn er Zweifel hat, keine Beweislastregelung zur Verfügung steht.

¹⁹⁶ Genauerhin handelt es sich um sog. rechtshindernde Tatsachen (dazu Kummer, N 164 ff. zu Art. 8 ZGB).

¹⁹⁷ Vgl. Deschenaux, S. 229.

V. Die maßgebende Zeit für das Vorliegen des guten Glaubens

- 181 1. Es gibt *keine allgemeine Vorschrift*, die (wie etwa Art. 3 Abs. 1 ZGB für den Beweis des guten Glaubens) bestimmt, wann der gute Glaube vorliegen muss, um geschützt zu werden. Massgeblich sind insoweit die einzelnen Gutglaubensvorschriften; in allgemeiner Hinsicht kann immerhin soviel bemerkt werden¹⁹⁸:
- 182 Nach einzelnen Bestimmungen muss der gute Glaube (nur) in einem bestimmten **Zeitpunkt** vorliegen, nach andern während einer gewissen **Zeitspanne** (z. B. bei der Ersitzung¹⁹⁹). Ersteres bildet die Regel. Im allgemeinen Schuldrecht ist sogar immer ein bestimmter Zeitpunkt entscheidend; z. B. derjenige des Vertragsabschlusses (Art. 18 Abs. 2, 26, 34 Abs. 3 OR usw.) oder der Bereicherungsentäusserung (Art. 64 OR).
- 183 Aus dem Wortlaut der Gutglaubensvorschriften lässt sich die massgebliche Zeit für das Vorliegen des guten Glaubens in vielen Fällen nicht ableiten. Der Wortlaut zahlreicher Bestimmungen gibt überhaupt keinen Anhaltspunkt (z. B. Art. 273 OR). Der Wortlaut anderer Bestimmungen enthält zwar einen einschlägigen Hinweis, doch ist dieser unzutreffend; das gilt z. B. für Art. 65 OR: Entscheidend ist nicht der Zeitpunkt des «Empfangs», wie der Wortlaut erwarten liesse, sondern derjenige der Verwendung (Nr. 567).
- 184 2. Ist der gute Glaube im massgebenden Zeitpunkt bzw. während der massgebenden Zeitspanne gegeben, so werden, wenn neben dem guten Glauben auch alle andern Voraussetzungen einer Gutglaubensvorschrift erfüllt sind, die Rechtsmangelfolgen aufgehoben oder abgeschwächt (Nr. 113ff.). Und dabei bleibt es auch dann, wenn der Gutgläubige nachträglich bösgläubig wird: **mala fides superveniens non nocet**²⁰⁰ (z. B. BGE 105 IV 305)²⁰¹. Eine scheinbare Ausnahme macht Art. 273 Abs. 2 OR. Diese Bestimmung erweckt vom Wortlaut her den Eindruck, das bereits bestehende Retentionsrecht falle wieder dahin, wenn der Vermieter nach dessen Entstehung vom Rechtsmangel (dem Dritteigentum) erfährt. Die Auslegung von Art. 273 ergibt jedoch, dass dem nicht so ist: Die mala fides superveniens schliesst nur die Begründung eines Retentionsrechtes für die Zeit nach dem «nächsten offenen Ziel» aus; das bestehende Retentionsrecht lässt sie hingegen unberührt²⁰².

¹⁹⁸ Vgl. zum Folgenden auch Jäggi, N 131ff. zu Art. 3 ZGB, mit Hinweisen auf weitere Literatur und Rechtsprechung.

¹⁹⁹ Das gilt für die Ersitzung an Fahrnis (Art. 728 ZGB) und die ordentliche Ersitzung an Grundeigentum (Art. 661 ZGB). Die ausserordentliche Ersitzung an Grundeigentum setzt überhaupt keinen guten Glauben voraus (Anm. 9); die im Text diskutierte Frage stellt sich damit gar nicht.

²⁰⁰ Die Parömie ist an sich ungenau: Jäggi, N 132 zu Art. 3 ZGB.

²⁰¹ Das ist auch die Auffassung der Lehre; statt vieler: Jäggi, N 133 zu Art. 3 ZGB.

²⁰² Z. B. Oser/Schönenberger, N 9 zu Art. 273 OR.

Zweiter Teil

DIE GUTGLAUBENSVORSCHRIFTEN DES ALLGEMEINEN SCHULDRECHTS

In diesem zweiten Teil der Arbeit behandle ich die Gutgläubensvorschriften des allgemeinen Schuldrechts. Die Darstellung der einzelnen Bestimmungen richtet sich grundsätzlich nach ihrer gesetzlichen Reihenfolge; Ausnahmen sind in zweierlei Hinsicht angebracht: Einmal erfolgt die Auslegung des Art. 18 Abs. 2 OR, da zum Zessionsrecht gehörend, nicht gleich am Anfang, sondern erst im Rahmen des abtretungsrechtlichen Gutgläubensschutzes. Zum zweiten befasse ich mich mit dem Gutgläubensschutz im Stellvertretungsrecht (Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3, 36 Abs. 2, 37, 39 OR) vor dem Gutgläubensschutz bei Willensmängeln (Art. 26, 28 Abs. 2, 29 Abs. 2 OR); dies deshalb, weil das Stellvertretungsrecht im Bereiche des allgemeinen Schuldrechts den umfassendsten Gutgläubensschutz aufweist und sich daher in besonderer Weise dazu anbietet, die im ersten Teil behandelten allgemeinen Lehren des Gutgläubensschutzes zu vertiefen. 185

1. Kapitel

Gutgläubensschutz im Stellvertretungsrecht

Das (allgemeine oder bürgerliche) Vertretungsrecht enthält **fünf Gutgläubensvorschriften**: Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3, 36 Abs. 2, 37 und 39 OR. Alle diese Bestimmungen **regeln den folgenden Fall**: Jemand (der *Vertreter*) schliesst im Namen eines andern (des *Vertretenen*) mit einem *Dritten* einen Schuldvertrag²⁰³, ohne hierzu die erforderliche Vertretungsmacht²⁰⁴ zu haben. Die fehlende Vertretungsmacht (Rechtsmangel) hindert grundsätzlich den Eintritt der Vertretungswirkung: Der Vertretene wird durch den Vertrag nicht gebunden²⁰⁵. Zum Schutz des gutgläubi- 186

²⁰³ Die Art. 32 ff. OR gelten unmittelbar nur für den Abschluss von Schuldverträgen, doch finden sie auf andere Rechtshandlungen unter Umständen sinngemässe Anwendung (v. *Tuhr/Peter*, S. 351); wieweit eine Analogie zulässig ist, gehört zu den allgemeinen Problemen des Vertretungsrechts und soll vorliegend nicht weiter geprüft werden.

²⁰⁴ Die Vertretungsmacht wird hier als *Vertretungsbefugnis* verstanden. Von der so verstandenen Vertretungsmacht zu unterscheiden ist die «Macht», ohne Vertretungsbefugnis Vertretungswirkungen (z.B. nach Art. 33 Abs. 3 OR) herbeizuführen; eine solche «Macht» wird im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht als Vertretungsmacht bezeichnet (vgl. Nr. 215). – Umstritten ist, ob die als Befugnis verstandene Vertretungsmacht ein (subjektives) Recht darstellt oder eine andere «Rechtsfigur» (*Schönenberger/Jäggi*, Vorbem. vor Art. 1 OR, N 83). Diese Frage interessiert hier nicht weiter (vgl. dazu *Schönenberger/Jäggi*, a.a.O., und *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 959).

²⁰⁵ Es liegt ein sog. einseitig unverbindlicher Vertrag vor: *Nicht gebunden* ist der Vertretene; die Handlung des Vertreters wirkt weder für noch gegen ihn. Doch kann er die

gen Dritten sieht das Gesetz drei Ausnahmen vor: Nach Massgabe der Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3 und 37 OR tritt die Vertretungswirkung trotz fehlender Vertretungsmacht ein²⁰⁶. Weniger weit gehen die Art. 36 Abs. 2 und 39 OR. Diese sehen zwar nicht die Vertretungswirkung vor, unter gewissen Voraussetzungen aber immerhin Schadenersatzansprüche zugunsten des gutgläubigen Dritten.

- 187 Die vertretungsrechtlichen Gutglaubensvorschriften weisen tatbeständliche Gemeinsamkeiten auf. Mit diesen befasste ich mich gleich nachstehend I.; danach gehe ich II.–IV. zur gesonderten Behandlung der einzelnen Bestimmungen über.

I. Tatbeständliche Gemeinsamkeiten der vertretungsrechtlichen Gutglaubensvorschriften

I. Allgemeine Vertretungsvoraussetzungen

- 188 Die Gutglaubensvorschriften des Stellvertretungsrechts sind darauf gerichtet, die mit dem Fehlen der Vertretungsmacht verbundenen Rechtsnachteile zu beseitigen oder wenigstens einzuschränken. Andere Mängel des Vertretergeschäfts vermögen sie weder zu beseitigen noch in ihren Auswirkungen abzuschwächen²⁰⁷. Dementsprechend greifen sie zum vornherein nur ein, wenn abgesehen vom Erfordernis der Vertretungsmacht die allgemeinen Voraussetzungen der Vertretungswirkung vorliegen²⁰⁸ (vgl. Nr. 126). Diese Voraussetzungen sind²⁰⁹:

Handlung des Vertreters genehmigen und dadurch die Vertretungswirkung (nachträglich) herbeiführen (Art. 38 OR). *Gebunden* ist der Dritte, und zwar in dem Sinne, «dass er sich die Genehmigung durch den Vertretenen gefallen lassen muss» (*Gauch/Schlupe/Jäggi*, Nr. 1020). Der Dritte wird frei, sobald der Vertretene die Genehmigung ablehnt; der Ablehnung der Genehmigung steht die Nichtgenehmigung innert einer vom Dritten gesetzten Frist gleich (Art. 38 Abs. 2 OR). Erfolgt die Genehmigung, so sind der Vertretene und der Dritte gebunden, wie wenn der Vertreter mit Vollmacht gehandelt hätte.

- 206 Gemeint ist: Die Vertretungswirkung tritt schon mit Vertragsabschluss ein, nicht erst im Zeitpunkt einer allfälligen Genehmigung.

- 207 Das wird gelegentlich verkannt, so z. B. von *Fikentscher*, AcP 1954, S. 13ff., mit Bezug auf das deutsche Recht (vgl. *Canaris*, S. 45).

- 208 Fehlt neben der Vertretungsmacht noch eine weitere allgemeine Vertretungsvoraussetzung, so erübrigt sich die Prüfung der Frage, ob ein Gutglaubensschutztatbestand gegeben ist. Steht z. B. fest, dass der Vertreter (wie dies im Entscheid Sem 1954, S. 308ff., der Fall war) nicht in fremdem Namen handelte, so ist der Tatbestand des Art. 33 Abs. 3 OR zum vornherein nicht gegeben, weshalb die (im erwähnten Entscheid vorgenommene) Prüfung, ob eine Vollmachtskundgabe im Sinne dieser Bestimmung vorliegt, überflüssig ist. (Im fraglichen Entscheid untersuchte man formell die Frage, ob eine Vollmacht gemäss Art. 32 OR vorliege; in der Sache wurde indes das Vorliegen einer Vollmachtskundgabe i. S. von Art. 33 Abs. 3 OR geprüft.)

- 209 Ich beschränke mich darauf, die betreffenden Voraussetzungen in ihren Grundzügen darzustellen. Für Einzelheiten ist die allgemeine vertretungsrechtliche Literatur heranzuziehen.

1. Der Vertreter muss **urteilsfähig** und damit mindestens beschränkt handlungsfähig sein: Ein Urteilsunfähiger kann durch eigenes Handeln (unter Vorbehalt hier nicht interessierender Ausnahmen²¹⁰) keine Rechtswirkungen herbeiführen, weder für sich noch für andere (Art. 18 ZGB). Voll handlungsfähig braucht der Vertreter hingegen nicht zu sein. Dies versteht sich von selbst, sofern sein gesetzlicher Vertreter eine entsprechende Zustimmung gegeben hat. Aber auch wenn eine solche fehlt, können entmündigte oder unmündige Urteilsfähige rechtswirksam als Vertreter auftreten, da sie durch das Vertretergeschäft nicht betroffen werden und somit des Schutzes von Art. 19 Abs. 1 ZGB nicht bedürfen²¹¹. «Gegen diese Auffassung spricht auch nicht etwa Art. 35 [OR], wonach die Vollmacht mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit erlischt. Diese Bestimmung besagt nur, dass dann, wenn der Bevollmächtigte bei Erteilung der Vollmacht handlungsfähig war und nachher die Handlungsfähigkeit verlor, die Vollmacht erlischt, weil damit eine Eigenschaft des Vertreters, auf die im Verkehr geachtet wird, trotzdem sie nicht unumgänglich notwendig ist, in Wegfall kommt.»²¹²

2. Die vom Vertreter vorgenommene Rechtshandlung darf **nicht vertretungsfeindlich** sein. Vertretungsfeindlich sind Handlungen, für die das Gesetz eine Vertretung ausschliesst, wie dies z. B. für den Abschluss eines Erbvertrags zutrifft (Art. 512 ZGB).

3. Der Vertreter muss dem Dritten gegenüber **in fremdem Namen handeln**²¹³,

²¹⁰ Der Urteilsunfähige kann durch sein Handeln namentlich Schadenersatzpflichten begründen, sei es in seiner eigenen Person (z. B. Art. 54 OR), sei es in andern (z. B. im «Familienhaupt» gemäss Art. 333 ZGB).

²¹¹ Das ist die herrschende Auffassung: z. B. *Bucher*, N 327 und 331 f. zu Art. 19 ZGB; *Oser/Schönenberger*, N 29 zu Art. 32 OR; *Engel*, S. 272; v. *Tuhr/Peter*, S. 391; *Schärer H.*, Die Vertretung der Aktiengesellschaft durch ihre Organe, Diss. Fribourg 1981, S. 13 f., mit weiteren Nachweisen; kritisch: *Guhl/Merz/Kummer*, S. 157.

²¹² *Becker*, N 4 zu Art. 32 OR.

²¹³ Eine Ausnahme beinhaltet Art. 32 Abs. 2 OR a. E. Die Bestimmung regelt folgenden Fall: Der Vertreter hat den Vertretungswillen (BGE 88 II 357 E. 1/e), dies kommt aber in seinem Verhalten nicht zum Ausdruck. Der Dritte glaubt dementsprechend, der Vertreter handle in eigenem Namen; es ist ihm indes «gleichgültig . . ., mit wem er den Vertrag schliesse» (Art. 32 Abs. 2 OR a. E.). Der Vertrag kommt mit dem Vertretenen zustande, falls der Vertreter Vertretungsmacht hat. Fehlt ihm diese, so kommt der Vertrag mit dem Vertreter zustande, der Vertrag ist allerdings wegen Erklärungsirrtums des Vertreters einseitig unverbindlich. Für eine Vertretungswirkung nach Art. 33 Abs. 3 OR oder 34 Abs. 3 OR i. V. m. Art. 32 Abs. 2 OR bleibt kein Raum; denn sowohl Art. 33 Abs. 3 OR als auch Art. 34 Abs. 3 OR setzen voraus, dass der Dritte darauf vertraut, der Vertreter handle in fremdem Namen (Nr. 197), was beim Tatbestand des Art. 32 Abs. 2 OR voraussetzungsgemäss nie zutrifft. Auch in Verbindung mit Art. 36 Abs. 2, 37 oder 39 OR kommt Art. 32 Abs. 2 OR, soweit er vorliegend zur Diskussion steht, nicht zur Anwendung; denn auch jene drei Bestimmungen setzen voraus, dass der Dritte glaubt, der Vertreter handle in fremdem Namen (Nr. 197). – Zum Tatbestand des Art. 32 Abs. 2 OR siehe vor allem *Droin*, ZSR 1969, 1. Halbband, S. 449 ff.

d. h. er muss erklären, er handle mit Wirkung für einen andern, nicht für sich²¹⁴. Ob dies zutrifft, entscheidet sich nach den allgemeinen Regeln, die Lehre und Rechtsprechung zur Auslegung empfangsbedürftiger Erklärungen entwickelt haben²¹⁵. Ein Handeln in fremdem Namen ist demnach in drei Fällen zu bejahen: Einmal, wenn der Vertreter den Vertretungswillen hat und der Dritte dies erkennt. Zum zweiten, wenn der Vertreter keinen Vertretungswillen hat, der Dritte jedoch nach Treu und Glauben auf dessen Vorhandensein schliessen darf und auch tatsächlich schliesst²¹⁶.²¹⁷ Zum dritten, wenn der Vertreter den Vertretungswillen hat und

²¹⁴ Handeln in fremdem und Handeln in eigenem Namen sind zwar begrifflich klar trennbar, im konkreten Einzelfall aber oft nur schwierig zu unterscheiden. Vgl. z. B. Reichel, SJZ 1919/20, S. 113 ff.

²¹⁵ Ebenso für das deutsche Recht: Larenz, BGB A.T., S. 588 Anm. 58, mit Hinweis auf BGHZ 36, S. 33. Abweichend z. T. die Auffassung in der Schweiz (Anm. 216).

²¹⁶ Im Ergebnis ebenso die herrschende Lehre: z. B. Bucher, S. 564. Dieser Autor macht zwar die Vertretungswirkung vom Vertretungswillen abhängig, doch soll «das Auftreten nach aussen nach dem Vertrauensprinzip als verbindlicher Ausdruck dieses Willens» gelten. Das besagt nicht anderes, als dass es auf einen (inneren) Vertretungswillen gar nicht ankommt, wenn der Dritte nach Vertrauensprinzip auf das Vorliegen dieses Willens schliesst und schliessen darf. Ähnlich wie Bucher z. B. auch Schärer, zit. in Anm. 211, S. 14, und einzelne kantonale Gerichtsentscheide (z. B. Entscheidungen des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, 10. Bd., 1949–1952, S. 13). Demgegenüber scheint das Bundesgericht den inneren Vertretungswillen schlechthin zu verlangen: BGE 88 II 193, 88 II 357, v. a. 100 II 211. Indes ist zu beachten, dass in den konkreten vom Gericht beurteilten Fällen nicht zu entscheiden war, ob es selbst dann auf den inneren Vertretungswillen ankommt, wenn der Dritte nach Treu und Glauben auf dessen Vorliegen schliessen muss und auch tatsächlich schliesst; denn in all den beurteilten Fällen lag nach dem objektiven Sinn des Vertreterverhaltens ein Handeln in eigenem Namen vor. Es scheint mir daher zweifelhaft, ob man den besagten Entscheiden die Ansicht entnehmen darf, das Bundesgericht verlange unter allen Umständen den Vertretungswillen (so Gauch/Schluép/Jäggi, Nr. 974, in bezug auf die zwei zuletzt erwähnten Bundesgerichtsentscheide). – In Deutschland ist «noch nie ernstlich vertreten worden, dass eine wirksame Stellvertretung notwendigerweise einen Stellvertretungswillen des in fremdem Namen Handelnden voraussetzt» (Diederichsen U., Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, BGB A.T., 3. Aufl., Karlsruhe 1973, S. 124).

²¹⁷ Der Vertreter befindet sich diesfalls in einem Erklärungsirrtum. Ob dieser erheblich ist, hängt namentlich davon ab, ob der Vertreter Vertretungsmacht hat oder nicht. Im ersteren Fall tritt die Vertretungswirkung ein, falls neben Vertretungsmacht und Handeln in fremdem Namen auch die in Nr. 89 f. erwähnten Voraussetzungen (Urteilsfähigkeit des Vertreters, Vertretungsfreundlichkeit der Vertreterhandlung) erfüllt sind. Am Nichteintritt der Vertretungswirkung hat der Vertreter diesfalls regelmässig kein rechts-erhebliches Interesse (vgl. BGH LM § 161 BGB Nr. 5 [Ls.]; Lüderitz, JuS 1976, S. 765), der Erklärungsirrtum ist daher unwesentlich. Anders im Falle, da dem Vertreter die Vertretungsmacht abgeht: Tritt die Vertretungswirkung (z. B. nach Art. 33 Abs. 3 OR) ein, so muss der Vertreter mit einer Schadenersatzklage des Vertretenen rechnen. Um sich diesem Anspruch entziehen zu können, wird man dem Vertreter regelmässig die Möglichkeit geben müssen, durch Berufung auf den Erklärungsirrtum die Vertretungswirkung auszuschliessen. Der Vertreter wird diesfalls freilich unter den Voraussetzungen von Art. 26 OR dem Dritten schadenersatzpflichtig.

der Dritte dies zwar nicht erkennt, aber doch nach Treu und Glauben erkennen müsste²¹⁸. Dieser letztere Fall ist allerdings im Anwendungsbereich der vertretungsrechtlichen Gutgläubensvorschriften bedeutungslos (Nr. 197).

Die Erklärung, in fremdem Namen zu handeln, kann *ausdrücklich oder stillschweigend* erfolgen. Ersteres trifft z.B. zu, wenn sich der Vertreter beim mündlichen Vertragsabschluss «als Reisender der Firma X» ausgibt²¹⁹. Stillschweigend zum Ausdruck gebracht wird ein Vertretungsverhältnis beispielsweise durch die Verkäuferin im Ladengeschäft: Durch den Ort und die Art ihrer Tätigkeit wird für Dritte erkenntlich, dass sie nicht für sich, sondern für den Geschäftsinhaber handeln will²²⁰.

Das Handeln in fremdem Namen setzt nicht voraus, dass der Vertreter den Vertretenen bezeichnet. Es genügt vielmehr das sog. «*Handeln für wen es angeht*». Ja es ist nicht einmal nötig, dass der Vertretene im Zeitpunkt der Vertretungshandlung feststeht (BGE 60 II 497 ff.). Doch muss in diesem Fall der Vertreter später die Angabe des Vertretenen nachholen.

Vom Handeln in fremdem Namen zu **unterscheiden** ist das sog. **Handeln unter fremdem Namen**. Darunter versteht man den Fall, «dass sich jemand beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts den Namen einer bestimmten anderen (existierenden) Person zulegt und den Eindruck erweckt, diese andere Person zu sein ... Der Handelnde erklärt hier nicht, er handle für den von ihm vertretenen Namensträger, sondern er erklärt, er handle für sich selbst (in eigenem Namen) ...»²²¹ Beim Handeln unter fremdem Namen fehlt es mithin an einer Voraussetzung der Vertretungswirkung; dementsprechend bleibt für eine Anwendung der vertretungsrechtlichen Gutgläubensvorschriften kein Raum (Nr. 188)²²². Dasselbe gilt für folgenden, dem Handeln unter fremdem Namen verwandten Fall: Jemand (ich nenne ihn auch Vertreter) will mit Wirkung für sich kontrahieren. Der Dritte erkennt dies auch und geht dementsprechend von einem Eigengeschäft des Vertreters aus. Zum Vertrags-

²¹⁸ Es liegt der Fall eines sog. Missverständnisses vor. Dazu *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 625f., mit weiteren Hinweisen.

²¹⁹ Beispiel bei *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 969.

²²⁰ Hinterlegt jemand bei einer Bank Vermögenswerte, die ersichtlich einem Dritten gehören, so ist dieser Umstand nicht ohne weiteres als Indiz dafür zu werten, dass die Vermögenswerte im Namen des Dritten hinterlegt werden sollen (BGE 100 II 211 ff., wo Handeln in eigenem Namen angenommen wurde).

²²¹ *Larenz*, BGB A.T., S. 592. Zum Handeln unter fremdem Namen vgl. *v. Tuhr/Peter*, S. 386 Anm. 4, mit weiteren Hinweisen; ferner z.B. *Diederichsen*, zit. in Anm. 216, S. 119ff.; *Löwisch M.*, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., München 1977, S. 29 (Fall 20/2), 30 (Fall 21/2); *Welser R.*, Vertretung ohne Vollmacht, Wien 1970, S. 257ff.; *Larenz*, a.a.O., S. 592f., mit weiteren Nachweisen in Anm. 2.

²²² Gebraucht der Vertreter zwar einen fremden Namen, ergibt sich aber aus den Umständen, dass er nicht für sich, sondern für den Träger des fremden Namens handeln will, so liegt Handeln *in* (nicht unter) fremdem Namen vor. Beispiel: Eine Ehefrau unterzeichnet einen Vertrag mit dem Namen ihres Mannes, wobei dem Dritten nach dem Laufe der Vertragsverhandlungen klar ist, dass die Frau mit Wirkung für ihren Mann handeln will. Vgl. den Fall Sem 1946, S. 267ff.

abschluss hat er sich jedoch nur durch den Umstand bewegen lassen, dass der Vertreter den Eindruck erweckte, gewisse Eigenschaften zu haben, die in Wirklichkeit ein anderer aufweist. Diese Irreführung ändert nichts daran, dass ein Eigengeschäft des Vertreters vorliegt, was eine Anwendung der vertretungsrechtlichen Gutglaubensvorschriften ausschliesst²²³.

- 195 Beispiel: Handwerker A schliesst mit B einen Werkvertrag zur Ausführung von Reparaturarbeiten an einem Gasthaus. Beide Parteien nehmen übereinstimmend ein Eigengeschäft des B an. A hat den Vertrag in der von B hervorgerufenen Annahme geschlossen, B sei Geschäftsinhaber, während in Wirklichkeit C Geschäftsinhaber ist. Dieser Umstand ändert nichts daran, dass B in eigenem Namen handelte. In C tritt daher keine Vertretungswirkung ein: weder nach Art. 32 OR, wenn B Vertretungsmacht hatte, noch nach Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3 oder 37 OR, wenn die Vertretungsmacht fehlte²²⁴.²²⁵ In diesem letztern Fall fehlt es, da B in eigenem Namen handelte, auch an der Grundlage für Schadenersatzansprüche nach Art. 36 Abs. 2 oder 39 OR²²⁶.

2. Vertrauen, der Vertreter handle in fremdem Namen und mit Vollmacht

- 196 Damit das Fehlen der Vertretungsmacht die ihm eigenen Rechtsnachteile nicht oder nur in abgeschwächter Form hervorbringt, müssen neben den erwähnten allgemeinen Vertretungsvoraussetzungen zusätzliche Voraussetzungen gegeben sein, die im Falle der Vertretung mit Vertretungsmacht nicht erfüllt zu sein brauchen. Die einzelnen Gutglaubensschutztatbestände unterscheiden sich hinsichtlich dieser zusätzlichen Voraussetzungen beträchtlich, doch verbindet alle Tatbestände ein **gemeinsamer Rechtsgedanke**: Schutz verdient nur ein Dritter, der darauf vertraut, die Vertretungswirkung trete ohne weiteres mit Vertragsabschluss ein. Auf diesem Gedanken beruhen zwei den vertretungsrechtlichen Gutglaubensvorschriften gemeinsame Tatbestandsmerkmale: Der Dritte muss darauf vertrauen, der Vertreter handle in fremdem Namen (dazu A), und weiter muss er darauf vertrauen, der Vertreter handle mit Vollmacht (dazu B):

A. Vertrauen, der Vertreter handle in fremdem Namen

- 197 Handelt der Vertreter *mit* Vertretungsmacht, tritt die Vertretungswirkung unter Umständen ein, auch wenn der Dritte an ein Eigengeschäft des Vertreters glaubt; das trifft zu, wenn der Vertreter den Vertretungswillen hat und objektiv gesehen in

²²³ Vgl. ZR 1913, S. 112.

²²⁴ Vgl. demgegenüber das OLG Celle in NJW 1963, S. 1253f., in bezug auf das deutsche Recht. Zur ganzen Problematik vgl. auch Lorenz, NJW 1970, S. 1277 (Auseinandersetzung mit einem Entscheid des OLG Bremen), mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

²²⁵ Statt mit C kommt der Vertrag mit B zustande. Vorbehalten bleibt aber die Berufung des A auf Grundlagenirrtum (Art. 24 Ziff. 4 OR) oder Täuschung (Art. 28 OR).

²²⁶ B kann aber aus c.i.c. haftbar werden.

fremdem Namen handelt²²⁷. In einem solchen Fall tritt die Vertretungswirkung im Interesse des *Vertreters*, der nicht für sich, sondern den Vertretenen handeln will, ein. Handelt der Vertreter *ohne* Vertretungsmacht, so hat er kein Interesse am Eintritt der Vertretungswirkung; tritt nämlich diese entgegen dem Willen des Vertretenen ein, so muss er damit rechnen, von jenem auf Schadenersatz belangt zu werden. Der Eintritt der Vertretungswirkung rechtfertigt sich daher bestenfalls im Interesse des Dritten. Dieser aber verdient zum vornherein nur Schutz, wenn er bei Vertragsabschluss auf den Eintritt der Vertretungswirkung vertraut; glaubt er an ein Eigengeschäft des Vertreters, kann er sich nicht beklagen, wenn die Vertretungswirkung ausbleibt. Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3 und 37 OR setzen daher alle voraus, dass der Dritte darauf vertraut, der Vertreter handle in fremdem Namen. Dasselbe gilt auch für die Art. 36 Abs. 2 und 39 OR: Diese Bestimmungen richten sich grundsätzlich auf Ersatz des Schadens, der dem Dritten aus dem Nichteintritt der Vertretungswirkung entsteht (vgl. Art. 39 Abs. 1 OR: «aus dem Dahinfall des Vertrages erwachsenen Schadens»). Solcher Schaden (sog. negatives Vertragsinteresse) kann dem Dritten nur dann entstehen, wenn er auf den Eintritt der Vertretungswirkung, mithin darauf vertraut, der Vertreter handle in fremdem Namen.

B. Vertrauen, der Vertreter handle mit Vollmacht (Erfordernis der Gutgläubigkeit)

1. Der Dritte muss gutgläubig sein. Das heisst: Er muss darauf *vertrauen*, der Vertreter habe Vollmacht²²⁸ und der Vertrag komme daher ohne weiteres mit Vertragsabschluss im Vertretenen zustande (und nicht erst nach einer allfälligen Genehmigung durch diesen). Solches Vertrauen fehlt in zwei Fällen (vgl. Nr. 198): Einmal, wenn der Dritte um das Fehlen der Vollmacht *weiss*; sodann, wenn er am Vorliegen der Vollmacht *zweifelt* – wenn er den Vollmachtsbestand für fraglich hält. In diesem letztern Fall ist dem Dritten zuzumuten, sich nach der Vollmacht zu erkundigen oder aber vom Geschäft abzusehen; geht er nicht so vor, kann er sich nicht beklagen, wenn die Vertretungswirkung ausbleibt²²⁹.

²²⁷ Ich unterstelle, dass neben dem Handeln in fremdem Namen auch alle weiteren allgemeinen Vertretungsvoraussetzungen (Nr. 189f.) erfüllt sind.

²²⁸ Die vertretungsrechtlichen Gutgläubensvorschriften setzen in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich voraus, dass der Dritte auf das Vorliegen von *Vollmacht* vertraut. Analog können die Vorschriften unter Umständen aber auch zur Anwendung kommen, wenn der Dritte vom Vorliegen einer *andern Vertretungsmacht* ausgeht. Wenn sich beispielsweise jemand als Organ einer juristischen Person ausgibt und der Dritte daher eine Organvollmacht annimmt und in dieser Meinung kontrahiert, so findet Art. 39 OR analoge Anwendung, falls das angebliche Organ keine Vertretungsmacht hat (Nr. 386).

²²⁹ In der Lehre wird der von Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3, 36 Abs. 2, 37 und 39 OR vorausgesetzte gute Glaube grossenteils nicht als Vertrauen auf den Vollmachtsbestand, sondern als Nichtkenntnis des Vollmachtsmangels aufgefasst (vgl. die Nachweise bei Behandlung der einzelnen Gutgläubensvorschriften, z. B. Anm. 349). Welcher der bei-

- 199 **Interessant** ist im vorliegenden Zusammenhang ein Blick auf das **deutsche Recht**. Hier sieht § 173 BGB vor, dass die §§ 170–172 BGB «keine Anwendung» finden, wenn der Dritte das Fehlen der Vertretungsmacht²³⁰ «bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muss». Wer zweifelt, hat noch keine Kenntnis (Nr. 100). Nach dem Wortlaut des § 173 BGB zu schliessen, schaden mithin Zweifel am Vorliegen der Vertretungsmacht nicht ohne weiteres, sondern nur dann, wenn sie den Vorwurf des Kennenmüssens begründen. Eine nicht unbedeutende Lehrmeinung²³¹ vertritt jedoch den gegenteiligen Standpunkt. So beispielsweise *Flume*²³², der schreibt, der Kenntnis stehe der Fall gleich, «dass das Bestehen der Vollmacht fraglich ist».
- 200 Das vorstehend (Nr. 198) umschriebene Vertrauenserfordernis ist in keiner der vertretungsrechtlichen Gutgläubensvorschriften ausdrücklich festgehalten. Der Wortlaut von Art. 33 Abs. 3 OR enthält überhaupt keinen einschlägigen Hinweis. Art. 34 Abs. 3 OR bezeichnet es ebenso wie Art. 36 Abs. 2 OR mit dem Terminus Gutgläubigkeit («gutgläubigen Dritten»). Art. 37 und 39 OR schliesslich umschreiben bloss den Hauptfall bösen Glaubens: den Fall, da der Dritte das Fehlen der Vollmacht kennt; den Nebenfall, da er den Vollmachtsbestand für fraglich hält, lassen sie unerwähnt²³³.
- 201 2. Die vertretungsrechtlichen Gutgläubensvorschriften setzen voraus, dass die *Gutgläubigkeit* des Dritten im Sinne des Art. 3 Abs. 2 ZGB *berechtigt* ist. Insoweit eindeutig sind die Art. 34 Abs. 3 und 36 Abs. 2 OR. Beide Bestimmungen machen den Drittschutz ausdrücklich von gutem Glauben abhängig; Art. 3 Abs. 2 ZGB kommt daher unmittelbar zur Anwendung. Art. 39 OR stellt das Kennenmüssen der Kenntnis gleich; darin ist ein Verweis auf Art. 3 Abs. 2 ZGB zu sehen (Nr. 167)²³⁴. Bei Art. 33 Abs. 3 OR und 37 OR ergibt sich die Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 2 ZGB erst aus systematischen und teleologischen Überlegungen (Anm. 361 und Nr. 347 ff.).
- den Definitionen man anhängt, ist freilich von praktisch geringer Bedeutung (vgl. Nr. 274).
- 230 § 173 BGB spricht vom «Erlöschen der Vertretungsmacht», doch ist anerkannt, «dass § 173 auch auf das «Nichtentstehen» der Vertretungsmacht entsprechend anzuwenden ist» (*Flume*, S. 844, mit weiteren Hinweisen in Anm. 9).
- 231 *Flume*, S. 845; *Frotz*, S. 284.
- 232 S. 845.
- 233 Der gute Glaube kann nicht nur positiv als Vertrauen auf den Vollmachtsbestand umschrieben werden, sondern auch negativ: als Bewusstseinslage, bei welcher der Dritte das Fehlen der Vollmacht weder kennt noch den Vollmachtsbestand für fraglich hält. Diese Umschreibung ist aber abzulehnen. Einmal ist sie umständlich. Vor allem aber ist sie wenig aussagekräftig. Sie verdeckt nämlich die Einsicht, warum der Dritte bei den Tatbeständen der vertretungsrechtlichen Gutgläubensvorschriften schützenswert ist. Das ist nicht wegen einer bloss «negativen» Bewusstseinslage der Fall: weil der Dritte den Vollmachtsmangel nicht kennt und nicht für fraglich hält; entscheidend ist vielmehr eine «positive» Bewusstseinslage: der Umstand, dass der Dritte auf den Eintritt der Vertretungswirkung vertraut. Redaktionell verfehlt sind daher auch die Art. 37 und 39 OR, da sie bloss auf den «negativen» Aspekt der Gutgläubensdefinition (Nichtkenntnis des Vollmachtsmangels) hinweisen.
- 234 Z. B. *Jäggi*, N 105 zu Art. 3 ZGB.

Auf das Erfordernis berechtigter Gutgläubigkeit des Dritten komme ich bei der Einzelbehandlung der Bestimmungen zurück. 202

II. Art. 33 Abs. 3 OR

Art. 33 OR

Soweit die Ermächtigung, im Namen eines andern Rechtshandlungen vorzunehmen, aus Verhältnissen des öffentlichen Rechtes hervorgeht, ist sie nach den Vorschriften des öffentlichen Rechtes des Bundes und der Kantone zu beurteilen.

Ist die Ermächtigung durch Rechtsgeschäft eingeräumt, so beurteilt sich ihr Umfang nach dessen Inhalt.

Wird die Ermächtigung vom Vollmachtgeber einem Dritten mitgeteilt, so beurteilt sich ihr Umfang diesem gegenüber nach Massgabe der erfolgten Kundgebung.

Art. 33 Abs. 3 OR ist wohl die praktisch bedeutsamste Bestimmung aller Gutgläubensvorschriften des allgemeinen Schuldrechts. Das rechtfertigt eine besonders eingehende Behandlung. Vorerst stelle ich 1. Tatbestand und Rechtsfolge im Überblick dar; das drängt sich deshalb auf, weil der Wortlaut der Bestimmung die Tatbestandsmerkmale nur ansatzweise erfasst und die Rechtsfolge ungenau wiedergibt. Hierauf gehe ich 2.–4. ausführlich auf die verschiedenen Tatbestandsmerkmale ein. Schliesslich behandle ich 5. die Rechtsfolge in ihren Einzelheiten. 203

1. Regelungsgehalt im Überblick

A. Tatbestand

1. Grundsätzlich geht das Risiko, dass der Vertreter keine bzw. keine genügende Vertretungsmacht hat, zu Lasten des (mit dem Vertreter kontrahierenden) Dritten (Nr. 186). Eine Ausnahme sieht Art. 33 Abs. 3 OR für den Fall vor, dass der Vertretene eine zu weite Vollmacht kundgibt und der Dritte hernach im Vertrauen auf die Kundgabe einen Vertrag schliesst, für den zwar die kundgegebene, nicht aber die wirkliche Vollmacht ausreicht. Damit Art. 33 Abs. 3 OR eingreift, müssen im einzelnen die folgenden **Voraussetzungen** erfüllt sein²³⁵: 204

a) Der Vertretene muss dem Dritten *Mitteilung* gemacht haben, *er habe* dem Vertreter *Vollmacht erteilt*. Vorausgesetzt ist eine *zu weite* Vollmachtsmitteilung (-kundgabe²³⁶): Die mitgeteilte Vollmacht muss über die im Zeitpunkt der 205

²³⁵ Un erwähnt bleiben im folgenden – bis auf das Erfordernis berechtigter Gutgläubigkeit – die Voraussetzungen, die bei allen vertretungsrechtlichen Gutgläubensvorschriften erfüllt sein müssen (dazu Nr. 189 ff.).

²³⁶ Die Ausdrücke Vollmachtsmitteilung und Vollmachtskundgabe haben in dieser Arbeit

Mitteilung bestehende Vollmacht hinausgehen (zum Fall, da dies nicht zutrifft, siehe Nr. 206). Nach seinem Wortlaut («Wird die Ermächtigung vom Vollmachtgeber einem Dritten mitgeteilt ...») findet Art. 33 Abs. 3 OR nur Anwendung, wenn sich die Mitteilung auf eine *tatsächlich bestehende* Vollmacht bezieht. Nach zutreffender Ansicht ist Art. 33 Abs. 3 OR jedoch auch anwendbar, wenn eine Kundgabe erfolgt, obwohl überhaupt keine Vollmacht besteht²³⁷.

206 *Nichtanwendbar* ist hingegen die Bestimmung auf folgenden Fall: Der Vertretene gibt eine Vollmacht kund, die mit der erteilten übereinstimmt oder weniger weit geht als diese; in der Folge erlischt die Vollmacht ganz oder teilweise, so dass sie hinter dem kundgegebenen Umfang zurückbleibt; der Dritte schliesst hierauf mit dem Vertreter einen Vertrag, zu dessen Abschluss der Vertreter zwar nach der Kundgabe bevollmächtigt wäre, aber wegen des ganzen oder teilweisen Erlöschens der Vollmacht nicht mehr bevollmächtigt ist. Bei diesem Sachverhalt greift unter Umständen Art. 34 Abs. 3 OR ein; zu dieser Vorschrift siehe Nr. 293 ff.

207 b) Der Dritte ist nur schutzwürdig, wenn er bei Vertragsabschluss *von der Vollmachtskundgabe des Vertretenen Kenntnis hat*²³⁸ und im Vertrauen auf die Kundgabe kontrahiert (vgl. BGE 99 II 42). Vertraut der Dritte nicht dem Vertretenen, sondern (nur) dem Vertreter oder einem Vierten oder schlicht seinem Glück, so besteht kein Anlass, ihn im Verhältnis zum Vertretenen (durch Eintritt der Vertretungswirkung) zu schützen. Er soll dann seinen Glauben suchen, wo er ihn gelassen hat: bei sich, beim Vierten oder beim Vertreter, den er allenfalls nach Art. 39 OR belangen kann. Das Gesagte wird einsichtiger, wenn man sich die ratio des Art. 33 Abs. 3 OR vor Augen hält. Die Bestimmung ist Ausfluss und Konkretisierung des Art. 2 ZGB²³⁹: Dem Vertretenen soll eine treuwidrige Berufung auf das Fehlen der Vollmacht abgeschnitten werden. Schliesst nun aber der Dritte einen Vertrag ohne Kenntnis der Vollmachtskundgabe, so kann in der Berufung auf den Vollmachtsmangel und das Nichtzustandekommen des Vertrags ein treuwidriges Verhalten nicht erblickt werden. *Nach*

die gleiche Bedeutung. Das entspricht der in Lehre und Rechtsprechung gängigen Terminologie.

²³⁷ So die einmütige Rechtsprechung (z. B. SJZ 1974, Nr. 93, S. 334) und Lehre (z. B. *de Saussure C.*, L'acte juridique fait sans pouvoirs de représentation, Diss. Lausanne 1945, S. 72; *Oser/Schönenberger*, N 14 zu Art. 33 OR; *v. Tuhr/Peter*, S. 358 Anm. 24; *Becker*, N 3 zu Art. 32 OR, N 17 zu Art. 33 OR; *Zikos*, S. 26; *Leumann*, zit. in Anm. 787, S. 32 (unklar). *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 1035, welche selbst die im Text vertretene Auffassung unterstützen, verstehen BGE 101 II 119 wohl falsch, wenn sie glauben, hier werde die Frage offengelassen, ob Art. 33 Abs. 3 OR auch auf die Kundgabe einer nicht erteilten Vollmacht zur Anwendung gelange.

²³⁸ Ebenso *Schwager*, BR 1980, S. 25.

²³⁹ Vgl. *Merz*, N 82 zu Art. 2 ZGB; BGE 106 II 352 in bezug auf Art. 34 Abs. 3 OR.

dem Vertragsabschluss erlangte Kenntnis von der Vollmachtsmitteilung hilft dem Dritten nicht²⁴⁰.

- c) Der Dritte muss in *gutem Glauben* kontrahieren, d. h. im Vertrauen darauf, dass der Vertreter Vollmacht hat (Nr. 198; Einschränkung in Nr. 280). Gleicher Auffassung ist *Schwager*²⁴¹, der den Schutz des Dritten von dessen «Annahme, der als Vertreter Handelnde sei dazu (sc. zum Vertragsabschluss) ermächtigt», abhängig macht.

Der gute Glaube muß im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB berechtigt sein (Nr. 201, 282; zu den Gründen siehe Anm. 361).

2. Zum Teil werden weitere Voraussetzungen behauptet, die m. E. nicht vorzuliegen brauchen:

- a) Nach *Schwager*²⁴² genügt es nicht, dass der Dritte (bei Vertragsabschluss) von der Vollmachtsmitteilung Kenntnis hat. Die *Kenntnis müsse* vielmehr auch «*ursächlich gewesen sein für die Annahme, der als Vertreter Handelnde sei dazu (sc. zum Vertragsabschluss) ermächtigt*». Was *Schwager* mit «ursächlich» meint, geht aus seinen Ausführungen nicht klar hervor: Meint er, die Kenntnis von der Vollmachtsmitteilung müsse das Vertrauen auf den Vollmachtsbestand wecken, oder meint er, sie müsse *conditio sine qua non* für die Vollmachtsannahme sein? Die Frage kann indes offenbleiben, denn die Kenntnis von der Vollmachtsmitteilung braucht für die Vollmachtsannahme in keiner Weise ursächlich zu sein²⁴³. Ab dem Zeitpunkt nämlich, in dem der (gutgläubige) Dritte von der Vollmachtsmitteilung Kenntnis hat, darf er nach Treu und Glauben erwarten, dass sich der Vertretene an sein Wort hält und nicht später geltend macht, die Vollmachtsmitteilung sei falsch gewesen, der Vertreter habe ohne Vollmacht

²⁴⁰ D. h. für den Eintritt der Vertretungswirkung nach Art. 33 Abs. 3 OR bleibt kein Raum (vgl. demgegenüber *Peters*, AcP 1979, S. 242, Ziff. 2, in bezug auf das deutsche Recht). Zu beachten ist allerdings:

Auch wenn der Dritte erst nach dem Vertragsabschluss von einer Vollmachtsmitteilung Kenntnis erlangt, kann ihn dies zu Vermögensdispositionen veranlassen, die er ohne Vollmachtskundgabe unterlassen hätte. Zu denken ist namentlich an den Fall, da sich der Dritte, hätte er von der Vollmachtsmitteilung keine Kenntnis erlangt, vor der Vermögensdisposition nach dem Eintritt der Vertretungswirkung erkundigt hätte. Bei einem solchen Sachverhalt wird m. E. der Vertretene für den Schaden haftbar, der dem Dritten aus der Vermögensdisposition erwächst. Denn der Vertretene dürfte (zumindest im Normalfall) gegen Treu und Glauben verstossen, wenn er einerseits die Vertretungswirkung wegen mangelnder Vollmacht des Vertreters ablehnt, andererseits aber auch den Schaden, der aus der Vollmachtsmitteilung entstanden ist, nicht ersetzen will.

²⁴¹ BR 1980, S. 25.

²⁴² BR 1980, S. 25.

²⁴³ Das entspricht im Ergebnis wohl auch der herrschenden Auffassung. Jedenfalls machen Lehre und Rechtsprechung mit Ausnahme *Schwagers* die Vertretungswirkung nach Art. 33 Abs. 3 OR nicht von irgendeinem Kausalzusammenhang zwischen Vollmachtsmitteilung und Vollmachtsannahme abhängig.

gehandelt. In dieser Erwartung darf der Dritte nicht enttäuscht werden. Auch dann nicht, wenn sein Vertrauen auf den Vollmachtsbestand nicht durch die Vollmachtsmitteilung geweckt worden ist und er ohne Kenntnis der Vollmachtsmitteilung ebenfalls vom Vorliegen genügender Vollmacht ausgegangen wäre. Denn der fehlende Kausalnexus zwischen Vollmachtsmitteilung und Vollmachtsannahme ändert nichts daran, dass der Dritte ab Kenntnisnahme von der Vollmachtsmitteilung erwarten durfte, der Vertretene werde sich an das in der Vollmachtsmitteilung gegebene Wort halten²⁴⁴.

- 212 Beispiel: A will sein Auto verkaufen. Mit der Suche eines Käufers betraut er den B. Obwohl dieser nur Vermittlerfunktion ausüben soll, stellt ihm A zu seiner Legitimation gegenüber potentiellen Käufern eine schriftliche Verkaufsvollmacht aus. B wendet sich an seinen langjährigen Freund X, dem gegenüber er mündlich vorgibt, Verkaufsvollmacht zu haben. X glaubt dem B ohne weiteres. B bietet seinem Freund A's Auto zu einem «Vorzugspreis» an. X akzeptiert das Angebot, nachdem ihm B kurz zuvor die schriftliche Verkaufsvollmacht zur Einsichtnahme vorgelegt hatte. A will in der Folge das Geschäft nicht gelten lassen, wogegen X unter Berufung auf Art. 33 Abs. 3 OR Vertragserfüllung verlangt. Diese verweigert A mit der Begründung, in der Vorlegung der Vollmachtsurkunde sei zwar eine Vollmachtsmitteilung zu sehen (vgl. Nr. 253 ff.), X habe von dieser auch Kenntnis gehabt, auf Art. 33 Abs. 3 OR könne sich aber X deshalb nicht berufen, weil sein Vertrauen auf die Verkaufsvollmacht des B von der Vorlegung der Vollmachtsurkunde völlig unabhängig gewesen sei. Mit diesem Einwand ist A nicht zu hören.
- 213 b) Nicht vorausgesetzt ist ferner, dass der Dritte gestützt auf die Vollmachtsmitteilung irgendwelche Dispositionen (sog. *Vertrauensdisposition oder -investition*²⁴⁵) vorgenommen hat, die er ohne Vollmachtsmitteilung nicht vorgenom-

²⁴⁴ In aller Regel wird die Vollmachtsmitteilung das Vertrauen auf den Vollmachtsbestand wenn nicht *wecken*, so doch *bestärken*. Vorausgesetzt ist aber keines von beidem, sofern nur der Dritte von der Vollmachtsmitteilung Kenntnis hat und auch die übrigen der erwähnten Tatbestandsmerkmale des Art. 33 Abs. 3 OR erfüllt sind. Beispiel: Anwaltsvollmachten ermächtigen den Anwalt regelmässig zum Abschluss von Vergleichen. Intern aber besteht zwischen Anwalt und Mandant die Abmachung, dass ein Vergleich der Zustimmung des letztern bedarf. Dies weiss auch die Gegenpartei. Wenn nun der Anwalt die Vollmachtsurkunde der Gegenpartei vorweist, so kommt dadurch regelmässig eine Vollmachtsmitteilung zustande (Nr. 253 ff.). Diese bzw. die Vollmachtsurkunde ist aber nicht geeignet, in der Gegenpartei das Vertrauen zu wecken oder sie auch nur im Vertrauen zu bestärken, der Anwalt sei zum selbständigen Vergleichsabschluss ermächtigt. Denn die Gegenpartei weiss ja eben, dass ein Vergleich der Zustimmung des Mandanten bedarf. Deshalb ist aber ein Schutz der Gegenpartei nach Art. 33 Abs. 3 OR nicht ohne weiteres ausgeschlossen, wenn sich der Anwalt mit ihr ohne Zustimmung seines Mandanten vergleicht. Vielmehr ist die Gegenpartei geschützt, falls sie in Kenntnis der Vollmachtsurkunde kontrahiert und auch die übrigen Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 3 OR (Nr. 205 ff.) erfüllt sind. Auch hier darf die Gegenpartei nach Treu und Glauben erwarten, dass sich der Mandant des Anwalts an das in der Vollmachtsurkunde gegebene Wort hält und nicht versucht, die Verantwortung für das Fehlverhalten seines Vertreters auf andere abzuwälzen. Vgl. *Merz*, zit. in Anm. 285, S. 355; ZR 1974, S. 232 ff.; BGE 31 II 632 ff. = ZR 1905, Nr. 217.

²⁴⁵ Vgl. *Canaris*, S. 510.

men hätte²⁴⁶. Namentlich ist nicht erforderlich, dass der Dritte ohne Vollmachtsmitteilung den Vertrag nicht eingegangen wäre²⁴⁷. Wenn zur Begründung des gegenteiligen Standpunkts vorgebracht wird, der Dritte verdiene keinen Schutz, wenn er den Vertragsabschluss «auch ohne Rücksicht auf den (sc. vom Verhalten des Vertretenen ausgehenden) Rechtsschein vorgenommen haben würde»²⁴⁸, so vermag dies nicht zu überzeugen²⁴⁹. Wiederum ist der in Nr. 211 entwickelte Gedanke heranzuziehen, dass der Dritte, der in Kenntnis einer Vollmachtsmitteilung des Vertretenen kontrahiert, nach Treu und Glauben nicht damit rechnen muss, dass ihm der Vertretene später entgegenhält, die Vollmachtsmitteilung sei falsch gewesen. Das wird deutlicher, wenn man sich in die Lage des Dritten versetzt, dem gegenüber der Vertretene das Fehlen der Vollmacht geltendmachen will: Es macht einen Unterschied, ob der Dritte in Kenntnis einer Vollmachtsmitteilung kontrahiert hat oder nicht. Im ersteren Fall ist es ihm viel weniger zuzumuten, sich mit dem Nichteintritt der Vertretungswirkung abzufinden, und das unabhängig davon, ob die Vollmachtsmitteilung für den Vertragsabschluss kausal war oder nicht²⁵⁰. Ein Beispiel mag dies illustrieren:

A tritt mit V, der sich als Vertreter des X ausgibt, in Vertragsverhandlungen. A kennt den V seit längerem und glaubt daher an dessen Vorgabe, von X bevollmächtigt zu sein. Vor Vertragsabschluss teilt X dem A mit, V bevollmächtigt zu haben. Diese Mitteilung

²⁴⁶ Anders *Schwager*, BR 1980, S. 25 Anm. 41; vgl. auch die in BGE 66 II 255 referierte Ansicht des Obergerichts Luzern.

²⁴⁷ Anders die deutsche Rechtsprechung: BGH LM Nr. 13 zu § 167 BGB, Blatt 3, und dort zitierte Entscheide. Demgegenüber verlangen *Krause*, JZ 57, S. 279, und *Canaris*, S. 515 Anm. 40, keinen Kausalzusammenhang zwischen Vollmachtsmitteilung und Vertragsabschluss (zur Ansicht von *Canaris* siehe nachstehend Anm. 250).

²⁴⁸ BGH LM Nr. 13 zu § 167 BGB, Blatt 3.

²⁴⁹ In der Praxis dürfte es oft vorkommen, dass der Dritte auch ohne Vollmachtsmitteilung kontrahieren würde. Denn wenn jemand sich als bevollmächtigt ausgibt und dies allem Anschein nach auch ist, so wird der Dritte ein intendiertes Geschäft nicht wegen der fehlenden Vollmachtsmitteilung scheitern lassen wollen. Hingegen wird er sich in einem solchen Fall nach dem Vertragsabschluss oft anders verhalten, als er es bei Vorliegen einer Vollmachtsmitteilung täte; er wird sich z. B. um eine Vertragsbestätigung des Vertretenen bemühen, bevor er den Anspruch auf die versprochene Vertragsleistung veräussert.

²⁵⁰ Im Ergebnis gleicher Auffassung *Canaris*, S. 515 Anm. 40. Dessen Begründung überzeugt allerdings nicht. *Canaris* begründet lediglich über ein Beispiel: «Lässt sich z. B. feststellen, dass der Vertrauende das fragliche Rechtsgeschäft auch ohne Vorlegung der Vollmachtsurkunde abgeschlossen hätte, so war diese nicht kausal für sein Verhalten, und doch kann man deswegen nicht die Anwendung des § 172 BGB ablehnen; denn der Vertrauende mag dann zwar im allgemeinen leichtgläubig sein und zu «blindem» Vertrauen neigen, doch kann man ihm dadurch nicht in diesem konkreten Fall, wo die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 172 BGB nun einmal erfüllt waren, den Rechtsschutz versagen.» Diese Begründung scheint mir keine zu sein. Denn die alles entscheidende Frage, ob nämlich § 172 BGB zwischen der Urkundenvorlegung und dem Rechtsgeschäft einen Kausalzusammenhang verlangt, wird nur mit dem Hinweis «beantwortet», die fragliche Kausalität sei «nun einmal» nicht vorausgesetzt.

bestärkt zwar den A in seinem Vertrauen auf den Vollmachtsbestand, doch hätte A den Vertrag auch ohne sie geschlossen. Einige Zeit nach dem Vertragsabschluss verlangt A Erfüllung. Verweigert X diese mit dem Argument, V habe ohne Vollmacht gehandelt, so scheint mir dies unzulässig. A darf mit gutem Recht einwenden, er hätte zwar den Vertrag auch ohne Vollmachtsmitteilung geschlossen, doch habe er, da nun einmal eine solche Mitteilung erfolgt war, darauf vertrauen dürfen, dass X nicht nachträglich deren Unrichtigkeit geltend mache.

B. Rechtsfolge: Eintritt der Vertretungswirkung

- 215 Art. 33 Abs. 3 OR sieht als Rechtsfolge vor, «ihr (sc. der Vollmacht) Umfang» beurteile sich «diesem (sc. dem Dritten) gegenüber nach Massgabe der erfolgten Kundgebung». Durch diese Formulierung wird der Anschein erweckt, es bestehe bei Vorliegen der tatbeständlichen Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 3 OR eine Vertretungsmacht (Vertretungsbefugnis, Anm. 204) im Umfange der Kundgebung. Ein Grossteil der Lehre nimmt dies in der Tat auch an²⁵¹. In Wirklichkeit will jedoch, wie *Gauch/Schluep/Jäggi*²⁵² mit guten Gründen dartun, die fragliche Wendung nur besagen, es sei so zu halten, wie wenn Vertretungsmacht im kundgegebenen Umfange bestehen würde²⁵³. Welcher Meinung man sich auch anschliesst, das Entscheidende steht fest: Schliesst der Vertreter im Rahmen der mitgeteilten Vollmacht einen Vertrag ab, so tritt die Vertretungswirkung ein, falls – wie hier unterstellt – alle Voraussetzungen von Art. 33 Abs. 3 OR erfüllt sind. Im Eintritt der Vertretungswirkung ist die eigentliche Rechtsfolge des Art. 33 Abs. 3 OR zu sehen.
- 216 Nachzutragen ist ein terminologischer Hinweis: Der zitierte Gesetzeswortlaut, wonach sich der «Umfang» einer kundgegebenen Vollmacht «nach Massgabe der erfolgten Kundgebung» richtet, hat sich in der Rechtssprache niedergeschlagen: Die kundgegebene Vollmacht wird oft als «externe» *Vollmacht* bezeichnet (z.B. BGE 77 II 142)²⁵⁴; diese wird der «internen» Vollmacht gegenübergestellt, d. h. der durch Rechtsgeschäft (Bevollmächtigung) begründeten Vertretungsmacht.
- 217 Tatbestand und Rechtsfolge des Art. 33 Abs. 3 OR, die vorstehend im Überblick aufgezeigt wurden, bleiben nun im einzelnen darzustellen. Ich behandle vorerst die verschiedenen Tatbestandsmerkmale (zur Rechtsfolge siehe hinten Nr. 287 ff.).

²⁵¹ Z.B. *Bucher*, S. 553; *Erb F.*, Die Bankvollmacht, Diss. Fribourg 1974, S. 104, 106, 111; *Schwager R.*, Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge, Diss. Fribourg 1974, S. 6, 45 ff. Gleicher Auffassung auch eine starke Lehrmeinung zu § 171 BGB (Nachweise bei *Frotz*, S. 306 Anm. 732–735); nicht einig ist man sich, ob die Vertretungsmacht als gesetzliche anzusehen ist (so z.B. *Frotz*, S. 308 f.) oder als Vollmacht (so *Flume*, S. 824; zu dessen Auffassung unten Nr. 220).

²⁵² Nr. 1042 f.

²⁵³ So auch verschiedene Autoren (zit. bei *Frotz*, S. 306 Anm. 736–739) betr. §§ 171 f. BGB.

²⁵⁴ Z.B. *Bucher*, S. 548; v. *Tuhr/Peter*, S. 358; *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1041.

2. Vollmachtsmitteilung des Vertretenen

A. Begriff und Rechtsnatur

1. Die Vollmachtsmitteilung – Art. 33 Abs. 3 OR spricht von der «Kundgebung» einer «Ermächtigung» – besteht in der **Mitteilung** des Vertretenen an einen Dritten²⁵⁵, **einem Vertreter Vollmacht erteilt zu haben**. Darin ist man sich allgemein einig. In der Praxis wird allerdings nicht selten eine Vollmachtsmitteilung bejaht, wo in Wirklichkeit die Begriffsmerkmale einer solchen nicht gegeben sind. So bestehen namentlich Tendenzen, eine Vollmachtsmitteilung auch dort anzunehmen, wo zwar eine auf eine Vollmacht bezügliche Erklärung des Vertretenen vorliegt, diese sich jedoch nicht an den Dritten richtet (vgl. Nr. 231). Entgegen solchen Tendenzen ist zu betonen, dass die Vollmachtsmitteilung wesensmässig «drittgerichtet» ist; darüber darf bei Anwendung des Art. 33 Abs. 3 OR nicht hinweggesehen werden²⁵⁶. 218

2. Die Vollmachtsmitteilung im Sinne des Art. 33 Abs. 3 OR bezweckt nicht die Gestaltung einer Rechtslage, sondern die Kundbarmachung, die Rechtslage sei (bereits) umgestaltet worden. Sie ist daher zutreffenderweise bei den sog. **Vorstellungsmitteilungen** (v. *Tuhr/Peter*²⁵⁷ sprechen von Anzeigen) einzureihen²⁵⁸ und **nicht als Rechtsgeschäft aufzufassen**²⁵⁹. 219

Demgegenüber vertritt *Flume* für das deutsche Recht die Auffassung, die «Kundgebung» des Vertretenen, «dass er einen anderen bevollmächtigt habe» (§ 171 Abs. 1 BGB), sei «mehr als blosser Deklaration, Unterrichtung. Wer die Kundgebung vornimmt, tut dies, um durch sie den Vertreter zu legitimieren.»²⁶⁰ Nach zutreffender Lehre²⁶¹ verlangt jedoch § 171 Abs. 1 BGB eine «blosse Deklaration»; der Wille zur Legitimation des Vertreters ist nicht vorausgesetzt. Die «Kundgebung» im Sinne der fraglichen Bestimmung ist daher – wie die Vollmachtsmitteilung nach Art. 33 Abs. 3 OR – kein Rechtsgeschäft. 220

²⁵⁵ Der Kreis der Adressaten, an die sich die Mitteilung richtet, kann bestimmt oder unbestimmt sein. Letzteres trifft z. B. für eine Vollmachtskundgabe mittels Handelsregistereintrag zu (BGE 58 II 160).

²⁵⁶ Vgl. *Frotz*, S. 297, betr. §§ 171 f. BGB, ferner *Thiele*, Münchener Kommentar, N 47 zu § 167 BGB.

²⁵⁷ S. 176 Anm. 19, betr. die Vollmachtsmitteilung nach Art. 34 Abs. 3 OR.

²⁵⁸ *Kramer*, N 68 zu Art. 1 OR.

²⁵⁹ So die herrschende schweizerische Lehre: z. B. *Schönenberger/Jäggi*, N 191 zu Art. 1 OR; *Zikos*, S. 26 unten/27; v. *Tuhr/Peter*, S. 176 Anm. 19, 26; *Danuser M.*, Die Anscheinsvollmacht, Diss. Bern 1975, S. 17.

²⁶⁰ *Flume*, S. 824.

²⁶¹ *Frotz*, S. 308.

B. Abgrenzungen

- 221 Art. 33 Abs. 3 OR bezieht sich nach seinem Wortlaut einzig auf den Fall, da der Vertretene mitteilt, Vollmacht (bereits) erteilt zu haben. Von einer solchen Mitteilung zu unterscheiden, ihr jedoch gleichzustellen sind die folgenden zwei Sachverhalte:
- 222 – Der Vertretene teilt einem Dritten mit, er *werde* einen Vertreter bestellen und diesen mit gewissen Vollmachten ausstatten²⁶².
- 223 – Der Vertretene erklärt nicht (deklaratorisch), Vollmacht erteilt zu haben oder noch zu erteilen, sondern gibt einem Dritten gegenüber eine auf die Begründung von Vollmacht gerichtete *Willenserklärung* ab; A schreibt z. B. dem B: «Ich bevollmächtige hiermit den C zum Verkauf meines Hauses am Baumgartenweg 2». Eine solche Erklärung schafft zwar – anders als nach deutschem Recht, § 167 Abs. 1 BGB – keine (sog. Aussen-)Vollmacht, sie ist jedoch einer Vollmachtsmitteilung im Sinne des Art. 33 Abs. 3 OR gleichzustellen.
- 224 Die Gleichstellung führt zu praktisch ähnlichen Ergebnissen wie die Anerkennung der Aussenvollmacht. So jedenfalls, wenn die Aussenvollmacht gleich einer Vollmachtsmitteilung lediglich Verkehrsschutzzwecken dient, wie dies für das deutsche Recht zutrifft. Das BGB sieht in § 173 vor, dass sich auf eine Aussenvollmacht nur solche Dritte berufen können, die vom Umstand, dass der Vertreter nach seinem internen Verhältnis zum Vertretenen nicht vertretungsbefugt ist, keine Kenntnis haben. Weiss der Dritte um die mangelnde Vertretungsbefugnis, so bringt die Aussenvollmacht die Vertretungswirkung zum vorneherein nicht zustande²⁶³.
- 225 Wenn im folgenden von Vollmachtsmitteilung die Rede ist, so ist immer die Mitteilung gemeint, es sei Vollmacht (bereits) erteilt worden. Die einer derartigen
- 262 Vgl. *Oser/Schönenberger*, N 23 a. E. zu Art. 32 OR. – Die Gleichstellung ist indes keine vollständige. Ein Unterschied besteht hinsichtlich des Zeitpunkts, ab dem die Mitteilung Vertretungswirkungen nach Art. 33 Abs. 3 OR auszulösen vermag. Das ist bei einer Mitteilung, es *bestehe* Vollmacht, der Moment der Kenntnisnahme durch den Dritten (vgl. Nr. 207). Bei einer Mitteilung, es *werde* Vollmacht erteilt werden, gilt dasselbe; es sei denn, dass die Vollmacht gemäss der Mitteilung erst in einem späteren Zeitpunkt Geltung erlangt. Diesfalls ist auf diesen letztern Zeitpunkt abzustellen. Beispiel: A schreibt dem B, in einer bestimmten Angelegenheit vertrete ab dem 5. 1. Anwalt C seine Interessen. Ob allfällige Vertragsabschlüsse des B mit C in den Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 3 OR fallen, hängt vom Moment ab, in dem B vom Schreiben des A Kenntnis erlangt: Geschieht dies nach dem 5. 1., so ist der Zeitpunkt der Kenntnisnahme entscheidend; geschieht dies hingegen vor dem 5. 1., so kommt es auf dieses Datum (5. 1.) an.
- 263 § 173 BGB betrifft allerdings nach seinem Wortlaut nur den Fall, da die interne Vertretungsbefugnis einmal bestanden hat, jedoch (nach Erteilung der Aussenvollmacht) untergegangen ist. Es ist aber herrschende Meinung, dass die Bestimmung auf das «Nichtentstehen» der internen Vertretungsbefugnis entsprechend anzuwenden ist (*Flume*, S. 844).

Vollmachtsmitteilung gleichgestellten Erklärungen (Nr. 222 und 223) bleiben ausser Betracht; das rechtfertigt sich angesichts der geringen praktischen Bedeutung, die solche Erklärungen haben.

C. Geltung des Vertrauensprinzips

I. Welchen Inhalt eine Vollmachtsmitteilung hat, ob überhaupt eine solche vorliegt und allenfalls gegenüber wem, entscheidet sich gemäss herrschender Lehre²⁶⁴ und Rechtsprechung (z.B. BGE 85 II 24f.) nach Vertrauensprinzip, also danach, wie das Verhalten des Vertretenen objektiv nach Treu und Glauben zu würdigen ist. Dem ist zuzustimmen, wenn auch **nicht uneingeschränkt**:

– Einmal sind dem Vertrauensprinzip bei Vollmachtsmitteilungen *die gleichen Schranken gezogen wie bei Willenserklärungen*, wo das Prinzip seinen genuinen Anwendungsbereich hat. Demnach ist auf den objektiven Sinn, der dem Verhalten des Vertretenen zukommt, höchstens insoweit abzustellen, als er dem Vertretenen zurechenbar ist: zum Erfordernis der Zurechenbarkeit siehe hinten Nr. 236 ff. Ferner kommt auf den objektiven Sinn dann nichts an, wenn feststeht, dass der Vertretene einen vom objektiven Sinn abweichenden Mitteilungswillen hat und der Dritte diesen erkennt. Diesfalls ist auf den vom Dritten erkannten tatsächlichen Mitteilungswillen (nicht auf den objektiven Mitteilungssinn) abzustellen.

– Hat der Dritte die Vollmachtsmitteilung in einem für ihn ungünstigeren als dem objektiven Sinn verstanden, so gilt *der ungünstigere Sinn*. Und das – anders als beim analogen Sachverhalt im Recht der Willenserklärungen – *selbst dann, wenn der Mitteilungswille des Vertretenen mit dem objektiven Sinn der Mitteilung übereinstimmt*. Konsequenz ist die folgende: Schliesst der Dritte einen Vertrag, zu dessen Abschluss der Vertreter nach der Vollmachtsmitteilung, wie sie der Dritte versteht, nicht bevollmächtigt ist, so kommt der Vertrag nicht zustande. Der Grund für diese Regelung liegt auf der Hand: Der Dritte ist nur insoweit schützenswert, als er Verträge schliesst, die seines Erachtens unter die Vollmachtsmitteilung fallen.

Beispiel: A will dem B mitteilen, er habe dem C eine Vollmacht zum Verkauf von 1000 kg einer Ware erteilt. Der objektive Sinn der Erklärung geht auf 1000 kg, B versteht jedoch 100 kg. B kann sich nur auf die Kundgabe einer Vollmacht zum Verkauf von 100 kg berufen. Kauft er dem in Wirklichkeit vollmachtlosen C 200 kg der betreffenden Ware ab, so kommt der Vertrag nach Art. 33 Abs. 3 OR nicht zustande²⁶⁵. – Ganz anders verhält es

²⁶⁴ Z. B. *Schönenberger/Jäggi*, N 191 zu Art. 1 OR; *Danuser*, zit. in Anm. 259, S. 17 unten/18; *Zikos*, S. 57; *Bucher*, S. 553 oben. Für das deutsche Recht z. B. *Diederichsen*, zit. in Anm. 216, S. 122 linke Spalte.

²⁶⁵ Bzw. es kommt höchstens ein Vertrag über eine Warenmenge von 100 kg zustande. – Für die Frage, ob der Vertrag ganz oder bloss teilweise unverbindlich ist, kann wohl Art. 20 OR analog herangezogen werden; vgl. *v. Tuhr/Peter*, S. 400, in etwas anderem Zusammenhang.

sich im Recht der Willenserklärungen. Wenn beispielsweise A dem B eine Sache für Fr. 50.– offerieren will und diesen Willen in adäquater Weise zum Ausdruck bringt, so ist auch dann eine Offerte zu Fr. 50.– anzunehmen, wenn B glaubt, A offeriere zu Fr. 60.–. Es kann hier nicht argumentiert werden, B sei schutznunwürdig, es sei daher eine Offerte zu Fr. 60.– anzunehmen. Auf die Schutznunwürdigkeit bzw. -unwürdigkeit des B kommt nichts an. Nach den Prinzipien privatautonomer Rechtsgestaltung kann vielmehr nur entscheidend sein, was der A gewollt und in adäquater Weise zum Ausdruck gebracht hat.

- 230 2. Soweit für Vollmachtsmitteilungen das Vertrauensprinzip gilt, ist entscheidend, ob das **tatsächliche Verhalten des Vertretenen** nach Treu und Glauben auf einen Mitteilungswillen schliessen lässt und gegebenenfalls auf welchen²⁶⁶. Ein nur scheinbares Verhalten genügt nicht; das gilt auch dann, wenn der Dritte unter den gegebenen Umständen in guten Treuen annehmen durfte, es handle der Vertretene²⁶⁷. Wenn sich also beispielsweise A als B ausgibt und unter diesem Namen dem C gegenüber eine Vollmachtsmitteilung macht, so liegt keine Vollmachtsmitteilung des B vor, mögen die Umstände für den ahnungslosen C auch noch so sehr den gegenteiligen Eindruck erwecken (A hat z. B. den C im Haus des ferienabwesenden B empfangen, was in C notwendig den Eindruck entstehen liess, A sei B und dementsprechend sei die Vollmachtsmitteilung des A eine solche des B).
- 231 Das (tatsächliche) Verhalten des Vertretenen, das den Schluss auf einen Mitteilungswillen zulassen muss, ist allerdings in einem **weiten Sinne** zu verstehen. Es umfasst nicht nur positives Tun, sondern auch Unterlassen einschliesslich des Duldens. «Klassische Fälle» einer Vollmachtsmitteilung durch Unterlassen sind die Duldungs- und die Anscheinsvollmacht. Von einer *Duldungsvollmacht* spricht man dann, «wenn der Vertretene das ihm bekannte Verhalten des Vertreters duldet und diese Duldung vom Geschäftsgegner nach Treu und Glauben ... dahin gedeutet werden darf, dass der Vertreter vom Vertretenen Vollmacht, für ihn zu handeln, erhalten hat»²⁶⁸. Eine *Anscheinsvollmacht* liegt demgegenüber vor, wenn der Vertretene das Handeln des Vertreters «zwar nicht kannte, es aber bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte kennen und verhindern können und der Geschäftsgegner das Verhalten des Vertreters nach Treu und Glauben dahin auffassen durfte, dass es dem Vertretenen bei verkehrsgemässer Sorgfalt nicht habe verborgen bleiben können und dass dieser es also dulde»²⁶⁹. Duldungs- und Anscheinsvollmacht stellen jedoch nicht notwendigerweise Vollmachtsmitteilungen im Sinne von Art. 33 Abs. 3 OR

²⁶⁶ Keller/Schöbi, Allg. Lehren, S. 63.

²⁶⁷ Es genügt also nicht, dass durch den Vertreter, Dritte oder Zufall der Schein einer bestimmten Vollmachtsmitteilung erweckt wird; vgl. Bucher, S. 559.

²⁶⁸ BGH LM Nr. 4 zu § 167 BGB, 2. Leitsatz.

²⁶⁹ BGH LM Nr. 4 zu § 167 BGB, 1. Leitsatz. Inhaltlich gleich werden Duldungs- und Anscheinsvollmacht z. B. von Schwager, BR 1980, S. 24 unten/25, umschrieben. Die Termini Duldungs- und Anscheinsvollmacht werden allerdings nicht einheitlich verstanden. So bezeichnet beispielsweise v. Büren I, S. 154, jede «externe Vollmacht» als Anscheinsvollmacht; ebenso z. B. BGE 70 II 115; Danuser, zit. in Anm. 259, S. 4 und passim. Gühl/Merz/Kummer, S. 139, setzen die Anscheinsvollmacht der Duldungsvollmacht gleich. Vgl. Gauch/Schlupe/Jäggi, Nr. 1046.

dar. Das gilt vielmehr nur dann, wenn der Dritte nicht nur auf den Bestand einer Vollmacht, sondern zusätzlich schliessen darf, das Unterlassen des Vertretenen «habe den Sinn einer auf ihn bezogenen, an ihn gerichteten Mitteilung»²⁷⁰ (vgl. schon vorne Nr. 218). In Literatur²⁷¹ und Rechtsprechung (vgl. z. B. BGE 93 II 482, 74 II 151, 49 II 115) wird dies nicht immer hinreichend klargestellt²⁷².

Beispiel: Bauersfrau X-Y verkauft dem A eine Kuh ihres Mannes X. Dieser schaut dem Verkauf vom Hause aus zu, wobei nach den Umständen klar ist, dass er von A nicht gesehen werden will. Hier darf A aus dem Nichteinschreiten von X allenfalls schliessen, X habe seine Frau zum Verkauf bevollmächtigt, hingegen ist er nicht zur Annahme berechtigt, X wolle ihm die Vollmacht kundtun. Eine Vollmachtsmitteilung i. S. von Art. 33 Abs. 3 OR liegt daher nicht vor. Das träfe hingegen dann zu, wenn Frau X-Y im Beisein ihres Mannes (unmittelbar «unter dessen Augen») den Verkauf tätigen würde.

Soweit Duldungs- und Anscheinsvollmacht nicht als Vollmachtsmitteilungen aufgefasst werden können, findet Art. 33 Abs. 3 OR keine Anwendung. Auch keine analoge: Dass der Dritte auf das Vorliegen einer an ihn gerichteten Vollmachtsmitteilung schliessen darf, ist ein wertungsmässig erheblicher Umstand, der bei analoger Anwendung des Art. 33 Abs. 3 OR nicht übergangen werden darf²⁷³. Möglicherweise kann sich aber der Dritte gestützt auf andere Rechtsgrundlagen (z. B. Art. 2 ZGB, vgl. ferner Nr. 806) auf den Eintritt der Vertretungswirkung berufen²⁷⁴.

²⁷⁰ Frotz, S. 297.

²⁷¹ Z. B. *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 1047; *Schwager*, BR 1980, S. 24 unten/25; *Bucher*, S. 558 unten/559.

²⁷² *Keller/Schöbi*, Allg. Lehren, S. 63, lehnen die Anscheinsvollmacht ab; das auch für den Fall, dass sie «drittgerichtet» ist.

²⁷³ Vgl. demgegenüber BGE 107 II 115: Das Fehlen der Vollmacht könne nach Art. 33 Abs. 3 OR (und Art. 34 Abs. 3 OR, BGE 107 II 116 oben) geheilt werden, «wenn der Dritte aufgrund des Verhaltens des Vertretenen, wie insbesondere der Kundgabe der Vollmacht nach aussen, annehmen durfte, der Vertreter sei zum Abschluss eines Rechtsgeschäftes bevollmächtigt». Das Bundesgericht nimmt offenbar an, wesentlich für den Gutgläubesschutz sei nur, dass der Dritte auf das Vorliegen von Vollmacht schliessen darf, nicht aber, dass ihm dieser Schluss gerade wegen einer an ihn gerichteten Vollmachtsmitteilung erlaubt ist.

²⁷⁴ In Deutschland hat die *Duldungsvollmacht* in der Rechtsprechung und auch im Grossteil der Lehre Anerkennung gefunden (vgl. *Peters*, AcP 1979, S. 217). Und das auch, soweit sie nicht «drittgerichtet» ist (kritisch aber *Frotz*, S. 297). Die dogmatischen Grundlagen der Duldungsvollmacht sind allerdings nach wie vor im Streit, doch scheint sich immer mehr die Ansicht durchzusetzen, die Duldungsvollmacht lasse sich auf § 171 BGB, die Parallelbestimmung zu Art. 33 Abs. 3 OR, abstützen (vgl. z. B. *Canaris*, S. 112f.; *Bader P.*, Duldungs- und Anscheinsvollmacht, Diss. Regensburg 1978, S. 168ff.: analoge Anwendung von §§ 171 f. BGB, 56 HGB). Die *Anscheinsvollmacht* ist in der Literatur umstritten (vgl. *Peters*, a. a. O., S. 217), während sie sich in der Rechtsprechung unangefochten durchgesetzt hat (vgl. *Peters*, a. a. O., S. 217 Anm. 10 und 11). Die für eine Anscheinsvollmacht angeführten Gründe sind vor allem: analoge Anwendung der §§ 171 f. BGB, 370 BGB, 56 HGB; sowie der Gedanke von Treu und Glauben, § 242 BGB (auf diese Bestimmung stützt sich von jeher die Rechtsprechung).

- 233 3. Die Bestimmungen über den **Erklärungsirrtum** (Art. 23ff. OR) finden auf Vollmachtsmitteilungen analoge Anwendung²⁷⁵. In dem Sinne, dass bei Vorliegen eines wesentlichen Irrtums die Vollmachtsmitteilung keine Wirkung nach Art. 33 Abs. 3 OR entfaltet und demgemäss der zwischen dem Vertreter und dem Dritten geschlossene Vertrag nicht zustandekommt, sofern sich der Vertretene innert der Frist des Art. 31 OR auf den Irrtum beruft. Unterbleibt die Berufung auf den Irrtum, «so gilt der Vertrag als genehmigt» (Art. 31 Abs. 1 OR).
- 234 4. Das Vertrauensprinzip schützt das Vertrauen auf das Vorliegen einer bestimmten *Vollmachtsmitteilung*. Demgegenüber geht es beim Gutglaubensschutz (nach Art. 33 Abs. 3 OR) um den Schutz des Vertrauens auf das Vorliegen einer bestimmten *Vollmacht*. Der gute Glaube kann geschützt sein, ohne dass der Dritte nach Vertrauensprinzip geschützt ist, und umgekehrt. An einem Beispiel sei dies illustriert:
- 235 A hat den X zum Verkauf von 1000 kg Kartoffeln bevollmächtigt. Er will dem B eine entsprechende Mitteilung zukommen lassen, versehentlich schreibt er aber 10000 kg statt 1000. B vertraut auf die Kundgabe einer Vollmacht zum Verkauf von 10000 kg; in diesem Vertrauen ist er nach Vertrauensprinzip geschützt, falls keine Anhaltspunkte bestehen, welche auf den Irrtum des A hinweisen. In der Folge verkauft ihm X im Namen des A 5000 kg Kartoffeln, wobei X auf die ungenügende Vollmacht hinweist. Dieser Hinweis schliesst Gutglaubensschutz nach Art. 33 Abs. 3 OR aus. – Ändern wir nun den (Beispiels-)Sachverhalt dahin ab, dass A in der Vollmachtsmitteilung willentlich (nicht versehentlich) 10000 kg schreibt. B vertraut auf die Kundgabe einer Vollmacht des X zum Verkauf von 10000 kg. In diesem Vertrauen ist B geschützt; aber nicht nach Vertrauensprinzip, sondern deshalb, weil er den Kundgabewillen des A richtig erkannt hat (vgl. Nr. 227). In der Folge schliesst B mit X, der in Vertretung des A handelt, einen Vertrag über die Lieferung von 5000 kg Kartoffeln. Vertraut er auf das Vorliegen genügender Vollmacht des X, greift unter den Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 3 OR Gutglaubensschutz Platz²⁷⁶.

D. Erfordernis der Zurechenbarkeit

- 236 1. Damit ein Verhalten des Vertretenen als Vollmachtsmitteilung aufgefasst werden kann, muss es jenem zurechenbar sein. Es gilt insoweit Analoges wie bei den Willenserklärungen. Hier wie dort ist in erster Linie *ein vom Willen beherrschbares Tun oder Unterlassen* vorausgesetzt. Als Vollmachtsmitteilung ausser Betracht fällt demnach eine Äusserung, die jemand im Schlaf, in der Narkose oder in andern Zuständen, die eine bewusste Verhaltenslenkung ausschliessen, macht²⁷⁷. Damit ein vom Willen beherrschbares Verhalten als Vollmachtsmitteilung zure-

²⁷⁵ v. Tuhr/Peter, S. 360.

²⁷⁶ Hatte A bei Vollmachtsmitteilung von der Diskrepanz zwischen dieser und der Vollmacht Kenntnis (absichtlich zu weite Vollmachtskundgabe), so greift der Schutz nach Art. 33 Abs. 3 OR unter Umständen sogar bei Bösgläubigkeit des B Platz (hinten Nr. 280).

²⁷⁷ Vgl. z. B. Larenz, BGB A.T., S. 322.

chenbar ist, muss der Vertretene zudem *urteilsfähig* sein (Art. 16 ZGB)²⁷⁸. Volle Handlungsfähigkeit ist demgegenüber nicht erforderlich; auch ein Unmündiger oder Entmündigter kann – Urteilsfähigkeit vorausgesetzt – eine gültige Vollmachtsmitteilung vornehmen; die Gültigkeit ist dann allerdings durch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedingt. Ein *drittes Zurechnungserfordernis* wird in Literatur und Rechtsprechung nur ausnahmsweise erwähnt (so in BGE 85 II 24f., dazu Nr. 237): Ein Verhalten, das objektiv als eine bestimmte Vollmachtsmitteilung aufzufassen ist, kann dem Vertretenen, der überhaupt keine oder eine abweichende Vollmachtsmitteilung machen will, nur insoweit als solche zugerechnet werden, als ihm die objektive Bedeutung seines Verhaltens bei Aufwendung verkehrsüblicher Sorgfalt erkennbar ist²⁷⁹.

Beispiel: Im zitierten Bundesgerichtsentscheid BGE 85 II 24f. hatte Schaffner seinen Schuldner Meier angewiesen, die Zinsen der Schuld auf das Postscheckkonto seiner Frau einzubezahlen. Hierin lag ein nach Art. 33 Abs. 3 OR relevantes Verhalten: die Mitteilung nämlich, Frau Schaffner sei zur Einziehung der Zinsen bevollmächtigt. Als Meier in der Folge derselben auch das Kapital einbezahlte, machte Schaffner geltend, seine Frau sei insoweit nicht zur Einziehung befugt gewesen. Das Gericht nahm trotzdem eine schuldtilgende Zahlung an. Vorerst stellte es fest, Meier habe aufgrund der Mitteilung, die Zinsen der Frau Schaffner zu überweisen, unter den konkreten Umständen annehmen dürfen, jene sei zur Einziehung des Kapitals ebenfalls befugt. Hierauf führte es aus, die weite Bedeutung, die Meier der fraglichen Mitteilung beilegte und beilegen durfte, sei dem Schaffner auch zurechenbar: «Er (sc. Schaffner) musste sich sagen, Meier könnte sich für berechtigt halten, auch die Hauptschuld durch Zahlung an Frau Schaffner zu tilgen.» Wäre dies Schaffner nicht erkennbar gewesen, so hätte – das muss aus dem zitierten Satz geschlossen werden – hinsichtlich der Kapitalschuld eine Vollmachtsmitteilung verneint werden müssen; demzufolge hätte die Zahlung des Kapitals an Frau Schaffner die gegenüber deren Mann bestehende Schuld nicht getilgt.

237

2. **Keine Zurechnungsvoraussetzung ist das Mitteilungsbewusstsein:** Der Vertretene muß sich nicht bewusst sein, dass sein Verhalten den objektiven Erklärungswert einer Vollmachtsmitteilung hat²⁸⁰. Vorausgesetzt ist nach dem Vorste-

238

²⁷⁸ Das ergibt sich aus Art. 18 ZGB: *Kramer*, N 69 a.E. zu Art. 1 OR; vgl. auch *Bucher*, N 44 zu Art. 17/18 ZGB. Zum deutschen Recht vgl. *Palandt/Heinrichs*, N 1 zu §§ 170/73 BGB.

²⁷⁹ Vgl. *Kramer*, N 50 a.E. in Verbindung mit N 69 zu Art. 1 OR.

²⁸⁰ Z.B. *Zikos*, S. 28 unten. – Im Recht der Willenserklärungen wird die analoge Frage, ob für eine gültige Erklärung ein Erklärungsbewusstsein vorausgesetzt ist, von der heute herrschenden Lehre und Rechtsprechung verneint: *Schönenberger/Jäggi*, N 192 zu Art. 1 OR, mit weiteren Nachweisen. *Oser/Schönenberger*, N 13 zu Art. 1 OR, und *v. Tuhr/Peter*, S. 159, verlangen zwar kein Erklärungsbewusstsein, immerhin muss der Erklärende wenigstens eine Mitteilung (sei es allenfalls auch nur tatsächlichen Inhalts) machen wollen, was nach der herrschenden Lehre ebenfalls nicht nötig ist. Die Ansicht der besagten Autoren dürfte ihren Grund in der Überlegung haben, dass nicht nur derjenige mit Erklärungsbewusstsein, sondern jeder, der eine Mitteilung machen will, sich um verständlichen Ausdruck bemühen soll. Wer hingegen überhaupt keine Mitteilung machen will, hat weniger Anlass, sich um unmissverständliches Verhalten zu bemühen und soll daher auch nicht mit der Nachricht überrascht werden können, er

henden nur, dass sich der Vertretene bei Aufwendung verkehrsüblicher Sorgfalt *bewusst sein könnte*, dass seinem Verhalten jene Bedeutung zukommt²⁸¹. Ob das Mitteilungsbewusstsein fehlt oder nicht, ist aber für die Frage der Zurechenbarkeit nicht belanglos. Wer nämlich das Mitteilungsbewusstsein hat, der hat allen Anlass, darum bemüht zu sein, «sich in einer dem anderen verständlichen Weise auszudrücken; drückt er sich so aus, dass der andere etwas anderes verstehen *muss*, als er sagen wollte, dann wird er es an diesem Bemühen in aller Regel haben fehlen lassen»²⁸². Mit andern Worten sind für den Vertretenen, dem das Mitteilungsbewusstsein zukommt, die dem Dritten erkennbaren Umstände regelmässig ebenfalls erkennbar, so dass ihm der objektive Sinn seines Verhaltens nur ausnahmsweise nicht zurechenbar ist. Fehlt es hingegen am Mitteilungsbewusstsein, so wird dem Vertretenen auch bei Aufwendung gehöriger Sorgfalt öfters nicht erkennbar sein, wie ein Dritter sein Verhalten nach Treu und Glauben auffassen darf und muss; der objektive Sinn seines Verhaltens wird ihm daher häufiger nicht zurechenbar sein als im Fall, da der Vertretene das Mitteilungsbewusstsein hat²⁸³.

E. Erscheinungsformen der Vollmachtsmitteilung

- 239 Nachstehend befasse ich mich vorerst mit den Erscheinungsformen der Vollmachtsmitteilung im allgemeinen, hierauf speziell mit der Vollmachtsmitteilung durch Einräumung einer Stellung, durch Vorweisung einer Vollmachtsurkunde und schliesslich mit der Vollmachtsmitteilung in Verträgen.

*a) Ausdrückliche oder stillschweigende Vollmachtskundgabe*²⁸⁴

- 240 1. Eine Vollmachtskundgabe **bedarf keiner bestimmten Form**²⁸⁵. Das bringt das Bundesgericht zum Ausdruck, indem es festhält, eine Kundgabe könne «nicht nur ausdrücklich, sondern auch «tatsächlich», d.h. durch schlüssiges Verhalten ... erfolgen» (BGE 85 II 24, vgl. Art. 34 Abs. 3 OR). Dieser Satz verliert von seiner scheinbaren Selbstverständlichkeit, wenn man weiss, dass ein Teil der deutschen

281 habe eine Erklärung abgegeben. – In Deutschland ist die Frage, ob ein Erklärungs-bewusstsein erforderlich ist, sehr umstritten: *Larenz*, BGB A.T., S. 343 Anm. 59 und 60. Wer sich dieser Auffassung nicht anschliesst, verbannt die Anscheinsvollmacht aus dem Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 3 OR; denn bei jener fehlt es definitionsgemäss am Mitteilungsbewusstsein; vgl. *Canaris*, S. 50f.

282 *Larenz*, BGB A.T., S. 329.

283 Zu allgemein *Frotz*, S. 430 Anm. 1031, in bezug auf das deutsche Recht.

284 Vgl. zum Folgenden eingehender, wenn auch in verschiedener Hinsicht ungenau: *Zikos*, S. 29 ff.

285 Statt vieler: *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 1033; v. *Büren I*, S. 155; *Merz H.*, Vertretungsmacht und ihre Beschränkungen im Recht der juristischen Personen, der kaufmännischen und der allgemeinen Stellvertretung, in: *Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht*, Bern 1977, S. 344 oben.

Lehre die Wirksamkeit konkludenter Vollmachtsmitteilungen (in bezug auf das deutsche Recht) bestreitet²⁸⁶.

Eine Vollmachtskundgabe ist – in Anlehnung an die Terminologie bei den Willenserklärungen – dann *ausdrücklich*, wenn zum Zwecke der Mitteilung Worte oder Zeichen (z. B. Gebärden) verwendet werden, welche den Sinn der Mitteilung unmittelbar beinhalten²⁸⁷. Beispiel: Der Eigentümer eines Grundstücks (V) teilt einem am Kauf des Grundstücks Interessierten mit: «Mit dem Verkauf habe ich den X betraut; dieser ist nicht nur zur Führung der Vertragsverhandlungen berechtigt, sondern auch zum selbständigen Abschluss des Kaufvertrages.»

Stillschweigend ist jede nicht ausdrückliche Vollmachtskundgabe²⁸⁸. Statt von einer stillschweigenden Kundgabe spricht man auch von einer Kundgabe durch konkludentes oder schlüssiges Verhalten²⁸⁹ (vgl. den in Nr. 240 zitierten BGE-Text). Eine stillschweigende Vollmachtsmitteilung ist demnach immer anzunehmen, wenn sich aus dem Verhalten des Vertretenen der Sinn einer Vollmachtsmitteilung nur mittelbar erschliessen lässt. Beispiel: Eine Bauersfrau verkauft «unter den Augen» ihres Mannes eine Kuh. Der Bauer lässt dies – für den Käufer erkenntlich – ohne Widerspruch geschehen (vgl. Nr. 231, Kleindruck).

Ein und dasselbe Verhalten kann eine ausdrückliche und eine stillschweigende Vollmachtskundgabe enthalten²⁹⁰: Der Vertretene verwendet Worte oder Zeichen, aus welchen sich der Mitteilungswille zum Teil unmittelbar, zum Teil aber auch bloss mittelbar (unter Berücksichtigung der Umstände usw.) ermitteln lässt. Im ersten Beispiel aus Nr. 241 liegt eine ausdrückliche Kundgabe der Vollmacht des X zum Verkaufsabschluss vor. Stillschweigend kundgegeben ist z. B. aber auch eine Vollmacht des X, am Grundstück des V ein Pfandrecht zu begründen; denn in der Verkaufsvollmacht ist nach allgemeiner Anschauung mittelbar auch das Recht eingeschlossen, das zur Sicherung des Kaufpreises Übliche vorzukehren.

2. Gelegentlich wird eine ausdrückliche Vollmachtsmitteilung angenommen, wo der Sache nach eine stillschweigende vorliegt (so z. B. hinsichtlich der Vollmachts-

²⁸⁶ Z. B. *Manigk A.*, Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht. Ein Beitrag zur Methodik des Vertrauensschutzes, in: FS für Ernst Heymann, Marburg 1931, S. 606f., 620f., 633f.; *Goldberger J. T.*, Der Schutz gutgläubiger Dritter im Verkehr mit Nichtbevollmächtigten nach Bürgerlichem Gesetzbuch, Berlin 1908, S. 46; ferner die bei *Canaris*, S. 112 Anm. 10, zitierte Literatur. Für die Möglichkeit einer konkludenten Vollmachtsmitteilung: *Frotz*, S. 298, 385, und die von *Canaris*, S. 112 Anm. 10, zitierte Literatur.

²⁸⁷ Vgl. z. B. v. *Tuhri/Peter*, S. 162; *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 173.

²⁸⁸ Die stillschweigenden Vollmachtsmitteilungen können analog zu den stillschweigenden Willenserklärungen unterschieden werden; hierzu z. B. v. *Tuhri/Peter*, S. 163; *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 175 ff.

²⁸⁹ In diesem (weiten) Sinne wird der Begriff des konkludenten Verhaltens z. B. von *Guhl/Merz/Kummer*, S. 88, verstanden. Andere Autoren verstehen den Begriff in einem engeren Sinne (z. B. *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 176).

²⁹⁰ Vgl. *Schönenberger/Jäggi*, N 142f. zu Art. 1 OR.

mitteilung durch Vorweisung einer Vollmachtsurkunde, Anm. 316)²⁹¹. Das ist indes nur von terminologischer Bedeutung. Schwerer wiegt, dass häufig eine **stillschweigende Vollmachtsmitteilung angenommen wird, wo in Wirklichkeit überhaupt keine Vollmachtsmitteilung gegeben ist**. Das sei an zwei Fällen aus der Praxis dokumentiert:

- 244 – In BGE 53 III 171 ff. nahm das Bundesgericht an, ein vollmachtloser Anwaltssubstitut könne während der Ferienabwesenheit des Rechtsanwalts gestützt auf eine «tatsächliche» Vollmachtskundgebung rechtswirksam für den letzteren handeln. Die Vollmachtskundgebung wurde m.E. zu Unrecht in der Einräumung der Stellung als Feriensubstitut gesehen²⁹². Anwaltssubstituten haben oft keine Vollmacht, den Geschäftsherrn zu vertreten; das zumal betr. solcher Fälle, mit denen – wie in casu – allein der Geschäftsherr befasst ist. Nach Treu und Glauben darf daher ein Anwaltssubstitut nicht ohne weiteres als vertretungsbefugt betrachtet werden; besondere Umstände, die im konkreten Fall einen andern Schluss zugelassen hätten, lagen nicht vor²⁹³.
- 245 – Zu Unrecht bejaht wurde eine stillschweigende Vollmachtskundgabe auch im folgenden Fall²⁹⁴. Eine Frau (Beklagte) interessierte sich mit einem Begleiter für einen Kochherd und versprach «beim Weggehen einen definitiven Bericht . . ., welcher Kochherd aus dem mitgenommenen Katalog gewählt würde». Einige Zeit danach erschien der ehemalige (vollmachtlose) Begleiter der Frau und kaufte einen Herd. Das entscheidende Gericht nahm an, die Beklagte habe «die Vollmacht ihres Begleiters durch ihren ersten in Begleitung erfolgten Besuch . . . in konkludenter Weise erklärt». Gestützt hierauf wurde die Beklagte als Vertragspartnerin angesehen und zur Bezahlung des Kaufpreises verpflichtet²⁹⁵. In Wirklichkeit konnte von einer Vollmachtskundgabe anlässlich des ersten Besuchs ernstlich nicht die Rede sein. Hätte man den Verkäufer unmittelbar nach dem Besuch der Beklagten gefragt, ob er den Begleiter für bevollmächtigt halte, so hätte er die Frage guten Gewissens nicht bejahen können; noch viel weniger hätte er im Umstand, dass die Beklagte einen Begleiter bei sich hatte, eine auf ihn gerichtete (vgl. Nr. 231) Vollmachtsmitteilung erblicken dürfen. Wenn der Verkäufer den Begleiter beim Vertragsabschluss für bevollmächtigt hielt, so deshalb, weil er glaubte, der Begleiter sei Übermittler des in Aussicht gestellten «Berichts». Diese Annahme beruhte aber in keiner Weise auf dem Verhalten der Beklagten, sondern auf der zumindest konkludenten Vollmachtsbehauptung des Begleiters. Unter diesen Umständen war auch die Auffassung, die Beklagte habe nach ihrem Besuch eine Vollmacht kundgegeben, fehl am Platze. Die Kaufpreisforderung gegen die Beklagte hätte daher abgelehnt werden müssen.

²⁹¹ Ferner: Entgegen *Zikos*, S. 30, stellt eine «mündliche Vollmachtserteilung in Gegenwart des Dritten» keine ausdrückliche, sondern eine stillschweigende Vollmachtskundgabe dar. Dasselbe gilt – entgegen *Danuser*, zit. in Anm. 259, S. 18 – für eine Vollmachtsmitteilung durch «Einräumung einer Stellung», soweit hierin überhaupt eine Vollmachtsmitteilung gesehen werden kann (dazu nachstehend im Text Nr. 246 ff.).

²⁹² Der Entscheid wurde zu Unrecht auf Art. 34 Abs. 3 OR statt – wenn schon – auf Art. 33 Abs. 3 OR gestützt.

²⁹³ Im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, mag der Entscheid richtig gewesen sein: Er betraf die Vornahme von Rechtshandlungen gegenüber Behörden (Rückzug eines Verwertungsbegehrens gegenüber einem Betreibungsamt), in welchem Bereich spezielle Regeln gelten; vgl. *Bucher*, S. 572 Anm. 79. – *Canaris*, S. 52, zieht in Betracht, auf den Gutgläubenschutz gegenüber Rechtsanwälten «Grundsätze des Handelsrechts» zu übertragen.

²⁹⁴ SJZ 1913/14, S. 13f.

²⁹⁵ Das Gericht stützte sich auf Art. 34 Abs. 3 OR. Es kam aber – wenn schon – nur die Anwendung des Art. 33 Abs. 3 OR in Frage.

b) *Vollmachtsmitteilung durch Einräumung einer Stellung, mit der üblicherweise Vollmacht verbunden ist?*

1. Nach **herrschender Rechtsprechung** liegt eine Vollmachtsmitteilung schon in der «Einräumung einer Stellung, mit der nach der Verkehrübung eine Ermächtigung verbunden zu sein pflegt»²⁹⁶. Die Entscheide, denen diese Auffassung zugrundeliegt, lassen sich allerdings häufig nicht ohne weiteres als solche erkennen. Denn nicht selten stützen sich die Gerichte auf Art. 32 OR, wo in Wirklichkeit nur die Erteilung einer «externen Vollmacht» (Vollmachtsmitteilung, Art. 33 Abs. 3 OR), nicht jedoch einer «internen Vollmacht» (Art. 32 OR) in Frage steht. Das gilt für all jene Entscheide, in denen trotz formellem Bezug auf Art. 32 OR massgeblich darauf abgestellt wird, wie der *Dritte* (nicht der Vertreter) das Verhalten des Vertretenen (Einräumung einer Stellung) wertete²⁹⁷. In den meisten dieser Fälle stand auch eindeutig fest, dass der Vertreter keine «interne Vollmacht» hatte, so dass sich ohnehin nur mehr die Frage stellte, ob aus der ihm eingeräumten Stellung auf eine «externe Vollmacht» zu schliessen und gestützt hierauf ein Vertrag zustande gekommen war²⁹⁸. 246

Selbst das Bundesgericht nimmt sich nicht die Mühe, Art. 32 OR und Art. 33 Abs. 3 OR klar auseinanderzuhalten. Die beiden Bestimmungen werden wahllos nebeneinander verwendet, als ob eine Bevollmächtigung (Art. 32) mit einer Vollmachtsmitteilung (Art. 33 Abs. 3) identisch wäre. So wird z. B. in BGE 85 II 24 gesagt, die Entscheide BGE 31 II 672f. und 76 I 351 gehörten in den Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 3 OR, in BGE 101 Ia 43 unten/44 werden die Entscheide hingegen dem Art. 32 Abs. 2 OR zugeordnet. – Diesem undifferenzierten Nebeneinanderstellen von Art. 32 OR und 33 Abs. 3 OR leistet das Gesetz selbst Vorschub, indem es in der letzteren Bestimmung den Eindruck erweckt, durch Mitteilung der Vollmacht an den Dritten werde eine echte Vollmacht geschaffen, deren Umfang sich nach dem Verständnishorizont des Dritten richtet (vgl. vorne Nr. 215). 247

2. M.E. ist der referierten Rechtsprechung **nicht zu folgen**: In der blossen Einräumung einer Stellung, mit der üblicherweise (nicht immer!) Vollmacht ver- 248

²⁹⁶ SJZ 1963, S. 188 Nr. 100; ebenso SJZ 1963, S. 188f. Nr. 101. Vgl. auch *Guhll/Merz/Kummer*, S. 139: «Wer einem andern eine Stellung einräumt, mit der üblicherweise eine Ermächtigung verbunden ist, so lässt sich der Stand der Rechtsprechung zusammenfassen, muss ihn auch als seinen Vertreter gelten lassen.» – Diese Rechtsprechung wird von der Lehre zum Teil gebilligt (z. B. *Guhll/Merz/Kummer*, a. a. O.; v. *Tuhr/Peter*, S. 358), zum Teil aber auch abgelehnt, so namentlich von *Bucher*. Dieser Autor hält zwar die fragliche Rechtsprechung insoweit für zutreffend, als sie den kaufmännischen Verkehr betrifft; für das bürgerliche Stellvertretungsrecht erachtet er sie hingegen als zu weitgehend (S. 559 Anm. 41, 569, 570, 575).

²⁹⁷ Z. B. SJZ 1963, Nr. 100 und 101; 1957, S. 77f.; BGE 49 II 217 oben, 74 II 151f., 101 Ia 43 unten.

²⁹⁸ Vgl. z. B. die in SJZ 1963, Nr. 100 und 101, abgedruckten Entscheide.

151f. Alle diese Entscheidungen betreffen **kaufmännische Verhältnisse**. Im kaufmännischen Verkehr scheint es angebracht, das Vertrauen auf die üblicherweise mit einer bestimmten Stellung verbundene Vollmacht zu schützen (vgl. für Einzelstatbestände Art. 348b, 458ff., 462 OR). Aus diesem Grund sind die Entscheide sachlich zutreffend³¹⁴. Unzutreffend aber ist die rechtliche Begründung: Die Einräumung einer Stellung, mit der üblicherweise Vollmacht verbunden ist, kann auch in kaufmännischen Verhältnissen nicht bzw. nur dann als Vollmachtsmitteilung angesehen werden, wenn besondere Gründe, die in keinem der Fälle gegeben waren, auf einen Mitteilungswillen schliessen lassen. Die erwähnten Bundesgerichtsentscheide hätten daher über spezifisch handelsrechtliche Regeln begründet werden müssen.

Einschlägige ausdrückliche Regeln dieser Art fehlten allerdings für die zu entscheidenden Fälle. Indes hätte die Möglichkeit richterlicher Rechtsfortbildung anhand der erwähnten Art. 348b, 458ff. und 462 OR bestanden. Die fragwürdige Anlehnung des Bundesgerichts an das zivile Stellvertretungsrecht trägt dazu bei, dass der klare Begriff der Vollmachtsmitteilung auch ausserhalb kaufmännischer Verhältnisse aufgeweicht wird. So berief man sich in SJZ 1963, S. 188 Nr. 101, der nichtkaufmännische Verhältnisse betraf, auf den kaufmännische Verhältnisse betreffenden BGE 74 II 151³¹⁵.

c) Vollmachtsmitteilung durch Ausstellung einer Vollmachtsurkunde

- 253 1. Wie gesagt, fallen unter Art. 33 Abs. 3 OR auch konkludente Vollmachtsmitteilungen des Vertretenen. Die praktisch wohl bedeutsamste Variante dieser Mitteilungsart besteht darin, dass der Vertretene eine Vollmachtsurkunde ausstellt und dem Vertreter zwecks Vorlegung gegenüber (bestimmten oder unbestimmten) Dritten aushändigt³¹⁶ (vgl. BGE 77 II 142)³¹⁷. Der Vertretene bedient sich diesfalls

³¹⁴ So *Bucher*, S. 559 (Anm. 41), 569, 570.

³¹⁵ Eine grundlegende «Kritik an der Vermengung der Grundsätze zivilrechtlicher und handelsrechtlicher Vertretung» findet sich bei *Bucher*, S. 575, 568f.

³¹⁶ Konkludent ist die Vollmachtsmitteilung allerdings nur dann, wenn die Vollmachtsurkunde – wie regelmässig – nicht «drittgerichtet» ist, d. h. zwar auf den Bevollmächtigungswillen schliessen lässt, nicht aber auf den Willen des Vertretenen, die Vollmacht Dritten kundzutun. Ist die Vollmachtsurkunde (ausnahmsweise) «drittgerichtet», liegt eine ausdrückliche Vollmachtskundgabe vor; so beispielsweise, wenn die Vollmachtsurkunde folgenden Wortlaut hat: «An meine verehrten Kunden: Ich teile Ihnen mit, dass ich meinen bisherigen Bevollmächtigten X durch Y ersetzt habe.»

³¹⁷ Die Vollmachtsmitteilung mittels Ausstellung einer Vollmachtsurkunde an den Vertreter wird allerdings oft als ausdrückliche (statt als konkludente) Vollmachtsmitteilung aufgefasst: z. B. *Danuser*, zit. in Anm. 259, S. 18; *Haberstich*, S. 139; *Schneider/Fick*, N 1 zu Art. 41 aOR.

«des Vertreters als Boten zur Übermittlung»³¹⁸. Abgeschlossen wird der Mitteilungsvorgang durch Vorlegen der Vollmachtsurkunde an den Dritten³¹⁹.

2. Hat der Vertretene dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde zwecks Vorlegung gegenüber Dritten ausgehändigt, so findet Art. 33 Abs. 3 OR nicht nur Anwendung, wenn der Vertreter die Urkunde einem Dritten vorlegt, dem er sie vorlegen darf³²⁰; vielmehr ist die Bestimmung auch anwendbar, wenn die Vorlegung *irrtümlich* an einen «falschen» Dritten erfolgt³²¹ (vgl. aber Nr. 233). Nicht anwendbar ist sie hingegen, wenn der Vertreter die Vollmachtsurkunde *wider besseres Wissen* einem Dritten vorlegt, dem er sie nicht vorlegen dürfte. Es gilt insoweit Analoges wie bei Verfälschung einer Willenserklärung durch einen Boten; diesfalls ist dem Urheber der Erklärung nach richtiger Ansicht³²² zwar ein irrtümliches, nicht aber ein vorsätzliches Handeln des Boten zurechenbar.

Zu weit geht *Zikos*³²³, der annimmt, die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde durch den Vertretenen an den Vertreter falle *ohne weiteres* unter Art. 33 Abs. 3 OR; auch dann, wenn die Urkunde nicht zur Vorlegung gegenüber Dritten bestimmt ist, sondern dem Vertreter z.B. nur zu Beweis Zwecken oder «nur zum Schein»³²⁴ oder «nur zur Einsichtnahme»³²⁵ vorgelegt wurde. *Zikos* ist offenbar

³¹⁸ *Oser/Schönenberger*, N 16 zu Art. 33 OR. Vgl. auch *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 1030; *Gautschi*, N 15a zu Art. 396 OR; v. *Tuhr/Peter*, S. 358; *Patry*, SchwPR VIII/1, S. 440 Anm. 53; *Engel*, S. 266; *Zikos*, S. 31 f.; *Keller/Schöbi*, Allg. Lehren, S. 62; *Schnurrenberger A.*, Vollmacht und Grundverhältnis nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Basel 1969 (Maschinenschrift), S. 134.

³¹⁹ Art. 33 Abs. 3 OR ist aber auch anwendbar, wenn der Vertreter den Urkundeninhalt dem Dritten (korrekt) referiert. Vgl. demgegenüber § 172 Abs. 1 BGB, der Vorlegung der Vollmachtsurkunde verlangt. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung zu dieser Bestimmung nimmt an, dass der Dritte zum vornherein nicht geschützt ist, wenn er sich mit dem Hinweis des Vertreters begnügt, er (der Vertreter) sei im Besitze einer (tatsächlich vorhandenen) Vollmachtsurkunde, die ihn zum beabsichtigten Vertragsabschluss legitimiere (RGZ 56, S. 65, 66 unten; BGHZ 76, S. 78; RG JW 1928, S. 884; *Canaris*, S. 510 Anm. 29). Dem § 172 Abs. 1 BGB soll auch nicht genügen, dass sich der Dritte eine beglaubigte Abschrift oder Photokopie der Original-Vollmachtsurkunde vorlegen lässt (z.B. RGZ 88, S. 431, 432; *Goldberger*, zit. in Anm. 286, S. 55; weitere Hinweise bei *Canaris*, S. 509 Anm. 21). Ob diese Auslegung des § 172 Abs. 1 BGB zutreffend ist, kann hier dahingestellt bleiben. Unzutreffend ist es jedenfalls, sie auf das schweizerische Recht zu übertragen, wie dies *Zikos*, S. 32, 34, will.

³²⁰ So aber wohl *Becker*, N 6 zu Art. 33 OR, und v. *Tuhr/Peter*, S. 358 Anm. 23.

³²¹ Nicht anwendbar ist hingegen Art. 33 Abs. 3 OR, wenn der Vertreter eine Vollmachtsurkunde, die nicht zur Vorlegung gegenüber Dritten bestimmt, sondern z.B. nur zu Beweis Zwecken erfolgt ist, irrtümlich einem Dritten vorlegt: Eine Vollmachtsmitteilung ist zum vornherein nur anzunehmen, wenn die Aushändigung der Vollmachtsurkunde zwecks Vorlegung gegenüber Dritten erfolgt ist; die Vorlegung an Dritte muss aber nicht der einzige und nicht einmal der primäre Zweck der Aushändigung sein.

³²² BGE 34 II 525 ff.; *Oser/Schönenberger*, N 6 zu Art. 27 OR; *Becker*, N 6 zu Art. 27 OR; anders v. *Tuhr/Peter*, S. 161.

³²³ S. 34.

³²⁴ RGZ 56, S. 69.

³²⁵ RGZ 56, S. 69.

beeinflusst vom deutschen Recht, das in § 172 Abs. 1 BGB vorsieht, die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde an den Dritten stehe einer Vollmachtskundgabe im Sinne des (dem Art. 33 Abs. 3 OR entsprechenden) § 171 Abs. 1 BGB gleich. Das OR kennt aber keine dem § 172 Abs. 1 BGB entsprechende Regelung. Eine solche ist namentlich auch nicht in Art. 33 Abs. 3 OR enthalten. Diese Bestimmung setzt vielmehr eine Vollmachtskundgabe voraus; die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde stellt aber nicht notwendig eine solche dar, sondern nur dann, wenn die Urkunde zur Vorlegung gegenüber Dritten bestimmt ist.

256 Noch weiter als *Zikos* geht *Danuser*³²⁶. Nach diesem genügt schon die *Ausstellung* einer Vollmachtsurkunde durch den Vertretenen, damit jede spätere Vorweisung durch den Vertreter an einen Dritten unter Art. 33 Abs. 3 OR fällt; *Aushändigung* der Urkunde an den Vertreter soll nicht vorausgesetzt sein. Auch *Danuser* ist vom deutschen Recht beeinflusst. Er beruft sich denn auch ausdrücklich auf eine deutsche Lehrmeinung, die annimmt, § 172 Abs. 1 BGB greife selbst im Falle eines Diebstahls der Vollmachtsurkunde Platz³²⁷, was im Ergebnis einen Verzicht auf das Erfordernis der Aushändigung der Vollmachtsurkunde bedeutet. *Danusers* Auffassung ist mit den gleichen Argumenten zu begegnen wie derjenigen von *Zikos*.

257 3. Weist der Vertreter die Vollmachtsurkunde einem Dritten vor, dem er sie nach dem Willen des Vertretenen vorweisen darf, oder weist er sie irrtümlich einem Dritten vor, dem er sie nicht vorweisen darf, so entfällt die Anwendbarkeit des Art. 33 Abs. 3 OR nicht deshalb, weil der Vertreter die Urkunde bewusst dazu missbraucht, sich für ein vollmachtswidriges Verhalten zu legitimieren. BGE 77 II 138 ff. illustriert dies:

Neiger (Vertreter) hatte keine Vollmacht, die dem Nägeli und der Frau Andereg (Vertretene) gehörende Liegenschaft zu verkaufen; und insbesondere durfte er sie nicht den Hugglers übereignen. Gerade dies aber tat Neiger, und zwar bewusst verbotswidrig. Den Hugglers gegenüber legitimierte er sich durch Vorweisung einer Vollmachtsurkunde, «wonach er zum Bevollmächtigten der beiden Liegenschaftseigentümer in allen die Liegenschaft der Vollmachtgeber betreffenden Rechtsgeschäften bestellt und insbesondere auch zum Abschluss von Vergleichen und Verträgen aller Art, namentlich Kauf-, Miet-, Pacht- und Tauschverträgen, ermächtigt wurde» (BGE a.a.O. 138 unten/139). Das Bundesgericht brachte zu Recht Art. 33 Abs. 3 OR zur Anwendung, da zwar Neiger die Liegenschaft den Hugglers nicht verkaufen, wohl aber sich diesen gegenüber (z. B. zum Abschluss eines Pachtvertrages) durch die Vollmachtsurkunde legitimieren durfte.

³²⁶ Zit. in Anm. 259, S. 21 f.

³²⁷ So v. Seeler W., Vollmacht und Scheinvollmacht, Archiv für Bürgerliches Recht 28 (1906), S. 40 f., auf den sich *Danuser*, zit. in Anm. 259, beruft (S. 21 Anm. 29); ferner die bei *Canaris*, S. 38 Anm. 25, zitierte Literatur. Die wohl herrschende Lehre lehnt aber die Anwendung des § 172 Abs. 1 BGB im Falle eines Diebstahls der Vollmachtsurkunde ab; Nachweise bei *Canaris*, S. 38 Anm. 25.

d) Vollmachtsmitteilungen in Verträgen

In Verträgen finden sich oft Klauseln, wonach eine Partei einen Vertreter mit bestimmter Vertretungsmacht bestellt. Z.B. machen Mieter und Vermieter ab, dass sich der Mieter in Mietangelegenheiten nicht an den Vermieter, sondern einen «Verwalter» (z.B. einen Immobilienhändler) zu wenden hat. Der Vereinbarung einer Vertreterbestellung kommt rechtlich gesehen die Bedeutung einer Vollmachtskundgabe zu. Eine solche Kundgabe ruft jedoch **Sonderbemerkungen:**

1. Der Vertretene wird durch eine vertragliche Vollmachtsmitteilung nicht etwa in dem Sinne gebunden, dass er sich jedes Vertreterhandeln, das sich im Rahmen der Mitteilung hält, entgegensetzen lassen muss. Vielmehr ändert auch eine vertragliche Vollmachtsmitteilung nichts daran, dass – abgesehen von Ausnahmetatbeständen wie demjenigen des Art. 33 Abs. 3 OR – vollmachtswidriges Handeln des Vertreters dem Vertretenen nicht zurechenbar ist. Namentlich steht dem Vertretenen die Möglichkeit offen, die vertraglich kundgegebene Vollmacht zu widerrufen mit der Folge, dass ihn der Vertreter – sofern kein Ausnahmetatbestand gegeben ist – nicht mehr weiter verpflichten kann. Das ergibt sich mittelbar aus der zwingenden Bestimmung des Art. 34 Abs. 1 OR, wonach die Vollmacht jederzeit widerrufbar ist³²⁸. Dieses Widerrufsrecht würde illusorisch, wenn der Vertretene zwar die Vollmacht widerrufen, dadurch aber nicht verhindern könnte, dass ihn der Vertreter, soweit er im Rahmen der Vollmachtsmitteilung handelt, weiterhin verpflichtet³²⁹.

Eine andere Frage ist, ob der Vertretene seinem Vertragspartner *schadenersatzpflichtig* werden kann, wenn er sich die Vollmachtskundgabe nicht in vereinbartem Masse entgegenhalten lässt. Dies dürfte zu bejahen sein, wenn auch nicht zu übersehen ist, dass die Auferlegung von Schadenersatzpflichten mit dem Zweck des Art. 34 Abs. 1 OR in ein Spannungsverhältnis gerät³³⁰.

³²⁸ Oser/Schönenberger, N 8 zu Art. 34 OR, halten den Verzicht auf den Widerruf für zulässig, «wo dem Bevollmächtigten ausnahmsweise selbständige verfolgbare Rechte erwachsen». Gegenteiler Auffassung sind v. Tuhr/Peter, S. 367f.

³²⁹ Der Zweck der jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit besteht in der Erhaltung des «Selbstbestimmungsrechts» des Vertretenen: Oser/Schönenberger, N 7 zu Art. 34 OR.

³³⁰ Vgl. v. Tuhr/Peter, S. 368, mit Bezug auf den Fall, da der Vertretene dem Vertreter zugesichert hat, «den Widerruf (sc. der Vollmacht) nicht auszuüben». – Als mit dem Zweck des Art. 34 Abs. 1 OR nicht vereinbar und deshalb ungültig muss hingegen eine Abmachung betrachtet werden, die eine vertragliche Vollmachtskundgabe durch Konventionalstrafe sichert. Vgl. Béguelin, SJK Karte Nr. 285, S. 2; demgegenüber v. Tuhr/Peter, S. 368. Vgl. im vorliegenden Zusammenhang auch ZR 1919, S. 298 rechte Spalte unten/299.

- 261 2. Nicht selten finden sich Kundgabeklauseln in **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** (AGB). So enthält beispielsweise die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977) die folgende Bestimmung (Art. 33 Abs. 2):
- 262 «Soweit der Werkvertrag in der Vertragsurkunde nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt, vertritt die Bauleitung den Bauherrn gegenüber dem Unternehmer. Alle Willensäusserungen der Bauleitung, die das Werk betreffen, sind für den Bauherrn rechtsverbindlich, insbesondere Weisungen, Bestellungen, Bestätigungen und Planlieferungen; auch nimmt die Bauleitung Mitteilungen und Willensäusserungen des Unternehmers, die das Werk betreffen, für den Bauherrn rechtsverbindlich entgegen.»
- 263 Nach allgemeiner Regel setzt die Gültigkeit einer in AGB befindlichen Kundgabeklausel voraus, dass die AGB vertraglich übernommen wurden. Der Vertretene kann die Übernahme erklären, nachdem er sich von der Bedeutung der AGB mit Einschluss einer allfälligen Kundgabeklausel Rechenschaft gegeben hat (sog. Vollerklärung). Oder aber er kann die Übernahme erklären, ohne von den AGB im einzelnen Kenntnis zu nehmen und sie zu prüfen (sog. Globalerklärung)³³¹. Auch wenn der Vertretene Allgemeine Geschäftsbedingungen bloss global übernimmt, ist eine darin enthaltene Kundgabeklausel grundsätzlich gültig; und zwar selbst dann, wenn der Vertragsgegner (der Dritte) um die Globalübernahme auf seiten des Vertretenen weiss^{332, 333}. Eine Ausnahme gilt nach der sog. Ungewöhnlichkeitsregel namentlich für den Fall, dass der Vertretene mit der Kundgabeklausel im Zeitpunkt der (Global-)Übernahme nicht zu rechnen brauchte³³⁴. Wird beispielsweise die SIA-Norm 118 von einem branchenunkundigen «einmaligen» (*Schwager*) Bauherrn global übernommen, so ist Art. 33 Abs. 2 der Norm in der Regel als unverbindlich zu betrachten. Denn die hier vorgesehene Kundgabe sehr weitgehender Vollmachten der «Bauleitung» (Architekt) muss jener im Normalfall nicht als Vertragsbestandteil erwarten^{335, 336}.

³³¹ Ausführlich zur Übernahme von AGB: *Schönenberger/Jäggi*, N 460ff. zu Art. 1 OR.

³³² Vgl. *Merz*, N 165 zu Art. 2 ZGB.

³³³ Das Wissen um die Globalübernahme kann allerdings (und wird in der Regel) bösen Glauben bewirken. Doch ist zu beachten, dass sich der böse Glaube in der Zeit zwischen dem Vertragsabschluss des Dritten mit dem Vertretenen (unter Zugrundelegung der AGB) und dem Vertragsabschluss des Dritten mit dem (vollmachtlosen) Vertreter in guten Glauben verwandeln kann. Diesfalls ist Drittschutz nach Art. 33 Abs. 3 OR nicht ausgeschlossen. Freilich wird sich der Dritte oft wegen Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht auf Art. 33 Abs. 3 OR berufen können.

³³⁴ Eingehend zur Ungewöhnlichkeitsregel: *Schönenberger/Jäggi*, N 498f. zu Art. 1 OR, mit weiteren Hinweisen; *Jäggi/Gauch*, N 472 zu Art. 18 OR, mit Hinweisen auf neuere Literatur und Rechtsprechung; *Forstmoser P.*, in: Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, S. 46f.; *Giger H.*, im eben zitierten Werk, S. 66ff.

³³⁵ *Schwager*, BR 1980, S. 24; vgl. auch *Gauch*, BR 1979, S. 2.

³³⁶ Die für den Bauherrn ungewöhnliche Kundgabeklausel ist nicht nur dann unverbindlich, wenn dem Unternehmer die Ungewöhnlichkeit erkennbar ist (zu diesem Fall vgl. *Schwager*, BR 1980, S. 24; in allgemeinerem Zusammenhang vgl. auch *Schönenberger/Jäggi*, N 498 zu Art. 1 OR; *Merz*, N 166 zu Art. 2 ZGB), sondern ebenso, wenn es an der Erkennbarkeit der Ungewöhnlichkeit fehlt. In beiden Fällen liegt Dissens vor. Das ist für den ersten Fall anerkannt (*Merz*, a.a.O.; v. *Tuhr/Peter*, S. 302 Anm. 2a), gilt aber

F. Wirkungsdauer

Grundsätzlich ist eine Vollmachtskundgabe *zeitlich unbeschränkt* wirksam, d.h. 264
geeignet, Vertretungswirkungen nach Art. 33 Abs. 3 OR auszulösen. Von Geset-
zes wegen besteht keine Begrenzung der Wirkungsdauer. Doch kann der Vertrete-
ne die Wirkungsdauer der kundgegebenen Vollmacht und dadurch mittelbar auch
die Wirkungsdauer der Vollmachtskundgabe beschränken. Zwei Fälle sind zu
unterscheiden:

1. Der Vertretene gibt in der *Vollmachtsmitteilung* an, wie lange die (kundgege- 265
bene) Vollmacht Bestand haben soll. Alsdann kann sich der Dritte für Vertragsab-
schlüsse, welche nach Ablauf der angegebenen Vollmachtsdauer erfolgen, nicht
mehr auf die Kundgabe berufen. Gutgläubensschutz nach Art. 33 Abs. 3 OR fällt
damit ausser Betracht. Eine zeitliche Beschränkung der Vollmachtsdauer ist auf
verschiedene Weise möglich, namentlich durch Angabe eines bestimmten oder
unbestimmten Termins, an dem die Vollmacht ablaufen soll. In letzterem Fall hat
sich der Dritte selbst zu erkundigen, ob im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit
dem Vertreter der Termin bereits eingetreten ist.

Beispiel: A teilt dem B mit, er habe dem C Vollmacht erteilt; dieselbe gelte, bis sein 266
«normaler» Vertreter (D) aus den Ferien zurück sei. Schliesst B nach der Rückkehr des D mit
dem nun wieder vollmachtlosen C einen Vertrag, so findet er nach Art. 33 Abs. 3 OR keinen
Schutz.

2. Der Vertretene kann dem Dritten *mitteilen, die Vollmacht bestehe nicht im* 267
*kundgegebenen Umfange*³³⁷. Erfolgt eine solche Mitteilung – wie regelmässig – auf
schriftlichem Wege, muss sie sich der Dritte ab dem Moment des *Zugangs* entge-
genhalten lassen. Entscheidend ist also nicht die Kenntnisnahme, welche Bösgläu-
bigkeit bewirken und damit Gutgläubensschutz nach Art. 33 Abs. 3 OR ohnehin
ausschliessen würde; massgeblich ist vielmehr der Zeitpunkt, in dem das Schrift-
stück derart in den Machtbereich des Dritten gelangt, dass die Kenntnisnahme
«nach Anschauung des Lebens und unter normalen Umständen nur noch» von ihm
«oder den Einrichtungen seines Hauses oder Geschäfts abhängt»³³⁸ (Empfangs-
theorie). Auf den Zugang (nicht die Kenntnisnahme) abzustellen, rechtfertigt sich

auch im letztern Fall: Der Unternehmer darf zwar – anders als bei Erkennbarkeit der
Ungewöhnlichkeit – nach Treu und Glauben von der Geltung der Kundgabeklausel
ausgehen, umgekehrt muss aber der Bauherr nach Treu und Glauben nicht mit der
ungewöhnlichen Klausel rechnen. Zum gleichen Ergebnis (Ungültigkeit der Kundgabe-
klausel) gelangt man, wenn man annimmt, die auf eine ungewöhnliche Vollmachtskund-
gabe gerichtete Vertragserklärung des Bauherrn sei diesem nicht zurechenbar im Sinne
von Nr. 236 a.E.

337 Diese Mitteilung muss auf eine *der Vollmachtsmitteilung äquivalente Weise* erfolgen; vgl.
Nr. 302.

338 Keller/Schöbi, Allg. Lehren, S. 20 unten/21.

aus den allgemeinen Erwägungen, die der Empfangstheorie zugrundeliegen³³⁹. Zudem findet diese Auffassung eine Stütze in Art. 34 Abs. 3 OR, der für den verwandten Fall, da der Vertretene dem Dritten den Widerruf der richtig kundgegebenen Vollmacht mitteilt, ebenfalls auf die Empfangstheorie abstellt (Nr. 305)³⁴⁰.

3. Kenntnis des Dritten von der Vollmachtsmitteilung

- 268 Der Dritte ist nur schutzwürdig, wenn er bei Vertragsabschluss von der Vollmachtskundgabe Kenntnis hat³⁴¹. Das wurde bereits vorne in Nr. 207 dargelegt. Nachstehend bleiben Einzelheiten zu behandeln.

A. Zugang der Vollmachtsmitteilung genügt nicht

- 269 Der Satz, wonach der Dritte nach Art. 33 Abs. 3 OR zum vornherein nur geschützt ist, wenn er bei Vertragsabschluss von der Vollmachtsmitteilung Kenntnis hat, gilt ausnahmslos. Auch dort, wo die Vollmachtsmitteilung vermittelt eines Erklä-

³³⁹ Dazu v. Tuhr/Peter, S. 169.

³⁴⁰ Art. 34 Abs. 3 OR kann nicht unmittelbar, sondern nur dem Sinne nach herangezogen werden. Denn: Art. 34 Abs. 3 OR sieht die Empfangstheorie für den Fall vor, da der Vertretene eine richtig kundgegebene Vollmacht widerruft und hiervon dem Dritten Mitteilung macht (vgl. Nr. 294 i. V. m. Nr. 299, 305). Vorliegend geht es hingegen um die Frage, ob die Empfangstheorie auch für den Fall gelte, da der Vertretene von Anfang an eine unrichtige Kundgabe gemacht hat und nun dem Dritten eine Berichtigung zukommen lässt. Freilich liegt es nahe, sich auch hier für die Empfangstheorie auszusprechen. Das ergibt sich jedoch nicht unmittelbar aus Art. 34 Abs. 3 OR und versteht sich im übrigen auch nicht von selbst. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass sich Vertretungswirkungen zulasten des Vertretenen eher rechtfertigen, wenn dieser eine zu weite Vollmacht kundgibt (Art. 33 Abs. 3 OR), als wenn er eine zutreffende Vollmachtsmitteilung macht (Art. 34 Abs. 3 OR).

³⁴¹ Z. B. Zikos, S. 29, 31; Danuser, zit. in Anm. 259, S. 81 Anm. 4; Schwager, BR 1980, S. 25 (für die Anscheins- und Duldungsvollmacht). Sehr oft wird das fragliche Tatbestandsmerkmal überhaupt nicht erwähnt (so z. B. die Kommentare von Becker und Oser/Schönenberger) oder nur kurz (so z. B. Gauch/Schluelp/Jäggi, Nr. 1028, die festhalten, der Dritte werde nach Art. 33 Abs. 3 OR «in seinem Vertrauen auf die Kundgabe geschützt»; Vertrauen auf die Kundgabe aber setzt deren Kenntnis voraus). – Auch im deutschen Recht ist der Dritte nur bei Kenntnis der Vollmachtsmitteilung geschützt: z. B. Frotz, S. 300 unten/301f.; Picker, NJW 1973, S. 1800f.; BGH NJW 1956, S. 460, 461; BGH LM Nr. 10 zu § 167 BGB, Blatt 3 S. 1; BGH LM Nr. 13 zu § 167 BGB, Blatt 1 S. 2 Ziff. 2; implizite auch BGH NJW 1962, S. 1003. Zum Teil betreffen die zitierten Stellen die Anscheinsvollmacht; diese stellt zwar nach deutschem Recht keine Vollmachtskundgabe im Sinne von § 171 BGB dar (vgl. Anm. 274), doch ist die Problematik des Drittschutzes dieselbe wie bei Vollmachtsmitteilungen, so dass die Entscheide insoweit einschlägig sind. Einzelne Entscheide (z. B. BGH NJW 1962, S. 1003) und Literaturstellen (z. B. Picker, a.a.O.) sind zum Teil sehr instruktiv und können auch für das schweizerische Recht mit Nutzen verwertet werden.

Trägers erfolgt. Der Zugang des Erklärungsträgers beim Dritten genügt nicht. Dies im Unterschied zur Regelung bei den Willenserklärungen. Irreführend daher die Bemerkung bei v. Tuhr/Peter, «Anzeigen», worunter die Autoren auch die Vollmachtsmitteilungen rechnen³⁴², seien «in gewissen Beziehungen analog den Willensäußerungen zu behandeln, z. B. in der Frage des Zugehens»³⁴³. Die Regeln über den Zugang bei Willenserklärungen sind im Interesse des Erklärenden geschaffen. Sie sollen diesem das Risiko abnehmen, dass die im Machtbereich des Adressaten angelangte Erklärung nicht zu dessen Kenntnis kommt. Dem Zweck der Zugangsregeln würde es nun ersichtlich zuwiderlaufen, wollte man sie auch auf verkörperte Vollmachtsmitteilungen zur Anwendung bringen³⁴⁴. Denn der Vertretene hat ja selbstverständlich kein Interesse, dass seine Vollmachtsmitteilung bereits mit dem Zugang Wirkungen gemäss Art. 33 Abs. 3 OR entfaltet.

Beispiel: Vermieter V kündigt seinem Mieter M die Wohnung. Im Kündigungsschreiben teilt er anhangsweise unter «NB» mit: «Ihre Wohnung wird Herr X, dem ich hinsichtlich des gekündigten Mietverhältnisses Generalvollmacht erteilt habe, abnehmen.» M übersieht den Nachtrag «NB». Anlässlich der Wohnungsabnahme verzichtet X – im Namen des V – auf Schadenersatzforderungen jeglicher Art. Hatte X zur Abgabe einer solchen Verzichtserklärung keine Vollmacht, ist die Erklärung ungültig. M kann sich nicht auf Art. 33 Abs. 3 OR berufen, da er im Zeitpunkt der Verzichtserklärung von der (zugegangenen!) Vollmachtsmitteilung unter «NB» keine Kenntnis hatte. Dieses Ergebnis ist durchaus sachgerecht, hat doch M nur dem X vertraut (an den er sich allenfalls gemäss Art. 39 OR halten kann) und nicht dem V. 270

Dem Zugang einer (verkörperten) Vollmachtsmitteilung kommt immerhin **prozessuale Bedeutung** zu. In dem Sinne, dass sich an den Beweis des Zugangs die tatsächliche Vermutung knüpft, die Vollmachtsmitteilung sei dem Dritten mit dem Zugang bekannt geworden³⁴⁵. Dem Vertretenen steht aber der Gegenbeweis offen³⁴⁶. 271

B. Unmittelbare und mittelbare Kenntnis

Art. 33 Abs. 3 OR setzt nicht voraus, dass der Dritte das Kundgabeverhalten des Vertretenen unmittelbar erkennt³⁴⁷. Es genügt, dass seine Kenntnis aufgrund der 272

³⁴² v. Tuhr/Peter, S. 176 Anm. 19.

³⁴³ v. Tuhr/Peter, S. 177.

³⁴⁴ Ebenso für das deutsche Recht: Frotz, S. 281 unten/282.

³⁴⁵ Vgl. Palandt/Heinrichs, N 2 zu §§ 170/173 BGB.

³⁴⁶ Bestehen trotz des Zugangs Zweifel, ob der Dritte bei Vertragsabschluss von der Vollmachtsmitteilung Kenntnis hatte, so wirkt sich dies zuungunsten des Dritten aus. Denn er trägt die Beweislast hinsichtlich der Kenntnis der Vollmachtsmitteilung. An der Beweislastregelung wird durch die mit dem Zugang verbundene tatsächliche Vermutung nichts geändert (vgl. Kummer, N 363f. zu Art. 8 ZGB).

³⁴⁷ Entsprechendes gilt im deutschen Recht: vgl. den Entscheid des BGH, abgedruckt in NJW 1962, S. 1003, mit Kritik an der Auffassung der Vorinstanz (OLG Konstanz); vgl. auch Canaris, S. 510 Anm. 27.

allgemeinen Erfahrung den Schluss auf ein Kundgabeverhalten zulässt. Die gegenteilige Auffassung würde dem Art. 33 Abs. 3 OR praktisch jeden Anwendungsbereich entziehen. Denn selbst bei alltäglichen Vollmachtsmitteilungen ist das Mitteilungsverhalten kaum je unmittelbar erkennbar. Wenn beispielsweise der Vertretene eine schriftliche Vollmachtsmitteilung durch die Post übermitteln lässt, so besteht das Kundgabeverhalten aus der Niederschrift der Mitteilung und deren Übergabe an die Post. Von beidem wird der Adressat in der Regel keine Kenntnis haben. Er könnte sich demnach, wollte man unmittelbare Kenntnis des Kundgabeverhaltens verlangen, praktisch nie auf Art. 33 Abs. 3 OR berufen. Das kann selbstverständlich nicht rechtens sein. Es muss genügen, dass der Adressat vom Brief Kenntnis hat, was nach der allgemeinen Lebenserfahrung den Schluss auf eine Vollmachtsmitteilung zulässt³⁴⁸. (Ist allerdings der Brief gefälscht oder der Post ohne den Willen des Vertretenen übergeben worden, so liegt nur ein scheinbares Kundgabeverhalten vor, das nicht unter Art. 33 Abs. 3 OR fällt; Nr. 231.)

4. Berechtigte Gutgläubigkeit des Dritten

A. Begriff des guten Glaubens

- 273 Der gute Glaube ist eine Bewusstseinslage (Nr. 2). Diese besteht bei Art. 33 Abs. 3 OR im **Vertrauen auf das Vorliegen einer für den Vertragsabschluss genügenden Vollmacht** (Nr. 208). Das ist freilich nicht unbestritten. Einzelne Autoren umschreiben den guten Glauben als Nichtkenntnis des Vollmachtsmangels³⁴⁹. Nach dieser Auffassung liegt böser Glaube nur bei Kenntnis des Vollmachtsmangels vor. Versteht man hingegen den guten Glauben als Vertrauen auf den Vollmachtsbestand, so ist der Kenntnis des Vollmachtsmangels der Fall gleichgestellt, da der Dritte den Vollmachtsbestand für zweifelhaft hält (Nr. 198). Diese Gleichstellung scheint sachlich angemessen; darauf ist bei der Gutglaubensdefinition Rücksicht zu nehmen – und das unabhängig davon, ob man eine «positive» oder eine «negative» Definition befürwortet (zu den Vorteilen einer «positiven» Definition siehe vorne Anm. 233).
- 274 *Praktisch* ist es freilich von geringer Bedeutung, ob man den guten Glauben in der einen oder andern Weise definiert. Hält nämlich der Dritte den Vollmachtsbestand (bei Vertragsabschluss, Nr. 286) für zweifelhaft, so ist er zwar nach der einen Definition gut-, nach der andern bösgläubig; Gutglaubensschutz ist jedoch auch bei Bejahung guten Glaubens regelmässig ausgeschlossen, da Art. 3 Abs. 2 ZGB, der

³⁴⁸ Auch ist nicht erforderlich, dass der Adressat des Briefs diesen mit eigenen Augen liest. Es genügt, dass er sich den Inhalt des Schreibens von einer andern Person, z.B. seiner Sekretärin, mitteilen lässt; vgl. BGE 62 II 153.

³⁴⁹ Z.B. *Keller/Schöbi*, Allg. Lehren, S. 65. Die Ausführungen dieser Autoren beziehen sich zwar auf Art. 34 Abs. 3 OR; aus dem Kontext ergibt sich jedoch, dass für Art. 33 Abs. 3 OR das gleiche gelten soll.

im Bereiche des Art. 33 Abs. 3 OR ebenfalls Anwendung findet (Nr. 282), einer Berufung auf den guten Glauben entgegensteht. Immerhin gibt es Ausnahmefälle, in denen Zweifel am Vollmachtsbestand nach Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht erheblich sind. Zu denken ist beispielsweise an den Fall, da die nach Art. 3 Abs. 2 ZGB erforderlichen Nachforschungen die Zweifel zerstreut und die Überzeugung gefördert hätten, die (nicht bestehende) Vollmacht liege vor. Dann ist Gutgläubenschutz zwar ausgeschlossen, wenn man wegen der Zweifel Gutgläubigkeit verneint; bejaht man hingegen Gutgläubigkeit, ist der Dritte unter Umständen geschützt, da Art. 3 Abs. 2 ZGB die Berufung auf den guten Glauben nur verwehrt, wenn die Vornahme der unterlassenen Nachforschungen den guten Glauben zerstört hätte (Nr. 137, 159f.).

B. Herleitung des Gutgläubigkeitserfordernisses

Im Wortlaut des Art. 33 Abs. 3 OR kommt das Gutgläubigkeitserfordernis nicht zum Ausdruck. Es ergibt sich jedoch eindeutig aus dem **systematischen Zusammenhang mit Art. 34 Abs. 3 OR**, der guten Glauben des Dritten ausdrücklich voraussetzt: 275

Die beiden Bestimmungen regeln eng verwandte Tatbestände (Nr. 205f.); sie schützen das Vertrauen des Dritten auf eine Vollmachtsmitteilung des Vertretenen. Wollte man im einen Fall (Art. 34 Abs. 3) Gutgläubigkeit des Dritten verlangen, im andern (Art. 33 Abs. 3) nicht, so entstünde ein Wertungswiderspruch. Dieser ist durch entsprechende Auslegung des Art. 33 Abs. 3 OR zu vermeiden: indem Gutgläubigkeit des Dritten als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Bestimmung angenommen wird. 276

In der Lehre steht nicht so sehr der systematische Zusammenhang mit Art. 34 Abs. 3 OR im Vordergrund als vielmehr die Überlegung, nur der gutgläubige Dritte verdiene den Schutz des Art. 33 Abs. 3 OR^{349a}. Dieses Argument ist für sich allein aber nicht recht überzeugend, da der Gesetzgeber selbstverständlich vorsehen könnte, eine Vollmachtsmitteilung ersetze eine ungenügende oder nicht vorhandene Vollmacht und dementsprechend sei dem Vertretenen die Berufung auf eine von der Vollmachtsmitteilung abweichende Vollmacht unabhängig von der Bewusstseinslage des Dritten zu versagen; das mag der Hinweis verdeutlichen, dass in der älteren deutschen Lehre heftig umstritten war, ob § 171 Abs. 1 BGB, die Parallelbestimmung zu Art. 33 Abs. 3 OR, Gutgläubigkeit des Dritten voraussetze oder nicht³⁵⁰. 277

^{349a} Vgl. z.B. Oser/Schönenberger, N 17 zu Art. 33 OR.

³⁵⁰ § 173 BGB macht zwar Vertretungswirkungen nach § 171 Abs. 2 BGB (Fall des Art. 34 Abs. 3 OR) von gutem Glauben des Dritten abhängig, nicht hingegen Vertretungswirkungen nach § 171 Abs. 1 BGB (Fall des Art. 33 Abs. 3 OR). In den ersten Jahren nach Erlass des BGB lehnte die Lehre eine analoge Anwendung des § 173 BGB auf den Tatbestand des § 171 Abs. 1 BGB mehrheitlich ab. Erst durch eine Entscheidung des

C. Ausnahmsweise Schutz des Dritten auch bei Bösgläubigkeit?

a) Zur Lehre Peters von den Weisungen

- 278 *Peter* vertritt im Lehrbuch v. Tuhr/*Peter* die Auffassung, unter Umständen schütze eine Vollmachtsmitteilung den Dritten selbst im Falle bösen Glaubens. Das könne zutreffen, wenn der Vertretene Weisungen erteilt. Mit Weisungen meint *Peter* «Vorschriften, die der Vollmachtgeber dem Vertreter bezüglich des Gebrauchs der Vollmacht gibt ... So kann z. B. jemand dem V eine unbeschränkte Vollmacht zum Ankauf eines Grundstücks geben und ihm gleichzeitig zur Pflicht machen, ein Grundstück von bestimmter Beschaffenheit zu erwerben ...»³⁵¹ Solche Weisungen sollen zwar «den Umfang der Vollmacht umschreiben»³⁵²; im Fall einer Vollmachtskundgabe «brauchen sie» jedoch – so immer *Peter* – «vom Dritten selbst dann nicht beachtet zu werden, wenn er sie kennt»³⁵³, wenn er also bösgläubig ist. Zur Illustration des Gesagten, was folgt: Wenn im vorerwähnten Beispiel V ein Grundstück mit weisungswidriger Beschaffenheit erwirbt, so kann sich der Verkäufer, falls über die Vollmacht V's keine Mitteilung erfolgt war, auf den Kaufvertrag nicht berufen. Der Vertrag ist wegen der mangelnden Vollmacht des V gescheitert; daran ändert auch Gutgläubigkeit des Verkäufers nichts. War indes die Vollmacht dem Verkäufer kundgegeben, so soll dieser nach *Peters* Ansicht geschützt sein; und das sogar dann, wenn er bei Vertragsabschluss von der Weisungswidrigkeit Kenntnis hatte, also bösgläubig war.
- 279 Die Auffassung *Peters* ist **abzulehnen**; sie krankt an einem Widerspruch: *Entweder* nimmt man (wie dies noch v. Tuhr³⁵⁴ und *Siegwart*³⁵⁵ in den Vorauslagen des «v. Tuhr/*Peter*» getan haben) an, dass Weisungen den Umfang der Vollmacht nicht beschränken. Dann schadet es dem Dritten nicht, wenn er vom weisungswidrigen Verhalten des Vertreters Kenntnis hat, sofern der Vertreter nur die Grenzen der Vollmacht einhält^{356, 357}. *Oder* aber man vertritt mit der herrschenden Lehre³⁵⁸ die

Reichsgerichts vom 19. 3. 1924 wurde der Gegenmeinung zum Durchbruch verholfen. Heute ist das Gutgläubigkeitserfordernis auch für den Tatbestand des § 171 Abs. 1 BGB durchwegs anerkannt. Zum Vorstehenden vgl. *Frotz*, S. 302 ff.

351 v. Tuhr/*Peter*, S. 362.

352 v. Tuhr/*Peter*, S. 362 Anm. 43a.

353 v. Tuhr/*Peter*, S. 362.

354 v. Tuhr A., Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, zwei Bände, Tübingen 1924, S. 293 f.

355 v. Tuhr/*Siegwart*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, zwei Bände, 2. Aufl., Zürich 1942/44, S. 315.

356 Vorzubehalten ist alsdann (so auch v. Tuhr und v. Tuhr/*Siegwart*) nur der Fall, da der Dritte, indem er sich auf die Vertragsgültigkeit beruft, gegen Treu und Glauben verstößt. Das ist namentlich bei Kollusion (zum Begriff vgl. BGE 77 II 142) zwischen Vertreter und Drittem der Fall.

357 So z. B. *Engel*, S. 268.

358 Nachweise bei v. Tuhr/*Peter*, S. 362 Anm. 44a; ferner *Bucher*, S. 553 Anm. 26.

Auffassung, dass Weisungen den Vollmachtsumfang beschränken. Dann muss dies aber auch für den Fall der Vollmachtskundgabe gelten. Der Dritte ist dann bei weisungs- und damit vollmachtswidrigem Verhalten des Vertreters nach Massgabe des Art. 33 Abs. 3 OR geschützt. Hat jener von der Weisungswidrigkeit Kenntnis, so findet er – da die Bestimmung Gutgläubigkeit voraussetzt – keinen Schutz. Es sei denn, man würde hier ausnahmsweise auch dem Bösgläubigen Schutz angedeihen lassen. Gründe für eine solche Ausnahme liegen jedoch – mit dem in Nr. 280 gemachten Vorbehalt – nicht vor und werden auch von *Peter* nicht geltend gemacht³⁵⁹.

b) Absichtlich zu weite Vollmachtskundgabe

Beruft sich der Vertretene zulasten des bösgläubigen Dritten auf die wirkliche Vollmachtslage, so handelt er unter Umständen **rechtsmissbräuchlich**; in einem solchen Fall ist der Dritte wie ein Gutgläubiger zu behandeln. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten ist aber nur ausnahmsweise anzunehmen. In Betracht kommen (wohl) zum vornherein nur Fälle, in denen der Vertretene absichtlich (nicht irrtümlich) eine zu weite Vollmacht kundgegeben hat und er sich nachträglich auf die tatsächliche Vollmacht des Vertreters beruft. Aber auch eine absichtlich zu weite Vollmachtskundgabe lässt die Berufung auf die wirkliche Vollmachtslage nicht ohne weiteres als rechtsmissbräuchlich erscheinen; vorauszusetzen ist jedenfalls, dass der Dritte die Abweichung von Vollmacht und Vollmachtskundgabe *nicht von allem Anfang an erkannt hat*. Und selbst bei Vorliegen dieser Voraussetzung müssen im Einzelfall noch besondere Gründe vorliegen, damit die Annahme des Rechtsmissbrauchs gerechtfertigt ist; so z. B. der Umstand, dass der Dritte, hätte er die Diskrepanz zwischen Vollmacht und Vollmachtskundgabe von Anfang an erkannt, sich gar nicht auf Vertragsverhandlungen mit dem Vertreter eingelassen hätte.

Dass bewusst eine zu weite Vollmacht kundgegeben wird, ist keine Seltenheit. Man denke z. B. «an die Lage des A, welcher den B ermächtigt, sein (des A) Haus zu mindestens 200 000 zu verkaufen. Notiert er diesen genauen Inhalt der Vollmacht in der Bevollmächtigungsurkunde, dann beraubt er den B (der die Urkunde vorzuweisen hat) von vorneherein der Möglichkeit eines geschickten Operierens. Kein Interessent wird mehr als 200 000 zahlen wollen. Aus reinen Gründen der Taktik wird A dem B eine Urkunde in die Hand geben müssen, in welcher B schlechtweg, ohne Einschränkung, als zum Verkauf ermächtigt erklärt wird. Daraus resultiert eine Abweichung zwischen externer Kundgabe und in Wahrheit bestehender Vollmachtslage. Dem Verkehr gegenüber ist die Vollmacht weiter umschrieben, als sie in Wirklichkeit erteilt ist.»³⁶⁰

³⁵⁹ Die Auffassung *Peters* ist wohl durch die unklaren Ausführungen in BGE 99 II 44f. mitverursacht.

³⁶⁰ v. Büren I, S. 153 unten/154. Vgl. auch *Canaris*, S. 44 Anm. 51.

D. Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 2 ZGB

- 282 Der gute Glaube des Dritten muss im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB berechtigt sein³⁶¹.³⁶² Die Berufung auf Art. 33 Abs. 3 OR geht somit dann fehl, wenn ein Durchschnittsmensch den Vollmachtsmangel hätte erkennen oder zumindest den Vollmachtsbestand für fraglich hätte ansehen müssen. Was vorne in Nr. 145 ff. zu Art. 3 Abs. 2 ZGB im allgemeinen ausgeführt wurde, gilt auch hier. **Ergänzungen**, die speziell den Tatbestand des Art. 33 Abs. 3 OR betreffen, sind in zweifacher Hinsicht anzubringen:
- 283 1. Art. 3 Abs. 2 ZGB statuiert keine generelle Pflicht, sich nach allfälligen Rechtsmängeln zu erkundigen (Nr. 152). Das gilt beim Tatbestand des Art. 33 Abs. 3 OR in besonderem Masse. Denn durch die Vollmachtsmitteilung wird ja gerade bezweckt, den Dritten von Nachforschungen nach dem Vollmachtsbestand zu entlasten. Trotz einer Vollmachtsmitteilung können aber im Einzelfalle Umstände vorliegen, die zu Nachforschungen zwingen; so etwa ein Streit, der zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter ausgebrochen ist³⁶³.
- 284 2. Oft kommt in der Praxis vor, dass der **Vertreter nach dem Inhalt der Vollmachtsmitteilung zum selbständigen Vertragsabschluss befugt ist, intern jedoch den Vertrag erst nach Rücksprache mit dem Vertretenen schliessen darf**. Der Dritte, dem die Abmachung zwischen Vertreter und Vertretenem bekannt ist, darf grundsätzlich davon ausgehen, der Vertreter habe die erforderliche Vertragsgenehmigung eingeholt. Die immer gegebene Möglichkeit, dass dies nicht zutrifft, begründet ohne Vorliegen besonderer Verdachtsgründe keinen nach Art. 3 Abs. 2 ZGB erheblichen Zweifel. Wenn im Beispiel aus Anm. 244 die Gegenpartei mit dem Anwalt einen Vergleich schliesst, ohne sich nach dessen Vollmacht beim Mandanten zu erkundigen, so schadet ihr dies grundsätzlich nicht. Vorbehalten ist nur der Fall, da ihr konkrete Zweifel kommen mussten, ob der Anwalt (z. B. weil er seine «externe Vollmacht» schon einmal missbraucht hatte) die Zustimmung zum Vergleich tatsächlich eingeholt habe³⁶⁴.
- 285 In den vorliegenden Zusammenhang gehört auch der bereits erwähnte BGE 77 II 138 ff. (Nr. 257): Die Hugglers bemühten sich um den Kauf einer Liegenschaft, die

³⁶¹ Das folgt wiederum aus dem systematischen Zusammenhang zwischen Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR: Diese Bestimmung macht die Vertretungswirkung klarerweise von berechtigtem gutem Glauben abhängig (Nr. 201); für Art. 33 Abs. 3 OR kann angesichts seiner engen Verwandtschaft mit Art. 34 Abs. 3 OR nichts anderes gelten.

³⁶² Zu beachten ist aber: Wenn der Vertretene unter Umständen schon durch die Berufung auf den bösen Glauben des Dritten gegen Treu und Glauben verstösst (Nr. 280), so muss noch viel mehr gelten, dass er durch den Einwand, der gute Glaube des Dritten sei im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB verschuldet, gegen Treu und Glauben verstossen kann.

³⁶³ Vgl. BJM 1957, S. 43; Löwisch, zit. in Anm. 221, Fall 25/3, v. a. S. 35 unten.

³⁶⁴ Vgl. Merz, zit. in Anm. 285, S. 355; ZR 1974, S. 232 ff.; BGE 31 II 632 ff. = ZR 1905, Nr. 217.

dem Nägeli und der Frau Anderegg gehörte. Im Jahre 1940 oder 1941 erhielten sie Bescheid, die Liegenschaft werde nicht verkauft. 1948 bemühte sich Frau Huggler erneut um das Grundstück. Dieses wurde ihr nun von Neiger, der die Liegenschaft jahrelang verwaltet hatte, verkauft. Neiger, der keine Vollmacht zum Verkauf der Liegenschaft besass, legitimierte sich durch eine Vollmachtsurkunde, die aus dem Jahre 1930 datierte. Das Bundesgericht nahm an, Frau Huggler habe davon ausgehen dürfen, Nägeli und Frau Anderegg hätten ihre ursprüngliche Ablehnung gegen einen Grundstückverkauf aufgegeben und den Neiger (nach 1940 bzw. 1941) mit dem Verkauf bevollmächtigt.

E. Die massgebende Zeit

Der (berechtigte) gute Glaube des Dritten muss im **Zeitpunkt des Vertragsabschlusses** mit dem Vertreter vorliegen. Mala fides superveniens schadet nach allgemeiner Regel (Nr. 184) nicht. Hat der Dritte *vor* Vertragsabschluss hinsichtlich des Vollmachtsbestands Zweifel, so ist er zwar bösgläubig (Nr. 273); das schliesst aber den Schutz des Art. 33 Abs. 3 OR nicht aus, sofern die Zweifel nur bis zum Vertragsabschluss der Überzeugung weichen, Vollmacht liege vor. Der gute Glaube braucht eben bloss bei Vertragsabschluss gegeben zu sein. 286

5. Die Rechtsfolge: Eintritt der Vertretungswirkung

1. Sind die Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 3 OR erfüllt, ist es zu halten, wie wenn der Vertreter mit Vertretungsmacht gehandelt hätte (Nr. 215): Der Rechtsmangel (Fehlen der Vertretungsmacht) wird **geheilt**. Das bedeutet – entsprechend dem in Nr. 114ff. Gesagten – namentlich ein Zweifaches: 287

– Mit dem Vertragsabschluss durch den Vertreter tritt die *Vertretungswirkung* ein; und zwar *ex lege*: ohne dass dem Dritten die Wahl zusteht, sich für oder gegen die Vertretungswirkung zu entscheiden³⁶⁵. Stünde dem Dritten ein solches Wahlrecht zu, so wäre er besser gestellt als im Fall, da der Vertreter mit Vertretungsmacht gehandelt hätte. Eine solche Besserstellung kann aber mit Art. 33 Abs. 3 OR nicht bezweckt sein³⁶⁶. 288

Dass die Vertretungswirkung eintritt, besagt nicht, dass ein gültiger Vertrag zustandekommt. Hat beispielsweise der Vertreter den Vertrag über eine unmögliche Leistung geschlossen, so ist der Vertrag ebenso nichtig (Art. 20 OR), wie wenn der Vertreter mit 289

³⁶⁵ Anders ein Teil der Lehre zum deutschen Recht; v. a. *Canaris*, S. 518, 520, und ihm folgend *Thiele*, Münchener Kommentar, N 72 zu § 167 BGB; ähnlich auch *Peters*, AcP 1979, S. 242, Ziff. 5. Die herrschende Lehre lehnt dagegen das fragliche Wahlrecht ab (Nachweise in NJW 1983, S. 1309), ebenso der BGH (NJW 1983, S. 1308ff., in Anlehnung an BGHZ 61, S. 68f. = NJW 1973, S. 1691).

³⁶⁶ Vgl. *Bader*, zit. in Anm. 274, S. 172, in bezug auf das deutsche Recht.

Vertretungsmacht gehandelt hätte; Art. 33 Abs. 3 OR ändert an der Nichtigkeit nichts. War der Vertreter bei Vertragsabschluss in einem wesentlichen Irrtum befangen, so ist der Vertrag einseitig unverbindlich usw.³⁶⁷

290 – Für die *Übertragung von Rechten*, die der Dritte gestützt auf Art. 33 Abs. 3 OR erwirbt, gelten *die allgemeinen Regeln des Erb-, Abtretungsrechts usw.* Der Erwerber ist nicht auf Gutgläubensschutz angewiesen. Denn Art. 33 Abs. 3 OR lässt wirkliche Rechte entstehen, nicht bloss scheinbare, für die lediglich eine Übertragung unter Gesichtspunkten des Gutgläubensschutzes in Frage käme³⁶⁸.

291 2. *Jedermann*, der ein Interesse hat – und nicht nur der Dritte –, kann sich auf den Eintritt der Vertretungswirkung nach Art. 33 Abs. 3 OR berufen. Das ist vor allem für den nach Art. 39 OR belangten Vertreter bedeutsam: Dieser kann einwenden, die Vertretungswirkung sei nach Art. 33 Abs. 3 OR eingetreten, was eine Haftung nach Art. 39 OR ausschliesse^{369, 370}.

292 3. Die dargestellte Rechtslage ist für den Dritten mit einem erheblichen **Prozessrisiko** verbunden: Wenn er den Vertretenen aus Art. 33 Abs. 3 OR belangt und mit seinem Anspruch abgewiesen wird, so ist der Richter in einem zweiten Prozess, in dem der Dritte den Vertreter aus Art. 39 OR belangt, grundsätzlich nicht an die Auffassung gebunden, es fehle am Tatbestand des Art. 33 Abs. 3 OR. Entscheidet er insoweit gegenteilig, so entfällt auch ein Anspruch aus Art. 39 OR, da diese Bestimmung eben den Nichteintritt der Vertretungswirkung voraussetzt (Nr. 373). Umgekehrt gilt Entsprechendes, wenn der Dritte vorerst den Vertreter aus Art. 39 OR belangt und nach negativem Prozessausgang den Vertretenen nach Art. 33 Abs. 3 OR. Um der Gefahr eines solch doppelten Prozessverlustes zu entgehen, kann der Dritte dem im Erstprozess nicht ins Recht gefassten Vertreter bzw. Vertretenen den *Streit verkünden*³⁷¹. Bei rechtzeitiger Streitverkündung wird dem Litisdenunzianten in einem allfälligen Prozess gegen den Dritten der Einwand abgeschnitten, die Frage der Vertretungswirkung nach Art. 33 Abs. 3 OR sei im Erstprozess unzutreffend entschieden worden³⁷².

³⁶⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang ZR 1944, S. 316 linke Spalte.

³⁶⁸ Vgl. *Canaris*, S. 521, in bezug auf das deutsche Recht.

³⁶⁹ Ausnahmsweise (nicht generell, vgl. demgegenüber *Homberger*, N 41 zu Art. 933 ZGB) mag der Vertreter gegen Treu und Glauben verstossen, wenn er sich auf den Eintritt der Vertretungswirkung infolge Gutgläubigkeit des Dritten beruft. Alsdann steht dem Dritten zur Durchsetzung eines Schadenersatzanspruchs aus Art. 39 OR die *exceptio doli* zur Verfügung.

³⁷⁰ Der Nichteintritt der Vertretungswirkung ist eine negative Voraussetzung des Art. 39 OR (hinten Nr. 373 ff.).

³⁷¹ Vgl. *Walder H. U.*, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1983, S. 184 f., 187, in bezug auf den Fall, da eine «normale» Vertretungswirkung nach Art. 32 OR bzw. ein Anspruch aus Art. 39 OR in Frage stehen.

³⁷² Dieser Einwand bleibt dem Litisdenunzianten nur erhalten, wenn er zu beweisen vermag, dass der ungünstige Ausgang im Erstprozess durch den Dritten verschuldet wurde; vgl. *Guldener M.*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 313.

III. Art. 34 Abs. 3 OR

Art. 34 OR

Eine durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung kann vom Vollmachtgeber jederzeit beschränkt oder widerrufen werden, unbeschadet der Rechte, die sich aus einem unter den Beteiligten bestehenden anderen Rechtsverhältnis, wie Einzelarbeitsvertrag, Gesellschaftsvertrag, Auftrag, ergeben können.

Ein vom Vollmachtgeber zum voraus erklärter Verzicht auf dieses Recht ist ungültig.

Hat der Vertretene die Vollmacht ausdrücklich oder tatsächlich kundgegeben, so kann er deren gänzlichen oder teilweisen Widerruf gutgläubigen Dritten nur dann entgegensetzen, wenn er ihnen auch diesen Widerruf mitgeteilt hat.

Wie gleich nachstehend *1.* gezeigt wird, **decken sich die Tatbestände von Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR weitgehend; die Rechtsfolgen sind identisch** (Vertretungswirkung). Die Behandlung des Art. 34 Abs. 3 OR kann daher kurz gehalten werden. Einer eingehenden Erörterung bedarf nur ein Tatbestandsmerkmal: das Fehlen der Widerrufsmittel; dazu 2. Art. 34 Abs. 3 OR betrifft nach seinem Wortlaut nur den Fall, da eine kundgegebene Vollmacht durch Widerruf untergeht. Ob die Bestimmung analoge Anwendung findet, wenn eine kundgegebene Vollmacht nach Art. 35 OR erlischt, ist umstritten. Zu dieser Streitfrage nehme ich unter 3. Stellung.

1. Regelungsgehalt im Überblick

1. Art. 34 Abs. 3 OR ist mit dem vorstehend ausgelegten Art. 33 Abs. 3 OR aufs engste verwandt. Beide Bestimmungen betreffen den Sachverhalt, da ein gutgläubiger Dritter gestützt auf eine Vollmachtskundgabe des Vertretenen mit dem Vertreter einen Vertrag schliesst, zu dessen Abschluss dieser – entgegen der Kundgabe – keine (genügende) Vollmacht hat. Während jedoch beim Tatbestand des Art. 33 Abs. 3 OR der Vertretene eine zu weite Vollmacht kundgibt, stimmt beim Tatbestand des Art. 34 Abs. 3 OR die Vollmachtskundgabe mit der Vollmacht vorerst überein und wird erst nachträglich durch Widerruf der Vollmacht unzutreffend (Nr. 206)³⁷³. Die Voraussetzungen, unter denen der gute Glaube des

³⁷³ Dass die wirklich erteilte Vollmacht mit der kundgegebenen übereinstimmt, ist der *Hauptfall*, auf den Art. 34 Abs. 3 OR anwendbar ist. Die Bestimmung findet aber auch auf den (Neben-)Fall Anwendung, da die wirklich erteilte Vollmacht weiter geht als die kundgegebene, nachträglich aber durch Widerruf hinter dem kundgegebenen Umfang zurückbleibt (vgl. Nr. 206). Dieser Nebenfall bleibt im folgenden ausser Betracht. – Ebenfalls ausser Betracht bleibt der folgende Fall: Der Vertretene gibt eine zu weite Vollmacht kund; durch Widerruf wird die ohnehin schon bestehende Diskrepanz zwischen tatsächlicher und kundgegebener Vollmacht noch grösser. Dass ein gutgläubiger Dritter, der sich auf die Kundgabe verlässt, geschützt sein muss, versteht sich ohne weiteres; das folgt aus dem Zweckgedanken nicht nur des Art. 34 Abs. 3 OR, sondern auch des Art. 33 Abs. 3 OR. – Zum Fall, da der Vertretene eine zu weite Vollmacht kundtut und diese in der Folge nach Art. 35 OR (nicht durch Widerruf) erlischt, vgl. Anm. 396.

Dritten geschützt ist, decken sich bei beiden Bestimmungen weitgehend. Art. 34 Abs. 3 OR setzt voraus³⁷⁴:

- 295 – Eine (zutreffende) Vollmachtsmitteilung des Vertretenen an den Dritten; dazu vorne Nr. 218ff.
- 296 – Kenntnis des Dritten von der Vollmachtsmitteilung; dazu vorne Nr. 268ff.
- 297 – Berechtigte Gutgläubigkeit des Dritten; dazu vorne Nr. 273ff.
- 298 – Ganzes oder teilweises Erlöschen der (kundgegebenen) Vollmacht durch Widerruf; erlischt die Vollmacht aus einem der in Art. 35 OR erwähnten Gründe, findet Art. 34 Abs. 3 OR keine Anwendung, weder unmittelbare noch analoge (hinten Nr. 310). – Der Begriff des Widerrufs in Art. 34 Abs. 3 OR ist der gleiche wie in Art. 34 Abs. 1 OR. Er ist demnach eine Willenserklärung des Vertretenen an den Vertreter, die Vollmacht sei (ex nunc) beendet. Darauf ist hier nicht weiter einzutreten.
- 299 Schliesslich setzt Gutglaubensschutz nach Art. 34 Abs. 3 OR voraus, dass dem Dritten der Vollmachtswiderruf vor Vertragsabschluss nicht mitgeteilt wird³⁷⁵. Ein entsprechendes Tatbestandsmerkmal kennt auch Art. 33 Abs. 3 OR: Die Vertretungswirkung nach dieser Bestimmung setzt voraus, dass dem Dritten vor Vertragsabschluss keine Mitteilung gemacht wird, die Vollmacht bestehe nicht im kundgegebenen Umfang (Nr. 267). Während jedoch eine solche Mitteilung kaum je vorkommt (sie fällt bei einer irrtümlich zu weiten Kundgabe erst nach Aufdeckung des Irrtums in Betracht; bei einer absichtlich zu weiten Kundgabe hat der Vertretene an der betreffenden Mitteilung gar kein Interesse), ist eine Widerrufsmittelung keine Seltenheit. Denn wer eine Vollmacht widerruft, hat in der Regel alles Interesse, dies publik zu machen, damit Dritte mit dem «entrechteten» Vertreter nicht mehr kontrahieren. Die Widerrufsmittelung behandle ich daher noch eingehend (Nr. 301ff.).
- 300 2. Die Rechtsfolge des Art. 34 Abs. 3 OR besteht im Eintritt der Vertretungswirkung³⁷⁶. Dies wird freilich ebensowenig wie in Art. 33 Abs. 3 OR ausdrücklich gesagt. Art. 34 Abs. 3 OR sieht vielmehr vor, der Vertretene könne dem Dritten den «Widerruf» der Vollmacht nicht «entgegensetzen». Gemeint ist: Der Vertretene muss sich behandeln lassen, wie wenn kein Vollmachtswiderruf erfolgt wäre und mithin die Vollmacht bei Vertragsabschluss noch Bestand gehabt hätte. Das aber kommt im Ergebnis der Anordnung der Vertretungswirkung gleich. Die Vertre-

³⁷⁴ Unerwähnt gelassen sind im Text die Voraussetzungen, die für alle vertretungsrechtlichen Gutglaubensvorschriften gleichermassen gelten (Nr. 189ff.).

³⁷⁵ Vgl. BGE 54 II 282.

³⁷⁶ Z. B. *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1025 i.V.m. Nr. 1036; im übrigen wird dies selten ausdrücklich gesagt.

tungswirkung tritt *ex lege* ein; der Dritte kann sie nicht ablehnen³⁷⁷ (vgl. Nr. 288 zu Art. 33 Abs. 3 OR). Jedermann, der ein Interesse hat, kann sich auf die Vertretungswirkung berufen; auch insoweit gilt das zu Art. 33 Abs. 3 OR Gesagte entsprechend (Nr. 291).

2. Negatives Tatbestandsmerkmal: Fehlen der Widerrufsmitteilung

Art. 34 Abs. 3 OR sieht vor: Der Vertretene kann dem Dritten den Widerruf der kundgegebenen Vollmacht «entgegensetzen, wenn er» ihm auch den «Widerruf mitgeteilt hat». Das versteht sich von selbst, wenn der Dritte von der Widerrufsmitteilung Kenntnis hat. Diesfalls ist er bösgläubig, eine Berufung auf Art. 34 Abs. 3 OR entfällt schon daher. Eine Widerrufsmitteilung kann jedoch auch dem gutgläubigen Dritten die Berufung auf Art. 34 Abs. 3 OR abschneiden³⁷⁸; insoweit ist zu bemerken:

1. Nicht jede Widerrufsmitteilung schliesst Gutglaubensschutz nach Art. 34 Abs. 3 OR aus³⁷⁹. Erforderlich ist eine **der Vollmachtskundgabe gleichwertige (Oser/Schönenberger: «äquivalente») Widerrufsmitteilung**³⁸⁰. Die Gleichwertigkeit ist auf jeden Fall dann zu bejahen, wenn die Widerrufsmitteilung durch einen der Vollmachtskundgabe entsprechenden *actus contrarius* erfolgt³⁸¹. Hat beispielsweise der Vertretene dem Dritten eine Vollmacht mündlich kundgetan, so genügt eine mündliche Widerrufsmitteilung; wurde die Vollmacht durch einen Anschlag oder in einer Zeitung öffentlich bekanntgemacht, so liegt der dem Art. 34 Abs. 3 OR genügende *actus contrarius* in der Bekanntmachung des Vollmachtswiderrufs durch Anschlag bzw. Kundgabe in der betreffenden Zeitung. Der Vollmachtskundgabe gleichwertig ist aber nicht notwendig nur der *actus contrarius*³⁸². Gleichwertigkeit besteht beispielsweise auch zwischen einer schriftlichen Widerrufsmitteilung und einer mündlichen Vollmachtskundgabe³⁸³. Ferner z. B. zwischen einer öffentlichen Vollmachtsmitteilung und einer persönlichen Widerrufsmitteilung.

Selbstverständlich wird durch die persönliche Widerrufsmitteilung nur gerade jener Dritte, dem gegenüber die Mitteilung erfolgt, von der Berufung auf Art. 34 Abs. 3 OR ausgeschlossen, und nicht die unbestimmte Anzahl von Personen, an welche sich die (öffentliche) Vollmachtskundgabe richtet³⁸⁴.

³⁷⁷ Anders offenbar *Béguelin*, SJK Karte Nr. 284, S. 4 oben.

³⁷⁸ Der Wortlaut von Art. 34 Abs. 3 OR lässt hieran keinen Zweifel: Der Vertretene kann den Widerruf «gutgläubigen Dritten nur dann entgegensetzen, wenn er ihnen auch diesen Widerruf mitgeteilt hat».

³⁷⁹ Ungenau *Keller/Schöbi*, Allg. Lehren, S. 67.

³⁸⁰ Z. B. *Oser/Schönenberger*, N 11 zu Art. 34 OR; *Becker*, N 6 zu Art. 34 OR.

³⁸¹ Z. B. v. *Tuhr/Peter*, S. 372; *Zikos*, S. 97.

³⁸² *Becker*, N 4f. zu Art. 34 OR; *Fick/Morlot*, N 3 zu Art. 34 OR.

³⁸³ *Frotz*, S. 326, in bezug auf das deutsche Recht.

³⁸⁴ Vgl. *Canaris*, S. 146.

- 304 Die geschilderte Rechtslage wird nicht immer zutreffend wiedergegeben. So ist es irreführend, wenn beispielsweise *Guhl/Merz/Kummer*³⁸⁵ schreiben, «gutgläubige Dritte» hätten «Anspruch darauf, dass der Widerruf in gleicher Weise wie die Erteilung der Vollmacht auch ihnen gegenüber kundgegeben» werde: Nicht *gleich*, sondern nur *gleichwertig* muss die Widerrufsmitteilung der Vollmachtsgabe sein³⁸⁶. Diese Auffassung vertritt auch die heute herrschende Lehre zu § 171 Abs. 1 BGB, obwohl nach dem Wortlaut dieser Bestimmung eine Vollmachtsgabe so lange wirkt, bis sie «in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird»³⁸⁷.
- 305 2. Schliesst der Dritte mit dem vollmachtlosen Vertreter einen Vertrag, obwohl eine äquivalente Widerrufsmitteilung erfolgt ist, so entfällt eine Berufung auf Art. 34 Abs. 3 OR. Fraglich ist, wann eine Widerrufsmitteilung als erfolgt anzusehen ist. Art. 34 Abs. 3 OR legt diesen Zeitpunkt nicht fest. Die Lehre stellt bei schriftlichen Widerrufsmitteilungen zu Recht auf die **Empfangstheorie** ab: Entscheidend ist der Moment des Zugangs³⁸⁸. Bei nicht schriftlichen Widerrufsmitteilungen sind ähnliche Gedanken der Risikoverteilung, wie sie der Empfangstheorie zugrundeliegen³⁸⁹, heranzuziehen. Es ist daher auf jenen Zeitpunkt abzustellen, an welchem dem Dritten die Widerrufsmitteilung bei normalem Geschehensablauf zur Kenntnis gelangt sein sollte³⁹⁰.
- 306 Beispiel: Vermieter V teilt dem Mieter M mit, er solle sich in allen Mietangelegenheiten an X wenden; diesem solle er namentlich auch die Mietzinse überweisen. In der Folge bekommt V mit X Streit. Er schreibt daher dem M am 30. 1., er möge künftig die Mietzinse ihm persönlich bezahlen. Am 1. 2. wird das Schreiben beim M in den Briefkasten geworfen; damit ist es zugegangen und schliesst Gutgläubensschutz nach Art. 34 Abs. 3 OR aus. Wenn nun z. B. M, der in den Ferien weilt und daher vom Schreiben des V keine Kenntnis hat, am 3. 2. dem X den Mietzins überweist, so ist er dem V gegenüber nicht befreit³⁹¹.
- 307 3. Der *Vertretene* selbst oder ein zuständiger *Vertreter* müssen den Widerruf mitteilen, damit er einem gutgläubigen Dritten entgegeng gehalten werden kann.
- 385 S. 141.
- 386 Unzutreffend daher auch *Béguelin*, SJK Karte Nr. 285, S. 3: «Hat der Vertretene den Widerruf dagegen mitgeteilt, so gilt dieser auch gutgläubigen Dritten gegenüber. Dies ist nicht ungerecht, sofern er ihn auf dieselbe Weise mitgeteilt, wie er die Stellvertretung bekannt gemacht hatte.»
- 387 *Frotz*, S. 326; *Canaris*, S. 137, mit weiteren Hinweisen in Anm. 16. A. A. *Flume*, § 51,9; *Planck/Flad*, N 7 zu § 171 BGB.
- 388 *Zikos*, S. 100; ebenso für das deutsche Recht: *Frotz*, S. 326; *Canaris*, S. 137, 145 unten/146 oben. Der Zugang ist vom Vertretenen zu beweisen; der Beweis der Absendung genügt hierfür (entgegen Sem 1933, S. 135) nicht (*Jäggi* im Kommentar *Schönenberger/Jäggi*, N 229 zu Art. 1 OR; im Kommentar zu Art. 3 ZGB scheint *Jäggi* allerdings die gegenteilige Auffassung zu vertreten: N 102).
- 389 Zur Begründung der Empfangstheorie vgl. z. B. *v. Tuhr/Peter*, S. 169; *Keller/Schöbi*, Allg. Lehren, S. 21.
- 390 Vgl. in allerdings anderem Zusammenhang *Keller/Schöbi*, Allg. Lehren, S. 21 unten/22.
- 391 Der Beispielssachverhalt betrifft nicht einen *Vertragsabschluss* zwischen M und X. Art. 34 Abs. 3 OR ist daher nicht unmittelbar, sondern bloss analog anwendbar (vgl. Anm. 203).

Geht die Widerrufsmitteilung von einer andern Person aus, schadet sie dem Dritten nur, wenn sie ihm zur Kenntnis gelangt oder bei der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit zur Kenntnis gelangen sollte.

4. Statt den Widerruf mitzuteilen, kann der Vertretene dem Dritten auch ohne 308
Bezugnahme auf den Widerruf kundtun, die Vollmacht bestehe nicht im kundgegebenen Umfange. Eine solche Mitteilung **steht** einer Widerrufsmitteilung **gleich**.

Beispiel: A entzieht dem B die Vollmacht. In der Folge teilt A dem C, dem er B's Vollmacht 309
kundgegeben hatte, mit, die Vollmachtskundgabe sei irrtümlich erfolgt. Schliesst C mit B nach Erfolgen dieser Mitteilung einen Vertrag, so ist ihm die Berufung auf Art. 34 Abs. 3 OR abgeschnitten.

3. Analoge Anwendung des Art. 34 Abs. 3 OR auf Erlöschen der Vollmacht nach Art. 35 OR?

Wird der gute Glaube an das Vorliegen einer (richtig) kundgegebenen Vollmacht 310
auch dann geschützt, wenn die Vollmacht nicht durch Widerruf, sondern aus einem der in Art. 35 OR erwähnten Gründe erlischt? Die herrschende Lehre verneint dies³⁹². Anderer Ansicht ist jedoch *Danuser*³⁹³. Seines Erachtens bleibt die Kundgabewirkung gegenüber einem gutgläubigen Dritten ganz allgemein bis zur Mitteilung des Vollmachtsuntergangs bestehen. Dies gelte aufgrund ausdrücklicher Anordnung (Art. 34 Abs. 3 OR) für den Fall des Widerrufs. Gleiches treffe aber auch für den Vollmachtsuntergang aufgrund der in Art. 35 OR erwähnten Gründe zu. Denn schon aus Art. 33 Abs. 3 OR ergebe sich der «allgemeine Grundsatz, dass gutgläubigen Dritten der Untergang einer kundgegebenen Vollmacht nur entgegengehalten werden kann, wenn ihnen auch dieser Untergang mitgeteilt worden ist»³⁹⁴. Käme dem Art. 33 Abs. 3 OR tatsächlich diese Tragweite zu, hätte Art. 34 Abs. 3 OR ausgedient. Seine Funktion würde vollständig von Art. 33 Abs. 3 OR übernommen. Dem Gesetzgeber wäre mithin der Vorwurf zu machen, das OR mit einer überflüssigen Bestimmung belastet zu haben. Zu dieser Annahme besteht kein Anlass, können doch den beiden Bestimmungen zwanglos verschiedene Anwendungsbereiche zugeordnet werden: Art. 33 Abs. 3 OR schützt (einzig) den guten Glauben an eine unrichtig kundgegebene Vollmacht; Art. 34 Abs. 3 OR

³⁹² Z. B. *Becker*, N 7 zu Art. 35 OR; v. *Tuhr/Peter*, S. 372; v. *Büren I*, S. 161; *Zikos*, S. 97 Anm. 3, 111, 125; *Thalmessinger C.*, Beiträge zur Lehre von der Vollmacht, Diss. Zürich 1931, S. 46; *Schnurrenberger*, zit. in Anm. 318, S. 134.

³⁹³ Zit. in Anm. 259, S. 26ff. Im Ergebnis wie *Danuser* auch *Gautschi*, N 18b zu Art. 396 OR, N 4c zu Art. 406 OR; *Gautschis* Begründung ist unklar.

³⁹⁴ *Danuser*, zit. in Anm. 259, S. 26. – Zu Unrecht zitiert *Danuser*, S. 26 Anm. 52, für seine Ansicht *de Saussure* (zit. in Anm. 237), S. 76. Dieser Autor spricht sich weder an dieser noch an anderer Stelle für die Auffassung *Danusers* aus; vielmehr greift er die Frage, ob der Dritte auch bei einer nach Art. 35 OR untergegangenen Vollmacht geschützt ist, gar nicht auf.

hingegen schützt den guten Glauben an eine richtig kundgegebene Vollmacht, die nachträglich erlischt und dadurch Unrichtigkeit der Kundgabe bewirkt (Nr. 206, 294). Nach dem Gesagten lässt sich der von *Danuser* behauptete Drittschutz nicht auf Art. 33 Abs. 3 OR abstützen. Auch eine Analogie zu Art. 34 Abs. 3 OR, die sich als mögliche Rechtsgrundlage für *Danusers* Ansicht noch anbietet, ist abzulehnen. Denn: Wer eine kundgegebene Vollmacht widerruft, der schafft bewusst eine Diskrepanz zwischen kundgegebener und tatsächlicher Vollmacht³⁹⁵; erlischt demgegenüber die Vollmacht nach Art. 35 OR, so schafft der Vertretene die fragliche Diskrepanz – jedenfalls in der Regel – nicht bewusst. Diesem Unterschied wollte der Gesetzgeber offenbar konstitutive Bedeutung beilegen. Deshalb hat er den Schutz des auf die Kundgabe vertrauenden Dritten nur für den Fall des Widerrufs vorgesehen (Art. 34 Abs. 3 OR), nicht jedoch bei Erlöschen der Vollmacht nach Art. 35 OR. Diese gesetzgeberische Entscheidung ist zu respektieren; sie darf nicht durch eine analoge Anwendung des Art. 34 Abs. 3 OR umgangen werden^{396, 397}.

IV. Art. 36 Abs. 2 OR

Art. 36 OR

Ist dem Bevollmächtigten eine Vollmachtsurkunde ausgestellt worden, so ist er nach dem Erlöschen der Vollmacht zur Rückgabe oder gerichtlichen Hinterlegung der Urkunde verpflichtet.

Wird er von dem Vollmachtgeber oder seinen Rechtsnachfolgern hierzu nicht angehalten, so sind diese den gutgläubigen Dritten für den Schaden verantwortlich.

³⁹⁵ Jedenfalls ist das der Normalfall, den der Gesetzgeber im Auge hat. Nur in praktisch bedeutungslosen Ausnahmefällen beruht die fragliche Diskrepanz nicht auf dem Wissen des Vertretenen; so, wenn dem Vertretenen bei der Vollmachtsmitteilung das Mitteilungsbewusstsein oder beim Widerruf das Erklärungsbewusstsein fehlt.

³⁹⁶ Im Text bin ich davon ausgegangen, die nach Art. 35 OR erloschene Vollmacht sei richtig kundgegeben gewesen. Wie ist es im Fall zu halten, da der Vertretene eine zu weite Vollmacht kundgibt und diese hierauf nach Art. 35 OR erlischt? Art. 34 Abs. 3 OR ist nicht anwendbar: weder unmittelbar noch – aus den im Text erwähnten Gründen – analog. Hingegen ist m. E. Art. 33 Abs. 3 OR anzuwenden. Zwar nicht unmittelbar, da die Diskrepanz zwischen der wirklichen und der kundgegebenen Vollmachtslage nicht bloss auf der unrichtigen Kundgabe, sondern auch auf dem Erlöschen der Vollmacht beruht. Die Bestimmung ist aber analog anzuwenden. Denn der Vertretene, der eine unrichtige Kundgabe macht, ist nun einmal wenig schützenswert; daran ändert auch der Umstand nichts, dass die unrichtig kundgegebene Vollmacht nachträglich aufgrund von Art. 35 OR erlischt. Beispiel: A teilt dem B mit, sein Vertreter V habe «Generalvollmacht». In Wirklichkeit bestehen nur eng umgrenzte Spezialbefugnisse. In der Folge geht V Konkurs, was die Vollmacht nach Art. 35 erlöschen lässt. Schliesst V mit B nachträglich (im Namen des A) einen Vertrag, so kommt dieser unter den Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 3 OR (in A) zustande.

³⁹⁷ In Deutschland finden die §§ 171–173 BGB auf jedes Erlöschen der kundgegebenen Vollmacht Anwendung (z. B. *Goldberger*, zit. in Anm. 286, S. 31ff.; *Canaris*, S. 136). – De lege ferenda soll diese (deutsche) Lösung der jetzigen vorzuziehen sein; so *Keller/Schöbi*, Allg. Lehren, S. 65.

Art. 36 Abs. 2 OR ordnet – wie Art. 34 Abs. 3 OR – den Fall, da der Vertreter nach Erlöschen der Vollmacht weiterhin im Namen des Vertretenen kontrahiert. Als Rechtsfolge sieht Art. 36 Abs. 2 OR jedoch nicht die Vertretungswirkung vor, sondern eine Schadenersatzpflicht des Vertretenen. Diese hängt von andern Voraussetzungen ab als die Vertretungswirkung nach Art. 34 Abs. 3 OR; gemeinsam ist den beiden Bestimmungen nur das Tatbestandsmerkmal berechtigter Gutgläubigkeit. 311

Art. 36 Abs. 2 OR ist **unklar formuliert**. Das gilt schon für die Rechtsfolge: Welcher «Schaden» zu ersetzen ist, geht aus dem Wortlaut nicht hervor. Die Tatbestandsmerkmale werden nur unvollständig erfasst und zudem – soweit sie erfasst sind – nicht mit genügender Deutlichkeit umschrieben. Zum leichteren Verständnis der Bestimmung drängt es sich daher auf, Tatbestand und Rechtsfolge vorerst im Überblick darzustellen und erst hernach auf Einzelheiten einzugehen. 312

1. Regelungsgehalt im Überblick

I. Der Tatbestand des Art. 36 Abs. 2 OR umfasst fünf Elemente³⁹⁸: 313

- Der Vertretene hat dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde «ausgestellt», und zwar vor Erlöschen der Vollmacht (Nr. 324). 314
- Der Dritte kontrahiert in Kenntnis der Vollmachtsurkunde. Er nimmt also vor oder bei Vertragsabschluss, nicht erst später, Kenntnis vom Urkundeninhalt. Vorausgesetzt ist, dass dem Dritten die Urkunde (bei Vertragsabschluss oder früher) vorliegt; es genügt nicht, wenn der Dritte bloss vom Vertreter erfährt, dass eine Vollmachtsurkunde besteht. 315
- Der Dritte kontrahiert in gutem Glauben. Art. 36 Abs. 2 OR hält das Gutgläubigkeitserfordernis ausdrücklich fest («gutgläubigen Dritten»). Eine Umschreibung des guten Glaubens fehlt aber ebenso wie in Art. 34 Abs. 3 OR. Richtigerweise ist er auch hier als Vertrauen auf das Vorliegen genügender Vollmacht aufzufassen (Nr. 198). 316

Der gute Glaube muss im Sinne des Art. 3 Abs. 2 ZGB berechtigt sein. Das folgt unmittelbar daraus, dass Art. 36 Abs. 2 OR das Gutgläubigkeitserfordernis ausdrücklich festhält (Nr. 201)³⁹⁹. 317

³⁹⁸ Nicht aufgeführt werden im folgenden die Tatbestandsmerkmale, die bei allen vertretungsrechtlichen Gutglaubensvorschriften gleichermassen erfüllt sein müssen (Nr. 189 ff.); nur das Erfordernis des guten Glaubens wird nochmals erwähnt.

³⁹⁹ Kontrahiert nicht nur der Dritte im Vertrauen auf das Vorliegen genügender Vollmacht, sondern auch der Vertreter, so kommt der Vertrag nach Art. 37 OR zustande; Schadenersatzansprüche nach Art. 36 Abs. 2 OR sind dann ausgeschlossen (Nr. 326; vgl. *Piotet*, *Culpa*, S. 101 Anm. 293; *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1050).

- 318 – Die Vertretungswirkung bleibt aus: Der zwischen dem Vertreter und dem Dritten geschlossene Vertrag erlangt keine Verbindlichkeit (Nr. 337f.).
- 319 – Der Vertreter wurde «von dem Vollmachtgeber ... nicht angehalten» (Art. 36 Abs. 2 OR), die Vollmachtsurkunde zurückzugeben. Gemeint ist ein schuldhaftes «Nicht-Anhalten» (Nr. 339), was freilich umstritten ist (Nr. 340).
- 320 2. Als Rechtsfolge sieht Art. 36 Abs. 2 OR vor, der Vertretene sei dem Dritten «für den Schaden verantwortlich». Gemeint ist der Schaden, den der Dritte infolge seines Vertrauens auf den unverbindlichen Vertrag erleidet, also das negative Vertragsinteresse (Vertrauensschaden), nicht das positive⁴⁰⁰.

2. Der Tatbestand im einzelnen

- 321 Die vorstehend in Nr. 313–319 angeführten Tatbestandsmerkmale gilt es nun zu präzisieren; das in verschiedener Hinsicht:
- 322 1. Mit «ausstellen» meint Art. 36 OR zweierlei: *ausfertigen* und (dem Vertreter) *aushändigen*. Ausfertigung allein genügt nicht. Wenn also beispielsweise der Vertreter in Abwesenheit des Vertretenen eine von diesem ausgefertigte Vollmachtsurkunde eigenmächtig an sich nimmt, so vermag er durch deren Verwendung gegenüber Dritten keine Haftung nach Art. 36 Abs. 2 OR zu begründen.
- 323 Nicht erforderlich ist, dass die Vollmachtsurkunde zwecks Vorlegung gegenüber Dritten ausgehändigt wird (vgl. Nr. 327), doch steht dieser Fall praktisch im Vordergrund.
- 324 2. Die Vollmachtsurkunde muss dem Vertreter *vor* Erlöschen der Vollmacht ausgestellt worden sein. Das folgt deutlich aus Art. 36 Abs. 1 OR, auf den Art. 36 Abs. 2 OR Bezug nimmt.
- 325 Auf die Ausstellung einer Vollmachtsurkunde *nach* Erlöschen der Vollmacht findet Art. 36 Abs. 2 OR aber unter Umständen analoge Anwendung. Die Analogie setzt das Vorliegen der in Nr. 315–318 erwähnten Tatbestandsmerkmale (guter Glaube des Dritten, Vertragsabschluss in Kenntnis der Vollmachtsurkunde, Ausbleiben der Vertretungswirkung) voraus.

Aus dem Gesagten folgt: Eine Haftung nach Art. 36 Abs. 2 OR kommt praktisch nur in Betracht, wenn der Vertreter nicht im Vertrauen auf den Vollmachtsbestand kontrahiert, wenn er also um die mangelnde Vollmacht weiss oder den Vollmachtsbestand zumindest für zweifelhaft hält. Denn: Handelt der Vertreter im Vertrauen auf den Bestand der (in Wirklichkeit erloschenen) Vollmacht, so entfällt eine Haftung nach Art. 36 Abs. 2 OR entweder deshalb, weil auch der Dritte auf den Vollmachtsbestand vertraut und daher der Vertrag nach Art. 37 OR zustandekommt, oder aber weil der Dritte nicht auf den Vollmachtsbestand vertraut, also bösgläubig ist und aus diesem Grunde keinen Schadenersatz nach Art. 36 Abs. 2 OR verlangen kann.

⁴⁰⁰ Literaturnachweise in Anm. 422.

Dazukommen muss ein Verschulden des Vertretenen. Ein solches stellt möglicherweise schon die Ausstellung der Vollmachtsurkunde (trotz erloschener Vollmacht) dar. Trifft dies nicht zu, bleibt zu prüfen, ob dem Vertretenen der Vorwurf zu machen ist, er hätte die ausgestellte Vollmachtsurkunde zurückfordern müssen, bevor der (vollmachtlose) Vertreter mit dem Dritten kontrahierte.

Entsprechendes gilt für den Fall, dass der Vertretene eine Vollmachtsurkunde ausstellt, obwohl überhaupt nie eine Vollmacht bestanden hat (die Urkundenausstellung erfolgt also weder vor noch nach Erlöschen einer Vollmacht). Beispiel: Der Vertretene ist bei Vollmachtserteilung in einem Grundlagenirrtum befangen; eine gültige Vollmacht liegt daher nicht vor. Erkennt nun der Vertretene seinen Irrtum und beruft er sich auf die Unverbindlichkeit der Vollmacht, so ist er zur Rückforderung einer allenfalls ausgestellten Vollmachtsurkunde verpflichtet. Handelt er dieser Pflicht schuldhaft zuwider, wird er einem Dritten, der mit dem vollmachtlosen Vertreter kontrahiert, unter den Voraussetzungen des analog anwendbaren Art. 36 Abs. 2 OR haftbar. 326

3. Im Unterschied zu Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR setzt Art. 36 Abs. 2 OR keine Vollmachtsmitteilung voraus. Die Bestimmung findet daher auch Anwendung, wenn die Vorlegung der Vollmachtsurkunde an den Dritten im Einzelfall nicht als Vollmachtsmitteilung (Nr. 253ff.) aufzufassen ist⁴⁰¹; so z.B., weil die Urkunde gar nicht zur Vorweisung an Dritte bestimmt war (Nr. 253), oder weil der Vertreter sie absichtlich einem Dritten vorgewiesen hat, dem er sie nicht vorweisen durfte (Nr. 254). 327

Stellt die Vorweisung der Vollmachtsurkunde an den Dritten eine Vollmachtsmitteilung dar, so ist umgekehrt die Anwendung des Art. 36 Abs. 2 OR nicht ausgeschlossen. Das macht es nötig, den Anwendungsbereich des Art. 36 Abs. 2 OR von demjenigen der Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR abzugrenzen; vgl. dazu Nr. 330ff. 328

4. Nach herrschender Lehre ist es nicht von Belang, ob dem Dritten die Vollmachtsurkunde *vor* oder *nach* dem Erlöschen der Vollmacht vorgelegt wird⁴⁰². Art. 36 Abs. 2 OR findet in beiden Fällen Anwendung. Diese Auffassung ist zutreffend, doch ist zu beachten: 329

Wie erwähnt, stellt die Vorlegung der Vollmachtsurkunde an den Dritten unter Umständen eine Vollmachtsmitteilung des Vertretenen dar. Die Mitteilung kann richtig oder falsch sein. Richtig ist sie, wenn die Vollmachtsurkunde *vor* Erlöschen der Vollmacht vorgelegt wird und sie den Vollmachtsinhalt zutreffend wiedergibt. Erlischt die Vollmacht in der Folge, was Unrichtigkeit der Vollmachtskundgabe bewirkt, so ist unter Umständen der Tatbestand des Art. 34 Abs. 3 OR erfüllt. In einem solchen Fall tritt die Vertretungswirkung ein; für Schadenersatzansprüche nach Art. 36 Abs. 2 OR bleibt dann kein Raum (Nr. 337). Wird demgegenüber die 330

⁴⁰¹ Vgl. *Piotet*, Culpa, S. 101 oben.

⁴⁰² Das geht freilich bei den meisten Autoren nur mittelbar aus ihren Ausführungen hervor: z.B. *Piotet*, Culpa, S. 100f.; *Oser/Schönenberger*, N 5f. zu Art. 36 OR; *Becker*, N 6 zu Art. 36 OR; *Béguelin*, SJK Karte Nr. 285, S. 3 unten/4 (zu diesem Autor vgl. Nr. 333); *Bucher*, S. 557 unten/558 (zu diesem Autor vgl. Nr. 334 und Anm. 408).

Vollmachtsurkunde dem Dritten *nach* Erlöschen der Vollmacht vorgelegt, so kann hierin zwar – entgegen v. *Tuhr/Peter*, Nr. 335 – ebenfalls eine Vollmachtskundgabe zu sehen sein. In Betracht kommt aber bloss eine (von Anfang an) unrichtige Kundgabe: die Mitteilung, es bestehe Vollmacht, obwohl diese in Wirklichkeit bereits erloschen ist. Art. 34 Abs. 3 OR findet daher zum vornherein keine Anwendung (vgl. Nr. 206), anwendbar ist höchstens Art. 33 Abs. 3 OR. Diese Bestimmung aber geht dem Art. 36 Abs. 2 OR nach. Das heisst, der mit dem vollmachtlosen Vertreter kontrahierende Dritte ist höchstens durch einen Schadenersatzanspruch nach Art. 36 Abs. 2 OR geschützt, nicht durch Eintritt der Vertretungswirkung nach Art. 33 Abs. 3 OR⁴⁰³; Art. 36 Abs. 2 OR schliesst Art. 33 Abs. 3 OR von der Anwendung aus.

- 331 Das **Verhältnis des Art. 36 Abs. 2 OR zu Art. 33 Abs. 3 bzw. 34 Abs. 3 OR** wird in der Lehre nicht durchwegs so aufgefasst, wie vorstehend dargestellt:
- 332 – Dass Art. 34 Abs. 3 OR Art. 36 Abs. 2 OR vorgeht, entspricht zwar der herrschenden Lehre⁴⁰⁴, ist jedoch nicht unbestritten. Eine abweichende Ansicht vertreten vor allem *Béguelin* und *Bucher*.
- 333 *Béguelin*⁴⁰⁵ meint, Art. 36 Abs. 2 OR sei auch anwendbar, wenn der Tatbestand des Art. 34 Abs. 3 OR gegeben ist. Der Dritte habe dann «zwei Möglichkeiten»: er könne sich für Aufrechterhaltung des Vertrags nach Art. 34 Abs. 3 OR oder für Schadenersatz nach Art. 36 Abs. 2 OR entscheiden. Diese Auffassung scheint mir unzutreffend: Durch das von *Béguelin* propagierte Wahlrecht würde der Dritte besser gestellt, als er es wäre, wenn der Vertreter mit Vollmacht gehandelt hätte. Das widerspricht der gesetzgeberischen Absicht⁴⁰⁶ (vgl. Nr. 288).
- 334 *Bucher*⁴⁰⁷ glaubt, «die Regel von OR 36/II» schliesse es aus, «den Tatbestand der Ausstellung einer Vollmachtsurkunde kurzerhand der externen (dem Dritten gegenüber erklärten) Vollmachterteilung gleichzustellen, in welchem Fall sich ein unlösbarer Widerspruch zwischen OR 34/III (Widerruf nur wirksam bei Mitteilung an den Dritten) und OR 36/II (Widerruf auch ohne Mitteilung an Dritten wirksam, wenn auch allenfalls Schadenersatzpflicht auslösend) ergäbe». Wer so argumentiert, der ist offenbar der Meinung, Art. 34 Abs. 3 OR gehe nicht dem Art. 36 Abs. 2 OR vor, vielmehr stelle umgekehrt Art. 36 Abs. 2 OR eine Spezialregel zu Art. 34 Abs. 3 OR dar. Nur bei dieser Annahme besteht nämlich der von *Bucher* behauptete Widerspruch. Geht man hingegen davon aus, Art. 36 Abs. 2 OR sei überhaupt nur anwendbar, wenn Art. 34 Abs. 3 OR nicht eingreift, so hängt die Umschreibung der Vollmachtsmitteilung im Sinne des Art. 34 Abs. 3 OR nicht von

⁴⁰³ Im Ergebnis gleicher Auffassung v. *Tuhr/Peter*, S. 358 Anm. 23, und *Piotet*, *Culpa*, S. 100, wenn auch mit anderer Begründung (vgl. Nr. 335f.).

⁴⁰⁴ Z. B. *Oser/Schönenberger*, N 4 zu Art. 36 OR; *Piotet*, *Culpa*, S. 101; *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 1037; *Becker*, N 6 zu Art. 36 OR.

⁴⁰⁵ SJK Karte Nr. 285, S. 3 unten/4.

⁴⁰⁶ Wäre *Béguelins* Auffassung zutreffend, so hätte es der Dritte in der Hand, von einem ihm ungünstigen Vertrag nachträglich Abstand zu nehmen und sich über den Schadenersatzanspruch des Art. 36 Abs. 2 OR (Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses, Nr. 320) so zu stellen, wie wenn kein Vertragsabschluss erfolgt wäre. Das kann nicht rechtens sein.

⁴⁰⁷ S. 557 unten.

Art. 36 Abs. 2 OR ab. Wie immer man dann auch die Vollmachtsmitteilung definiert, ein Widerspruch zu Art. 36 Abs. 2 OR entsteht nicht⁴⁰⁸.

- v. Tuhr/Peter und Piotet nehmen an, dass nach Erlöschen der Vollmacht «die Vorweisung der Urkunde durch den ehemaligen Bevollmächtigten nicht mehr als Kundgabe der Vollmacht» gelten kann⁴⁰⁹. Eine Anwendung des Art. 33 Abs. 3 OR entfällt daher zum vorneherein. Die Frage, ob Art. 36 Abs. 2 OR dem Art. 33 Abs. 3 OR vorgeht oder umgekehrt, stellt sich überhaupt nicht, da sich die Anwendungsbereiche der beiden Bestimmungen schon aufgrund der Tatbestandsgestaltung gar nicht überschneiden können. 335

Die Auffassung, dass nach Erlöschen der Vollmacht eine Vollmachtskundgabe ausgeschlossen ist, scheint mir allerdings unzutreffend. Wenn der Vertretene dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde zwecks Vorlegung gegenüber einem Dritten aushändigt, so liegt hierin eine konkludente Vollmachtsmitteilung, die zu ihrer Vollendung nur mehr der Vorlegung der Vollmachtsurkunde an den Dritten bedarf. Erlischt nun die Vollmacht des Vertreters, so wird die Vollmachtsmitteilung nicht automatisch «gestoppt», ungeschehen gemacht. Vielmehr bleibt die Vollmachtsmitteilung «in Gang gesetzt», und der Mitteilungsvorgang wird durch Vorlegung der Vollmachtsurkunde an den Dritten abgeschlossen. So jedenfalls, wenn der Vertreter vom Erlöschen der Vollmacht keine Kenntnis hat und der Meinung ist, er sei zur Vorlegung der Vollmachtsurkunde an den Dritten befugt. Beispiel: A erteilt dem B Vollmacht und stellt ihm eine Vollmachtsurkunde zwecks Vorlegung an Dritte aus. In der Folge stirbt A, wodurch die Vollmacht des B erlischt (Art. 35 OR). B, der vom Tod des A keine Kenntnis hat, schliesst mit C unter Vorlegung seiner Vollmachtsurkunde einen 336

⁴⁰⁸ Im Anschluss an die im Text zitierten Ausführungen fährt *Bucher*, a.a.O., fort: «Vielmehr darf wohl die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde an den Vertreter nur dann als gegenüber dem Dritten erklärte, externe Vollmacht verstanden werden, wenn der Bevollmächtigte beauftragt war, die Urkunde einem ganz bestimmten Dritten vorzulegen ...» Dies scheint vom Ausgangspunkt *Buchers* aus nicht konsequent. Lässt man nämlich Art. 36 Abs. 2 OR dem Art. 34 Abs. 3 OR vorgehen, so besteht der von *Bucher* behauptete Widerspruch zwischen den beiden Bestimmungen auch dann, wenn man bloss in der weisungsgemässen Vorlegung einer Vollmachtsurkunde an einen bestimmten Dritten eine Vollmachtsmitteilung sieht. *Buchers* Auffassung scheint durch Überlegungen sachlicher Angemessenheit bedingt zu sein: Wenn «die Urkunde nur zur internen Absicherung gedacht oder die Person des Dritten nicht bestimmt war», schreibt *Bucher* (S. 558 Text und Anm. 37), so finde «die Lösung von OR 36/II insofern eine Rechtfertigung, als sich sagen lässt, dass der Vollmachtgeber keinen Anlass bzw. keine Möglichkeit der Kundgabe des Widerrufs an den Dritten besass, da er entweder nicht mit der Präsentation der Vollmachtsurkunde rechnen musste oder nicht wusste, wem sie vorgelegt werden würde». Dem ist entgegenzuhalten: Dem Vertretenen steht es frei, in die Vollmachtsurkunde den Hinweis aufzunehmen, dieselbe gelte nur bis zum Widerruf der Vollmacht; alsdann können nach dem Widerruf keine nach Art. 34 Abs. 3 OR gültigen Verträge mehr geschlossen werden (vgl. Nr. 265). Unterlässt der Vertretene einen Hinweis der besagten Art, so kann er sich – um einen geläufigen Topos zu gebrauchen – nicht beklagen, wenn der gute Glaube an die Vollmachtsurkunde geschützt wird. *Buchers* Auffassung ist hinsichtlich der Vollmachtsmitteilungen noch in einem letzten Punkt einer Kritik zu unterziehen: *Bucher*, S. 553, ist der Meinung, Art. 33 Abs. 3 OR verwende einen weiteren Begriff der Vollmachtsmitteilung als Art. 34 Abs. 3 OR. Das scheint mir systemwidrig zu sein: Wie immer man auch die Vollmachtsmitteilung definiert, die Definition muss für beide Bestimmungen die gleiche sein.

⁴⁰⁹ v. Tuhr/Peter, S. 358 Anm. 23 (an dieser Stelle findet sich der zitierte Text); Piotet, *Culpa*, S. 100.

Vertrag. Die Urkundenvorlegung ist hier als Vollmachtskundgabe von seiten der Erben des A zu betrachten. Es stellt sich daher – entgegen v. *Tuhr/Peter* und *Piotet* – die Frage, ob der gutgläubige C nach Art. 33 Abs. 3 OR geschützt ist oder nach Art. 36 Abs. 2 OR. Richtigerweise ist letzteres anzunehmen (was im *Ergebnis* auch der Auffassung von *Piotet* und v. *Tuhr/Peter* entspricht).

- 337 5. Tritt die Vertretungswirkung trotz der fehlenden Vertretungsmacht ein, so bleibt für Schadenersatzansprüche nach Art. 36 Abs. 2 OR kein Raum⁴¹⁰. Der Rechtsmangel (Fehlen der Vertretungsmacht) hat sich diesfalls ja nicht ausgewirkt, womit das Gutgläubenschutzproblem entfällt. Aus dem Gesagten folgt namentlich, dass Schadenersatzansprüche nach Art. 36 Abs. 2 OR nicht entstehen können, solange der Vertretene noch die Möglichkeit hat, den vom Vertreter geschlossenen Vertrag zu genehmigen und dadurch dessen (beidseitige) Verbindlichkeit zu bewirken⁴¹¹. Die Genehmigungsmöglichkeit entfällt mit der Ablehnung der Genehmigung oder mit der Nichtgenehmigung innert einer vom Dritten angesetzten Frist (Art. 38 Abs. 2 OR).
- 338 Schadenersatzansprüche nach Art. 36 Abs. 2 OR setzen voraus, dass die Vertretungswirkung gerade wegen der fehlenden Vertretungsmacht ausbleibt. Bleibt sie z. B. schon wegen Urteilsunfähigkeit des Vertreters aus (vgl. Nr. 188 f.), so greift eine Haftung nach der besagten Bestimmung zum vornherein nicht Platz. Vgl. eingehender Nr. 377 betr. die Haftung aus Art. 39 OR, für die Entsprechendes gilt.
- 339 6. Mit Erlöschen der Vollmacht entsteht für den Vertretenen die Pflicht, «den Vertreter zur Rückgabe der Urkunde anzuhalten, d. h. die Rückgabe zu verlangen»⁴¹² und bei Weigerung oder Verzögerung der Rückgabe Klage zu erheben⁴¹³. Art. 36 Abs. 2 OR setzt Verletzung dieser Pflicht voraus⁴¹⁴, und zwar eine *schuldhaft*e Verletzung⁴¹⁵. Das Verschuldenserfordernis ergibt sich zwar nicht aus dem
-
- 410 Statt vieler: *Bucher*, S. 557; *ders.*, Organschaft, Prokura, Stellvertretung, in: *Lebendiges Aktienrecht*, FG für Wolfhart Friedrich Bürgi, Zürich 1971, S. 44.
- 411 Zur Rechtslage vor der Genehmigung siehe vorne Anm. 205.
- 412 Bei unbekanntem Aufenthalt des Vertreters muss das Verlangen der Rückgabe durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen; so v. *Tuhr/Peter*, S. 373 Anm. 97, und *Oser/Schönenberger*, N 3 zu Art. 36 OR.
- 413 v. *Tuhr/Peter*, S. 373. – Es soll verhindert werden, «dass der Vertreter, der wegen des Widerrufs oder aus andern Gründen aufgehört hat, ein solcher zu sein, sich gestützt auf die gegenstandslos gewordene, missbräuchlich zurückbehaltene Urkunde weiter als solcher benimmt» (*Béguelin*, SJK Karte Nr. 285, S. 3).
- 414 *Oser/Schönenberger*, N 3 zu Art. 36 OR; *Becker*, N 7 zu Art. 36 OR; ferner die in der folgenden Anm. zitierten v. *Tuhr/Peter*, *Guhl/Merz/Kummer*, *Keller/Schöbi* und *Béguelin*, je a.a.O. Gegen das Erfordernis der Pflichtverletzung *Fick/Morlot*, N 5 zu Art. 36 OR (vgl. nachstehend Nr. 340), und ein Teil der Lehre zu Art. 43 aOR, dem «Vorgänger» des Art. 36 OR (z. B. *Schneider/Fick*, N 2 zu Art. 43 aOR).
- 415 Das ist die herrschende Auffassung: z. B. v. *Tuhr/Peter*, S. 373; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 141; *Keller/Schöbi*, Allg. Lehren, S. 66; *Béguelin*, SJK Karte Nr. 285, S. 3; *Danuser*, zit. in Anm. 259, S. 31, 32.

deutschen Text von Art. 36 Abs. 2 OR, wohl aber aus dem französischen, der von *négligence* («négligent») spricht.

Kein Verschulden verlangen *Oser/Schönenberger*⁴¹⁶. Diese sehen schon die blosse Pflichtwidrigkeit als haftungsbegründend an. Noch weiter gehen *Fick/Morlot*⁴¹⁷, die unter «anhalten» im Sinne des Art. 36 Abs. 2 OR nur ein *erfolgreiches* Anhalten verstehen: «Alles Mögliche zum Zurückerlangen der Urkunde getan zu haben»⁴¹⁸, genüge nicht. *Fick/Morlot* verzichten damit im Ergebnis nicht nur auf das Verschuldenserfordernis, sondern auch auf das Erfordernis der Pflichtwidrigkeit.

7. Das Verschulden (eben Nr. 339) braucht für den Schaden des Dritten nicht kausal zu sein⁴¹⁹. Wenn sich also beispielsweise der Vertreter auch durch pflichtgemässes Verhalten des Vertretenen nicht vom Vertragsabschluss mit dem Dritten hätte abhalten lassen, so fehlt es zwar am Kausalzusammenhang zwischen dem Verschulden des Vertretenen und dem (allenfalls) zu ersetzenden Schaden, dem negativen Vertragsinteresse; eine Haftung nach Art. 36 Abs. 2 OR ist deshalb aber nicht ausgeschlossen⁴²⁰.

3. Die Rechtsfolge im einzelnen

1. Wie erwähnt, sieht Art. 36 Abs. 2 OR Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses vor (Nr. 320). – Für die *Schadensberechnung* gelten die allgemeinen Grundsätze, die nicht nur bei Art. 36 Abs. 2 OR, sondern auch bei andern Bestimmungen, die Ersatz des negativen Vertragsinteresses vorsehen (z.B. Art. 26, 109 OR), zutreffen⁴²¹. Darauf ist hier nicht weiter einzutreten. – Für die *Schadenersatzbemessung* gelten die Art. 43 f. OR. Es kann insoweit auf die entsprechenden Ausführungen zu Art. 39 Abs. 1 OR verwiesen werden (Nr. 408 ff.).

⁴¹⁶ N 7 zu Art. 36 OR.

⁴¹⁷ N 5 zu Art. 36 OR.

⁴¹⁸ *Schneider/Fick*, N 2 zu Art. 43 aOR.

⁴¹⁹ Gegenteilig *Piotet*, *Culpa*, S. 101, 107, und wohl auch *Becker*, N 8 zu Art. 36 OR.

⁴²⁰ Haftungstatbestände, bei denen zwar ein Verschulden vorausgesetzt ist, nicht aber ein Kausalzusammenhang zwischen diesem und dem Schaden, rechnet man gemeinhin zu den Kausalhaftungen, nicht zur Verschuldenshaftung (vgl. *Koller*, Nr. 4). Solche Kausalhaftungen kennt das OR verschiedene; so z. B. in Art. 26 OR (v. *Tuhrl/Peter*, S. 316), 103 OR (vgl. *Koller*, Nr. 473) und 109 OR (vorausgesetzt ist hier ein Verschulden am Verzug; zwischen diesem und dem zu ersetzenden Schaden, dem negativen Vertragsinteresse, braucht aber kein Kausalzusammenhang zu bestehen). Auch Art. 39 Abs. 2 OR, von dem noch ausführlich die Rede sein wird, ist hierher zu rechnen: Das vorausgesetzte Verschulden besteht darin, trotz erkennbarem oder erkanntem Vollmachtsmangel als Vertreter gehandelt zu haben, ohne den Kontrahenten auf den Mangel hinzuweisen. Zu ersetzen ist das positive Vertragsinteresse, das definitionsgemäss nicht auf dem fraglichen Verschulden beruht (vgl. *Piotet*, *Culpa*, S. 83).

⁴²¹ Zur Schadensberechnung im allgemeinen siehe *Oftringer* I, S. 170 ff.

- 343 2. Dass nach Art. 36 Abs. 2 OR (nur) das negative Vertragsinteresse zu ersetzen ist, entspricht der herrschenden Auffassung⁴²². Anderer Ansicht sind m. W. bloss *Keller/Schöbi*⁴²³. Diese nehmen an, die Haftung nach Art. 36 Abs. 2 OR sei «im Zusammenhang mit dem Schadenersatzanspruch» zu sehen, den der Dritte «gemäss Art. 39 I und II OR gegen den vollmachtlosen Stellvertreter» habe. «Diesen Schadenersatzanspruch» könne der Dritte «gemäss Art. 36 II OR auch gegen den Vollmachtgeber und dessen Rechtsnachfolger geltend machen». Dementsprechend soll entweder das negative oder – im Falle des Art. 39 Abs. 2 OR – das positive Vertragsinteresse zu ersetzen sein. M. E. ergibt jedoch die Auslegung des Art. 36 Abs. 2 OR keinerlei Anhaltspunkte, die für den von *Keller/Schöbi* behaupteten Zusammenhang zwischen Art. 36 Abs. 2 OR und 39 OR sprechen; solche Anhaltspunkte werden auch von *Keller/Schöbi* selbst nicht vorgebracht.
- 344 Auch *Becker*⁴²⁴ zieht in Betracht, dem Dritten das positive Vertragsinteresse zuzusprechen. Das aber – anders als *Keller/Schöbi* – nicht gestützt auf Art. 36 Abs. 2 OR, sondern gestützt auf eine analoge Anwendung der Art. 26 Abs. 2 und 39 Abs. 2 OR, «wo es die Billigkeit wegen besonderer Umstände dringend fordert». M. E. ist eine solche Analogie gerechtfertigt.

V. Art. 37 OR

Art. 37 OR

Solange das Erlöschen der Vollmacht dem Bevollmächtigten nicht bekannt geworden ist, berechtigt und verpflichtet er den Vollmachtgeber oder dessen Rechtsnachfolger, wie wenn die Vollmacht noch bestehen würde.

Ausgenommen sind die Fälle, in denen der Dritte vom Erlöschen der Vollmacht Kenntnis hatte.

- 345 Art. 37 OR⁴²⁵ betrifft – wie Art. 34 Abs. 3 und 36 Abs. 2 OR – den Fall, da der Vertreter nach dem Erlöschen der Vollmacht weiterhin Verträge schliesst. Als Rechtsfolge ist die Vertretungswirkung vorgesehen: Der Vertretene wird «berechtigt und verpflichtet. ..., wie wenn die Vollmacht noch bestehen würde» (Abs. 1). Hierfür ist bei wörtlicher Interpretation (nur) ein Zweifaches vorausgesetzt: dass im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses weder der Vertreter noch der Dritte das Fehlen der Vollmacht kennen. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 37 OR werden indes vom Wortlaut der Bestimmung unzutreffend und zudem unvollständig erfasst. Das wird nachstehend 1. aufgezeigt. Hierauf gehe ich 2. ausführlich auf die Rechtsfolge

⁴²² *Oser/Schönenberger*, N 7 zu Art. 36 OR; *Becker*, N 8 zu Art. 36 OR; *Guhli/Merz/Kummer*, S. 141; v. *Tuhr/Peter*, S. 373, mit weiteren Hinweisen in Anm. 99.

⁴²³ S. 66.

⁴²⁴ N 8 zu Art. 36 OR i. V. m. N 17 zu Art. 31 OR.

⁴²⁵ Im Unterschied zur übrigen Lehre rechnen *Gauchi/Schluemp/Jäggi*, Nr. 1038, Art. 37 OR nicht zu den Vorschriften, die Gutgläubenschutz des Dritten anordnen. Diese Auffassung ist unzutreffend; Zwar schützt Art. 37 OR in erster Linie den guten Glauben des Vertreters, sekundär schützt er aber auch denjenigen des Dritten (Nr. 348, Anm. 429).

des Art. 37 OR ein. Schliesslich nehme ich 3. zur umstrittenen Frage Stellung, ob Art. 37 OR nur bei den Erlöschensgründen des Art. 35 OR Anwendung findet oder auch im Falle des Vollmachtswiderrufs.

1. Tatbestand

A. Berechtigte Gutgläubigkeit des Dritten

1. Gutgläubigkeit bedeutet – wie gesagt – eine Bewusstseinslage. Diese besteht nach dem Wortlaut des Art. 37 OR in der Nichtkenntnis der erloschenen Vollmacht. In Wirklichkeit ist sie – wie bei Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3 und 36 Abs. 2 OR – als **Vertrauen auf den Vollmachtsbestand** aufzufassen (zu den Gründen siehe vorne Nr. 196). Dieses Vertrauen fehlt in zwei Fällen: Einmal, wenn der Dritte das Erlöschen der Vollmacht kennt; allein dieser Hauptfall ist von Art. 37 OR ausdrücklich festgehalten. Zum zweiten, wenn der Dritte den Bestand der Vollmacht für fraglich hält. Auch in diesem Nebenfall verdient der Dritte keinen Schutz (Nr. 198).

2. Nach dem Wortlaut des Art. 37 OR schadet dem Dritten bloss Kenntnis der erloschenen Vollmacht. Für eine Anwendung des **Art. 3 Abs. 2 ZGB** scheint mithin kein Raum zu sein. Die herrschende Lehre spricht sich denn auch in diesem Sinne aus⁴²⁶. M.E. sollte indes gegenteilig entschieden werden; hierfür sprechen *teleologische und systematische Überlegungen*:

Der primäre **Zweck** des Art. 37 OR besteht darin, dem gutgläubigen Vertreter für den Fall des Vollmachtsuntergangs das nach Art. 39 OR bestehende Haftungsrisiko abzunehmen⁴²⁷. Nach dieser Bestimmung haftet der vollmachtlose Vertreter für Schaden, den der Dritte bei Nichtzustandekommen des Vertrags erleidet⁴²⁸. Die Haftung entfällt nicht nur bei Bösgläubigkeit des Dritten, sondern auch bei unberechtigter Gutgläubigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB (Nr. 380f.).

Art. 37 OR bezweckt nicht allein die Haftungsbefreiung des gutgläubigen Vertreters; auch Drittschutz ist angestrebt⁴²⁹: Dem Dritten soll für den Fall, dass der

⁴²⁶ Z. B. *Béguelin*, SJK Karte Nr. 285, S. 4; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 145.

⁴²⁷ Z. B. *Oser/Schönenberger*, N 1 zu Art. 37 OR; v. *Tuhr/Peter*, S. 370 Anm. 84; *Bucher*, S. 555; *Béguelin*, SJK Karte Nr. 285, S. 4; *Piotet*, *Culpa*, S. 99.

⁴²⁸ Zu den Haftungsvoraussetzungen des Art. 39 OR siehe Nr. 373ff.

⁴²⁹ Wäre dem nicht so, hätte der Gesetzgeber auf die Bestimmung des Art. 37 OR verzichtet und stattdessen in Art. 39 OR angeordnet, der Vertreter hafte dann nicht, wenn die Vollmacht ohne sein Wissen erlösche. Mit einer solchen Regelung wäre dem Vertreter in gleicher Weise geholfen gewesen wie mit derjenigen des Art. 37 OR. Diese lässt sich daher vernünftigerweise nur durch die Annahme erklären, sie bezwecke auch den Schutz des Dritten. – Dass Art. 37 OR sekundär auch Drittschutz anstrebt, ist in der Lehre weitgehend anerkannt: z. B. *Becker*, N 1 zu Art. 37 OR; *Keller/Schöbi*, Allg. Lehren, S. 66. *Engel*, S. 274, scheint der Auffassung zu sein, Art. 37 OR bezwecke ausschliesslich Drittschutz; das unter fälschlicher Berufung auf v. *Tuhr*.

Vertreter nach Art. 39 OR nicht haftet, auf andere Weise geholfen werden; nämlich durch Eintritt der Vertretungswirkung. Nicht einzusehen ist nun aber, warum der Dritte im Falle des Art. 39 OR nur bei berechtigter Gutgläubigkeit geschützt sein soll, im Falle des Art. 37 OR hingegen auch bei unberechtigter. Dieser Widerspruch, der sich bei wörtlicher Interpretation des Art. 37 OR ergibt, ist aufzulösen, indem man den Art. 3 Abs. 2 ZGB auch bei Art. 37 OR für anwendbar erklärt⁴³⁰.

- 350 Eine zusätzliche und schon für sich allein überzeugende Rechtfertigung findet die Anwendung des Art. 3 Abs. 2 ZGB in einem Vergleich des Art. 37 OR mit Art. 34 Abs. 3 OR: Beim Tatbestand des Art. 34 Abs. 3 OR hängt die Vertretungswirkung davon ab, dass der Vertretene eine Vollmachtsmitteilung gemacht und dadurch den Schein erweckt hat, es bestehe eine bestimmte Vollmacht. Demgegenüber setzt Art. 37 OR keine Vollmachtsmitteilung voraus, ja der Vertretene muss überhaupt in keinerlei Weise einen Vollmachtsschein erweckt haben. Es leuchtet ein, dass der Dritte zulasten des Vertretenen eher Schutz verdient, wenn dieser einen falschen Vollmachtsschein gesetzt hat, als wenn dies nicht der Fall ist. Nun aber ist der Dritte bei Art. 34 Abs. 3 OR nur bei berechtigter Gutgläubigkeit geschützt; bei Art. 37 OR kann daher a fortiori nicht schon blosser Gutgläubigkeit genügen. Dieser Schluss wäre nur dann nicht gerechtfertigt, wenn von berechtigter Gutgläubigkeit im Interesse des *Vertreters* abzusehen wäre. Aber das trifft nicht zu. Ist nämlich der gute Glaube des Dritten unberechtigt, so haftet der Vertreter nach Art. 39 OR schon aus diesem Grunde nicht; die in Art. 37 OR vorgesehene «Hilfe» ist daher überflüssig.

B. Kenntnis des Vertreters von der Bevollmächtigung

- 351 Art. 37 OR bezweckt, wie erwähnt, den Schutz des Vertreters, der nach dem Erlöschen der Vollmacht gutgläubig (Nr. 352) mit einem Dritten kontrahiert. Gutgläubigkeit allein macht nun aber den Vertreter noch nicht schutzwürdig. Schutzwürdig ist dieser vielmehr nur dann, wenn er im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses von der Bevollmächtigung Kenntnis hat. Dieses Haftungserfordernis ist allerdings mehr von theoretischem als praktischem Interesse. Denn dass jemand als Vertreter auftritt, ohne von der Entstehung einer ihm erteilten Vollmacht Kenntnis zu haben, dürfte kaum je vorkommen. Möglich ist es aber. Man denke an den Fall, da der Vertreter vermeintlich als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt, während ihm in Wirklichkeit eine Vollmachtserklärung zugegangen und damit eine Vollmacht entstanden ist.

⁴³⁰ *Piotet*, *Culpa*, S. 99 Anm. 286, löst den Widerspruch auf andere Weise auf.

C. Gutgläubigkeit des Vertreters

1. Dem Vertreter darf «das Erlöschen der Vollmacht» im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht «bekannt» gewesen sein. So der Wortlaut von Art. 37 OR. In Wirklichkeit genügt aber ein blosses Nichtkennen der fehlenden Vollmacht nicht; vorausgesetzt ist vielmehr auch hier, dass der Vertreter **auf das Vorliegen der Vollmacht vertraut** hat. Ein Schutz nach Art. 37 OR entfällt daher nicht bloss bei *Kenntnis* des Vollmachtsmangels, sondern auch dann, wenn der Vertreter den Vollmachtsbestand für *zweifelhaft* hält. Dies rechtfertigt sich aus der Überlegung heraus, dass der Vertreter, der am Vollmachtsbestand zweifelt, den Vertrag unter Genehmigungsvorbehalt (Art. 38 OR) schliessen soll; schliesst er ihn vorbehaltlos, so verdient er den Schutz des Art. 37 OR nicht. 352

Die **herrschende Lehre** legt Art. 37 OR wörtlich aus; nur Kenntnis des Vollmachtsmangels soll dem Vertreter schaden. Der von Art. 37 OR vorausgesetzte gute Glaube wird mit andern Worten nicht als Vertrauen auf den Vollmachtsbestand, sondern als Unkenntnis des Vollmachtsmangels aufgefasst. 353

Welcher Definition man den Vorzug gibt, ist von entscheidender Bedeutung, wenn der Vertreter trotz Zweifeln am Vollmachtsbestand kontrahiert. Nach der hier befürworteten Definition ist Gutgläubensschutz diesfalls ausgeschlossen. Demgegenüber schliessen Zweifel nach der Definition der herrschenden Lehre Gutgläubensschutz nicht aus; und zwar selbst dann nicht, wenn die Zweifel Unaufmerksamkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB begründen (Nr. 355). 354

2. Art. 3 Abs. 2 ZGB ist nach der herrschenden Lehre nicht anwendbar⁴³¹. Diese Auffassung scheint mir zutreffend. Doch ist zu beachten, dass Umstände, die auf ungenügende «Aufmerksamkeit» im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB schliessen lassen, auch den Beweis bösen Glaubens erbringen können⁴³². In einem solchen Fall ist zwar ein Schutz nach Art. 37 OR ausgeschlossen. Das aber nicht, weil dem Vertreter wegen Art. 3 Abs. 2 ZGB die Berufung auf seinen guten Glauben abgeschnitten wäre, sondern weil es schon am guten Glauben fehlt. 355

Hätte der Vertreter den Vollmachtsmangel kennen oder den Vollmachtsbestand zumindest für zweifelhaft halten müssen, so liegt hierin ein Verschulden, das ihn dem Vertretenen (nach Art. 97, 398 OR usw.) haftbar machen kann; so, wenn der Vertrag nach Art. 37 OR zustandekommt und hieraus dem Vertretenen ein Schaden entsteht (der Vertretene ist z. B. zum Bezug einer Sache gegen einen übersetzten Preis verpflichtet). 356

⁴³¹ Das wird allerdings nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber mittelbar aus dem Umstand, dass die Autoren (z. B. *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1049; *Becker*, N 1 zu Art. 37 OR) entscheidend darauf abstellen, ob der Vertreter vom Vollmachtsuntergang Kenntnis hat oder nicht.

⁴³² Vgl. *Jäggi*, N 103 zu Art. 3 ZGB. – Es gibt keine allgemeine Regel, wann der Beweis des bösen Glaubens als erbracht anzusehen ist. Sicher ist jedoch «nicht ein absolut strikter» Beweis vorausgesetzt (BGE 28 II 368); eine mehr oder minder grosse Wahrscheinlichkeit genügt.

2. Rechtsfolge: Vertretungswirkung

- 357 1. Die Rechtsfolge des Art. 37 OR besteht im **Eintritt der Vertretungswirkung**. Der Gesetzeswortlaut (Nr. 345) ist insoweit eindeutig und lässt wohl keine andere Auslegung zu. Mit der Anordnung der Vertretungswirkung ist der Gesetzgeber freilich über das gebotene Mass des Vertreter- bzw. Drittschutzes hinausgegangen:
- 358 Wie erwähnt, bezweckt Art. 37 OR nicht nur den Schutz des Vertreters (Befreiung von der Haftung aus Art. 39 OR), sondern auch den Schutz des Dritten: Diesem soll die Haftungsbefreiung des Vertreters nicht zum Nachteil gereichen. Beide Ziele wären – statt durch Anordnung der Vertretungswirkung – auch dadurch zu erreichen gewesen, dass der Vertretene anstelle des Vertreters mit der Haftung aus Art. 39 OR belegt worden wäre. Warum der Gesetzgeber nicht so verfahren ist, sondern die für den Vertretenen schwerwiegendere Vertretungswirkung⁴³³ angeordnet hat, ist nicht recht erklärlich. Es spricht nichts für, Verschiedenes aber gegen die Vertretungswirkung:
- 359 – Im Interesse des *Vertreters* lässt sich die Vertretungswirkung nicht rechtfertigen. Ja diesem wäre sogar durch «Umlegung» der Haftung aus Art. 39 OR auf den Vertretenen besser gedient gewesen. Denn: Der Eintritt der Vertretungswirkung kann für den Vertretenen einen Schaden bedeuten; für diesen ist der Vertreter unter Umständen haftbar (Nr. 356); die Schadenersatzpflicht kann schwerer wiegen als diejenige aus Art. 39 OR⁴³⁴. Wäre demgegenüber in Art. 37 OR eine «Umlegung» der Haftung aus Art. 39 OR auf den Vertretenen vorgesehen, so könnte zwar der Vertreter dem Vertretenen ebenfalls schadenersatzpflichtig werden; die Haftung würde aber höchstens derjenigen aus Art. 39 OR gleichkommen.
- 360 – Im Interesse des *Dritten* lässt sich die Vertretungswirkung ebenfalls nicht rechtfertigen. Im Gegenteil: Es ist nicht einzusehen, warum der Dritte *bei ursprünglich fehlender Vollmacht* höchstens durch einen Schadenersatzanspruch geschützt sein soll (Art. 39 OR), *bei Erlöschen der ursprünglich vorhandenen Vollmacht* unter Umständen aber durch die Vertretungswirkung (Art. 37 OR).
- 361 – Schliesslich hat der Gesetzgeber durch Anordnung der Vertretungswirkung in Art. 37 OR unnötigerweise einen **systematischen Widerspruch zu Art. 34 Abs. 3 OR** geschaffen:
- 362 Art. 34 Abs. 3 OR ordnet wie Art. 37 OR den Fall, da der Vertreter nach dem

⁴³³ Unter Umständen mag freilich die Vertretungswirkung für den Vertretenen weniger schwer wiegen als eine allfällige Pflicht, Schadenersatz (nach Massgabe des Art. 39 OR) zu leisten. Da aber der Vertretene ohnehin die Möglichkeit hat, den vom Vertreter ohne Vollmacht geschlossenen Vertrag zu genehmigen (Art. 38 OR) und dadurch die Vertretungswirkung herbeizuführen, wirkt sich Art. 37 OR praktisch nur aus, wenn die Vertretungswirkung für den Vertretenen schwerer wiegt als eine Haftung entsprechend Art. 39 OR.

⁴³⁴ Vgl. *Piotet, Culpa*, S. 100.

Erlöschen der Vollmacht einen Vertrag schliesst; als Rechtsfolge ist auch hier (in Art. 34 Abs. 3) die Vertretungswirkung vorgesehen. Diese hängt von strengen Voraussetzungen (Nr. 295 ff.) ab, namentlich den folgenden: Der Vertretene muss dem Dritten eine Vollmachtsmitteilung gemacht und zusätzlich durch den Vollmachtswiderruf bewusst eine Diskrepanz zwischen der Mitteilung und der tatsächlichen Vollmachtslage geschaffen haben (vgl. Nr. 310); auf seiten des Dritten ist vorausgesetzt, dass er im Vertrauen auf die Vollmachtsmitteilung kontrahiert hat. Nur unter dieser dreifachen Voraussetzung rechtfertigt sich die Vertretungswirkung. Art. 37 OR setzt nichts von alledem voraus. Er macht die Vertretungswirkung aber auch von keinen andern Voraussetzungen abhängig, welche eben diese Vertretungswirkung rechtfertigen könnten. Zwar setzt er – im Unterschied zu Art. 34 Abs. 3 OR – guten Glauben des *Vertreters* voraus. Dieses Tatbestandsmerkmal aber vermag die Vertretungswirkung nicht zu erklären. Das folgt aus der in Nr. 359 getroffenen Feststellung, dass es zweckmässiger gewesen wäre, den guten Glauben des Vertreters durch «Umlegung» der Haftung aus Art. 39 OR auf den Vertretenen statt durch Anordnung der Vertretungswirkung zu schützen. Es bleibt daher uneinsichtig, weshalb die Vertretungswirkung zwar nach Art. 34 Abs. 3 OR, nicht aber nach Art. 37 OR von den erwähnten drei strengen Voraussetzungen abhängt⁴³⁵. Der Widerspruch zwischen Art. 34 Abs. 3 und 37 OR mag noch deutlicher werden, wenn man sich Folgendes vor Augen hält: Schliesst ein Vertreter nach Erlöschen der Vollmacht *bösgläubig* einen Vertrag, so ist der (berechtigt) gutgläubige Dritte nur unter den strengen Voraussetzungen des Art. 34 Abs. 3 OR durch Eintritt der Vertretungswirkung geschützt. Kontrahiert der Vertreter hingegen *in gutem Glauben*, so greift die Vertretungswirkung zugunsten des (berechtigt) gutgläubigen Dritten ohne weiteres Platz (Art. 37 OR). Die unterschiedliche Rechtslage, je nachdem ob der Vertreter gut- oder bösgläubig ist, lässt sich nicht sinnvoll erklären. Der einzig mögliche Ansatzpunkt für eine Erklärung, der gute bzw. böse Glaube des Vertreters, fällt insoweit – wie gesehen – ausser Betracht⁴³⁶.

⁴³⁵ Im Unterschied zu Art. 34 Abs. 3 OR setzt Art. 37 OR auch Kenntnis des Vertreters von der Bevollmächtigung voraus. Dieses (praktisch bedeutungslose: Nr. 350) Tatbestandsmerkmal vermag die Vertretungswirkung ebenfalls nicht zu rechtfertigen; das vorstehend im Text Gesagte gilt entsprechend.

⁴³⁶ Angesichts des klaren Wortlauts von Art. 37 OR scheint es mir unzulässig, die Vertretungswirkung auf dem Wege der *Auslegung* in eine Schadenersatzpflicht «umzufunktionieren». Fragen kann man sich hingegen, ob dies nicht auf dem Wege der *Lückenfüllung* möglich ist:

Der Widerspruch zwischen Art. 34 Abs. 3 OR und 37 OR darf nicht einfach hingenommen werden; das verbietet der fundamentale Rechtsgedanke, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Um den Widerspruch aufzulösen, ist Art. 37 OR als unanwendbar (als «toter Buchstabe») zu betrachten. Bei diesem Ergebnis kann es dann freilich nicht sein Bewenden haben: Kommt Art. 37 OR nicht zur Anwendung, muss der ratio der Bestimmung (Schutz des Vertreters und des Dritten) trotzdem Rechnung getragen werden. Das durch Anerkennung einer Lücke und Schliessung dieser Lücke mittels einer Regel, deren Tatbestand demjenigen des Art. 37 OR

- 363 2. Die Vertretungswirkung tritt, wenn überhaupt, **ex lege** ein. Auch insoweit ist der Wortlaut des Art. 37 OR eindeutig. Von einem Recht des Vertreters oder des Dritten, die Vertretungswirkung abzulehnen, ist nicht die Rede. Das versteht sich mit Bezug auf den *Dritten* ohne weiteres: Dieser soll durch Art. 37 OR nicht besser gestellt werden, als wenn die Vollmacht bei Vertragsabschluss vorgelegen hätte; gerade das aber würde erreicht, wenn er die Möglichkeit hätte, sich für oder gegen die Vertretungswirkung auszusprechen⁴³⁷. Nicht recht verständlich ist hingegen, warum der Gesetzgeber dem *Vertreter* kein Recht zur Ablehnung der Vertretungswirkung eingeräumt hat:
- 364 Die Vertretungswirkung kann für den Vertretenen einen Schaden bedeuten. Diesen hat der Vertreter zu ersetzen, falls er den Vollmachtsmangel hätte kennen oder am Vollmachtsbestand hätte zweifeln müssen (Nr. 352). Die Haftung wiegt unter Umständen schwerer als diejenige, die bei Nichteintritt der Vertretungswirkung unter den Voraussetzungen des Art. 39 OR Platz greifen würde (vgl. Nr. 359). Wo dies zutrifft, wirkt sich der Eintritt der Vertretungswirkung für den Vertreter negativ aus, was dem Zweck des Art. 37 OR, der ja primär in einer Begünstigung des Vertreters besteht (Nr. 348), diametral zuwiderläuft. Um solche zweckwidrigen Ergebnisse zu vermeiden, hätte der Gesetzgeber dem Vertreter das Recht einräumen müssen, die Vertretungswirkung abzulehnen.
- 365 **De lege ferenda** sollte dem Vertreter nicht durch ein (wenig praktikables) Recht zur Ablehnung der Vertretungswirkung geholfen werden. Vielmehr sollte als Rechtsfolge gar nicht mehr die Vertretungswirkung, sondern stattdessen ein gegen den Vertretenen gerichteter Schadenersatzanspruch des Dritten vorgesehen werden. Dadurch würde nicht nur der *ratio legis* des Art. 37 OR am besten gedient, sondern auch die systematische Einheit mit Art. 34 Abs. 3 und 39 OR, an der es *de lege lata* fehlt, hergestellt (vgl. Nr. 361f.).
- 366 3. Einzelne Autoren erwecken den Eindruck, die Vertretungswirkung trete nach Art. 37 OR deshalb ein, weil die Vollmacht bis zur Bösgläubigkeit des Vertreters «perpetuiert» werde. So beispielsweise *Bucher*, der schreibt, «der Widerruf» und «die gesetzlichen Endigungsgründe» würden «die Vollmacht erst untergehen» lassen, «wenn der *Vertreter von ihnen Kenntnis* erhält»⁴³⁸. In Wirklichkeit aber beruht die Vertretungswirkung auf dem Gesetz und nicht auf der Vollmacht: Diese geht mit Vorliegen des Erlöschensgrundes (z. B. Widerruf, Tod des Vertretenen usw.)

(Nr. 346ff.) entspricht, deren Rechtsfolge aber nicht im Eintritt der Vertretungswirkung besteht, sondern in einer Schadenersatzforderung des Dritten gegen den *Vertretenen*, die – was Umfang und Modalitäten anbelangt – derjenigen aus Art. 39 OR anzupassen ist. Greift eine Haftung des Vertretenen nach der besagten Regel Platz, bleibt für eine Haftung des *Vertreters* nach Art. 39 OR kein Raum; das folgt mit Selbstverständlichkeit aus dem Zweckgedanken des Art. 37 OR (vgl. Nr. 348).

⁴³⁷ Vgl. Nr. 288 betr. Art. 33 Abs. 3 OR.

⁴³⁸ S. 555 (Hervorhebung im Original-Text). Im gleichen Sinne *Schönenberger/Jäggi*, N 405 zu Art. 1 OR, und *Kramer*, N 85 zu Art. 1 OR.

unter; nachher wird es bestenfalls so gehalten, «wie wenn die Vollmacht noch bestehen würde» (so der Wortlaut von Art. 37 OR)⁴³⁹.

4. Das in Nr. 290ff. zu Art. 33 Abs. 3 OR Gesagte gilt mutatis mutandis auch vorliegend. 367

3. Anwendungsbereich des Art. 37 OR

Nach *Oser/Schönenberger* und andern Autoren greift Art. 37 OR «nur da Platz, wo die Vollmacht untergeht infolge von Ereignissen, die nicht auf einer Willenserklärung des Vollmachtgebers beruhen, also bei den Untergangsgründen des Art. 35 [OR]»⁴⁴⁰. Diese Auffassung hat vor allem die folgende Konsequenz: Ist ein Widerruf zugegangen, ohne dass der Vertreter hiervon Kenntnis erhalten hat, so ist sein guter Glaube nicht geschützt. Nach einer im Vordringen begriffenen Lehrmeinung⁴⁴¹ ist diese Einschränkung des Gutgläubensschutzes nicht gerechtfertigt. In der Tat ergibt die Auslegung des Art. 37 OR nichts, das für eine unterschiedliche Behandlung von Widerruf und andern Vollmachtserlöschensgründen spricht. An der Auffassung von *Oser/Schönenberger* sollte daher nicht festgehalten werden. 368

Im praktischen Ergebnis unterscheiden sich freilich die beiden Ansichten kaum. Denn mit dem Zugang ist auch die Kenntnisnahme zu vermuten; diese Vermutung umzustossen, wird aber dem Vertreter nur ausnahmsweise gelingen. Dazu kommt, dass die Alternative Zugang oder Kenntnisnahme überhaupt nur relevant wird, wenn zwischen dem Zugang und der Kenntnisnahme ein Vertragsabschluss erfolgt, dessen Gültigkeit der Vertretene nicht anerkennt. Diese Situation dürfte in der Praxis aber selten sein; einschlägige Gerichtsentscheide sind jedenfalls keine publiziert. 369

Wollte man im übrigen beim Widerruf den Zugang entscheiden lassen, so wäre es nur konsequent, auch dort auf den Zugang abzustellen, wo dem Vertreter Mitteilung von einer nach Art. 35 OR untergegangenen Vollmacht gemacht wird⁴⁴². 370

⁴³⁹ Gemäss Sem 1952, S. 435, findet Art. 37 OR auch im Prozessrecht bei Erlöschen einer Anwaltsvollmacht Anwendung.

⁴⁴⁰ *Oser/Schönenberger*, N 2 zu Art. 37 OR; ebenso z.B. *Piotet*, *Culpa*, S. 100 Anm. 289; v. *Büren I*, S. 161; *Vogt N. P.*, *Die Zustimmung des Dritten zum Rechtsgeschäft*, Diss. Zürich 1982, S. 71 Anm. 213.

⁴⁴¹ Z.B. *Gauch/Schüep/Jäggi*, Nr. 1050; *Bucher*, S. 555; v. *Tuhr/Peter*, S. 367; *Erb*, zit. in Anm. 251, S. 246 Anm. 4.

⁴⁴² So in der Tat *Becker*, N 1 zu Art. 37 OR.

VI. Art. 39 Abs. 1 und 2 OR

Art. 39 OR

Wird die Genehmigung ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt, so kann derjenige, der als Stellvertreter gehandelt hat, auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens belangt werden, sofern er nicht nachweist, dass der andere den Mangel der Vollmacht kannte oder hätte kennen sollen.

Bei Verschulden des Vertreters kann der Richter, wo es der Billigkeit entspricht, auf Ersatz weiteren Schaden erkennen.

In allen Fällen bleibt die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung vorbehalten.

- 371 Wer ohne hinreichende Vertretungsmacht als Vertreter auftritt, wird dem Kontrahenten unter den Voraussetzungen und nach Massgabe des Art. 39 OR schadenersatzpflichtig. Diese Bestimmung regelt zwei Tatbestände: in Abs. 1 einen **Grundtatbestand**, für den als Rechtsfolge der Ersatz des *negativen Vertragsinteresses* vorgesehen ist; in Abs. 2 einen **qualifizierten Tatbestand**, für den als Rechtsfolge Ersatz des *positiven Vertragsinteresses* vorgesehen ist. Abs. 3 von Art. 39 OR («In allen Fällen bleibt die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung vorbehalten.») hat mit Gutglaubensschutz nichts zu tun und bleibt demnach im folgenden ausser Betracht.
- 372 Nachstehend befasse ich mich 1. mit dem Grundtatbestand, 2. mit dem qualifizierten Tatbestand. 3. spreche ich vom negativen und positiven Vertragsinteresse. Schliesslich behandle ich 4. Tatbestände, auf die Art. 39 OR analog anwendbar ist.

1. Grundtatbestand (Art. 39 Abs. 1 OR)

A. Ausbleiben der Vertretungswirkung infolge Fehlens der Vertretungsmacht

- 373 1. Art. 39 Abs. 1 OR setzt das «Dahinfallen des Vertrages» voraus. Erlangt der Vertrag trotz Fehlens der Vertretungsmacht Verbindlichkeit, tritt also die Vertretungswirkung ein, sei es *unmittelbar* mit Vertragsabschluss (z.B. nach Art. 33 Abs. 3 OR), sei es *mittelbar* durch Genehmigung nach Art. 38 OR, so bleibt für eine Haftung des Vertreters nach Art. 39 OR zum vornherein kein Raum. In zweifacher Hinsicht ist eine **Klarstellung** erforderlich:
- 374 – Nach dem Wortlaut von Art. 39 Abs. 1 OR hängt die Haftung davon ab, dass «die Genehmigung (sc. des Vertrags) ausdrücklich oder stillschweigend abgelehnt» wird (und der Vertrag deshalb «dahinfällt»). Diese Formulierung ist ungenau: Ablehnung der Genehmigung ist nicht vorausgesetzt. Entscheidend ist, dass das Ausbleiben der Vertretungswirkung feststeht; das aber ist nicht bloss bei Ablehnung der Genehmigung der Fall, sondern ebenso bei Nichtgenehmigung innert einer vom Dritten angesetzten Frist (Art. 38 Abs. 2 OR)⁴⁴³.

⁴⁴³ v. Tuhr/Peter, S. 403 Anm. 27; auch schon *Haberstich*, S. 142, zu Art. 48 aOR. – Unzu-

- Eine Haftung nach Art. 39 OR fällt nicht bloss bei Eintritt der Vertretungswirkung ausser Betracht, sondern ebenso, wenn der Vertreter in eigener Person an den Vertrag gebunden wird, wie dies vor allem aufgrund von Art. 998 OR und 543 Abs. 2 OR zutreffen kann⁴⁴⁴. 375

Im Falle des Art. 998 OR wird der Vertreter unmittelbar von Gesetzes wegen an den Vertrag gebunden. Demgegenüber tritt die Bindung im Falle des Art. 543 Abs. 2 OR nur auf Verlangen des Dritten ein: Der einfache Gesellschafter, der ohne genügende Vertretungsmacht im Namen der Gesellschaft handelt, wird nach der fraglichen Bestimmung selbst verpflichtet⁴⁴⁵; der Dritte kann es jedoch «ablehnen, das Geschäft als ein nur für einen Gesellschafter wirksames gelten zu lassen». Im Falle der Ablehnung kann er vom Vertreter «Schadenersatz nach Massgabe von Art. 39 OR verlangen»⁴⁴⁶. 376

2. Art. 39 OR betrifft nur den Fall, da der Vertreter ohne genügende Vertretungsmacht handelt und der Vertrag gerade deswegen keine Verbindlichkeit erlangt; siehe auch schon vorne Nr. 188. Nicht anwendbar ist die Bestimmung, wenn *andere Gründe* (z.B. Urteilsunfähigkeit des Vertreters) die Vertragsverbindlichkeit hindern⁴⁴⁷. Das Vorliegen solcher Gründe schliesst eine Haftung nach Art. 39 OR selbst dann aus, wenn es auch an einer für den Vertragsabschluss genügenden Vollmacht fehlt. Denn die Haftung nach Art. 39 OR soll den Dritten «nicht günstiger stellen, als er bei Vorliegen der Vertretungsmacht gestanden haben würde»⁴⁴⁸. 377

B. Berechtigte Gutgläubigkeit des Dritten

1. Der Dritte muss gutgläubig sein, d.h. darauf **vertrauen, der Vertreter habe** eine für den intendierten Vertragsabschluss genügende **Vollmacht**. Eine gesetzliche Umschreibung des so verstandenen guten Glaubens fehlt; Art. 39 Abs. 1 OR hält 378

treffend ist es, die Nichtgenehmigung innert einer vom Dritten angesetzten Frist als stillschweigende Ablehnung der Genehmigung zu betrachten (so aber *Béguelin*, SJK Karte Nr. 517, S. 5); jedenfalls in der Regel trifft dies nicht zu: Wer schweigt, erklärt im Normalfall nicht (vgl. Art. 6 OR). Träfe *Béguelins* Auffassung zu, wäre Art. 38 Abs. 2 OR überflüssig.

⁴⁴⁴ v. *Tuhr/Peter*, S. 403; *Bucher*, S. 588. Weitere Sonderbestimmungen im Verhältnis zu Art. 39 OR sind z. B. Art. 645, 783 und 838 OR (Nr. 420).

⁴⁴⁵ Denn «das im Namen der Gesellschaft ... abgegebene Versprechen» ist «immer auch in eigenem Namen angegeben» (BGE 95 II 62).

⁴⁴⁶ *Siegwart*, N 16 zu Art. 543 OR. Entsprechendes gilt auch für die Kollektivgesellschaft (*Siegwart*, N 2 zu Art. 563 OR; v. *Tuhr/Peter*, S. 403 Anm. 31a, mit weiteren Hinweisen).

⁴⁴⁷ Ebenso für das deutsche Recht: *Palandt/Heinrichs*, N 1 zu § 179 BGB; *Staudinger/Dilcher*, N 9 zu § 179 BGB. Der Vertreter haftet aber womöglich nach den allgemeinen Grundsätzen betr. die Haftung aus c.i.c.; vgl. zum deutschen Recht *Soergel/Leptien*, N 11 zu § 179 BGB.

⁴⁴⁸ So *Steffen*, RGRK, N 4 zu § 179 BGB, in bezug auf § 179 BGB.

⁴⁴⁹ *Oser/Schönenberger*, N 15 zu Art. 39 OR.

lediglich den Hauptfall bösen Glaubens fest: den Fall, da der Dritte «den Mangel der Vollmacht (sc. bei Vertragsabschluss, Nr. 382) kannte». Der Kenntnis vom Vollmachtsmangel stehen aber Zweifel am Vollmachtsbestand gleich, da es auch in diesem Fall am Vertrauen auf das Vorliegen einer genügenden Vollmacht fehlt (vgl. z.B. Nr. 198).

379 Bösgläubigkeit bewirkt in der Praxis vor allem der vom Vertreter ausgesprochene Genehmigungsvorbehalt. «Wo Vertreter und Dritter im Hinblick auf eine spätere Genehmigung des Prinzipals abschlossen»⁴⁴⁹, fällt eine Haftung nach Art. 39 OR ausser Betracht. Das gilt selbst dann, wenn der Vertreter dem Dritten die Genehmigung durch den Vertretenen («Prinzipal») zusicherte⁴⁵⁰. Unter Umständen greift hier jedoch eine Haftung nach Art. 111 OR Platz, eventuell auch nach Art. 41 Abs. 2 OR (nicht aber nach Art. 41 Abs. 1 OR, Nr. 387).

380 2. Der gute Glaube muss im Sinne von **Art. 3 Abs. 2 ZGB** berechtigt sein. Art. 39 OR bringt dies zum Ausdruck, indem er die Haftung ausschliesst, falls der Dritte den Vollmachtsmangel «hätte kennen sollen» (Nr. 167). Der gute Glaube ist allerdings nicht bloss in diesem Fall unberechtigt, sondern auch dann, wenn der Dritte den Vollmachtsbestand für fraglich hätte ansehen müssen.

381 Die fehlende Berechtigung des guten Glaubens schafft nicht nur einen Grund zur Haftungsreduktion im Rahmen der Schadenersatzbemessung (dazu Nr. 408 ff.), sondern schliesst jede Haftung nach Art. 39 OR aus. Anderer Ansicht ist *Piotet* für den Fall, dass den Vertreter ein Verschulden trifft: «Ici l'exigence de la bonne foi du cocontractant paraît injuste. Les seules règles équitables sont celles de l'art. 44 CO: une faute légère du cocontractant ne doit pas, par exemple, toujours exclure la responsabilité du falsus procurator lourdement fautif.»⁴⁵¹ Art. 39 Abs. 1 OR schliesst jedoch die Berufung auf unberechtigten guten Glauben generell aus, ohne zu unterscheiden, ob den Vertreter ein Verschulden trifft oder nicht⁴⁵². Der Gesetzeswortlaut ist insoweit eindeutig. Für die Auffassung *Piotets* lässt er keinen Raum; jedenfalls lässt sich eine vom Wortlaut abweichende Auslegung nicht mit blossen Billigkeitserwägungen («paraît injuste») rechtfertigen. Am Erfordernis berechtigter Gutgläubigkeit ist m.E. selbst für den Fall festzuhalten, da der Vertreter *absichtlich* ohne Vollmacht handelt^{453, 454}. Doch kann vorsätzliches Auftreten als

⁴⁵⁰ Ebenso *Fick/Morlot*, N 9 zu Art. 39 OR, und entsprechend für das deutsche Recht: *Palandt/Heinrichs*, N 1 zu § 179 BGB. Abweichend *Bucher*, S. 589, der von einer deutschen Lehrmeinung (*Steffen*, RGRK, N 7 zu § 179 BGB) beeinflusst sein dürfte.

⁴⁵¹ *Piotet*, Culp, S. 102 oben. Der Auffassung *Piotets* schliesst sich *Engel*, S. 276, an.

⁴⁵² Art. 39 Abs. 1 OR findet unabhängig davon Anwendung, ob den Vertreter ein Verschulden trifft oder nicht. Liegt ein Verschulden vor, so richtet sich die Haftung des Vertreters entweder ausschliesslich nach Art. 39 Abs. 1 OR (so, wenn der qualifizierte Tatbestand des Art. 39 Abs. 2 OR nicht gegeben ist) oder nach Art. 39 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 39 Abs. 2 OR.

⁴⁵³ Vgl. *Frotz*, S. 54 Anm. 116, in bezug auf das deutsche Recht.

⁴⁵⁴ Für diesen Fall nehmen *Oser/Schönenberger*, N 15 zu Art. 39 OR, an, auch bei unberechtigter Gutgläubigkeit des Dritten bleibe die Haftung des Vertreters nach Art. 39

falsus procurator nach Art. 41 Abs. 2 OR haftbar machen (vgl. Nr. 387). Haftung nach dieser Bestimmung setzt keine berechtigte Gutgläubigkeit des Dritten voraus; regelmässig wird nachlässiges Verhalten im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht einmal eine Haftungsreduktion rechtfertigen.

3. Der (berechtigte) gute Glaube muss im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen⁴⁵⁵. **Mala fides superveniens** schliesst eine Berufung auf Art. 39 OR nach allgemeinem Grundsatz (Nr. 184) nicht aus. Doch kann sie zu einer **Haftungsreduktion** führen. Denn:

Erlangt der Dritte nach Vertragsabschluss vom Vollmachtsmangel Kenntnis (oder treten Zweifel auf, ob die Vollmacht bei Vertragsabschluss Bestand hatte), so hat der Dritte unter Umständen die Möglichkeit, den Eintritt eines Schadens zu verhindern oder den Umfang des Schadens zu vermindern. Unterlässt er die zweckmässigen Schritte zur Schadensverhinderung oder -verminderung, so kann ihm dies als Selbstverschulden anrechenbar sein und eine Haftungsreduktion rechtfertigen⁴⁵⁶.

Beispiel: Der vollmachtlose X verkauft dem B ein Pferd des A. B mietet im Vertrauen auf die Gültigkeit des Kaufvertrags einen Stall zur Unterbringung des Tiers. Nach Ablehnung der Vertragsgenehmigung durch A versäumt es B, den Mietvertrag auf den nächstmöglichen Termin zu kündigen. Er bleibt daher sechs Monate statt bloss drei Monate an den Mietvertrag gebunden und muss insgesamt Fr. 1200.– statt bloss Fr. 600.– an Mietzinsen aufwenden. Dass B sich nicht unmittelbar nach Ablehnung der Vertragsgenehmigung um die Auflösung des Mietverhältnisses bemühte, ist ihm als Selbstverschulden anzurechnen; er kann daher nicht seinen ganzen Schaden von Fr. 1200.– ersetzt verlangen, sondern nur einen Teil (über den Haftungsumfang entscheidet der Richter nach seinem Ermessen; Nr. 410).

C. Vollmachtsbehauptung des Vertreters

Haftung nach Art. 39 Abs. 1 OR setzt eine **Pflichtverletzung** des Vertreters voraus: Dieser muss erklären, eine für den intendierten Vertragsabschluss genügende Vollmacht zu haben, obwohl in Wirklichkeit eine solche nicht vorliegt⁴⁵⁷. Die Erklärung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Letzteres ist regelmässig schon dann anzunehmen, wenn jemand als Vertreter eines andern auftritt, ohne ausdrücklich auf das Fehlen genügender Vollmacht hinzuweisen⁴⁵⁸.

OR bestehen. Sie begründen dies mit Art. 2 ZGB: «Der Einrede des Kennensollens der Nichtbevollmächtigung durch den Pseudovertreter könnte der Dritte die Replik der Arglist (replicatio doli) entgegensetzen.» Wie *Oser/Schönenberger*, auch *Piotet*, Culpa, S. 102.

⁴⁵⁵ *Becker*, N 3 zu Art. 39 OR.

⁴⁵⁶ Zur Schadenersatzbemessung im allgemeinen siehe Nr. 408 ff.

⁴⁵⁷ *Oser/Schönenberger*, N 2 zu Art. 39 OR; vgl. in bezug auf § 179 BGB: *Thiele*, Münchener Kommentar, N 1 zu § 179 BGB; BGHZ 32, S. 354; abweichend *Steffen*, RGRK, N 7 zu § 179 BGB.

⁴⁵⁸ *Oser/Schönenberger*, N 2 zu Art. 39 OR; vgl. auch BGHZ 39, S. 51.

386 Als Regel des allgemeinen (bürgerlichen) Stellvertretungsrechts findet Art. 39 OR nur dann unmittelbare Anwendung, wenn der Vertreter «unter der Vorgabe des Bestehens einer *Vollmacht*» (*Oser/Schönenberger*⁴⁵⁹) handelt. Sinngemäss ist die Bestimmung jedoch auch anwendbar, wenn der Vertreter das Vorliegen einer *anderen Vertretungsmacht* (z.B. Organvertretungsmacht, Anm. 228) behauptet oder wenn er unter Vorgabe irgendeiner Vertretungsmacht auftritt, ohne sich über die Art derselben auszusprechen. Behauptet hingegen der Vertreter weder ausdrücklich noch stillschweigend, eine für den geplanten Vertragsabschluss genügende Vertretungsmacht zu haben, kann er nicht nach Art. 39 OR haftbar gemacht werden; eine Haftung aufgrund dieser Bestimmung entfällt daher namentlich dann, wenn der Vertreter den Dritten (ausdrücklich oder stillschweigend) darauf hinweist, der Vertrag bedürfe der Genehmigung durch den Vertretenen (zu diesem Fall siehe schon vorne Nr. 379).

387 Art. 39 OR regelt die Haftung des Vertreters wegen Verletzung der Pflicht, nicht wahrheitswidrig das Vorliegen von Vollmacht zu behaupten, *abschliessend*⁴⁶⁰. Ausgeschlossen ist daher vorab eine Haftung des falsus procurator nach Art. 41 Abs. 1 OR⁴⁶¹; Die Verletzung der fraglichen Pflicht ist zwar widerrechtlich im Sinne dieser Bestimmung⁴⁶²; die Widerrechtlichkeit wird aber ausschliesslich nach Art. 39 OR geahndet⁴⁶³. Nicht ausgeschlossen werden durch Art. 39 OR nur (aber immerhin) solche Ansprüche, die ihre Grundlage *nicht* in der Verletzung der fraglichen Vertreterpflicht haben. So bleibt z. B. die Möglichkeit gewahrt, den falsus procurator aus einem Garantievertrag (Art. 111 OR) zu belangen oder nach Art. 41 Abs. 2 OR⁴⁶⁴ (Nr. 379). Die letztere Bestimmung knüpft die Haftung – anders als Art. 41 Abs. 1 OR – nicht an eine widerrechtliche Handlung (vorliegend: die Verletzung der Pflicht, nicht wahrheitswidrig Vollmacht zu behaupten) an, sondern an eine absichtliche Schadenszufügung in einer sittenwidrigen Weise; das Merkmal der absichtlichen sittenwidrigen Schadenszufügung ersetzt das Merkmal der Widerrechtlichkeit⁴⁶⁵.

⁴⁵⁹ N 2 zu Art. 39 OR (Hervorhebung hinzugefügt).

⁴⁶⁰ Ebenso für § 179 BGB: *Frotz*, S. 53 ff.

⁴⁶¹ Gegenteilig *Béguelin*, SJK Karte Nr. 517, S. 7, und wohl auch *Oser/Schönenberger*, N 15, 18 zu Art. 39 OR. In BGE 97 II 71 spricht das Bundesgericht von den Rechten «que lui (sc. dem Dritten) confèrent les art. 39 et 41 ss.». Entweder wird hier die alternative Anwendbarkeit der Art. 39 und 41 ff. OR bejaht, oder aber es wird festgestellt, dass die Art. 41 ff. OR subsidiär Anwendung finden, soweit Art. 39 OR eine Lücke enthält (vgl. Nr. 409).

⁴⁶² Denn die Pflicht, nicht wahrheitswidrig das Bestehen von Vollmacht zu behaupten, ist allgemeiner Natur (Nr. 397).

⁴⁶³ Auch wenn der Vertreter den Dritten über das Fehlen der Vollmacht absichtlich hinwegtäuscht, schliesst Art. 39 OR die Anwendung des Art. 41 Abs. 1 OR aus; anders v. *Tuhr/Peter*, S. 404 Anm. 36. Fällt jedoch die absichtliche Täuschung unter Art. 41 Abs. 2 OR, so kann sich der Dritte über diese Bestimmung behelfen; siehe gleich nachstehend im Text.

⁴⁶⁴ Vgl. BGE 80 II 38. – Nicht berührt werden durch Art. 39 OR auch Ansprüche gegen den Vertretenen.

⁴⁶⁵ Vgl. *Oser/Schönenberger*, N 92 zu Art. 41 OR.

B. Verschulden?

Art. 39 Abs. 1 OR verlangt nach seinem Wortlaut **kein** Verschulden des Vertreters. Ein solches kann auch nicht in die Bestimmung «hineininterpretiert» werden⁴⁶⁶. Das verbietet einmal der systematische Zusammenhang mit Art. 39 Abs. 2 OR: Wäre ein Verschulden schon in Art. 39 Abs. 1 OR vorausgesetzt, so würde sich die ausdrückliche Aufstellung des Verschuldenserfordernisses in Art. 39 Abs. 2 OR erübrigen. Dann sind es aber auch die im Gesetz zum Ausdruck kommenden Wertungen, die dem Verschuldenserfordernis entgegenstehen:

– Art. 37 OR bezweckt, den Vertreter von der Haftung aus Art. 39 OR zu befreien; das aber nur für den *einen Fall*, dass ursprünglich eine Vollmacht bestanden hat, die dann nachträglich erloschen ist, und der Vertreter in der Folge ohne Vollmacht, aber in gutem Glauben kontrahiert. In allen übrigen Fällen soll die Haftung nach Art. 39 OR bestehen bleiben, und das unabhängig von einem Verschulden des Vertreters. So, wenn dieser in bösem Glauben kontrahiert; dann aber auch immer, wenn überhaupt nie Vollmacht bestanden hat.

Kontrahiert allerdings der Vertreter in bösem Glauben, so wird immer auch ein Verschulden vorliegen. Dass Art. 39 Abs. 1 OR kein solches voraussetzt, wirkt sich also nur dann aus, wenn der Vertreter gutgläubig kontrahiert und zudem nie Vollmacht hatte (hatte er einmal Vollmacht, so greift allenfalls Art. 37 OR ein, nicht aber Art. 39 OR).

– Aus dem Zusammenspiel von Art. 37 OR und 39 OR ergibt sich, dass der berechtigt gutgläubige Dritte nach der Wertung des Gesetzgebers immer Schutz verdient: Er soll entweder nach Art. 37 OR die Vertretungswirkung geltend machen, oder er soll nach Art. 39 OR Schadenersatz beanspruchen können. Diese Regel würde durchbrochen, wenn man in Art. 39 OR ein Verschulden voraussetzen würde. Der Dritte könnte sich dann nämlich auf keine der beiden Bestimmungen berufen, wenn er mit einem schuldlosen Vertreter kontrahiert, der nie Vollmacht hatte: Art. 39 OR käme wegen der Schuldlosigkeit des Vertreters nicht zur Geltung, und Art. 37 OR deshalb nicht, weil die Bestimmung eine einmal vorhandene, wenn auch nachträglich erloschene Vollmacht voraussetzt⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Das entspricht der herrschenden Auffassung: z. B. *Bucher*, S. 589; *Oser/Schönenberger*, N 14 zu Art. 39 OR; *Becker*, N 4 zu Art. 39 OR; *Simonius*, ZSR 1918, S. 235; ebenso die Rechtsprechung: z. B. BGE 58 II 429, 51 II 212 (Rubrum), 219, 46 II 113. – Ist das Verschulden nicht Haftungsvoraussetzung, so stellt dessen Fehlen – entgegen dem, was *Bucher*, S. 589, anzunehmen scheint – keinen Herabsetzungsgrund dar (*Oftinger I*, S. 264).

⁴⁶⁷ Nach *Flume*, § 47, 3c, soll – in bezug auf § 179 BGB – vom Verschuldenserfordernis wenigstens dann abgesehen werden, wenn «das Fehlen der Vertretungsmacht ausserhalb jeder Erkenntnis- und Beurteilungsmöglichkeit des Vertreters lag». Für das schweizerische Recht ist diese Auffassung aus den im Text erwähnten Gründen nicht zu übernehmen.

E. Handlungsfähigkeit?

- 392 1. Unbestritten ist, dass die Haftung nach Art. 39 OR **Urteilsfähigkeit** des Vertreters voraussetzt. Das ergibt sich schon daraus, dass die Gutgläubensvorschriften des bürgerlichen Stellvertretungsrechts nur das Fehlen der Vollmacht (ganz oder teilweise) zu heilen vermögen, nicht jedoch das Fehlen anderer Voraussetzungen der Vertretungswirkung, wozu auch die Urteilsfähigkeit des Vertreters gehört (Nr. 189).
- 393 2. **Einzelne Autoren** (in neuerer Zeit z.B. *Peter* und *Bucher*) wollen es nicht beim Erfordernis der Urteilsfähigkeit bewenden lassen, sondern verlangen – zumal im praktischen Ergebnis – (volle) **Handlungsfähigkeit**⁴⁶⁸. Dieser Auffassung liegt, teils unausgesprochen, folgende Überlegung zugrunde: Die sog. vorvertraglichen Pflichten sind keine allgemeinen Pflichten, sondern «quasikontraktliche» (v. *Tuhr/Peter*); so auch die Pflicht des Vertreters, nicht wahrheitswidrig zu behaupten, Vollmacht zu haben. Die Entstehung solcher Pflichten setzt gemäss Art. 19 Abs. 1 ZGB Handlungsfähigkeit des potentiell Verpflichteten voraus⁴⁶⁹. Wer im konkreten Fall mangels Handlungsfähigkeit nicht verpflichtet ist, der kann auch keine Pflicht verletzen. Art. 39 OR setzt Verletzung der Pflicht, nicht wahrheitswidrig das Vorliegen von Vollmacht zu behaupten, voraus (Nr. 385). Ist ein Vertreter handlungsunfähig, so trifft ihn diese Pflicht nicht; er kann daher nicht nach Art. 39 OR haftbar werden.
- 394 Diese Auffassung erweckt in zweifacher Hinsicht Bedenken. Einmal scheint zweifelhaft, ob die Pflicht, nicht wahrheitswidrig das Vorliegen von Vollmacht zu behaupten, wirklich keine allgemeine, sondern eine «quasikontraktliche» ist (Nr. 395 ff.). Sodann bestehen m. E. keine zwingenden Gründe, die besagte Pflicht, sollte sie tatsächlich «quasikontraktlicher» Natur sein, unter Art. 19 Abs. 1 ZGB zu subsumieren. Ich neige vielmehr der Ansicht zu, sie falle unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifikation nicht unter die zitierte Bestimmung, mithin setze ihre Entstehung in keinem Fall Handlungsfähigkeit des potentiell Verpflichteten voraus⁴⁷⁰.
- 395 3. Die Frage, ob die Pflicht, nicht wahrheitswidrig das Vorliegen von Vollmacht zu behaupten, **allgemeiner oder «quasikontraktlicher» Natur** ist, ist m. E. im ersten Sinne zu beantworten⁴⁷¹:

⁴⁶⁸ v. *Tuhr/Peter*, S. 404; *Bucher*, S. 590; *ders.*, N 338 zu Art. 19 ZGB; *Rabel*, ZSR 1908, S. 327; *Egger*, N 19 zu Art. 19 ZGB.

⁴⁶⁹ Oder Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Vertragsabschluss. Diesen Fall lasse ich im folgenden ausser Betracht.

⁴⁷⁰ Vgl. *Anex*, L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, Diss. Lausanne 1977, S. 35 f., der die vorvertraglichen Pflichten zwar als vertragsähnliche auffasst, Art. 19 Abs. 1 ZGB jedoch trotzdem nicht für anwendbar hält; Kritik dieser Auffassung bei *Piotet*, SJZ 1981, S. 232 Text und Anm. 36.

⁴⁷¹ V.a. *Schönenberger/Jäggi*, (N 574 ff. zu Art. 1 OR) und *Piotet* (SJZ 1981, S. 229 ff.;

Die Pflichten, wie verschiedenartig sie im einzelnen auch ausgestaltet sein mögen, unterteilt man gemeinhin in allgemeine und relative. Die ersteren richten sich an jedermann (so z. B. die Pflicht, Menschen nicht zu töten) oder an einen generell bestimmten Personenkreis (so z. B. die ärztliche Pflicht, das Berufsgeheimnis zu wahren) und haben ihren Ursprung in der allgemeinen Rechtsordnung. Im Unterschied zu den allgemeinen treffen die relativen Pflichten (dazu gehören v. a. die Leistungspflichten) nur konkret bestimmte Personen und setzen einen besonderen Entstehungsgrund voraus⁴⁷².

Die Pflicht, nicht wahrheitswidrig das Vorliegen von Vollmacht zu behaupten, weist alle Merkmale einer allgemeinen Pflicht auf. Sie trifft jedermann und sie hat keinen besonderen Entstehungsgrund, sondern einen allgemeinen, nämlich Art. 39 OR⁴⁷³. Unzutreffend ist es, wenn die Anhänger der Quasikontrakt-Theorie als Entstehungsgrund der fraglichen Pflicht den Eintritt in die Vertragsverhandlungen hinstellen⁴⁷⁴. Dieser gibt nur Anlass, dass sich die vorerst bloss latent bestehende Pflicht aktualisiert⁴⁷⁵. Das ist keine Eigenheit der Pflicht, nicht wahrheitswidrig das Vorliegen von Vollmacht zu behaupten. Vielmehr bestehen alle allgemeinen Pflichten vorerst nur latent und werden erst durch ein besonderes Ereignis konkretisiert und aktualisiert (nicht aber zur Entstehung gebracht!). Man denke z. B. an die im SVG enthaltenen (unzweifelhaft allgemeinen) Pflichten der Verkehrsteilnehmer zum Schutz der übrigen Verkehrsteilnehmer. Diese Pflichten treffen jedermann, sie aktualisieren sich jedoch erst dann, wenn jemand am Verkehr teilnimmt⁴⁷⁶; für die nicht am Verkehr teilnehmenden Personen bestehen sie nur (aber immerhin) latent⁴⁷⁷.

Culpa, S. 41 ff.; ZSR 1975, S. 254 ff.) sprechen sich in neuerer Zeit für die allgemeine Natur der vorvertraglichen Pflichten aus.

⁴⁷² Zum Vorstehenden vgl. Jäggi, zit. in Anm. 476, S. 167 f.; Neuenschwander M., Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971, S. 17 ff., vgl. auch S. 49; Yung W., Devoirs généraux et obligations, FG Schönenberger, Fribourg 1968, S. 163 ff.

⁴⁷³ Art. 39 OR hält die Pflicht, nicht wahrheitswidrig das Vorliegen von Vollmacht zu behaupten, durch Statuierung der Schadenersatzpflicht fest; vgl. BGE 41 II 376 in bezug auf Art. 26 OR.

⁴⁷⁴ So z. B. v. Tuhr/Peter, S. 404; ebenso BGE 58 II 429 («Pflichten ..., welche durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen entstehen»). Aus der neuesten Rechtsprechung vgl. BGE 108 II 421 in bezug auf die Pflicht, den Vertragspartner nicht zu täuschen.

⁴⁷⁵ Will man die Quasikontrakttheorie aufrechterhalten, so muss man annehmen, dass sich durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen nicht nur die allgemeine Pflicht, nicht wahrheitswidrig das Vorliegen von Vollmacht zu behaupten, konkretisiert, sondern zugleich eine inhaltsgleiche vertragsähnliche Pflicht entsteht. Eine solche Annahme ist m. E. jedoch eine Fiktion; vgl. demgegenüber die in BGE 108 II 421 zitierte Literatur, die zwar einen anderen, jedoch verwandten Zusammenhang betrifft.

⁴⁷⁶ Vgl. Piolet, ZSR 1975, S. 255; Jäggi, P., Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: Privatrecht und Staat, gesammelte Aufsätze, Zürich 1976, S. 168 oben.

⁴⁷⁷ Die Lehre vermittelt zum Teil den Eindruck, auf die Verletzung allgemeiner Pflichten kämen ohne weiteres die Art. 41 ff. OR zur Anwendung; ausschliesslich, soweit eine

2. Der qualifizierte Tatbestand (Art. 39 Abs. 2 OR)

- 398 Wie erwähnt, hat der Vertreter bei Vorliegen des Tatbestands von Art. 39 Abs. 1 OR das negative Vertragsinteresse (ganz oder teilweise) zu ersetzen, bei Vorliegen des Tatbestands von Art. 39 Abs. 2 OR hingegen das positive. Der Tatbestand von Art. 39 Abs. 2 OR ist erfüllt, wenn neben den Merkmalen des Tatbestands von Art. 39 Abs. 1 OR noch zwei zusätzliche Merkmale gegeben sind: A. Verschulden des Vertreters; B. Erfordernis der Billigkeit.

A. Verschulden des Vertreters

- 399 Den Vertreter trifft ein «Verschulden» im Sinne des Art. 39 Abs. 2 OR, wenn er bei Vertragsabschluss um das Fehlen der Vollmacht weiss oder wissen muss oder wenn er den Vollmachtsbestand für fraglich hält oder halten muss⁴⁷⁸. Nur ein solches Verschulden ist in Art. 39 Abs. 2 OR gemeint. Hat der Vertreter beispielsweise den Dritten über die Vertragsgrundlagen getäuscht und dadurch zum Vertragsabschluss bewogen, so liegt darin ebenfalls ein Verschulden. Es fällt jedoch nicht unter Art. 39 Abs. 2 OR und ist demnach nicht geeignet, Haftung auf das positive Vertragsinteresse auszulösen. Bedeutung erlangt es immerhin im Rahmen der Schadenersatzbemessung (dazu Nr. 408 ff.).
- 400 Art. 39 Abs. 1 und 2 OR beinhalten eine **Gutglaubenschutzregelung zugunsten des Dritten**. Zusätzlich beinhaltet Art. 39 Abs. 1 eine solche zugunsten des **Vertreters**; denn:
- 401 Weiss der Vertreter nicht um den Vollmachtsmangel und hält er den Vollmachtsbestand auch nicht für zweifelhaft, so haftet er unter den Voraussetzungen des Art. 39 Abs. 1 OR auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses. Weiss er hingegen um den Vollmachtsmangel oder hält er den Vollmachtsbestand zumindest für zweifelhaft, so haftet er – Tatbestand des Art. 39 Abs. 1 OR unterstellt – «auf Ersatz weiteren Schadens», sofern dies «der Billigkeit entspricht» (Art. 39 Abs. 2 OR). Eine bestimmte, auf einen Rechtsmangel (Vollmachtsmangel) bezügliche Bewusstseinslage des Vertreters ist somit geeignet, die Rechtslage unter Umständen zu seinen (des Vertreters) Gunsten zu beeinflussen. Das ist nichts anderes als Gutglaubenschutz (siehe schon vorne Anm. 120).

B. Erfordernis der Billigkeit

- 402 Selbst bei Vorliegen eines Vertreterverschuldens ist der Schadenersatz grundsätzlich nach dem negativen Vertragsinteresse zu berechnen. Auf Ersatz des positiven

spezielle Haftungsbestimmung wie z.B. Art. 39 OR fehlt; oder subsidiär, soweit eine spezielle Haftungsbestimmung keine Anordnung enthält. Dieses letztere trifft nicht zu: Es gibt kein Dogma, dass die Art. 41 ff. OR eo ipso zur Ergänzung von speziellen Haftungsbestimmungen beizuziehen sind. Soweit eine Spezialbestimmung nichts anordnet, liegt unter Umständen eine Lücke vor. Lücken sind nun allerdings regelmässig unter Heranziehung der Art. 41 ff. OR zu schliessen; aber auch das trifft nicht notwendig zu (vgl. Anm. 500).

⁴⁷⁸ Ähnlich v. Tuhr/Peter, S. 403.

Vertragsinteresses ist nur zu erkennen, «wo es der Billigkeit entspricht» (Art. 39 Abs. 2 OR). Trifft den Vertreter ein bloss leichtes Verschulden, wird man ihn nur dann der Haftung nach Art. 39 Abs. 2 OR unterwerfen, wenn zusätzlich zum Verschulden spezielle Billigkeitsgründe vorliegen (der Vertreter ist beispielsweise finanziell gut situiert, der Dritte hingegen lebt in ärmlichen Verhältnissen). Demgegenüber führt ein schweres Verschulden regelmässig zur Anwendung des Art. 39 Abs. 2 OR, ohne dass noch spezielle Billigkeitsgründe hinzukommen müssten^{479, 480}.

Die Bestimmung des Art. 39 Abs. 2 OR will den Dritten nach ihrem eindeutigen Zweck («kann der Richter ... auf Ersatz weitem Schadens erkennen») besser stellen, als er es nach Art. 39 Abs. 1 OR wäre. Daraus folgt: Ist das negative Vertragsinteresse ausnahmsweise grösser als das positive (zu einem Beispiel siehe Nr. 416), so ist immer jenes zu ersetzen⁴⁸¹; Ersatz des positiven Vertragsinteresses würde gegen den Zweck des Art. 39 Abs. 2 OR verstossen. Mit anderen Worten ist es nie billig im Sinne von Art. 39 Abs. 2 OR, das positive Vertragsinteresse zuzusprechen, wenn dieses kleiner ist als das negative. – Aus dem dargelegten Zweckgedanken von Art. 39 Abs. 2 OR folgt weiter, dass sich der Dritte immer damit begnügen kann, Ersatz seines negativen Vertragsinteresses zu verlangen. Daran hat er womöglich ein praktisches Interesse; so namentlich, wenn ihm der Beweis des positiven Vertragsinteresses Schwierigkeiten bereitet.

3. Rechtsfolge: Schadenersatzpflicht des Vertreters⁴⁸²

Bei Vorliegen des Grundtatbestandes von Art. 39 Abs. 1 OR hat der Vertreter⁴⁸³ dem Dritten (ganzen oder teilweisen) «Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertra-

⁴⁷⁹ Der bernische Appellationshof will offenbar Art. 39 Abs. 2 OR bei jedem Verschulden des Vertreters zur Anwendung bringen (ZBJV 1965, S. 149).

⁴⁸⁰ Nach deutschem Recht kann der Vertreter nur dann zum Ersatze des positiven Vertragsinteresses verurteilt werden, wenn er den Vollmachtsmangel kannte. Dass er den Mangel kennen musste, genügt nicht. So der klare Wortlaut von § 179 BGB; dazu *Staudinger/Dilcher*, N 17 zu § 179 BGB, mit Hinweis auf RG JW 1933, S. 2641.

⁴⁸¹ Ebenso *Keller/Schöbi*, Allg. Lehren, S. 133 unten, in bezug auf Art. 26 OR.

⁴⁸² In der deutschen Lehre wird die Ansicht vertreten, § 179 BGB finde keine Anwendung, wenn der Vertretene einen Willensmangel der Bevollmächtigung geltend macht und dadurch einen vom Vertreter gestützt auf die unverbindliche Vollmacht geschlossenen Vertrag zu Fall bringt. Dem Dritten solle hier einzig der Vertretene nach Massgabe des § 122 BGB haftbar sein, nicht jedoch der Vertreter nach § 179 BGB. So z. B. *Larenz*, BGB A.T., S. 608 unten, mit weiteren Hinweisen in Anm. 24. Anderer Ansicht *Frotz*, S. 320 Anm. 783; *Lüderitz*, JuS 1976, S. 770. Die fragliche Lehrmeinung ist für das schweizerische Recht nicht zu übernehmen. Jedenfalls ist ein Anspruch des Dritten gegen den Vertreter nach Art. 39 OR nicht auszuschliessen (vgl. v. *Tuhr/Peter*, S. 360 Anm. 34c; *Béguelin*, SJK Karte Nr. 517, S. 1; zweifelnd *Bucher*, S. 579 Anm. 98); ob der Dritte darüber hinaus noch einen Anspruch gegen den Vertretenen nach Art. 26 OR (das ist die Parallelbestimmung zu § 122 BGB) hat (so *Bucher*, S. 579), kann hier

ges erwachsenen Schadens» zu leisten; «Ersatz weitem Schadens kann der Dritte bei Vorliegen des qualifizierten Tatbestandes von Art. 39 Abs. 2 OR beanspruchen. Das besagt im einzelnen:

*A. Art. 39 Abs. 1 OR: Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses*⁴⁸⁴

- 405 1. Nach Abs. 1 von Art. 39 OR ist der Vertrauensschaden, das sog. negative Vertragsinteresse, zu ersetzen (BGE 106 II 132, 90 II 413)⁴⁸⁵; d. h. der Dritte ist vermögensmässig so zu stellen, wie wenn er den Vertrag mit dem Vertreter nicht geschlossen hätte⁴⁸⁶. Das geht zwar nicht zwingend aus dem Wortlaut hervor, «denn der Ausfall der Erfüllung ist mittelbar auch eine Folge «des Dahinfallens eines Vertrages». Aber die Gegenüberstellung des Schadens aus dem Dahinfallen des Vertrages einerseits, dem «Ersatz weitem Schadens» (der auf das Erfüllungsinteresse hindeutet) andererseits, wäre schwer zu erklären, wenn unter dem Schaden aus dem Dahinfallen des Vertrages ... nicht ... das negative Vertragsinteresse verstanden würde.»⁴⁸⁷
- 406 Unter dem aOR wurde zu Art. 48, dem «Vorgänger» des Art. 39 OR, die Ansicht vertreten, die Haftung auf das negative Vertragsinteresse sei **maximal**

offengelassen werden, scheint mir aber zweifelhaft. M. E. steht höchstens dem Vertreter als Adressaten der Bevollmächtigungserklärung ein Anspruch nach Art. 26 OR zu. – Bejaht man Ansprüche des Dritten sowohl nach Art. 39 OR wie auch Art. 26 OR, so besteht Anspruchskonkurrenz; entsprechend für das deutsche Recht (Konkurrenz zwischen §§ 122 und 179 BGB): *Thiele*, Münchener Kommentar, N 98 zu § 167 BGB.

- 483 Sind mehrere Stellvertreter ohne Vollmacht gemeinsam für einen andern aufgetreten, so haften sie – Tatbestand des Art. 39 OR unterstellt – solidarisch (so BGE 58 II 430).

- 484 Art. 39 Abs. 1 OR kann auch im Prozess (analog) Anwendung finden: vgl. BGE 46 II 411 ff. betr. die Haftung des ohne Vollmacht prozessierenden Anwalts für die Prozesskosten der Gegenpartei; demgegenüber *Lewin*, SJZ 1923/24, S. 37.

- 485 Ferner schon BGE 44 II 507 f.; aus der kantonalen Rechtsprechung z. B. Sem 1950, S. 222 unten; ZBJV 1965, S. 149. Ebenso die fast einmütige Lehre: *Guhl/Merz/Kummer*, S. 152; v. *Tuhr/Peter*, S. 403; *Oser/Schönenberger*, N 6 zu Art. 39 OR; *Becker*, N 6 zu Art. 39 OR; *de Saussure*, zit. in Anm. 237, S. 131; *Engel*, S. 276; *Reichel*, SJZ 1919/20, S. 175. Anders v. *Büren I*, S. 163, der die Ansicht vertritt, «viel angemessener» sei es, den «Vertreter in jeder Eventualität auf das Erfüllungsinteresse zu behaften». – Unter dem alten Recht war umstritten, ob Art. 48 aOR das negative oder positive Vertragsinteresse meinte (vgl. *Oser/Schönenberger*, N 5 zu Art. 39 OR).

- 486 Diese gebräuchliche Umschreibung ist als Kurzformel nützlich, sachlich ist sie aber nicht genau. Sie erweckt die falsche Vorstellung, es sei in jedem Fall nur der Schaden zu ersetzen, den der Geschädigte infolge seines Vertrauens in die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat. Dies mag in der Regel zutreffen, doch können auch vor der scheinbaren Perfektion des Vertrages eingetretene Vermögensverminderungen (z. B. Kosten im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss, vgl. *Simonius*, ZSR 1918, S. 270 unten) zu ersetzen sein. Ein Beispiel gibt BGE 41 II 375 ab (zu Art. 26 OR); das Bundesgericht stützt sich auf ähnliche Erwägungen, wie sie *Simonius*, a. a. O., auf S. 271 in Anm. 87 anbringt.

- 487 *Oser/Schönenberger*, N 6 zu Art. 39 OR.

begrenzt durch das positive Vertragsinteresse⁴⁸⁸. Diese auch unter dem neuen Recht noch vereinzelt anzutreffende Meinung⁴⁸⁹ trifft den Sinn von Art. 39 OR nicht; einer Anregung, die Haftung auf das negative Vertragsinteresse in der fraglichen Weise zu begrenzen, wurde in der Expertenkommission nicht Folge gegeben⁴⁹⁰. Doch kann der Richter eine solche Begrenzung im Einzelfall über Art. 43f. OR (vgl. Nr. 453) herbeiführen⁴⁹¹.

2. Die Einzelheiten der **Schadensberechnung** richten sich nach den allgemeingültigen Grundsätzen, welche nicht nur bei Art. 39 OR, sondern auch bei andern Bestimmungen, die Ersatz des negativen Vertragsinteresses vorsehen (z.B. Art. 26, 109 OR), zutreffen⁴⁹². Darauf ist hier nicht weiter einzutreten⁴⁹³.

3. Für die **Schadenersatzbemessung** gelten die Art. 43f. OR⁴⁹⁴. Das ist unbestritten, wenn auch nicht selbstverständlich. Denn die Art. 43f. OR gehören systematisch in den zweiten Abschnitt des ersten Titels des OR (Art. 41–61), Art. 39 OR hingegen in den ersten; auch fehlt eine einschlägige Verweisungsnorm, welche (wie z.B. Art. 99 Abs. 3 OR für das vertragliche Schadenersatzrecht) die Art. 43f. OR ausdrücklich für anwendbar erklären würde. Da jedoch Art. 39 OR keine eigene Regelung der Schadenersatzbemessung kennt und insoweit eine **Lücke** aufweist⁴⁹⁵, sind die Art. 43f. OR «als Ausdruck der schweizerischen Rechtsüberzeugung»⁴⁹⁶ (analog) anwendbar.

⁴⁸⁸ Z.B. ZR 1903, Nr. 122, S. 145.

⁴⁸⁹ Nachweise bei *Piotet*, *Culpa*, S. 89f. Anm. 252–254 und 257–260.

⁴⁹⁰ *Oser/Schönenberger*, N 9 zu Art. 39 OR. – Gegenteilig *Welser*, zit. in Anm. 222, S. 139ff., für das österreichische Recht und § 179 Abs. 2 BGB.

⁴⁹¹ *Oser/Schönenberger*, N 9 zu Art. 39 OR. – Näheres zum Problem, ob der Ersatz des negativen Vertragsinteresses auf den Betrag des positiven zu beschränken ist, siehe hinten in Nr. 449ff. zu Art. 26 OR.

⁴⁹² Siehe z.B. *Keller M.*, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Diss. Zürich 1949.

⁴⁹³ Einen typischen Schadensposten, der unter dem Titel des negativen Vertragsinteresses nach Art. 39 OR zu ersetzen ist, bilden die Kosten der Einklagung des angeblichen Vollmachtgebers; vgl. ZR 1913, Nr. 202, S. 326.

⁴⁹⁴ Z.B. *Oser/Schönenberger*, N 8 zu Art. 39 OR; *Bucher*, S. 598; v. *Tuhr/Peter*, S. 403; *Simonius*, ZSR 1918, S. 232, vgl. auch S. 283f.

⁴⁹⁵ Eine Lücke ist (wohl) auch hinsichtlich der Frage anzunehmen, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen der *Vertretene* für den Schaden haftet, der dem Dritten aus dem vollmachtlosen Handeln des Vertreters entsteht. Den richtigen Weg der Lückenfüllung weist m.E. *Piotet* (*Culpa*, S. 80; ZSR 1975, S. 269; SJZ 1981, S. 247 und passim): Der Vertretene haftet – ohne Möglichkeit des Entlastungsbeweises – für den vom Vertreter schuldhaft zugefügten Schaden (vgl. demgegenüber Nr. 464). Die von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung (Nachweise bei *Koller*, Nr. 452f.) befürwortete analoge Anwendung des Art. 101 OR scheint aus verschiedenen Gründen nicht zutreffend: vgl. *Piotet*, SJZ 1981, S. 243ff.; *ders.*, *Culpa*, S. 68ff. Nicht abgelehnt werden sollte die Analogie allerdings mit dem Argument, Haftung nach Art. 101 OR setze die Verletzung einer Pflicht des Geschäftsherrn voraus; die vorvertraglichen Pflichten (so auch die Pflicht, nicht als falsus procurator aufzutreten) würden aber die

409 Es gibt keine (geschriebene oder ungeschriebene) Norm, die besagt, dass Lücken, die Art. 39 OR in bezug auf die Modalitäten der Haftung aufweist, eo ipso durch die Art. 41 ff. OR zu füllen sind (vgl. vorne Anm. 477). Jedoch sind diese Bestimmungen regelmässig sachlich angemessen und aus diesem Grunde subsidiär anwendbar⁴⁹⁷; dies natürlich immer unter Berücksichtigung der besonderen Natur der Haftung aus Art. 39 OR⁴⁹⁸ (geringes Verschulden ist z. B. bei der Verschuldenshaftung ein Herabsetzungsgrund [Art. 43 OR], bei der Kausalhaftung des Art. 39 Abs. 1 OR hingegen nicht [Anm. 466]). Eine Lücke aber muss vorliegen, damit die Art. 41 ff. OR ergänzend herangezogen werden können. Das trifft z. B. nicht zu in der Frage der Verjährung: Mangels einschlägiger Regelung in Art. 39 OR gilt Art. 127 OR (zehnjährige Verjährungsfrist)⁴⁹⁹, der Art. 60 OR (einjährige Verjährungsfrist) ausschliesst⁵⁰⁰.

Hilfsperson und nicht den Geschäftsherrn treffen; auf deren Verletzung könne daher Art. 101 OR nicht anwendbar sein (so aber *Piotet*, *Culpa*, S. 69). Es gibt nämlich durchaus Fälle, in denen Art. 101 OR Anwendung findet, obwohl die verletzte Pflicht die Hilfsperson (nicht den Geschäftsherrn) trifft. So kommt Art. 101 OR zur Anwendung, wenn die Hilfsperson in sog. funktionellem Zusammenhang mit der Vertragsabwicklung ihr obliegende allgemeine Pflichten verletzt; Beispiel: Die Hilfsperson eines Handwerkers, der ein Schrankschloss zu reparieren hat, repariert das Schloss einwandfrei, beschädigt aber durch ungeschicktes Hantieren den Schrankspiegel (vgl. Kantonsgericht Waadt in der SJZ 1916, S. 384f.; *Koller*, Nr. 271). Bei solchen Tatbeständen verletzt die Hilfsperson nur eigene (genauer: zu ihren Lasten konkretisierte) allgemeine Pflichten; so im vorliegenden Beispiel die Pflicht, kein fremdes Eigentum zu beschädigen. Eine Verletzung der Schuldspflicht des Geschäftsherrn liegt nicht vor; der funktionelle Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Vertragsabwicklung ändert daran nichts (vgl. *Jäggi*, Aufsätze, zit. in Anm. 476, S. 171). Wer das Gegenteil behauptet (z. B. *Koller*, Nr. 273; *Oftinger I*, S. 486), der tut das wohl hauptsächlich in der Absicht, die Anwendung des Art. 101 OR, der unmittelbar nur auf Schuldpflichtverletzungen anwendbar ist, zu rechtfertigen; besser wäre es, eine Schuldpflichtverletzung zu verneinen und Art. 101 OR auf die Verletzung allgemeiner Pflichten in funktionellem Zusammenhang mit der Vertragsabwicklung analog anzuwenden.

496 *Oftinger I*, S. 171.

497 Es ist zu beachten, dass Art. 39 OR ebenso wie die Art. 41 ff. OR die Verletzung einer allgemeinen Pflicht voraussetzt (Nr. 393 i. V. m. Nr. 397).

498 Vgl. *Oftinger I*, S. 481.

499 «Ein Antrag, das ausdrücklich auszusprechen, wurde mit der Begründung, das verstehe sich von selbst, abgelehnt (Prot. 6. V. 1908)»: *Fick/Morlot*, N 13 zu Art. 39 OR.

500 *Bucher*, S. 254f.; *ders.*, ZSR 1983, II. Halbband, S. 340; *Béguelin*, SJK Karte Nr. 517, S. 7; *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 726; differenzierend *Kramer*, Allg. Einleitung vor Art. 1 OR, N 141. Für Anwendung des Art. 60 OR: z. B. *Schönenberger/Jäggi*, N 595 zu Art. 1 OR; *Spiro K.*, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bern 1975, Band I, § 298; *Piotet*, SJZ 1981, S. 241 Anm. 45. *Piotet* nimmt – unter Berufung auf verschiedene Bundesgerichtsurteile – an, auf ausservertragliche Haftungstatbestände käme ganz allgemein Art. 60 OR zur Anwendung; das gelte auch für den Tatbestand des Art. 39 OR. Das Bundesgericht bringt auf Ansprüche aus c.i.c. generell Art. 60 OR zur Anwendung (BGE 101 II 268ff.); da Art. 39 OR eine Haftung aus c.i.c. statuiere, müsse auch für Ansprüche aus dieser Bestimmung Art. 60 OR gelten (BGE 104 II 94f.). – Einen Grundsatz, dass Art. 127 OR auf ausservertragliche Haftungstatbestände entgegen seinem Wortlaut generell nicht zur Anwendung gelangt, gibt es – entgegen *Piotet* – nicht. Art. 127 OR ist vielmehr nur dann nicht anwendbar, wenn ein spezieller Grund vorliegt. Ein solcher ist namentlich darin zu sehen, dass Ansprüche aus Art. 41 ff. OR und verwandte Ansprüche aus

Nach Art. 43f. OR ist dem Richter aufgegeben, ganz allgemein «die Umstände» 410 zu berücksichtigen (so Abs. 1 von Art. 43 OR). Gemeint sind sowohl *haftungsmildernde Umstände* (*Herabsetzungsgründe*) als auch *haftungsverschärfende*, d. h. solche, die für eine Haftung sprechen und demnach geeignet sind, allfällige Herabsetzungsgründe ganz oder teilweise zu neutralisieren⁵⁰¹. Ob und inwieweit solche Umstände zu berücksichtigen sind, hat der Richter nach «Recht und Billigkeit» (Art. 4 ZGB) zu entscheiden (z. B. BGE 91 II 297)⁵⁰². Einzelheiten gehören nur hierher, soweit sie speziell die Haftung nach Art. 39 OR betreffen; zwei Punkte sind anzumerken:

- Selbstverschulden des Dritten als wichtigster Herabsetzungsgrund führt in der Regel nur zu einer Haftungsermässigung (Beispielfall in Nr. 384)⁵⁰³. Besteht jedoch das Selbstverschulden darin, dass der Dritte die nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotene Aufmerksamkeit nicht aufgebracht hat, so entfällt die Haftung ganz; denn diesfalls fehlt es am Tatbestandsmerkmal der berechtigten Gutgläubigkeit (Nr. 381). 411
- Kannte der Vertreter den Vollmachtsmangel oder hätte er ihn kennen sollen, so 412 führt dieses Verschulden nach Massgabe des Art. 39 Abs. 2 OR zu einer grundlegenden Änderung der Schadensberechnung: anstelle des negativen ist das positive Vertragsinteresse zu ersetzen. Nur wo Art. 39 Abs. 2 OR nicht eingreift, kommt dem Verschulden lediglich bei der Schadenersatzbemessung im Rahmen des Art. 39 Abs. 1 OR Bedeutung zu.

andern Haftungsgründen nicht einer gänzlich verschiedenen Verjährungsregelung (Art. 60 OR einerseits, Art. 127 OR andererseits) unterworfen werden sollten. M. E. besteht kein hinreichender Anlass, Ansprüche aus Art. 39 OR von der Anwendung des Art. 127 OR auszunehmen. Der Vergleich mit den Ansprüchen aus Art. 41ff. OR zwingt zu keinem andern Schluss. Denn immerhin setzt Art. 39 OR – im Unterschied zu den Art. 41ff. OR – voraus, dass der Haftbare und der Anspruchsberechtigte bewusst rechtliche Beziehungen schaffen wollen und daher einen – wenn auch unverbindlichen – Vertrag schliessen. Wer sich dieser Auffassung nicht anschliesst und die Anwendbarkeit des Art. 127 OR verneint, der kann nicht einfach Art. 60 OR zur Anwendung bringen. Vielmehr hat er eine (durch den Wortlaut des Art. 127 OR «verdeckte») Lücke anzunehmen (zum Begriff der verdeckten Lücke vgl. z. B. *Larenz*, zit. in Anm. 906, S. 362, 375; vgl. auch *Egger*, N 20 zu Art. 1 ZGB) und dieselbe modo legislatoris zu schliessen. Auf Art. 60 OR dürfte man bei der Lückenfüllung kaum zurückgreifen, da die hier vorgesehene Einjahresfrist «in jedem Fall zu kurz» ist (*Bucher*, S. 254). – Zu den oben zitierten BGE 101 II 268ff. und 104 II 94f. ist, was folgt, nachzutragen: Es scheint methodisch verfehlt, die Verjährungsfrage bei den c.i.c.-Tatbeständen vorerst generell zu entscheiden und hierauf die «gefundenen» Regelung auf den speziellen Tatbestand des Art. 39 OR zu übertragen. Gerade das umgekehrte Vorgehen ist angebracht: vorerst die Verjährungsfrage bei den im Gesetz geregelten c.i.c.-Tatbeständen entscheiden, hierauf eine generelle Verjährungsregel aufstellen.

⁵⁰¹ Vgl. *Koller*, Nr. 320.

⁵⁰² *Oftringer* I, S. 264, mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

⁵⁰³ ZR 1903, S. 145 Nr. 122: wegen Selbstverschuldens des Dritten Reduktion um mehr als 2/3.

B. Art. 39 Abs. 2 OR: Verpflichtung zum Ersatz des positiven Vertragsinteresses

- 413 Mit dem «Ersatz weitem Schadens» meint Art. 39 Abs. 2 OR nach herrschender Meinung Ersatz des positiven Vertragsinteresses⁵⁰⁴. Der Dritte ist also vermögensmässig so zu stellen, wie wenn der (wegen Vollmacht mangels unverbindliche) Vertrag richtig erfüllt worden wäre. Für die Einzelheiten der Schadensberechnung⁵⁰⁵ gelten die allgemeinen Grundsätze, wie sie im vertraglichen Schadenersatzrecht entwickelt wurden⁵⁰⁶. Die Schadenersatzbemessung obliegt dem Ermessen des Richters, wie sich unmittelbar aus Art. 39 Abs. 2 OR ergibt: Der in der Bestimmung enthaltene Hinweis auf die «Billigkeit» bezieht sich nicht nur auf das «Ob» der Pflicht zum Ersatz des positiven Vertragsinteresses, sondern auch auf den Umfang des Ersatzes. Richtlinien für die Ausübung des Ermessens ergeben sich aus Art. 43 f. OR⁵⁰⁷. Trifft den Vertreter ein *schweres Verschulden* (er hat beispielsweise den Dritten bewusst über das Fehlen der Vollmacht hinweggetäuscht), so ist grundsätzlich das *ganze* positive Vertragsinteresse zu ersetzen⁵⁰⁸; eine Haftungsreduktion greift nur bei Vorliegen von Herabsetzungsgründen Platz. Gleichsam umgekehrt hat der Richter bei Vorliegen eines bloss *leichten Verschuldens* vorzugehen. Ein solches allein rechtfertigt Ersatz des positiven Vertragsinteresses nicht (Nr. 402); der Richter darf nur bei Vorliegen spezieller (haftungsverschärfender) Gründe ganzen oder teilweisen Ersatz desselben zusprechen.
- 414 «Der Billigkeitsentscheid des Art. 39 Abs. 2 OR ist nicht ein Entscheid nach Belieben des Richters» (BGE 106 II 133). Die kantonalen Gerichte schenken dem mitunter zu wenig Beachtung. Vgl. z.B. die Kritik des Bundesgerichts am vorinstanzlichen Entscheid im eben zitierten BGE. Unzutreffend wohl auch der in der Sem 1946, S. 267 ff., abgedruckte Entscheid: Obwohl das vom Kläger auf Fr. 360.– bezifferte Erfüllungsinteresse als bescheiden («modéré») bezeichnet wird, sprach das Gericht nur Fr. 250.– zu, und dies ohne jede Begründung, einfach gestützt auf die in Anspruch genommene «grande liberté d'appréciation».

⁵⁰⁴ Statt vieler: Keller/Schöbi, Allg. Lehren, S. 74; Becker, N 7 zu Art. 39 OR; Oserl/Schönenberger, N 16 zu Art. 39 OR. Anders Piotet, Culpä, S. 86 ff.; dieser vertritt die Ansicht, es sei nie mehr als das negative Vertragsinteresse zu ersetzen. (Zu den Auswirkungen dieser Auffassung auf die Interpretation des Art. 39 Abs. 2 OR siehe Piotet, a.a.O., S. 88.)

⁵⁰⁵ Bei nicht bezifferbarem Schaden ist nach Art. 42 Abs. 2 OR zu verfahren: Sem 1950, S. 224.

⁵⁰⁶ Diese sind namentlich in der Literatur zu Art. 97 OR nachzulesen; z.B. Oserl/Schönenberger, N 10–13 zu Art. 97 OR.

⁵⁰⁷ Z.B. Oserl/Schönenberger, N 16 zu Art. 39 OR.

⁵⁰⁸ Sem 1950, S. 218, Rubrum.

C. Verhältnis des positiven zum negativen Vertragsinteresse

1. Aus der Umschreibung des positiven Vertragsinteresses ergibt sich, dass bei 415 dessen Berechnung von der Hypothese auszugehen ist, der Vertrag sei richtig erfüllt worden (vgl. Nr. 413). Demgegenüber liegt der Berechnung des negativen Vertragsinteresses die Hypothese zugrunde, der Dritte habe mit dem Vertreter nie kontrahiert (vgl. Nr. 405). Die beiden Hypothesen **schliessen sich aus**; dementsprechend kann nie ganzer oder teilweiser Ersatz des positiven Vertragsinteresses neben dem ganzen oder teilweisen Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangt werden. Dieser in der Lehre anerkannte Satz⁵⁰⁹ wird allerdings durch den Wortlaut des Art. 39 Abs. 2 OR verdeckt: Die Wendung, der Richter könne «auf Ersatz weitem Schadens» (nämlich des positiven Vertragsinteresses) «erkennen», erweckt den Eindruck, dem Dritten könne zusätzlich zum negativen auch das positive Vertragsinteresse zugesprochen werden. Neuerdings scheint das Bundesgericht einer wörtlichen Interpretation des Art. 39 OR zuzuneigen. Jedenfalls hat es in BGE 106 II 132 die Ansicht der Vorinstanz sanktioniert, welche einzelne Schadensposten unter dem Titel des negativen, andere unter dem Titel des positiven Vertragsinteresses anerkannt hatte (vgl. BGE, a.a.O., Ziff. 5, erster und zweiter Absatz).

2. Das positive Vertragsinteresse übersteigt das negative in der Regel, doch ist 416 auch das Umgekehrte möglich⁵¹⁰. An einem Beispiel sei dies deutlich gemacht: A kauft ein Pferd zu einem übersetzten Preis (Preis z. B. Fr. 7000.–, Verkehrswert des Pferdes nur Fr. 5000.–). Ist der Verkauf ungültig, weil auf seiten des Verkäufers ein nicht bevollmächtigter Vertreter gehandelt hat und die Genehmigung verweigert wird, so liegt Schaden in Form des positiven Vertragsinteresses nicht vor; denn A wäre bei Erfüllung des Vertrages vermögensmässig (um Fr. 2000.–) schlechter dagestanden als bei Nichterfüllung. Das schliesst indes nicht aus, dass A Schaden in Form des negativen Vertragsinteresses erlitten hat; beispielsweise, weil er für die Unterbringung des Pferdes bereits einen Stall gemietet hat und nun trotz Nichtbenutzung desselben Mietzinsen bezahlen muss, die ihm ohne Pferdekauf erspart geblieben wären (vgl. das Beispiel in Nr. 384).

4. Verwandte Tatbestände: sinngemässe Anwendung des Art. 39 OR

1. Zu Recht bejahen Lehre und Rechtsprechung die analoge Anwendung des 417 Art. 39 OR für den Fall, da jemand **im Namen einer nicht existierenden Person**

⁵⁰⁹ Z.B. *Guhl/Merz/Kummer*, S. 67; *Simonius*, ZSR 1918, S. 261f. Anm. 69; *Praxis* 5, S. 4ff.

⁵¹⁰ Z.B. *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 1628; *Reichel*, SJZ 1922, S. 219; *Piotet*, *Culpa*, S. 84; v. a. auch *Simonius*, ZSR 1918, S. 246ff. In BGE 39 II 97ff. entsprach das negative Vertragsinteresse dem positiven.

handelt⁵¹¹. Keine Rolle spielt, ob die Person überhaupt nie existiert hat oder ob sie zwar einmal existierte, aber zur Zeit des Vertragsabschlusses mit dem Vertreter bereits untergegangen war (BGE 51 II 212 ff.).

418 Das Gesagte gilt nur mit gewissen Vorbehalten, namentlich zweien:

419 – Gelangt die Person, in deren Namen der Vertreter kontrahiert hat, nachträglich zur Entstehung, so kann sie den Vertrag genehmigen⁵¹². Die Genehmigung schliesst eine Anwendung des Art. 39 OR nach allgemeiner Regel (Nr. 373) aus.

420 – Handelt jemand im Namen einer (noch nicht existierenden, aber) in Entstehung begriffenen AG, so wird er persönlich berechtigt und verpflichtet (Art. 645 Abs. 1 OR), falls die Gesellschaft nicht nach Erlangung der Rechtspersönlichkeit gemäss Art. 645 Abs. 2 OR in den Vertrag eintritt⁵¹³. Für eine Haftung nach Art. 39 OR bleibt im Anwendungsbereich des Art. 645 OR grundsätzlich kein Raum, da der Vertrag eben wirksam wird, sei es im Vertreter oder in der Gesellschaft. Dem Art. 645 OR entsprechende Regeln finden sich in den Art. 783 Abs. 3 OR bzw. 838 Abs. 3 OR für die GmbH bzw. Genossenschaft⁵¹⁴.

421 2. Umstritten ist, ob Art. 39 OR auch analog anwendbar ist auf den **Boten**, der eine Erklärung unrichtig übermittelt⁵¹⁵. Insoweit ist m. E. zu unterscheiden:

422 Übermittlungsfehler eines Boten sind dem Erklärenden grundsätzlich wie eigenes Fehlverhalten zurechenbar. Die Erklärung kommt mithin so zustande, wie der Bote sie übermittelt, doch steht dem Erklärenden nach Massgabe der Art. 23–25 OR die Irrtumsanfechtung⁵¹⁶ offen. Ist die Erklärung definitiv wirksam (von Anfang an oder mangels Anfechtung), bleibt für Schadenersatz nach Art. 39 OR zum vornherein kein Raum (vgl. Nr. 373 ff.). Beruft sich aber der Erklärende auf wesentlichen Irrtum, so haftet er für den aus dem Dahinfall der Erklärung entstehenden Schaden nach Massgabe des Art. 26 i.V.m. Art. 27 OR (dazu Nr. 461 ff.);

⁵¹¹ v. Tuhr/Peter, S. 405; v. Büren I, S. 163 Anm. 152; Becker, N 7 zu Art. 39 OR; SJZ 1941, S. 353 Nr. 66; BGE 46 II 411 f. Gegen die Analogie: Oser/Schönenberger, N 22 zu Art. 39 OR.

⁵¹² So jedenfalls v. Tuhr/Peter, S. 395, und Becker, N 6 zu Art. 38 OR.

⁵¹³ Art. 645 OR weist nach seinem Wortlaut nur auf die im Vertreter entstehenden *Verpflichtungen* hin, doch ist allgemein anerkannt, dass auch die vertragsgemässen *Rechte* gemeint sind: z. B. Forstmoser P., Schweizerisches Aktienrecht, Bd. I, Lieferung 1, Zürich 1983, S. 407, und die dort in Anm. 28 zitierte Literatur und Rechtsprechung; ferner Siegwart, N 17 zu Art. 645 OR.

⁵¹⁴ v. Tuhr/Peter, S. 405, bejahen die analoge Anwendung des Art. 39 OR auch beim «Handeln für wen es angeht» (dazu Nr. 193), wenn der Vertreter die nachträgliche Benennung des Vertretenen unterlässt.

⁵¹⁵ Für die Analogie: Bucher, S. 545; v. Tuhr/Peter, S. 350 Anm. 21; Vogt, zit. in Anm. 440, S. 70 Anm. 208. Dagegen: Becker, N 9 zu Art. 39 OR; Oser/Schönenberger, N 21 zu Art. 39 OR.

⁵¹⁶ Die «Anfechtung» ist nicht im technischen Sinne zu verstehen: Anm. 566.

diese Haftungsregelung lässt m.E. keine Lücke offen, die durch eine analoge Anwendung des Art. 39 OR gefüllt werden könnte⁵¹⁷.

Übermittelt der Bote *absichtlich* etwas Falsches, so kann «der Erklärungsurheber die Erklärung ganz als eigene ignorieren»⁵¹⁸. Die Irrtumsregelung der Art. 23 ff. OR greift nicht ein: Weder bedarf es einer Berufung auf Irrtum, um sich die Erklärung nicht entgegenhalten lassen zu müssen, noch finden die Art. 26 f. OR Anwendung. Für diesen Fall stellt sich die Frage, ob Art. 39 OR analog anwendbar ist. Das ist m.E. zu bejahen^{519, 520}.

2. Kapitel

Gutgläubensschutz bei Willensmängeln

Drei eng verwandte Gutgläubensvorschriften beziehen sich auf die von der Lehre so genannten Willensmängel (das Gesetz spricht von «Mängeln des Vertragsabschlusses», Marginalie zu Art. 23–31 OR): Art. 26 OR betrifft den wesentlichen Irrtum, Art. 28 Abs. 2 OR die absichtliche Täuschung, Art. 29 Abs. 2 OR schliesslich die Drohung⁵²¹.

Wird ein Vertrag unter einem wesentlichen Irrtum oder unter einer Drohung geschlossen, so ist er einseitig unverbindlich. Er ist also ungültig, doch kann sich nur

⁵¹⁷ Eine auf Art. 39 OR gestützte Botenhaftpflicht kann zum vornherein nur über die Annahme einer Lücke und deren Füllung durch sinngemässe Anwendung des Art. 39 OR begründet werden. Die *Auslegung* des Art. 39 OR lässt nämlich für die Annahme einer Haftung des Boten keinen Raum. Zum Verhältnis zwischen Auslegung und Lückenfüllung vgl. Nr. 755.

⁵¹⁸ *Oser/Schönenberger*, N 6 zu Art. 27 OR. Siehe auch schon vorne Nr. 254 und Anm. 322. – Vgl. demgegenüber *Marburger*, AcP 1973, S. 137 ff., für das deutsche Recht.

⁵¹⁹ Nach deutschem Recht soll ferner § 179 BGB analog angewendet werden, wenn jemand für eine Person Rechtshandlungen vornimmt, die ihrer Rechtsnatur nach für die betreffende Person gar nicht vorgenommen werden können (zu einem solchen Fall vgl. ZR 1944, S. 315 ff., Nr. 219); BGHZ 63, S. 48 f.; *Larenz*, BGB A.T., S. 620.

⁵²⁰ Art. 39 OR scheint mir zumal insoweit analog anwendbar, als es um Ersatz des positiven Vertragsinteresses geht (Abs. 2). Steht nur Ersatz des negativen Vertragsinteresses in Frage, haftet wohl der die Erklärung absichtlich verfälschende Bote (ausschliesslich) nach Art. 41 ff. OR (und nicht nach Art. 39 Abs. 1 OR); vgl. Anm. 583 und Nr. 813.

⁵²¹ Die zitierten Bestimmungen betreffen nach ihrem Wortlaut und ihrer systematischen Stellung nur den Fall, da ein (*Schuld-*)Vertrag mit einem Willensmangel behaftet ist. Analog können sie jedoch auch auf *andere Rechtsgeschäfte* und *rechtsgeschäftsähnliche Handlungen* anwendbar sein (vgl. z.B. v. *Tuhr/Peter*, S. 324, betr. Art. 28 Abs. 2 OR).

der Irrende bzw. Bedrohte auf die Ungültigkeit berufen, nicht aber der Gegner⁵²². Hat dieser allerdings in gutem Glauben (Nr. 438, 485) kontrahiert, so steht ihm unter Umständen immerhin ein Schadenersatzanspruch zu (Art. 26, 29 Abs. 2 OR). – Abweichendes gilt beim Tatbestand der absichtlichen Täuschung. Zwar bewirkt eine solche grundsätzlich ebenfalls einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags (Art. 28 Abs. 1 OR), doch trifft dies bei Gutgläubigkeit des Gegners des Getäuschten nicht unbedingt zu (Art. 28 Abs. 2 OR). Art. 28 Abs. 2 OR sieht nach dem Gesagten wirkungsvolleren Gutgläubigkeitsschutz vor als die Art. 26 und 29 Abs. 2 OR: Der gutgläubige Gegner des Getäuschten ist – wenn überhaupt – nicht durch einen blossen Schadenersatzanspruch geschützt, sondern dadurch, dass die Täuschung unbeachtlich ist und mithin die Verbindlichkeit des Vertrags nicht hindert.

- 426 Im folgenden behandle ich vorerst *I.* und *II.* den «schwachen» Gutgläubigkeitsschutz gemäss Art. 26 und 29 Abs. 2 OR, hierauf *III.* den Schutz gemäss Art. 28 Abs. 2 OR.

I. Art. 26 OR

Art. 26 OR

Hat der Irrende, der den Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so ist er zum Ersatze des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens verpflichtet, es sei denn, dass der andere den Irrtum gekannt habe oder hätte kennen sollen.

Wo es der Billigkeit entspricht, kann der Richter auf Ersatz weiteren Schadens erkennen.

- 427 Art. 26 OR betrifft, wie gesagt, den Tatbestand, da ein Vertrag aufgrund wesentlichen Irrtums einseitig unverbindlich ist. Ob es sich beim (wesentlichen) Irrtum um einen Grundlagen- oder einen Erklärungsirrtum handelt, ist für die Anwendbarkeit der Bestimmung nicht von Belang⁵²³ (vgl. einerseits BGE 41 II 374, 82 II 429

⁵²² *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 672ff., die auch auf abweichende Meinungen über die Bedeutung der einseitigen Unverbindlichkeit hinweisen (Nr. 671ff.).

⁵²³ Ist man freilich – wie v. Büren I, S. 235, 210 unten/211 – der Auffassung, der Schutz nach Vertrauensprinzip sei absolut, derweise, dass die Vertragsgültigkeit durch einen Erklärungsirrtum nie in Frage gestellt werden kann, so findet Art. 26 OR im Bereiche des Erklärungsirrtums zum vornherein keine Anwendung. Die Bestimmung ist ja nur als Korrektiv bei Vertragsungültigkeit gedacht und kommt voraussetzungsgemäss nicht zum Tragen, soweit ein Irrtum keine Vertragsungültigkeit zur Folge hat. – Eine ähnliche Auffassung wie v. Büren vertritt *Simonius* (Sem 1949, S. 515ff.; FG zum 70. Geburtstag von Fritz Goetzinger, Basel 1935, S. 261ff.; FG der Basler Juristenfakultät zum Schweizerischen Juristentag 1942, Basel 1942, S. 277). – *Jäggi* (*Schönenberger/Jäggi*, N 382ff. zu Art. 1 OR) meint, ein Erklärungsirrtum sei auf der Ebene der Vertragsgültigkeit höchstens bei vollkommen zweiseitigen Verträgen beachtlich, nur bei solchen Verträgen bleibe daher für eine Anwendung des Art. 26 OR Raum. Demgegenüber solle bei unvollkommen zweiseitigen und einseitigen Verträgen «der absolute Vertrauensschutz ... im Sinne des Vertrauensprinzips» Platz greifen, so dass insoweit – analog wie in der Lehre v. Bürens – Art. 26 OR zum vornherein nicht anwendbar ist.

[Grundlagenirrtum], anderseits BGE 64 II 9 ff., 105 II 25 ff. [Erklärungsirrtum]); hingegen ist Art. 26 OR, wie gesagt⁵²⁴, nur insoweit eine Gutgläubensvorschrift, als er den Grundlagenirrtum betrifft. Auf diesen Fall beschränke ich mich daher im folgenden. Dementsprechend ist immer ein Grundlagenirrtum gemeint, wo nachstehend schlicht von einem Irrtum gesprochen wird. Ist vom Erklärungsirrtum die Rede, so wird dies entsprechend vermerkt.

Art. 26 OR ist **aufgebaut wie Art. 39 OR**: in Abs. 1 regelt er einen *Grundtatbestand*, für den als Rechtsfolge der *Ersatz des negativen Vertragsinteresses* vorgesehen ist; Abs. 2 enthält einen *qualifizierten Tatbestand* mit der Verpflichtung zum *Ersatz des positiven Vertragsinteresses* als Rechtsfolge. Nachstehend spreche ich 1. vom Grundtatbestand; dann 2. vom qualifizierten Tatbestand. Hierauf behandle ich 3. die Rechtsfolgen des Art. 26 Abs. 1 und 2 OR. Schliesslich stelle ich 4. die Haftung nach Art. 26 OR in Verbindung mit Art. 27 OR dar. 428

1. Grundtatbestand (Art. 26 Abs. 1 OR)

A. Geltendmachung der einseitigen Vertragsunverbindlichkeit

1. Haftung nach Art. 26 Abs. 1 OR setzt in erster Linie voraus, dass der Irrende «den Vertrag», wie die Bestimmung wörtlich festhält, «nicht gegen sich gelten lässt»: Der Irrende muss sich auf den (wesentlichen) Irrtum und die damit verbundene einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags berufen. Hält er trotz des Irrtums am Vertrag fest, so bleibt für Schadenersatz nach Art. 26 OR kein Raum. Gleiches gilt, wenn der Irrende die Jahresfrist des Art. 31 OR verpasst, wodurch der vorerst einseitig unverbindliche Vertrag verbindlich wird (vgl. vorne Nr. 373 ff.). 429

Wann überhaupt ein wesentlicher Irrtum vorliegt, der einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags bewirkt, ist in der Literatur zu Art. 23 f. OR nachzulesen. Hier sei lediglich darauf hingewiesen, dass der Anwendungsbereich des Art. 26 OR unmittelbar von der Umschreibung des Irrtumsbegriffs abhängt; an einer den Grundlagenirrtum betreffenden Kontroverse sei dies illustriert: Das Bundesgericht bejaht das Vorliegen eines Grundlagenirrtums u. a. dann, wenn «der Irrende» den (gegenwärtigen oder vergangenen) Sachverhalt, auf den sich der Irrtum bezieht, «in einer für den Gegner erkennbaren Weise zur Voraussetzung gemacht hat»⁵²⁵ (BGE 57 II 430

⁵²⁴ Nr. 45, Anm. 44.

⁵²⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang RGZ 116, S. 17: Der Beweggrund zum Vertragsabschluss kann zum Bestandteil einer Vertragserklärung werden, «wenn er nämlich in der Erklärung selbst oder bei den entscheidenden Verhandlungen erkennbar hervortritt». – Wird ein gegenwärtiger oder vergangener Sachverhalt zu einer Vertragsvoraussetzung gemacht, so liegt ein sog. *aktueller Vorbehalt* vor (Meier-Hayoz, Vertrauensprinzip, S. 233). Der aktuelle Vorbehalt ist von der *Bedingung* einerseits, dem *virtuellen Vorbehalt* andererseits zu unterscheiden. Bei der Bedingung wird ein zukünftiger (nicht gegenwärtiger oder vergangener) Sachverhalt zu einer Vertragsvoraussetzung gemacht.

289, im Ergebnis ebenso z.B. BGE 57 II 426f., v.a. 427 unten⁵²⁶). Trifft die Voraussetzung nicht zu, und beruft sich der Irrende auf deren Fehlen (z.B. auf Fehlen der vereinbarten Kühltürklänge in BGE 57 II 253ff.), so wird er unter den Voraussetzungen und nach Massgabe des Art. 26 OR schadenersatzpflichtig⁵²⁷. Die bundesgerichtliche Auffassung ist nach v. Tuhr unzutreffend. Dieser meint, wenn ein Sachverhalt Vertragsvoraussetzung ist, so liege «eine Bedingung vor, bei deren Ausfall der Vertrag unwirksam ist, ohne dass von Irrtum und Anfechtung die Rede zu sein braucht»⁵²⁸ (die «Bedingung» versteht v. Tuhr nicht im technischen Sinn als zukünftiges ungewisses Ereignis, vielmehr versteht er darunter einfach einen Sachverhalt, der «von den Parteien ausdrücklich oder stillschweigend als Grundlage der Verabredung bezeichnet wird»⁵²⁹). Steht man auf diesem Standpunkt, so findet Art. 26 OR keine Anwendung, wenn die vom «Ausfall» der «Bedingung» betroffene Partei Vertragsungültigkeit geltend macht; denn die Ungültigkeit beruht diesfalls nicht auf Irrtum. – Zur Bedeutung, die der Definition des wesentlichen Irrtums für den Anwendungsbereich des Art. 26 OR zukommt, vgl. auch schon Anm. 524.

Aktueller Vorbehalt und Bedingung stimmen nach dem Gesagten darin überein, dass ein bestimmter Sachverhalt zu einer Vertragsvoraussetzung gemacht wird. Anderes gilt beim virtuellen Vorbehalt: «Ein bestimmter Sachverhalt bedeutet für einen Kontrahenten eine *conditio sine qua non* des Vertragsabschlusses und sein Gegenkontrahent hätte nach Treu und Glauben diesen Sachverhalt als *conditio sine qua non* anerkennen müssen, wenn davon die Rede gewesen wäre» (*Meier-Hayoz*, a.a.O.). Ob im Einzelfall ein (stillschweigender) aktueller oder ein virtueller Vorbehalt (reine Auslegungsfrage!) vorliegt, ist nicht immer leicht zu entscheiden. Die Abgrenzung hat sich namentlich an der Frage zu orientieren, ob die Parteien den Sachverhalt, auf den sich der Vorbehalt bezieht, als gewiss ansahen oder nicht; im ersteren Fall hatten sie keinen Anlass, den fraglichen Sachverhalt «zum aktuellen Vorbehalt zu machen» (*Meier-Hayoz*, a.a.O., S. 234), im letztern hingegen schon.

⁵²⁶ Die gleiche Auffassung vertritt in der Lehre z.B. *Simonius*, Sem 1949, S. 514.

⁵²⁷ In seiner frühen Rechtsprechung hat das Bundesgericht einen Grundlagenirrtum überhaupt nur beim Irrtum über einen Sachverhalt, der zum aktuellen Vorbehalt (Anm. 525) gemacht wurde, anerkannt (vgl. BGE 56 II 426). Im eben zitierten Entscheid bezeichnet das Bundesgericht seine frühere Auffassung als verfehlt und stellt sich im Ergebnis auf den Standpunkt, der Irrtum über einen virtuellen Vorbehalt (Anm. 525) genüge (vgl. *Meier-Hayoz*, Vertrauensprinzip, S. 185, 231). In BGE 79 II 164 hält das Bundesgericht fest, Art. 24 Ziff. 4 OR habe sogar in erster Linie den Irrtum über einen virtuellen Vorbehalt im Auge. Vgl. zum Vorstehenden auch *Kramer*, SJZ 1970, S. 177.

⁵²⁸ v. Tuhr, zit. in Anm. 354, S. 259.

⁵²⁹ v. Tuhr, zit. in Anm. 354, S. 259. – Nur wenn man die Bedingung in diesem untechnischen Sinne versteht, hat die Kritik v. Tuhrs an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung überhaupt einen Sinn. Denn dieselbe bezieht sich nicht auf Bedingungen im technischen Sinne, sondern auf aktuelle Vorbehalte. Das übersieht *Peter*, wenn er in der 3. Auflage des «v. Tuhr» den ursprünglichen Text v. Tuhrs vollständig übernimmt, nach «Bedingung» aber die Einfügung «(Art. 151ff.)» macht (v. Tuhr/*Peter*, S. 313): Mit Bedingungen im Sinne der Art. 151ff. OR können ja wohl nur solche im engen technischen Sinne gemeint sein, auf die sich die fragliche Rechtsprechung gerade nicht bezieht.

2. Art. 26 Abs. 1 OR betrifft nur den Fall, da der Vertrag gerade wegen des wesentlichen Irrtums keine Geltung erlangt. Ist er schon aus andern Gründen (z. B. Urteilsunfähigkeit des irrenden Vertragspartners) ungültig, so bleibt für Schadenersatz nach Art. 26 OR kein Raum⁵³⁰; vgl. die entsprechenden Bemerkungen zu Art. 39 OR (Nr. 377). 431

B. Fahrlässigkeit des Irrenden

1. Nur wenn der Irrende «seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben» hat (Art. 26 Abs. 1 OR), kann er nach der betreffenden Bestimmung auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Der Vorsatz als zweite Verschuldensform neben der Fahrlässigkeit bleibt in Art. 26 OR unerwähnt, weil es einen vorsätzlichen Irrtum nicht geben kann⁵³¹: «Arglist und Irrtum in derselben Person bezüglich desselben Gegenstandes» sind «unvereinbar»⁵³². 432

Jede Fahrlässigkeit genügt für die Haftbarmachung des Irrenden. Abzulehnen ist die Ansicht *Beckers*⁵³³, es sei auf jenen Verschuldensmassstab abzustellen, der zur Geltung käme, wenn der unter Irrtum geschlossene Vertrag verbindlich wäre und es um die Haftbarmachung des Irrenden aus einer Vertragsverletzung ginge. Wer daher z. B. einen Schenkungsvertrag schliesst und sich hinterher auf wesentlichen Irrtum beruft, haftet nach Massgabe des Art. 26 Abs. 1 OR nicht nur bei grobem Verschulden (Art. 248 OR), sondern schon bei leichtem. 433

2. Fahrlässig handelt der Irrende, wenn er die Sorgfalt ausser acht lässt, die im rechtsgeschäftlichen Verkehr von einem Durchschnittsmenschen zu erwarten ist. Genügt der Irrende diesem Durchschnittsstandard im Einzelfall nicht, so kann er sich nicht über seine subjektiven Verhältnisse (Fähigkeiten, Eigenschaften usw.) entschuldigen⁵³⁴: Der Fahrlässigkeitsbegriff ist beim Tatbestand des Art. 26 OR wie allgemein im Schadenersatzrecht **objektiviert**. 434

An die Sorgfalt, deren Verletzung Fahrlässigkeit bedeutet, sind verhältnismässig **hohe Anforderungen** zu stellen. Das entspricht der Auffassung des Bundesgerichts, die auf BGE 69 II 239 zurückgeht und neuerdings in BGE 105 II 27 bestätigt wurde: «Dabei ist das Verhalten des Irrenden mit einer gewissen Strenge zu beurteilen, 435

⁵³⁰ Vgl. *Simonius*, ZSR 1918, S. 233: «Ist der Vertrag wegen fehlender Geschäftsfähigkeit nichtig, ... so kommt eine Erklärung, dass der Vertrag wegen wesentlichen Irrtums nicht zu gelten habe, gar nicht mehr in Betracht.» Vgl. auch *Palandt/Heinrichs*, N 2 zu § 122 BGB, und *Staudinger/Dilcher*, N 3 zu § 122 BGB, in bezug auf das deutsche Recht.

⁵³¹ *Bucher*, S. 191.

⁵³² *Oser/Schönenberger*, N 2 zu Art. 26 OR.

⁵³³ N 3 zu Art. 26 OR.

⁵³⁴ Eine Ausnahme gilt bei Urteilsunfähigkeit des Irrenden. Diese lässt für eine Haftung nach Art. 26 OR keinen Raum. Anders ausgedrückt, setzt Art. 26 OR Urteilsfähigkeit (des Irrenden) voraus. (Volle) Handlungsfähigkeit ist demgegenüber nicht vorausgesetzt (Anm. 541).

weil Art. 26 OR ihn an sich schon günstig behandelt und ihn von jeglicher Haftung befreit, wenn ihn kein Verschulden trifft ...» Diese Rechtsprechung nähert die Haftung nach Art. 26 OR der Kausalhaftung des Stellvertreters nach Art. 39 OR an; sie berücksichtigt damit eine Kritik der herrschenden Lehre⁵³⁵, welche die unterschiedliche Haftungsregelung in Art. 26 und 39 OR (Verschuldenshaftung einerseits, Kausalhaftung anderseits) für sachlich unbegründet hält.

- 436 Auch wenn man an die nach Art. 26 OR zu beobachtende Sorgfalt hohe Anforderungen stellt, bleibt allerdings für unverschuldeten Irrtum Raum. Das trifft zumal für den vorliegend allein interessierenden Grundlagenirrtum zu⁵³⁶; ein Beispiel gibt BGE 82 II 411 ff. ab:

X hatte ein angebliches Selbstbildnis von Goghs erstanden. In der Folge stellte sich das Bild als von fremder Hand gemalt heraus. Das Bundesgericht hielt (S. 429 unten) fest, es lasse sich nicht sagen, X «hätte seinen Irrtum der eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben und habe daher gemäss Art. 26 der Beklagten einen aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schaden zu ersetzen. Er durfte sich, so gut wie die Beklagte selber, darauf verlassen, dass das Bild in zahlreichen Werken der Fachliteratur als Originalwerk van Goghs gegolten hatte.»⁵³⁷

- 437 3. Die «Fahrlässigkeit» im Sinne des Art. 26 OR bezieht sich auf eine widerrechtliche Handlung und stellt mithin ein **Verschulden im technischen Sinne** dar. Das gilt jedenfalls insoweit, als ein Grundlagenirrtum in Frage steht. Die Widerrechtlichkeit besteht hier in der Ausserachtlassung der im Verkehr gebotenen

⁵³⁵ Z. B. Tobler, SJZ 1911/12, S. 366; Henrici E., Über den Irrtum beim Vertragsabschluss im schweizerischen OR, Diss. Zürich 1915, S. 136 ff.; Schläpfer H. U., Die Ungültigkeit obligatorischer Verträge handlungsunfähiger Personen, Diss. Bern 1918, S. 143; Rabel, ZSR 1908, S. 304 ff.; vgl. auch Simonius, FG Goetzingen, zit. in Anm. 524, S. 253; Piotet, Culpa, S. 101 unten; Oser/Schönenberger, N 6 zu Art. 26 OR; Bucher, S. 191 Anm. 77, mit weiteren Hinweisen.

⁵³⁶ Wer sich in einem (wesentlichen) *Erklärungsirrtum* befindet, soll sich dem Vorwurf der Fahrlässigkeit nur, aber immerhin ausnahmsweise entziehen können (z. B. Oser/Schönenberger, N 3 zu Art. 26 OR; v. Tuhr/Peter, S. 316). M. E. darf man noch weiter gehen und den Erklärungsirrtum als *generell verschuldet* ansehen. Diese Auffassung setzt allerdings voraus, dass man der in der Schweiz wenig verbreiteten Auffassung folgt, wonach der objektive Erklärungssinn zum vorneherein nur zum Tragen kommt, wenn er dem Erklärenden zurechenbar ist, d. h. wenn dieser bei Aufwendung verkehrsrüblicher Sorgfalt den objektiven Erklärungssinn seines Verhaltens hätte erkennen können und müssen (Nr. 236). Alsdann ist folgendermassen zu überlegen: Hat es der Erklärende in einem konkreten Fall an der verkehrsgemässen Sorgfalt fehlen lassen und hat er daher seinem Verhalten nicht den objektiven Sinn beigemessen, so befindet er sich in einem verschuldeten Erklärungsirrtum. Vermochte er hingegen trotz Aufwendung der gebotenen Aufmerksamkeit das Auseinanderklaffen von Erklärungswillen und objektivem Erklärungssinn nicht zu erkennen, so liegt gar kein Erklärungsirrtum vor: Der objektive Erklärungssinn kommt schon mangels Zurechenbarkeit nicht zum Tragen, ohne dass es einer Berufung auf Erklärungsirrtum bedürfte.

⁵³⁷ Ferner BGE 80 II 159 (unverschuldeter Rechtsirrtum).

Sorgfalt bei Prüfung der Vertragsgrundlagen⁵³⁸. Unbestritten ist das Gesagte freilich nicht. Einzelne Autoren nehmen an, Art. 26 OR setze eine Haftung für rechtmässiges Verhalten fest; für Verschulden im technischen Sinn bleibt dann natürlich kein Raum. Ein bedeutender Vertreter dieser Lehrmeinung ist *Becker*: «Es fehlt das Erfordernis der objektiven Rechtswidrigkeit; die Anbahnung von Vertragsunterhandlungen ist ja nicht rechtswidrig, und die Anfechtung des Vertrags kann es auch nicht sein, denn sie ist vom Gesetz vorgesehen und erlaubt.»⁵³⁹ Dass weder die Anbahnung von Vertragsverhandlungen noch die Vertragsanfechtung widerrechtlich sind, trifft sicher zu. Daraus allerdings den Schluss zu ziehen, Art. 26 OR setze keine Widerrechtlichkeit voraus, ist m. E. falsch. Jene liegt eben (beim Grundlagenirrtum) an einem ganz anderen Ort: in der Ausserachtlassung verkehrsmässiger Sorgfalt bei Prüfung der Vertragsgrundlagen⁵⁴⁰. Diese Sorgfalt hat der Teilnehmer am rechtsgeschäftlichen Verkehr auch nicht etwa nur im eigenen Interesse zu wahren, sondern durchaus im Interesse des Verhandlungspartners; es liegt daher eine echte Pflicht und nicht nur eine Obliegenheit vor⁵⁴¹ (vgl. BGE 41 II 376). Anderer Ansicht ist z. B. *Jäggi*⁵⁴², der folgerichtig annimmt, in der vorwerfbaren Ausserachtlassung der besagten Sorgfalt sei kein Verschulden «im ursprünglichen rechtlichen», sondern «nur in einem übertragenen Sinne» zu sehen⁵⁴³.

C. Berechtigte Gutgläubigkeit des Gegners des Irrenden

1. Der Gegner des Irrenden (im folgenden kurz Gegner genannt) muss in gutem Glauben kontrahieren. Der gute Glaube ist entgegen dem Wortlaut des Art. 26 OR nicht als Unkenntnis des Irrtums zu verstehen, sondern als **Vertrauen, der Irrtum bestehe nicht**⁵⁴⁴. Unkenntnis des Irrtums schafft also noch keinen guten Glauben.

⁵³⁸ Beim Erklärungsirrtum besteht die Widerrechtlichkeit in der Ausserachtlassung der gebotenen Sorgfalt bei Abgabe einer Willenserklärung.

⁵³⁹ *Becker*, N 1 zu Art. 26 OR.

⁵⁴⁰ Nach *Keller*, zit. in Anm. 492, S. 101, besteht die Widerrechtlichkeit in der Erweckung des Vertrauens auf einen gültigen Vertrag. Ebenso *Piotet*, *Culpa*, S. 35 Anm. 79. *Scherrer*, zit. in Anm. 552, S. 30 ff., sieht die Widerrechtlichkeit im Abschluss eines unverbindlichen Vertrages.

⁵⁴¹ Und zwar handelt es sich um eine allgemeine Pflicht, nicht um eine relative (zur Unterscheidung siehe Nr. 396). Das ist freilich bestritten: Ein Teil der Lehre nimmt an, die vorvertraglichen Pflichten wie eben z. B. die Pflicht zu sorgfältiger Prüfung der Vertragsgrundlagen seien nicht allgemeiner, sondern «quasikontraktlicher» Natur (vgl. Nr. 393). – Wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt, setzt die Haftung aus der Verletzung allgemeiner Pflichten keine (volle) Handlungsfähigkeit voraus; Urteilsfähigkeit genügt (Art. 19 Abs. 3 ZGB; Nr. 394). Nach Art. 26 OR kann daher auch ein Handlungsunfähiger haftbar werden, sofern er nur urteilsfähig ist (Anm. 534).

⁵⁴² *Schönenberger/Jäggi*, N 586, 579 zu Art. 1 OR.

⁵⁴³ *Schönenberger/Jäggi*, N 590 zu Art. 1 OR.

⁵⁴⁴ Dieses Vertrauen ist beim Erklärungsirrtum immer gegeben. Fehlt es, so liegt gar kein Erklärungsirrtum vor (vgl. z. B. *Gauch/Schlupe/Jäggi*, Nr. 641; *Kramer E. A.*, Grund-

Dazu muss kommen, dass der Gegner auch keine Zweifel hat, ob der Irrtum besteht oder nicht. Bei Vorliegen solcher Zweifel hat der Gegner den Bestand eines allfälligen Irrtums abzuklären oder den Vertragsabschluss zu unterlassen. Geht er nicht so vor, verdient er den Schutz des Art. 26 OR nicht. Freilich wird er sich oft schon wegen Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht auf Art. 26 OR berufen können (Nr. 439). Doch gibt es immerhin Zweifel, die nach Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht erheblich sind und mithin einer Haftung des Irrenden nach Art. 26 OR nur entgegenstehen, wenn man der Auffassung folgt, wonach Zweifel den guten Glauben ausschliessen (vgl. z.B. Nr. 274).

- 439 2. Der gute Glaube muss berechtigt sein (vgl. schon Nr. 438). Art. 26 OR bringt dies zum Ausdruck, indem er Kennenmüssen des Irrtums der Kenntnis gleichstellt; in dieser Gleichstellung ist ein Verweis auf Art. 3 Abs. 2 ZGB zu sehen (vgl. Nr. 167)⁵⁴⁵.
- 440 Ist der gute Glaube des Gegners unberechtigt (verschuldet), so entfällt jede Haftung nach Art. 26 OR. Es ist nicht etwa so, dass eine Haftung trotzdem Platz greifen könnte und das Verschulden nur im Rahmen der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen wäre⁵⁴⁶ (BGE 69 II 240 ff., v. a. 242 unten).
- 441 3. Der (berechtigte) gute Glaube muss **im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses** vorliegen⁵⁴⁷. Hier wie andernorts gilt der Grundsatz, dass mala fides superveniens nicht schadet, d. h. Gutglaubensschutz nicht ausschliesst. Doch muss sich der Gegner des Irrenden unter Umständen eine Haftungsermässigung gefallen lassen, wenn er auf die nach Vertragsabschluss entstandene mala fides keinen Bedacht nimmt (vgl. die entsprechenden Bemerkungen zu Art. 39 OR: Nr. 382 ff.).

fragen der vertraglichen Einigung, München/Salzburg 1972, S. 103 unten/104; *Piotet, Culpa*, S. 102).

⁵⁴⁵ Nach dem Wortlaut des Art. 26 OR greift die Haftung nicht Platz, wenn dem Gegner des Irrenden bewiesen wird, dass er «den Irrtum gekannt habe oder hätte kennen sollen». Diese Formulierung ist einerseits ungenau, weil die Haftung nicht bloss bei Kenntnis (Kennenmüssen) des Irrtums entfällt, sondern schon dann, wenn der Gegner des Irrenden hinsichtlich des Vorliegens eines Irrtums Zweifel hat bzw. haben muss (vgl. Nr. 438). Zum andern ist sie zu allgemein, da sie sich – ohne dies deutlich zu machen – nur auf den Grundlagenirrtum bezieht, nicht auch auf den Erklärungsirrtum (vgl. Anm. 544 und die dort zitierten Autoren, je a.a.O.).

⁵⁴⁶ v. *Tuhri/Peter*, S. 316 Anm. 52; *Meier-Hayoz*, Vertrauensprinzip, S. 192; ebenso für das deutsche Recht: *Staudinger/Dilcher*, N 12 zu § 122 BGB, mit Hinweis auf RGZ 57, S. 89. – Anders *Bucher*, S. 191, für den Fall, da «dem Irrenden grobe, seinem Partner jedoch nur leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist».

⁵⁴⁷ Abweichend wohl *Palandt/Heinrichs*, N 2 zu § 122 BGB, in bezug auf das deutsche Recht.

2. Der qualifizierte Tatbestand (Art. 26 Abs. 2 OR)

Wie erwähnt (Nr. 428), hat der Irrende bei Vorliegen des Tatbestandes von Art. 26 Abs. 1 OR das negative Vertragsinteresse (ganz oder teilweise) zu ersetzen, bei Vorliegen des Tatbestandes von Art. 26 Abs. 2 OR hingegen das positive. Der Tatbestand von Art. 26 Abs. 2 OR ist erfüllt, wenn die behandelten Tatbestandsmerkmale des Art. 26 Abs. 1 OR gegeben sind und «es», wie es in Art. 26 Abs. 2 OR heisst, «der Billigkeit entspricht», auf Ersatz des positiven statt des negativen Vertragsinteresses zu erkennen. Von dieser Möglichkeit darf der Richter zum vornherein nur dann Gebrauch machen, wenn das positive Vertragsinteresse das negative übersteigt⁵⁴⁸. Trifft dies ausnahmsweise nicht zu, wäre es unbillig, Ersatz des positiven Vertragsinteresses zuzusprechen; vgl. eingehend vorne Nr. 415 zu Art. 39 OR.

Grobe Fahrlässigkeit des Irrenden rechtfertigt die Anwendung des Art. 26 Abs. 2 OR in der Regel ohne weiteres⁵⁴⁹; demgegenüber gibt *leichtes* Verschulden nur bei Vorliegen zusätzlicher Billigkeitsgründe zum Vorgehen nach Art. 26 Abs. 2 OR Anlass. Auch insoweit gilt nichts anderes als bei Art. 39 OR (vorne Nr. 402).

Die Billigkeitshaftung nach Art. 26 Abs. 2 OR sei an einem **Beispielfall**⁵⁵⁰ illustriert: A leistet für B Arbeit, das gestützt auf einen Auftrag, der infolge Grundlagenirrtums des B unverbindlich ist. B, der den Irrtum seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat, beruft sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrags. Dem gutgläubigen A verweigert er jede Ersatzleistung nach Art. 26 Abs. 1 OR mit der Begründung, A habe wegen der erbrachten Arbeitsleistung keine andere Erwerbsmöglichkeit verpasst und daher keinen Schaden in Form des negativen Vertragsinteresses erlitten. Den A entschädigungslos zu lassen, wäre nun jedoch offensichtlich unbillig; das vor allem dann, wenn B durch die Arbeit nicht bereichert ist und dem A daher auch keine Bereicherungsforderung zusteht. In dieser Situation greift Art. 26 Abs. 2 OR ein: Der Richter hat dem A ein angemessenes Entgelt zuzusprechen, dessen Höhe von den Umständen des konkreten Falles (Schwere des Verschuldens von B, finanzielle Situation der Parteien usw.) abhängig ist.

Zu beachten ist: Ein wegen Irrtums unverbindlicher Arbeitsvertrag zeitigt unter den Voraussetzungen und nach Massgabe des **Art. 320 Abs. 3 OR** die dem Vertrag entsprechenden Wirkungen; namentlich besteht für geleistete Arbeit die vertragliche Lohnzahlungspflicht. Bei Arbeitsleistungen aufgrund eines infolge Irrtums unverbindlichen Auftrags oder Werkvertrags behält Art. 26 Abs. 2 OR jedoch seine Bedeutung.

⁵⁴⁸ Keller/Schöbi, Allg. Lehren, S. 133.

⁵⁴⁹ v. Tuhr/Peter, S. 317.

⁵⁵⁰ Das Beispiel ist leicht abgeändert v. Tuhr/Peter, S. 317 Anm. 55, entnommen.

3. Rechtsfolge: Schadenersatzpflicht des Irrenden

446 Die Rechtsfolgeordnung des Art. 26 OR entspricht – wie gesagt – derjenigen von Art. 39 OR: Grundsätzlich hat der Irrende dem Gegner das negative Vertragsinteresse zu ersetzen (Art. 26 Abs. 1 OR)⁵⁵¹, ausnahmsweise das positive (Art. 26 Abs. 2 OR)⁵⁵². Was den Begriff des positiven und negativen Vertragsinteresses, die Schadensberechnung sowie die Schadenersatzbemessung⁵⁵³ anbelangt, kann weitgehend auf die entsprechenden Darlegungen bei Art. 39 OR verwiesen werden (Nr. 405 ff.). Hier beschränke ich mich auf die Behandlung von drei Punkten:

Ich spreche *A.* von der unterschiedlichen Bedeutung, die einem leichten Verschulden des Haftbaren (des Irrenden bzw. des Vertreters) für die Bemessung des nach Art. 26 bzw. 39 OR geschuldeten Schadenersatzes zukommt. – Dann nehme ich *B.* zur Streitfrage Stellung, ob der Ersatz des negativen Vertragsinteresses auf den Betrag des positiven Vertragsinteresses beschränkt ist. Diese Frage stellt sich zwar auch bei Art. 39 OR (vgl. Nr. 406), doch setzt sich die Lehre mit ihr vornehmlich bei Behandlung des Art. 26 OR auseinander. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird daher entsprechend verfahren. Das zu Art. 26 OR Gesagte gilt dabei entsprechend auch für Art. 39 OR, der die Schadenersatzpflicht des Vertreters mit den fast gleichen Worten umschreibt wie Art. 26 OR diejenige des Irrenden. –

⁵⁵¹ So die herrschende Lehre (z.B. *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 640; *Meier-Hayoz*, Vertrauensprinzip, S. 191; *Simoni*, ZSR 1918, S. 225 unten; *Bucher*, S. 191; *Becker*, N 5 zu Art. 26 OR; v. *Tuhr/Peter*, S. 316; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 124; *Oser/Schönenberger*, N 10 zu Art. 26 OR) und Rechtsprechung (z.B. BGE 41 II 375, 64 II 13). Zur Auffassung *Piotets* vgl. die folgende Anmerkung.

⁵⁵² Z.B. *Scherer K.*, Das negative Vertragsinteresse als Schadenersatz aus unwirksamen Verträgen, Diss. Zürich 1928, S. 242; v. *Tuhr/Peter*, S. 317; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 124; *Oser/Schönenberger*, N 15 zu Art. 26 OR; *Becker*, N 5 zu Art. 26 OR; *Bucher*, S. 191; *Simoni*, ZSR 1918, S. 277.

Piotet (Culpa, S. 83 ff.) vertritt die Auffassung, «logiquement» könne, da nach Art. 26 OR der Vertrag voraussetzungsgemäss nicht zustandekommen, nur Ersatz des Schadens «en relation de causalité avec l'ignorance par le lésé de l'erreur de son cocontractant» (S. 88) in Frage kommen. Er schliesst hieraus, entweder habe man Abs. 2 von Art. 26 OR als ungeschrieben zu betrachten (diesfalls wäre in Art. 26 Abs. 1 OR das negative Vertragsinteresse gemeint), oder aber es sei unter dem «weiteren Schaden» im Sinne dieser Bestimmung nicht das positive Vertragsinteresse zu verstehen, sondern der «indirekte Schaden» (diesfalls wäre von Art. 26 Abs. 1 OR nur der «direkte Schaden» erfasst). Dem ist entgegenzuhalten, dass es dem Gesetzgeber letztlich nicht um die formale Logik gehen kann, sondern nur um die Richtigkeit und Angemessenheit seiner Normen. Es muss ihm daher offenstehen, trotz Unverbindlichkeit des Vertrags Ersatz des positiven Vertragsinteresses anzuordnen, wo dies die Billigkeit – wie im Beispiel aus Nr. 444 – erfordert (Art. 26 Abs. 2 OR); vgl. *Egger*, SJZ 1922, S. 219. Im übrigen ist es – entgegen dem, was *Piotet* anzunehmen scheint – nicht unlogisch im engen (philosophischen) Sinn, Ersatz des positiven Vertragsinteresses trotz Unverbindlichkeit des Vertrags vorzusehen.

⁵⁵³ Ein wichtiger Herabsetzungsgrund ist die Mitverursachung des Irrtums durch den Gegner des Irrenden (BGE 44 II 487; *Becker*, N 4 zu Art. 26 OR; aus der deutschen Rechtsprechung vgl. BGH NJW 1969, S. 1380).

Schliesslich gehe ich C. auf die Lehre *Piotets* ein, wonach der Irrende unter Umständen das Recht hat, auf die Irrtumsanfechtung zurückzukommen und zu erfüllen statt das negative Vertragsinteresse zu ersetzen.

A. Schadenersatzbemessung bei leichtem Verschulden

Die Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses nach Art. 26 Abs. 1 OR 447 unterscheidet sich von der Haftung nach Art. 39 Abs. 1 OR, die ebenfalls auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses geht, vor allem darin, dass sie eine Verschuldenshaftung ist, keine Kausalhaftung. Dieser Unterschied ist von zentraler Bedeutung für die Rolle, die einem leichten Verschulden des Haftbaren (des Irrenden bzw. des Vertreters) im Rahmen der Schadenersatzbemessung zukommt:

Ein leichtes Verschulden des *Irrenden* bildet bei der Haftung nach Art. 26 Abs. 1 448 OR einen Herabsetzungsgrund. Der Richter kann also auf Haftungsreduktion erkennen, wenn er dies für angemessen hält⁵⁵⁴, das gestützt auf Art. 43 Abs. 1 OR, der auch im Bereich des Art. 26 OR Anwendung findet (vgl. Nr. 408)⁵⁵⁵. Demgegenüber kommt einem Verschulden des *Vertreters*, mag es auch noch so leicht sein, bei der Haftung nach Art. 39 Abs. 1 OR nie die Rolle eines Herabsetzungsgrundes zu (Anm. 466). Im Gegenteil kann selbst ein leichtes Verschulden bereits haftungsverstärkend wirken, indem es einen Herabsetzungsgrund (Beispiel in Nr. 384) ganz oder teilweise neutralisiert.

B. Begrenzung der Haftung aus Art. 26 Abs. 1 OR durch das positive Vertragsinteresse?

Ein Teil der Lehre nimmt an, nach Art. 26 Abs. 1 OR sei das negative Vertragsinteresse 449 nicht über den Betrag des positiven Vertragsinteresses hinaus zu ersetzen⁵⁵⁶. Der Betrag des positiven Vertragsinteresses soll also den Ersatz des negativen Vertragsinteresses maximal begrenzen. Diese Auffassung scheint mir unzutreffend, aus verschiedenen Gründen:

1. Weder *Wortlaut* noch *ratio* des Art. 26 OR geben für die fragliche Begrenzung 450 etwas her. *Becker*⁵⁵⁷ freilich will aus der Gegenüberstellung des negativen und positiven Vertragsinteresses in Abs. 1 bzw. Abs. 2 des Art. 26 OR herauslesen, «dass der Ersatz des Vertrauensschadens jedenfalls nicht grösser sein soll als der Schaden aus Nichterfüllung»⁵⁵⁸. Wer so argumentiert, verkennt den Zweck des

⁵⁵⁴ Angesichts des in Nr. 435 Gesagten wird er dies allerdings nur selten tun.

⁵⁵⁵ *Bucher*, S. 191.

⁵⁵⁶ Nachweise bei *Piotet*, *Culpa*, S. 89 ff. Anm. 252 ff.

⁵⁵⁷ N 5 zu Art. 26 OR.

⁵⁵⁸ Ähnlich *Simonius* (ZSR 1918, S. 280, vgl. auch S. 245 f. Anm. 7), für den «klar» ist, was

Art. 26 Abs. 2 OR; er verkehrt ihn geradewegs in sein Gegenteil: Durch die Bestimmung soll die Schadenersatzpflicht des Irrenden *nicht begrenzt, sondern vielmehr erweitert* werden: Der Gegner des Irrenden soll unter Umständen nicht bloss das negative Vertragsinteresse ersetzt erhalten, sondern mehr, nämlich – wo dies der Billigkeit entspricht – das positive Vertragsinteresse («Ersatz *weitem* Schadens»)⁵⁵⁹. Wortlaut und ratio des Art. 26 OR sprechen also nicht für, sondern gegen die Auffassung von *Becker*.

451 2. Auch unter *sachlichen Gesichtspunkten* ist es abzulehnen, den Ersatz des negativen Vertragsinteresses auf den Umfang des positiven Vertragsinteresses zu begrenzen. Diese Begrenzung kann nämlich zu erheblichen Unbilligkeiten führen, wie an einem Beispiel leicht einsichtig zu machen ist:

452 Aus Affektionsinteresse kauft A ein Pferd mit Verkehrswert von Fr. 5000.– für Fr. 6000.–. Macht Verkäufer B wesentlichen Irrtum geltend, so erleidet A keinen Nichterfüllungsschaden (vgl. das Beispiel in Nr. 416). Hingegen erleidet er womöglich Schaden in Form des negativen Vertragsinteresses; so z. B., weil er bereits einen Stall in Miete genommen hat und Mietzinse bezahlen muss, die er ohne Pferdekauf nicht hätte bezahlen müssen. Soll A – Tatbestand des Art. 26 OR unterstellt – auf seinem Schaden sitzen bleiben?! Die Antwort kann nur negativ lauten. Es wäre dem A unzumutbar, keine Erfüllung verlangen zu können und zusätzlich noch den Schaden, den ihm der Vertragsabschluss verursacht hat, tragen zu müssen.

453 Allerdings liessen sich auch Beispiele finden, in denen Haftung auf Ersatz des (ganzen) negativen Vertragsinteresses unbillig wäre, wenn dieses das positive Vertragsinteresse übersteigt. Um solchen (Ausnahme-)Fällen gerecht zu werden, braucht man jedoch den Ersatz des negativen Vertragsinteresses **nicht generell** auf den Betrag des positiven zu beschränken. Vielmehr kann **im Einzelfall** über eine Schadenersatzreduktion gemäss **Art. 43f. OR** geholfen werden⁵⁶⁰. So wird etwa der Richter nur beschränkten Ersatz des negativen Vertragsinteresses zusprechen, wo der Gegner des Irrenden durch dessen ganzen Ersatz besser gestellt würde als im Falle der Erfüllung⁵⁶¹.

Art. 26 OR «mit der Haftung wegen Erweckung des Vertrauens in die Gültigkeit des unwirksamen Vertrages» beabsichtigt: «Auch der fahrlässige Irrende braucht den Vertrag nicht gegen sich gelten zu lassen, er soll also, wenn die Voraussetzungen von Art. 26 Abs. II nicht vorhanden sind, weniger streng haften, als wenn er für die Nichterfüllung einzustehen hätte.»

559 Der Widerspruch zwischen *Beckers* Auffassung und dem Zweck des Art. 26 Abs. 2 OR mag noch deutlicher werden, wenn man sich das Folgende vor Augen hält:

Im Ergebnis läuft die Auffassung von *Becker* darauf hinaus, Art. 26 Abs. 2 OR immer dann anzuwenden und gestützt auf diese Bestimmung Ersatz des positiven Vertragsinteresses zuzusprechen, wenn dieses hinter dem negativen Vertragsinteresse zurückbleibt. Der «*weitere Schaden*» im Sinne des Art. 26 Abs. 2 OR würde in solchen Fällen voraussetzungsgemäss in einem *Minus* gegenüber dem nach Art. 26 Abs. 1 OR zu ersetzenden Schaden bestehen!

560 Vgl. *Oser/Schönenberger*, N 14 zu Art. 26 OR; v. *Tuhr/Peter*, S. 316 unten.

561 Fazit: Der Gegner des Irrenden darf durch Ersatz des negativen Vertragsinteresses zwar besser gestellt werden, als wenn ihm das positive Vertragsinteresse ersetzt würde; hingegen darf er nicht besser gestellt werden als im Erfüllungsfalle. – Die Auffassung

Zu beachten ist im vorliegenden Zusammenhang Art. 8 OR: Der Auslobende hat im Falle des Rücktritts nur «höchstens» bis «zum Betrag der ausgesetzten Belohnung Ersatz zu leisten»; dieser Betrag muss das negative Vertragsinteresse der Dritten, die mit Rücksicht auf die Auslobung Aufwendungen gemacht haben, nicht erreichen. Der Grund für diese Regelung liegt offenbar darin, dass durch Ersatzleistung in Höhe der Belohnung praktisch erfüllt wird; mehr als Erfüllung sollen die Dritten aber keinesfalls erhalten. 454

3. Schliesslich spricht auch das *historische Auslegungselement* dagegen, die Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses auf den Betrag des positiven Vertragsinteresses zu beschränken. Denn: Die fragliche Begrenzung wurde beim Erlass des OR diskutiert; einer Anregung, sie im Gesetz zu verankern, wurde jedoch nicht Folge geleistet⁵⁶². 455

Die Ansicht, dass der Ersatz des negativen Vertragsinteresses nicht auf den Betrag des positiven Vertragsinteresses beschränkt ist, setzt sich immer mehr durch. Unter den Autoren, die sich gegen die Beschränkung aussprechen⁵⁶³, sind zwei Gruppen zu unterscheiden. Die einen lassen es bei der schlichten Ablehnung der Beschränkung bewenden. Die andern sind der Meinung, dass der Fall, da das positive Vertragsinteresse das negative übersteigt, zwar einer Sonderregelung unterliegt, doch soll diese eben gerade nicht in der fraglichen Haftungsbeschränkung bestehen. Zu dieser letztern Gruppe gehört *Piotet*, der sich in neuerer Zeit wohl am eingehendsten mit der Haftung aus Art. 26 OR befasst hat. Auf *Piotets* Auffassung wird nun nachstehend C. eingegangen. 456

C. Recht des Irrenden, auf die Irrtumsanfechtung zurückzukommen und zu erfüllen statt Schadenersatz zu leisten?

*Piotet*⁵⁶⁴ befasst sich speziell mit dem Tatbestand, da der Irrende erst nach Anfechtung des unter Irrtum geschlossenen Vertrags erfährt, dass das negative Vertragsinteresse das positive übersteigt. Diesfalls soll der Irrende, der gemäss Art. 26 OR auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses haftet⁵⁶⁵, die Möglichkeit haben, auf die 457

von *Simoni* (zit. in Anm. 558) ist wohl unterschwellig von der Auffassung beeinflusst, durch Ersatz des positiven Vertragsinteresses werde der Gegner des Irrenden praktisch gleich gestellt, wie wenn erfüllt würde. Wäre dem so, müsste der Ersatz des negativen Vertragsinteresses gemäss dem Vorstehenden in der Tat auf den Betrag des positiven Vertragsinteresses beschränkt werden. Indes vermag der Ersatz des positiven Vertragsinteresses das Ausbleiben der Erfüllung nur in vermögensmässiger Hinsicht auszugleichen; damit ist jedoch dem Gegner des Irrenden, der ja Vertragsleistung (z. B. ein Werk, eine Arbeit) und nicht Schadenersatz erwartet, oft wenig gedient.

⁵⁶² Vgl. *Oser/Schönenberger*, N 35 zu Art. 8 OR.

⁵⁶³ Z. B. *Oser/Schönenberger*, N 14 zu Art. 26 OR; v. *Tuhr/Peter*, S. 87 Anm. 30, 316 unten; *Piotet*, *Culpa*, S. 88ff.

⁵⁶⁴ *Culpa*, S. 94f.

⁵⁶⁵ Haftung auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses fällt ausser Betracht, wenn – wie im vorliegenden Zusammenhang vorausgesetzt – das negative Vertragsinteresse das positive übersteigt (Nr. 442).

Irrtumsanfechtung⁵⁶⁶ zurückzukommen und zu erfüllen statt Schadenersatz zu leisten. Zur Begründung bringt *Piotet* vor:

«Cette solution ... peut s'expliquer par le but de l'annulation et de la responsabilité précontractuelle. Dans le cours normal des choses, l'annulation, en remplaçant la responsabilité contractuelle par la responsabilité précontractuelle, doit améliorer la situation de la victime de l'erreur fautive. Or c'est le contraire qui se produit quand l'étendue de la responsabilité précontractuelle est plus grande que celle de la responsabilité contractuelle. Il est donc équitable que celui qui a annulé pour diminuer sa responsabilité puisse maintenir quand il s'aperçoit que l'annulation aboutit au résultat contraire.»

458 Diese Argumentation wäre allenfalls dann zutreffend, wenn durch die Irrtumsanfechtung tatsächlich, wie *Piotet* schreibt, die «responsabilité contractuelle» (Haftung auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses) durch die «responsabilité précontractuelle» (Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses) ersetzt würde. Dies aber trifft nicht zu: Durch die Irrtumsanfechtung soll der Irrende – allenfalls unter Verpflichtung zu Schadenersatz, Art. 26 OR – von einem Vertrag befreit werden, den er ohne Irrtum nicht geschlossen hätte; namentlich soll er nicht gehalten sein, vertragsgemäss zu erfüllen. Hat man das vor Augen, so wird leicht einsehbar, dass *Piotets* Auffassung nicht zutreffend sein kann, wenigstens nicht generell; es ist wie folgt zu überlegen:

459 Auch wo das negative Vertragsinteresse des Gegners das positive übersteigt, kann der Irrende daran interessiert sein, das negative Vertragsinteresse zu ersetzen statt den unter Irrtum geschlossenen Vertrag zu erfüllen⁵⁶⁷. Das bedarf keiner weiteren Begründung. Steht nun im Einzelfall fest, dass sich der Irrende auch dann für die Irrtumsanfechtung entschlossen hätte, wenn er bereits im Zeitpunkt der Anfechtung gewusst hätte, dass das negative Vertragsinteresse das positive übersteigt, so besteht selbstverständlich kein Anlass, ihm das Recht einzuräumen, aufgrund einer nachträglich veränderten Interessenlage auf die Irrtumsanfechtung zurückzukommen. Ein solches Recht ist also zum vornherein nur dort in Betracht zu ziehen, wo der Irrende, hätte er bei Irrtumsanfechtung um die Höhe des negativen Vertragsinteresses gewusst, auf die Anfechtung verzichtet und es stattdessen vorgezogen hätte, den Vertrag zu erfüllen. Auch bei derlei Tatbeständen scheint es mir indes unzulässig, dem Irrenden zu gestatten, auf die Irrtumsanfechtung

⁵⁶⁶ Der Ausdruck (Irrtums-)Anfechtung wird hier in einem untechnischen Sinne verstanden. Gemeint ist damit einfach die Berufung auf die durch den Irrtum begründete Unverbindlichkeit des Vertrags.

⁵⁶⁷ Zu denken ist namentlich an Fälle, in denen die vom Irrenden versprochene Vertragsleistung nicht in einer Geldleistung besteht (z. B. Leistung von Arbeit, Ausführung eines Werks).

Abzulehnen ist die in der Literatur anzutreffende Meinung, durch die Leistung des positiven Vertragsinteresses werde der Irrende praktisch gleichermassen betroffen wie durch die Erfüllung (vgl. in diesem Sinne *Meier-Hayoz*, Vertrauensprinzip, S. 193; *Oser/Schönenberger*, N 15 zu Art. 26 OR). Wäre sie richtig, so könnte der Irrende an der Irrtumsanfechtung in der Tat kein Interesse haben, wenn das negative Vertragsinteresse das positive übersteigt.

tung zurückzukommen. So zumal dann, wenn durch die «Rücknahme» der Anfechtung die Interessen des Gegners verletzt würden; man denke z. B. an den Fall, da sich der Gegner des Irrenden nach der Irrtumsanfechtung den vom Irrenden versprochenen Erfüllungsgegenstand anderweitig besorgt und daher an der Erfüllung durch den Irrenden kein Interesse mehr hat, sondern nur noch am Ersatz des negativen Vertragsinteresses («des aus dem Dahinfallen des Vertrags erwachsenen Schadens», Art. 26 Abs. 1 OR)⁵⁶⁸. Würde man dem Irrenden hier ein Zurückkommen auf die Anfechtung erlauben, so hätte er es in der Hand, dem Gegner den für ihn (den Gegner) nutzlosen Erfüllungsgegenstand aufzudrängen und ihn (beim synallagmatischen Vertrag) seinerseits zur Erfüllung zu zwingen. Das kann nicht rechtens sein.

Um Missverständnisse zu vermeiden, bleibt nachzutragen: *Piotets* Auffassung ablehnen bedeutet nicht, dass der Irrende unter keinen Umständen berechtigt ist, auf die Irrtumsanfechtung zurückzukommen und zu erfüllen statt (nach Art. 26 OR) das negative Vertragsinteresse zu ersetzen. Dieses Recht hat er aber, zumal in der Regel, nicht schon deshalb, weil er bei Vertragsanfechtung keine Kenntnis davon hatte, dass das negative Vertragsinteresse des Gegners das positive übersteigt. Hingegen kann ihm das fragliche Recht z. B. deshalb zustehen, weil er durch Täuschung zur Irrtumsanfechtung verleitet wurde (Art. 28 OR). Diesfalls ist es aber die Täuschung, welche ein Zurückkommen auf die Anfechtung erlaubt, und nicht der Umstand, dass der Irrende bei Vertragsabschluss keine Kenntnis davon hatte, dass das negative Vertragsinteresse das positive übersteigt⁵⁶⁹.

4. Haftung nach Art. 26 OR in Verbindung mit Art. 27 OR

Nach Art. 27 OR «finden die Vorschriften über den Irrtum entsprechende Anwendung», wenn «beim Vertragsabschluss Antrag oder Annahme durch einen Boten oder auf andere Weise unrichtig übermittelt» werden⁵⁷⁰. Zu den entsprechend

⁵⁶⁸ Vgl. *Merz*, N 447 zu Art. 2 ZGB; vgl. demgegenüber auch den von *Merz* zitierten Entscheid ZR 1938, Nr. 150.

⁵⁶⁹ Abzulehnen ist die Ansicht, der Irrende, der im Zeitpunkt der Irrtumsanfechtung nicht weiss, dass das negative Vertragsinteresse das positive übersteigt, befinde sich in einem Grundlagenirrtum und könne sich daher gestützt auf Art. 23 OR i. V. m. Art. 24 Ziff. 4 OR auf Unverbindlichkeit der Anfechtungserklärung berufen (so *Piotet*, *Culpa*, S. 95). Diese Auffassung träfe nur dann zu, wenn die (richtige) Vorstellung über den bei Irrtumsanfechtung allenfalls zu ersetzenden Schaden nach allgemeiner Verkehrsanschauung eine notwendige Grundlage der Anfechtungserklärung wäre (vgl. z. B. *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 591 ff.). Das ist nun jedoch m. E. nicht der Fall.

⁵⁷⁰ Vorausgesetzt ist, dass der Antrag bzw. die Annahme im Sinne der unrichtigen Übermittlung gilt. Dies trifft nach einem Teil der Lehre (Anm. 322) nicht zu, wenn die Übermittlungsperson die Erklärung (Antrag, Annahme) absichtlich verfälscht hat; diesfalls kann der «Erklärungsurheber die Erklärung ganz als eigene ignorieren» (*Oser/Schönenberger*, N 6 zu Art. 27 OR), einer Anfechtung wegen Irrtums bedarf es nicht. –

anwendbaren Vorschriften gehört auch Art. 26 OR. Das ist unbestritten. Umstritten ist hingegen, in welcher Weise die Analogie vorzunehmen ist. Dazu ist vorerst die Selbstverständlichkeit festzuhalten, dass die Vertragspartei, welche sich im Falle unrichtiger Übermittlung auf die Unverbindlichkeit des Vertrags beruft (und nach Art. 23–25 OR in Verbindung mit Art. 27 OR berufen darf), für eigenes Verschulden, das z. B. in der Benutzung eines unzuverlässigen Boten bestehen kann, haftet⁵⁷¹. **Fraglich** ist hingegen, ob sie auch dann in Analogie zu Art. 26 OR haftbar werden kann, wenn sie an der falschen Übermittlung kein Verschulden trifft. v. Tuhr⁵⁷² und Siegwart⁵⁷³ verneinen dies; ebenso Becker⁵⁷⁴. Oser/Schönenberger hingegen vertreten die Auffassung, «der Urheber der Willenserklärung» (sc. des Antrags bzw. der Annahme) habe «das Verschulden der Mittelsperson ... in gleicher Weise zu vertreten wie das eigene»⁵⁷⁵. Dieser Ansicht schliessen sich Piotet⁵⁷⁶ und Peter⁵⁷⁷ (in der 3. Auflage des «v. Tuhr») an. Das Bundesgericht hat in BGE 105 II 27 erklärt, wer sich (nach Art. 23–25 OR in Verbindung mit Art. 27 OR) auf Unverbindlichkeit des Vertrags berufe, müsse «sich das Verhalten seiner Hilfspersonen anrechnen lassen»⁵⁷⁸. Unter welchen Voraussetzungen, sagt das

Wieweit sich der Erklärende eine unrichtige Übermittlung anrechnen lassen muss, ist sehr umstritten (vgl. Anm. 322, ferner Bucher, S. 175; zum deutschen Recht vgl. Larenz, BGB A.T., S. 366 unten/367, mit einer Übersicht über den Stand der deutschen Lehre).

⁵⁷¹ Becker, N 5 zu Art. 27 OR; v. Tuhr/Peter, S. 317.

⁵⁷² Zit. in Anm. 354, S. 263. v. Tuhr ist immerhin der Auffassung, dass derjenige, der sich zur Übermittlung einer Willenserklärung des *Telegraphs* bedient, die Gefahr unrichtiger Übermittlung «auch dann tragen sollte, wenn er den Fehler nicht verschuldet hat». Diese Haftung stützt er allerdings nicht auf Art. 26 OR ab, sondern auf eine angebliche «Gesetzeslücke ...», welche nach Art. 1 ZGB im Sinn einer absoluten Haftung des Telegraphierenden auszufüllen ist».

⁵⁷³ v. Tuhr/Siegwart, zit. in Anm. 355, S. 282. Die Ansicht v. Tuhrs betr. die Haftung des Telegraphierenden (Anm. 572) wird von Siegwart übernommen.

⁵⁷⁴ N 3–5 zu Art. 27 OR; wie Becker: Béguelin, SJK Karte Nr. 267, S. 4.

⁵⁷⁵ Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 27 OR. Eine Ausnahme soll für denjenigen gelten, der sich des Telegraphen bedient: keine Haftung für Verschulden der Telegraphenanstalt (berechtigte Kritik an dieser «unlogischen» Ausnahme bei Piotet, Culpa, S. 79).

⁵⁷⁶ Culpa, S. 77, 79; ders., SJZ 1981, S. 245 linke Spalte.

⁵⁷⁷ v. Tuhr/Peter, S. 317.

⁵⁷⁸ Im zitierten Entscheid hatte eine Angestellte der sich auf die Unverbindlichkeit berufenden Vertragspartei (Kläger) einen Ring mit einer falschen Preisetikette im Schaufenster ausgestellt (Fr. 1'380.– statt Fr. 13'800.–). Das Bundesgericht stellt fest, das Ausstellen des Rings im Schaukasten des Klägers gelte gemäss Art. 7 Abs. 3 OR als Antrag. Auf Art. 27 OR berief es sich nicht ausdrücklich. Indes ist zu beachten, dass nach dem unmittelbaren Sinn des Art. 7 Abs. 3 OR ein «Antrag» nur vorliegt, wenn der Eigentümer einer Sache diese selbst ausstellt. Damit die von einem Dritten ausgestellte Sache als Antrag zu werten ist, muss der Dritte entweder Stellvertreter sein oder aber er muss Hilfsperson im Sinne des Art. 27 OR, der auf die Ausstellung von Waren zumindest analoge Anwendung findet, sein. Im fraglichen Entscheid hatte die Angestellte offenbar keine Vertretungsbefugnis, es lag aber ein Fall des Art. 27 OR vor. (Art. 7 Abs. 3 OR trifft z. B. nicht zu, wenn eine völlig unbefugte Person eine Sache in die Auslage gibt. Diesfalls liegt nur ein scheinbarer Antrag vor, der nicht angenommen werden kann.

Gericht allerdings nicht. In casu wurde dann die Haftung nach Art. 26 OR nicht wegen des Verhaltens einer Hilfsperson bejaht, sondern wegen eigenen Verschuldens der sich auf die Unverbindlichkeit berufenden Vertragspartei (die Entscheidungsgründe sind allerdings nicht mit letzter Klarheit wiedergegeben).

Ansatzpunkt für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage, unter welchen Voraussetzungen die am Übermittlungsirrtum schuldlose Vertragspartei gemäss Art. 26 OR in Verbindung mit Art. 27 OR haftbar wird, muss m.E. die folgende Überlegung sein: Gäbe es den Art. 27 OR nicht, so wäre, wenn sich jemand für die Übermittlung von Antrag oder Annahme eines Boten (dieser steht stellvertretend für alle Übermittlungsgehilfen) bedient, in bezug auf die Vollendung der Erklärung (Antrag, Annahme) eine zweifache Auffassung möglich:

«a) dass die Erklärung zustande komme durch die Mitteilung an den Boten, dass somit bei unrichtiger Übermittlung an den Gegenkontrahenten eine Nichtübereinstimmung der Willensäusserungen der Kontrahenten vorliegt.

b) dass die Erklärung sich erst vollende durch die Mitteilung seitens des Boten an den Gegenkontrahenten, dass daher die unrichtige Übermittlung nur eine Divergenz zwischen Willen und Erklärung schaffe»⁵⁷⁹.

Das Gesetz hat mit der Anrufung der Irrtumsregeln dem Art. 27 OR die zweite Auffassung zugrundegelegt⁵⁸⁰. Im Ergebnis wird es damit gehalten, wie wenn der Erklärende selbst die Erklärung vollendet hätte. Dem dürfte nun mit Bezug auf die entsprechende Heranziehung des Art. 26 OR am besten die Ansicht entsprechen, der Erklärende hafte, wie wenn er selbst die Erklärung vollendet hätte, also dann, wenn ihm – hätte er an Stelle des Boten gehandelt – ein Verschulden vorgeworfen werden könnte⁵⁸¹. Die Haftung entspricht mithin derjenigen nach Art. 101 OR und damit der Hilfspersonenhaftung, wie sie von der herrschenden Lehre für die nicht gesetzlich geregelten c.i.c.-Tatbestände befürwortet wird.

II. Art. 29 Abs. 2 OR

Art. 29 OR

Ist ein Vertragsschliessender von dem anderen oder von einem Dritten widerrechtlich durch Erregung gegründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrages bestimmt worden, so ist der Vertrag für den Bedrohten unverbindlich.

Erfolgt eine «Annahme», so muss sich der Sacheigentümer – anders als in BGE 105 II 23 ff. – nicht auf Erklärungsirrtum berufen, um der Vertragswirkung zu entgehen. Da gar kein Vertrag vorliegt, wird der Sacheigentümer auch nicht etwa nach Ablauf der Einjahresfrist des Art. 31 OR gebunden.)

⁵⁷⁹ Oser/Schönenberger, N 1 zu Art. 27 OR.

⁵⁸⁰ Oser/Schönenberger, N 1 zu Art. 27 OR.

⁵⁸¹ Eine andere Rechtslage gilt nach deutschem Recht: Für Übermittlungsfehler von Hilfspersonen haftet der Erklärende kausal, ohne dass die Haftung entfällt, wenn dem Erklärenden, hätte er wie die Hilfsperson gehandelt, kein Verschulden vorgeworfen werden könnte (§ 120 BGB i. V. m. § 122 BGB).

Ist die Drohung von einem Dritten ausgegangen, so hat, wo es der Billigkeit entspricht, der Bedrohte, der den Vertrag nicht halten will, dem anderen, wenn dieser die Drohung weder gekannt hat noch hätte kennen sollen, Entschädigung zu leisten.

- 465 Art. 29 Abs. 2 OR nimmt Bezug auf Art. 29 Abs. 1 OR. Diese Bestimmung sieht vor: Ist jemand «widerrechtlich durch Erregung begründeter Furcht⁵⁸² zur Eingehung eines Vertrages bestimmt worden, so ist der Vertrag für den Bedrohten unverbindlich». Gutgläubigkeit des Gegners des Bedrohten (im folgenden kurz Gegner genannt) vermag die Unverbindlichkeit – wie beim wesentlichen Irrtum – nicht zu hindern, doch wird ihm der Bedrohte unter den Voraussetzungen des Art. 29 Abs. 2 OR immerhin schadenersatzpflichtig. Art. 29 Abs. 2 OR bedarf keiner langen Erörterung; das meiste knüpft an bereits Gesagtes an:

1. Tatbestand

- 466 Der Tatbestand des Art. 29 Abs. 2 OR umfasst **vier Elemente**:

- 467 1. Der Bedrohte beruft sich auf die mit der Drohung verbundene einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags. Hält er am Vertrag fest oder verpasst er die Frist des Art. 31 OR, bleibt für Schadenersatz nach Art. 29 Abs. 2 OR kein Raum; es verhält sich insoweit analog wie bei Art. 26 OR (Nr. 429). – Die Unverbindlichkeit des Vertrages muss gerade auf der Drohung beruhen. Ist der Vertrag aus einem andern Grunde (z. B. wegen Formmangels) ohnehin ungültig, greift Art. 29 Abs. 2 OR nicht ein.

- 468 2. «Die Drohung» muss – so der Wortlaut von Art. 29 Abs. 2 OR – «von einem Dritten ausgegangen» sein. Damit ist eine Haftung des Bedrohten vorab für den Fall ausgeschlossen, dass der Gegner selbst Urheber der Drohung ist. Das versteht sich von selbst: Wer droht, kann den Bedrohten nicht auf Schadenersatz belangen; im Gegenteil wird er unter Umständen (nach den allgemeinen Regeln über die Haftung aus c.i.c.⁵⁸³) selbst haftbar. Dem Gegner des Bedrohten sind seine sog.

⁵⁸² Zum Begriff der begründeten Furcht: Art. 30 OR.

⁵⁸³ Damit sind jene Regeln gemeint, welche auf die Verletzung sog. vorvertraglicher Pflichten zur Anwendung kommen, falls keine Sonderbestimmungen wie z. B. Art. 26 oder 39 OR vorgehen. Bei den betreffenden Regeln handelt es sich (nach allerdings bestrittener Ansicht; siehe unten in dieser Anm.) um die Art. 41 ff. OR. Denn: Die vorvertraglichen Pflichten sind allgemeiner Natur (vgl. Nr. 397, 533), ihre Verletzung fällt daher unter Art. 41 ff. OR, sofern – wie hier vorausgesetzt – keine Sonderbestimmungen vorgehen. Die Art. 41 ff. OR gelten allerdings nur mit Vorbehalten. Namentlich ist zu beachten: Das fundamentale Rechtsgebot, Gleiches (Gleichwertiges) gleich, Ungleiches ungleich zu behandeln, verlangt unter Umständen, gewisse Haftungsfragen nicht nach Art. 41 ff. OR zu beantworten, sondern gleich wie bei sonderrechtlich geregelten c.i.c.-Tatbeständen. Für diese gilt z. B. die Verjährungsordnung des Art. 127 OR (vgl. Nr. 409).

Abschlussgehilfen⁵⁸⁴ gleichgestellt⁵⁸⁵. Das sind Personen, die am Zustandekommen des Vertrags auf seiten des Gegners beteiligt sind⁵⁸⁶. «Prototyp» eines Abschlussgehilfen ist der Vertreter (weitere Beispiele hinten in Nr. 480ff.).

Das Gesagte sei an einem Beispiel illustriert: V zwingt den B unter Vorhaltung einer Pistole zum Abschluss eines Vertrages, den V nicht im eigenen Namen schliesst, sondern im Namen von A. Wenn B nach Wegfall der Drohung Vertragsungültigkeit geltend macht, so kann er von A ebensowenig nach Art. 29 Abs. 2 OR in Anspruch genommen werden, wie wenn A selbst Urheber der Drohung gewesen wäre. 469

3. Der Gegner des Bedrohten muss in gutem Glauben kontrahiert haben. Der gute Glaube ist analog zu verstehen wie bei Art. 26 OR (Nr. 438). Er fehlt somit, 470

Art. 127 OR (und nicht Art. 60 OR) ist richtigerweise auch bei nicht sonderrechtlich geregelten c.i.c.-Tatbeständen anzuwenden. Denn es ist nicht einsichtig, weshalb nicht bei allen c.i.c.-Tatbeständen die gleiche Verjährungsordnung gelten sollte.

Nachzutragen bleiben zwei Punkte:

- Sonderbestimmungen betr. die Haftung aus c.i.c. (z. B. Art. 26, 39 OR) gehen den allgemeinen Regeln (Art. 41ff. OR) zwar vor, d. h. sie haben gegenüber diesen exklusive Geltung, doch sind Einschränkungen anzubringen: Einmal schliessen die Sonderbestimmungen die Anwendung des Art. 41 Abs. 2 OR nicht aus (vgl. Nr. 387). Zum andern sind die Art. 41ff. OR unter Umständen hinsichtlich solcher Rechtsfragen heranzuziehen, die durch die Sonderbestimmungen nicht geregelt sind. Die Art. 41ff. OR sind diesfalls Mittel zur Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB; vgl. Nr. 409).
- Sonderbestimmungen gehen den Art. 41ff. OR nicht nur in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich vor, sondern auch dort, wo sie («bloss») analoge Anwendung finden. Eine Analogie zu Sonderbestimmungen ist m. E. jedoch grundsätzlich nur insoweit in Betracht zu ziehen, als jene mehr zuerkennen als die Art. 41ff. OR (z. B. Art. 26 Abs. 2 OR sieht Ersatz des positiven Vertragsinteresses vor, während nach Art. 41ff. OR höchstens das negative Vertragsinteresse zu ersetzen ist) oder die Haftung von weniger strengen Voraussetzungen abhängig machen als die Art. 41ff. OR (z. B. Art. 39 Abs. 1 OR sieht eine Kausalhaftung vor, Art. 41ff. OR hingegen eine Verschuldenshaftung).

Die umschriebene Rechtslage ist nicht unbestritten. Zum Teil wird angenommen, die vorvertraglichen Pflichten seien nicht allgemeine, sondern vertragsähnliche («quasikontraktliche»: v. Tuhr/Peter, S. 404), deren Verletzung sich nicht nach Art. 41ff. OR, sondern nach eigenen Regeln richte (z. B. v. Tuhr/Peter, S. 192f.). Diese Regeln sollen allerdings unter Umständen neben Art. 41ff. OR anwendbar sein; so, wenn in der Verletzung einer «quasikontraktlichen» Pflicht gleichzeitig die Verletzung einer allgemeinen Pflicht liegt (vgl. z. B. BGE 108 II 421f. mit Literaturhinweisen; Koller, Nr. 516; vgl. im vorliegenden Zusammenhang auch Anm. 475). Neben der «Quasikontrakttheorie» werden noch verschiedene andere Theorien vertreten; vgl. Gauch/Schluelp/Jäggi, Nr. 723f.

⁵⁸⁴ So der Ausdruck von Gauch/Schluelp/Jäggi, Nr. 652, Guhll/Merz/Kummer, S. 129, und BGE 108 II 421 (je mit Bezug auf Art. 28 Abs. 2 OR). Piotet, ZSR 1975, S. 269, spricht von Hilfspersonen («auxiliaires»).

⁵⁸⁵ Z. B. Piotet, ZSR 1975, S. 269 oben; ders., Culpa, S. 66f.

⁵⁸⁶ Vgl. v. Tuhr/Peter, S. 323, und hinten Anm. 594.

wenn der Gegner des Bedrohten (bei Vertragsabschluss) von der Drohung weiss oder auch nur Zweifel hat, ob eine solche vorliegt oder nicht.

471 Der gute Glaube muss berechtigt sein, Art. 3 Abs. 2 ZGB. Es kann insoweit auf die entsprechenden Ausführungen zu Art. 26 OR verwiesen werden (Nr. 439f.).

472 4. Schliesslich setzt Art. 29 Abs. 2 OR voraus, dass die Haftung des Bedrohten «der Billigkeit entspricht». Ob dies im Einzelfall zutrifft, entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB). Eine Haftung wird im Regelfall zumal dann billig sein, wenn den Bedrohten ein – von Art. 29 Abs. 2 OR nicht vorausgesetztes⁵⁸⁷ – Verschulden trifft (der mit einem Revolver Bedrohte hätte z. B. erkennen müssen, dass die Waffe nicht geladen war).

2. Rechtsfolge

473 Nach Art. 29 Abs. 2 OR ist – soweit Haftung überhaupt Platz greift – das **negative Vertragsinteresse** zu ersetzen⁵⁸⁸. Über den Umfang des Schadenersatzes entscheidet der Richter nach seinem Ermessen, wobei ihm die Art. 43f. Richtlinien für dessen Ausübung in die Hand geben. Für Einzelheiten kann auf die entsprechenden Ausführungen zu Art. 26 Abs. 1 und 39 Abs. 1 OR verwiesen werden (Nr. 405ff., 446ff.).

474 Nach der wohl herrschenden Lehre⁵⁸⁹ kann dem Gegner des Bedrohten **ausnahmsweise** auch (ganzer oder teilweiser) Ersatz des positiven Vertragsinteresses zugesprochen werden. M.E. ist dies nur möglich, wenn den Bedrohten ein Verschulden trifft. Alsdann kann der Ersatz des positiven Vertragsinteresses auf eine analoge Anwendung des Art. 26 Abs. 2 OR gestützt werden.

475 Art. 26 Abs. 2 OR beruht auf dem Rechtsgedanken, dass ein gutgläubiger Vertragspartner nicht wegen eines Rechtsmangels (Irrtum) zu Schaden kommen soll, der seinen Grund in der Sphäre des Gegenkontrahenten (des Irrenden) hat und von diesem verschuldet ist. Derselbe Gedanke greift auch durch, wenn jemand einen Vertrag unter Drohung durch einen Dritten schliesst und ihm ein Verschulden vorwerfbar ist. Denn eine Drohung, die von einem Dritten (nicht vom Gegner des Bedrohten oder von dessen Abschlussgehilfen) ausgeht, ist der Sphäre des Bedrohten zuzurechnen. Es verhält sich insoweit anders als z. B. bei einem Vertrag, der wegen Widerrechtlichkeit ungültig ist: Die Widerrechtlichkeit ist ersichtlich kein Rechtsmangel, der aus der Sphäre nur einer Vertragspartei stammt; eine Analogie zu Art. 26 Abs. 2 OR fällt daher zum vornherein ausser Betracht.

⁵⁸⁷ Dass Art. 29 Abs. 2 OR kein Verschulden des Bedrohten voraussetzt, entspricht der allgemeinen Meinung; statt vieler: *Oser/Schönenberger*, N 5 zu Art. 29 OR; v. *Tuhr/Peter*, S. 328.

⁵⁸⁸ Z. B. *Becker*, N 9 zu Art. 29 OR; *Oser/Schönenberger*, N 5 zu Art. 29 OR; v. *Tuhr/Peter*, S. 328; *Keller/Schöbi*, Allg. Lehren, S. 138; *Meier-Hayoz*, Vertrauensprinzip, S. 166.

⁵⁸⁹ *Becker*, N 9 zu Art. 29 OR; *Oser/Schönenberger*, N 5 zu Art. 29 OR; v. *Tuhr/Peter*, S. 328; *Simonius*, ZSR 1918, S. 274. Anderer Ansicht *Piotet*, Culpa, S. 88 Anm. 248.

III. Art. 28 Abs. 2 OR

Art. 28 OR

Ist ein Vertragschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern zu dem Vertragsabschluss verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war.

Die von einem Dritten verübte absichtliche Täuschung hindert die Verbindlichkeit für den Getäuschten nur, wenn der andere zur Zeit des Vertragsabschlusses die Täuschung gekannt hat oder hätte kennen sollen.

Art. 28 Abs. 2 OR betrifft, wie erwähnt, den Tatbestand der absichtlichen Täuschung. Die Täuschung hat mit der Drohung gemein, dass sie einen Eingriff in die Willensbildung des Vertragschliessenden darstellt. Die Drohung ist jedoch der «schärfere Eingriff» (v. Büren⁵⁹⁰). Das zeigt sich daran, wie der gute Glaube des Gegners des Bedrohten bzw. Getäuschten geschützt wird: Im Falle der Drohung verschafft er dem Gegner höchstens Schadenersatzansprüche (Art. 29 Abs. 2 OR), während er den Eintritt einseitiger Vertragsunverbindlichkeit nicht zu hindern vermag. Anders im Falle der Täuschung: Hier ist der gute Glaube des Gegners des Getäuschten – wenn überhaupt – nicht durch Schadenersatzansprüche, sondern in der Weise geschützt, dass die Täuschung unbeachtlich ist und mithin die Verbindlichkeit des Vertrags nicht hindert⁵⁹¹ (Nr. 425, 488). Die Voraussetzungen, unter denen dies zutrifft, ergeben sich aus Art. 28 Abs. 2 OR. Diese Bestimmung gilt es nun darzustellen, vorerst 1. mit Bezug auf den Tatbestand, hierauf 2. mit Bezug auf die Rechtsfolge.

1. Tatbestand

Art. 28 Abs. 2 OR setzt ein Zweifaches voraus:

1. Die **Täuschung** muss **von einem «Dritten» verübt** worden sein⁵⁹². Hat der Gegner selbst getäuscht, kann er selbstverständlich nicht geltend machen, die Täuschung sei unbeachtlich (Art. 28 Abs. 1 OR)⁵⁹³. Gleiches gilt bei Täuschung

⁵⁹⁰ I, S. 223 oben.

⁵⁹¹ Bewirkt allerdings die Täuschung einen Grundlagenirrtum, so ist der Vertrag einseitig unverbindlich (Art. 23 OR in Verbindung mit Art. 24 Ziff. 4 OR). Beruft sich der Getäuschte auf die Unverbindlichkeit, so steht dem (gutgläubigen) Gegner höchstens Schadenersatz zu (Art. 26 OR).

⁵⁹² Zu beachten ist: Art. 28 Abs. 2 OR betrifft nur den Fall, da die Täuschung durch den Dritten, ginge sie vom Gegner des Getäuschten statt vom Dritten aus, Unverbindlichkeit des Vertrags gemäss Art. 28 Abs. 1 OR zur Folge hätte. Wo dies nicht zutrifft, wo also die Täuschung durch den Gegner (z.B. mangels Kausalität für den Vertragsabschluss des Getäuschten) die Verbindlichkeit des Vertrags unberührt lassen würde, da erübrigt sich eine Anwendung des Art. 28 Abs. 2 OR zum vornherein.

⁵⁹³ Eine juristische Person hat sich täuschendes Verhalten ihrer Organe als eigene Täuschung zurechnen zu lassen (Oser/Schönenberger, N 15 zu Art. 28 OR): Täuschen die

durch Abschlussgehilfen⁵⁹⁴ (Nr. 468) des Gegners: Ihr Verhalten wird diesem als eigenes zugerechnet, so dass der Vertrag ohne weiteres unverbindlich ist (Art. 28 Abs. 1 OR); auf den guten oder bösen Glauben des Gegners des Getäuschten kommt nichts an.

479 Als **Abschlussgehilfen** wurden von der Praxis beispielsweise betrachtet:

480 – Derjenige, der im Auftrag eines Vertragspartners Vertragsverhandlungen führte (BGE 108 II 421);

481 – Der Makler des Gegners des Getäuschten (BGE 63 II 78);

482 – Die Tochter des Gegners des Getäuschten, welche die «Aufgabe hatte, den Verkehr mit dem schwerhörigen Beklagten» (das war der Gegner des Getäuschten) «zu vermitteln» (BGE 63 II 78);

483 – Der Vertreter des Gegners des Getäuschten⁵⁹⁵ (BGE 81 II 217; 38 II 616⁵⁹⁶);

484 – Derjenige, der vom Verkäufer eines Grundstücks beauftragt worden war, einen Käufer zu suchen und den Kaufabschluss vorzubereiten, wenn auch nicht abzuschliessen (BGE 40 II 534ff.).

485 2. Der Gegner des Getäuschten muss **in gutem Glauben** kontrahiert haben. Daran fehlt es, wenn der Gegner bei Vertragsabschluss um die Täuschung wusste oder zumindest Zweifel hatte, ob eine solche vorlag oder nicht. Vgl. eingehender Nr. 438 zu Art. 26 OR.

486 Zu beachten ist: Hat der Gegner des Getäuschten bei Vertragsabschluss «gewusst, dass der Kontrahent unter dem Einfluss eines von einem Dritten erregten Irrtums stehe, so macht er sich selbst der Täuschung durch Schweigen schuldig»⁵⁹⁷. Diesfalls ergibt sich die Unverbindlichkeit des Vertrags schon aus Art. 28 Abs. 1 OR (Nr. 478); auf Abs. 2 der Bestimmung braucht gar nicht gegriffen zu werden.

Organe, so täuscht unter rechtlichem Gesichtspunkt die juristische Person selbst, so dass unmittelbar Art. 28 Abs. 1 OR anwendbar ist, und nicht Art. 28 Abs. 2 OR. Das folgt aber entgegen v. Büren I, S. 218 Anm. 314, nicht «unmittelbar aus dem Körperschaftsbegriff» (vgl. Koller, Nr. 59 [auch Anm. 34] und 61).

594 Zum Begriff des Abschlussgehilfen vgl. beispielsweise *Gilomen H. V.*, Absichtliche Täuschung beim Abschluss von Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss. Bern 1950, S. 109ff.; *Bucher*, S. 195; *Piotet*, Culpa, S. 66ff., 74; v. *Tuhr/Peter*, S. 323; *Oser/Schönenberger*, N 15 zu Art. 29 OR; *Becker*, N 14 zu Art. 28 OR, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung. – Vgl. auch Literatur und Rechtsprechung zu § 123 Abs. 2 BGB, der dem Art. 28 Abs. 2 OR im wesentlichen entspricht: Hinweise bei v. *Tuhr/Peter*, S. 323f. Anm. 25; aus der neusten Literatur vgl. *Staudinger/Dilcher*, N 30ff. zu § 123 BGB; *Palandt/Heinrichs*, N 2f zu § 123 BGB. – Zum österreichischen Recht vgl. *Iro G. M.*, Juristische Blätter 1982, S. 470ff., 510ff.

595 Die Täuschung durch einen Vertreter ist dem Vertretenen auch dann wie ein eigenes Verhalten zurechenbar, wenn jener ohne Vollmacht handelte, sein Handeln vom Vertretenen aber nachträglich genehmigt wurde (Art. 38 OR). Vgl. in bezug auf das deutsche Recht RGZ 76, S. 107ff., und *Palandt/Heinrichs*, N 2f zu § 123 BGB.

596 In BGE 38 II 616 wurde bei einem Bürgschaftsvertrag der Hauptschuldner (entgegen der Regel: *Guhl/Merz/Kummer*, S. 129; BGE 41 II 54; ZR 1935, Nr. 187; SJZ 1971, S. 222ff.) als Abschlussgehilfe des Gläubigers betrachtet.

597 *Oser/Schönenberger*, N 17 zu Art. 28 OR; ebenso *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 651; *Meier-Hayoz*, Vertrauensprinzip, S. 160 unten/161.

Der gute Glaube muss berechtigt sein. Ob dies zutrifft, bestimmt sich nach Art. 3 487
Abs. 2 ZGB. Vgl. Nr. 439 betr. Art. 26 OR.

2. Rechtsfolge

1. Sind die Voraussetzungen des Art. 28 Abs. 2 OR erfüllt, so ist die **Täuschung** 488
unbeachtlich. Sie bewirkt also ausnahmsweise keine Unverbindlichkeit des Vertrags. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass die Vertragswirkung eintritt. Denn der Vertrag kann neben der Täuschung noch weitere Mängel aufweisen, die seine Verbindlichkeit hindern. Verstösst beispielsweise der unter Täuschung geschlossene Vertrag «gegen die guten Sitten» (Art. 19 Abs. 1 OR), so ist er auch dann unverbindlich, wenn der Tatbestand des Art. 28 Abs. 2 OR gegeben ist; zwar nicht wegen der Täuschung (diese ist aufgrund von Art. 28 Abs. 2 OR unbeachtlich), wohl aber wegen des Verstosses gegen Art. 19 Abs. 1 OR (Art. 20 OR)⁵⁹⁸.

Nach dem Gesagten besteht die Rechtsfolge des Art. 28 Abs. 2 OR nicht darin, 489
dass der Vertrag verbindlich zustandekommt. Der **französische Gesetzeswortlaut** ist allerdings insoweit **irreführend** («la partie ... demeure obligée»), ebenso der italienische («il contratto è obbligatorio»), wogegen sich aus dem deutschen Text klar ergibt, worin die Rechtsfolge wirklich besteht: darin, dass die Täuschung «die Verbindlichkeit für den Getäuschten» (ausnahmsweise) nicht «hindert».

2. Weist der unter Täuschung geschlossene Vertrag abgesehen von der Täuschung 490
keine Mängel auf und ist – wie hier immer unterstellt – der Tatbestand des Art. 28 Abs. 2 OR erfüllt, so tritt die **Vertragswirkung** ein (Nr. 488). Dieser Fall ist praktisch von besonderem Interesse und sei daher nachfolgend noch eingehender behandelt. Zusätzliche Bemerkungen sind in dreifacher Hinsicht angebracht:

- Dass die Vertragswirkung eintritt, bedeutet: Es entstehen *vollwertige Rechte und Pflichten*; es wird nicht etwa nur im Verhältnis des Getäuschten zum Gegner so gehalten, als würden Rechte und Pflichten entstehen. Von praktischer Tragweite ist dies namentlich hinsichtlich der Rechtsnachfolge. Diese richtet sich nach den allgemeinen Regeln über Zession, Erbgang usw.; würden bloss scheinbare Rechte entstehen, so käme nur eine Übertragung unter Gesichtspunkten des Gutgläubensschutzes in Betracht. Vgl. zum Vorstehenden auch Nr. 116, 290. 491
- Die Vertragswirkung tritt *ex lege* ein. Also ohne dass sich der Geschützte (der 492
Gegner des Getäuschten) auf seinen guten Glauben berufen muss; aber auch ohne dass er die Möglichkeit hat, die Vertragswirkung abzulehnen. Es gilt

⁵⁹⁸ Ein weiteres Beispiel: Ist der durch die Täuschung erweckte Irrtum ein wesentlicher im Sinne der Art. 23 ff. OR, so ist der Vertrag auch dann einseitig unverbindlich, wenn der Tatbestand des Art. 28 Abs. 2 OR erfüllt ist: nicht wegen der Täuschung, sondern wegen des wesentlichen Irrtums (vgl. v. Tuhr/Peter, S. 323; vorne Anm. 591).

Analoges wie bei Art. 33 Abs. 3 OR in bezug auf den Eintritt der Vertretungswirkung (Nr. 288). Vgl. auch schon Nr. 118, ferner Nr. 300, 367.

- 493 – Ist die Vertragswirkung eingetreten, so kann sich *jedermann* darauf berufen, nicht nur der Gegner des Getäuschten als der von Art. 28 Abs. 2 OR Geschützte. So z. B. auch ein Dritter, der Ansprüche, die der Gegner des Getäuschten aus dem Vertrag erlangt hat, pfänden will. Vgl. zum Vorstehenden Nr. 121, 291.

3. Kapitel Gutglaubensschutz im Bereicherungsrecht

- 494 Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung kennt zwei formelle Gutglaubensvorschriften: Art. 64 und 65 OR. Mit diesen beiden Bestimmungen befasste ich mich gleich nachstehend unter *I.* und *II.* Materiell ist der gute Glaube zusätzlich in bezug auf die Haftung für (gezogene und nicht gezogene) Nutzungen geschützt (dazu *III.*).

I. Art. 64 OR

Art. 64 OR

Die Rückerstattung kann insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäusserte und hiebei nicht in gutem Glauben war oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste.

1. Regelungsgehalt im Überblick

- 495 Nach Art. 64 OR kann die Herausgabe⁵⁹⁹ einer ungerechtfertigten Bereicherung «insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger [der Bereicherte] nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist»⁶⁰⁰. Der Einwand, «nicht

⁵⁹⁹ Art. 64 OR spricht von «Rückerstattung» (der Bereicherung). Dieses Wort «passt dem Wortlaut nach ... nur auf den Fall der Bereicherung durch Leistung des Entreicherten» (Gauch/Schluemp/Jäggi, Nr. 1118), nicht auch auf andere Bereicherungsfälle (z. B. solche der Eingriffskondiktion). Es ist daher genauer, von «Herausgabe» statt von «Rückerstattung» der Bereicherung zu sprechen (so § 812, 818 BGB).

⁶⁰⁰ Eine Berufung auf Art. 64 OR fällt zum vornherein nur in Betracht, wenn die Bereicherung weggefallen ist (z. B. ZR 1947, S. 182). Das wird nicht immer mit genügender Deutlichkeit erkannt: vgl. SJZ 1970, S. 55 rechte Spalte.

mehr bereichert» zu sein (sog. Entreichereungseinrede⁶⁰¹), steht grundsätzlich sowohl dem gut- wie auch dem bösgläubig Bereicherten offen. Diesem letztern ist der fragliche Einwand allerdings dann abgeschnitten, wenn «er [der Bereicherte] sich der Bereicherung entäusserte», d. h. die Entreichereung willentlich herbeigeführt hat⁶⁰². In bezug auf die Zulässigkeit der **Entreichereungseinrede** ist somit festzuhalten:

Sie ist dem Grundsatz nach gegeben, soweit der Bereicherte «nicht mehr bereichert» (soweit er entreichert) ist. Davon gibt es **zwei Ausnahmen:** 496

– Die Entreichereung ist nach der «Zeit der Rückforderung» erfolgt. 497

– Die Entreichereung wurde vom Bereicherten willentlich und in bösem Glauben herbeigeführt. 498

Im einzelnen gilt, was folgt:

A. Grundsatz: Beschränkung der Bereicherungsfordereung durch Entreichereung

Entreichereungen beschränken die Bereicherungsfordereung von Gesetzes wegen, ohne dass es der Erhebung einer Einrede bedürfte (Anm. 601). Art und Inhalt der Beschränkung können nicht generell angegeben werden. Sie hängen von der Form der Entreichereung ab. Im folgenden spreche ich *a)* von der Entreichereung durch Leistungsunmöglichkeit, dann *b)* von der Entreichereung durch Vermögensnachteile im Zusammenhang mit der Bereicherungs⁶⁰³. 499

a) Entreichereung durch Leistungsunmöglichkeit

1. Hat der Bereicherte einen rechtsgrundlos erlangten Vermögensvorteil in natura herauszugeben⁶⁰⁴, so entfällt die Herausgabepflicht, wenn die Leistung un- 500

⁶⁰¹ Der in der Lehre (z. B. *Bucher*, S. 633) verwendete Ausdruck Entreichereungseinrede ist ungenau. Denn: Entreichereungen wirken sich auf die Bereicherungsfordereung von Gesetzes wegen aus (vgl. v. a. Nr. 553 ff., ferner Nr. 500). Macht daher der Bereicherte eine Entreichereung geltend, so übt er nicht – wie bei Erhebung einer Einrede – ein Recht aus, sondern er bringt eine rechtserhebliche (genauerhin: rechtsaufhebende) Tatsache vor. Die sog. Entreichereungseinrede ist also in Wirklichkeit nicht eine Einrede, sondern eine Einwendung (v. *Tuhri/Peter*, S. 27). Ist man sich dessen bewusst, schadet es freilich nicht, den fraglichen Ausdruck zu verwenden.

⁶⁰² Die relativ günstige Rechtsstellung des bösgläubig Bereicherten besteht auch bei anfänglicher Bösgläubigkeit. Das aOR von 1881 hatte für diesen Fall noch eine strenge Zufallshaftung des Bereicherten vorgesehen (Art. 73 Abs. 2).

⁶⁰³ Eine Entreichereung kann auch durch Verschlechterung oder Wertverminderung des Bereicherungsgegenstandes eintreten. Vgl. Anm. 605 und Nr. 533.

⁶⁰⁴ Der rechtsgrundlos erlangte Vermögensvorteil ist grundsätzlich in natura herauszugeben. Praktisch jedoch kommt dem Anspruch auf Naturalrestitution bloss geringe Bedeutung zu (zu den Gründen vgl. *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1135). In Nr. 502 und Anm. 609 finden sich Beispiele, in denen der erlangte Vermögensvorteil in natura herauszugeben

möglich wird; «eine Rückerstattungspflicht kann» diesfalls «nur so weit bestehen, als an Stelle des nicht mehr vorhandenen» Vermögensvorteils «ein anderer Wert (ein **Surrogat**) getreten ist»⁶⁰⁵.

501 Unmöglich ist die Leistung einmal dann, wenn sie von einem beliebigen Schuldner nicht erbracht werden könnte (objektive Leistungsunmöglichkeit). Ist die Leistung zwar dem in Frage stehenden Schuldner, nicht aber schlechthin unmöglich (sog. Unvermögen des Schuldners), so ist zu unterscheiden: (Subjektive) Unmöglichkeit ist gegeben, wenn ein Urteil auf Erfüllung der Bereicherungsforderung nicht *real* (allenfalls durch Ersatzvornahme) vollstreckt werden könnte, wenn mit andern Worten die geschuldete Leistung auf dem Wege der Zwangsvollstreckung nicht in natura erzwingbar ist⁶⁰⁶. Ist Erzwingbarkeit der Leistung gegeben, liegt keine Leistungsunmöglichkeit vor.

502 Beispiel: A und B schliessen einen Tauschvertrag, in welchem sich A zur Lieferung eines Pferdes, B zur Lieferung einer Kuh verpflichtet. A liefert das Pferd; B kann nicht liefern, weil die Kuh nachträglich durch Zufall untergegangen ist. B, der von seiner Leistung nach Art. 119 Abs. 1 OR frei geworden ist, hat das ihm von A zu Eigentum übertragene Pferd aus ungerechtfertigter Bereicherung rückzübergeben (Art. 119 Abs. 2 OR). Wird nun das Pferd dem B von einem unbekannten Dieb gestohlen, so liegt Leistungsunmöglichkeit vor, denn die Realvollstreckung eines allfälligen Leistungsurteils (Beschaffung des Pferds beim Dieb) würde unüberwindliche Schwierigkeiten schaffen⁶⁰⁷. B hat daher nur mehr ein allfälliges Surrogat herauszugeben (z. B. einen Anspruch auf Versicherungsleistung, Nr. 540)⁶⁰⁸. Das gilt sowohl bei Gut- wie auch bei Bösgläubigkeit des B (vgl. Nr. 496 i. V. m. Nr. 498). Anderes gälte im Fall, da B das Pferd verkauft (es ihm nicht gestohlen wird). Im Verkauf wäre eine willentliche Bereicherungsentäusserung zu sehen. Demgemäss würde dem B bei Bösgläubigkeit die Entreichereinrede nicht offenstehen; er könnte also im Falle der Leistungsunmöglichkeit⁶⁰⁹ den A nicht mit einem Surrogat abfinden⁶¹⁰ (Nr. 507, 525).

ist; ferner: Nach herrschender Lehre ist der Rückerstattungsanspruch aus Art. 109 OR ein Bereicherungsanspruch, der, soweit möglich, auf Herausgabe des Geleisteten in natura geht (Nachweise bei *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 1185; die betreffenden Autoren selbst sind anderer Ansicht; Nr. 1187).

605 v. *Tuhr/Peter*, S. 503. – Bei teilweiser Leistungsunmöglichkeit ist die Leistung, soweit möglich, zu erbringen und zusätzlich ein allfälliges Surrogat (z. B. ein Anspruch auf Versicherungsleistung, Nr. 540) herauszugeben. Entsprechendes gilt bei Verschlechterung oder Wertverminderung des Bereicherungsgegenstandes.

606 Vgl. *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 1869; SJZ 1983, S. 161.

607 Vgl. *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 1871.

608 Weiteres Beispiel: Wenn jemand (A) rechtsgrundlos eine Forderung zediert erhält, so hat er diese – sofern man die Zession abstrakt versteht – aus ungerechtfertigter Bereicherung an den Zedenten (B) rückzuzedieren. Zediert er sie stattdessen einem Dritten weiter, so besteht (subjektive) Leistungsunmöglichkeit. A hat daher, sofern er gutgläubig ist, nur mehr ein allfälliges Surrogat (z. B. den Veräusserungserlös beim Forderungsverkauf) herauszugeben. (Bei bösgläubiger Weiterzession kann sich A nicht durch eine Surrogatsleistung befreien, da in der Weiterzession eine Bereicherungsentäusserung zu erblicken ist: vgl. Nr. 495 und 517 ff.)

609 Solche liegt vor, wenn der Käufer das Pferd gestützt auf Art. 933 ZGB zu Eigentum erwirbt.

610 A. A. wohl *Keller/Schaukelberger*, S. 79.

2. **Abgesehen vom Fall der Leistungsunmöglichkeit** bleibt die Pflicht, den rechtsgrundlos erlangten Vermögensvorteil in natura herauszugeben, bestehen. Der Gläubiger kann nach **Art. 103ff. OR** vorgehen und seine Forderung allenfalls nach kantonalem **Zwangsvollstreckungsrecht** durchsetzen. Er ist nicht gehalten, sich mit einem Surrogat anstelle des ursprünglichen Bereicherungsgegenstandes abzufinden. Das gilt auch dann, wenn der Bereicherte den Besitz am ursprünglich erlangten Vermögensvorteil verloren hat⁶¹¹, sofern nur keine Leistungsunmöglichkeit eingetreten ist.

Zur Illustration sei auf das in Nr. 502 gemachte Beispiel zurückgegriffen: Nehmen wir an, das Pferd werde dem B nicht gestohlen, sondern B verkauft es dem C. Wenn sich B ein Rückkaufsrecht vorbehält, so ist die Erfüllung der Bereicherungsforderung nicht unmöglich, B ist daher nach wie vor zur Rückübereignung des Pferdes verpflichtet. Er hat also das Rückkaufsrecht auszuüben und das Pferd dem B zurückzugeben. Er kann sich nicht damit begnügen, dem A im Sinne einer Surrogatsleistung den Verkaufserlös herauszugeben und die Möglichkeit einzuräumen, das Rückkaufsrecht selbst auszuüben, um so in den Besitz des Pferdes zu gelangen. Das Gesagte gilt bei Gutgläubigkeit des Bereicherten; bei Bösgläubigkeit liegt der nachstehend unter B/b behandelte Ausnahmefallbestand (bösgläubige Bereicherungsentäusserung) vor, so dass die Befreiung durch Surrogatsleistung ohnehin entfällt (vgl. Nr. 507, 525).

3. Art. 64 OR schliesst nicht aus, dass der Bereicherte, dessen Bereicherungsschuld untergeht oder sich in eine Pflicht zu einer Surrogatsleistung umwandelt, dem Bereicherungsgläubiger nach **Art. 97ff. OR** haftbar wird. Der allenfalls zu ersetzende Schaden besteht in der Vermögenseinbusse, die der Bereicherungsgläubiger dadurch erleidet, dass er anstelle des ursprünglichen Bereicherungsgegenstands nur ein Surrogat oder nicht einmal ein solches erhält. Zu beachten sind zwei Punkte:

- Eine Haftung des *gutgläubig* Bereicherten fällt ausser Betracht, «denn ein Verschulden im Sinne des Art. 97 OR ist durch seinen guten Glauben ausgeschlossen»⁶¹².
- Hat der *bösgläubig* Bereicherte die Leistungsunmöglichkeit *vorsätzlich* bewirkt, so hat er sich «der Bereicherung» im Sinne des Art. 64 OR «entäussert» (Nr. 519). Die Entreichereungseinrede steht ihm daher nicht zu. Dementsprechend haftet er nach Art. 97ff. OR, ohne dass er sich von seiner Schadenersatzpflicht ganz oder teilweise durch eine Surrogatsleistung befreien könnte.

⁶¹¹ Vgl. demgegenüber Bussy, S. 137.

⁶¹² v. Tuhr/Peter, S. 503. – Die Leistungsunmöglichkeit wirkt sich für den gutgläubigen Bereicherungsschuldner ähnlich aus wie für einen «normalen» Schuldner, den an der Unmöglichkeit kein Verschulden trifft: Ein solcher wird nach Art. 119 OR von seiner Verbindlichkeit befreit und hat nur mehr ein allfälliges Surrogat herauszugeben (z. B. Oser/Schönenberger, N 14 zu Art. 119 OR).

Dies im Unterschied zum Tatbestand, da der bösgläubig Bereicherte *fahrlässig* Leistungsunmöglichkeit bewirkt hat: Eine Bereicherungsentäusserung liegt diesfalls nicht vor, weshalb sich die Bereicherungsforderung allenfalls in eine Forderung auf Herausgabe eines Surrogats umwandelt; der Bereicherte hat dann höchstens noch den durch das Surrogat nicht gedeckten Schaden des Forderungsberechtigten auszugleichen.

- 508 Ist der Bereicherte im Verzug, so haftet er nach Massgabe des Art. 103 OR auch für zufällige (nicht verschuldete) Leistungsunmöglichkeit. Zu diesem Fall siehe Nr. 513.

b) Entreichung durch Vermögensnachteile im Zusammenhang mit der Bereicherung

- 509 Erleidet der Bereicherte in rechtserheblichem Zusammenhang (dazu Nr. 550ff.) mit der Bereicherung Vermögensnachteile, so wird die Bereicherungsforderung um die betreffenden Nachteile beschränkt, und zwar in folgender Weise: Geht die Bereicherungsforderung auf *Naturalrestitution*, so hat der Bereicherungsgläubiger die Vermögensnachteile – Zug um Zug – in Geld zu vergüten; geht hingegen die Bereicherungsforderung, wie regelmässig, auf eine *Geldleistung*, so hat er nur einen um die Vermögensnachteile reduzierten Betrag zugute (Einzelheiten in Nr. 553ff.).
- 510 Beispiel: A hat dem B aus ungerechtfertigter Bereicherung das Pferd «Equus» herauszugeben (vgl. den Beispielsfall in Nr. 502). Dieses leidet an einer ansteckenden Krankheit, welche es auf das dem A gehörige Pferd «Hippus» überträgt. Stirbt «Hippus» an der Krankheit, so muß A «Equus» nur gegen gleichzeitigen Ersatz des Schadens, den er durch den Tod von »Hippus« erleidet⁶¹³, herausgeben.
- 511 Wie jede Entreichung beschränkt auch eine Entreichung durch Vermögensnachteile im Zusammenhang mit der Bereicherung die Bereicherungsforderung nicht generell. Zu den Ausnahmen siehe gleich nachstehend B.

B. Ausnahmen

- 512 Der Grundsatz, wonach eine Entreichung des Bereicherten die Bereicherungsforderung beschränkt, erleidet zwei Ausnahmen. Beide wurden schon vorne in Nr. 497f. erwähnt. Nachstehend bleiben Einzelheiten darzustellen:

⁶¹³ Dass ein solcher Schaden die Bereicherungsforderung beschränkt, scheint für das schweizerische Recht – zumal bei Gutgläubigkeit des Bereicherten – unbestritten (statt vieler: *Bucher*, S. 635; v. *Tuhri*/Peter, S. 506 lit. b; *Bussy*, S. 122f.; aus der Rechtsprechung: BGE 64 II 131). Vgl. demgegenüber zum deutschen Recht: *Heimann-Trostien*, RGRK, N 50 zu § 818 BGB einerseits; *Larenz*, SchR B.T., S. 577f. (mit weiteren Nachweisen in Anm. 1 auf S. 578) andererseits.

a) *Entreichung nach der «Zeit der Rückforderung»*

1. Eine Entreichung ist nach Art. 64 OR nur insoweit erheblich, als sie bis «zur Zeit der Rückforderung» erfolgt⁶¹⁴. Ab diesem Zeitpunkt ist die Bereicherungsschuld wie eine ganz «normale» Schuld zu behandeln. Entreicherungen vermögen daher auf die Bereicherungsschuld nur mehr nach den allgemeinen Grundsätzen (Art. 97 ff., 119 OR) einzuwirken. Zu beachten ist, dass der Bereicherungsschuldner durch die Rückforderung in *Verzug* gesetzt wird⁶¹⁵, was unter den Voraussetzungen des Art. 103 OR Haftung für Zufall mit sich bringt; vgl. BGE 106 II 41, in welchem Entscheid das Bundesgericht den Bereicherten für zufällige Wertvermindierungen, die der Bereicherungsgegenstand nach dem Zeitpunkt der Rückforderung erlitten hatte, haftbar machte.

Mit der «Rückforderung» meint Art. 64 OR *jede beliebige Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs*. Das ist die heute herrschende (zutreffende) Lehre⁶¹⁶, wogegen nach einer älteren Lehrmeinung⁶¹⁷ nur eine prozessuale Geltendmachung der Bereicherungsforderung genügen soll.

Eine *nach* der «Rückforderung» eintretende Entreichung verschafft die Entreichungseinrede auch dann nicht, wenn sich der Bereicherte in (berechtigtem) gutem Glauben befindet. Dass allerdings der (berechtigte) gute Glaube trotz der «Rückforderung» bestehen bleibt, dürfte selten sein⁶¹⁸. Denn die «Rückforderung» hat in aller Regel zumindest zur Folge, dass dem Bereicherten hinsichtlich der Berechtigung der Bereicherung Zweifel kommen oder kommen müssten. Dann aber ist er nicht mehr gutgläubig bzw. ist sein guter Glaube dann nicht mehr berechtigt (Nr. 520f.).

2. Die «Zeit der Rückforderung» ist nur massgeblich für die Frage, ob eine Entreichung die Bereicherungsforderung nach Massgabe des Art. 64 OR *beschränkt*. «Nach oben» wird hingegen die Bereicherungsforderung im fraglichen Zeitpunkt nicht fixiert⁶¹⁹. Auch eine *nach* der «Rückforderung» eintretende Bereicherung (Bereicherungsvergrösserung) ist herauszugeben⁶²⁰, so namentlich aus

⁶¹⁴ Zu einer Ausnahme siehe Nr. 529 i.V.m. Anm 636.

⁶¹⁵ Auch der bösgläubig Bereicherte wird erst durch die Geltendmachung der Bereicherungsforderung in Verzug gesetzt; der böse Glaube als solcher bewirkt keinen Verzug (Bussy, S. 139).

⁶¹⁶ Engel, S. 406; Aebli L., Die ungerechtfertigte Bereicherung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1912, S. 47 Anm. 1; Oser/Schönenberger, N 9 zu Art. 64 OR; Becker, N 3 zu Art. 64 OR; v. Tuhr/Peter, S. 511; im Ergebnis ebenso auch Fick/Morlot, N 12 zu Art. 64 OR; Bucher, S. 631; Gauch/Schluelp/Jäggi, Nr. 1139; vgl. auch BGE 87 II 142 und dazu Gauch/Schluelp/Jäggi, a.a.O.

⁶¹⁷ Martin, S. 107; Rossel, S. 122.

⁶¹⁸ Möglich ist es aber immerhin (vgl. BGE 54 II 248 in bezug auf Art. 938 ZGB).

⁶¹⁹ Keller/Schaufelberger, S. 81. Anders hingegen Bussy, S. 113.

⁶²⁰ Anderes kann – entgegen Keller/Schaufelberger, S. 81 – auch nicht aus BGE 106 II 41 E. 4 abgeleitet werden. Zwar sind die Formulierungen dieses Entscheids zum Teil zu allgemein («L'art. 64 CO oblige le défendeur à restituer la valeur de son enrichissement

dem Bereicherungsgegenstand gezogene Nutzungen, soweit diese überhaupt der Bereicherungshaftung unterliegen (dazu hinten Nr. 586ff.). Alle Bereicherungsvergrößerungen bis zur Erfüllung der Bereicherungsschuld sind herauszugeben⁶²¹. Im *Bereicherungsprozess* können hingegen Bereicherungsvergrößerungen grundsätzlich nur «bis zu jenem Zeitpunkt» berücksichtigt werden, «in dem nach kantonalem Prozessrecht der Kläger letztmals neue Fakten behaupten kann»⁶²². Nachher eintretende Vergrößerungen sind separat geltend zu machen, es sei denn, sie liessen sich im Prozess schon mit genügender Sicherheit voraussehen. Diesfalls können die Grundsätze betr. die Geltendmachung eines künftigen Schadens⁶²³ sinngemäss herangezogen werden.

b) Bösgläubige Bereicherungsentäusserung

- 517 Auch abgesehen von dem eben unter a) behandelten Tatbestand ist die Entreichereinrede (Nr. 495) nicht bei jeder Entreichering gegeben. Der Wortlaut des Art. 64 OR lässt insoweit keinen Zweifel (Nr. 495). Die Voraussetzungen, unter denen die Einrede nicht Platz greift, sind allerdings umstritten. Die verschiedenen Auffassungen werden unter cc) in Nr. 531ff. aufgezeigt. Zuvor lege ich nun unter aa) und bb) meinen eigenen Standpunkt dar.

aa) Die in Art. 64 OR enthaltene Einschränkung: Auslegung der Bestimmung

- 518 Art. 64 OR hält in seinem ersten Satzteil den Grundsatz fest, dass Entreicheringen die Bereicherungsforderung beschränken. Im zweiten Satzteil wird der Grundsatz eingeschränkt für den Fall, dass sich der Bereicherte «der Bereicherung entäusserte und hiebei nicht in gutem Glauben war oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste». Die Möglichkeit des Bereicherten, die Entreichering dem Forderungsberechtigten gegenüber einzuwenden, entfällt somit, wenn zwei Voraussetzungen gegeben sind:
- 519 1. Die **erste Voraussetzung**: Der Bereicherte muss sich der Bereicherung entäussert haben. Das ist der Fall, wenn er die Entreichering **willentlich** (BGE 45 II 452: «volontairement») herbeigeführt hat⁶²⁴. Das Willenserfordernis war im aOR noch deutlicher zum Ausdruck gekommen. Der dem Art. 64 OR entsprechende Art. 73 aOR hatte nämlich vorgesehen, dem Bereicherten schade nur eine «böswillige»

au moment de la répétition.») In casu stand indessen nur zur Diskussion, bis zu welchem Zeitpunkt Bereicherungsverminderungen Berücksichtigung finden können; nur in dieser Hinsicht sollten daher Schlussfolgerungen gezogen werden in bezug auf die bundesgerichtliche Auffassung zur Bereicherungshaftung.

621 Keller/Schäufelberger, S. 81.

622 Bucher, S. 631 Anm. 123.

623 Dazu Otfinger I, S. 172f.

624 Ebenso Bussy, S. 137.

Entäusserung der Bereicherung: Im Wort «böswillig» ist das Willensmoment unmittelbar beinhaltet.

2. Die **zweite Voraussetzung**: Der Bereicherte hat sich der Bereicherung «nicht im guten Glauben», also **bösgläubig**⁶²⁵, entäussert⁶²⁶. Böser Glaube liegt in zwei Fällen vor: wenn der Bereicherte (bei Bereicherungsentäusserung) weiss, dass die Bereicherung ungerechtfertigt ist; sodann, wenn er die Berechtigung der Bereicherung für fraglich (zweifelhaft) hält.

War der Bereicherte (bei Bereicherungsentäusserung) zwar gutgläubig, hätte er jedoch bei Aufwendung der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit nicht gutgläubig sein dürfen, so ist er wie ein bösgläubig Bereicherter zu behandeln. Dasselbe gilt, wenn der Bereicherte (bei Bereicherungsentäusserung) «mit der Rückerstattung rechnen musste» (oder tatsächlich rechnete!).

«Mit der Rückerstattung rechnen» muss der Bereicherte, wenn die Bereicherung zwar gerechtfertigt ist, jedoch die Gefahr besteht, dass sie nachträglich ungerechtfertigt wird. Beim Erwerb aus künftigem Rechtsgrund ist mit der Rückerstattung zu rechnen, bis sich der Rechtsgrund verwirklicht hat⁶²⁷; denn solange der Rechtsgrund nicht eingetreten ist, steht nicht fest, ob die Bereicherung definitiv berechtigt ist oder nur vorübergehend. «Bei sonstigem Erwerb» muss mit der Rückerstattung gerechnet werden, «sobald die Möglichkeit des Wegfalls des Rechtsgrunds dem Bereicherten bekannt wird»^{628, 629}.

In BGE 82 II 430ff., der einen Erwerb aus künftigem Rechtsgrund betraf, stellte das Bundesgericht vorerst in Übereinstimmung mit dem Gesagten fest, der Bereicherte habe «solange mit der Rückerstattung ... rechnen müssen, als der Grund der Zuwendung nicht verwirklicht war» (S. 437). «Die Einwendung des Beklagten, er

⁶²⁵ Im französischen Text des Art. 64 OR ist ausdrücklich von bösem Glauben («mauvaise foi») die Rede, ebenso im italienischen («mala fede»).

⁶²⁶ Nach *Bucher*, S. 636, ist «die Entreicherungseinrede ... nicht nur verwirkt, wenn der Bereicherte selber diese im Sinne von OR 64 bösgläubig ausgelöst hat, sondern auch, wenn die Entreicherung in seinem Bereich (seiner Familie, seinem Betrieb usw.) bewirkt worden ist ... In diesem Sinne unhaltbar BGE 45 II 451, wo dem Bereicherten die Entreicherungseinrede aufgrund der Tatsache zugebilligt wurde, dass der von ihm bevollmächtigte und mit der Abwicklung des sich als nichtig erweisenden Vertrages betraute Notar eine für Rechnung des Bereicherten bestimmte Zahlung veruntreut hatte.» Gebilligt wird der von *Bucher* kritisierte BGE 45 II 451 von *Merz/Kummer*, SJK Karte Nr. 1039, S. 3.

⁶²⁷ Vgl. v. *Tuhri/Peter*, S. 511, mit weiteren Hinweisen in Anm. 47; BGE 82 II 437 (zu diesem Entscheid siehe gleich nachstehend im Text).

⁶²⁸ v. *Tuhri/Peter*, S. 511; vgl. ferner *Merz/Kummer*, SJK Karte Nr. 1039, S. 3 oben; *Becker*, N 5 zu Art. 64 OR; *Koppensteiner H.-G.*, NJW 1971, S. 589 rechte Spalte.

⁶²⁹ Die Wendung «mit der Rückerstattung rechnen musste» hat nichts mit Art. 3 Abs. 2 ZGB zu tun: Sie betrifft nur Fälle, in denen die Bereicherung (noch) nicht ungerechtfertigt ist und sich deshalb die Frage nach dem (i.S. von Art. 3 Abs. 2 ZGB) berechtigten guten Glauben gar nicht stellt. Unzutreffend daher *Bussy*, S. 127; *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Nr. 1145; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 203.

sei nicht mehr bereichert und daher nicht zur Rückerstattung verpflichtet», sei daher nicht zu hören (S. 436f.). Wenig später ist jedoch zu lesen, «bei der Bemessung des herauszugebenden Betrages sei darauf Bedacht zu nehmen», dass der Beklagte angenommen habe, «er dürfe die Zuwendung behalten» (S. 439). Das Bundesgericht misst also dem Umstand Bedeutung bei, dass der Bereicherte mit der Rückerstattungspflicht nicht rechnete. Das scheint mir dem Sinn des Art. 64¹ OR nicht zu entsprechen: Entscheidend ist nach dieser Bestimmung einzig, ob der Bereicherte bei Bereicherungsentäusserung mit der Rückerstattungspflicht rechnen *musste*; bejaht man dies (und das hat das Bundesgericht, wie erwähnt, getan), so kommt nichts darauf an, ob der Bereicherte mit der Rückerstattungspflicht rechnete oder nicht⁶³⁰.

bb) Konsequenzen

524 Entreichert sich der Bereicherte willentlich und in bösem Glauben, so gilt entsprechend, was vorne in Nr. 513 betr. die Entreicherung nach der «Zeit der Rückforderung» gesagt wurde: Die Bereicherungsschuld ist wie eine ganze «normale» Schuld zu behandeln. Daraus folgt:

525 1. Besteht die Entreicherung darin, dass der Bereicherte (willentlich und in bösem Glauben) **Leistungsunmöglichkeit** herbeiführt⁶³¹, so geht die Bereicherungsforderung unter. Das freilich nicht ersatzlos: An ihre Stelle tritt eine Schadenersatzforderung nach Art. 97ff. OR, denn in der bösgläubigen willentlichen Herbeiführung der Leistungsunmöglichkeit ist eine schuldhafte Verletzung der Bereicherungsforderung zu sehen. Der Bereicherungsgläubiger muss sich – anders, als wenn die Leistungsunmöglichkeit nicht auf dem Willen des Bereicherten beruht, oder zwar willentlich, aber in gutem Glauben herbeigeführt wurde – nicht mit einem allfälligen Surrogat, evtl. verbunden mit einer Schadenersatzleistung nach Art. 97ff. OR, zufriedengeben⁶³².

526 Ein Teil der deutschen Lehre nimmt (in bezug auf das deutsche Recht) an, neben dem durch die Leistungsunmöglichkeit begründeten Schadenersatzanspruch bleibe ein rein bereicherungs- (nicht schadenersatz-)rechtlicher *Wertersatzanspruch* bestehen; der Bereicherungsgläubiger habe die Wahl, welchen Anspruch er geltend machen wolle⁶³³. Diese (deutsche) Auffassung auf das schweizerische Recht zu

⁶³⁰ Merz hält «die Anwendung der Bereicherungsregeln in BGE 82 II 430» für unzutreffend (Guhl/Merz/Kummer, S. 198; ZBJV 1958, S. 76ff.). Darüber hinaus sei der Entscheid «insofern inkonsequent, als er die Gutgläubigkeit des Bereicherten auf S. 437 verneint und auf S. 439 bejaht» (Guhl/Merz/Kummer, S. 204).

⁶³¹ Der Bereicherte erlässt beispielsweise die Forderung, die ihm zu Unrecht zediert wurde, so dass er sie nicht mehr an den Zedenten und Bereicherungsgläubiger rückzedieren kann. Oder er zerstört die nach Art. 119 Abs. 2 OR herauszugebende Sache.

⁶³² Anders wohl Keller/Schaufelberger, S. 79f.

⁶³³ Z.B. Fikentscher W., Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin 1976, S. 613; Canaris, JZ 1971, S. 562 linke Spalte lit. e; demgegenüber vertritt z.B. Jakobs H. H., Eingriffserwerb und

übertragen, scheint mir nicht angängig; aus folgenden Gründen: Ein bereicherungsrechtlicher Wertersatzanspruch könnte unter Umständen über den Schadenersatzanspruch hinausgehen; das nur schon deshalb, weil der Wertersatzanspruch im Unterschied zum Schadenersatzanspruch nicht den Beschränkungen unterliegen würde, die sich aus den Art. 43f. OR ergeben können. Der bösgläubige Bereicherte würde also womöglich strenger haften als ein «normaler» Schuldner, der bei Leistungsunmöglichkeit anerkanntermassen höchstens Schadenersatz zu leisten, nicht jedoch die unmöglich gewordene Leistung eo ipso wertmässig auszugleichen hat. Eine solche Benachteiligung des Bereicherungsschuldners wäre mit dem Zweck des Art. 64 OR nicht vereinbar, denn diese Bestimmung ist ersichtlich (nur) auf eine *Begünstigung* des Bereicherten (Einräumung der Entreichereinrede, vgl. auch Anm. 646) gerichtet⁶³⁴.

2. Fügt sich der Bereicherte willentlich und in bösem Glauben **Vermögensnachteile** zu, so wird dadurch die Bereicherungsforderung – entgegen der Regel (Nr. 509) – nicht beschränkt. 527

Beispiel: A erhält von einer Lotterie irrtümlicherweise einen Gewinn von Fr. 1000.– ausgeschüttet. Aus Freude hierüber unternimmt A eine Reise, die er ohne den vermeintlichen Gewinn nicht unternommen hätte. In der Folge wird A unter dem Titel ungerechtfertigter Bereicherung auf die Herausgabe von Fr. 1000.– belangt. Auf diesen Betrag kann A seine Reisekosten von Fr. 300.– nicht zur Anrechnung bringen, wenn er bereits bei Gewinnausschüttung wusste oder ahnte (wissen oder ahnen musste), dass er keinen Gewinn zugute hatte: A schuldet trotz der Reise Fr. 1000.–. 528

Der Satz, dass willentlich und in bösem Glauben geschaffene Vermögensnachteile die Bereicherungsforderung nicht beschränken, gilt allerdings *nicht ausnahmslos*⁶³⁵. Eine Einschränkung ergibt sich aus der Überlegung, dass der vorerst gut- 529

Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn 1964, S. 146, die Auffassung, Bösgläubigkeit bewirke lediglich den Übergang zur Schadenersatzhaftung.

⁶³⁴ Dies wird freilich zum Teil verkannt, so etwa vom Bundesgericht in BGE 45 II 452, wo es von einer «responsabilité spéciale édictée par l'art. 64 contre celui qui s'est volontairement défilé de l'objet de la restitution, sachant qu'il pourrait avoir à la rendre» spricht. In Wirklichkeit statuiert Art. 64 OR keine spezielle Haftung des Schuldners, sondern sieht lediglich eine Milderung der Haftung gegenüber den allgemeinen Grundsätzen vor. Zumindest missverständlich auch *Becker*, N 7 zu Art. 64 OR.

⁶³⁵ Im vorliegenden Zusammenhang ist auch Art. 65 OR zu beachten. Nach dieser Bestimmung hat der Bereicherte Anspruch auf Ersatz gewisser Verwendungen, die er auf den Bereicherungsgegenstand gemacht hat (Nr. 563 ff.). Verwendungen sind willentlich geschaffene Vermögensnachteile. Nun beschränken zwar Verwendungen die Bereicherungsforderung nicht unmittelbar, doch kann der Bereicherte dieses Ergebnis unter Umständen mittelbar herbeiführen:

Geht der Anspruch auf Verwendungsersatz, wie regelmässig, auf eine Geldleistung, so kann er mit der Bereicherungsforderung verrechnen, sofern auch diese, wie regelmässig, eine Geldforderung ist. Erklärt er die Verrechnung, so besteht die Bereicherungsforderung nur mehr in der Differenz zwischen der ursprünglichen Forderung und den

gläubig Bereicherte, dessen guter Glaube erst nach dem rechtsgrundlosen Bereicherungsvorgang wegfällt, billigerweise nicht für *Kosten* haften darf, *die im Zusammenhang mit der Herausgabe der Bereicherung entstehen*⁶³⁶.

- 530 Beispiel: A ist ungerechtfertigt, jedoch gutgläubig um eine Forderung bereichert⁶³⁷. Zieht er die Forderung ein, und das mit befreiender Wirkung für den Schuldner, so hat er dem ehemaligen Gläubiger (B) den Forderungsbetrag als Surrogat herauszugeben. Es handelt sich um eine Bringschuld (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR). A trägt daher auch die Kosten der Rückerstattung. Diese soll er jedoch auf die Bereicherungsschuld anrechnen können, wenn er – wie hier unterstellt – im Zeitpunkt des Forderungserwerbs gutgläubig war und erst nachträglich (z. B. infolge Geltendmachung der Bereicherungsforderung durch B) bösgläubig wurde⁶³⁸.

cc) Abweichende Lehrmeinungen

- 531 1. Nach der in der Lehre herrschenden Auffassung kann sich nur der **gutgläubig Bereicherte** darauf berufen, im Sinne des Art. 64 OR «nicht mehr bereichert» zu sein⁶³⁹. Demgegenüber soll diese Möglichkeit dem bösgläubig Bereicherten nie

(ersatzfähigen) Verwendungen; die Forderung ist dann ebenso beschränkt, wie wenn sie von Anfang an (nach Art. 64 OR) beschränkt gewesen wäre. Geht die Bereicherungsforderung (ausnahmsweise) nicht auf eine Geldleistung, so hat der Bereicherte zur Durchsetzung seines Anspruchs auf Verwendungsersatz ein Retentionsrecht (Nr. 580). Dieses erlaubt ihm, die Erfüllung der Bereicherungsforderung vom Ersatz der Verwendungen abhängig zu machen. Übt er das Retentionsrecht aus, so ist er im Ergebnis wiederum gleich gestellt, wie wenn die Bereicherungsforderung in Höhe des Verwendungsersatzes von Anfang an beschränkt gewesen wäre. Dasselbe gilt, wenn der Anspruch auf Verwendungsersatz (ausnahmsweise) nicht auf eine Geldleistung geht.

- 636 Die Haftung entfällt auch dann, wenn die Bereicherung erst nach der «Rückforderung» (Art. 64 OR) herausgegeben wird. Darin liegt eine Einschränkung des Grundsatzes (Nr. 513), dass eine Entreichung nach Art. 64 OR nur insoweit erheblich ist, als sie bis «zur Zeit der Rückforderung» erfolgt.

- 637 Zu einem solchen Tatbestand siehe Anm. 608, ferner *Schönle*, SJZ 1983, S. 61; BGE 45 II 453 Dispositiv; ZR 1934, S. 330.

- 638 Wenn in der Lehre gesagt wird, der *gutgläubig* Bereicherte dürfe nicht mit Kosten der Rückerstattung belastet werden (so z. B. *v. Tuhr/Peter*, S. 509; *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1141; *Oser/Schönenberger*, N 9 zu Art. 65 OR; *Keller/Schauvelberger*, S. 87), so ist damit immer gemeint, dem *bei Bereicherungsempfang* Gutgläubigen dürften solche Kosten nicht überbunden werden. Wäre gemeint, nur der (berechtigte) gute Glaube bei der Rückerstattung erlaube den Abzug, so käme dieser praktisch nie in Frage. Denn wer eine Bereicherung zurückgibt, der weiss in aller Regel um deren Rechtsgrundlosigkeit oder müsste zumindest darum wissen; er ist also bösgläubig oder er ist zwar gutgläubig, aber der gute Glaube ist nicht berechtigt. – Auch für das deutsche Recht wird weitgehend anerkannt, dass Rückerstattungskosten die Bereicherungsforderung beschränken (z. B. *Flessner A.*, Wegfall der Bereicherung, Berlin/Tübingen 1970, S. 20 unten/21; *Heimann-Trosien*, RGRK, N 23 zu § 818 BGB, mit einer auch für das schweizerische Recht beachtenswerten Begründung und Hinweis auf RG JW 32, S. 1724; siehe ferner die Literaturhinweise bei *Rengier*, AcP 1977, S. 437 Anm. 101); gegenteiliger Auffassung ist z. B. *Rengier*, AcP 1977, S. 437 f., ferner die bei *Flessner*, a. a. O., S. 21 Anm. 98, zitierte Literatur und Judikatur.

- 639 So z. B. *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1139; *v. Tuhr/Peter*, S. 510 unten/511; *Oser/Schönen-*

offenstehen, auf welchen Gründen eine Entreichung auch immer beruhe⁶⁴⁰. Indes sieht Art. 64 OR klarerweise vor, dass die Entreichungseinrede dem Bereicherten grundsätzlich unabhängig von seinem guten oder bösen Glauben zusteht. Anderes gilt nur, wenn eine Entreichung als Bereicherungsentäusserung aufzufassen ist; in diesem Fall ist der bösgläubig Bereicherte von der Berufung auf Art. 64 OR ausgeschlossen. Die herrschende Lehre wäre demnach höchstens dann zu billigen, wenn jede Entreichung als Bereicherungsentäusserung aufgefasst werden könnte. Das scheint mir jedoch auslegungsmässig nicht haltbar⁶⁴¹; aus zwei Gründen: Einmal, weil Bereicherungsentäusserung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch (nur) einen willentlichen Akt, eine *willentliche* Entreichung bedeutet. Zum zweiten, weil sich der allgemeine Sprachgebrauch mit demjenigen des aOR deckt (Nr. 519) und sich in der Entstehungsgeschichte des Art. 64 OR keine Anhaltspunkte finden, dass vom Sprachgebrauch des aOR abgewichen werden wollte.

2. Die Vertreter der herrschenden Lehre sind sich bloss darin einig, dass eine 532
Berufung auf Art. 64 OR nur dem gutgläubig Bereicherten offensteht. In Einzelpunkten, welche die Rechtsstellung des bösgläubig Bereicherten betreffen, bestehen hingegen unterschiedliche Auffassungen.

Das gilt vorab hinsichtlich der Rechtslage bei **zufälligem Untergang** eines in 533
natura herauszugebenden Vermögensvorteils: *Bussy*⁶⁴² und *v. Tuhr/Peter*⁶⁴³ nehmen an, auch der bösgläubig Bereicherte werde diesfalls von der Bereicherungshaftung befreit. Das gestützt auf Art. 119 OR, nicht Art. 64 OR⁶⁴⁴. Demgegenüber hält *Bucher*⁶⁴⁵ «u. U.» eine Zufallshaftung des bösgläubig Bereicherten für gerechtfertigt; so «insbesondere bei Fällen der Eingriffskondition ... und wenn der

berger, N 7 zu Art. 64 OR; *Keller/Schäufelberger*, S. 85; *Guhl/Merz/Kummer*, S. 203. Anders hingegen *Haab* (*Haab/Simonius/Scherrer/Zobl*, N 19 zu Art. 714 ZGB): Auch der bösgläubig Bereicherte habe «unter Vorbehalt von OR. 64» nur die noch vorhandene Bereicherung herauszugeben. *Haabs* Ausführungen können nur dahin verstanden werden, auch der bösgläubig Bereicherte könne sich auf Art. 64 OR berufen, soweit nicht ein Fall der Bereicherungsentäusserung (eine solche ist mit dem «Vorbehalt von OR. 64» gemeint) vorliegt.

640 Eine Ausnahme wird lediglich für den Fall anerkannt, dass dem Bereicherten die Herausgabe der Bereicherung Kosten verursacht. Solche Kosten sollen die Bereicherungsforderung auch bei Bösgläubigkeit des Bereicherten beschränken, sofern dieser ursprünglich gutgläubig war (Anm. 638).

641 Vgl. demgegenüber *Keller/Schäufelberger*, S. 85: «Unter *Entäusserung* ist dabei jede Handlung des Bereicherten zu verstehen, durch die der Umfang bzw. der Wert der Bereicherung gemindert wird.»

642 S. 137.

643 S. 511.

644 M.E. wird der bösgläubig Bereicherte nach Art. 64 OR frei, da der zufällige Untergang des Bereicherungsgegenstandes keine Bereicherungsentäusserung darstellt (vgl. Nr. 502 a.E.).

645 S. 634.

Bereicherte Möglichkeit und Anlass zur Rückerstattung hätte». In diesen Fällen hatte der bösgläubig Bereicherte für den «Ersatzwert» des untergegangenen Vermögensvorteils, dessen Herausgabe unmöglich geworden ist⁶⁴⁶. Nach *Oser/Schönenberger*⁶⁴⁷ und *Martin*⁶⁴⁸ «konzentriert sich der Rückforderungsbetrag auf den ... Wert», den die Bereicherung im Zeitpunkt, in dem der Bereicherte bösgläubig wird, hat. «Nachherige Verminderung fällt bei Berechnung des Umfangs der Rückleistung nicht mehr in Betracht.»⁶⁴⁹ Die Rechtslage bei zufälliger Leistungsunmöglichkeit behandeln die zitierten Autoren nicht ausdrücklich. Doch scheinen sie der Auffassung zu sein, der bösgläubig Bereicherte hafte in jedem Fall auf Wertersatz, also auch bei zufälliger Leistungsunmöglichkeit⁶⁵⁰. *Gauch/Schluep/Jäggi* behandeln den Tatbestand zufälliger Leistungsunmöglichkeit nicht. Immer-

⁶⁴⁶ Eine (bereicherungsrechtliche) Unfallhaftung des bösgläubig Bereicherten scheint mir keinesfalls am Platze: Wenn man dem bösgläubig Bereicherten schon die Berufung auf Art. 64 OR versagt, so darf man ihn auf jeden Fall nicht schlechter stellen als andere Schuldner (vgl. Nr. 526). Eine Unfallhaftung muss daher ausgeschlossen sein (Art. 119 OR) bzw. darf nur in den Fällen angenommen werden, in denen das Gesetz eine Unfallhaftung für Schulden beliebiger Art anordnet. Soweit aber das Gesetz – wie z. B. in Art. 103 OR – eine solche Unfallhaftung anordnet, handelt es sich nicht um eine bereicherungsrechtliche Haftung, sondern um eine Schadenersatzrechtliche; das interessiert hier nicht weiter. Das Gesagte gilt auch für den Fall anfänglicher Bösgläubigkeit, für den Art. 73 aOR noch eine Unfallhaftung vorgesehen hatte. Diese Bestimmung kann nicht ins geltende Recht hineininterpretiert werden. Das Gegenteil anzunehmen, schiene mir höchstens zulässig, wenn ihr Regelungsgehalt als selbstverständlich zu betrachten wäre; das trifft aber angesichts von Art. 119 OR gerade nicht zu.

⁶⁴⁷ N 7 zu Art. 64 OR.

⁶⁴⁸ S. 108f.

⁶⁴⁹ *Oser/Schönenberger*, N 7 zu Art. 64 OR.

⁶⁵⁰ Insoweit eindeutig *Martin*. Schon der Hinweis (S. 109) auf Art. 73 aOR, der noch eine Unfallhaftung (allerdings nur für den Fall anfänglicher Bösgläubigkeit) vorgesehen hatte, lässt keinen andern Schluss zu. Dazu kommt, dass *Martin* die Ansicht vertritt, wer einen Bereicherungsgegenstand bösgläubig in Besitz behalte (nicht zurückgebe), der sei jenem gleichzustellen, der eine unerlaubte Handlung begeht (S. 108). Aus dieser Ansicht folgt, dass (nach *Martin*) der bösgläubige Bereicherte auch für Zufall haften soll. Denn wer durch Inbesitznahme einer Sache eine unerlaubte Handlung begeht, den trifft eine Unfallhaftung (vgl. weiter unten). Während aber diese Haftung auf Schadenersatz gerichtet ist, ist die von *Martin* befürwortete Unfallhaftung eine bereicherungsrechtliche: Nicht Schaden ist zu ersetzen, sondern der im Zeitpunkt des Eintritts der Bösgläubigkeit bestehende Wert der Bereicherung («la valeur de son enrichissement alors existant»). – In vorliegendem Zusammenhang sei auf das Folgende hingewiesen: Wer sich bösgläubig (rechtgrundlos) bereichert oder eine (ungerechtfertigte) Bereicherung bösgläubig nicht zurückgibt, begeht unter Umständen eine widerrechtliche Handlung (v. *Tuhr/Peter*, S. 512; *Bussy*, S. 133f.). Soweit dies zutrifft, unterliegt der Bereicherte einer Schadenersatzhaftung nach Massgabe der Art. 41 ff. OR. Er hat allen Schaden zu ersetzen, der aus der widerrechtlichen Vorenthaltung des Bereicherungsgegenstandes entsteht. Dazu gehören auch Schäden aus zufälligem Untergang des Gegenstandes, sofern dieser nicht auch beim Bereicherungsgläubiger untergegangen wäre. Die Haftung nach Art. 41 ff. OR besteht neben der bereicherungsrechtlichen (missverständlich BGE 45 II 452; ZR 1921, S. 332f.).

hin ergibt sich aus ihrer Berufung auf BGE 93 II 378⁶⁵¹, dass *zufällige Wertvermindierungen* dem Bereicherten jedenfalls bei anfänglicher Bösgläubigkeit nicht zugute kommen sollen⁶⁵².

Nicht einig ist man sich ferner in der Frage, in welchem Umfang der bösgläubig Bereicherte haftbar wird, wenn er durch **fahrlässiges Verhalten** einen in natura herauszugebenden Vermögensvorteil zerstört. Nach *v. Tuhr/Peter*⁶⁵³ und *Bussy*⁶⁵⁴ wird der bösgläubig Bereicherte in diesem Falle gemäss den Art. 97 ff. OR *schadenersatzpflichtig*. *Keller/Schaukelberger*⁶⁵⁵ bringen ebenfalls Art. 97 ff. OR zur Anwendung; doch sind sie der Meinung, der Bereicherte hafte ohne weiteres «auf den Wert der ursprünglichen Bereicherung»; mit diesem «Wert» scheint nicht der beim Bereicherungsgläubiger entstandene Schaden gemeint zu sein⁶⁵⁶. *Keller/Schaukelberger* befürworten also (anders als *v. Tuhr/Peter* und *Bussy*) keine Schadenersatz-, sondern eine *Wertersatzhaftung*. Eine solche nehmen auch *Oser/Schönenberger* und *Martin* an⁶⁵⁷. Ob nach Auffassung dieser Autoren zusätzlich zum Wertersatzan-

⁶⁵¹ *Gauch/Schluep/Jäggi*, Nr. 1145.

⁶⁵² Im zit. Entscheid führt das Bundesgericht in bereicherungsrechtlicher Hinsicht aus: «Der Beklagte war bei der Ankunft des Holzes in Koblenz um dessen Wert bereichert ... Nach dem Ausladen in Koblenz soll das Holz an Wert verloren haben. Der Beklagte will daher bei der Veräusserung Fr. 14'500.– weniger gelöst haben als den Wert zur Zeit des Ausladens. Er kann indessen nicht geltend machen, er sei nicht mehr um Fr. 26'211.80 bereichert, denn er musste von Anfang an mit der Rückerstattung des Holzes rechnen (Art. 64 OR).» Diese Begründung erweckt in verschiedener Hinsicht Bedenken (nicht beanstandet wird BGE 93 II 378 von *Merz*, ZBJV 1969, S. 33 ff.). Vorab scheint fraglich, ob überhaupt Bereicherungsrecht anwendbar war: Der Beklagte war wohl bei der Ankunft des Holzes in Koblenz nicht «um dessen Wert bereichert». Denn im fraglichen Zeitpunkt war die Klägerin noch Eigentümerin des Holzes, so dass sich ihre Ansprüche gegen den Beklagten (wohl) nach Art. 940 ZGB und nicht nach Bereicherungsrecht richteten. Der Verkauf des Holzes durch den Beklagten vermochte die Anspruchsgrundlage nicht zu verändern (vgl. *Homberger*, N 8 zu Art. 940 ZGB). Demnach hätte m. E. für die Frage, ob der Beklagte für die Wertverminderung des Holzes einzustehen hatte, Art. 940 ZGB und nicht Bereicherungsrecht herangezogen werden müssen. Die Frage, ob der Beklagte nach Art. 64 OR die Wertverminderung des Holzes geltend machen konnte, hätte sich alsdann gar nicht gestellt. – Unterstellt man die Anwendbarkeit der Bereicherungsregeln, so bleiben immer noch zwei Punkte, hinsichtlich derer der Entscheid nicht überzeugt: Zum einen war die Bereicherung – wenn schon – von allem Anfang an ungerechtfertigt, so dass der Beklagte zum vornherein nicht im Sinne von Art. 64 OR mit der Rückerstattung rechnen musste, sondern entweder gut- oder bösgläubig war (vgl. Nr. 522 und Anm. 629). Zum zweiten gehen zufällige Wertvermindierungen nach Art. 64 OR m. E. auch bei Bösgläubigkeit des Bereicherten zulasten des Bereicherungsgläubigers (vgl. Nr. 502), nicht des Bereicherten (in casu des Beklagten); so wohl auch BGE 44 II 141 unten.

⁶⁵³ S. 511.

⁶⁵⁴ S. 137.

⁶⁵⁵ S. 80.

⁶⁵⁶ Der Schaden kann grösser sein als «der Wert der ursprünglichen Bereicherung», aber auch kleiner.

⁶⁵⁷ Das folgt daraus, dass *Oser/Schönenberger* und *Martin* der Ansicht sind, der «Rückforderungsbetrag» konzentrierte sich auf den «Wert», den die Bereicherung im Zeitpunkt, in welchem der Bereicherte bösgläubig wird, hat (Nr. 533).

spruch noch ein Schadenersatzanspruch nach Art. 97 ff. OR bestehen kann, geht aus ihren Ausführungen nicht hervor (vgl. in diesem Zusammenhang Nr. 526).

2. Zur Rechtsstellung des gutgläubig Bereicherten insbesondere

- 535 Die Bereicherungshaftung des gutgläubig Bereicherten ist wegen Art. 64 OR eine verhältnismässig milde. Sie kennzeichnet sich namentlich durch zwei Merkmale:
- 536 – Wird die Erfüllung einer Bereicherungsforderung unmöglich, so geht diese unter bzw. wandelt sich in eine Forderung auf Herausgabe eines allfälligen Surrogats um (Nr. 500). Eine Schadenersatzpflicht nach Art. 97 ff. OR ist ausgeschlossen (Nr. 506).
- 537 – Erleidet der (gutgläubig) Bereicherte in rechtserheblichem Zusammenhang mit der Bereicherung Vermögensnachteile, so beschränken diese die Bereicherungsforderung in der in Nr. 509 umschriebenen Art.
- 538 Nachstehend soll das, was zur Rechtsstellung des gutgläubig Bereicherten bereits gesagt wurde (Nr. 499 ff.), ergänzt und vervollständigt werden: Ich stelle vorerst A. verschiedene Erscheinungsformen des Surrogats dar, hierauf behandle ich B. Einzelheiten der Entreicherung durch Vermögensnachteile im Zusammenhang mit der Bereicherung.

A. Erscheinungsformen des Surrogats

- 539 1. Der Ausdruck Surrogat wird in mehreren Bedeutungen verwendet. Vorliegend ist damit ausschliesslich ein **Vermögenswert** gemeint, **den der Bereicherte anstelle des in natura herauszugebenden Bereicherungsgegenstands im Falle der Leistungsummöglichkeit erlangt**. Als Surrogat in diesem Sinne ist beispielsweise anzusehen:
- 540 – Was dem Bereicherten als Ersatz für Zerstörung oder Entziehung des Bereicherungsgegenstands zugekommen ist (z. B. eine Versicherungssumme⁶⁵⁸; vgl. das Beispiel in Nr. 502).
- 541 – Was der Bereicherte durch Einziehung einer rechtsgrundlos erlangten Forderung erworben hat⁶⁵⁹; vgl. das Beispiel in Nr. 530.
- 542 – Was der Bereicherte infolge Verbrauchs des ursprünglichen Bereicherungsgegenstands an notwendigen Ausgaben erspart hat⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ Keller/Schaufelberger, S. 79; v. Tuhr/Peter, S. 503.

⁶⁵⁹ v. Tuhr/Peter, S. 503; Praxis 1912, Nr. 7, v. a. S. 25.

⁶⁶⁰ v. Tuhr/Peter, S. 503; Keller/Schaufelberger, S. 79; Reichel, SJZ 1919/20, S. 39; aus der Rechtsprechung vgl. z. B. BGE 31 II 140 f., 61 II 20, 71 II 153.

2. **Veräussert** der Bereicherte einen Gegenstand, den er aus rechtsgrundloser Bereicherung herauszugeben hat, so schuldet er den Veräusserungserlös, beim Verkauf einer Sache also den Kaufpreis⁶⁶¹. Nach der herrschenden Meinung, wonach der Bereicherungsanspruch durch die Entreichung auf seiten des Bereicherungsgläubigers begrenzt wird⁶⁶², kann allerdings der Kaufpreis nur insoweit herausverlangt werden, als ihn auch der Bereicherungsgläubiger hätte realisieren können⁶⁶³. 543

Das Gesagte gilt nur für den Fall, dass die veräusserte Sache Gegenstand eines Bereicherungsanspruchs war. Unterlag sie der Vindikation, so hat der (gutgläubige) Veräusserer das rechtsgeschäftliche Surrogat wie eben z. B. den Kaufpreis nicht herauszugeben. Das ist jedenfalls die Auffassung des Bundesgerichts (BGE 71 II 93 ff.)⁶⁶⁴, die freilich nicht unbestritten ist. So nimmt *Homberger*⁶⁶⁵ an, an die Stelle des Vindikationsanspruchs trete ein Bereicherungsanspruch auf Herausgabe des Veräusserungserlöses; nach *Bucher*⁶⁶⁶ hat der Bereicherte den «(Ersatz-)Wert der Sache zurückzuerstatten». 544

3. «Beim **Ausgeben von grundlos erhaltenem Geld**» besteht die herauszugebende Bereicherung nach *v. Tuhr/Peter* «in den dafür angeschafften Gegenständen»⁶⁶⁷. Das ist sicher zutreffend, sofern sich die Bereicherungsforderung auf die Herausgabe bestimmter ausscheidbarer Geldzeichen (z. B. Banknoten mit den Nrn. 1000–1352) richtet und an deren Stelle nun ein Surrogat tritt. In aller Regel vermischt sich jedoch «grundlos erhaltenes Geld» unausscheidbar mit Geld des Bereicherten. Diesfalls ist die Bereicherungsforderung eine Wertschuld, die nicht auf die Herausgabe bestimmter, sondern beliebiger Geldzeichen geht (Gattungsschuld). Schafft nun der Bereicherte, veranlasst durch die Vermögensvermehrung, Gegenstände an, so kann er sich m. E. grundsätzlich nicht mit deren Herausgabe befreien. Er kann höchstens geltend machen, die angeschafften Gegenstände hätten weniger Wert als das erlangte Geld, um den Differenzbetrag sei er entreichert, und die Bereicherungsforderung sei in Höhe der Entreichung nach Art. 64 OR beschränkt. 545

⁶⁶¹ Anderes gilt nach deutschem Recht: Der Kaufpreis ist nicht Surrogat im Sinne von § 818 Abs. 1 BGB; es kommt folglich nur Wertersatz gemäss § 818 Abs. 2 BGB in Betracht (z. B. *Staudinger/Lorenz*, N 17 zu § 818 BGB). Ist allerdings der Kaufpreis niedriger als der Wert der veräusserten Sache, so beschränkt sich die Bereicherungsforderung auf den Kaufpreis (*Heimann-Trosien*, RGRK, N 17 zu § 818 BGB).

⁶⁶² Nachweise bei *Keller/Schäufelberger*, S. 30 unten, 31. Gegen das Erfordernis der Entreichung *Keller/Schäufelberger*, S. 31 ff., und die dort auf S. 31 zitierte Literatur. Zum Stand der Kontroverse vgl. auch *Gauchi/Schluep/Jäggi*, Nr. 1181 ff.

⁶⁶³ Z. B. *v. Tuhr/Peter*, S. 503 Anm. 18; *Bussy*, S. 117, Nr. 194.

⁶⁶⁴ Ebenso *Stark*, N 18 zu Art. 938 ZGB. – War der Veräusserer bösgläubig, so hat er zwar den Veräusserungserlös unter Umständen herauszugeben, das aber nicht nach Bereicherungsregeln, sondern nach Massgabe des Art. 940 ZGB: vgl. *Homberger*, N 8 zu Art. 940 ZGB; BGE 45 II 265.

⁶⁶⁵ N 12 zu Art. 938 ZGB.

⁶⁶⁶ S. 632.

⁶⁶⁷ *v. Tuhr/Peter*, S. 503 unten/504.

- 546 Zur Illustration genügt es, das Lotteriebeispiel aus Nr. 528 geringfügig abzuwandeln: A, der die Fr. 1000.– mit eigenem Geld vermischt hat, kauft für diesen Betrag einen Plattenspieler, den er ohne Lotteriegewinn nicht gekauft hätte. Wird er auf Herausgabe von Fr. 1000.– belangt, kann er die Lotterie-Gesellschaft nicht mit dem Plattenspieler abfinden. Hingegen kann er, wenn das Gerät weniger wert ist als Fr. 1000.–, den Minderwert auf die Forderung von Fr. 1000.– zur Anrechnung bringen (er schuldet dann z. B. nur Fr. 800.– statt Fr. 1000.–); so, wenn A bei Erwerb des Plattenspielers gutgläubig war.
- 547 Nun kann es jedoch zu *Unbilligkeiten* führen, wenn der Bereicherte den Bereicherungsgläubiger nicht auf den mit dem verausgabten Geld erworbenen Gegenstand verweisen darf. In einem solchen Fall steht nichts entgegen, den Bereicherungsanspruch auf die Herausgabe des betreffenden Gegenstandes zu beschränken. Denn der gutgläubig Bereicherte soll – hierin liegt der Kerngehalt des Art. 64 OR – durch die Herausgabe der Bereicherung nicht in unbilliger Weise betroffen werden (vgl. BGE 73 II 137 ff., 82 II 440; hinten Nr. 550).
- 548 4. Das vorstehend in Ziff. 3 Gesagte gilt entsprechend, wenn der Bereicherte das «grundlos erhaltene Geld» *nicht zur Anschaffung von Gegenständen* verwendet, sondern *zu andern Zwecken*. Tritt an die Stelle des Geldes ein Ersatzwert (z. B. eine Forderung auf Rückgabe des Geldes), so kann der Bereicherte demnach den Bereicherungsgläubiger grundsätzlich nicht mit dem Ersatzwert abfinden. Vielmehr kann er nur geltend machen, derselbe habe weniger Wert als das erlangte Geld und die Bereicherungsforderung sei um den Differenzbetrag beschränkt. Zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse kann der Bereicherungsgläubiger aber ausnahmsweise auf den Ersatzwert verwiesen werden (vgl. Nr. 547).
- 549 *Beispiel* (der Beispielssachverhalt lag BGE 87 II 137 ff. zugrunde): A verkauft dem B ein Grundstück. Von der Anzahlung an den Kaufpreis (Fr. 50000.–) verwendet A Fr. 20000.– zur Ausrichtung des Maklerlohns. Stellt sich in der Folge die Ungültigkeit des Kaufvertrags heraus, so hat der Makler (C) dem A die Fr. 20000.– aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückzuerstatten; denn der Anspruch auf Maklerlohn setzt die Rechtsgültigkeit des vermittelten Kaufgeschäftes voraus. Bei dieser Sachlage haftet A dem B – ebenfalls aus ungerechtfertigter Bereicherung – grundsätzlich auf Zahlung von Fr. 50000.–; A kann sich nicht durch Leistung von Fr. 30000.– zuzüglich Zession der gegen C bestehenden Bereicherungsforderung befreien. Diese Möglichkeit muss ihm indes (entgegen BGE 87 II 139 ff.) dann gewährt werden, wenn mit der Zahlungsunfähigkeit des C zu rechnen ist⁶⁶⁸. Denn diesfalls besteht die Gefahr, dass A letzten Endes durch die Herausgabe der Bereicherung einen Schaden (maximal Fr. 20000.–) erleidet; das aber soll durch Art. 64 OR gerade verhindert werden, sofern A – wie hier unterstellt – gutgläubig ist (vgl. BGE 73 II 109; Nr. 550): Nach der Wertung des Art. 64 OR ist es unbillig,

⁶⁶⁸ Es überrascht, dass BGE 87 II 139 ff. von v. Tuhr/Peter kritiklos referiert wird (S. 503 Anm. 15a). Denn es würde ganz «auf der Linie» der besagten Autoren liegen, dem A die im Text erwähnte Befreiungsmöglichkeit zu gewähren (vgl. v. Tuhr/Peter, S. 504 Anm. 19).

das Risiko eines Bereicherungswegfalls (Nichtrealisierbarkeit der Forderung gegen C) dem Bereicherten (A) aufzuerlegen; dieses Risiko soll der Bereicherungsgläubiger (B) tragen.

B. Entreichung durch Vermögensnachteile im Zusammenhang mit der Bereicherung: Einzelheiten

1. Die Bereicherungsforderung wird, wie erwähnt (Nr. 509), durch Vermögensnachteile beschränkt, die der Bereicherte in rechtserheblichem Zusammenhang mit der Bereicherung erleidet. Wie der fragliche Zusammenhang beschaffen sein muss, damit ein Vermögensnachteil zu einer Beschränkung der Bereicherungsforderung führt, kann nicht allgemein gesagt werden. Denn: «Eine einmal für allemal gültige Formel zur Ermittlung der» herauszugebenden «Bereicherung lässt sich nicht aufstellen, sondern es müssen unter dem Gesichtspunkt der **Billigkeit**, die das Gebiet der Bereicherungsansprüche in ausgeprägtem Masse beherrscht, die Umstände des konkreten Falles berücksichtigt werden» (BGE 73 II 108⁶⁶⁹). Dass «die Rückerstattungspflicht nicht zu einer Schädigung des [gutgläubig] Bereicherten führen darf», erachtet dabei das Bundesgericht im erwähnten Entscheid (S. 109) als primäres Gebot der Billigkeit⁶⁷⁰. Aus dieser Auffassung folgt namentlich, dass sog. Rückforderungsschäden⁶⁷¹ und Erwerbsunkosten die Bereicherungsforderung grundsätzlich (soweit die Billigkeit nicht ausnahmsweise dagegen spricht) beschränken⁶⁷²:

- Unter einem **Rückforderungsschaden**⁶⁷³ «ist eine Vermögensverminderung zu verstehen, die dem Bereicherten dadurch erwächst, dass er im Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs eine andere sein Vermögen beeinträchtigende Verfügung trifft oder eine Massnahme zur Wahrung seines Vermögens unterlässt. Das

⁶⁶⁹ Bestätigung dieses Entscheids in BGE 82 II 440.

⁶⁷⁰ Vgl. auch schon ZR 1934, S. 325 (rechte Spalte), wo das Handelsgericht Zürich feststellte, «der Bereicherungsanspruch» dürfe «grundsätzlich nie zu einer Schädigung des gutgläubig Bereicherten führen». Noch dezidiert der deutsche BGH in NJW 1971, S. 610 rechte Spalte, in bezug auf das deutsche Recht: Als «allgemein anerkannter oberster Grundsatz» wird angesehen, dass «die Herausgabepflicht des Bereicherten keinesfalls zu einer Verminderung seines Vermögens über den Betrag der wirklichen Bereicherung hinaus führen darf».

⁶⁷¹ Der Rückforderungsschaden bedarf selbstverständlich des Beweises, ansonsten er – wie in BGE 107 II 259 – keine Berücksichtigung finden kann. Zum fraglichen Entscheid siehe auch den Kommentar von Merz in der ZBJV 1983, S. 144.

⁶⁷² Das ist weitgehend anerkannt: z. B. *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 1141 (Erwerbsunkosten), Nr. 1142 (Rückforderungsschäden); *Gühl/Merz/Kummer*, S. 204 (Rückforderungsschäden); *Bucher*, S. 634 (Erwerbsunkosten), S. 635 (Rückforderungsschäden); *Engel*, S. 406 (Erwerbsunkosten).

⁶⁷³ *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 1142, sprechen von «Bereicherungsschaden». Dieser Terminus passt vom allgemeinen Wortsinn her eher für den Schaden, den der Bereicherungsgegenstand im Vermögen des Bereicherten anrichtet (dazu Nr. 510, Anm. 613).

ist z.B. der Fall, wenn er mit Rücksicht auf den Empfang eines wertvollen Gegenstandes den bisher benützten, dem gleichen Zweck dienenden, weniger wertvollen verschenkt und infolge der Rückerstattung des ersteren um den Wert des letzteren geschädigt ist, oder wenn er eine Anschaffung unterlässt und sich infolge der Rückerstattung bei gestiegenen Preisen eindecken muss» (BGE 73 II 109)⁶⁷⁴.

- 552 – **Erwerbsunkosten** sind z.B. Zölle und Transportkosten, die der Bereicherte im Hinblick auf den Erwerb der ungerechtfertigten Bereicherung übernommen hat. Solche Ausgaben darf der gutgläubig Bereicherte auch dann in Anschlag bringen, wenn er sie bereits *vor* Entstehung der ungerechtfertigten Bereicherung tätigte. Das ist deshalb zu betonen, weil der Wortlaut von Art. 64 OR, wonach «die Rückerstattung ... insoweit nicht gefordert werden» kann, «als der Empfänger ... *nicht mehr* bereichert ist», die Vorstellung erweckt, es seien lediglich *nach* Bereicherungsentstehung eingetretene Vermögensnachteile zu berücksichtigen⁶⁷⁵.
- 553 2. Soweit Vermögensnachteile die Bereicherungsforderung beschränken, tun sie dies **ipso iure**, **ohne** dass es der Erhebung einer **Einrede** bedürfte⁶⁷⁶. Die Art der Beschränkung hängt vom Inhalt der Bereicherungsforderung ab:
- 554 – Geht sie auf eine *Geldleistung*, so ist zum vornherein nur die Differenz zwischen der Höhe der Geldleistung, wie sie ohne Vermögensnachteil geschuldet wäre, und dem in Geldwert ausgedrückten Vermögensnachteil geschuldet⁶⁷⁷ (Nr. 509).
- 555 – Geht die Bereicherungsforderung auf *Herausgabe eines Vermögensvorteils in natura*, so ist der Vermögensvorteil nur Zug um Zug gegen geldmässigen Ersatz des Vermögensnachteils zu erstatten⁶⁷⁸ (Nr. 509). Der Bereicherungsgläubiger

⁶⁷⁴ Vgl. ferner BGE 64 II 131, 82 II 439 f.

⁶⁷⁵ Der Grundsatz, dass die Bereicherungsforderung nicht zu einer Schädigung des Bereicherten führen darf, erleidet eine Einschränkung durch Art. 65 OR (Nr. 575).

⁶⁷⁶ Abweichend Bussy, S. 118 unten/119; v. Tuhr/Peter, S. 510 vor III.; Aebli, zit. in Anm. 616, S. 50 (zu den Ansichten von Aebli und v. Tuhr/Peter siehe Anm. 678). – Wie im Text jedoch Lehre und Rechtsprechung zum deutschen Recht: neustens Palandt/Thomas, N 6/E zu § 818 BGB, und Staudinger/Lorenz, N 48 zu § 818 BGB (abweichend noch Seufert in der 11. Aufl. des «Staudinger», N 45c zu § 818 BGB), unter Hinweis auf RGZ 83, S. 160. – Hat der Bereicherte die Bereicherungsforderung beglichen, ohne die (anrechenbaren) Vermögensnachteile geltend zu machen, so liegt in Höhe der betreffenden Nachteile die Zahlung einer Nichtschuld vor, welche dem Bereicherten ein Vorgehen nach Art. 63 OR erlaubt (Aebli, zit. in Anm. 616, S. 63 Anm. 30).

⁶⁷⁷ Vgl. v. Tuhr/Peter, S. 27, 504.

⁶⁷⁸ Anders v. Tuhr/Peter, S. 510 vor III., die dem Bereicherten die Einrede des Art. 895 ZGB gewähren wollen. Aebli, zit. in Anm. 616, S. 50, will dem Bereicherten mit einer – aus Art. 64 OR fliessenden – Einrede helfen. Auch Becker, N 5 zu Art. 64 OR, spricht von einer «Einrede». – Sicher scheint mir, dass die Einrede des Art. 895 ZGB nicht zur Verfügung steht. Denn: Die fragliche Bestimmung setzt eine (fällige) Forderung des

kann demnach nur dann ein unbedingtes Leistungsurteil erreichen, wenn er die Vermögensnachteile ersetzt hat⁶⁷⁹. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so hat der Richter, sofern die Bereicherungsforderung dem Grundsatz nach begründet ist, ein bedingtes Leistungsurteil zu fällen⁶⁸⁰; ein Urteil auf Leistung Zug um Zug⁶⁸¹ (die Bereicherungsforderung ist zwar gutzuheissen, doch ist sie vom Ersatz der Vermögensnachteile abhängig zu erklären). Die Klage zur Zeit abzuweisen, statt ein bedingtes Leistungsurteil zu fällen, ist dem Richter verwehrt. Das ist als stillschweigender Mitinhalt des Art. 64 OR zu verstehen, weshalb die kantonalen Prozessordnungen rechtsgültig nichts Abweichendes vorsehen können^{682, 683}.

Das Gesagte gilt nicht nur dann, wenn der Bereicherungsgläubiger im Klageantrag Ersatz der Vermögensnachteile Zug um Zug anbietet, sondern ebenso, wenn er ein solches Angebot unterlässt. Denn im Begehren um Leistung schlechthin ist auch das Petitum enthalten, die Leistung allenfalls nur bedingt (Zug um Zug mit der Gegenleistung) zugesprochen zu bekommen⁶⁸⁴. Die in Deutschland vertretene gegenteilige Auffassung⁶⁸⁵ kann für das schweizerische Recht keine Geltung beanspruchen.

Retinierenden (vorliegend des Bereicherten) voraus; sie könnte also in unserem Zusammenhang nur zur Anwendung kommen, wenn der Bereicherte einen *Anspruch* (eine Forderung) auf Ersatz der im Zusammenhang mit der Bereicherung erlittenen Vermögensnachteile hätte; das trifft jedoch (anders als bei den Verwendungen, Nr. 571) unbestrittenermassen nicht zu.

679 Ersatz der Vermögensnachteile lediglich *anzubieten*, genügt nicht, um ein unbedingtes Leistungsurteil zu erlangen. Verweigert allerdings der Bereicherte die Annahme des Ersatzes, so kann der Bereicherungsgläubiger nach Art. 92 OR den Ersatz hinterlegen. Damit schafft er die Voraussetzung für die Erlangung eines unbedingten Leistungsurteils: Eine Hinterlegung nach Art. 92 OR ist der Leistung des Ersatzes gleichgestellt; vgl. (in anderem Zusammenhang) BGE 79 II 283; *Wiget*, zit. in Anm. 682, S. 43, betr. Art. 82 OR (abweichend von *Wiget* aber *Keller*, ZSR 1983, I. Halbband, S. 371).

680 *Sträuli/Messmer*, N 9 zu § 54 ZPO/ZH.

681 Vgl. den Urteilsspruch in BGE 79 II 280 (Entscheid-Nr. 47).

682 Vgl. *Sträuli/Messmer*, N 9 zu § 54 ZPO/ZH; BGE 79 II 283; BGE 94 II 268 ff. (Dieser Entscheid wird von *Wiget G.*, Die Durchsetzung von Ansprüchen aus synallagmatischen Verträgen nach zürcherischer Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 1980, S. 51f., kritisiert, von *Sträuli/Messmer*, a.a.O., aber gebilligt.)

683 Nach dem anwendbaren Prozessrecht entscheidet sich hingegen, ob Vermögensnachteile nur auf entsprechende Behauptung des Bereicherten hin oder ob sie auch von Amts wegen berücksichtigt werden dürfen (BGE 87 II 141; vgl. auch BGE 78 II 97f., welcher Entscheid allerdings nicht das Bereicherungsrecht betraf). Immerhin darf die Behauptungslast für das Noch-Vorhandensein der Bereicherung von Bundesrechts wegen nicht dem Bereicherungskläger auferlegt werden; das galt schon unter dem aOR (z. B. ZBJV 1887, S. 142; 1892, S. 101; 1905, S. 691). – Eine prozessrechtliche Frage ist es ferner, wie lange Vermögensnachteile im Prozess wirksam geltend gemacht werden können (z. B. bis und mit Klageantwort, Duplik usw.).

684 Vgl. *Sträuli/Messmer*, N 9 zu § 54 ZPO/ZH.

685 BGH NJW 1963, S. 1870, Rubrum; *Palandt/Thomas*, N 6/E zu § 818 BGB; *Staudinger/Lorenz*, N 47 zu § 818 BGB, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

3. Analoge Anwendung des Art. 64 OR

- 557 1. Bei der sog. unechten (d. h. im Interesse des Geschäftsherrn nicht gebotenen) **Geschäftsführung ohne Auftrag** hat der Geschäftsführer unabhängig von seinem guten oder bösen Glauben die aus der Geschäftsführung erlangten Vorteile herauszugeben (Art. 423 Abs. 1 OR; BGE 97 II 177f.⁶⁸⁶). Wird ein gutgläubiger Geschäftsführer «nach Art. 423 Abs. 1 OR belangt, so bedeutet es für ihn eine grosse Härte, wenn er Vorteile, die er ganz oder teilweise schon verbraucht hat, ohne etwas einzusparen, dem Kläger (Geschäftsherrn) ersetzen muss»⁶⁸⁷. Eine wachsende Anzahl von Autoren beschränkt daher – m. E. zu Recht – die Herausgabe der Vorteile auf die beim Geschäftsführer noch vorhandene Bereicherung⁶⁸⁸; das unter analoger Anwendung von Art. 64 OR.
- 558 Beispiel: A verletzt gutgläubig das Patent von B, was ihm einen Gewinn von Fr. 300000.– einträgt. Davon verbraucht er Fr. 40000.– für eine Weltreise, die er ohne den besagten Gewinn nicht unternommen hätte. Die restlichen Fr. 260000.– legt er zinsbringend an. Wird A von B auf Gewinnherausgabe belangt, so kann er auf die Gesamtgewinnsumme (Fr. 300000.– plus Zins von Fr. 260000.–) die für die Weltreise ausgegebenen Fr. 40000.– zur Anrechnung bringen. Er schuldet also nur Fr. 260000.– zuzüglich Zins⁶⁸⁹.
- 559 Nach Art. 423 Abs. 1 OR sind die durch die Geschäftsführung erlangten Vorteile unabhängig von einer Entreicherung des Geschäftsherrn herauszugeben. Das gilt auch bei analoger Anwendung des Art. 64 OR: Die Herausgabepflicht besteht im Umfange der noch vorhandenen Bereicherung ohne Rücksicht auf eine Entreicherung des Geschäftsherrn.
- 560 Nach einem Teil der Lehre ist Art. 423 Abs. 1 OR nur auf die bösgläubige (unechte) Geschäftsführung ohne Auftrag anwendbar (Anm. 686). Eine gutgläubige Geschäftsführung ohne Auftrag kann bei dieser Auffassung «lediglich Bereicherungsansprüche auslösen» (Merz⁶⁹⁰). Allfällige Bereicherungsansprüche sind nach Art. 64 OR, der unmittelbare Anwendung findet, beschränkt. Es verhält sich insoweit gleich, wie wenn man Art. 423 Abs. 1 OR auch auf die gutgläubige Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung bringt und Art. 64 OR analog anwendet. Ein Unterschied zwischen den beiden Auffassungen besteht
-
- 686 Ebenso die herrschende Lehre: Nachweise bei v. Tuhr/Peter, S. 524 Anm. 45; ferner v. Orelli F., Die Eingriffskondition im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1973 (ungedruckt), S. 31. Einzelne Autoren (zit. bei v. Tuhr/Peter, a.a.O., ferner Gühl/Merz/Kummer, S. 470f.) wollen den Art. 423 Abs. 1 OR nur auf die bösgläubige unechte Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung bringen; zu dieser Auffassung vgl. nachstehend Nr. 560.
- 687 v. Orelli, zit. in Anm. 686, S. 31.
- 688 Wolf, ZSR 1927, S. 323ff.; Moser R., Die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinnes, Diss. Zürich 1940, S. 218f.; Fischer T., Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb, Diss. Freiburg 1961, S. 129; Friedrich, ZSR 1945, S. 47f.; v. Orelli, zit. in Anm. 686, S. 31.
- 689 Das Beispiel ist leicht abgeändert v. Orelli, zit. in Anm. 686, S. 31, entnommen.
- 690 Gühl/Merz/Kummer, S. 471.

jedoch insofern, als Bereicherungsansprüche nach herrschender Auffassung⁶⁹¹ durch die Entreicherung des Bereicherungsgläubigers maximiert sind, was für Geschäftsführungsansprüche nach Art. 423 Abs. 1 OR nicht zutrifft, auch nicht bei analoger Anwendung des Art. 64 OR (Nr. 559). Nun scheint es mir dem Geschäftsführungsrecht zu widersprechen, den gegen den Geschäftsführer gerichteten Anspruch auf Gewinnherausgabe durch die beim Geschäftsherrn eingetretene Entreicherung zu beschränken. Um die Beschränkung zu umgehen, stehen zwei Wege offen: Entweder nimmt man an, Bereicherungsansprüche seien – entgegen der herrschenden Ansicht – nicht durch die Entreicherung des Bereicherungsgläubigers (vorliegend des Geschäftsherrn) maximiert. Oder man wendet Art. 423 Abs. 1 OR auch auf die gutgläubige Geschäftsführung ohne Auftrag an. M. E. ist letzteres zu befürworten; es kann daher offen bleiben, ob Bereicherungsansprüche durch die Entreicherung des Bereicherungsgläubigers limitiert sind oder nicht⁶⁹².

2. Am 7. 1. 1971 hat der deutsche Bundesgerichtshof ein aufsehenerregendes Urteil gefällt⁶⁹³. Ein Fluggast (der Beklagte) hatte ohne Flugschein einen Amerika-Flug bestritten; dies in vollem Bewusstsein, dass er auf die Leistung der Fluggesellschaft keinen Anspruch hatte. Nach den Umständen war anzunehmen, dass die Reise für den Beklagten einen «Luxus» darstellte, «den er sich nie verschafft hätte, wenn er dafür hätte bezahlen müssen». Eine Ersparnis-Bereicherung, die einzig zur Diskussion stand, war daher zu verneinen; der BGH hielt jedoch dafür, A müsse sich «so behandeln lassen, als ob er etwas erspart hätte». Zur Begründung wird vorgebracht: «Wird ... einem Bereicherungsschuldner, der den fehlenden Rechtsgrund beim Empfang kennt, im allgemeinen versagt, sich auf den späteren Wegfall einer einmal vorhandenen Bereicherung zu berufen, so ist nicht einzusehen, warum es ihm gestattet sein soll, unter den gleichen Voraussetzungen schon die Entstehung einer Bereicherung zu leugnen. Das muss jedenfalls dann gelten, wenn die in Frage stehende Bereicherung – wie hier – in der Ersparnis von Aufwendungen für aussergewöhnliche Dinge besteht, die sich der Bereicherungsschuldner sonst nicht leisten würde ...» *Im Ergebnis soll also Bösgläubigkeit das Erfordernis einer (ungerechtfertigten) Bereicherung ersetzen können.* Formell stützt sich der BGH auf eine analoge Anwendung des § 818 Abs. 3 BGB. Das ist die Parallelbestimmung zu Art. 64 OR. Es liegt daher die Frage nahe, ob das als **«Flugreise-Entscheid»** bekanntgewordene

⁶⁹¹ Nachweise bei Keller/Schaufelberger, S. 30 unten/31.

⁶⁹² Guhl/Merz/Kummer, S. 471, lehnen die Anwendung des Art. 423 Abs. 1 OR bei gutgläubiger Geschäftsführung ohne Auftrag unter anderem mit dem Hinweis ab, auch im deutschen Recht hafte der gutgläubige Geschäftsführer nur nach Bereicherungsrecht. Nun aber führt nach deutschem Recht die Anwendung der Bereicherungsregeln deshalb zu keinen Unzulänglichkeiten, weil die Bereicherungsansprüche – anders als nach herrschender schweizerischer Auffassung – nicht durch die Entreicherung des Bereicherungsgläubigers limitiert sind (Literaturnachweise bei Keller/Schaufelberger, S. 31; aus der Rechtsprechung vgl. BGH LM Nr. 10 zu § 818 Abs. 2 BGB; BGH NJW 1971, S. 609 ff.). Der Vergleich mit dem deutschen Recht stösst daher ins Leere.

⁶⁹³ BGH NJW 1971, S. 609 ff. Die im Text folgenden Zitate stammen alle aus diesem Entscheid. – Das besagte Urteil hat zu Kommentaren einer ganzen Reihe von Autoren geführt: vgl. die Nachweise in Anm. 740, 742; ferner: Teichmann, JuS 1972, S. 247 ff.; Metzler, MDR 1971, S. 633 ff.; Batsch, NJW 1972, S. 611 ff.; Kellmann, NJW 1971, S. 862 ff.

Urteil des BGH nach schweizerischem Recht über eine analoge Anwendung des Art. 64 OR gerechtfertigt werden könnte⁶⁹⁴. Das ist m. E. zu verneinen. Denn es macht wohl wertungsmässig einen Unterschied, ob sich jemand einer ungerechtfertigten Bereicherung bösgläubig entäussert oder ob jemand – ohne sich zu bereichern – bösgläubig eine rechtsgrundlose Leistung in Anspruch nimmt.

II. Art. 65 OR

Art. 65 OR

Der Empfänger hat Anspruch auf Ersatz der notwendigen und nützlichen Verwendungen, für letztere jedoch, wenn er beim Empfang nicht in gutem Glauben war, nur bis zum Betrage des zur Zeit der Rückerstattung noch vorhandenen Mehrwertes.

Für andere Verwendungen kann er keinen Ersatz verlangen, darf aber, wenn ihm ein solcher nicht angeboten wird, vor der Rückgabe der Sache, was er verwendet hat, wieder wegnehmen, soweit dies ohne Beschädigung der Sache selbst geschehen kann.

- 562 Art. 65 OR «regelt den Ersatzanspruch desjenigen», der für eine «zu Eigentum erworbene Sache, die auf Kondition herauszugeben ist, Aufwendungen gemacht hat»⁶⁹⁵. Der Bestimmung kommt praktisch keine grosse Bedeutung mehr zu⁶⁹⁶, seitdem in der Schweiz auch für die Eigentumsübertragung an Fahrnis das Prinzip der Kausalität anerkannt ist⁶⁹⁷; denn Bereicherungsansprüche auf Herausgabe einer Sache werden nun weitgehend durch die Vindikation verdrängt. Das rechtfertigt eine verhältnismässig kurze Behandlung des Art. 65 OR. Ich stelle vorerst 1. dessen Regelungsgehalt im Überblick dar, hierauf präzisiere ich 2. den Begriff der Aufwendungen oder «Verwendungen», wie Art. 65 OR sagt. Schliesslich weise ich 3. auf eine analoge Anwendungsmöglichkeit der Bestimmung hin.

1. Regelungsgehalt im Überblick

- 563 1. Wieweit «Ansprüche aus Verwendungen» (Marginalie zu Art. 65 OR) bestehen, hängt (teilweise) vom guten bzw. bösen Glauben⁶⁹⁸ des Bereicherten ab⁶⁹⁹:

⁶⁹⁴ Eine andere, hier nicht interessierende Frage ist, ob das Urteil auf anderem Wege (nicht über Art. 64 OR) begründet werden könnte. Vgl. in diesem Zusammenhang die nachstehend zit. Autoren, die alle versuchen, den «Flugreise-Entscheid» auf andere Weise als über § 818 Abs. 3 BGB zu begründen: *Canaris*, JZ 1971, S. 560ff.; *Lieb*, NJW 1971, S. 1289ff.; *Staudinger/Lorenz*, N 28 zu § 818 BGB.

⁶⁹⁵ *Bucher*, S. 636. – Art. 65 OR kann ferner bei der sog. Besitzeskondition (v. *Tuhr/Peter*, S. 476) zur Anwendung kommen. Für diesen Fall gilt das Folgende mutatis mutandis.

⁶⁹⁶ *Spiro K.*, Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts, Basel 1948, S. 118 («Bedeutungslosigkeit»); *Keller/Schaufelberger*, S. 88 («praktisch bedeutungslos»); *Merz/Kummer*, SJK Karte Nr. 1039, S. 3 («keine grosse Bedeutung mehr»).

⁶⁹⁷ Grundlegend BGE 55 II 306ff.; für Grundeigentum ist das Kausalitätsprinzip gesetzlich vorgesehen (Art. 974 ZGB).

⁶⁹⁸ Zu den Begriffen des guten und bösen Glaubens siehe Nr. 568.

⁶⁹⁹ In Sem 1980, S. 124f., wurden Ansprüche aus Art. 65 OR abgelehnt. In Wirklichkeit

- Der bösgläubig Bereicherte «hat Anspruch auf Ersatz der notwendigen und nützlichen Verwendungen, für letztere jedoch ... nur bis zum Betrage des zur Zeit der Rückerstattung noch vorhandenen Mehrwertes» (Art. 65 Abs. 1 OR). «Für andere Verwendungen [«Luxus-Verwendungen»] kann er keinen Ersatz verlangen, darf aber, wenn ihm ein solcher nicht angeboten wird, vor der Rückgabe der Sache, was er verwendet hat, wieder wegnehmen, soweit dies ohne Beschädigung der Sache selbst geschehen kann» (Art. 65 Abs. 2 OR). 564
- Der gutgläubig Bereicherte hat Anspruch auf Ersatz der notwendigen und (aller) nützlichen Verwendungen⁷⁰⁰. Für «andere Verwendungen» steht ihm – wie dem bösgläubig Bereicherten – nur ein Wegnahmeanspruch gemäss Art. 65 Abs. 2 OR zu. 565

Vergleicht man die Rechtsstellung des gut- bzw. bösgläubig Bereicherten hinsichtlich der Ansprüche aus Verwendungen, so ergibt sich: Ob Ansprüche aus notwendigen oder «Luxus-Verwendungen» bestehen, hängt in keiner Weise vom guten oder bösen Glauben des Bereicherten ab. Von Gutgläubensschutz zu reden, wäre daher sinnlos. Anderes gilt bezüglich der nützlichen Verwendungen: Solche verschaffen dem gutgläubig Bereicherten einen unbedingten Ersatzanspruch, wogegen der Anspruch des bösgläubig Bereicherten vom Mehrwert abhängt, den die Verwendung der Sache gebracht hat. 566

2. Fraglich ist, wann der gute Glaube vorliegen muss, um bei nützlichen Verwendungen einen unbedingten Ersatzanspruch zu verschaffen. Nach dem Wortlaut des Art. 65 Abs. 1 OR ist der Zeitpunkt des «Empfangs» (des Bereicherungsgegenstandes) massgebend. Richtigerweise kann es aber nur auf den *Moment* ankommen, *in welchem die Verwendung vorgenommen wird*⁷⁰¹. Vorherige oder nachfolgende Bösgläubigkeit schadet nicht. 567

3. Gutgläubig ist der Bereicherte, wenn er darauf *vertraut*, dass die Bereicherung gerechtfertigt ist. Bösgläubig ist er, wenn er um die Rechtsgrundlosigkeit der 568

war die Bestimmung überhaupt nicht anwendbar. Denn für Aufwendungen auf die Mietsache (solche standen in Frage) hat der Mieter – unter bereicherungsrechtlichen Gesichtspunkten – nicht einen Verwendungsersatzanspruch gemäss Art. 65 OR, sondern höchstens einen «normalen» Bereicherungsanspruch gemäss Art. 62 ff. OR (vgl. BGE 105 II 99 und 104 II 204).

⁷⁰⁰ *Martin*, S. 110, will den gutgläubig Bereicherten in bezug auf die nützlichen Verwendungen dem bösgläubigen gleichstellen; dies unter offenem Bekenntnis zur Nichtvereinbarkeit dieser Auffassung mit dem Gesetzeswortlaut. – Nach deutschem Recht kann der gutgläubig Bereicherte alle Verwendungen auf die Bereicherungsforderung anrechnen lassen: *Bremecker D.*, Die Bereicherungsbeschränkung des § 818 Abs. 3 BGB bei nichtigen gegenseitigen Verträgen, S. 19, mit weiteren Hinweisen in Anm. 36; einschränkend aber *Rengier*, AcP 1977, S. 437.

⁷⁰¹ Im Ergebnis ebenso *Becker*, N 6 zu Art. 65 OR; *Oser/Schönenberger*, N 4 a.E. zu Art. 65 OR; *Martin*, S. 111. Anders wohl noch *Haberstich*, S. 189, zu Art. 74 aOR.

Bereicherung *weiss* oder ihm zumindest *zweifelhaft* erscheint, ob die Bereicherung gerechtfertigt ist oder nicht.

569 Der gutgläubige Bereicherte ist wie ein bösgläubiger zu behandeln, wenn er bei Aufwendung der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit nicht gutgläubig sein dürfte. Entsprechendes gilt, wenn der Bereicherte (bei Vornahme der Verwendung) mit der Rückerstattung rechnen muss (vgl. Nr. 521ff. betr. Art. 64 OR).

570 4. Die Verwendungen sind grundsätzlich in *Geld* zu ersetzen. Das auch dann, wenn sie nicht in einer Geldleistung bestehen, sondern z. B. in Dienst- oder Naturalleistungen (Nr. 578). Besteht indes die Verwendung im Eingehen einer Verpflichtung gegenüber einem Dritten (Nr. 579), so «erfolgt der Ersatz angemessenerweise durch Befreiung von der Forderung des Dritten»⁷⁰², z. B. durch Übernahme der Zahlungsverpflichtung im Beispiel aus Nr. 579.

571 5. Insoweit dem Bereicherten Verwendungen zu ersetzen sind, besteht ein «Anspruch» auf Ersatz (Marginalie zu Art. 65 OR): eine **Forderung**. Deren Geltendmachung kann für den Bereicherungsgläubiger als Schuldner des Verwendungersatzes eine Härte darstellen; so namentlich, wenn der zu leistende Ersatz den Wert des Bereicherungsgegenstandes übersteigt oder wenn die Verwendungen nicht zur Vermögensplanung des Bereicherungsgläubigers passen⁷⁰³. Deshalb aber den Forderungscharakter des «Anspruchs» aus Art. 65 OR zu verneinen, scheint mir mit der herrschenden Lehre⁷⁰⁴ und entgegen *v. Tuhr/Peter*⁷⁰⁵ unzutreffend.

⁷⁰² *v. Tuhr/Peter*, S. 133; ebenso *Homberger*, N 9 zu Art. 939 ZGB.

⁷⁰³ Der um ein Grundstück Bereicherte hat beispielsweise auf diesem einen Schopf erstellt, worin eine nützliche Verwendung zu sehen ist (BGE 54 II 250); dem Bereicherungsgläubiger kommt dieser Schopf ungelegen, da er an dessen Stelle nach der Grundstücksrestitutions ein Haus erstellen will. – Vgl. im vorliegenden Zusammenhang die v. a. in Deutschland geführte Diskussion um die sog. aufgedrängte Bereicherung; z. B. *Feiler G.*, Aufgedrängte Bereicherung bei den Verwendungen des Mieters und Pächters, Karlsruhe undat., Bd. 29 der Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Abhandlungen; *Rengier*, AcP 1977, S. 437, mit weiteren Nachweisen in Anm. 100; ferner *Larenz*, SchR B.T., S. 578ff.

⁷⁰⁴ Verschiedene Autoren gehen zwar vom Forderungscharakter des Anspruchs auf Verwendungersatz aus, geben dies aber bloss mittelbar zu erkennen. So beispielsweise *Becker*, N 7 zu Art. 65 OR, und *Bucher*, S. 637 Anm. 154. Diese Autoren befürworten an den zit. Stellen ein Retentionsrecht des Bereicherten nach Art. 895 ZGB. Dieses Recht setzt eine (fällige) Forderung des Retinierenden (vorliegend des Bereicherten) voraus; daraus ist zu schliessen, dass nach Ansicht der betreffenden Autoren der «Anspruch» aus Art. 65 OR eine Forderung ist, andernfalls ein Retentionsrecht des Bereicherten ja nicht in Frage käme. Ausdrücklich als Forderung wird der Ersatzanspruch z. B. von *Brander O.*, Das Retentionsrecht nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1933, S. 154, und *Moecke* (zit. in Anm. 807), S. 46, 103, bezeichnet. Der dem Ersatzanspruch aus Art. 65 OR verwandte Anspruch aus Art. 939 ZGB wird von einem Grossteil der Lehre (zit. bei *v. Tuhr/Peter*, S. 36 Anm. 18) ebenfalls als Forderung aufgefasst. *Homberger*, N 15f. zu Art. 939 ZGB, nimmt jedoch an, bis zur Herausgabe der Sache stehe dem Verwendenden lediglich eine Einrede zu, erst nachher «eine unbedingte und klagbare Forderung».

6. Dem Bereicherten steht zur Sicherung seines Anspruchs auf Verwendungersatz ein **Retentionsrecht** zu. Dieses erlaubt ihm, die Herausgabe des Bereicherungsgegenstandes von der Leistung des Verwendungersatzes abhängig zu machen⁷⁰⁶: Verlangt der Bereicherungsgläubiger den Bereicherungsgegenstand heraus, so kann der Bereicherte die Erfüllung bis zur Leistung des Verwendungersatzes verweigern. Hat der Bereicherte das Retentionsrecht ausgeübt, so darf die Bereicherungsforderung im Prozessfall nur mehr bedingt zugesprochen werden⁷⁰⁷: Die Herausgabe des Bereicherungsgegenstandes ist von der Leistung des Verwendungersatzes abhängig zu erklären⁷⁰⁸.

Rechtsgrundlage des umschriebenen Retentionsrechtes bildet *Art. 65 OR*. Das bedingt freilich eine weitherzige Auslegung der Bestimmung: Nach *Art. 65 Abs. 2 OR* kann der Bereicherte für «Luxus-Verwendungen» zwar keinen Ersatz beanspruchen, doch darf er, «wenn ihm ein solcher nicht angeboten wird, vor der Rückgabe der Sache, was er verwendet hat, wieder wegnehmen, ...» Durch die Einräumung des Rechts, Verwendungen *vor* Rückgabe der Sache wegzunehmen, will *Art. 65 Abs. 2 OR* verhindern, dass der Bereicherte den Bereicherungsgegenstand herausgeben muss, ohne selbst zu seinem Recht zu gelangen. Diesem Zweckgedanken ist im Fall, da der Bereicherte nicht nur ein Wegnahmerecht, sondern einen Anspruch auf Ersatz der Verwendungen hat (*Nr. 571*), durch Zuerkennung eines Retentionsrechtes Rechnung zu tragen.

Die herrschende Lehre gewährt zwar dem Bereicherten ein Retentionsrecht, will dieses aber auf *Art. 895 ZGB* abstützen⁷⁰⁹. *Art. 895 ZGB* ist indes in den meisten Fällen ungerechtfertigter Bereicherung nicht einschlägig. Denn: *Art. 65 OR* betrifft Tatbestände, bei denen die herauszugebende Sache Eigentum des Bereicherten geworden ist⁷¹⁰ (ein Beispiel findet sich in *Nr. 502*); solche Tatbestände

⁷⁰⁵ S. 37.

⁷⁰⁶ Hat sich die Forderung auf Herausgabe der Sache, auf welche die Verwendungen gemacht wurden, in eine Geldforderung umgewandelt (z. B. Forderung auf Herausgabe des Kaufpreises im Fall, da der Bereicherte die Sache verkaufte: *Nr. 543*), so kann der Anspruch auf Verwendungersatz, sofern auf eine Geldleistung gerichtet, zur Verrechnung gestellt werden. Ist der Anspruch auf Verwendungersatz ausnahmsweise keine Geldforderung (*Nr. 570*), so steht dem Bereicherten wiederum ein Retentionsrecht zu.

⁷⁰⁷ Das gilt nach zutreffender Ansicht auch dann, wenn das Retentionsrecht ausserhalb des Prozesses ausgeübt wurde und sich der Bereicherte im Prozess nicht noch einmal auf sein Retentionsrecht beruft; vgl. *Wiget*, zit. in *Anm. 682*, S. 61 ff., und *Koller*, *BR* 1984, S. 66 rechte Spalte, Ziff. 1.

⁷⁰⁸ Es gilt Analoges wie im Fall, da einer Bereicherungsforderung, die auf Herausgabe eines Vermögensvorteils in natura geht, Vermögensnachteile des Bereicherten gegenüberstehen, welche die Bereicherungsforderung nach *Art. 64 OR* beschränken (*Nr. 509*).

⁷⁰⁹ Z. B. *Moecke*, zit. in *Anm. 807*, S. 46, 103; *Becker*, *N 7* zu *Art. 65 OR*; *Bucher*, S. 637 *Anm. 154*; v. *Tuhr/Peter*, S. 37. Dass auch v. *Tuhr/Peter* die Anwendbarkeit von *Art. 895 ZGB* bejahen, überrascht: *Art. 895 ZGB* setzt eine (fällige) Forderung des Herausgabepflichtigen (vorliegend des Bereicherten) voraus; eine solche Forderung lehnen nun aber v. *Tuhr/Peter*, wie gesagt, ab (*Nr. 571*).

⁷¹⁰ Eine Ausnahme macht die Besitzeskondition: vgl. v. *Tuhr/Peter*, S. 476, und hinten *Anm. 712*.

aber fallen nicht unter Art. 895 ZGB, da diese Bestimmung voraussetzt, dass die herauszugebende Sache dem Ansprecher (im vorliegenden Zusammenhang: dem Bereicherungsgläubiger) gehört^{711, 712}.

- 575 7. Art. 65 OR hat **gegenüber Art. 64 OR exklusive Geltung**; in dem Sinne, dass Verwendungen, für die kein Ersatzanspruch nach Art. 65 besteht, auch nicht nach Art. 64 die Bereicherungsforderung beschränken. Daraus folgt namentlich, dass der gutgläubig Bereicherte für «Luxus-Verwendungen» höchstens ein Wegnahmerecht nach Art. 65 Abs. 2 OR hat; dieses Wegnahmerecht stellt oft keinen adäquaten Ausgleich für die Verwendungen dar. Hierin liegt «ein [kaum zu rechtfertigender: BGE 73 II 110] Verstoß gegen das Prinzip, dass die Bereicherungsklage den gutgläubigen Beklagten nicht schädigen darf»⁷¹³.

2. Der Begriff der notwendigen, nützlichen und «anderen» Verwendungen

- 576 1. «Unter den Verwendungen» im Sinne des Art. 65 OR «sind zu verstehen die Leistungen, die im Interesse der Sache [des Bereicherungsgegenstandes] gemacht werden.»⁷¹⁴ **Die Verwendung kann bestehen**⁷¹⁵:
- 577 – In Geld oder andern Sachen. Beispiel: Jemand verbraucht zum Füttern eines Tieres, das er nach Art. 119 Abs. 2 OR herauszugeben hat (vgl. das Beispiel in Nr. 502), eigenes Futter⁷¹⁶.
- 578 – Im Gebrauch von Dingen oder in der Leistung von Diensten, sofern dem Verwendenden dadurch ein nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zukommender Gewinn entgeht. Beispiel: Jemand bewahrt eine Sache, die er nach Art. 62ff.

⁷¹¹ So jedenfalls *Oftinger/Bär*, N 39 zu Art. 895 ZGB; *Brander*, zit. in Anm. 704, S. 154; *Oser/Schönenberger*, N 7 zu Art. 65 OR; *Becker*, N 3 zu Art. 434 OR.

⁷¹² Bei der Besitzeskondition gehört die herauszugebende Sache zwar nicht dem Bereicherten, aber auch nicht dem Bereicherungsgläubiger, sondern einem Dritten (v. *Tuhr/Peter*, S. 476). Ein Retentionsrecht nach Art. 895 ZGB ist daher auch hier nicht gegeben. Anderes gälte höchstens dann, wenn man annehmen würde, ein Retentionsrecht sei nach Art. 895 ZGB selbst dann begründbar, wenn die Sache weder dem Retentionswilligen (vorliegend dem Bereicherten) noch dem Gegner (dem Bereicherungsgläubiger), sondern einem Dritten gehört. Das aber trifft (zumal grundsätzlich: *Oftinger/Bär*, N 42 zu Art. 895 ZGB) nicht zu.

⁷¹³ v. *Tuhr/Peter*, S. 505 Anm. 28; ebenso *Oser/Schönenberger*, N 8 zu Art. 65 OR; *Bussy*, S. 121 f., Nr. 208; BGE 73 II 110.

⁷¹⁴ *Oser/Schönenberger*, N 2 zu Art. 65 OR; sinngemäss ebenso z. B. *Homberger*, N 3 zu Art. 939 ZGB; *Ostertag*, N 2 zu Art. 939 ZGB. Der Begriff der Verwendungen in Art. 65 OR deckt sich mit demjenigen des Art. 939 ZGB. Ich werde daher im folgenden zum Teil auch auf Lehre und Rechtsprechung zu dieser Bestimmung Bezug nehmen.

⁷¹⁵ Zum Folgenden vgl. v. *Tuhr/Peter*, S. 131.

⁷¹⁶ *Fickl/Morlot*, N 10 f. zu Art. 65 OR.

OR herauszugeben hat, in einem (eigenen) Raum auf, den er in der Regel vermietet.

- In der Übernahme einer Verpflichtung gegenüber einem Dritten. Beispiel: Je- 579
mand hat zur Reparatur einer nach Art. 62ff. OR herauszugebenden Sache
einen Handwerker bestellt; die gegenüber dem Handwerker eingegangene Zah-
lungsverpflichtung stellt eine Verwendung im Sinne des Art. 65 OR dar.

Keine Verwendungen sind z. B. Kosten «zur Deckung des Schadens, den die Sache 580
(z. B. das Tier gemäss Art. 56 OR) verursacht hat»⁷¹⁷. Für solche Kosten gilt
Art. 65 OR demnach nicht; sie können hingegen unter Art. 64 OR fallen.

2. Die Verwendungen sind nach der Terminologie des Gesetzes notwendige, 581
nützliche oder «andere». Gutgläubensschutz sieht Art. 65 OR nur hinsichtlich der
nützlichen Verwendungen vor (Nr. 566). Für die vorliegende Arbeit ist daher deren
Umschreibung von primärem Interesse. Die Begriffsbestimmung kann jedoch ver-
nünftigerweise nicht ohne Abgrenzung zu den notwendigen und «anderen» Ver-
wendungen erfolgen; auch diese Begriffe sind daher zu klären:

- **Notwendige** Verwendungen sind die zur Erhaltung einer Sache erforderli- 582
chen⁷¹⁸; so z. B. Ausgaben, die gemacht werden, um ein Haus vor dem Verfall zu
schützen⁷¹⁹. Die Notwendigkeit einer Verwendung richtet sich nicht nach dem
subjektiven Empfinden des Verwendenden⁷²⁰; andererseits ist auch nicht erforder-
lich, dass die Verwendung objektiv nötig ist. Vorausgesetzt und genügend ist
vielmehr, dass sie *objektiv* («nach ortsüblicher allgemeiner Anschauung»⁷²¹)
*nötig erscheint*⁷²². Weist z. B. ein Tier die Symptome einer Krankheit auf, so sind
die Kosten des hinzugezogenen Tierarztes auch dann eine notwendige Verwen-
dung, wenn sich das Tier bei der Untersuchung als kerngesund herausstellt⁷²³.
- **Nützlich** sind jene Verwendungen, die – ohne notwendig zu sein – zum Vorteil 583
der Sache, zu deren Werterhöhung, gemacht werden⁷²⁴. Entsprechend dem in
Nr. 582 Gesagten genügt es, dass eine Verwendung (nach der «ortsüblichen
allgemeinen Anschauung») geeignet erscheint, eine Werterhöhung herbeizufüh-
ren⁷²⁵; auf die tatsächliche Realisierung eines Mehrwerts kommt nichts an⁷²⁶.

⁷¹⁷ *Homberger*, N 4 zu Art. 939 ZGB.

⁷¹⁸ Z. B. *Oser/Schönenberger*, N 3 zu Art. 65 OR. Einen etwas weiteren Begriff scheinen
v. *Tuhr/Peter*, S. 130, und *Homberger*, N 6 zu Art. 939 ZGB, zu verwenden.

⁷¹⁹ *Oser/Schönenberger*, wie in der vorstehenden Anmerkung.

⁷²⁰ Z. B. *Oser/Schönenberger*, N 3 zu Art. 65 OR; *Homberger*, N 8 zu Art. 939 ZGB.

⁷²¹ *Homberger*, N 8 zu Art. 939 ZGB.

⁷²² Missverständlich v. *Tuhr/Peter*, S. 131, und *Oser/Schönenberger*, N 3 zu Art. 65 OR.

⁷²³ Beispiel nach v. *Tuhr/Peter*, S. 131 Anm. 12.

⁷²⁴ *Homberger*, N 8 zu Art. 939 ZGB; *Oser/Schönenberger*, N 4 zu Art. 65 OR.

⁷²⁵ *Homberger*, N 7 zu Art. 939 ZGB.

⁷²⁶ Zu beachten ist aber: Schaffen nützliche Verwendungen einen Mehrwert, so sind sie

- 584 – «**Andere** Verwendungen» (Art. 65 Abs. 2 OR) sind negativ als solche zu definieren, die weder notwendig noch nützlich sind, «also die, welche nur zur Annehmlichkeit des Empfängers [sc. des Bereicherten] erfolgten»⁷²⁷; so z. B. Auslagen zur Verzierung einer Hauswand⁷²⁸, sofern dieselben nicht dazu angetan sind, den Wert des Hauses zu steigern (andernfalls liegt eine nützliche Verwendung vor).

3. Analoge Anwendung

- 585 «Eine übertragene Anwendung von OR 65 kommt allenfalls bei Forderungen in Betracht, die infolge Grundlosigkeit der Zession auf den Veräusserer rückzuübertragen sind; Als nützliche Aufwendungen können allenfalls die Ausgaben betrachtet werden, welche der Zessionar bei der Geltendmachung der Forderung im Prozess gemacht hat; notwendige Ausgaben sind jene im Zusammenhang von Verjährungsunterbrechung entstandenen.»⁷²⁹

III. Stellung des gut- bzw. bösgläubig Bereicherten in bezug auf Nutzungen⁷³⁰

- 586 «Trägt eine Bereicherung dem Bereicherten Nutzen ein, so erhöht sich der Bereicherungsanspruch ... um diesen Nutzen, z. B. um den Zins.»⁷³¹ Das gilt zumal bei Bösgläubigkeit des Bereicherten; zur Frage, ob dies auch bei Gutgläubigkeit der Fall ist, siehe nachstehend 1. – Für nicht gezogene Nutzungen haftet der gutgläubig Bereicherte unbestrittenermassen nicht; fraglich ist hingegen, ob der bösgläubige haftet (dazu nachstehend 2.).

auch dem bösgläubig Bereicherten zu ersetzen, andernfalls nicht (Art. 65 Abs. 1 OR; Nr. 564).

⁷²⁷ Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 65 OR.

⁷²⁸ Vgl. Oser/Schönenberger, N 5 zu Art. 65 OR, betr. Freskomalereien in einer Villa.

⁷²⁹ Bucher, S. 637; vgl. auch v. Tuhr/Peter, S. 37; Keller/Schäufelberger, S. 88.

⁷³⁰ Nutzungen sind in erster Linie die natürlichen und zivilen Früchte (z. B. Kapitalzinsen, Mietzinse), aber auch andere Vorteile, welche aus der Sache gezogen werden (z. B. Ersparung von Ausgaben infolge Gebrauchs einer Sache, v. Tuhr/Peter, S. 274 Anm. 24). Wenn jemand Kapital, das er ungerechtfertigt – z. B. aufgrund eines nichtigen Darlehensvertrages – erlangt hat, in seinem Betrieb anlegt und dadurch die Aufnahme von Fremdkapital vermeiden kann, so liegt in der damit verbundenen Zinsersparnis eine bereicherungsrechtlich erhebliche Nutzung (Becker, N 1 zu Art. 64 OR; vgl. BGH LM Nr. 17 zu § 818 BGB). Die Rechtsprechung zu § 818 BGB zählt zu den Nutzungen unter Umständen auch den Gewinn aus einem Gewerbebetrieb (vgl. z. B. BGH LM Nr. 7 zu § 818 Abs. 2 BGB); kritisch zu dieser Ausweitung des Nutzungsbegriffs Staudinger/Lorenz, N 12 zu § 818 BGB.

⁷³¹ Gauch/Schluep/Jäggi, Nr. 1146.

1. Haftung auch des gutgläubig Bereicherten für gezogene Nutzungen?

Die Frage einer Nutzungshaftung stellt sich nicht nur im Bereicherungs-, sondern 587 ebenso im Besitzesrecht. Hier ist vorgesehen, dass der nichtberechtigte, jedoch gutgläubige Besitzer einer fremden Sache «dadurch, dass er sie seinem vermuteten Rechte gemäss gebraucht und nutzt, dem Berechtigten nicht ersatzpflichtig» wird (Art. 938 Abs. 1 ZGB). Der gute Glaube schliesst eine Haftung für (gezogene) Nutzungen aus. Demgegenüber macht die bundesgerichtliche Rechtsprechung denjenigen, der rechtsgrundlos Eigentümer einer Sache ist und diese daher aus ungerechtfertigter Bereicherung herauszugeben hat, auch bei gutem Glauben für den Nutzen haftbar, den er aus der Sache zieht⁷³². «Für diese Schlechterstellung gegenüber dem gutgläubigen Besitzer» lässt sich, wie in der Lehre verschiedentlich betont wird, «eine einleuchtende Erklärung ... nicht geben»⁷³³. Das muss Anlass sein, die Frage der bereicherungsrechtlichen Nutzungshaftung neu zu überdenken. *Keller/Schaukelberger*⁷³⁴ schlagen vor, Nutzungen des gutgläubig Bereicherten nicht als ungerechtfertigt zu betrachten («der gute Glaube des Bereicherten rechtfertigt seine Nutzung»)⁷³⁵; als Konsequenz hieraus wollen sie dem gutgläubig Bereicherten die Nutzungshaftung gänzlich abnehmen. Diese Auffassung scheint mir im Ansatzpunkt richtig, sie bedarf aber der Ergänzung durch eine dem Art 939 Abs. 3 ZGB entsprechende Regelung⁷³⁶:

Der gutgläubig Bereicherte haftet für gezogene Nutzungen nicht, doch hat er sich 588 diese auf allfällige Ansprüche auf Verwendungsersatz (Art. 65 OR) anrechnen zu lassen. D. h. er kann nur insoweit Verwendungsersatz verlangen, als die Verwen-

⁷³² BGE 61 II 20, 64 II 132 (Rubrum), 136; ebenso der bernische Appellationshof in Zivilsachen in ZBJV 1937, S. 72. Die oft zitierten Entscheide BGE 80 II 159 und 84 II 186 betreffen die Bereicherungshaftung des bösgläubig Bereicherten und sind daher vorliegend nicht einschlägig. – Die bundesgerichtliche Auffassung wird in der Lehre weitgehend geteilt (z. B. *Bucher*, S. 632 unten/633; *Oser/Schönenberger*, N 3f. zu Art. 64 OR; *Bloch M.*, Haftung aus ungerechtfertigtem Besitz und aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1952, S. 7, 75, 76); abgelehnt wird sie hingegen von *Keller/Schaukelberger*, S. 66, auf deren Ansicht ich gleich nachstehend im Text zu sprechen komme.

⁷³³ *Guhl/Merz/Kummer*, S. 204; ebenso *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 1146; v. *Tuhr/Peter*, S. 501 Anm. 9; *Bloch*, zit. in Anm. 732, S. 75 unten.

⁷³⁴ S. 66.

⁷³⁵ Entsprechend nehmen Lehre (z. B. *Homberger*, N 12 zu Art. 938 ZGB) und Rechtsprechung (z. B. Rep 1971, S. 89; 1973, S. 335) an, der gutgläubige Besitzer sei um die gezogenen Nutzungen nicht ungerechtfertigt bereichert; anders BGE 84 II 377f.: die Art. 938–940 ZGB werden als eine dem Bereicherungsrecht vorgehende Spezialregelung betrachtet.

⁷³⁶ Es gibt kein Dogma, wonach Nutzungen des Bereicherungsgegenstandes ebenfalls als ungerechtfertigte Bereicherung anzusehen sind. Die herrschende Lehre vermittelt allerdings den gegenteiligen Eindruck, indem sie zwar den Widerspruch zwischen der Regelung von Art. 938 ZGB und der vom Bundesgericht befürworteten bereicherungsrechtlichen Nutzungshaftung immer wieder aufzeigt, aber nicht auszüräumen versucht. – Für die im Text vertretene Anwendung des Art. 939 Abs. 3 ZGB spricht sich neuerdings auch *Piotet*, SJZ 1984, S. 191f., aus.

dungen die gezogenen Nutzungen übersteigen. Sind umgekehrt die Nutzungen grösser als die (ersatzfähigen) Verwendungen, so sind jene «im überschüssenden Teil» auf die Vermögensnachteile anrechenbar, die nach Art. 64 OR die Bereicherungsforderung beschränken. Vermögensnachteile beschränken alsdann die Bereicherungsforderung nur in dem Masse, als sie die Nutzungen abzüglich der (ersatzfähigen) Verwendungen übersteigen. Gezogenen Nutzungen in dieser Weise Rechnung zu tragen, entspricht der Billigkeit und damit einem vorrangigen Ziel des Bereicherungsausgleichs (vgl. BGE 73 II 108; Nr. 550).

2. Haftung des bösgläubig Bereicherten für nicht gezogene Nutzungen?

- 589 Unbestritten ist, wie erwähnt, dass den gutgläubig Bereicherten für nicht gezogene Nutzungen keine Haftung trifft. Dasselbe soll nach der herrschenden Auffassung auch bei Bösgläubigkeit des Bereicherten gelten⁷³⁷. Begründet wird dies damit, «der Bereicherungsanspruch» erfasse «nur eine tatsächlich eingetretene und nicht auch eine fiktive ungerechtfertigte Bereicherung»⁷³⁸. Dem ist insoweit zuzustimmen, als einerseits Bereicherungsansprüche in der Tat nur «tatsächliche» Bereicherungen erfassen und andererseits nicht gezogene Nutzungen selbstverständlich keine «tatsächliche» Bereicherung darstellen. Fragen kann man sich hingegen, ob nicht schon die blossen Nutzungsmöglichkeit, sofern sie einen selbständigen Vermögenswert bildet⁷³⁹, Bereicherungsgegenstand im Sinne der Art. 62ff. OR sein kann. Unbenutztes Verstreichenlassen der Nutzungsmöglichkeit wäre solchenfalls als Bereicherungsentäusserung im Sinne von Art. 64 OR zu betrachten, was bei Bösgläubigkeit eine Ersatzpflicht im Betrage der unterlassenen Nutzungen zur Folge hätte.

⁷³⁷ So im Ergebnis z. B. *Haab/Simonius/Scherrer/Zobl*, N 19 zu Art. 714 ZGB; *Oser/Schönenberger*, N 4 zu Art. 64 OR; *Bussy*, S. 113ff.; ZBJV 1937, S. 72; ferner die in der folgenden Anm. zitierten *Keller/Schaufelberger*.

⁷³⁸ *Keller/Schaufelberger*, S. 83. – Haftung des bösgläubig Bereicherten für nicht gezogene Nutzungen wird hingegen bejaht von: v. *Büren* I, S. 314; *Bucher*, S. 633 Anm. 131; v. *Tuhr/Peter*, S. 511f.; und *Martin*, S. 108. v. *Büren* und *Bucher* begründen ihre Auffassung nicht; v. *Tuhr/Peter* und *Martin* wenden Art. 940 ZGB analog an. Ob diese Analogie zulässig ist, scheint zweifelhaft (ablehnend *Haab/Simonius/Scherrer/Zobl*, N 19 zu Art. 714 ZGB). – Das Obergericht Zürich will aus BGE 84 II 186 ableiten, ein Bereicherungszins sei «geschuldet, wenn der Bereicherte Zinsen gezogen hat oder ziehen konnte» (ZR 1977, Nr. 54, Erw. VI). Aus dem besagten Bundesgerichtsentscheid geht indes eindeutig hervor, dass nur gezogene Zinsen herauszugeben sind. Doch ist – so dürfte der fragliche Entscheid zu verstehen sein – für den Zinsbezug kein strikter Beweis erforderlich: Es genügt, dass der Bereicherte die Zinsen «erfahrungsgemäss» gezogen hat; alsdann besteht eine tatsächliche Vermutung für den Zinsbezug, die der Bereicherte zu entkräften hat. Vgl. in diesem Zusammenhang v. *Tuhr/Peter*, S. 502 Anm. 12, und *Bussy*, S. 116.

⁷³⁹ Dass Nutzungsmöglichkeiten einen selbständigen Vermögenswert darstellen können, sollte angesichts der Tatsache, dass sie täglich Gegenstand *entgeltlicher* Verträge sind, nicht streitig sein.

Die Idee, **Nutzungsmöglichkeiten als Bereicherungsgegenstand** aufzufassen, 590 scheint traditionellem schweizerischem Bereicherungsdenken fremd. Dagegen hat der Gedanke in die deutsche Lehre schon vor längerer Zeit Eingang gefunden⁷⁴⁰. Während jedoch das BGB nach dem Wortlaut des § 818 Abs. 1 nur «die gezogenen Nutzungen» zum Bereicherungsgegenstand rechnet⁷⁴¹, kennt das OR im Wortlaut der Art. 62 ff. OR eine entsprechende Beschränkung nicht. Damit ist die Möglichkeit gewahrt, auch blossen Nutzungsmöglichkeiten als Gegenstand der Bereicherung aufzufassen. Und von dieser Möglichkeit sollte m.E. Gebrauch gemacht werden⁷⁴². Zur Illustration sei nochmals auf das «Lotterie-Beispiel» aus Nr. 528 zurückgegriffen:

Wenn der bösgläubige A die Fr. 1000.– weder zinsbringend anlegt noch sonstwie 591 nutzt, so ist er doch für den üblichen Zins, den er hätte ziehen können, haftbar zu machen. Denn: In der Verfügbarkeit von Geld ist eine vermögenswerte Nutzungsmöglichkeit zu sehen; wer diese Möglichkeit vertut, kann sich bei Bösgläubigkeit nicht auf deren Wegfall berufen (Art. 64 OR), vielmehr haftet er auf den Wert der nicht gezogenen Nutzungen.

4. Kapitel Gutgläubensschutz im Abtretungsrecht

Das Abtretungsrecht enthält nach herkömmlicher Auffassung drei Gutgläubensvorschriften: Art. 164 Abs. 2, 167 und 18 Abs. 2 OR⁷⁴³. Die letzte Bestimmung ist zwar formell nicht dem Abtretungsrecht eingegliedert, materiell gehört sie aber hierher (BGE 88 II 426)⁷⁴⁴. Zu den erwähnten drei Bestimmungen kommt Art. 169 OR: Diese Bestimmung, formell keine Gutgläubensvorschrift, beinhaltet verschiedene Einzelregeln, darunter eine praktisch nicht unbedeutsame Gutgläubenschutzregel.

An allen abtretungsrechtlichen Gutgläubenschutztatbeständen sind (zumin- 593

⁷⁴⁰ Vgl. z. B. die beiden in Anm. 742 zitierten Autoren, ferner *Canaris*, JZ 1971, S. 561 linke Spalte unten.

⁷⁴¹ Das hat zur Folge, dass der bösgläubige Bereicherte für nicht gezogene Nutzungen nicht einfach Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB zu leisten hat, sondern gemäss § 818 Abs. 4 BGB i. V. m. §§ 292, 987 BGB bloss insoweit haftet, als in seinem Unterlassen ein schuldhafter Verstoß gegen die «Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft» zu sehen ist (vgl. *Canaris*, JZ 1971, S. 561 linke Spalte unten).

⁷⁴² Vgl. in diesem Zusammenhang die Aufsätze von *Lieb* und *Batsch* in NJW 1971, S. 1289 ff., bzw. NJW 1972, S. 611 ff.

⁷⁴³ Vgl. z. B. *Gaudy W.*, Die rechtliche Behandlung der Simulation nach OR Art. 18, Diss. Zürich 1927, S. 63 oben.

⁷⁴⁴ Vgl. § 405 BGB. Dieser vereinigt in sich zwei Regeln, von denen die eine dem Art. 18 Abs. 2 OR, die andere dem Art. 164 Abs. 2 OR entspricht.

dest) drei Personen beteiligt: Schuldner (*debitor cessus*), Gläubiger (Zedent) und ein Dritter, dem die zwischen Schuldner und Gläubiger bestehende Forderung zediert wird⁷⁴⁵ (Zessionar)⁷⁴⁶. Art. 18 Abs. 2 OR und Art. 164 Abs. 2 OR schützen den guten Glauben des *Zessionars*; demgegenüber schützen Art. 167 OR und die in Art. 169 OR enthaltene Gutgläubensschutzregel den guten Glauben des *Schuldners*. Im folgenden befasse ich mich zuerst mit dem Gutgläubensschutz des Zessionars (*I., II.*), darauf mit dem Gutgläubensschutz des Schuldners (*III., IV.*).

I. Art. 18 Abs. 2 OR

Art. 18 OR

Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.

Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, kann der Schuldner die Einrede der Simulation nicht entgegensetzen.

- 594 Das allgemeine Schuldrecht, auf das sich die vorliegende Arbeit beschränkt, schützt den guten Glauben des Zessionars grundsätzlich nicht: weder hinsichtlich des Bestands der abgetretenen Forderung noch hinsichtlich der Gläubigereigenschaft oder Verfügungsbefugnis des Zedenten. Eng umgrenzte Ausnahmen ergeben sich aus Art. 18 Abs. 2 OR und 164 Abs. 2 OR. Vorerst befasse ich mich nun mit Art. 18 Abs. 2 OR (zu Art. 164 Abs. 2 OR siehe Nr. 649 ff.): Ich gebe 1. einen Überblick über Tatbestand und Rechtsfolge. Hierauf behandle ich 2. den Tatbestand, dann 3. die Rechtsfolge im einzelnen. Schliesslich weise ich 4. auf analoge Anwendungsmöglichkeiten hin.

1. Regelungsgehalt im Überblick

- 595 Eine simulierte, d. h. zwischen «Gläubiger» und «Schuldner» in beidseitigem Einverständnis vorgetäuschte, Forderung ist ungültig (z. B. BGE 96 II 390; 52 II 68)⁷⁴⁷. Tritt der «Gläubiger» eine simulierte Forderung ab, so erwirbt der Zessionar eine bloss Schein-Forderung. Macht er diese geltend, kann der Schuldner die Erfüllung verweigern. Er tut dies mittels der sog. Simulationseinrede (vgl. Art. 18 Abs. 2 OR: «Einrede der Simulation»); darunter ist keine Einrede im technischen Sinne zu

⁷⁴⁵ Beim Tatbestand des Art. 18 Abs. 2 OR wird eine scheinbare Forderung zediert, nicht eine wirkliche.

⁷⁴⁶ Es können noch weitere Personen beteiligt sein (z. B. Nr. 615, 701).

⁷⁴⁷ Die Ungültigkeit ist nicht als Nichtigkeit zu qualifizieren (*Jäggli/Gauch*, N 121 zu Art. 18 OR, mit Hinweisen auf abweichende Literatur und Judikatur).

verstehen, sondern die Einwendung, die Forderung sei wegen Simulation ungültig⁷⁴⁸.

Die umschriebene Rechtslage besteht grundsätzlich auch bei Gutgläubigkeit des Zessionars. Eine Ausnahme gilt nach Art. 18 Abs. 2 OR immerhin dann, wenn der Zessionar «die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat». In diesem Fall ist der gute Glaube des Zessionars geschützt. Der Schutz besteht nach dem Wortlaut des Art. 18 Abs. 2 OR darin, dass «der Schuldner» dem Zessionar «die Einrede der Simulation nicht entgegensetzen» kann: Die Simulation ist im Verhältnis des (mitsimulierenden) «Schuldners» zum Zessionar unbeachtlich. Damit ist freilich über die Rechtsstellung des nach Art. 18 Abs. 2 OR geschützten Zessionars noch wenig ausgesagt. Um diese zu erfassen, hat man sich die *ratio* des Art. 18 Abs. 2 OR vor Augen zu halten: Durch die Bestimmung soll dem Zessionar die gleiche Rechtsstellung verschafft werden, wie wenn keine Simulation erfolgt wäre: Die Simulation soll ihm nicht zum Nachteil gereichen; umgekehrt soll seine Rechtslage durch die Simulation aber auch nicht verbessert werden, d. h. sie soll nicht besser sein, als wenn der Schuldner nicht simuliert hätte. Aus dem Gesagten folgt namentlich ein Zweifaches:

- Wäre die dem Zessionar abgetretene (simulierte) Forderung ohne Simulation eine wirkliche (nicht nur eine Schein-)Forderung, so ist sie unter den Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 2 OR als wirkliche Forderung zu betrachten. Mehr noch: Sie *ist* eine wirkliche Forderung: Der Zessionar hat «vermöge seines guten Glaubens eine Forderung» erworben, «die dem Abtretenden nicht zustand» (BGE 96 II 390). Der gutgläubige Erwerb der simulierten Forderung wirkt somit nach Art. 18 Abs. 2 OR rechtsbegründend⁷⁴⁹.
- Dem (mitsimulierenden) «Schuldner» stehen jene Einreden (einschliesslich der sog. Verrechnungseinrede⁷⁵⁰) und Einwendungen zu, die ihm zustehen würden, wenn das (schriftliche) Schuldbekenntnis nicht simuliert wäre⁷⁵¹.

Beispiel: Wenn der «Schuldner» bei Ausstellung des simulierten schriftlichen Schuldbekenntnisses urteilsunfähig ist, so kann er aus der simulierten Forderung zum vornherein nicht in Anspruch genommen werden. Zwar ist ihm unter den Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 2 OR der Einwand abgeschnitten, die Forderung sei simuliert; hingegen bleibt ihm trotz Art. 18 Abs. 2 OR die Einwendung gewahrt, schon mangels Urteilsfähigkeit sei keine Forderung entstanden⁷⁵².

⁷⁴⁸ v. Tuhr/Peter, S. 28 Anm. 28, S. 294, Text und Anm. 17; Jäggi/Gauch, N 124 zu Art. 18 OR. Zur Unterscheidung Einrede/Einwendung siehe v. Tuhr/Peter, S. 27 ff., und nachstehend im Text Nr. 708.

⁷⁴⁹ Z. B. Jäggi/Gauch, N 252 zu Art. 18 OR; v. Tuhr/Peter, S. 295; v. Tuhr/Escher, S. 365; Gaudy, zit. in Anm. 743, S. 67 unten/68; neuerdings Kramer, N 168 zu Art. 18 OR.

⁷⁵⁰ Die Verrechnungseinrede (z. B. BGE 95 II 238, 85 II 113) ist keine Einrede im technischen Sinne, sondern ein Gestaltungsrecht (v. Tuhr/Escher, S. 204).

⁷⁵¹ Das gilt allerdings nur mit gewissen Einschränkungen (Nr. 630 ff.).

⁷⁵² Vgl. Jäggi P., Allgemeines Wertpapierrecht, Basel und Stuttgart 1977, S. 24 Anm. 5.

- 600 Gewöhnlich wird als Rechtsfolge des Art. 18 Abs. 2 OR die Entstehung der zedierten Forderung bezeichnet⁷⁵³. Diese Auffassung ist nach dem in Nr. 597 Gesagten nur dann zutreffend, wenn die Forderung nicht neben der Simulation noch weitere Mängel aufweist, die ihre Entstehung hindern. Dass keine solchen Mängel vorliegen, wird im folgenden unterstellt; ausgehend von dieser Hypothese ist in der Tat die Entstehung einer Forderung als Rechtsfolge des Art. 18 Abs. 2 OR anzusehen.

2. Tatbestand

- 601 Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 18 Abs. 2 OR sind aus dem unter Ziff. 1 Gesagten leicht herauszulesen; es sind dies: *A.* Simulation eines schriftlichen Schuldbekenntnisses; *B.* Abtretung der simulierten Forderung an einen Dritten; *C.* Forderungserwerb des Dritten im Vertrauen auf das schriftliche Schuldbekenntnis.

A. Simulation eines schriftlichen Schuldbekenntnisses

- 602 Zentrales Tatbestandsmerkmal des Art. 18 Abs. 2 OR ist die Ausstellung eines simulierten schriftlichen Schuldbekenntnisses durch den (mitsimulierenden) «Schuldner». Die einzelnen Elemente dieses Tatbestandsmerkmals sind nun gesondert darzustellen:
- 603 1. «Das Schuldbekenntnis ist die Erklärung eines Schuldners an den Gläubiger, dass eine bestimmte Schuld bestehe.»⁷⁵⁴ Es umfasst sowohl das **Schuldversprechen**, das auf Begründung einer Schuld gerichtet ist, wie auch das **Schuldanerkenntnis**, worin eine (angeblich) bestehende Schuld lediglich bestätigt wird⁷⁵⁵. In der Praxis kommt das Schuldbekenntnis in sehr verschiedenen Erscheinungsformen vor. Es kann z. B. als blosser Mitteilung einer schuldbegründenden Tatsache abgefasst sein («ich bestätige den Empfang des Darlehens von Fr. 1000.–»), als Äusserung einer Rechtsansicht («ich schulde Fr. 1000.–») oder als Versprechen, eine Schuld zu erfüllen («ich verspreche, das Darlehen von Fr. 1000.– zurückzubezahlen»)⁷⁵⁶.
- 604 *Unerheblich* ist nach Art. 18 Abs. 2 OR: 1. Ob die Erklärung des Schuldbestands mit oder ohne Angabe des Verpflichtungsgrundes abgegeben wird («ich bestätige die Schuld von Fr. 1000.–»; oder: «ich bestätige die Darlehensschuld von

⁷⁵³ Z. B. Jäggli/Gauch, N 252 zu Art. 18 OR; BGE 96 II 390.

⁷⁵⁴ Jäggli/Gauch, N 238 zu Art. 18 OR; ebenso Jäggli, zit. in Anm. 752, S. 13; Schönenberger/Jäggli, N 5 zu Art. 17 OR. Einzelheiten zum Begriff des Schuldbekenntnisses finden sich bei Jäggli, N 48 ff. zu Art. 965 OR.

⁷⁵⁵ Z. B. Bircher, S. 40; Oser/Schönenberger, N 21 zu Art. 18 OR.

⁷⁵⁶ Vgl. Jäggli, zit. in Anm. 752, S. 13; ders., N 62 zu Art. 965 OR.

Fr. 1000.–»⁷⁵⁷. 2. Welchen Inhalt die (simulierte) Forderung (dem Schein nach) hat. 3. Zu welchem Zweck das Schuldbekenntnis erfolgt⁷⁵⁸. Überholt ist die Auffassung, es müsse auf Täuschung des späteren Erwerbers der Forderung angelegt sein⁷⁵⁹. Dieser Fall ist sogar von praktisch untergeordneter Bedeutung. Viel wichtiger ist z. B. die (teilweise) Simulation der Kaufpreisschuld in Grundstückskaufverträgen zwecks Täuschung der Steuerbehörden (vgl. Nr. 611, 612, 632).

Das Schuldbekenntnis richtet sich immer an den *Gläubiger*⁷⁶⁰. Zeichnet der Schuldner eine Schuld für sich auf (z. B. in den Geschäftsbüchern) oder zuhanden eines Nichtgläubigers (z. B. der Steuerbehörde oder eines Geschäftübernehmers), liegt demnach kein Schuldbekenntnis im Sinne des Art. 18 Abs. 2 OR vor. 605

2. Das Schuldbekenntnis muss – wie Art. 18 Abs. 2 OR ausdrücklich bestimmt – **schriftlich** festgehalten sein. Eine besondere Urkunde braucht jedoch nicht ausgestellt zu werden⁷⁶¹; so kann z. B. auch ein Brief mit vorwiegend familiären Mitteilungen zugleich ein Schuldbekenntnis im Sinne unserer Bestimmung enthalten⁷⁶². Schriftlichkeit bedeutet nicht auch Unterschriftlichkeit; der dem Schuldnerschutz dienende Art. 13 OR ist nach seiner *ratio legis* nicht anwendbar⁷⁶³. 606

Sehr umstritten ist, ob die «schriftliche Fixierung» (*Becker*) eines **synallagmatischen Vertrags** dem Art. 18 Abs. 2 OR Genüge tut. Noch 1942 konnte *Maday* feststellen, die Frage werde von der herrschenden Lehre verneint⁷⁶⁴. *Maday* selbst war gegenteiliger Auffassung⁷⁶⁵; ihm haben sich *Bircher*⁷⁶⁶ und neuerdings *Jäggi/Gauch*⁷⁶⁷ angeschlossen, letztere mit überzeugender Begründung: «Hier [bei Art. 18 Abs. 2 OR] kommt es einzig darauf an, dass das schriftliche Schuldbekenntnis geeignet ist, das (begründete) Vertrauen des Erwerbers in den Bestand der simulierten Forderung zu wecken (oder zu bestätigen) und den Erwerber durch Schaffung eines falschen Rechtsscheins über die Simulation hinwegzutäuschen. Deshalb kann auch das gegenseitige Schuldversprechen eines synallagmatischen Vertrages ein schriftliches Schuldbekenntnis nach Abs. 2 sein ...» Wenn sich also 607

⁷⁵⁷ Z. B. *Jäggi/Gauch*, N 238 zu Art. 18 OR; *Ehrenzeller M.*, Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1951, S. 32; *Oser/Schönenberger*, N 21 zu Art. 18 OR; anders *Alai D.*, La cession des créances en droit suisse, Diss. Genf 1966, S. 100, der auf Art. 17 OR verweist.

⁷⁵⁸ *Jäggi/Gauch*, N 238 zu Art. 18 OR.

⁷⁵⁹ Vgl. demgegenüber *Ehrenzeller*, zit. in Anm. 757, S. 33f.

⁷⁶⁰ *Jäggi/Gauch*, N 239 zu Art. 18 OR; *Jäggi*, N 58 zu Art. 965 OR.

⁷⁶¹ *Jäggi/Gauch*, N 240 zu Art. 18 OR.

⁷⁶² Vgl. *Jäggi*, N 45 zu Art. 965 OR.

⁷⁶³ Im Ergebnis ebenso *Jäggi/Gauch*, N 240 zu Art. 18 OR, entgegen *Ehrenzeller*, zit. in Anm. 757, S. 32f.

⁷⁶⁴ *Maday*, SJK Karte Nr. 606, S. 7 unten, mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung. Seither hat sich auch *Ehrenzeller*, zit. in Anm. 757, S. 32, gegen die Subsumption schriftlicher synallagmatischer Verträge unter Art. 18 Abs. 2 OR ausgesprochen.

⁷⁶⁵ *Maday*, zit. in Anm. 764, S. 7 unten /8; er stützt sich auf *Gaudy*, zit. in Anm. 743, S. 64f.

⁷⁶⁶ S. 42.

⁷⁶⁷ N 241 zu Art. 18 OR.

z. B. A von B eine Mietzinsforderung gegen C abtreten lässt, und das gestützt auf einen von B und C abgeschlossenen schriftlichen (simulierten) Mietvertrag, so kann dem A die Berufung auf Art. 18 Abs. 2 OR jedenfalls nicht mit dem Argument abgeschnitten werden, der Mietvertrag stelle kein «schriftliches Schuldbekenntnis» im Sinne dieser Bestimmung⁷⁶⁸ dar⁷⁶⁹.

608 Unter jenen Autoren, die schriftliche synallagmatische Verträge vom Anwendungsbereich des Art. 18 Abs. 2 OR ausnehmen, besteht im übrigen keine Einigkeit, was den Begriff des «schriftlichen Schuldbekenntnisses» anbelangt: Nach der einen Auffassung erfasst der Begriff nur ein schriftlich abgefasstes *einseitiges Schuldbekenntnis*, nach der andern hingegen auch *einseitige* und *unvollkommen zweiseitige Verträge*, sofern verurkundet⁷⁷⁰.

609 3. Art. 18 Abs. 2 OR betrifft (unmittelbar) nur den Fall, da das (schriftliche) Schuldbekenntnis simuliert ist: Der «Schuldner» gibt das Schuldbekenntnis nur zum Schein ab, und das im Einverständnis mit dem «Gläubiger»; die Parteien sind sich einig, dass eine Bindung nicht bestehen soll.

610 Nicht vorausgesetzt ist von Art. 18 Abs. 2 OR, dass die ganze Forderung simuliert wird. Die Bestimmung erfasst auch den Fall, da eine Forderung tatsächlich besteht, jedoch ein zu hoher Forderungsbetrag vorgetäuscht wird: «Der gutgläubige Erwerber wird unter den Voraussetzungen des Abs. 2 im Umfange der Simulation geschützt.»⁷⁷¹ Soweit die Forderung tatsächlich besteht, braucht nicht auf Art. 18 Abs. 2 OR gegriffen zu werden: Der Forderungsübergang vollzieht sich nach den allgemeinen Abtretungsregeln, den Art. 164 ff. OR. Diese Bestimmungen – und nicht Art. 18 Abs. 2 OR – sind auch dann massgebend, wenn der Betrag der tatsächlichen Forderung über den simulierten Betrag hinausgeht.

611 Unter Umständen bewirkt die Simulation eines zu hohen oder zu niedrigen Forderungsbetrages, dass überhaupt keine Forderung entsteht, auch nicht insoweit, als die Parteien eine Forderung ernstlich begründen wollen. Bei einem solchen Sachverhalt findet Art. 18 Abs. 2 OR Anwendung, wie wenn die ganze Forderung simuliert worden wäre. Wird z. B. beim *Grundstückkauf* ein zu niedriger (zu hoher) Kaufpreis verurkundet, so entsteht keine (gültige) Kaufpreisforderung⁷⁷². Doch erwirbt der Zessionar einer solchen (Schein-)«Forderung» unter den

⁷⁶⁸ Für Schuldbekenntnisse in Inhaber- und Ordrepapieren gelten besondere Bestimmungen über den Gutglaubensschutz (Art. 979 und 1146 OR), die Art. 18 Abs. 2 OR von der Anwendung ausschliessen. Demgegenüber gilt Art. 18 Abs. 2 OR auch für das in einem Namenpapier verurkundete Schuldbekenntnis. So *Jäggli/Gauch*, N 241 zu Art. 18 OR, mit weiteren Hinweisen.

⁷⁶⁹ Hingegen bleibt C z. B. der Einwand offen, A habe nicht «im Vertrauen auf» den schriftlichen Mietvertrag «erworben» (Art. 18 Abs. 2 OR).

⁷⁷⁰ Im ersteren Sinne (wohl) *Oser/Schönenberger*, N 21 zu Art. 18 OR (Hinweis auf Art. 17 OR); ZR 1910, S. 36, zu Art. 16 aOR; im letztern Sinne hingegen *Becker*, N 30 zu Art. 18 OR.

⁷⁷¹ *Jäggli/Gauch*, N 242 zu Art. 18 OR; *Kramer*, N 169 zu Art. 18 OR.

⁷⁷² *Jäggli/Gauch*, N 155 zu Art. 18 OR.

Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 2 OR eine wirkliche Forderung in Höhe des verkündeten Kaufpreises⁷⁷³.

Bei einem synallagmatischen Vertrag kann die (teilweise) Simulation einer Forderung auch die **Ungültigkeit der gewollten (nicht simulierten) Gegenforderung** herbeiführen. Wird nun die Gegenforderung abgetreten, so muss der Zessionar unter den Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 2 OR ebenfalls geschützt sein: Die Bestimmung findet zwar keine unmittelbare Anwendung, wohl aber analoge; denn es würde dem Grundgedanken des Art. 18 Abs. 2 OR widersprechen, wenn der «Schuldner» der Gegenforderung die Ungültigkeit der simulierten Forderung und die damit verbundene Ungültigkeit der Gegenforderung anrufen könnte. Wird beispielsweise beim *Grundstückskaufvertrag* die Kaufpreisforderung (teilweise) simuliert, so ist nicht nur diese ungültig, sondern ebenso die Gegenforderung auf Übereignung des Grundstücks. Tritt nun der Käufer die (scheinbare) Forderung auf Grundstücksübereignung ab, so hat der Verkäufer dem Zessionar das Grundstück unter den Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 2 OR zu übereignen. 612

B. Abtretung der simulierten Forderung an einen Dritten

1. Art. 18 Abs. 2 OR setzt einen (Abtretungs-)Vertrag voraus, worin der «Gläubiger» der simulierten Forderung diese einem Dritten als Zessionar überträgt. Der Abtretungsvertrag hat den allgemeinen Gültigkeitserfordernissen zu genügen. Wo dies nicht zutrifft (es fehlt dem «Gläubiger» beispielsweise die Urteilsfähigkeit, oder das Formerfordernis des Art. 165 OR ist nicht eingehalten), findet der Zessionar keinen Schutz gemäss Art. 18 Abs. 2 OR. Denn nach dieser Bestimmung ist nur *ein* Mangel des Forderungserwerbs heilbar: die Simulation der zedierten Forderung, andere Mängel sind es nicht. 613

Gleichgültig ist der **Rechtsgrund der Abtretung**: «ob diese z.B. kaufswise, zahlungshalber oder an Zahlungsstatt vorgenommen wird»⁷⁷⁴. Auch ein Schenkungsvertrag kann dem Forderungserwerb zugrundeliegen⁷⁷⁵. Unerheblich ist ferner, ob die Abtretungsurkunde auf das schriftliche Schuldbekenntnis Bezug nimmt oder nicht⁷⁷⁶. 614

⁷⁷³ So wohl im Ergebnis auch *Kellerhals A.*, Simulation im Grundstückskauf, Diss. Bern 1952, S. 134f.

⁷⁷⁴ *Jäggi/Gauch*, N 243 zu Art. 18 OR.

⁷⁷⁵ Ebenso *Oser/Schönenberger*, N 21 zu Art. 18 OR. – Gegenteiliger Ansicht hingegen *Ehrenzeller*, zit. in Anm. 757, S. 66 unten/67; *Gaudy*, zit. in Anm. 743, S. 72 f.; *Maday*, SJK Karte Nr. 606, S. 8. *Jäggi/Gauch* bringen Art. 18 Abs. 2 OR zwar auch bei Schenkung einer simulierten Forderung zur Anwendung, doch soll der Zessionar diesfalls nicht die der simulierten Forderung entsprechende Leistung verlangen können, sondern nur Ersatz «des Schadens, der ... auch in nutzlos gewordenen Aufwendungen oder in entgangenem Vorteil» bestehen kann (N 243, 256 zu Art. 18 OR).

⁷⁷⁶ *Jäggi/Gauch*, N 249 zu Art. 18 OR.

- 615 2. Art. 18 Abs. 2 OR setzt nicht voraus, dass der Zessionar mit dem ursprünglichen (mitsimulierenden) «Gläubiger» kontrahiert: An dessen Stelle kann ein *Rechtsnachfolger* (Erbe, Zessionar) die Übertragung vornehmen⁷⁷⁷. Auch in diesem Fall wird der Zessionar unter den Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 2 OR geschützt⁷⁷⁸. Auf Art. 18 Abs. 2 OR muss aber freilich nur dann gegriffen werden, wenn der Rechtsnachfolger des (mitsimulierenden) «Gläubigers» nicht schon selbst (nach Art. 18 Abs. 2 OR oder einer andern Bestimmung) eine gültige Forderung erworben hat; in diesem Fall richtet sich der Forderungserwerb des Zessionars vom Rechtsnachfolger nach den Art. 164 ff. OR (Nr. 637).
- 616 Keine Anwendung findet Art. 18 Abs. 2 OR hingegen dann, wenn ein *Unberechtigter* (nicht ein Rechtsnachfolger des mitsimulierenden «Gläubigers») die simulierte Forderung zediert, z.B. ein Dieb, der das schriftliche Schuldbekenntnis dem «Gläubiger» entwendet hat.
- 617 3. Art. 18 Abs. 2 OR betrifft unmittelbar nur den Forderungserwerb durch Zession. Das geht zwar nicht aus seinem Wortlaut hervor, wohl aber aus dem systematischen Zusammenhang mit Art. 164 Abs. 2 OR: Diese Bestimmung ist unmittelbar nur auf den vertraglichen Forderungserwerb anwendbar (Nr. 656); für Art. 18 Abs. 2 OR kann angesichts seiner engen Verwandtschaft mit Art. 164 Abs. 2 OR (vgl. Nr. 593, 594) nichts anderes gelten. Das ist im Ergebnis auch weitgehend anerkannt⁷⁷⁹. Dem Gesagten zufolge findet Art. 18 Abs. 2 OR in folgenden Fällen **keine unmittelbare Anwendung**:
- 618 – Einmal, wenn Gesetz oder Richterspruch den Übergang einer simulierten Forderung vorsehen. Auch eine analoge Anwendung unserer Bestimmung ist grundsätzlich ausgeschlossen; so vor allem im Fall, da eine Erbengemeinschaft eine Hinterlassenschaft mit einer simulierten Forderung antritt⁷⁸⁰. Dem Erwerb durch Zession wird hingegen zu Recht der Zuschlag in der Zwangsverwertung gleichgestellt⁷⁸¹; in diesem Fall ist die Analogie zu Art. 18 Abs. 2 OR (ausnahmsweise) zu bejahen.
- 619 – Sodann, wenn jemand eine Forderung zwar durch Vertrag erwirbt, aber nicht durch Abtretungsvertrag. Auch eine analoge Anwendung des Art. 18 Abs. 2 OR ist grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme gilt für den Forderungskauf anlässlich einer freiwilligen Versteigerung. Nicht unter Art. 18 Abs. 2 OR hingegen fällt der Erwerb einer simulierten Forderung durch Erbteilungsvertrag, da sich

⁷⁷⁷ Jäggi/Gauch, N 244 zu Art. 18 OR.

⁷⁷⁸ So auch Bircher, S. 44; entsprechend für das deutsche Recht die konstante Lehre und Rechtsprechung: z. B. Oertmann, N 3 zu § 405 BGB; RGZ 135, S. 161, 162.

⁷⁷⁹ Z. B. Maday, SJK Karte Nr. 606, S. 8 (Nichtanwendbarkeit des Art. 18 Abs. 2 OR bei einem «Rechtsübergang von Gesetzes wegen»); Jäggi/Gauch, N 245 zu Art. 18 OR.

⁷⁸⁰ Jäggi/Gauch, N 245 zu Art. 18 OR; a. A. jedoch ZBGR 1948, S. 331 f.

⁷⁸¹ Jäggi/Gauch, N 245 zu Art. 18 OR.

die Erben die Simulation des Erblassers wie eine eigene anrechnen lassen müssen⁷⁸².

C. Forderungserwerb im Vertrauen auf das schriftliche Schuldbekenntnis

Art. 18 Abs. 2 OR setzt schliesslich voraus, dass der Zessionar die simulierte Forderung «im Vertrauen auf» das schriftliche Schuldbekenntnis erwirbt. Dieses Tatbestandsmerkmal umfasst zwei Elemente: Der Zessionar muss die simulierte Forderung in Kenntnis des Schuldbekenntnisses erwerben⁷⁸³; und er muss im Zeitpunkt der Zession darauf vertrauen, die Forderung sei eine wirkliche, nicht nur eine scheinbare⁷⁸⁴. Im einzelnen:

a) Kenntnis vom schriftlichen Schuldbekenntnis

Der Zessionar nimmt vom schriftlichen Schuldbekenntnis Kenntnis, und zwar **bei oder vor der Abtretung**. Erfolgt die Kenntnisnahme erst später oder überhaupt nicht, so «hat er im Zeitpunkt der Abtretung die Gefahr des Nichtbestehens der Schuld auf sich genommen. Art. 18 Abs. 2 OR ist daher nicht anwendbar» (BGE 96 II 391).

Die Kenntnisnahme muss eine **unmittelbare** sein⁷⁸⁵, d. h. das Schuldbekenntnis muss dem Zessionar (bei der Abtretung oder in einem früheren Zeitpunkt) vorliegen⁷⁸⁶.⁷⁸⁷ Es genügt also nicht, dass sich der Zessionar mit der Zusicherung des «Gläubigers», es bestehe ein Schuldbekenntnis, zufriedengibt⁷⁸⁸.

b) Berechtigte Gutgläubigkeit

1. Der Zessionar muss die Forderung in gutem Glauben erwerben. Der gute Glaube ist als **Vertrauen** zu verstehen, **die Forderung sei eine wirkliche**, nicht bloss eine simulierte. An diesem Vertrauen fehlt es, wie bereits im ersten Teil der Arbeit

⁷⁸² Jäggi/Gauch, N 245 zu Art. 18 OR.

⁷⁸³ Anderer Ansicht Jäggi, N 96 (Kleindruck) zu Art. 3 ZGB.

⁷⁸⁴ Jäggi/Gauch, N 247 zu Art. 18 OR.

⁷⁸⁵ Kenntnisnahme von einer Kopie des Schuldbekenntnisses genügt (Jäggi/Gauch, N 246 zu Art. 18 OR).

⁷⁸⁶ Besitz am Schuldbekenntnis ist hingegen nicht verlangt; anders noch Art. 16 Abs. 2 aOR. Auf das Besitzerfordernis verzichtete man bei der Revision des OR absichtlich (Sten Bull NR 1909, S. 1033, 474).

⁷⁸⁷ Leumann O., Rechtsschein und Offenkundigkeitsgedanke im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1933, S. 39; Jäggi/Gauch, N 246 zu Art. 18 OR; ebenso für das deutsche Recht (§ 405 BGB): z. B. Weber, RGRK, N 8 zu § 405 BGB; RGZ 124, S. 222; RGZ 111, S. 47 unten/48.

⁷⁸⁸ Bircher, S. 42; Jäggi/Gauch, N 246 zu Art. 18 OR; a. A. hingegen Gaudy, zit. in Anm. 743, S. 66.

dargelegt (Nr. 98), in zwei Fällen: Einmal, wenn der Zessionar um die Simulation *weiss*; ferner, wenn er *Zweifel hat*, ob die Forderung simuliert ist oder nicht.

- 624 Der dem Art. 18 OR entsprechende Art. 16 des aOR hatte das Gutgläubigkeits-
erfordernis noch ausdrücklich erwähnt. Bei der Revision des OR hat man auf
spezielle Nennung des Erfordernisses verzichtet. Dafür wurde neu gesagt, der
Forderungserwerb müsse «im Vertrauen auf» das Schuldbekenntnis erfolgen; im
Vertrauenselement sah man offenbar auch das Gutgläubigkeitserfordernis mitbein-
hältet.

- 625 2. Der gute Glaube muss im Sinne von **Art. 3 Abs. 2 ZGB** berechtigt sein⁷⁸⁹.
Der (gutgläubige) Zessionar ist daher nach Art. 18 Abs. 2 OR zum vornherein
nicht geschützt, wenn er «auf Grund der Urkunde oder anderer Umstände erken-
nen kann (oder Anlass zu ernsthaftem Verdacht hat), dass das Schuldbekenntnis
simuliert wurde; so z.B. dann, wenn «Gläubiger» oder «Schuldner» als unseriös
bekannt sind und der Dritte geschäftserfahren ist»⁷⁹⁰.

- 626 3. Der (berechtigte) gute Glaube muss im **Zeitpunkt der Forderungsabtretung**
gegeben sein. Erfährt der Dritte erst nachher «von der Simulation, so hat er
gleichwohl im Vertrauen auf das Schuldbekenntnis erworben; Abs. 2 ist anwend-
bar»⁷⁹¹ (*mala fides superveniens non nocet*, Nr. 184).

3. Rechtsfolge

- 627 Die Rechtsfolge des Art. 18 Abs. 2 OR besteht im Ausschluss der Simulationsein-
rede; andere Einreden⁷⁹² nimmt Art. 18 Abs. 2 OR dem (mitsimulierenden)
Schuldner nicht. Das wurde bereits in Nr. 596ff. erwähnt. Das dort Gesagte bleibt
allerdings noch zu vervollständigen und zu präzisieren:

- 628 1. Entgegen dem, was *Jäggli/Gauch*⁷⁹³ anzunehmen scheinen, bleibt dem Schuld-
ner auch bei Vorliegen des Tatbestands von Art. 18 Abs. 2 OR die **Einrede des
nicht erfüllten Vertrags** gewahrt. Spricht man dem Zessionar diese Einrede ab, so
stellt man ihn schlechter, als wenn die Forderung nicht simuliert wäre. Das wider-
spricht der ratio des Art. 18 Abs. 2 OR (vgl. Nr. 596).

- 629 Beispiel: A und B schliessen einen schriftlichen teilweise simulierten Kaufvertrag: A
verpflichtet sich ernsthaft zur Übereignung einer Kuh, wogegen die Preiszahlungspflicht des B
simuliert ist. Wenn sich nun C gestützt auf die Vertragsurkunde die simulierte Kaufpreisforde-
rung abtreten lässt, so ist er in seinem Erwerb unter den Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 2

⁷⁸⁹ *Jäggli/Gauch*, N 248 zu Art. 18 OR.

⁷⁹⁰ *Jäggli/Gauch*, N 248 zu Art. 18 OR.

⁷⁹¹ *Jäggli/Gauch*, N 248 zu Art. 18 OR.

⁷⁹² Einschliesslich Einwendungen und der «Verrechnungseinrede» (Anm. 750).

⁷⁹³ N 252 zu Art. 18 OR.

OR geschützt. Doch hat B alle Einreden, die ihm zustünden, wenn die Kaufpreisschuld nicht simuliert wäre. So steht ihm namentlich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu, sofern er nicht gemäss dem simulierten Kaufvertrag vorleistungspflichtig ist. C kann also die Kaufpreisforderung gegen den Willen des B nur dann durchsetzen, wenn er dafür sorgt, dass dem B die im Kaufvertrag versprochene Kuh übereignet wird. (Vgl. auch das Beispiel in Nr. 632.)

2. Der Satz, wonach dem (mitsimulierenden) «Schuldner» nach Art. 18 Abs. 2 630
OR alle Einreden gewahrt bleiben, die ihm zustehen würden, wenn das Schuldbe-
kenntnis nicht simuliert wäre (Nr. 598), erleidet Ausnahmen, die sich aus der
Eigenart des jeweiligen (Ausnahme-)Tatbestandes erklären lassen:

- Die *erste Ausnahme* betrifft den Tatbestand eines voll simulierten synallagmati- 631
schen Vertrages. Darunter ist ein Vertrag zu verstehen, der in seiner Ganzheit
ein Scheingeschäft ist; namentlich sind auch die gegenseitigen Forderungen
simuliert. Unterstellen wir, dass eine dieser Forderungen zediert wird und der
Tatbestand des Art. 18 Abs. 2 OR erfüllt ist. Macht nun der Zessionar die
zedierte Forderung geltend, so kann der «Schuldner», falls die Forderung auch
ohne Simulation ungültig wäre (z. B. wegen eines Formmangels), grundsätzlich
einwenden, er sei trotz Vorliegens der Voraussetzungen von Art. 18 Abs. 2 OR
nicht verpflichtet. Dieser Einwand ist ihm richtigerweise jedoch dann abzu-
schneiden, wenn die zedierte Forderung, wäre sie nicht simuliert, nur gerade
wegen der Simulation der Gegenforderung ungültig wäre. In einem solchen Fall
verlangt der Grundgedanke des Art. 18 Abs. 2 OR, dass sich der «Schuldner»
der zedierten Forderung nicht auf die Simulation der Gegenforderung berufen
kann. Die zedierte simulierte Forderung ist dementsprechend (Tatbestand des
Art. 18 Abs. 2 unterstellt) als gültig zu erachten. Dem Schuldner sind aber
immerhin jene Einreden zuzuerkennen, die er hätte, wenn weder Forderung
noch Gegenforderung simuliert worden wären. Dies wiederum aufgrund des
Gedankens, dass die Rechtsstellung des Zessionars durch die Simulation des
«Schuldners» zwar nicht verschlechtert, aber auch nicht verbessert werden soll
(Nr. 596).

Beispiel: A und B schliessen einen voll simulierten schriftlichen Kaufvertrag, 632
worin sich A zur Übereignung eines Grundstücks «verpflichtet», B zur Zahlung
von Fr. 100000.-. Die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung wäre selbst
dann ungültig, wenn sie gewollt wäre. Denn wegen der Simulation der Kaufpreis-
forderung wäre der wirkliche übereinstimmende Parteiwille nicht in die vom
Gesetz (Art. 216 OR) geforderte Form gekleidet und daher auch nicht verbind-
lich (vgl. BGE 71 II 100)⁷⁹⁴. Wenn sich nun C die (simulierte) Forderung auf
Grundstücksübereignung abtreten lässt, so kann A die Erfüllung nicht mit dem
Argument verweigern, die Pflicht zur Grundstücksübereignung wäre wegen der
Simulation der Kaufpreisforderung selbst dann ungültig, wenn sie nicht simuliert
wäre. Hingegen hat A jene Einreden, die er hätte, wenn Forderung *und* Gegen-

⁷⁹⁴ Jäggi/Gauch, N 143 zu Art. 18 OR.

forderung nicht simuliert worden wären. A steht demnach auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu, falls er nicht gemäss dem simulierten Vertrag vorleistungspflichtig ist (vgl. das Beispiel in Nr. 629). Dieses Ergebnis scheint mir gerecht, hätte doch C auch bei Gültigkeit des Kaufvertrags mit der besagten Einrede rechnen müssen. Unzutreffend wäre die Argumentation, A verdiene wegen der Simulation keinen Schutz. Nicht das ist entscheidend; entscheidend ist vielmehr, dass Art. 18 Abs. 2 OR die Rechtslage des Zessionars gegenüber derjenigen, die ohne Simulation bestünde, nicht verbessern will. (Es ist zu beachten, dass Art. 18 Abs. 2 OR nicht eine «Bestrafung» des simulierenden «Schuldners» bezweckt, sondern den Schutz des Zessionars.)

633 – Eine *zweite Ausnahme* betrifft folgenden Fall: Der «Schuldner» der zedierten simulierten Forderung hat gegen den Zedenten (den simulierenden «Gläubiger» oder dessen Rechtsnachfolger) eine Forderung; diese stellt er dem Zessionar gegenüber, der nach Art. 18 Abs. 2 OR eine wirkliche (gültige) Forderung erworben hat, zur Verrechnung. Und zwar mit der Begründung, das Verrechnungsrecht («Verrechnungseinrede») würde ihm (gestützt auf Art. 169 OR) auch dann zustehen, wenn die zedierte Forderung nicht simuliert gewesen wäre. Mit dieser Begründung ist der Schuldner m. E. nicht zu hören. Denn:

634 Das in Art. 169 OR vorgesehene Verrechnungsrecht schützt den Schuldner in seiner Erwartung, eine gegen den Zedenten bestehende Forderung mit einer Gegenforderung des Zedenten verrechnen zu können. Eine solche Erwartung hat der Schuldner beim Tatbestand des Art. 18 Abs. 2 OR nicht, da die Gegenforderung des Zedenten ja simuliert ist, nach Meinung von «Schuldner» und Zedent also keinen Bestand hat. Art. 169 OR ist daher nach seinem Sinn und Zweck nicht anzuwenden, wenn eine nach Art. 18 Abs. 2 OR entstandene Forderung dem (seinerzeit mitsimulierenden) Schuldner gegenüber geltend gemacht wird⁷⁹⁵.

635 3. Entsteht nach Art. 18 Abs. 2 OR eine (wirkliche) Forderung, so entsteht sie *ex lege* und nicht bloss auf Wunsch des Zessionars hin⁷⁹⁶. Dieser ist daher nicht frei zu entscheiden, ob er den (mitsimulierenden) «Schuldner» nach Art. 18 Abs. 2 OR belangen oder die Forderung als nicht-existent betrachten und gegen den Zedenten Gewährleistungsansprüche nach Art. 171 Abs. 1 OR stellen will.

⁷⁹⁵ Vgl. demgegenüber *Weber*, RGRK, N 14 zu § 405 BGB, und RGZ 87, S. 424, in bezug auf das deutsche Recht.

⁷⁹⁶ Vgl. demgegenüber *Canaris*, S. 519, in bezug auf das deutsche Recht. – Missverständnis *Jäggli/Gauch*, N 250 zu Art. 18 OR. Diese scheinen die «Geltendmachung der übertragenen Forderung» als Tatbestandsmerkmal des Art. 18 Abs. 2 OR aufzufassen. Damit erwecken sie einen zweifach falschen Eindruck: Einmal, die Forderung entstehe nur auf Wunsch des Zessionars hin. Zum zweiten, die Forderung entstehe – wenn überhaupt – erst im Zeitpunkt ihrer Geltendmachung, während sie nach zutreffender Auffassung (*Engel*, S. 160 unten) bereits im Zeitpunkt der Zession entsteht.

4. Die Modalitäten einer nach Art. 18 Abs. 2 OR entstandenen Forderung 636
richten sich nach dem Inhalt des (simulierten) schriftlichen Schuldbekenntnisses⁷⁹⁷,
subsidiär nach dem Gesetz. Ist in jenem z. B. ein Fälligkeitstermin angegeben, so
gilt dieser auch für die nach Art. 18 Abs. 2 OR begründete Forderung; fehlt die
Angabe eines Fälligkeitstermins, wird die Forderung gemäss Art. 75 OR sofort mit
ihrer Entstehung fällig, also im Zeitpunkt der Zession (Anm. 796).

5. Art. 18 Abs. 2 OR bringt eine «ganz normale» Forderung zur Entstehung. 637
Die Rechtsnachfolge in die Forderung richtet sich daher nicht nach Art. 18 Abs. 2
OR, sondern nach den allgemeinen Regeln über den Erwerb vom *Berechtigten*⁷⁹⁸
(Art. 164 ff. OR, Art. 560 ZGB usw.). Folglich kann die Forderung auch von
einem Dritten, der von der Simulation Kenntnis hat oder haben müsste, erworben
werden⁷⁹⁹; gelangt freilich die Forderung an den (seinerzeit simulierenden) «Gläu-
biger» zurück, so steht dessen Forderungserwerb Art. 2 ZGB entgegen⁸⁰⁰.

6. Jedermann kann sich darauf berufen, die zedierte Forderung sei nach Art. 18 638
Abs. 2 OR zu einer wirklichen geworden. Das ist namentlich für Rechtsnachfolger
von Bedeutung (vgl. eben Nr. 637), ferner für den (mitsimulierenden) «Gläubi-
ger», der vom Zessionar der simulierten Forderung nach Art. 171 Abs. 1 OR in
Anspruch genommen wird: Der «Gläubiger» kann einwenden, die zedierte Forde-
rung sei nach Art. 18 Abs. 2 OR begründet, was Gewährleistungsansprüche nach
Art. 171 Abs. 1 OR ausschliesse.

4. Verwandte Tatbestände

Eine analoge Anwendung des Art. 18 Abs. 2 OR wird zum Teil mit dem Argument 639
abgelehnt, die Bestimmung habe Ausnahmecharakter, was nach allgemeiner Regel
eine Analogie verbiete⁸⁰¹. Die Auffassung, Ausnahmenvorschriften seien analogie-
feindlich, ist indes nach neuerer zutreffender Methodenlehre überholt (BGE 88 II
153 mit Literaturhinweisen). Das gilt auch in bezug auf Art. 18 Abs. 2 OR: Die
Bestimmung hat zwar in der Tat Ausnahmecharakter (sie stellt eine Ausnahme
sowohl zu Art. 18 Abs. 1 OR als auch zu Art. 169 OR dar), trotzdem ist in
verschiedenen Fällen eine analoge Anwendung gerechtfertigt (vgl. auch schon
Nr. 618, 619):

⁷⁹⁷ Jäggi/Gauch, N 252 zu Art. 18 OR.

⁷⁹⁸ Z. B. Bircher, S. 44. Entsprechendes gilt nach deutschem Recht: Weber, RGRK, N 15
zu § 405 BGB; Canaris, S. 521.

⁷⁹⁹ Gaudy, zit. in Anm. 743, S. 68; Jäggi/Gauch, N 253 zu Art. 18 OR. A. A. z. B. Wellspa-
cher, S. 66.

⁸⁰⁰ Im Ergebnis ebenso Jäggi/Gauch, N 253 zu Art. 18 OR; vgl. auch Weber, RGRK, N 15
zu § 405 BGB, in bezug auf das deutsche Recht.

⁸⁰¹ v. Tuhr/Escher, S. 365; ZR 1910, S. 36 Nr. 23 (zu Art. 16 aOR).

- 640 1. Fall 1: Der Zessionar erwirbt die simulierte Forderung nicht im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis, sondern im Vertrauen auf eine **Erklärung des (Schein-)«Schuldners»**, worin ihm dieser direkt mitteilt, dass die Forderung besteht⁸⁰². Eine solche Erklärung ist einem schriftlichen Schuldbekenntnis gleichzustellen, wenn sich der «Schuldner» – wie regelmässig – bewusst ist, dass sein Verhalten als Mitteilung des Forderungsbestandes gedeutet werden kann. Diesfalls erweckt er – wie bei unmittelbarer Anwendung des Art. 18 Abs. 2 OR – bewusst den falschen Schein, es bestehe eine bestimmte Forderung gegen ihn. Das rechtfertigt die Analogie zu jener Bestimmung; und zwar unabhängig davon, ob die Erklärung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt⁸⁰³. Abzulehnen ist die Analogie hingegen, wenn dem «Schuldner» das besagte Mitteilungsbewusstsein (ausnahmsweise) fehlt.
- 641 2. Fall 2: Jemand erwirbt im Vertrauen auf das schriftliche Schuldbekenntnis nicht die (simulierte) Forderung als solche, sondern nur ein **beschränktes dingliches Recht** daran. Die Analogie zu Art. 18 Abs. 2 OR⁸⁰⁴ setzt einen rechtsgeschäftlichen Erwerb voraus (vgl. Nr. 617): Der «Gläubiger» muss das dingliche Recht (Pfand- oder Nutznießungsrecht) durch *Vertrag* einräumen. Auf die Begründung (beschränkter) dinglicher Rechte durch Gesetz oder Richterspruch findet Art. 18 Abs. 2 OR keine Anwendung. Sind die Voraussetzungen des – analog anwendbaren – Art. 18 Abs. 2 OR erfüllt, ist dem Schuldner die Einrede der Simulation abgeschnitten; Einreden, die er auch dann hätte, wenn die Forderung nicht simuliert wäre, bleiben ihm hingegen gewahrt⁸⁰⁵. Bestehen keine solchen Einreden, so bewirkt der Ausschluss der Simulationseinrede, dass die Forderung insoweit Bestand hat, «als es die Durchsetzung des beschränkten dinglichen Rechts erfordert»⁸⁰⁶.
- 642 3. Fall 3: Der Gläubiger einer wirklichen Forderung (A) überträgt diese durch *simulierten*, aber formrichtigen, also schriftlichen *Abtretungsvertrag* an einen Dritten (B). B zediert die Forderung an C weiter, wobei die Abtretung zumal vonseiten des C ernstgemeint ist. Bei dieser Sachlage ist die Forderung grundsätzlich bei A verblieben: Wegen der Simulation ging sie nicht auf B über; und wegen der Regel «*nemo plus iuris transferre potest quam habet*» konnte sie B auch nicht an C
- 802 Kramer, N 178 zu Art. 18 OR; Jäggi/Gauch, N 261 zu Art. 18 OR; Canaris, S. 90 unten/91, in bezug auf das deutsche Recht.
- 803 Vgl. demgegenüber Jäggi/Gauch, N 261 zu Art. 18 OR.
- 804 Die Analogiemöglichkeit ist weitgehend anerkannt: Jäggi/Gauch, N 259 zu Art. 18 OR; Bircher, S. 45f.; Otfinger/Bär, N 104 zu Art. 900 ZGB; Gaudy, zit. in Anm. 743, S. 70f. Ehrenzeller, zit. in Anm. 757, S. 31, will Art. 18 Abs. 2 auf den Erwerb beschränkter dinglicher Rechte an simulierten Forderungen *unmittelbar* (nicht bloss analog) zur Anwendung bringen. Zum deutschen Recht vgl. Weber, RGRK, N 5 zu § 405 BGB (analoge Anwendung des § 405 BGB).
- 805 Vgl. Nr. 628f.
- 806 Jäggi/Gauch, N 259 zu Art. 18 OR.

übertragen. Eine Ausnahme gilt gemäss BGE 23 842f. dann, wenn C die Forderung im (begründeten) Vertrauen auf den schriftlichen Abtretungsvertrag, den A und B simuliert haben, erworben hat. Diesfalls hat der A in sinngemässer Anwendung des Art. 18 Abs. 2 OR zu seiner Scheinerklärung zu stehen⁸⁰⁷. Das bewirkt den Verlust seiner Forderung an C. So jedenfalls, wenn der simulierte Abtretungsvertrag ohne Simulation gültig wäre; trifft dies nicht zu (z.B. weil der A bei Abschluss des Abtretungsvertrags urteilsunfähig war), so verbleibt die Forderung dem A (vgl. Nr. 599, 628).

4. Die Ausstellung eines simulierten schriftlichen Schuldbekenntnisses bildet 643 den Hauptfall einer **absichtlichen Falschverurkundung** einer Schuld (Forderung). Es kommen jedoch auch andere Fälle vor. Auf diese ist Art. 18 Abs. 2 OR analog anwendbar⁸⁰⁸.

Beispiel: Nach Abschluss eines (ernstgemeinten) Darlehensvertrages bestätigt der Darlehensnehmer schriftlich, das Darlehen erhalten zu haben, obwohl dieses erst in einem späteren Zeitpunkt ausbezahlt werden soll. Eine solche Bestätigung stellt ein (schriftliches) Schuldbekenntnis dar, nämlich die Anerkennung der Pflicht zur Rückzahlung des Darlehens (vgl. Nr. 603). Lässt sich ein Dritter im Vertrauen auf dieses Schuldbekenntnis die Forderung auf Darlehensrückzahlung zedieren, so wird dem Darlehensnehmer unter den Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 2 OR die Einwendung abgeschnitten, er habe das Darlehen nicht erhalten oder erst in einem späteren Zeitpunkt, als in der Bestätigung angegeben. Art. 18 Abs. 2 OR ist unmittelbar anwendbar, wenn die Parteien des Darlehensvertrages mit der zu frühen Bestätigung der Darlehenshingabe Täuschungsabsichten verbanden: es liegt ein Fall von Simulation vor. Fehlten Täuschungsabsichten, so ist Art. 18 Abs. 2 OR analog anzuwenden. Das rechtfertigt sich aufgrund der Überlegung, dass der Darlehensnehmer bewusst eine noch nicht existierende Schuld verurkundete⁸⁰⁹. 644

In Fällen *unabsichtlicher* Falschverurkundung einer Forderung ist die Analogie 645 zu Art. 18 Abs. 2 OR hingegen abzulehnen⁸¹⁰. Denn dass der (mitsimulierende) «Schuldner» bewusst (absichtlich) den falschen Schein einer Forderung schafft, ist

⁸⁰⁷ Für analoge Anwendbarkeit des Art. 18 Abs. 2 OR auch *Gaudy*, zit. in Anm. 743, S. 75; *Jäggi*, N 177 zu Art. 967 OR; *Jäggi/Gauch*, N 263 zu Art. 18 OR; v. *Büren I*, S. 334; *Moecke H.-J.*, Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb, Diss. Fribourg 1962, S. 63ff., will den C in weitergehendem Umfang schützen, als dies nach Art. 18 Abs. 2 OR der Fall ist; das unter (unzulässiger) Zuhilfenahme sachen- und wertpapierrechtlicher Regeln. – Die deutsche Lehre und Rechtsprechung bringen auf den im Text diskutierten Sachverhalt § 405 BGB analog zur Anwendung: RGZ 115, S. 308f.; 90, S. 278; *Weber*, RGRK, N 2 zu § 405 BGB; *Canaris*, S. 93 unten/94, mit weiteren Hinweisen in Anm. 44 auf S. 94.

⁸⁰⁸ Anders v. *Tuhr/Escher*, S. 365, die der Auffassung sind, Art. 18 Abs. 2 OR könne «als Ausnahmenvorschrift nicht auf andere Einwendungen [gemeint ist: als die Einwendung, die Forderung sei simuliert] ausgedehnt werden».

⁸⁰⁹ Vgl. in bezug auf das deutsche Recht *Canaris*, S. 99. *Canaris* bringt auf den Sachverhalt § 405 BGB analog zur Anwendung, die herrschende Meinung lehnt hingegen die Analogie ab (z.B. *Weber*, RGRK, N 11 zu § 405 BGB; weitere Zitate bei *Canaris*, S. 100 Anm. 72).

⁸¹⁰ Gegenteiliger Auffassung *Bucher*, S. 156 unten/157; *Jäggi/Gauch*, N 264 zu Art. 18 OR; *Leumann*, zit. in Anm. 787, S. 39.

ein Wesensmerkmal des Tatbestands von Art. 18 Abs. 2 OR, über das bei analoger Anwendung der Bestimmung nicht hinweggegangen werden darf. (Hingegen ist unter Umständen Art. 164 Abs. 2 OR analog anwendbar: vgl. Nr. 671 i.V.m. Nr. 673). Wer also beispielsweise in einer Schuldurkunde versehentlich den 1. 4. statt den 1. 5. als Fälligkeitstermin angibt, der kann nicht gestützt auf Art. 18 Abs. 2 OR bereits ab dem 1. 4. belangt werden.

- 646 5. Von der Falschverurkundung (einer Forderung) ist die **unvollständige Verurkundung** zu unterscheiden: Während bei jener etwas aufgezeichnet wird, das nicht vereinbart wurde, wird bei dieser etwas, das vereinbart wurde, nicht aufgezeichnet. Die unvollständige Verurkundung einer Forderung ist, was die (analoge) Anwendbarkeit des Art. 18 Abs. 2 OR anbelangt, wie die Falschverurkundung zu behandeln: Bei *bewusst* unvollständiger Verurkundung ist die Analogie zu bejahen, sonst nicht⁸¹¹.⁸¹². (Bei *unbewusst* unvollständiger Verurkundung kann allerdings Art. 164 Abs. 2 OR analog anwendbar sein: hinter Nr. 655 in Verbindung mit Nr. 673.)
- 647 Eine bewusst unvollständige Verurkundung besonderer Art liegt beim **Blankettmissbrauch** vor. Darunter versteht man den Tatbestand, da jemand eine blanco unterzeichnete Urkunde ausstellt, die der Empfänger in der Folge verabredungswidrig ausfüllt und einem Dritten gegenüber verwendet. Von Interesse ist vorliegend der Fall, da sich der Empfänger in der Urkunde als Gläubiger des Ausstellers bezeichnet und die so «geschaffene» Schein-Forderung einem Dritten abtritt. Als dann stellt sich die Frage, ob sich der Dritte, der im Vertrauen auf die Urkunde gehandelt hat, auf Art. 18 Abs. 2 OR berufen kann. Das Bundesgericht hat dies in BGE 88 II 429 m. E. zu Recht bejaht; der Entscheid wird in der Lehre weitgehend gebilligt⁸¹³.
- 648 Von der vereinbarungswidrigen (falschen oder unvollständigen) Schuldverurkundung sind zwei verwandte Sachverhalte abzugrenzen:
- Ein **vereinbarungsgemäss ausgestelltes Schuldbekenntnis wird nachträglich unrichtig**, weil sich der Schuldinhalt ändert. Art. 18 Abs. 2 OR findet hier grundsätzlich keine Anwendung⁸¹⁴. – Beispiel: X verspricht dem Y Fr. 1000.– und stellt hierüber eine zutreffende
- ⁸¹¹ Nach *Jäggi/Gauch*, N 264 zu Art. 18 OR, ist Art. 18 Abs. 2 OR auch bei versehentlich unvollständiger Verurkundung anwendbar.
- ⁸¹² Zu beachten ist: Mit der bewusst falschen Verurkundung einer Forderung braucht man im redlichen Verkehr nicht zu rechnen, mit einer bewusst unvollständigen Verurkundung schon eher (bei langdauernden Vertragsbeziehungen hält man beispielsweise nicht in jedem Einzelvertrag alle wiederkehrenden Vertragsmodalitäten fest). Eine unvollständige Verurkundung ist daher öfters erkennbar im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB als eine Falschverurkundung. Das hat zur Folge: Wenn sich jemand eine verurkundete Forderung abtreten lässt, so ist die Berufung auf Art. 18 Abs. 2 OR, der berechnete Gutgläubigkeit im Sinne des Art. 3 Abs. 2 ZGB voraussetzt (Nr. 625), bei unvollständiger Verurkundung häufiger ausgeschlossen als bei Falschverurkundung.
- ⁸¹³ *Merz*, ZBJV 1962, S. 385f.; *Schönenberger/Jäggi*, N 426 zu Art. 1 OR; *Jäggi/Gauch*, N 264 zu Art. 18 OR; v. *Büren I*, S. 316 Anm. 2; v. *Tuhr/Peter*, S. 162 Anm. 32.
- ⁸¹⁴ Zutreffende Begründung bei *Leumann*, zit. in Anm. 787, S. 39 oben. – Für Nichtan-

Schuldurkunde aus. In der Folge erfüllt X, wodurch die Schuld erlischt und die Urkunde unzutreffend wird. Lässt sich ein Dritter die untergegangene Forderung im Vertrauen auf die Urkunde abtreten, so erwirbt er ein Nichts; X kann nicht aufgrund von Art. 18 Abs. 2 OR haftbar gemacht werden, vielmehr steht ihm gestützt auf Art. 169 OR die Erfüllungseinrede zu (Nr. 708). Nur ausnahmsweise wird man X die Berufung auf Art. 169 OR verweigern können; so dann, wenn X sich nach der Erfüllung zwecks Täuschung Dritter nicht um eine Richtigstellung der Schuldurkunde bemüht hat (z. B. weil er dem Y ermöglichen wollte, mittels der Urkunde Dritten gegenüber eine erhöhte Kreditwürdigkeit vorzuspiegeln).

- Von der vereinbarungswidrigen Schuldverurkundung ist sodann der Fall zu unterscheiden, da eine **vereinbarungsgemässe Schuldurkunde** ausgestellt wird, **indes die verurkundete Schuld von Gesetzes wegen überhaupt nicht besteht** oder zumindest nicht so, wie vereinbart. Auf diesen Sachverhalt findet Art. 18 Abs. 2 OR m. E. dann analoge Anwendung, wenn *absichtlich* ein von der gesetzlichen Rechtslage abweichender Schuldinhalt verurkundet wurde. Beispiel: A verspricht dem B für die Vornahme einer sittenwidrigen Handlung Fr. 1000.– (B soll z. B. den A seiner Frau entledigen). Ein solches Versprechen ist nichtig (Art. 20 OR). Hält nun jedoch A sein Zahlungsversprechen schriftlich (korrekt) fest, und das im Bewusstsein der Nichtigkeit, so wird er einem allfälligen Zessionar der verurkundeten Schein-Forderung nach Massgabe des Art. 18 Abs. 2 OR haftbar⁸¹⁵.

II. Art. 164 Abs. 2 OR

Art. 164

Der Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen.

Dem Dritten, der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält, kann der Schuldner die Einrede, dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei, nicht entgegensetzen.

1. Regelungsgehalt im Überblick

Der Gläubiger einer Forderung darf und kann diese an einen andern (Zessionar) 649 abtreten, «soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen» (Art. 164 Abs. 1 OR). Trifft eine dieser Ausnahmen zu, bewirkt die Abtretung keinen Forderungsübergang⁸¹⁶. Das gilt grundsätzlich auch bei Gutgläubigkeit des Zessionars; vorbehalten ist der Fall des Art. 164 Abs. 2 OR.

wendbarkeit des Art. 18 Abs. 2 OR auch *Jäggi/Gauch*, N 264 zu Art. 18 OR. – Zu beachten ist, dass unter Umständen Art. 164 Abs. 2 OR Anwendung findet, wenn ein vereinbarungsgemässes Schuldbekenntnis nachträglich wegen Änderung des Schuldinhalts unrichtig wird (unmittelbare Anwendung bei nachträglicher Vereinbarung eines pactum de non cedendo, Nr. 655, sonst evtl. analoge Anwendung).

⁸¹⁵ Vgl. in bezug auf das deutsche Recht *Canaris*, S. 100.

⁸¹⁶ Es ist nicht etwa so, dass der Übergang stattfinden und die unerlaubte Abtretung nur eine Schadenersatzpflicht nach Art. 97 ff. OR auslösen würde; vgl. *Oser/Schönenberger*, N 20 zu Art. 164 OR.

650 Art. 164 Abs. 2 OR betrifft einzig die Abtretung entgegen einem von Schuldner und Gläubiger *vereinbarten* Abtretungsverbot; nicht betroffen werden Fälle, in denen die Abtretung von Gesetzes wegen oder nach der Natur des Rechtsverhältnisses ausgeschlossen ist. Der Artikel schützt den Zessionar, «der die Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, das ein Verbot der Abtretung nicht enthält»⁸¹⁷. Der Schutz besteht darin, dass dem Schuldner «die Einrede, dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei», abgeschnitten wird. Damit ist freilich die Rechtsstellung des nach Art. 164 Abs. 2 OR geschützten Zessionars wenig klar umschrieben. Jene kennzeichnet sich durch drei Merkmale:

651 1. Durch Art. 164 Abs. 2 OR wird nur «die Einrede, dass die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei», abgeschnitten. Andere Einreden (einschliesslich Einwendungen) werden nicht berührt. So kann der Schuldner beispielsweise einwenden, die Forderungsabtretung sei schon von Gesetzes wegen (Art. 164 Abs. 1 OR) unzulässig gewesen und aus diesem Grunde ungültig.

652 2. Dem Schuldner wird, wie gesagt, der Einwand abgeschnitten, die zederte Forderung sei wegen des (vertraglichen) Abtretungsverbots nicht übergegangen. Daraus folgt: Ist der Verstoss gegen das Abtretungsverbot der einzige Mangel, welcher der Forderungsabtretung anhaftet, so ist diese gültig: Die Forderung ist übergegangen.

653 3. Ist die Forderung nach Art. 164 Abs. 2 OR übergegangen, so besteht sie ohne das vertragliche Abtretungsverbot. Dieses ist weggefallen; der Zessionar kann über die Forderung frei disponieren.

2. Tatbestand

654 Art. 164 Abs. 2 OR umfasst wie Art. 18 Abs. 2 OR drei Tatbestandselemente, die mit denjenigen der letztern Bestimmung auch weitgehend identisch sind:

655 1. Ein **schriftliches Schuldbekenntnis** (Nr. 603 ff.), in dem das zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbarte Abtretungsverbot keinen Niederschlag gefunden hat. Aus welchem Grund das Verbot nicht festgehalten ist, spielt keine Rolle⁸¹⁸. Namentlich ist nicht erforderlich, dass die Verurkundung *bewusst* unterblieben ist (vgl. demgegenüber Nr. 645 zu Art. 18 Abs. 2 OR); auch ein *versehentlich* nicht

⁸¹⁷ Auch der Verstoss gegen ein bloss relatives Abtretungsverbot (die Unabtretbarkeit beschränkt sich z. B. auf einen bestimmten Personenkreis oder gilt nur für eine gewisse Zeitspanne) macht die Zession grundsätzlich unwirksam und kann nur nach Massgabe des Art. 164 Abs. 2 OR geheilt werden: *Des Gouttes*, SJK Karte Nr. 704, S. 11.

⁸¹⁸ *Oser/Schönenberger*, N 23 zu Art. 164 OR.

aufgeführtes Abtretungsverbot fällt unter Art. 164 Abs. 2 OR. Nicht von Belang ist ferner, ob das Abtretungsverbot *vor* oder *nach* Ausstellung des schriftlichen Schuldbekennnisses vereinbart wurde⁸¹⁹ (vgl. demgegenüber Nr. 648 zu Art. 18 Abs. 2 OR).

2. Art. 164 Abs. 2 OR setzt weiter einen (formgültigen, Art. 165 OR) **Abtretungsvertrag** voraus, worin der Gläubiger die mit dem Abtretungsverbot behaftete Forderung einem Dritten (Zessionar) überträgt. Die Fälle, in denen Gesetz oder Richterspruch den Übergang der Forderung vorsehen, werden von Art. 164 Abs. 2 OR nicht betroffen, jedenfalls nicht unmittelbar⁸²⁰ (zu einer analogen Anwendungsmöglichkeit siehe Nr. 660). Das folgt aus der systematischen Stellung der Bestimmung: Art. 164 und 165 OR betreffen den vertraglichen Forderungserwerb, Art. 166 OR hingegen den «Übergang kraft Gesetzes oder Richterspruches» (Marginalie).

Eine *Klarstellung* drängt sich in mehrere Richtungen auf:

– Sehen *Gesetz oder Richterspruch* den Übergang einer mit einem vertraglichen Abtretungsverbot behafteten Forderung vor, so findet zwar Art. 164 Abs. 2 OR keine (unmittelbare) Anwendung. Das bedeutet aber nicht, dass der Dritte die Forderung nicht erwirbt. Vielmehr geht die Forderung über, doch ist sie nach wie vor mit dem Abtretungsverbot behaftet; dies im Unterschied zum Fall, da die Forderung nach Art. 164 Abs. 2 OR – gestützt auf einen Abtretungsvertrag – den Gläubiger wechselt (Nr. 653).

Beispiel: A besitzt eine Forderung, deren Abtretbarkeit vertraglich ausgeschlossen wurde. Stirbt A, so geht die Forderung zwar auf die Erben über, diese aber haben wegen des Abtretungsausschlusses kein Recht, die Forderung weiterzuzedieren.

– Art. 164 Abs. 2 OR findet, wie erwähnt, keine unmittelbare Anwendung, wenn eine mit einem vertraglichen Abtretungsverbot behaftete Forderung kraft Gesetzes oder Richterspruchs auf einen andern übergeht. Eine analoge Anwendung ist grundsätzlich ebenfalls ausgeschlossen. Eine Ausnahme gilt – wie bei Art. 18 Abs. 2 OR – für den *Zuschlag an einer Zwangsversteigerung*. Abzulehnen ist die Analogie hingegen etwa bei Forderungserwerb kraft Erbgangs; im Beispiel aus Nr. 559 können sich daher die Erben nicht auf Art. 164 Abs. 2 OR berufen, um für sich ein Weiterzessionsrecht in Anspruch zu nehmen.

– Art. 164 Abs. 2 OR betrifft unmittelbar nur den Fall, da eine mit einem vertraglichen Abtretungsverbot behaftete Forderung durch *Abtretungsvertrag* übertragen wird. Analog ist jedoch die Bestimmung auch anzuwenden auf den *Forderungskauf im Rahmen einer freiwilligen Versteigerung* (vgl. Nr. 619).

⁸¹⁹ *Des Gouttes*, SJK Karte Nr. 704, S. 11. – Ebenso für das deutsche Recht *Canaris*, S. 96, mit Hinweis auf *Planck/Siber*, N 2 zu § 405 BGB.

⁸²⁰ *Jäggi*, zit. in Anm. 752, S. 24.

- 662 – Art. 164 Abs. 2 OR setzt nicht voraus, dass der Abtretungsvertrag vom ursprünglichen Gläubiger, der an der Vereinbarung des Abtretungsverbots beteiligt war, abgeschlossen wird. Auch die Zession durch einen *Rechtsnachfolger* fällt in Betracht⁸²¹, so namentlich durch einen Erben oder einen nach Art. 164 Abs. 2 OR nicht geschützten Zessionar⁸²² (vgl. Nr. 615 in bezug auf Art. 18 Abs. 2 OR).
- 663 3. Art. 164 Abs. 2 OR setzt schließlich voraus, daß der Zessionar die Forderung **in berechtigtem Vertrauen auf das schriftliche Schuldbekenntnis erworben hat** (vgl. dazu Nr. 620ff. betr. Art. 18 Abs. 2 OR).

3. Rechtsfolge

- 664 Die Rechtsfolge des Art. 164 Abs. 2 OR habe ich bereits in Nr. 650ff. umschrieben: Der Zessionar erwirbt die abgetretene Forderung trotz des Abtretungsverbots, und zwar erwirbt er sie ohne das betreffende Verbot; so, falls der Verstoss gegen das Abtretungsverbot der einzige Mangel ist, welcher der Forderungsabtretung anhaftet. Zwei Punkte bleiben nachzutragen:
- 665 1. Die Forderung geht nach Art. 164 Abs. 2 OR *ex lege* über und nicht bloss auf Wunsch des Zessionars. Zu einer praktisch bedeutsamen Konsequenz dieser Auffassung vgl. vorne Nr. 635; die dort gemachten Ausführungen gelten mutatis mutandis auch hier.
- 666 2. Bei Weiterzession der nach Art. 164 Abs. 2 OR übergegangenen Forderung braucht der (Zweit-)Zessionar die Voraussetzungen des Art. 164 Abs. 2 OR nicht zu erfüllen. Er kann mithin auch Gläubiger werden, wenn er um das (nach Art. 164 Abs. 2 OR untergegangene) Abtretungsverbot weiss⁸²³.
- 667 Vorbehalten ist selbstverständlich der Fall, da der (Zweit-)Zessionar die Forderung rechtsmissbräuchlich erwirbt. Das ist beispielsweise der Fall, wenn er den ahnungslosen Erstzessionar zum Forderungserwerb veranlasst hat, um hierauf die nach Art. 164 Abs. 2 OR auf den Erstzessionar übergegangene Forderung selbst erwerben zu können (vgl. auch Nr. 637).

⁸²¹ Z.B. Engel, S. 588; Oser/Schönenberger, N 24 zu Art. 164 OR; v. Tuhr/Escher, S. 348; Des Gouttes, SJK Karte Nr. 704, S. 11; Bircher, S. 44; entsprechend für das deutsche Recht: Weber, RGRK, N 16 zu § 405 BGB.

⁸²² Ist der Zessionar nach Art. 164 Abs. 2 OR geschützt, so richtet sich die Weiterzession nach den allgemeinen Abtretungsregeln (vgl. Nr. 637, 666).

⁸²³ Z.B. v. Tuhr/Escher, S. 348 Anm. 54; Oser/Schönenberger, N 24 zu Art. 164 OR; Bucher, S. 490 Anm. 18; v. Büren I, S. 334. A. A. Engel, S. 588.

4. Verwandte Tatbestände

Art. 164 Abs. 2 OR ist wie Art. 18 Abs. 2 OR der analogen Anwendung zugänglich. Das gilt namentlich für drei Fälle: 668

1. Fall 1: Der Zessionar erwirbt die unabtretbare Forderung nicht im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis, welches das Abtretungsverbot unerwähnt lässt, sondern im Vertrauen auf eine **Erklärung des Schuldners**, worin ihm dieser direkt mitteilt, die Forderung sei abtretbar. Von einem Erklärungsbewusstsein hängt die Analogie nicht ab (vgl. demgegenüber Nr. 640 betr. Art. 18 Abs. 2 OR). Das folgt aus dem Umstand, dass Art. 164 Abs. 2 OR bei unmittelbarer Anwendung keine bewusste Nichtverurkundung des Abtretungsverbots verlangt (Nr. 655). 669

2. Fall 2: Eine Forderung wird vom Gläubiger entgegen einer mit dem Schuldner getroffenen Vereinbarung mit einem **beschränkten dinglichen Recht** belastet. Der Dritte, dem das dingliche Recht eingeräumt wird, ist in seinem Erwerb nach Massgabe des analog anwendbaren Art. 164 Abs. 2 OR geschützt. 670

3. Fall 3: Nach seinem Wortlaut findet Art. 164 Abs. 2 OR nur auf den Fall Anwendung, da das Abtretungsverbot im schriftlichen Schuldbekenntnis *überhaupt keine Erwähnung gefunden hat* (unvollständige Verurkundung). Ist das Abtretungsverbot *zwar aufgeführt, aber anders als vereinbart* (Falschverurkundung), so kommt Art. 164 Abs. 2 OR, wenn auch nicht unmittelbar, so doch analog zur Anwendung. 671

Beispiel: Eine Forderung, die nach der Parteivereinbarung bis 31. 12. 1985 unabtretbar ist, wird verurkundet. Auch das Abtretungsverbot wird in die Urkunde aufgenommen, als Endtermin wird jedoch irrtümlicherweise der 31. 12. 1984 (statt 1985) angegeben. Erwirbt jemand die Forderung vor dem 31. 12. 1985, aber nach dem 31. 12. 1984 im berechtigten Vertrauen auf das schriftliche Schuldbekenntnis, so ist er in seinem Erwerb nach dem analog anwendbaren Art. 164 Abs. 2 OR geschützt. 672

4. Auf **andere Verurkundungsmängel** als die Nicht- oder Falschverurkundung eines Abtretungsverbots ist Art. 164 Abs. 2 OR nur mit Zurückhaltung (analog) anzuwenden. Die Analogie rechtfertigt sich bloss in den (Ausnahme-)Fällen, in denen das Abstellen auf die verurkundete statt die vereinbarte Rechtslage für den Schuldner nicht schwerer wiegt als der Gläubigerwechsel trotz eines Abtretungsverbots. Das folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, wonach eine «rechtliche Regelung auf einen von dieser Regelung nicht erfassten» und «auch sonst rechtlich nicht geregelten» Tatbestand nur angewendet werden darf, wenn der nicht geregelte Tatbestand dem geregelten «gleichwertig» ist⁸²⁴. Die Lehre setzt sich allerdings 673

⁸²⁴ Meier-Hayoz, N 346f. zu Art. 1 ZGB.

über dieses Prinzip nicht selten hinweg. So etwa, wenn sie⁸²⁵ Art. 164 Abs. 2 OR analog auf den Fall anwenden will, da das schriftliche Schuldbekenntnis eine Bedingung, von deren Eintritt die Entstehung der verkündeten Forderung abhängt, unerwähnt lässt. Richtigerweise ist hier die Analogie abzulehnen, weil durch ein Absehen von der Bedingung die Rechtsstellung des Schuldners ungleich schwerer beeinträchtigt würde als durch einen Gläubigerwechsel bei Zession einer nicht zessiblen Forderung. Möglicherweise ist hingegen Art. 18 Abs. 2 OR analog anwendbar; das ist dann der Fall, wenn die Bedingung bewusst (absichtlich) nicht ins Schuldbekenntnis aufgenommen wurde (Nr. 643).

III. Art. 167 OR⁸²⁶

Art. 167 OR

Wenn der Schuldner, bevor ihm der Abtretende oder der Erwerber die Abtretung angezeigt hat, in gutem Glauben an den frühern Gläubiger oder, im Falle mehrfacher Abtretung, an einen im Rechte nachgehenden Erwerber Zahlung leistet, so ist er gültig befreit.

- 674 Im Unterschied zu Art. 18 Abs. 2 und 164 Abs. 2 OR schützt Art. 167 OR nicht den guten Glauben des Zessionars, sondern des *debitor cessus*⁸²⁷. Der Schutz besteht darin, dass der *debitor cessus* durch Leistung an einen Nichtgläubiger befreit wird⁸²⁸; das in Durchbrechung der Regel, wonach nur Leistung an den Gläubiger befreiende Wirkung hat⁸²⁹. Drei Fälle, auf die Art. 167 OR zum Teil unmittelbare, zum Teil analoge Anwendung findet, sind zu unterscheiden:
- 675 – **Befreiung durch Leistung an den Zedenten**, der durch Abtretung der Forderung seine Gläubigerstellung eingebüsst hat (dazu Nr. 678 ff.).
- 676 – **Befreiung durch Leistung an einen Zessionar**, der die ihm abgetretene Forderung nicht erworben hat, weil dieselbe vom Zedenten bereits wirksam an einen andern Zessionar abgetreten war: **Befreiung durch Leistung an einen Scheinzessionar zugunsten des berechtigten Zessionars** (dazu Nr. 701 f.).

⁸²⁵ Z. B. Jäggi, zit. in Anm. 752, S. 24.

⁸²⁶ Zur Bedeutung des Art. 167 OR im Aberkennungsprozess vgl. BGE 73 III 17 ff.

⁸²⁷ Art. 167 OR gilt nur für die Abtretung von Forderungen. Die sog. Abtretung eines Erbanteils fällt nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmung: BGE 87 II 225; v. Tuhr/Escher, S. 359 Anm. 10a; Guhl/Merz/Kummer, S. 239.

⁸²⁸ Art. 167 OR befasst sich einzig mit der Frage, ob eine vom Schuldner erbrachte Leistung befreiend wirkt. Solange eine Leistung überhaupt nicht erfolgt ist, kommt eine irgendwie geartete Berufung auf die Bestimmung zum vornherein nicht in Frage (BGE 56 II 368; ZBJV 1926, S. 558).

⁸²⁹ Eine Auflistung weiterer Fälle, in denen die Leistung an einen Nichtgläubiger befreiend wirkt, findet sich bei v. Tuhr/Escher, S. 22.

- Befreiung durch Leistung an einen Zessionar, der die ihm abgetretene Forderung wegen Ungültigkeit des Abtretungsvertrages (dieser ist z.B. simuliert) nicht erworben hat: **Befreiung durch Leistung an einen Scheinzessionar zulasten des Zedenten** (dazu Nr. 703f.). 677

1. Schuldbefreiung durch Leistung an den Zedenten (Ex-Gläubiger)

A. Tatbestand

Tritt ein Gläubiger seine Forderung wirksam an einen Dritten (Zessionar) ab, so kann sich der Schuldner (debitor cessus) grundsätzlich nur noch durch Leistung an den Zessionar befreien; Leistung an den Zedenten ändert an der Schuld gegenüber dem Zessionar nichts. Vorbehalten ist nach Art. 167 OR der Fall, da «der Schuldner, bevor ihm der Abtretende oder der Erwerber die Abtretung angezeigt hat, in gutem Glauben an den frühern Gläubiger ... Zahlung leistet». Leistung an den Zedenten wirkt nach dem Gesagten nur, aber immerhin dann befreiend, wenn sie erstens in gutem Glauben erfolgt und zweitens, bevor die Abtretung dem Schuldner angezeigt wurde. Diese zwei Voraussetzungen der Befreiungswirkung gilt es nun noch zu präzisieren: 678

a) Gutgläubigkeit des Schuldners

Gutgläubig ist der Schuldner, wenn er (im Zeitpunkt der Leistung) darauf **vertraut, der Zedent sei nach wie vor Gläubiger**⁸³⁰. Am guten Glauben fehlt es in zwei Fällen: Einmal, wenn der Schuldner vom Forderungsübergang *Kenntnis hat*; sodann, wenn er die Forderungsberechtigung des Zedenten *für zweifelhaft hält*. In diesem letzteren Fall hat sich der Schuldner nach der Forderungsberechtigung des Zedenten zu erkundigen und bei nicht ausräumbaren Zweifeln die Leistung nach Art. 96 OR zu hinterlegen. Geht er nicht so vor, sondern leistet er stattdessen dem Zedenten, so besteht kein Anlass, ihn nach Art. 167 OR von seiner Schuld zu befreien. 679

Bösem Glauben ist unberechtigter guter Glaube im Sinne von **Art. 3 Abs. 2 ZGB** gleichgestellt⁸³¹. Die Leistung an den Zedenten wirkt also auch dann nicht befreiend, wenn der Schuldner um den Forderungsübergang wissen oder die Forderungsberechtigung des Zedenten zumindest für fraglich halten müsste. 680

Nach dem Wortlaut des § 407 Abs. 1 BGB schadet dem Schuldner, der an den Zedenten statt den Zessionar leistet, nur *Kenntnis der Abtretung*. Die herrschende Lehre und die konstante Rechtsprechung legen § 407 BGB wörtlich aus. Immer wieder wird daher betont, 681

⁸³⁰ Vgl. *Alaï*, zit. in Anm. 757, S. 107 unten.

⁸³¹ Vgl. demgegenüber *Bucher*, S. 511 Anm. 108 (hinten Anm. 835). – Art. 3 Abs. 2 ZGB findet unmittelbare Anwendung, da Art. 167 OR eine formelle Gutglaubensvorschrift ist.

Kennenmüssen sei der Kenntnis nicht gleichgestellt (z. B. RGZ 61, S. 249f.)⁸³². In Wirklichkeit machte sich jedoch schon zur Zeit des Reichsgerichts die Tendenz bemerkbar, die Grenze zwischen Kenntnis und Kennenmüssen aufzuweichen (vgl. z. B. RGZ 88, S. 6)⁸³³. Diese Entwicklung hält an. Heute geben einzelne Autoren⁸³⁴ (mehr oder weniger offen) zu, dass ihrer Auffassung nach eine schuldbefreiende Wirkung nach § 407 BGB nicht nur durch Kenntnis der Abtretung ausgeschlossen ist, sondern unter Umständen auch schon durch Kennenmüssen⁸³⁵.

b) Leistung vor Anzeige der Abtretung

682 1. Der Schuldner muss die Leistung erbringen, «bevor ihm der Abtretende oder der Erwerber die Abtretung angezeigt hat» (Art. 167 OR). Nach erfolgter Anzeige wird der Schuldner auch durch eine gutgläubige Leistung an den Zedenten nicht mehr befreit. Fraglich ist, wann eine Abtretungsanzeige als erfolgt anzusehen ist. Art. 167 OR gibt hierüber keine Auskunft. Richtigerweise sind die Regeln über das Wirksamwerden von empfangsbedürftigen Willenserklärungen entsprechend heranzuziehen. Eine schriftliche Abtretungsanzeige ist demnach als erfolgt anzusehen, sobald sie dem Schuldner **zugegangen** ist⁸³⁶; bei nicht schriftlichen Abtretungsanzeigen sind die Zugangsregeln sinngemäss anzuwenden (vgl. Nr. 305).

683 Leistung vor Erfolgen einer Abtretungsanzeige befreit den (berechtigt) gutgläubigen Schuldner unabhängig von den Gründen, aus denen die Anzeige unterblieben ist. Die Befreiungswirkung tritt namentlich auch dann ein, wenn Zedent oder Zessionar die Abtretung anzeigen wollten, eine wirksame Anzeige jedoch aus äusseren Gründen (z. B. weil die Anzeige auf der Post verloren ging) nicht erfolgte⁸³⁷.

684 2. Die Abtretungsanzeige untersteht *keinem Formzwang*⁸³⁸. Gewöhnlich erfolgt sie allerdings schriftlich. Diesfalls genügt – wie bereits gesagt – ihr Zugang beim

832 Ferner z. B. *Staudinger/Kaduk*, N 45 zu § 407 BGB; *Ott*, Alternativkommentar, N 3 zu § 407 BGB.

833 Vgl. *Bergmann P.*, Der Schutz des gutgläubigen Schuldners bei der Abtretung von Forderungen nach deutschem, schweizerischem und österreichischem materiellem Recht, Diss. Freiburg/Breisgau 1968, S. 53 unten/54.

834 Z. B. *Soergel/Schmidt*, N 3 zu § 407 BGB.

835 Nach *Bucher*, S. 511 Anm. 108, soll «trotz des Wortlauts von ZGB 3/II» Kennenmüssen der Abtretung deren Kenntnis nicht gleichgestellt sein. Diese Auffassung stützt er durch einen Hinweis auf die «Tradition des BGB», welche «zutreffend «Kennenmüssen» der Zession als Grund der Nichtbefreiung» (gemeint ist Nichtbefreiung nach § 407 BGB) ablehne. Nach dem im Text Gesagten stösst dieser rechtsvergleichende Hinweis weitgehend ins Leere.

836 Z. B. *SJZ* 1954, S. 163; v. *Tuhr/Escher*, S. 359; v. *Büren I*, S. 329 Anm. 72; *Alai*, zit. in Anm. 757, S. 53. – Nach deutschem Recht wirkt die Anzeige erst mit der Kenntnisnahme durch den Schuldner (z. B. *BGH BB* 1960, S. 882 = *NJW* 1960, S. 1805; *Canaris*, S. 144, mit weiterem Hinweis in Anm. 48). Nach *Bucher*, S. 510, ist die «den Schuldner besser schützende deutsche Auffassung» vorzuziehen.

837 Ebenso *Canaris*, S. 144, in bezug auf § 407 BGB.

838 Z. B. *Sem* 1955, S. 411; *Guhll/Merz/Kummer*, S. 239; *Oser/Schönenberger*, N 3 zu Art. 167 OR.

Schuldner, um die schuldtilgende Wirkung einer Leistung an den Zedenten auszuschliessen; auf eine Kenntnisnahme durch den Schuldner kommt nichts an.

3. Die Anzeige kann vom Zedenten *oder* vom Zessionar ausgehen, was trotz des klaren Wortlauts von Art. 167 OR nicht durchwegs beachtet wird⁸³⁹. Auch ein Vertreter von Zedent oder Zessionar kann die Abtretung rechtswirksam anzeigen, nicht hingegen ein Dritter, der im eigenen Namen handelt⁸⁴⁰. In diesem letzteren Fall schliesst die «Anzeige» die schuldtilgende Wirkung einer Leistung an den Zedenten nicht ipso iure aus, sondern nur, sofern sie den guten Glauben des Schuldners zerstört bzw. im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB zu zerstören geeignet ist.

4. Unter einer Abtretungsanzeige ist, wie der Name sagt, eine **Mitteilung** zu verstehen, **welche auf die erfolgte Abtretung schliessen lässt**. Ob dies zutrifft, bestimmt sich nach Vertrauensprinzip⁸⁴¹.

Keine Abtretungsanzeige stellt eine Mitteilung dar, worin der Schuldner ohne Hinweis auf die Abtretung angewiesen wird, an den Zessionar zu leisten. Eine solche Mitteilung ist einer Abtretungsanzeige auch nicht gleichzustellen. Nach Art. 167 OR ist sie vielmehr nur insoweit erheblich, als sie den guten Glauben des Schuldners zerstört oder gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB zerstören müsste. – Beispiel⁸⁴²: Ein Möbelverkäufer (A) hat seine Forderung gegen den Kunden X an die Bank B abgetreten. In der Folge schreibt diese dem X: «Wir teilen Ihnen mit, dass uns die Firma A folgende Forderung auf Sie zur Zahlung angewiesen hat: Fr. 5320.– gemäss Kaufvertrag vom 23. 4. 1984.» Nach Erhalt dieses Schreibens wird X von A aufgefordert, die ausstehenden Fr. 5320.– zu überweisen. X kommt der Aufforderung nach, in der Meinung, die Bank B habe nur ein Inkassomandat gehabt. Kann sich X auf Art. 167 OR berufen? Das Schreiben der Bank, das die Abtretung unerwähnt lässt, kann mangels besonderer Umstände nicht als Abtretungsanzeige aufgefasst werden. Eine Berufung auf Art. 167 OR entfällt demnach nur, wenn X nach Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht gutgläubig sein durfte; z. B. weil er davon Kenntnis hatte, dass A seine Kundenguthaben regelmässig abtritt⁸⁴³.

5. Eine Abtretungsanzeige schliesst eine Schuldbefreiung nach Art. 167 OR solange aus, «bis sie von dem, der sie dem Schuldner gemacht hat, zurückgenom-

⁸³⁹ Vgl. den in BLSchK 1949, S. 142f., abgedruckten Entscheid: Die Erstinstanz hatte angenommen, die Abtretungsanzeige habe von Zedent und Zessionar auszugehen.

⁸⁴⁰ v. Tuhr/*Escher*, S. 359; *Alai*, zit. in Anm. 757, S. 54.

⁸⁴¹ v. Tuhr/*Peter*, S. 176f., Text und Anm. 25 und 30.

⁸⁴² Der Beispielsachverhalt ist in abgeänderter Form Sem 1955, S. 407ff., entnommen.

⁸⁴³ Auch wenn der Tatbestand des Art. 167 OR erfüllt ist, steht damit noch nicht fest, dass der Schuldner von seiner Schuld befreit ist. Es bleibt vielmehr zu prüfen, ob er aus andern als abtretungsrechtlichen Gründen, z. B. nach den Regeln über die Anweisung (Art. 466ff. OR), gehalten war, ausschliesslich der Bank B (nicht dem A) zu leisten. Im Text gehe ich durchwegs davon aus, dass keine solchen Gründe vorliegen. – Vgl. zum Vorstehenden Sem 1955, S. 414f.

men wird»⁸⁴⁴. Leistet der Schuldner nach einer Zurücknahme der Abtretungsanzeige in (berechtigtem) guten Glauben an den Zedenten, so wird er nach Art. 167 OR von seiner Schuld befreit.

B. Rechtsfolge

- 690 1. Als Rechtsfolge sieht Art. 167 OR vor, der Schuldner werde (durch die Leistung an den Zedenten) von seiner Schuld «gültig befreit»⁸⁴⁵. **Die Schuld erlischt ex lege**⁸⁴⁶. Und das definitiv: Dem Schuldner steht kein (Gestaltungs-)Recht zu, den Schulduntergang nachträglich zu beseitigen und damit die Forderung des Zessionars wieder aufleben zu lassen. Demgemäss kann der Schuldner die dem Zedenten erbrachte Leistung nicht kondizieren, woran er je nach Sachlage ein Interesse haben kann; so beispielsweise, wenn er gegen den Zessionar eine Forderung besitzt, die er mit der nach Art. 167 OR getilgten Forderung des Zessionars verrechnen möchte.
- 691 Eine abweichende Auffassung vertritt *Becker*⁸⁴⁷. Dieser führt zu Art. 167 OR aus: «Die Bestimmung soll den Schuldner schützen, aber seine Rechtslage in keiner Weise schmälern.» Der Schuldner könne daher «das an den bisherigen Gläubiger in Unkenntnis der Zession Geleistete zurückfordern, wenn es ihm, z. B. wegen einer Kompensationsmöglichkeit, besser passt, den Zessionar als Gläubiger zu haben»⁸⁴⁸. Richtig ist, dass Art. 167 OR den Schutz des Schuldners bezweckt: Dieser soll durch die Zession, an der er nach schweizerischem Recht nicht mitbeteiligt ist, keine Nachteile erleiden⁸⁴⁹. Diesem Schutzgedanken wird nun aber durch die

⁸⁴⁴ v. *Tuhr/Escher*, S. 360. *Bucher*, S. 510 Anm. 104, ist der Meinung, der Widerruf könne «im Falle der Notifikation des Zessionars nicht durch den Zedenten erfolgen, wohl aber» sei «bei Notifikation seitens des Zedenten ein Widerruf durch den Zessionar wirksam». *Oser/Schönenberger*, N 5 zu Art. 167 OR, sprechen sich über die Person des Zurücknehmenden nicht näher aus.

⁸⁴⁵ «Gültig befreit» wird der Schuldner auch, wenn er vor Anzeige der Abtretung in berechtigtem gutem Glauben an das Betreibungsamt zahlt, falls die abgetretene Forderung beim Zedenten gepfändet wurde: BGE 95 III 14; 69 III 74; 69 III 17f. (ohne Bezugnahme auf Art. 167 OR); vgl. neuerdings auch ZR 1982, S. 77. Die vor der Anzeige an das Betreibungsamt eingegangenen noch nicht verteilten Beträge bleiben den pfändenden Gläubigern als Betriebungsergebnis gesichert; sie sind dem Zugriff des Zessionars entzogen (BGE 95 III 14). Das ergibt sich freilich nicht aus Art. 167 OR.

⁸⁴⁶ v. *Tuhr/Escher*, S. 358. Anderer Ansicht ist *Becker*, N 1 zu Art. 167 OR; zu *Beckers* Auffassung siehe gleich nachstehend im Text (Nr. 691).

⁸⁴⁷ N 1 zu Art. 167 OR.

⁸⁴⁸ Die juristische Konstruktion, die *Beckers* Ansicht zugrunde liegt, ist nicht ersichtlich: Soll die Schuldbefreiung eo ipso eintreten, der Schuldner aber das Recht haben, die Schuld wieder aufleben zu lassen (z. B. durch Rückforderung des an den Zedenten Bezahnten); oder soll die Schuldbefreiung erst eintreten, wenn sich der Schuldner dahingehend erklärt (z. B. indem er sich gegenüber der Anspruchserhebung durch den Zessionar auf die dem Zedenten gemachte Leistung beruft)?

⁸⁴⁹ Vgl. z. B. *Oser/Schönenberger*, N 1 zu Art. 167 OR; v. *Büren* I, S. 329.

Annahme, die Leistung an den Zedenten bewirke den sofortigen und definitiven Untergang der Schuld, vollauf Rechnung getragen; denn *ohne Zession* hätte ja die Leistung die Schuld ebenfalls sofort und definitiv zum Erlöschen gebracht⁸⁵⁰. Demgegenüber schießt *Becker* mit seiner Auffassung übers Ziel hinaus. Denn stellt man es dem Schuldner anheim, ob er die Schuldbefreiung will oder nicht, so wird ihm ein Recht eingeräumt, das er ohne Zession *nicht* hätte. Dem Gesagten zufolge lässt sich die Auffassung *Beckers* durch die Schutzfunktion des Art. 167 OR nicht rechtfertigen. Andere Gründe für seine Auffassung führt *Becker* nicht an, und solche sind auch nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Der Gesetzeswortlaut spricht – wie v. *Tuhr/Escher*⁸⁵¹ zu Recht bemerken – entschieden dagegen, die Schuldbefreiung vom Belieben des Schuldners abhängen zu lassen⁸⁵².

2. Nach BGE 56 II 369 soll «sich nur der Debitor cessus auf die zu seinem Schutz 692 aufgestellte Vorschrift des Art. 167 und auf seinen guten Glauben bei der Erfüllung berufen» können. Das scheint unzutreffend. Ist die Schuld nach Art. 167 OR untergegangen, so kann sich **jedermann** auf den Untergang berufen, soweit er hieran ein Interesse hat. Wenn also beispielsweise der Zessionar den Zedenten haftbar machen will, weil der debitor cessus (zu Recht) Schuldbefreiung nach Art. 167 OR geltend gemacht hat, so muss er (der Zessionar) sich seinerseits auf die nach Art. 167 OR erfolgte Schuldtilgung berufen können⁸⁵³.

C. Verwandte Tatbestände

1. Art. 167 OR beschlägt nach seinem Wortlaut nur den Fall, da der Schuldner 693 (debitor cessus) dem Zedenten «Zahlung leistet», also die geschuldete Leistung erbringt. Der Zahlung sind jedoch **andere Befreiungshandlungen** des Schuldners gleichgestellt⁸⁵⁴, so namentlich eine Verrechnungserklärung gegenüber dem Zedenten⁸⁵⁵: Besitzt der Schuldner gegen den Zedenten eine Forderung, die er mit der an den Zessionar abgetretenen Forderung zur Verrechnung bringt, so geht die abgetretene Forderung unter den Voraussetzungen des (analog anwendbaren)

⁸⁵⁰ Vgl. *Klang/Wolff*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 2. Aufl. Wien 1951, zu § 1395 ABGB.

⁸⁵¹ S. 358.

⁸⁵² Nach herrschender Meinung zu § 407 BGB tritt hingegen die Schuldtilgung aufgrund dieser Bestimmung nur auf Wunsch des Schuldners ein: z. B. *Weimar*, JR 1966, S. 461; *Weber*, RGRK, N 9f. zu § 407 BGB, mit weiteren Hinweisen.

⁸⁵³ Vgl. im vorliegenden Zusammenhang auch *Bergmann*, zit. in Anm. 833, S. 19, in bezug auf das österreichische Recht.

⁸⁵⁴ Z. B. SJZ 1954, S. 163; *Leumann*, zit. in Anm. 787, S. 40; ferner die in Anm. 858 zitierte Literatur.

⁸⁵⁵ *Koller A.*, Werkvertragliche Mängelrechte und Abtretung der Werklohnforderung, BR 1984, S. 67, mit Hinweisen.

Art. 167 OR unter⁸⁵⁶. (Zum Fall, da der Zedent – nicht der Schuldner – die Verrechnung erklärt, siehe weiter unten.) Der Zahlung gleichgestellt sind auch **Rechtsgeschäfte, die der Schuldner mit dem Zedenten zwecks Tilgung seiner Schuld abschliesst**, so z. B. ein Erlassvertrag oder die Novation der Schuld⁸⁵⁷ (BGE 45 II 672, 56 II 369⁸⁵⁸). Noch weiter gehen v. *Tuhr/Escher*. Sie nehmen an, Art. 167 OR erfasse auch den Fall, da der *Zedent* Verrechnung der abgetretenen Forderung mit einer Gegenforderung des Schuldners erklärt⁸⁵⁹. Dem vermag ich zumal für den Normalfall nicht beizupflichten; aus folgenden Überlegungen:

694 Bejaht man die Anwendung des Art. 167 OR, so geht durch die Verrechnungserklärung des Zedenten – Tatbestand des Art. 167 OR unterstellt – nicht nur die Forderung des Zessionars gegen den Schuldner unter, sondern auch die Forderung des Schuldners gegen den Zedenten. Verneint man die Anwendung des Art. 167 OR, so bleibt zwar die Forderung des Zessionars gegen den Schuldner bestehen, bestehen bleibt aber auch die Forderung des Schuldners gegen den Zedenten. Diese kann der Schuldner in den meisten Fällen nach Art. 169 OR durch Erklärung gegenüber dem *Zessionar* zur Verrechnung bringen. Erklärt er die Verrechnung, so erlangt er im Ergebnis die gleiche Stellung, wie wenn man auf die Verrechnungserklärung des Zedenten Art. 167 OR zur Anwendung bringt. Zur Verrechnung ist jedoch der Schuldner nicht gezwungen; vielmehr bleibt ihm die Möglichkeit gewahrt, statt zu verrechnen gegen den Zedenten vorzugehen, woran er ein praktisches Interesse haben kann. Aus dem Gesagten folgt:

695 Bringt man Art. 167 OR auf die Verrechnungserklärung des Zedenten auch in Fällen zur Anwendung, in denen der Schuldner seine gegen den Zedenten bestehende Forderung nach Art. 169 OR (dem Zessionar gegenüber) zur Verrechnung bringen könnte, so räumt man dem Zedenten die Möglichkeit ein, die Rechtslage des Schuldners einseitig zu verschlechtern: Indem jener die Verrechnung erklärt, wird dem Schuldner – Tatbestand des Art. 167 OR unterstellt – das Recht entzogen, selbst zu entscheiden, wie er seine gegen den Zedenten bestehende Forderung geltend machen will (durch Verrechnungserklärung gegenüber dem Zessionar [Art. 169 OR] oder durch Einforderung der Leistung vom Zedenten). Die Auffassung v. *Tuhr/Eschers* führt also zu einer Benachteiligung des Schuldners und verstösst somit gegen den Zweck des Art. 167 OR (Nr. 691). Für die Auffassung der

⁸⁵⁶ Ist die dem *Zedenten* gegenüber erklärte Verrechnung nicht nach Art. 167 OR wirksam, so steht dem Schuldner unter Umständen die Möglichkeit offen, durch Erklärung gegenüber dem *Zessionar* nach Art. 169 OR zu verrechnen (unzutreffend insoweit SJZ 1954, S. 163).

⁸⁵⁷ In der Anweisung des Zedenten, an den Zessionar zu leisten, liegt keine der Zahlung gleichgestellte Handlung, weil bei der Anweisung die Schuld erst durch die Leistung an den Anweisungsempfänger getilgt wird (BGE 56 II 369).

⁸⁵⁸ Ebenso die Lehre, z. B. *Fick/Morlot*, N 3 zu Art. 167 OR; *Oser/Schönenberger*, N 2 zu Art. 167 OR; *Gauch/Schluelp/Jäggi*, Nr. 2225; *Bucher*, S. 509; v. *Büren* I, S. 330 (mit Zweifel, ob ein Erlass der Zahlung gleichzustellen sei); so auch schon für das aOR: *Hafner*, N 6 zu Art. 187 aOR, und *Schneider/Fick*, N 4 zu Art. 187 aOR.

⁸⁵⁹ v. *Tuhr/Escher*, S. 360; die Meinung dieser Autoren übernimmt *Bucher*, S. 509.

zierten Autoren bleibt deshalb nur dort Raum, wo dem Schuldner nach Art. 169 OR kein Verrechnungsrecht zusteht. Insoweit ist es m. E. aber in der Tat zutreffend, Art. 167 OR auch auf eine Verrechnungserklärung des Zedenten (analog) zur Anwendung zu bringen.

Eine der Ansicht v. *Tuhr/Eschers* entsprechende Auffassung vertritt *Oertmann* 696 für das deutsche Recht: Unter § 407 BGB, die Parallel-Bestimmung zu Art. 167 OR⁸⁶⁰, gehöre «auch die Aufrechnungserklärung, die entweder der Schuldner dem Zedenten oder dieser jenem gegenüber nach der Abtretung vornimmt»⁸⁶¹. Nun tritt jedoch die Befreiungswirkung nach § 407 BGB – anders als nach Art. 167 OR – nicht ipso iure ein, sondern nur auf Wunsch des Schuldners hin; so jedenfalls *Oertmann*⁸⁶². Der Schuldner kann demnach die Verrechnungserklärung des Zedenten zurückweisen, wenn er es vorzieht, Schuldner des Zessionars zu bleiben, dafür aber auch die Forderung gegen den Zedenten zu behalten. Die Auffassung *Oertmanns* führt daher – anders als diejenige v. *Tuhr/Eschers* – zu keinen Ungeheimtheiten; das aufgrund unterschiedlicher Konzeption von § 407 BGB und Art. 167 OR.

2. Nach BGE 95 II 247 ist Art. 167 OR unmittelbar nur «auf den Fall der Abtretung» anwendbar, «sinngemäss» jedoch auch auf andere Fälle eines Gläubigerwechsels, nämlich auf den **Übergang kraft Gesetzes** (BGE 45 II 672) oder **Richterspruchs**. Die Lehre vertritt im Ergebnis die gleiche Auffassung. Einzelne Autoren nehmen jedoch an, Art. 167 OR finde auf jeden Gläubigerwechsel *unmittelbare* Anwendung, nicht nur im Falle der Abtretung⁸⁶³. Dem ist angesichts der systematischen Stellung von Art. 167 OR beizupflichten: Art. 167 OR gehört unter die Marginalie «II. Wirkung der Abtretung»; diese Marginalie bezieht sich über ihren Wortlaut hinaus nicht nur auf den vertraglichen Forderungsübergang (Abtretung, Art. 164f. OR), sondern auch auf den Übergang kraft Gesetzes oder Richterspruchs (Art. 166 OR).

Nach deutschem Recht gilt § 407 BGB beim Forderungsübergang kraft Gesetzes sinngemäss (§ 412 BGB). «Zur Feststellung, dass der Schuldner Kenntnis [im Sinne des § 407 BGB] von dem Übergang gehabt hat, genügt, dass er Kenntnis von dem Tatbestand gehabt hat, der den Forderungsübergang begründet»⁸⁶⁴; Kenntnis vom Rechtssatz, der dem Übergang zugrundeliegt, ist nicht nötig. Diese Auffassung ist nur durch die Tendenz erklärbar, die

⁸⁶⁰ Von den beiden Tatbestandsvarianten, auf die sich Art. 167 OR im unmittelbaren Anwendungsbereich bezieht (Zahlung an den Zedenten statt den Zessionar, Nr. 675; Zahlung an einen Scheinzessionar statt den berechtigten Zessionar, Nr. 676), bildet allerdings nur die erstere Gegenstand des § 407 BGB; mit der letzteren befasst sich § 408 BGB.

⁸⁶¹ *Oertmann*, N 1/b/y zu § 407 BGB (Hervorhebung nicht im Original-Text).

⁸⁶² N 1/c zu § 407 BGB. Wie *Oertmann* auch die herrschende Lehre (Anm. 852).

⁸⁶³ So wohl v. *Büren* I, S. 329 Anm. 71; *Becker*, N 3 zu Art. 167 OR. Für analoge Anwendung hingegen *Oser/Schönenberger*, N 1 a. E. zu Art. 166 OR; v. *Tuhr/Escher*, S. 373.

⁸⁶⁴ *Weber*, RGRK, N 34 zu § 407 BGB, mit dem Hinweis, das entspreche der ständigen Rechtsprechung.

Anforderungen an die Kenntnis im Sinne von § 407 BGB niedrig zu halten und Fälle von Kennenmüssen der Kenntnis gleichzustellen (Nr. 681). Denn: In Wirklichkeit bedeutet Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die einem Forderungsübergang zugrundeliegen, längst nicht immer Kenntnis vom Forderungsübergang selbst; hat der Schuldner im Einzelfall den Forderungsübergang trotz Kenntnis der Umstände, die dem Übergang zugrundeliegen, nicht erkannt, so kann höchstens gesagt werden, er hätte den Übergang *kennen müssen*.

- 699 Nach schweizerischem Recht kommt es für eine Schuldbefreiung nach Art. 167 OR im Falle einer *cessio legis* nicht entscheidend darauf an, ob der Schuldner den Sachverhalt, welcher dem Forderungsübergang zugrundeliegt, kennt. Entscheidend ist vielmehr, ob er den *Forderungsübergang* erkennt (erkennen müsste) oder Zweifel hat (haben müsste), ob ein solcher Übergang stattgefunden hat oder nicht (vgl. Nr. 679f.). Zumindest solche Zweifel wird der Schuldner in der Regel allerdings haben müssen, wenn er den Sachverhalt, der einer *cessio legis* zugrundeliegt, kennt. Notwendig ist dies aber nicht. So wird man z.B. im Fall, da ein Haftpflichtanspruch kraft Subrogation vom Geschädigten auf einen Sozialversicherungsträger übergeht, von einem Laien, auch wenn dieser die tatbeständlichen Verhältnisse genau kennt, nicht ohne weiteres erwarten dürfen, dass er mit der Möglichkeit eines Forderungsübergangs auch nur rechnet.

2. Schuldbefreiung durch Leistung an einen Scheinzessionar

- 700 Nach Art. 167 OR kann sich der Schuldner von seiner Schuld unter Umständen durch Leistung an einen Scheinzessionar befreien, d.h. einen Zessionar, der die ihm abgetretene Forderung nur scheinbar erworben hat. Zwei Fälle sind zu unterscheiden: *A.* Befreiung zulasten des berechtigten Zessionars; *B.* Befreiung zulasten des Zedenten.

A. Zulasten des berechtigten Zessionars

- 701 Hat der Gläubiger die Forderung wirksam abgetreten, so kann er sie nicht nochmals wirksam abtreten. Der erste Zessionar erwirbt die Forderung, weitere Abtretungen lassen die Forderung nicht mehr übergehen (BGE 56 II 363; Grundsatz der Priorität). Dementsprechend wird der Schuldner nur durch Leistung an den ersten Zessionar, nicht hingegen durch Leistung an den Zweitessionar (Dritt-, Viertessionar usw.) befreit. Das ist der Grundsatz, der durch Art. 167 OR eine bedeutsame Einschränkung erfährt: Zahlt der Schuldner «an einen im Rechte nachgehenden Erwerber» der Forderung (Scheinzessionar), so ist er nach dem Wortlaut des Art. 167 OR unter einer zweifachen Voraussetzung «gültig befreit»: Einmal muss die Zahlung vor Anzeige der ersten (gültigen) Abtretung erfolgt sein. Zum zweiten muss der Schuldner in gutem Glauben geleistet haben, d.h. im Vertrauen darauf, dass der Scheinzessionar Gläubiger geworden ist. Diese zwei Tatbestandsmerkmale bedürfen nach dem in Nr. 679f. und 682ff. Gesagten keiner weiteren Erörterung mehr. Hingegen sind sie durch ein drittes Tatbestandsmerkmal zu ergänzen, das im Wortlaut des Art. 167 OR keinen Niederschlag gefunden hat:

Der Schuldner muss *die Rechtsnachfolge des Scheinzessionars geprüft haben*. Das entspricht der allgemeinen Regel, dass eine Schuldtilgung durch Leistung an einen Nichtberechtigten, der als Rechtsnachfolger eines andern auftritt, die Prüfung der Rechtsnachfolge voraussetzt⁸⁶⁵. Zu prüfen ist immer nur der *formelle Vorgang der Rechtsnachfolge*, nicht hingegen, ob der Vorgang *materiell gültig* ist⁸⁶⁶. Das bedeutet für den vorliegenden Zusammenhang: Schuldtilgung nach Art. 167 OR setzt voraus, dass der Schuldner abklärt, ob eine Abtretung an den Scheinzessionar stattgefunden hat; demgegenüber ist der Schuldner nicht gehalten, nach allfälligen Mängeln der Abtretung (z. B. einem wesentlichen Irrtum) zu suchen. Der Schuldner genügt seiner Prüfungspflicht, wenn er in die vom Zedenten ausgestellte Abtretungsurkunde (Art. 165 OR) Einsicht nimmt oder sich die Abtretung von jenem bestätigen lässt. Aber auch die Bestätigung durch einen Dritten genügt⁸⁶⁷. Hingegen reicht es nicht aus, dass sich der Schuldner mit der Behauptung des (Schein-) Zessionars, die Forderung erworben zu haben, zufriedengibt⁸⁶⁸; die Leistung an den Zessionar bringt diesfalls die Schuld nicht zum Erlöschen, jedenfalls nicht nach Art. 167 OR.

Der Schuldner ist *nur zur Prüfung der Rechtsnachfolge, nicht auch der sog. Nachberechtigung*, verpflichtet. Er braucht mit andern Worten nur abzuklären, ob eine Abtretung stattgefunden hat, nicht hingegen, ob der Zessionar die (scheinbar erworbene) Forderung nachträglich – z. B. durch Weiterzession – verloren hat. «Diese Regel ergibt sich daraus, dass der Ausweis der Nachberechtigung (d. h. über den Nichteintritt eines Gläubigerwechsels) als Beweis einer Nichttatsache gar nicht möglich wäre.»⁸⁶⁹ Vorbehalten ist der Fall, da der Schuldner an der Nachberechtigung gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB Zweifel haben muss. «In einem solchen Fall ist der Beweis der Nachberechtigung insoweit möglich, als die Abklärung des Zweifels in Frage steht. In diesem Umfang ist der Schuldner zur Prüfung der Nachberechtigung» verpflichtet⁸⁷⁰.

⁸⁶⁵ Jäggi, N 59f. zu Art. 966 OR; ders., zit. in Anm. 752, S. 29. Die Pflicht (genauerhin: Obliegenheit) zur Prüfung der Rechtsnachfolge bleibt allerdings in der Literatur zu Art. 167 OR unerwähnt (vgl. immerhin v. Büren I, S. 330, und zu dessen Auffassung Anm. 867).

⁸⁶⁶ Jäggi, N 59f. zu Art. 966 OR.

⁸⁶⁷ v. Büren I, S. 330, scheint nur die Benachrichtigung durch den Zedenten genügen zu lassen.

⁸⁶⁸ Ebenso Canaris, S. 143, in bezug auf das deutsche Recht, und Klang/Wolff, zit. in Anm. 850, Bem II zu § 1396 ABGB, S. 315f., für das österreichische Recht. Widerspruchlich Feil E., ABGB, Handkommentar für die Praxis, Band VIII, Eisenstadt 1978, S. 89 einerseits, S. 91 unten/92 andererseits, in bezug auf das österreichische Recht.

⁸⁶⁹ Jäggi, N 46 zu Art. 966 OR.

⁸⁷⁰ Jäggi, N 46 zu Art. 966 OR.

B. Zulasten des Zedenten

- 703 Verwandt mit dem eben unter A. behandelten Fall ist der folgende: Der Gläubiger tritt die Forderung ab, diese geht aber (z.B. wegen Widerrechtlichkeit des Zessionsvertrags, Art. 20 OR) nicht über. In der Folge leistet der Schuldner an den (Schein-)Zessionar statt an den Zedenten. Art. 167 OR regelt diesen Fall nicht ausdrücklich. M. E. kann jedoch die Bestimmung analog herangezogen werden. In der Weise, dass auf Schuldbefreiung zu erkennen ist, sofern der Schuldner in gutem Glauben leistete und nachdem er die Rechtsnachfolge des Schein-Zessionars geprüft hatte⁸⁷¹. Unter dieser zweifachen Voraussetzung ist der Schuldner nicht weniger schützenswert als bei dem unter A. behandelten Tatbestand. Das allein rechtfertigt die Analogie allerdings noch nicht. Diese kann nur deshalb befürwortet werden, weil der Zedent bei dem hier fraglichen Tatbestand nicht schutzwürdiger, ja sogar weniger schutzwürdig ist als der Erstzessionar bei dem unter A. behandelten Tatbestand: Durch die ungültige Zession erweckt der Zedent den Anschein, die Forderung gehöre jemand anders (dem Schein-Zessionar); er ist daher mitverantwortlich für die Zahlung an den Schein-Zessionar (statt an ihn). Demgegenüber lässt sich bei dem unter A. behandelten Tatbestand nicht sagen, der Erstzessionar habe im Falle mehrfacher Zession den Anschein erweckt, die Forderung gehöre nicht ihm. Es kann höchstens gesagt werden, er hätte durch Anzeige der Abtretung den Schein, dass die Forderung dem Zweitzessionar (Drittzessionar usw.) gehört, zerstören können. Und auch das trifft nicht immer zu; man denke nur an den schon erwähnten Fall, da die Abtretungsanzeige von der Post nicht befördert wird.
- 704 Nach § 409 BGB kann sich auch der *bösgläubige* Schuldner durch Leistung an den Scheinzessionar statt den Zedenten befreien, sofern ihm dieser angezeigt hat, «dass er die Forderung abgetreten habe»^{872, 873}. Das OR kennt keine entsprechende Regelung. Zu Recht, denn der Schuldner, der um die Ungültigkeit der Abtretung weiss, verdient grundsätzlich keinen Schutz, wenn er trotz dieser Kenntnis an den vom Zedenten bezeichneten Scheinzessionar leistet⁸⁷⁴ (vgl. eben Anm. 873).
-
- 871 Im Ergebnis ähnlich v. Büren I, S. 330; Jäggli, SJZ 1971, S. 7 rechte Spalte unten. – Haben Zedent und Zessionar den Abtretungsvertrag simuliert, so kann dem Schuldner, der an den Zessionar statt den Zedenten leistet, über eine analoge Anwendung des Art. 18 Abs. 2 OR geholfen werden.
- 872 «Der Anzeige steht es gleich, wenn der Gläubiger eine Urkunde über die Abtretung dem in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger ausgestellt hat und dieser sie dem Schuldner vorlegt» (§ 409 Abs. 1 BGB).
- 873 So die herrschende Lehre und Rechtsprechung: Nachweise bei Palandt/Heinrichs, N 1 zu § 409 BGB. Heinrichs selbst hält den Schutz des Bösgläubigen für «bedenklich». Weiter geht Horst Müller, wenn er schreibt, es sei «nicht einzusehen, warum der Schuldner bei der Zession geschützt werden sollte, wenn er nachweislich im bösen Glauben ist» (ZfRV 1963, S. 16). Müller, a.a.O., zieht hieraus den konsequenten – mit dem Wortlaut des § 409 BGB zu vereinbarenden – Schluss, nur der gutgläubige Schuldner sei nach § 409 BGB geschützt. Ähnlich Rieke, NJW 1959, S. 1415 ff.
- 874 Gegenteilig Bucher, S. 512; ders., Kreditsicherung durch Zession, in: Probleme der

Ausnahmen ergeben sich aus allgemeinen, nicht spezifisch abtretungsrechtlichen Regeln. So darf der um die Ungültigkeit der Zession wissende Schuldner beispielsweise dann an den Scheinzessionar leisten, wenn das, was formell als Abtretungsanzeige erscheint, im Einzelfall als (rechtsgeschäftliche) Ermächtigung zur Leistung an den Scheinzessionar aufzufassen ist.

IV. Art. 169 OR

Art. 169 OR

Einreden, die der Forderung des Abtretenden entgegenstanden, kann der Schuldner auch gegen den Erwerber geltend machen, wenn sie schon zu der Zeit vorhanden waren, als er von der Abtretung Kenntnis erhielt.

Ist eine Gegenforderung des Schuldners in diesem Zeitpunkt noch nicht fällig gewesen, so kann er sie dennoch zur Verrechnung bringen, wenn sie nicht später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist.

Art. 169 OR betrifft das Rechtsverhältnis des Schuldners einer wirksam abgetretenen Forderung zum Zessionar. Der Artikel vereinigt in sich vier Regeln, die – bedingt durch eine wenig klare Gesetzesredaktion – nicht ohne weiteres einsichtig sind. (Nur) Zwei der vier Regeln ordnen Gutglaubensschutz an; eine davon ist praktisch bedeutungslos, der andern kommt hingegen beträchtliche Tragweite zu. Mit dieser letztern Regel befasste ich mich eingehend hinten in Nr. 725 ff. Zuvor stelle ich gleich anschliessend den Regelungsgehalt des Art. 169 OR im Überblick dar; das geschieht mit Rücksicht auf ein besseres Verständnis der betreffenden Gutglaubensschutzregel. 705

1. Regelungsgehalt im Überblick

Art. 169 OR beinhaltet, wie gesagt, vier verschiedene Regeln. Diese beruhen allerdings alle auf ein und demselben Gedanken: dass nämlich der Schuldner durch die Abtretung der gegen ihn bestehenden Forderung keine Nachteile erleiden soll⁸⁷⁵. Bei Beobachtung dieses Gedankens werden die Regeln des Art. 169 OR leichter einsehbar. 706

Kreditsicherung, Bern 1982, S. 15. *Bucher*, S. 512, nimmt an, «die Notifikation einer nicht wirksamen Zession» könne «in eine Ermächtigung zur Leistung an einen Dritten (den Pseudo-Zessionar)» umgedeutet werden; demzufolge könne sich auch der bösgläubige Schuldner durch Leistung an den Zessionar befreien. Für eine Umdeutung (Konversion) nach den allgemeinen Regeln (dazu *Schönenberger/Jäggi*, N 82 ff. zu Art. 11 OR) bleibt jedoch kein Raum. Eine Konversion nach «ausserordentlichen Regeln» aber bedürfte der Begründung, die *Bucher* vermissen lässt. Ähnlich wie *Bucher* auch v. *Tuhr/Escher*, S. 360, und *Engel*, S. 592.

⁸⁷⁵ Vgl. *Oser/Schönenberger*, N 1 zu Art. 169 OR. – Der Schuldner ist allerdings nicht gegen alle nur möglichen Nachteile geschützt, vgl. Nr. 739 und Anm. 889.

A. Die erste Regel

- 707 Die erste Regel des Art. 169 OR besagt: **Einreden**, die der Forderung des Zedenten im Zeitpunkt der Abtretung entgegenstehen, **werden durch die Abtretung nicht berührt**: Der Schuldner (debitor cessus) kann sie auch gegenüber dem Zessionar geltend machen.
- 708 Mit «Einreden» meint Art. 169 OR nicht nur Einreden im technischen Sinne, also Rechte, «durch welche der Schuldner eine geschuldete Leistung aus besonderem Grunde verweigert»⁸⁷⁶, sondern auch Einwendungen⁸⁷⁷, also Tatsachenvorbringen, «aus denen sich ergibt, dass die Forderung nicht entstanden oder bereits erloschen ist»⁸⁷⁸. Nach dem Gesagten kann der Schuldner dem Zessionar gegenüber beispielsweise vorbringen, die zederte Forderung sei im Zeitpunkt der Zession bereits verjährt gewesen (Einrede) oder durch Erfüllung untergegangen (Einwendung). Wo im folgenden von Einrede gesprochen wird, sind Einwendungen immer mitverstanden⁸⁷⁹.
- 709 Art. 169 OR betrifft nur Einreden, die (im Zeitpunkt der Abtretung) «der Forderung des Abtretenden entgegenstehen». Das sind Einreden, die den Bestand der Forderung betreffen oder das Recht, eine aus ihr sich ergebende Leistung zu verlangen⁸⁸⁰. Nicht dazu gehört beispielsweise «die Behauptung, dass die Forderung nicht an dem vom Zessionar gewählten Gerichtsstand verfolgt werden könne, weil der Zedent selbst mit einer Klage an diesem Orte ausgeschlossen gewesen wäre» (BGE 56 I 186).
- 710 Mit Gutglaubensschutz hat die dargestellte Regel nichts zu tun. Denn: Gutglaubensschutz bedeutet Schutz einer Bewusstseinslage (Nr. 2). Nun aber sieht Art. 169 OR vor, dass dem Schuldner die dem Zedenten gegenüber bestehenden Einreden erhalten bleiben, ohne dass es in irgend einer Weise auf die Bewusstseinslage des Schuldners (des «Geschützten») ankommt.

⁸⁷⁶ v. Tuhr/*Escher*, S. 365 unten/366.

⁸⁷⁷ Das ist die allgemeine Meinung; statt vieler: *Koller*, BR 1984, S. 63, mit Hinweisen; SJZ 1949, S. 324 linke Spalte; vgl. neuerdings auch BGE 109 II 216 (zu diesem Entscheid *Koller*, a.a.O., S. 65).

⁸⁷⁸ v. Tuhr/*Escher*, S. 365.

⁸⁷⁹ Ebenfalls zu den Einreden im Sinne von Art. 169 OR gehört das Verrechnungsrecht, die sog. «Verrechnungseinrede» (so der Ausdruck in BGE 85 II 113, 95 II 238). Diese ist aber weder Einrede noch Einwendung im umschriebenen Sinne, sondern Gestaltungsrecht (Anm. 750). Mit Bezug auf die Verrechnungseinrede sieht Art. 169 OR eine besondere Regelung vor (Nr. 715 ff.), die von derjenigen, die für Einreden und Einwendungen im technischen Sinne gilt, zum Teil abweicht (vgl. Anm. 889). – Zur Frage, wem gegenüber der Besteller nach Abtretung der Werklohnforderung die Mängelrechte geltend zu machen hat, siehe *Koller*, BR 1984, S. 64f., 66, 67.

⁸⁸⁰ BGE 56 II 186; vgl. auch *Becker*, N 3, 6f. zu Art. 169 OR; *Oser/Schönenberger*, N 4 zu Art. 169 OR; *Des Gouttes*, SJK Karte Nr. 704, S. 18.

B. Die zweite Regel

Die zweite Regel des Art. 169 OR betrifft folgenden Sachverhalt: Im Zeitpunkt der Abtretung einer Forderung ist eine Einrede zwar noch nicht entstanden, doch ist sie immerhin **«im Keim»** (Oser/Schönenberger: «in nuce») angelegt; in dem Sinne, dass bereits der Rechtsgrund gegeben ist, aufgrund dessen durch Hinzutritt späterer Umstände die Einrede entstehen würde, wenn die Abtretung nicht erfolgt wäre. Für solche Fälle sieht Art. 169 OR vor: Treten später die betreffenden Umstände ein, so **entsteht die Einrede, wie wenn die Abtretung unterblieben wäre**⁸⁸¹; nur richtet sie sich nicht gegen den Zedenten, sondern gegen den Zessionar⁸⁸². Auf eine irgendwie geartete Gutgläubigkeit des Schuldners kommt wiederum nichts an.

Beispiel: Der Gläubiger einer auflösend bedingten Forderung tritt diese ab, bevor die Bedingung eingetreten ist. Nach Eintritt der Bedingung kann der Schuldner einwenden, die Forderung sei untergegangen; er kann dies in gleicher Weise, wie wenn die Bedingung bereits vor der Zession eingetreten wäre (diesfalls würde die erste Regel des Art. 169 OR gelten)⁸⁸³.

C. Die dritte Regel

Die dritte Regel des Art. 169 OR sieht die Entstehung von Einreden vor, welche bei Abtretung **noch nicht einmal im Keim vorhanden** waren: Solange der Schuldner von der Abtretung keine Kenntnis hat, entstehen gegenüber dem Zessionar alle Einreden, die gegenüber dem Zedenten entstehen würden, wenn keine Zession stattgefunden hätte. Ausfluss und Konkretisierung dieser Regel ist Art. 167 OR, der dem Schuldner für den Fall, dass er dem Zedenten statt dem Zessionar leistet⁸⁸⁴, die – vor der Abtretung auch nicht im Keim vorhandene – Erfüllungseinrede einräumt, also die Einwendung, bereits geleistet und damit die Schuld getilgt zu haben. Art. 167 OR präzisiert allerdings den Art. 169 OR in zweierlei Hinsicht: Einmal macht er die Schuldtilgung davon abhängig, dass die Leistung erfolgte, bevor die Abtretung angezeigt wurde (Nr. 782ff.). Diese Voraussetzung des Art. 167 OR lässt sich dem Wortlaut des Art. 169 OR auch nicht andeutungsweise entnehmen. Zum zweiten setzt Schuldbefreiung nach Art. 167 OR berechtigten guten Glauben voraus (Nr. 679f.), während nach dem Wortlaut des Art. 169 OR schon blosse Unkenntnis der Abtretung genügen würde.

Art. 167 OR nimmt der dritten Regel des Art. 169 OR jede praktische Bedeutung.

⁸⁸¹ Vgl. z.B. SJZ 1957, S. 201 rechte Spalte; Oser/Schönenberger, N 7 zu Art. 167 OR; v. Tuhr/Escher, S. 366, mit weiteren Hinweisen in Anm. 64.

⁸⁸² Auch diese zweite Regel des Art. 169 OR gilt aber nur für Einreden, welche die Forderung des Abtretenden betreffen (vgl. Nr. 709).

⁸⁸³ Zu diesem Beispiel vgl. auch v. Tuhr/Escher, S. 366.

⁸⁸⁴ Der Leistung sind andere Handlungen gleichgestellt, die der Schuldner zwecks Tilgung seiner Schuld vornimmt (Nr. 693).

Denn: Die Entstehung der Erfüllungseinrede bei Leistung an den Zedenten statt den Zessionar richtet sich ausschliesslich nach Art. 167 OR, der gegenüber Art. 169 OR *lex specialis* ist; andere Einreden, die gestützt auf die dritte Regel des Art. 169 OR zur Entstehung gelangen könnten, sind aber nicht ersichtlich⁸⁸⁵.

D. Die vierte Regel

- 715 1. Die vierte Regel des Art. 169 OR betrifft folgenden Fall: Der Schuldner aus einer wirksam abgetretenen Forderung hat seinerseits eine Forderung gegen den Zedenten. Mangels Gegenseitigkeit der Forderungen kann der Schuldner grundsätzlich nicht verrechnen (Art. 120 Abs. 1 OR). Davon gibt es zwei Ausnahmen. In beiden Fällen ist nach allgemeiner Verrechnungsordnung vorausgesetzt, dass die vom Schuldner zur Verrechnung gestellte Forderung fällig ist; zudem müssen die Forderung des Schuldners und die Gegenforderung des Zessionars gleichartig sein (Art. 120 Abs. 1 OR). Zusätzliche Voraussetzungen ergeben sich aus den anwendbaren Ausnahmenvorschriften, den Art. 167 und 169 OR:
- 716 – Der Schuldner kann unter den Voraussetzungen des (analog anwendbaren) Art. 167 OR dem Zedenten gegenüber die Verrechnung erklären (Nr. 693). Diese Möglichkeit besteht höchstens solange, als sich der Schuldner in (berechtigtem) gutem Glauben befindet, d. h. auf die Forderungsberechtigung des Zedenten vertraut (Nr. 679).
- 717 – Ist der Schuldner nicht (mehr) gutgläubig, kann er nach Massgabe des Art. 169 OR Verrechnung gegenüber dem Zessionar erklären⁸⁸⁶.
- 718 2. Vorliegend interessiert nur das **Verrechnungsrecht des Art. 169 OR**. Nach dieser Bestimmung sind die Verrechnungsvoraussetzungen verschieden, je nachdem, ob der Schuldner die Forderung gegen den Zedenten *vor* oder *nach* Abtretung der Gegenforderung erworben hat. Die beiden Fälle sind daher zweckmässigerweise gesondert zu behandeln:
- 719 a) **Erster Fall:** Der Schuldner hat die Forderung **nach** der Abtretung erworben. Diesfalls setzt das Verrechnungsrecht nach Art. 169 OR ein Dreifaches voraus:
- 720 – Der Schuldner muss die Forderung gegen den Zedenten in (berechtigtem) gutem Glauben, d. h. im Vertrauen auf die Forderungsberechtigung des Zedenten,

⁸⁸⁵ Vgl. Bergmann, zit. in Anm. 833, S. 21 unten/22.

⁸⁸⁶ Nur der Schuldner ist nach Art. 169 OR allenfalls verrechnungsberechtigt, nicht hingegen der Zessionar; für diesen bleibt es beim Grundsatz, dass seine Forderung und diejenige des Schuldners gegen den Zedenten mangels Gegenseitigkeit nicht verrechnet werden können (vgl. Nr. 715). – Ein nach Art. 169 OR begründetes Verrechnungsrecht (des Schuldners) untersteht, was Inhalt und Ausübung anbelangt, den allgemeinen Grundsätzen (z. B. Art. 124 Abs. 1 und 2 OR). Darauf ist hier nicht weiter einzutreten.

erworben haben^{886a}. Art. 169 OR setzt also im Unterschied zu Art. 167 OR zwar nicht voraus, dass der Schuldner *im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung* gutgläubig ist (Nr. 716). Hingegen ist Gutgläubigkeit *bei Erwerb der Forderung* gegen den Zedenten vorausgesetzt.

- Der Schuldner muss die Forderung gegen den Zedenten erworben haben, bevor eine Abtretungsanzeige erfolgt ist. 721
- Die Forderung des Schuldners gegen den Zedenten muss fällig geworden sein: *entweder* vor Abtretung der Gegenforderung *oder* zwar nach der Abtretung, aber solange sich der Schuldner in (berechtigtem) gutem Glauben befunden hat oder bevor die Gegenforderung fällig wurde. 722

b) **Zweiter Fall:** Der Schuldner hat die Forderung gegen den Zedenten **vor** Abtretung der Gegenforderung erworben. Diesfalls hängt das Verrechnungsrecht einzig von der zuletzt in Nr. 722 erwähnten Voraussetzung ab. Es ist also gegeben, wenn die Forderung des Schuldners vor der Abtretung fällig wurde⁸⁸⁷ oder zwar nach der Abtretung, aber solange sich der Schuldner in (berechtigtem) gutem Glauben⁸⁸⁸ befunden hat oder bevor die Gegenforderung fällig wurde⁸⁸⁹. 723

^{886a} Ausnahmsweise ist allerdings der Schuldner auch dann geschützt, wenn er die Forderung in bösem Glauben erwirbt; so beim Erwerb einer Schadenersatzforderung, die aus einem Vertrag herrührt, den der Schuldner mit dem Zedenten noch in gutem Glauben geschlossen hatte. Vgl. *Palandt/Heinrichs*, N 1/b zu § 406 BGB.

⁸⁸⁷ Wenn der Schuldner gegen den Zedenten eine fällige Forderung erwirbt, und das vor Abtretung der Gegenforderung, so hat er gegenüber dem Zedenten ein ganz «normales» Verrechnungsrecht (nicht ein solches des Art. 169 OR). Dieses geht durch die Abtretung der Gegenforderung nicht mehr verloren. Nur ist es nach der Abtretung gegenüber dem *Zessionar* geltend zu machen, sofern sich der Schuldner im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung nicht in gutem Glauben befindet (andernfalls kann es gemäss Art. 167 OR weiterhin gegenüber dem Zedenten ausgeübt werden). Die gleiche Rechtslage ergäbe sich bei Anwendung der ersten Regel des Art. 169 OR.

⁸⁸⁸ Die Frage nach dem guten oder bösen Glauben des Schuldners stellt sich erst nach der Abtretung. Erst diese erzeugt nämlich den Rechtsmangel, auf den sich Art. 169 OR bezieht: die fehlende Forderungsberechtigung des Zedenten, welche bewirkt, dass die Forderung des Schuldners gegen den Zedenten und die gegen den Schuldner bestehende Forderung mangels Gegenseitigkeit nicht (mehr) verrechenbar sind.

⁸⁸⁹ Aus dem Gesagten folgt, dass die zweite Regel des Art. 169 OR in bezug auf die Verrechnungseinrede eine Einschränkung erfährt: Erwirbt der Schuldner gegen den Zedenten vor Abtretung der Gegenforderung eine nicht fällige Forderung, so besteht zwar bis zur Fälligkeit noch kein Verrechnungsrecht, ein solches ist aber immerhin «im Keim» vorhanden. Wenn nun der Zedent die Gegenforderung vor Fälligkeit der schuldnerischen Forderung zediert, so würde nach der zweiten Regel des Art. 169 OR das im Keim vorhandene Verrechnungsrecht trotz der Abtretung bestehen bleiben und bei Fälligkeit der schuldnerischen Forderung (dem Zessionar gegenüber) zur Entstehung gelangen. Nach der vierten Regel des Art. 169 OR kann dies zwar der Fall sein, es muss aber nicht: Das Verrechnungsrecht entsteht dann nicht, wenn die Forderung des Schuldners nach der Gegenforderung und in einem Zeitpunkt fällig wird, in dem der Schuldner bösgläubig ist bzw. sich nicht in berechtigtem gutem Glauben befindet.

- 724 War die Abtretung im Zeitpunkt, in dem der Schuldner die Forderung gegen den Zedenten erwarb, bereits *geplant*, und hatte der Schuldner hiervon Kenntnis, so schadet ihm diese Kenntnis nicht. Dem Verrechnungsrecht nach Art. 169 OR steht also nicht entgegen, dass der Schuldner die Forderung gegen den Zedenten erwarb, obwohl er wusste, dass dieser beabsichtigte, die Gegenforderung abzutreten⁸⁹⁰. Ebensovienig ist ein Verrechnungsrecht nach Art. 169 OR dann ausgeschlossen, wenn dem Schuldner im Zeitpunkt, in dem er die Forderung gegen den Zedenten erwarb, die *künftige* Abtretung der Gegenforderung bereits angezeigt war⁸⁹¹.

2. Das Verrechnungsrecht insbesondere

- 725 Art. 169 OR räumt dem Schuldner das Recht ein, eine gegen den Zedenten bestehende Forderung mit der Gegenforderung des Zessionars zu verrechnen. Die Voraussetzungen dieses Verrechnungsrechts wurden überblicksartig bereits dargestellt (Nr. 719ff.). Sie hängen davon ab, ob der Schuldner die Forderung gegen den Zedenten vor oder nach Abtretung der Gegenforderung erworben hat (Nr. 718). Im ersteren Fall ist das Verrechnungsrecht von einer einzigen Voraussetzung abhängig, im zweiten Fall kommen zwei weitere Voraussetzungen dazu. Im folgenden behandle ich A. – C. alle drei Voraussetzungen im einzelnen. Dabei nehme ich durchwegs auf den zweiterwähnten Fall (Forderungserwerb des Schuldners *nach* Abtretung) Bezug; das auch dort, wo jene Voraussetzung in Frage steht, von der das in Art. 169 OR vorgesehene Verrechnungsrecht in jedem Fall abhängig ist. – Unter D. illustriere ich die Verrechnungsregelung des Art. 169 OR an einem Beispiel.

⁸⁹⁰ Wusste allerdings der Schuldner um diese Absicht, so wird er in der Regel nur verrechnen können, wenn seine Forderung vor der Abtretung oder zwar nachher, aber vor der Gegenforderung fällig wurde. Wurde sie nach der Abtretung und nach der Gegenforderung fällig, so scheitert das Verrechnungsrecht im Normalfall daran, dass der Schuldner bei Fälligerwerden seiner Forderung nicht gutgläubig war oder zumindest nicht gutgläubig sein durfte.

⁸⁹¹ Die Rechtsstellung, die der Schuldner nach Art. 169 OR einnimmt, wird leichter einsehbar, wenn man sich die *deutsche Regelung*, die derjenigen von Art. 169 OR im wesentlichen entspricht, aber viel klarer gefasst ist, vor Augen hält:

§ 404 BGB beinhaltet die beiden ersten Regeln des Art. 169 OR. Auf die dritte Regel des Art. 169 OR, die wegen Art. 167 OR praktisch bedeutungslos ist, hat der deutsche Gesetzgeber verzichtet; die Rechtslage des Schuldners wird dadurch gegenüber derjenigen nach schweizerischem Recht nicht verschlechtert, da § 407 BGB eine dem Art. 167 OR entsprechende Regelung enthält. Schliesslich gewährt § 406 BGB dem Schuldner im wesentlichen die gleichen Verrechnungsmöglichkeiten wie die vierte Regel des Art. 169 OR (insoweit unzutreffend *Bergmann*, zit. in Anm. 833, S. 28 unten).

A. Forderungserwerb in berechtigtem gutem Glauben

1. Der Schuldner muss die Forderung, die ihm gegen den Zedenten zusteht, in gutem Glauben erworben haben. Der gute Glaube ist als Vertrauen auf die Forderungsberechtigung des Zedenten zu verstehen. An diesem Vertrauen fehlt es, wenn der Schuldner von der Abtretung *Kenntnis* oder zumindest *Zweifel* hat, ob eine Abtretung vorgenommen wurde oder nicht. Nach dem Wortlaut des Art. 169 OR schadet dem Schuldner allerdings nur Kenntnis der Abtretung. Eine wörtliche Interpretation ist jedoch nicht am Platze; sie trägt dem **systematischen Zusammenhang mit Art. 167 OR** zu wenig Rechnung: 726

Dem Schuldner können durch Abtretung der gegen ihn bestehenden Forderung Nachteile erwachsen. Mögliche Nachteile bestehen darin, dass sich der Schuldner durch Leistung (Zahlung) an den Zedenten nicht mehr befreien und dass er eine gegen den Zedenten bestehende Forderung nicht mehr mit befreiender Wirkung zur Verrechnung stellen kann. Schutz gegen diese beiden Nachteile bieten die Art. 167 OR und die vierte Regel des Art. 169 OR. Art. 167 OR betrifft, wie erwähnt, den Fall einer Leistung an den Zedenten (statt den Zessionar). Damit diese befreiend wirkt, ist u. a. vorausgesetzt, dass der Schuldner im Zeitpunkt ihrer Erbringung auf die Forderungsberechtigung des Zedenten vertraut. Hat der Schuldner auch nur Zweifel an dessen Forderungsberechtigung, muss er damit rechnen, dass ihn Leistung an den Zedenten nicht von seiner Verbindlichkeit befreien wird. Leistet er trotzdem an den Zedenten, so ist dies sein Risiko. Art. 167 OR befreit ihn nicht von seiner Schuld. Analoges ist hinsichtlich der vierten Regel des Art. 169 OR anzunehmen: Wenn der Schuldner an der Forderungsberechtigung des Zedenten zweifelt, muss er für den Fall, dass er gegen den Zedenten eine Forderung erwirbt, damit rechnen, dieselbe nicht mit befreiender Wirkung zur Verrechnung stellen zu können. Erwirbt er sie trotzdem, so ist ihm die in Art. 169 OR vorgesehene Verrechnungsmöglichkeit nicht einzuräumen. Das entspricht der dem Art. 167 OR zugrundeliegenden Wertung. Diese bei Auslegung des Art. 169 OR nicht zu berücksichtigen, besteht umso weniger Anlass, als Art. 169 OR eine sehr unklar und schwer verständlich redigierte Bestimmung ist⁸⁹², deren Wortlaut daher keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden sollte. 727

2. Der gute Glaube des Schuldners muss (im Zeitpunkt des Forderungserwerbs) *berechtigt* gewesen sein⁸⁹³. Das folgt freilich wiederum nur aus dem systematischen 728

⁸⁹² Vgl. auch v. Büren I, S. 329.

⁸⁹³ Im Ergebnis ebenso *Bergmann*, zit. in Anm. 833, S. 28, 59, vgl. auch S. 23. – Interessant ist vorliegend ein Hinweis auf das deutsche Recht. Hier ist das Problem, wieweit der Schuldner Forderungen gegen den Zedenten dem Zessionar gegenüber zur Verrechnung bringen kann, in § 406 BGB geregelt. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung kommt die Verrechnungsmöglichkeit nur für Forderungen in Betracht, die bis zur Kenntnis der Abtretung erworben wurden. Kennenmüssen ist, wie Lehre und Rechtsprechung einmütig betonen (statt vieler: *Soergel/Schmidt*, N 5 zu § 406 BGB, mit

Zusammenhang mit Art. 167 OR und nicht schon aus dem Wortlaut des Art. 169 OR. Dieser erweckt vielmehr den gegenteiligen Eindruck, weil er das Kennenmüssen der Abtretung deren Kenntnis nicht ausdrücklich gleichstellt.

B. Forderungserwerb vor Anzeige der Abtretung

- 729 Der Schuldner muss die Forderung gegen den Zedenten erworben haben, bevor ihm dieser oder der Zessionar die Abtretung der gegen ihn (den Schuldner) bestehenden Forderung angezeigt haben. Auch das folgt aus dem systematischen Zusammenhang mit Art. 167 OR, der die befreiende Wirkung einer Leistung an den Zedenten davon abhängig macht, dass die Leistung vor einer allfälligen Abtretungsanzeige erfolgt (Nr. 682 ff.)⁸⁹⁴.
- 730 Ist eine Abtretungsanzeige erfolgt (Nr. 601) und hat der Schuldner hiervon Kenntnis, so ist er bösgläubig, oder zumindest ist sein guter Glaube nicht berechtigt. Schon aus diesem Grunde entfällt dann die Möglichkeit, eine Forderung gegen den Zedenten zu erwerben und diese dem Zessionar gegenüber zur Verrechnung zu bringen (Nr. 720, 726 f.). Das vorliegend behandelte Verrechnungserfordernis hat daher nur in jenen (Ausnahme-)Fällen eine praktische Bedeutung, in denen eine Abtretungsanzeige zwar erfolgt, dem Schuldner aber nicht zur Kenntnis gelangt ist.

C. Fälligwerden der schuldnerischen Forderung: entweder vor Abtretung der Gegenforderung oder zwar nach der Abtretung, aber solange sich der Schuldner in berechtigtem gutem Glauben befindet oder bevor die abgetretene Forderung fällig ist

- 731 1. Das in Art. 169 OR vorgesehene Verrechnungsrecht setzt schliesslich voraus, dass die Forderung, die der Schuldner gegen den Zedenten hat, entweder vor Abtretung der Gegenforderung fällig wurde oder zwar nach der Abtretung, aber solange sich der Schuldner in berechtigtem gutem Glauben befand oder bevor die abgetretene Forderung fällig wurde.
- 732 Der gute Glaube ist auch vorliegend als Vertrauen auf die Forderungsberechtigung des Zedenten zu verstehen. Bösgläubig ist daher der Schuldner, wenn er um die Abtretung weiss oder zumindest Zweifel hat, ob der Zedent noch forderungsberechtigt ist. Dem bösen Glauben gleichgestellt ist unberechtigter guter Glaube im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB.

Hinweis auf RGZ 74, S. 217), der Kenntnis nicht gleichgestellt. In Wirklichkeit wird jedoch dem Schuldner die Berufung auf § 406 BGB verschiedentlich schon dann versagt, wenn er Kenntnis vom Forderungsübergang haben sollte, ohne tatsächlich Kenntnis zu haben (vgl. *Soergel/Schmidt*, N 5 zu § 406 BGB i.V.m. N 3 zu § 407 BGB, und vorne Nr. 681).

⁸⁹⁴ Im Ergebnis ebenso *Bergmann*, zit. in Anm. 833, S. 28, 29. A. A. hingegen v. *Tuhr/Escher*, S. 366 Anm. 63.

Nach dem Wortlaut des Art. 169 OR kommt es freilich wiederum nicht auf den (berechtigten) guten Glauben im umschriebenen Sinne, sondern auf die Unkenntnis von der Abtretung an. Eine wörtliche Interpretation verbietet sich jedoch auch hier gestützt auf den systematischen Zusammenhang zwischen Art. 167 und 169 OR. Wenn ich im folgenden trotzdem von Unkenntnis der Abtretung statt von berechtigtem gutem Glauben im umschriebenen Sinne und von Kenntnis der Abtretung statt von bösem bzw. unberechtigtem gutem Glauben spreche, so geschieht dies nur der Einfachheit halber: um die Darstellung nicht übermässig zu komplizieren.

2. Aus dem Gesagten folgt:

- Wurde die Forderung des Schuldners gegen den Zedenten *vor Abtretung* der Gegenforderung fällig, so kann der Schuldner (dem Zessionar gegenüber) verrechnen, sofern – wie hier immer unterstellt – die unter lit. A und B erwähnten Verrechnungsvoraussetzungen (Gutgläubigkeit des Schuldners beim Forderungserwerb gegen den Zedenten, Forderungserwerb vor einer allfälligen Abtretungsanzeige) erfüllt sind. 735
- Wurde die Forderung des Schuldners *zwar nach der Abtretung, aber nicht später als die abgetretene Forderung* fällig, so kann sie gleichfalls zur Verrechnung gestellt werden; selbst dann, wenn der Schuldner noch vor Fälligkeit seiner Forderung von der Abtretung Kenntnis erlangte. Der Grund hierfür liegt darin, dass der Schuldner damit rechnen durfte, bei Fälligkeit seiner Forderung verrechnen zu können; in dieser Erwartung wird er geschützt. 736
- Wurde die Forderung des Schuldners *zwar nach der Abtretung, aber noch vor deren Kenntnis* fällig, so kann der Schuldner ebenfalls verrechnen, und das auch dann, wenn seine Forderung nach der abgetretenen Forderung fällig wurde. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass der Schuldner nach Fälligkeit seiner Forderung annehmen durfte, verrechnen zu können. In dieser Annahme soll er nicht enttäuscht werden. 737
- Wurde die Forderung des Schuldners *nach der Abtretung und zudem später als die abgetretene Forderung* fällig, so kann der Schuldner nur verrechnen, wenn seine Forderung vor Kenntnis der Abtretung fällig wurde. Wurde sie nach Kenntnis fällig, so ist die Verrechnung ausgeschlossen (zu den Gründen siehe gleich nachstehend Nr. 739). 738
- Wurde die Forderung des Schuldners *nach Kenntnis der Abtretung* fällig, so ist die Verrechnung zulässig, wenn die Forderung nicht später als die abgetretene Forderung fällig wurde. Wurde sie später fällig, so ist Verrechnung ausgeschlossen. «Diese Vorschrift beruht auf der Erwägung, dass der Schuldner auch ohne Zession nicht damit rechnen konnte, seine später fällig werdende Gegenforderung zur Verrechnung gegen den Zedenten zu verwenden. Es ist mir aber 739

zweifelhaft, ob der Gesetzgeber damit das Richtige getroffen hat. Denn wenn der Zedent mit der Geltendmachung seiner früher fälligen Forderung solange gezögert hätte, bis die Gegenforderung des Schuldners ebenfalls fällig geworden ist, so hätte der Schuldner kompensieren können. Warum soll es anders sein, wenn der Zessionar der fälligen Forderung solange wartet, bis die Fälligkeit der Gegenforderung des Schuldners eintritt? Wenn er seine Forderung nunmehr durch Verrechnung verlieren könnte, so hätte er sich das selbst zuzuschreiben.»⁸⁹⁵

D. Beispiel

- 740 Die nicht ohne weiteres verständliche Verrechnungsregelung des Art. 169 OR soll nachstehend an einem Beispiel illustriert werden⁸⁹⁶. Um die Ausführungen nicht übermässig zu komplizieren, spreche ich von Unkenntnis der Abtretung statt von berechtigtem gutem Glauben und von Kenntnis der Abtretung statt von bösem bzw. unberechtigtem gutem Glauben (vgl. schon Nr. 733). Wo also von Unkenntnis (Kenntnis) der Abtretung die Rede ist, da ist in Wirklichkeit berechtigter guter (böser bzw. nicht berechtigter guter) Glaube gemeint.
- 741 Nehmen wir an, Gläubiger G habe seine Forderung gegen Schuldner S am 5. 1. an X abgetreten. Eine Abtretungsanzeige erfolgt weder von seiten des G noch des X⁸⁹⁷. Am 23. 4. macht X die am 10. 4. fällig gewordene Forderung gegen S geltend. Serklärt Verrechnung mit einer fälligen Forderung, die er gegen G besitzt⁸⁹⁸. Ist die Verrechnungserklärung nach Art. 169 OR wirksam? Folgende Fälle sind zu unterscheiden:
- 742 – **Fall 1:** S. hat die Forderung gegen G *vor dem 5. 1. erworben*, und die Forderung war *am 5. 1. bereits fällig*, so dass sie der Forderung des G verrechenbar gegenüberstand. Die Verrechnungsmöglichkeit bleibt erhalten, S kann gegenüber X verrechnen (Nr. 723).
- 743 – **Fall 2:** Die Forderung des S war *am 5. 1. zwar erworben, aber noch nicht fällig*. Nun ist weiter zu unterscheiden:

⁸⁹⁵ v. Tuhr/*Escher*, S. 368; ähnlich *Guhll/Merz/Kummer*, S. 241. – Zu beachten ist: Neben den Einreden (einschliesslich den Einwendungen und der «Verrechnungseinrede»), die der Schuldner gegen den Zessionar gestützt auf Art. 169 OR besitzt, hat er unter Umständen noch weitere Einreden. So kann er womöglich im Einzelfall einwenden, der Zessionar sei wegen Ungültigkeit des Abtretungsvertrages gar nicht Gläubiger geworden (BGE 31 II 112, 50 II 154f.; ZR 1906, S. 307 linke Spalte; ZR 1945, S. 294 rechte Spalte), oder es stehe die Einrede offen, der Zessionar habe die Forderung gestundet. Was die «Verrechnungseinrede» anbelangt, so kann der Schuldner Forderungen, die er gegen den Zessionar zu irgendeinem Zeitpunkt erworben hat, mit der dem Zessionar abgetretenen Forderung verrechnen, falls die allgemeinen Voraussetzungen der Art. 120ff. OR gegeben sind. Zum Vorstehenden: *Guhll/Merz/Kummer*, S. 241.

⁸⁹⁶ Das Beispiel habe ich in leicht abgewandelter Form *Larenz*, *SchR A.T.*, S. 536f., entnommen.

⁸⁹⁷ Wird die Abtretung angezeigt, so ist das in Nr. 721, 729f. Gesagte zu beachten.

⁸⁹⁸ Ist die Forderung des S gegen G am 23. 4. nicht fällig, so kann S schon wegen Art. 120 Abs. 1 OR nicht verrechnen.

- a) Die Forderung des S wurde *nicht später als die an X abgetretene Forderung fällig*, also spätestens am 10. 4. S kann dem X gegenüber verrechnen, und zwar selbst dann, wenn er noch vor Fälligkeit seiner Forderung von der Abtretung erfährt (Nr. 722 i. V. m. Nr. 736). Grund: S konnte vor Kenntnisnahme der Abtretung damit rechnen, die Forderung des G nach Fälligwerden seiner gegen G bestehenden Forderung durch Verrechnung tilgen zu können; diese einmal begründete Aussicht wird geschützt.
- b) Die Forderung des S wurde *erst später als die an X abgetretene Forderung fällig*, z. B. am 15. 4. S hat aber an diesem Tag noch keine Kenntnis von der Abtretung. Er glaubt daher jetzt, verrechnen zu können. Das Gesetz schützt ihn in diesem Glauben; Kenntniserlangung erst nach dem 15. 4. schadet nicht (Nr. 722 i. V. m. Nr. 737). 744
- c) Der vorige Fall, S aber *erfährt von der Abtretung schon vor dem 15. 4.* 745
Diesfalls kann S nicht verrechnen (Nr. 722 i. V. m. 738). Grund: Da die Forderung, deren Schuldner er ist, früher fällig war als seine, musste er damit rechnen, dass seine Leistung in einem Zeitpunkt verlangt würde, in dem er mangels Fälligkeit seiner Forderung gegen G noch nicht verrechnen konnte. Als aber seine Forderung fällig wurde, wusste S bereits, dass nun nicht mehr G, sondern X sein Gläubiger war; im Unterschied zum Fall 2/b durfte er also auch nach Fälligwerden seiner Forderung nicht mit der Verrechnungsmöglichkeit rechnen.
- **Fall 3:** S hat seine Forderung gegen G erst *nach dem 5. 1. erworben, und zwar in Kenntnis der Abtretung* der gegen ihn bestehenden Forderung. Hier kann S nicht verrechnen (Nr. 720, 726); auch dann nicht, wenn er den Erwerb der Forderung gegen G schon vor der Abtretung geplant hatte, und das gerade zum Zweck, eine Verrechnungsmöglichkeit zu schaffen. 746
- **Fall 4:** S hat die Forderung gegen G *nach dem 5. 1., aber in Unkenntnis der Abtretung* erworben. Wurde die Forderung des S nicht später als die abgetretene Forderung fällig, so kann S verrechnen (Nr. 736, vgl. Fall 2/a). Wurde sie später fällig, so hängt die Verrechnungsmöglichkeit vom Zeitpunkt ab, in dem S von der Abtretung Kenntnis erhielt: S kann verrechnen, falls er von der Abtretung erst nach Fälligwerden der gegen G bestehenden Forderung Kenntnis erhielt (Nr. 737, vgl. Fall 2/b); erhielt er vorher Kenntnis, so kann er nicht verrechnen (Nr. 738, vgl. Fall 2/c)⁸⁹⁹. 747

⁸⁹⁹ Im ganzen Text zu Art. 169 OR habe ich unterstellt, die gegen den Schuldner gerichtete Forderung gehe durch *Abtretung* vom Gläubiger (Zedent) auf einen Dritten (Zessionar) über. Das ist jedoch nur der Hauptfall, auf den Art. 169 OR Anwendung findet. Die Bestimmung ist auch «auf den Forderungsübergang kraft Gesetzes und kraft richterlichen Urteils» anwendbar, «falls nichts Besonderes bestimmt wird» (*Oser/Schönenberger*, N 15 zu Art. 169 OR). Ebenso findet Art. 169 OR Anwendung, wenn eine «gepfändete Forderung versteigert, dem Betreibenden an Zahlungsstatt zugewiesen oder dieser zu ihrer Eintreibung ermächtigt worden ist» (BGE 95 II 235 Nr. 31 Rubrum).

Dritter Teil
Das System des Gutgläubenschutzes:
Ergebnis und Überblick

- 748 Das allgemeine Schuldrecht enthält, wie gesehen, Gutgläubensvorschriften von unterschiedlichem Gehalt. Trotzdem weisen die verschiedenen Bestimmungen eine Reihe von Gemeinsamkeiten auf, die den Versuch einer Systembildung nahelegen. Bei diesem Versuch beschränke ich mich allerdings in zweierlei Hinsicht: *Einmal* sollen nur praktisch bedeutsame Gemeinsamkeiten Berücksichtigung finden, d. h. solche, die für Auslegung, Lückenfeststellung und Lückenfüllung fruchtbar gemacht werden können (Genaueres in Nr. 749ff.). *Zum andern* werden nur jene Bestimmungen in die Systematik einbezogen, die mangelhafte, d. h. mit einem Rechtsmangel behaftete Vertragstatbestände betreffen, also die Art. 18 Abs. 2, 26, 28 Abs. 2, 29 Abs. 2, 33 Abs. 3, 34 Abs. 3, 36 Abs. 2, 37, 39 und 164 Abs. 2 OR⁹⁰⁰. Ausser Betracht bleiben die bereicherungsrechtlichen Vorschriften der Art. 64f. OR sowie die abtretungsrechtlichen Vorschriften der Art. 167 und 169 OR; das mit Rücksicht darauf, dass auf die Darstellung systematischer Zusammenhänge sowohl zwischen den erstern als auch den letztern beiden Bestimmungen bereits im zweiten Teil der Arbeit besonderes Gewicht gelegt wurde (vgl. einerseits Nr. 569, 575, Anm. 635, 708; andererseits Nr. 713f., 716ff., 720, 726f.).

I. Zweck der Systembildung

- 749 Die Rechtswissenschaft ist wie wenige Wissenschaften eine praktische: der Lösung konkreter Probleme im (Rechts-)Alltag verpflichtet. Praktisch in diesem Sinne ist auch der Zweck der nachfolgenden Systembildung: Diese soll (mittelbar) für Auslegung, Lückenfeststellung und Lückenfüllung fruchtbar gemacht werden können; das sei noch näher ausgeführt:
- 750 I. Die Auslegung der im zweiten Teil der Arbeit behandelten Gutgläubensvorschriften wurde wesentlich beeinflusst durch systematische Erkenntnisse. Solche

⁹⁰⁰ Die zitierten Vorschriften beziehen sich nicht alle auf den gleichen Rechtsmangel. Art. 26, 28 Abs. 2 und 29 Abs. 2 OR betreffen Willensmängel (Irrtum, Täuschung, Drohung), sog. «Mängel des Vertragsabschlusses», wie sie in der Marginalie zu Art. 23 OR genannt werden. Bei Art. 18 Abs. 2 OR besteht der Mangel im Nichtbestand der zedierten Forderung, bei Art. 164 Abs. 2 OR in der mangelnden Verfügungsberechtigung des Zedenten. Die Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3, 36 Abs. 2, 37 und 39 OR ordnen schliesslich den Fall, da jemand ohne (genügende) Vollmacht vertretungsweise einen Vertrag schliesst.

verlangten immer wieder die Überprüfung und Neuformulierung von Auslegungsergebnissen⁹⁰¹. Umgekehrt hat die Auslegung der Einzelbestimmungen die Einsicht in systematische Zusammenhänge gefördert. Dieser **Prozess gegenseitiger Sinnerhellung von Auslegung und Systematik**⁹⁰² ist mit Niederschrift vorliegender Arbeit zum Abschluss gebracht. Nur vorläufig freilich. Denn definitive Auslegungsergebnisse gibt es nicht. Das nur schon deshalb, weil sich die Verhältnisse, die bei der Auslegung zu berücksichtigen sind (Sprachgebrauch, Recht, Wertungen, Realien⁹⁰³), im Laufe der Zeit verändern können; zum andern, weil Auslegungsergebnisse Produkt menschlicher Erkenntnis sind und damit die Gefahr der Unrichtigkeit in sich tragen. Auslegungsergebnisse sind daher ständig von neuem auf ihre Gesetzmässigkeit zu überprüfen. Nach allgemeiner Regel hat dies jeweilen unter Berücksichtigung systematischer Zusammenhänge zu geschehen. Damit bei erneuter Auslegung der im zweiten Teil der Arbeit behandelten Gutgläubensvorschriften die in die Gesetzssystematik gewonnenen Einsichten zur Verfügung stehen, sollen diese im vorliegenden dritten Teil aufgezeichnet werden. Darin liegt ein erster Teilzweck der Systembildung.

2. Ein zweiter Teilzweck hängt mit dem ersten zusammen: Die Kenntnis systematischer Zusammenhänge zwischen den Gutgläubensvorschriften des allgemeinen Schuldrechts soll nicht nur für die Auslegung gerade dieser, sondern auch anderer Gutgläubensvorschriften (z.B. Art. 320 Abs. 3, 406 OR) fruchtbar gemacht werden können. Denn selbstverständlich sind Gutgläubensvorschriften, die sich ausserhalb des allgemeinen Schuldrechts befinden, ebenfalls unter Berücksichtigung systematischer Zusammenhänge auszulegen. 751

⁹⁰¹ Eindrücklich habe ich dies bei Art. 37 OR, dessen Auslegung *prima vista* keinerlei Probleme aufgibt, erfahren. Der Sinn von Art. 37 OR scheint durch den Wortlaut eindeutig bestimmt zu sein. Vorerst nahm ich daher – in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre – an, auf seiten des Dritten sei bloss Gutgläubigkeit vorausgesetzt, nicht aber berechnigte Gutgläubigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB. Bald jedoch zeigte ein Vergleich mit Art. 34 Abs. 3 OR, dass das Erfordernis *berechnigter* Gutgläubigkeit in Art. 37 OR «hineininterpretiert» werden muss (vgl. Nr. 350). Diese Auffassung erhärtete sich, als ich Art. 39 OR einer (vorläufigen) Auslegung unterzog und mit Art. 37 OR in Beziehung setzte (vgl. Nr. 348f.).

Die Art. 34 Abs. 3 und 39 OR waren *unmittelbar* bestimmend für die Auslegung des Art. 37 OR. *Mittelbar* wirkten sich jedoch auch andere Bestimmungen aus. Man muss sich nur überlegen, dass die Art. 34 Abs. 3 und 39 OR ebenfalls einem Auslegungsprozess unterlagen, der durch die Auslegung anderer Bestimmungen massgeblich beeinflusst wurde. So hat z.B. die Interpretation des Art. 33 Abs. 3 OR wesentlich zur Sinnklärung des Art. 34 Abs. 3 OR und damit mittelbar des Art. 37 OR beigetragen. Entsprechend kann eine «Reihe» von Art. 26 OR über Art. 39 OR zu Art. 37 OR geschaffen werden usw. Die Auslegung des Art. 37 OR dürfte durch die Auslegung jeder einzelnen der im zweiten Teil behandelten Gutgläubensvorschriften mehr oder minder beeinflusst worden sein, wobei mir freilich diese «Abhängigkeit» des Art. 37 OR von den andern Bestimmungen nicht in allen Einzelheiten bewusst ist.

⁹⁰² Vgl. schon vorne Nr. 8.

⁹⁰³ *Meier-Hayoz*, N 162 zu Art. 1 ZGB.

- 752 3. Von hervorragender Bedeutung für die **Lückenfeststellung** ist der sog. Gleichheitssatz⁹⁰⁴. Dieser gebietet, gleichartige (gleichwertige) Tatbestände gleich, ungleiche aber verschieden zu behandeln. Hat nun das Gesetz an den Tatbestand T₁ die Rechtsfolge R₁ geknüpft, wogegen es eine entsprechende Rechtsfolge für den gleichliegenden Tatbestand T₂ vermissen lässt, so liegt eine Lücke vor. Denn: Nach dem Gleichheitssatz darf der Tatbestand T₂ nicht ungeregelt bleiben; dieser bedarf vielmehr einer der Rechtsfolge R₁ entsprechenden Regelung. Die **Lückenfüllung** liegt nach dem Gesagten auf der Hand: Sie erfolgt auf dem Wege der Analogie, indem der Richter eine der Rechtsfolge R₁ entsprechende Rechtsfolge R₂ für den Tatbestand T₂ annimmt⁹⁰⁵.
- 753 Die Beantwortung der Frage, ob ein nicht geregelter Tatbestand T₂ einem geregelten Tatbestand T₁ gleichwertig ist, setzt eine genaue Kenntnis der beiden Tatbestände voraus. Deren rechtliche Eigenart ist festzustellen. Dieser Vorgang wird durch systematische Erkenntnisse, die den Tatbestand T₁ sowie weitere verwandte Tatbestände (T₃, T₄ usw.) betreffen, wesentlich erleichtert. Steht fest, dass die Tatbestände T₁ und T₂ gleichwertig sind und mithin eine Lücke vorliegt, so ist diese nach dem in Nr. 752 Gesagten zu schliessen, indem für T₂ eine Regelung (R₂) angenommen wird, die derjenigen von T₁ (R₁) entspricht. Dieser Vorgang setzt eine genaue Kenntnis der Rechtsfolge R₁ voraus. Deren Eigenart festzustellen, kann durch systematische Erkenntnisse, die R₁ und die Rechtsfolgen verwandter Tatbestände betreffen, wiederum erheblich erleichtert werden.
- 754 Systematische Erkenntnisse für die Lückenfeststellung und Lückenfüllung fruchtbar zu machen, ist gerade auch im Bereiche des Gutgläubensschutzes bedeutsam. Denn die positivrechtliche Gutgläubensschutzregelung ist mehr als andere Rechtsbereiche dürftig und lückenhaft. Das hat sich bereits im zweiten Teil der Arbeit gezeigt, wo verschiedene Gutgläubenvorschriften unter Annahme einer Lücke auf nicht geregelte («verwandte») Tatbestände analog angewendet wurden.
- 755 Allerdings liegt nicht überall, wo eine Bestimmung analog zur Anwendung kommt, eine Lücke vor (Nr. 15). Unter Umständen bleibt man nämlich mit der analogen Anwendung einer Bestimmung noch im Rahmen der Auslegung. Das trifft freilich nur ausnahmsweise zu: dort, wo sich die Analogie «eindeutig aus den Wertungen ergibt, die dem geltenden Gesetzesrecht zugrundeliegen»⁹⁰⁶. – Wo im zweiten Teil der Arbeit die analoge Anwendung von Bestim-
- 904 «Richtiges Recht ist nur dasjenige, das gleiche Fragen gleich beantwortet, Gleiches gleich behandelt» (*Oftinger*, ZSR 1949, S. 409 a).
- 905 Vgl. zum Vorstehenden *Canaris C.-W.*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1983, S. 71 ff.; *Larenz*, zit. in Anm. 906, S. 359f.
- 906 *Germann O. A.*, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965, S. 175 (Zitat im Originaltext kursiv). – In der Methodenlehre ist allerdings umstritten, inwieweit die Analogie ein Mittel der Auslegung bzw. Lückenfüllung ist (zur praktischen Bedeutung der Unterscheidung vgl. *Germann*, a.a.O., und vorne Nr. 15). Zum Teil wird sogar angenommen, die Analogie diene nur der Auslegung bzw. umgekehrt nur der Lückenfüllung. Vgl. im ersteren Sinne *Eugen Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung, 2. Aufl., Basel 1925, S. 354 (eine Gesetzeslücke liege nur vor, «wenn für einen gegebenen Fall das Gesetz keinen Rechtssatz enthält, der direkt oder auf dem Wege der Analogie zur Anwendung gebracht werden dürfte»), in letzterem Sinne *Larenz K.*,

mungen zwecks Lückenfüllung bejaht wurde, habe ich meist darauf verzichtet, speziell auf das Vorliegen einer Lücke hinzuweisen. Der Grund hierfür liegt in Folgendem: In der Regel rechtfertigen dieselben Erwägungen, welche die Annahme einer Gesetzeslücke begründen, auch die analoge Anwendung einer Bestimmung (vgl. eben Nr. 752f.). «Wir stellen in solchen Fällen nicht etwa zuerst fest, dass eine Lücke vorliegt, und sehen uns dann, um sie «auszufüllen», nach einer zur «analogen Anwendung» geeigneten Vorschrift um, sondern wir erkennen, dass eine dem Fall A entsprechende Regelung auch im Fall B, wo sie fehlt, aus sachlichen Gründen geboten ist, und diese Erkenntnis schliesst schon die Bejahung einer – durch die Analogie zu schliessenden – Lücke ein. Es handelt sich nicht um zwei getrennte Gedankengänge, sondern um einen einzigen.»⁹⁰⁷ Die Lückenfeststellung geht nach dem Gesagten in der Lückenfüllung auf, so dass, wo eine Lücke (durch Analogie) gefüllt wird, die Lückenfeststellung keiner speziellen Erwähnung bedarf. Es verwundert daher nicht, dass es die Gerichte, wenn sie eine Analogie für gerechtfertigt halten, meistens unterlassen, das Vorliegen einer Gesetzeslücke noch besonders zu prüfen⁹⁰⁸, und dass in der Literatur die Analogie fast ausnahmslos lediglich als Mittel der Lückenfüllung (nicht auch der Lückenfeststellung) behandelt wird⁹⁰⁹.

Der Zweck, dem ein System zu dienen hat, bestimmt dessen Aufbau. Vorliegend sollen, wie dargelegt, Gemeinsamkeiten zwischen den Gutglaubensvorschriften des allgemeinen Schuldrechts herausgearbeitet werden, um ein Hilfsmittel für Auslegung, Lückenfeststellung und Lückenfüllung in die Hand zu bekommen. Begrifflich-konstruktive Gemeinsamkeiten können daher nicht entscheidend sein. Im Vordergrund stehen vielmehr *Gemeinsamkeiten, die unter Wertungs-(teleologischen) Gesichtspunkten erheblich sind*. Denn vor allem Wertungen sind es, die für Auslegung, Lückenfeststellung und -füllung massgebend sind⁹¹⁰. Das ist heute hinsichtlich der Auslegung allgemein anerkannt. Es genügt der Hinweis auf die Bedeutung, die in der modernen Methodenlehre dem teleologischen Auslegungselement beigemessen wird. Für Lückenfeststellung und Lückenfüllung gilt aber nichts anderes; so jedenfalls insoweit, als Lückenfeststellung und -füllung auf einem Analogieschluss bzw. auf dem Gleichheitssatz beruhen (vgl. Nr. 752f.).

II. Gutglaubensschutz beim Vertragsabschluss

Im folgenden sollen nun die Gutglaubensvorschriften (des allgemeinen Schuldrechts), die mangelhafte Vertragstatbestände betreffen⁹¹¹, auf gemeinsame Merk-

Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1983, S. 365 Anm. 31, für das deutsche Recht.

⁹⁰⁷ Larenz K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1969, S. 363.

⁹⁰⁸ Vgl. Larenz, zit. in der vorstehenden Anm., S. 363 Anm. 1.

⁹⁰⁹ Vgl. die Hinweise bei Canaris, Feststellung von Lücken, zit. in Anm. 905, S. 72 Anm. 44.

⁹¹⁰ Vgl. z.B. Nr. 763, 806, 817, Anm. 922, 935.

⁹¹¹ Wo im folgenden von Gutglaubensvorschriften, die mangelhafte Vertragstatbestände betreffen, die Rede ist, sind immer nur diejenigen des allgemeinen Schuldrechts gemeint. Hierauf wird jeweiligen nicht mehr besonders aufmerksam gemacht.

male hin untersucht werden; und zwar vorerst 1. hinsichtlich der Rechtsfolgen, darauf 2. hinsichtlich der Tatbestände.

1. Die Rechtsfolgen im Vergleich

- 758 Der Schutz des guten Glaubens kann, wie im ersten Teil der Arbeit gezeigt, sehr vielfältige Formen annehmen (Nr. 113ff.). Bei den Gutglaubensvorschriften, die mangelhafte Vertragstatbestände betreffen, sind jedoch nur zwei Formen anzutreffen: Entweder werden die ordentlichen Folgen des Rechtsmangels, mit dem der Vertrag behaftet ist, aufgehoben (Heilung des Rechtsmangels, nachstehend A.), oder aber sie werden durch eine Schadenersatzforderung zugunsten des Gutgläubigen abgeschwächt (dazu B.).
- 759 Die Frage, warum der gute Glaube bald so, bald anders geschützt ist, lässt sich nicht allgemein beantworten, sondern nur unter Berücksichtigung der Eigenart der Einzeltatbestände (Interessenlage der Parteien, allenfalls im Spiele stehende öffentliche Interessen usw.)⁹¹². Und selbst dann kann nicht immer bis ins letzte einsichtig gemacht werden, warum der Gesetzgeber im einen Fall so, im andern Fall anders entschieden hat. So lässt sich z. B. nicht genau angeben, weshalb beim Tatbestand der Täuschung durch einen Dritten der Rechtsmangel (Täuschung) unter Umständen geheilt wird (Art. 28 Abs. 2 OR), wogegen im Parallellfall der Drohung durch einen Dritten dem Gegner des Bedrohten höchstens Schadenersatz zusteht (Art. 29 Abs. 2 OR).

A. Heilung des Rechtsmangels

- 760 Nach Art. 18 Abs. 2, 28 Abs. 2, 33 Abs. 3, 34 Abs. 3, 37 und 164 Abs. 2 OR wird der Rechtsmangel, mit dem der Vertrag behaftet ist, geheilt: Es wird bei gegebenen Voraussetzungen gehalten, wie wenn der Mangel beim Vertragsabschluss nicht vorgelegen hätte (vgl. Nr. 287ff., 300, 355ff., 488, 596ff., 627ff., 650ff., 664ff.).
- 761 Die Heilung erfolgt, wenn überhaupt, **ex lege**, und zwar **mit Vertragsabschluss**. Der geschützte Vertragspartner kann nicht wählen, ob er die Heilung will oder nicht (vgl. Nr. 288, 300, 363, 492, 635, 665). So erwirbt z. B. der Zessionar beim Tatbestand des Art. 18 Abs. 2 OR mit Abschluss des Zessionsvertrags eine wirkliche Forderung gegen den (mitsimulierenden) debitor cessus, sofern die zedierter Forderung nicht neben der Simulation noch weitere Mängel aufweist, die ihre Entstehung hindern (Nr. 597). Der Zessionar hat nicht die Möglichkeit, die Forderung gegen den debitor cessus abzulehnen und mit der Begründung, ihm stehe gegen den debitor cessus keine Forderung zu, Gewährleistungsansprüche gegen den Zedenten geltend zu machen (Nr. 635).
- 762 Wenn ein Rechtsmangel ex lege mit Vertragsabschluss geheilt wird, so ist der Geschützte rechtlich gleich gestellt, wie wenn der betreffende Mangel nicht vorlie-

⁹¹² Vgl. Jäggi, N 56ff. zu Art. 3 ZGB.

gen würde: Der Geschützte ist *nicht schlechter, aber auch nicht besser* gestellt. Würde man ihm das Recht einräumen, sich für oder gegen die Heilung des Rechtsmangels zu entscheiden, so wäre er besser gestellt als ohne Mangel. Eine solche Besserstellung widerspricht Sinn und Zweck der Gutglaubensvorschriften (vgl. Nr. 288, 596, 691). Dem Gutgläubigen muss daher auch das Recht abgesprochen werden, Unverbindlichkeit des Vertrags geltend zu machen mit der Begründung, er hätte bei Kenntnis des Rechtsmangels den Vertrag nicht geschlossen, der Irrtum über das Vorliegen des Rechtsmangels aber stelle einen nach Art. 24 Ziff. 4 OR wesentlichen Grundlagenirrtum dar⁹¹³. Denn durch ein solches Vorgehen würde die Heilung des Rechtsmangels indirekt doch wieder verhindert. Entsprechend kann der Geschützte auch nicht geltend machen, die Gegenpartei habe ihn über das Vorliegen des Rechtsmangels hinweggetäuscht, was ihn nach Art. 28 OR berechtige, sich auf Unverbindlichkeit des Vertrags zu berufen⁹¹⁴. Doch ist zu beachten: Beruft sich die Vertragspartei, die getäuscht hat, auf die Gutgläubigkeit des Geschützten und die dadurch bewirkte Mängelheilung, so verstösst sie unter Umständen gegen Treu und Glauben. In einem solchen Fall kann zwar der Geschützte gegen den Vertragspartner vorgehen, wie wenn der Rechtsmangel nicht geheilt worden wäre, und er ist also besser gestellt, als wenn der Rechtsmangel bei Vertragsabschluss nicht vorgelegen hätte. Diese Besserstellung erfolgt aber *nicht im Interesse des Geschützten*, sondern deshalb, weil es der Gegenpartei verwehrt sein muss, sich treuwidrig auf die Heilung des Rechtsmangels zu berufen.

Soweit Rechtsmängel, die Vertragstatbestände betreffen, heilen, erfolgt die Heilung ex lege. Das gilt nach dem Gesagten zumal insofern, als die Heilung in Gutglaubensvorschriften des allgemeinen Schuldrechts vorgesehen ist. Entsprechendes muss aber auch für *Gutglaubensvorschriften ausserhalb des allgemeinen Schuldrechts* gelten⁹¹⁵. Denn auch hier greift die Überlegung ein, dass der Geschützte nicht schlechter, aber auch nicht besser stehen soll, wie wenn kein Mangel vorliegen würde. Dementsprechend ist Heilung ex lege anzunehmen und dem Geschützten das Recht, sich für oder gegen die Heilung zu entscheiden, abzusprechen. Zu Recht hat deshalb das Bundesgericht in BGE 39 II 557 ff. entschieden, der gutgläubige Erwerb einer nicht dem Veräusserer gehörenden Sache verschaffe

⁹¹³ Steht man wie *Homberger* (N 41 zu Art. 933 ZGB, in bezug auf den gutgläubigen Eigentumserwerb nach der zit. Bestimmung) auf dem gegenteiligen Standpunkt, so wird man die Berufung auf den Irrtum jedenfalls dann als Verstoß gegen Art. 25 Abs. 1 OR und damit als unbeachtlich betrachten müssen, wenn der Geschützte weniger wegen seines Irrtums als aus andern Gründen (z. B. Veränderung der Interessenlage, die den Vertrag als ungünstig erscheinen lässt) am Vertrag nicht mehr festhalten will. Vgl. in allgemeinerem Zusammenhang *Bucher*, S. 189.

⁹¹⁴ Auch insoweit gegenteiliger Auffassung *Homberger*, wie in der vorstehenden Anm. Folgt man der Ansicht dieses Autors, so wird man wenigstens Art. 25 Abs. 1 OR analog anwenden müssen (vgl. v. *Tuhr/Peter*, S. 323, in allgemeinerem Zusammenhang); zu den Konsequenzen der Anwendung des Art. 25 OR siehe die vorstehende Anm.

⁹¹⁵ Vorbehalten ist selbstverständlich der Fall, da eine Gutglaubensvorschrift ausdrücklich etwas anderes anordnet.

unter den Voraussetzungen des Art. 933 ZGB ex lege Eigentum, weshalb der nach dieser Bestimmung geschützte Käufer, der die Sache freiwillig dem früher Berechtigten herausgibt, gegen den Verkäufer nicht mit Erfolg Entwehrungsklage anheben könne⁹¹⁶ (zum referierten Entscheid siehe schon vorne Nr. 119).

B. Entstehung eines Schadenersatzanspruchs

- 764 Die Art. 26, 29 Abs. 2, 36 Abs. 2 und 39 OR sehen eine Schadenersatzpflicht zugunsten des Geschützten vor. Die Haftung richtet sich **grundsätzlich auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses**. Ersatz des positiven Vertragsinteresses ist ausdrücklich nur in den Art. 26 Abs. 2 und 39 Abs. 2 OR vorgesehen, und das für den Fall, dass den Ersatzpflichtigen (den Irrenden bzw. den Vertreter) ein Verschulden trifft und die Haftung auf Ersatz des positiven statt des negativen Vertragsinteresses der Billigkeit entspricht. Die beiden Bestimmungen sind jedoch auf die Tatbestände der Art. 29 Abs. 2 und 36 Abs. 2 OR analog anzuwenden (Nr. 344, 474f.). Die Analogie setzt ein Verschulden des Haftbaren (des Bedrohten bzw. des Vertretenen) voraus; zudem muss die Haftung auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses der Billigkeit entsprechen, was zum vorneherein nur dann angenommen werden darf, wenn das positive Vertragsinteresse das negative übersteigt (Nr. 417, 442).
- 765 Schadenersatzansprüche aufgrund der besagten Bestimmungen entstehen, falls überhaupt, ex lege und nicht auf Wunsch des Gutgläubigen. Das ist aber – anders als bei den Vorschriften, die eine Heilung des Rechtsmangels vorsehen (vgl. z.B. Nr. 635) – von geringer praktischer Tragweite, da der Geschützte an der Nichtentstehung des Ersatzanspruchs ohnehin kaum je ein Interesse haben wird.

2. Die Tatbestände im Vergleich

A. Einleitung

- 766 Überschaute man die Gutglaubensvorschriften, die mangelhafte Vertragstatbestände betreffen, so zeigt sich eine Vielzahl von tatbestandlichen Gemeinsamkeiten und Berührungspunkten:
- 767 – An erster Stelle sei auf das Erfordernis berechtigter Gutgläubigkeit hingewiesen, das *allen* Gutglaubensvorschriften gemeinsam ist. Der gute Glaube ist eine auf einen Rechtsmangel bezügliche Bewusstseinslage (Nr. 2). Diese wurde für die Gutglaubensvorschriften des allgemeinen Schuldrechts im zweiten Teil der Arbeit jeweils gesondert umschrieben. Nachstehend *B.* soll nun versucht werden,

⁹¹⁶ Der Entscheid wird z.B. von *v. Tuhr/Peter*, S. 181, und *Jäggi*, N 74 zu Art. 3 ZGB, gebilligt, abgelehnt hingegen von *Homberger*, N 41 zu Art. 933 ZGB.

unter Abstraktion von den Besonderheiten der Einzelvorschriften Wesensmerkmale des guten Glaubens herauszuarbeiten.

- Erhebliche tatbestandliche Gemeinsamkeiten weisen die im folgenden so genannten *Rechtsscheinvorschriften* auf. Das sind die Art. 18 Abs. 2, 164 Abs. 2, 33 Abs. 3, 34 Abs. 3 und 36 Abs. 2 OR, in denen der Rechtsscheingedanke eine ganz bestimmte Ausprägung erfahren hat. Mit den besagten fünf Bestimmungen bzw. ihren tatbestandlichen Gemeinsamkeiten befasste ich mich nachstehend C. 768

Eng verwandt mit den Rechtsscheinvorschriften sind die Art. 37 und 39 OR, die ebenfalls, wenn auch in anderer Form als jene, auf dem Rechtsscheingedanken beruhen⁹¹⁷ (Nr. 787 f., 789 f.). Nichts mit Rechtsschein zu tun haben hingegen die restlichen Gutglaubensvorschriften, die mangelhafte Vertragstatbestände betreffen: die Art. 26, 28 Abs. 2 und 29 Abs. 2 OR (Nr. 796). 769

Mit dem Rechtsscheingedanken wird allerdings sehr willkürlich umgegangen⁹¹⁸ (bezeichnend die Bemerkung Krückmanns, «Rechtsschein» sei «alles»⁹¹⁹). Das schadet solange nicht, als man sich nicht mit dem positiven Recht befasst. Wo hingegen auf dieses Bezug genommen wird, sollte bei Verwendung des Rechtsscheingedankens auf dessen konkrete Ausgestaltung im Gesetz Bedacht genommen werden. Bei der Behandlung tatbestandlicher Gemeinsamkeiten der Rechtsscheinvorschriften wird daher genau anzugeben sein, inwieweit diese mit dem Rechtsscheingedanken zusammenhängen. 770

- Die Art. 26, 29 Abs. 2, 36 Abs. 2 und 39 OR sehen alle eine Schadenersatzpflicht aus c.i.c. bei mangelhaften Vertragstatbeständen vor⁹²⁰: Wegen des Mangels (z. B. Fehlen der Vertretungsmacht) kommt kein verbindlicher Vertrag zustande, doch steht dem einen Vertragspartner unter Umständen Schadenersatz zu. Alle vier Bestimmungen setzen voraus, dass der betreffende Vertragspartner sich bei Vertragsabschluss in berechtigtem gutem Glauben befunden hat. Das wirft die Frage auf, ob die Haftung aus c.i.c. bei mangelhaften Vertragstatbeständen generell berechnete Gutgläubigkeit des Geschädigten voraussetzt. Mit der Be- 771

⁹¹⁷ Die Art. 37 und 39 OR zählen im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht zu den Rechtsscheinvorschriften. Dieser Ausdruck bleibt ausschliesslich den Art. 18 Abs. 2, 164 Abs. 2, 33 Abs. 3, 34 Abs. 3 und 36 Abs. 2 OR vorbehalten.

⁹¹⁸ Vgl. *Oertmann*, ZHR 1930, S. 443 f.; *Canaris*, S. 9 ff.; *Frotz*, S. 12 ff.; vgl. auch Nr. 44, 790, Anm. 919.

⁹¹⁹ *Jher. Jb.* 57 (1910), S. 162, 169. *Hellmann*, Kritische Vierteljahresschrift 1912, S. 117 (zit. nach *Frotz*, S. 14 Anm. 39), spricht vom Rechtsschein als einem «zu Tode gehetzten Ausdruck». – In der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung wird der Begriff des Rechtsscheins häufig verwendet, ohne dass jeweilen angegeben wird, was darunter verstanden wird (z. B. BGE 100 II 14; *Nobel*, S. 217; *Müller*, S. 12; *Friedrich*, zit. in Anm. 10, S. 53; *Stoffel*, S. 21 Anm. 16; *Zeller*, zit. in Anm. 66, S. 253; *Jäggi*, N 57 zu Art. 3 ZGB und passim; *Egger A.*, Missbrauch der Vertretungsmacht, in: FG zum 70. Geburtstag von Carl Wieland, Beiträge zum Handelsrecht, Basel 1934, S. 64).

⁹²⁰ Nicht immer betrifft die Haftung aus c.i.c. mangelhafte Vertragstatbestände; so kann z. B. die Zerstörung von Schriftstücken, die ein Vertragspartner dem andern zur Einsicht unterbreitet hat, aus c.i.c. haftbar machen (*Schönenberger/Jäggi*, N 585 zu Art. 1 OR).

antwortung dieser Frage (nachstehend D.) soll der vorliegende dritte Teil der Arbeit abgeschlossen werden.

B. Gemeinsames Merkmal aller Gutgläubensvorschriften, die mangelhafte Vertragstatbestände betreffen: Vertragsabschluss der geschützten Vertragspartei in berechtigtem gutem Glauben

- 772 1. Alle Gutgläubensvorschriften, die mangelhafte Vertragstatbestände betreffen, setzen **Gutgläubigkeit** der potentiell geschützten Vertragspartei voraus. Der gute Glaube besteht mit einer nachher zu erwähnenden Ausnahme im Vertrauen auf das Vorliegen einer Rechtslage, die den Mangel, mit dem der intendierte Vertrag behaftet ist, nicht aufweist. Das Bewusstsein, dass der Rechtsmangel bestehen könnte, gehört nicht zum Begriff des guten Glaubens. So ist z.B. nach Art. 18 Abs. 2 OR guter Glaube des Zessionars, der eine simulierte Forderung erwirbt, zu bejahen, sofern er darauf vertraut, die Forderung sei eine wirkliche; nicht nötig ist, dass er die Möglichkeit, die Forderung könnte simuliert sein, in Betracht zieht (vgl. Nr. 89f.).
- 773 Abweichendes gilt bei den Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3, 36 Abs. 2, 37 und 39 OR. Alle diese Vorschriften ordnen bekanntlich den Fall, da jemand in Vertretung eines andern mit einem Dritten einen Vertrag schliesst, ohne hierfür die erforderliche Vertretungsmacht zu besitzen. Wäre der beim Dritten vorausgesetzte gute Glaube gleich wie bei den übrigen Gutgläubensvorschriften, die mangelhafte Vertragstatbestände betreffen, zu verstehen, so müsste es genügen, wenn der Dritte auf das Vorliegen *irgendwelcher* Vertretungsmacht vertraut; denn dann vertraut der Dritte auf das Vorliegen einer Rechtslage, die den Rechtsmangel (Fehlen der Vertretungsmacht) nicht aufweist. Die fraglichen Vorschriften setzen nun jedoch – zumal bei unmittelbarer Anwendung – voraus, dass der Dritte auf das Vorliegen von Vollmacht, also gewillkürter, nicht gesetzlicher oder Organvertretungsmacht, vertraut (Nr. 198, Anm. 228).
- 774 2. Der gute Glaube muss – soll er geschützt werden – im Sinne des Art. 3 Abs. 2 ZGB **berechtigt** sein. Insoweit besteht zwischen den vertretungsrechtlichen und den andern Gutgläubensvorschriften, die mangelhafte Vertragstatbestände betreffen, kein Unterschied.
- 775 Der berechtigte gute Glaube muss *bei Vertragsabschluss* gegeben sein. Es ist also vorausgesetzt, dass der potentiell geschützte Vertragspartner in berechtigtem gutem Glauben kontrahiert hat.

C. Die Rechtsscheinvorschriften

- 776 Die hier so genannten Rechtsscheinvorschriften, die Art. 18 Abs. 2, 33 Abs. 3, 34 Abs. 3, 36 Abs. 2 und 164 Abs. 2 OR, betreffen mangelhafte, d.h. mit einem

Rechtsmangel behaftete Vertragstatbestände. Mit Ausnahme des Art. 36 Abs. 2 OR sehen die erwähnten Bestimmungen die Heilung des Rechtsmangels vor (Nr. 760); Rechtsfolge des Art. 36 Abs. 2 OR ist eine Schadenersatzforderung zugunsten der geschützten Vertragspartei (Nr. 764). Was den Tatbestand anbelangt, kennzeichnen sich alle Rechtsscheinvorschriften (auch Art. 36 Abs. 2 OR) durch drei gemeinsame Merkmale. Diese werden nachstehend *a.* aufgezeigt und hierauf *b.* mit dem Rechtsscheingedanken in Verbindung gesetzt. Unter *c.* werden die Rechtsscheinvorschriften mit verwandten Bestimmungen verglichen. Der Vergleich soll die charakteristischen Merkmale der Rechtsscheinvorschriften klarer herausstellen. Demselben Zweck dienen die Ausführungen unter *d.*, wo unterscheidende Merkmale der Rechtsscheinvorschriften aufgeführt werden.

a) Gemeinsame Merkmale

Die Rechtsscheinvorschriften weisen, was den Tatbestand anbelangt, wie erwähnt, 777 drei gemeinsame Merkmale auf. Diese sind:

1. Die potentiell geschützte Vertragspartei muss sich bei Vertragsabschluss in gutem Glauben befinden. Der gute Glaube ist durchwegs als **Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage** aufzufassen: als Vertrauen, es liege eine wirkliche, nicht nur eine scheinbare Forderung vor (Art. 18 Abs. 2 OR); als Vertrauen auf das Vorliegen einer zedierbaren Forderung (Art. 164 Abs. 2 OR); schliesslich als Vertrauen, der Vertreter habe Vollmacht (Art. 33 Abs. 3, 34 Abs. 3, 36 Abs. 2 OR). Genaueres siehe im zweiten Teil der Arbeit sowie in Nr. 772ff. 778

Der gute Glaube muss berechtigt sein. Ob dies zutrifft, bestimmt sich nach Art. 3 Abs. 2 ZGB. 779

2. Das Vertrauen der potentiell geschützten Vertragspartei muss auf einer sachlichen Grundlage, einer **Vertrauensgrundlage**, beruhen. Darunter ist ein Sachverhalt zu verstehen, der – allein oder mit andern Umständen – geeignet ist, das Vertrauen zu wecken, die Rechtslage bestehe ohne den Rechtsmangel, mit dem der in der Folge abgeschlossene Vertrag behaftet ist. Bei Art. 18 Abs. 2 und 164 Abs. 2 OR besteht die Vertrauensgrundlage in einem schriftlichen Schuldbekenntnis, bei Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR in einer Vollmachtsmitteilung, bei Art. 36 Abs. 2 OR in einer Vollmachtsurkunde. 780

3. Schliesslich muss die Vertrauensgrundlage vom **Gegeninteressenten (Gutglaubensschutzgegner)** geschaffen worden sein. Art. 33 Abs. 3 OR beispielsweise setzt eine Vollmachtsmitteilung gerade des Vertretenen (nicht eines beliebigen Dritten oder des Vertreters) voraus. Art. 18 Abs. 2 OR verlangt, dass der debitor cessus das simulierte schriftliche Schuldbekenntnis ausstellt und dem «Gläubiger» aushändigt; keine genügende Vertrauensgrundlage würde z. B. ein vom «Gläubi- 781

ger» gefälschtes oder dem «Schuldner» entwendetes Schuldbekenntnis darstellen (Nr. 616).

- 782 Das die Vertrauensgrundlage schaffende Verhalten besteht regelmässig in einem positiven *Tun* (z. B. Ausstellung einer Vollmachtsurkunde, Art. 36 Abs. 2 OR). Es kann aber auch in einem *Unterlassen* bestehen, soweit dieses nämlich einen Unterfall des konkludenten Verhaltens darstellt; so kann z. B. eine Vollmachtsmitteilung gemäss Art. 33 Abs. 3 OR durch konkludentes Unterlassen zustandekommen. «Reines» Unterlassen, das nicht den Wert eines konkludenten Verhaltens hat, bildet bei keiner der Rechtsscheinvorschriften das die Vertrauensgrundlage schaffende Verhalten.

b) Verbindung mit dem Rechtsscheingedanken

- 783 Im folgenden werden die tatbestandlichen Gemeinsamkeiten der Rechtsscheinvorschriften mit dem Gedanken des Rechtsscheins in Verbindung gesetzt.

- 784 Von einem Sachverhalt, der geeignet ist, Vertrauen in eine bestimmte Rechtslage zu erwecken (Vertrauensgrundlage), sagt man zutreffend, er schaffe einen *Rechtsschein*; z. B. den Schein, jemand habe Vollmacht. Alle Rechtsscheinvorschriften setzen einen *falschen* Rechtsschein voraus: Die Vertrauensgrundlage (Rechtsscheingrundlage) muss den Schein einer Rechtslage erwecken, die den Rechtsmangel, der bei Vertragsabschluss besteht, nicht aufweist. Präzisierend ist beizufügen: Die Vertrauensgrundlage muss einen Rechtsschein erwecken, der die *bei Vertragsabschluss bestehende Rechtslage* unzutreffend wiedergibt, indem er den dannzumal vorhandenen Rechtsmangel verdeckt. Hingegen ist es kein den Rechtsscheinvorschriften gemeinsames Merkmal, dass der Rechtsschein mit der Rechtslage, wie sie *bei Schaffung der Vertrauensgrundlage* besteht, nicht übereinstimmt (Nr. 802f.). Kurz: Der Rechtsschein muss nur bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses falsch sein, nicht hingegen bezogen auf den Zeitpunkt, in dem die Vertrauensgrundlage geschaffen wird. Zur Illustration sei an den Fall des Art. 34 Abs. 3 OR erinnert⁹²¹:

- 785 Eine (tatsächlich erteilte) Vollmacht wird richtig kundgegeben, hierauf jedoch widerrufen, wodurch eine Diskrepanz zwischen wirklicher und kundgegebener Vollmacht entsteht. In der Folge schliesst der (nun vollmachtlose) Vertreter mit einem Dritten einen Vertrag. Das bedeutet in der Sprache der Rechtsscheinlehre: Der von der Vollmachtskundgabe ausgehende Rechtsschein (Vollmachtsschein) ist zwar bezogen auf den Zeitpunkt der Kundgabe zutreffend, unzutreffend aber bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Art. 34 Abs. 3 OR setzt also nicht voraus, dass der Rechtsschein von allem Anfang an falsch ist; es genügt, wenn dies bei Vertragsabschluss zutrifft.

⁹²¹ Vgl. zum Nachstehenden Nr. 206, 294.

Nicht alle Bestimmungen, die einen (falschen) Rechtsschein voraussetzen, sind 786
 Rechtsscheinvorschriften im Sinne der vorliegenden Arbeit. Diese kennzeichnen
 sich vielmehr durch die folgenden zwei Merkmale: Einerseits muss der Gutglau-
 bensschutzgegner den Rechtsschein (durch Schaffung der Vertrauensgrundlage)
 veranlassen, andererseits muss der potentiell Geschützte den Vertrag im Vertrauen
 auf den von der Vertrauensgrundlage ausgehenden Rechtsschein geschlossen ha-
 ben⁹²². Diese Charakteristika der Rechtsscheinvorschriften werden durch den
 nachfolgenden Vergleich mit verwandten Bestimmungen an Klarheit gewinnen.

c) Vergleich mit verwandten Bestimmungen

aa) Art. 37 OR

Eine sehr enge Verwandtschaft mit den Rechtsscheinvorschriften weist Art. 37 OR 787
 auf. Diese Bestimmung bezweckt, wie erwähnt (Nr. 348), primär den Schutz des
 Vertreters und nur sekundär denjenigen der Vertragspartei, die mit dem Vertreter
 kontrahiert; das im Unterschied zu den Rechtsscheinvorschriften, die allesamt eine
 Vertragspartei, und nur diese, schützen. Soweit nun aber Art. 37 OR den Vertreter
 schützt, beruht der Schutz in ähnlicher Weise auf dem Rechtsscheingedanken wie
 bei den Rechtsscheinvorschriften: Zum einen setzt die Bestimmung eine vom
 Gutgläubensschutzgegner, dem Vertretenen, geschaffene Vertrauensgrundlage
 voraus; diese ist in der Vollmachtserteilung (durch den Vertretenen) zu sehen. Zum
 anderen muss der potentiell Geschützte, der Vertreter, auf die Vollmacht vertraut
 haben, um sich auf die Bestimmung berufen zu können (Nr. 350). Das Vertrauen
 des Vertreters braucht allerdings nicht im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB berechtigt
 zu sein (Nr. 353; vgl. demgegenüber Nr. 779).

Soweit Art. 37 OR den mit dem Vertreter kontrahierenden *Dritten* schützt, 788
 besteht ein grundlegender Unterschied zum Schutz aufgrund einer Rechtsschein-
 vorschrift: Zwar muss der Dritte darauf vertrauen, der Vertreter habe Vollmacht.
 Dieses Vertrauen muss sich aber nicht auf die vom Vertretenen (Gutgläubens-
 schutzgegner) geschaffene Vertrauensgrundlage (Vollmachtserteilung) stützen.

bb) Art. 39 OR

Art. 39 OR setzt voraus, dass der Dritte darauf vertraut, der mit ihm kontrahieren- 789
 de Vertreter habe Vollmacht. Es besteht insoweit Übereinstimmung mit den vertre-

⁹²² Sowohl, dass der Gegner den Rechtsschein erzeugt, als auch, dass der potentiell Ge-
 schützte auf den Schein vertraut hat, sind wertungsmässig erhebliche Gesichtspunkte,
 die bei analoger Anwendung der Rechtsscheinvorschriften nicht übergangen werden
 dürfen. Daher kommt eine Analogie zu Art. 18 Abs. 2 OR beispielsweise nicht in
 Betracht, wenn jemand auf ein gefälschtes Schuldbekenntnis vertraut (vgl. BGE 88 II
 426); denn diesfalls geht der Rechtsschein – anders als beim Tatbestand des Art. 18
 Abs. 2 OR – nicht vom angeblichen Schuldner aus.

tungsrechtlichen Rechtsscheinvorschriften (Nr. 773). Übereinstimmung besteht noch in einer zweiten Hinsicht: Wie die Rechtsscheinvorschriften setzt auch Art. 39 OR voraus, dass der Gutgläubensschutzgegner, der Vertreter, eine Vertrauensgrundlage schafft; diese besteht in einer zumindest konkludenten Vollmachtsbehauptung (Nr. 385f.). Von den Rechtsscheinvorschriften unterscheidet sich Art. 39 OR jedoch dadurch, dass der Dritte als potentiell Geschützter nicht auf den von der Vertrauensgrundlage ausgehenden Rechtsschein vertrauen muss: So kann er sich beispielsweise auch dann auf Art. 39 OR berufen, wenn er die Vollmachtsbehauptung des Vertreters gar nicht zur Kenntnis nimmt und lediglich gestützt auf Aussagen Dritter oder aufgrund einer vorgefassten Meinung vom Vollmachtsbestand ausgeht.

- 790 Nach dem Vorstehenden kann nicht generell gesagt werden, «das Prinzip des guten Glaubens» schütze «das Vertrauen auf einen Rechtsschein» (so *Meier-Hayoz*⁹²³). Vgl. auch Nr. 792, 794, 796.

cc) Art. 973 ZGB

- 791 Art. 973 ZGB setzt für den Erwerb eines Grundstücks vom Nichtberechtigten voraus, dass dieser im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Der Eintrag bildet die Vertrauensgrundlage, von welcher der Rechtsschein ausgeht, der Nichtberechtigte sei Eigentümer⁹²⁴. Insoweit besteht eine Parallele zu den Rechtsscheinvorschriften. Eine weitere Parallele ergibt sich daraus, dass Art. 973 ZGB guten Glauben im Sinne von Nr. 778 voraussetzt: Der Erwerber muss (bei Vertragsabschluss) darauf vertrauen, der Nichtberechtigte sei Eigentümer. Unterschiede zu den Rechtsscheinvorschriften bestehen in zweierlei Hinsicht:
- 792 Einmal muss der potentiell Geschützte, der Erwerber, das Erwerbsgeschäft (z. B. Kauf) nicht im Vertrauen auf den vom Grundbuch ausgehenden Rechtsschein getätigt haben⁹²⁵; das ist jedenfalls die herrschende Meinung, nach welcher der gutgläubige Erwerb nicht davon abhängt, ob der Erwerber ins Grundbuch Einsicht genommen hat oder nicht⁹²⁶. Zum zweiten braucht der Gutgläubensschutzgegner, der wirklich Berechtigte, den Rechtsschein nicht veranlasst zu haben: Der Schutz nach Art. 973 ZGB kann auch Platz greifen, wenn jener in keiner Weise dazu beigetragen hat, dass der Nichtberechtigte ins Grundbuch eingetragen wurde⁹²⁷.

923 Vertrauensprinzip, S. 155 Anm. 8. Wie *Meier-Hayoz* auch *Müller*, ZfRV 1963, S. 8 («guter Glaube» werde «nur geschützt, wenn er sich auf einen Rechtsschein stützen kann»).

924 Vgl. z. B. *Homberger*, N 4 zu Art. 973 ZGB: Der «Eintrag im Grundbuch» hat «die Wirkung des Rechtsscheines, an welchen das Gesetz den Erwerb vom Nichtberechtigten knüpft».

925 Insoweit besteht eine Parallele zu Art. 39 OR; vgl. eben Nr. 789.

926 Vgl. BGE 44 II 363 ff.; *Homberger*, N 15 zu Art. 973 ZGB, mit weiteren Hinweisen.

927 Z. B. *Tuor/Schnyder*, S. 514 unten/515.

Wo das Gesetz den Rechtsschein für erheblich erklärt, ohne dass er vom Gutgläubensschutzgegner veranlasst ist, spricht die deutsche Lehre vom «**reinen Rechtsscheinprinzip**»⁹²⁸, Jäggli⁹²⁹ vom «Rechtsscheinprinzip im engeren Sinne». Hauptanwendungsfall dieses Prinzips ist (im schweizerischen Recht) der eben erwähnte Art. 973 ZGB; zu einem weiteren Fall vgl. Nr. 795.

793

dd) Art. 167 OR

Art. 167 OR weist (im unmittelbaren Anwendungsbereich) zwei Tatbestandsvarianten auf. Bei der *ersten Variante* tritt der Gläubiger einer Forderung diese an einen Dritten (Zessionar) ab, und der Schuldner (debitor cessus) zahlt in der Folge an den Zedenten statt den Zessionar (Nr. 678ff.). Trotzdem wirkt die Zahlung unter Umständen befreiend. Vorausgesetzt ist nach Art. 167 OR, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Zahlung darauf vertraut hat, der Zedent sei nach wie vor Gläubiger (Nr. 679). Insoweit besteht eine strukturelle Ähnlichkeit zu den Rechtsscheinvorschriften, die ebenfalls Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage voraussetzen (Nr. 778). Während sich jedoch bei diesen das Vertrauen auf eine vom Gutgläubensschutzgegner geschaffene Vertrauensgrundlage stützen muss (Nr. 781), trifft dies bei Art. 167 OR nicht zu. Der Umstand, dass der Zessionar (Gutgläubensschutzgegner) die Abtretung – wie in Art. 167 OR vorausgesetzt – nicht angezeigt hat, fällt als Vertrauensgrundlage ausser Betracht. Denn die Nichtanzeige ist in aller Regel eine «reine» Unterlassung, die nach dem in Nr. 782 Gesagten keine Vertrauensgrundlage im Sinne der Rechtsscheinvorschriften abzugeben vermag. Aber auch wenn man die Nichtanzeige der Abtretung als Vertrauensgrundlage betrachten wollte, könnte Art. 167 OR nicht als Rechtsscheinvorschrift aufgefasst werden. Deshalb nicht, weil das Vertrauen des Schuldners – analog wie bei Art. 39 OR und 973 ZGB – nicht auf der Vertrauensgrundlage, der Nichtanzeige der Abtretung, beruhen muss. Nach Art. 167 OR ist der Schuldner nämlich unter Umständen auch dann geschützt, wenn er im Zeitpunkt der Zahlung die Möglichkeit einer Abtretung gar nicht in Betracht zieht, ja um diese Möglichkeit vielleicht nicht einmal weiss und dementsprechend nicht wegen der unterbliebenen Abtretungsanzeige, sondern einfach deshalb auf die Forderungsberechtigung des Zedenten vertraut, weil dies der bisherigen wirklichen Rechtslage entspricht.

794

Bei der *zweiten Tatbestandsvariante* des Art. 167 OR (Nr. 701f.) tritt der Gläubiger einer Forderung diese mehrfach ab. In der Folge zahlt der Schuldner an einen nichtberechtigten Zessionar. Wiederum wirkt die Zahlung unter Umständen befreiend. Vorausgesetzt ist nach Art. 167 OR, dass der Schuldner darauf vertraut hat, an den Forderungsberechtigten zu leisten (Nr. 701). Insoweit besteht eine Parallele zu den Rechtsscheinvorschriften. Weiter ist vorausgesetzt, dass der Schuldner die Rechtsnachfolge des Scheinzessionars geprüft hat, sei es durch Ein-

795

⁹²⁸ Der Terminus stammt, soweit ersichtlich, von Westermann, JuS 1963, S. 6. Übernommen wird er z.B. von Canaris, S. 471, 517.

⁹²⁹ N 59 zu Art. 3 ZGB.

sichtnahme in die vom Zedenten ausgestellte Abtretungsurkunde, durch Auskunft des Zedenten oder durch Auskunft eines Dritten (Nr. 702). Das Gesagte macht zweierlei deutlich: Einmal, dass der Schuldner seinen Glauben an die Forderungsberechtigung des Scheinzessionars von einer *Vertrauensgrundlage* (Abtretungsurkunde usw.) herleiten muss; insoweit besteht eine weitere Parallele zu den Rechtsscheinvorschriften. Zum andern, dass die Vertrauensgrundlage *nicht vom Gutgläubensschutzgegner*, dem berechtigten Zessionar, *geschaffen sein muss*; insoweit besteht eine Abweichung von den Rechtsscheinvorschriften.

ee) Art. 28 Abs. 2, 29 Abs. 2 OR; Art. 26 OR

796 Die Art. 28 Abs. 2 und 29 Abs. 2 OR haben mit dem Rechtsscheingedanken nichts zu tun. Denn sie setzen nicht einmal eine Vertrauensgrundlage (Rechtsscheingrundlage, Nr. 784) voraus. Der Vertragsabschluss zwischen dem Getäuschten (Bedrohten) und der Gegenpartei, der insoweit einzig in Frage kommt, kann nicht als solche angesehen werden. Denn Vertragserklärungen sind in keiner Weise geeignet, Vertrauen in das Nichtvorliegen des Rechtsmangels (Täuschung bzw. Drohung) hervorzurufen: Eine Vertragserklärung erlaubt allenfalls den Schluss auf einen bestimmten Geschäfts- und Erklärungswillen, doch kann ihr nicht entnommen werden, der Wille sei mängelfrei gebildet. Entsprechendes gilt auch für Art. 26 OR, soweit dieser den Grundlagenirrtum – neben Täuschung und Drohung der dritte vom Gesetz geregelte Willensmangel – betrifft⁹³⁰.

797 Soweit Art. 26 OR eine Haftung aus Erklärungsirrtum anordnet, ist er nicht als Gutgläubensvorschrift aufzufassen (Nr. 45f.). Das hindert allerdings nicht, den Schutz des Gegners des Irrenden mit dem Rechtsscheingedanken in Verbindung zu bringen (vgl. Nr. 44).

d) Unterscheidende Merkmale

798 Die Tatbestände der Rechtsscheinvorschriften weisen neben gemeinsamen auch unterscheidende Merkmale auf. Diese zu kennen, ist namentlich dann von Bedeutung, wenn es um die Feststellung geht, ob ein Sachverhalt dem Tatbestand einer Rechtsscheinvorschrift derart ähnlich ist, dass sich eine analoge Anwendung der betreffenden Bestimmung rechtfertigt.

799 Die Rechtsscheinvorschriften unterscheiden sich namentlich in dreierlei Hinsicht:

800 1. Einmal unterscheiden sie sich darin, **inwieweit und in welcher Form der Gutgläubensschutzgegner** (Gegeninteressent) **an der Schaffung** der Vertrauensgrundlage und damit **des Rechtsscheins beteiligt** sein muss, damit ein Schutz des Gutgläubigen in Frage kommt.

801 Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR setzen eine Vollmachtsmitteilung von seiten

⁹³⁰ Vgl. demgegenüber Jäggi, N 57 zu Art. 3 ZGB.

des Gegeninteressenten (des Vertretenen) an den potentiell Geschützten (den Dritten) voraus. Nur der von einer solchen Mitteilung ausgehende Rechtsschein (Schein, der Vertreter habe Vollmacht) genügt den beiden Bestimmungen. Nicht anwendbar sind diese daher z.B. dann, wenn der Vertreter den Rechtsschein dadurch erweckt, dass er dem Dritten eine vom Vertretenen ausgestellte Vollmachtsurkunde bewusst gegen den Willen des letzteren vorweist; denn in der bewusst verbotswidrigen Urkundenvorweisung kann keine Vollmachtsmitteilung des Vertretenen gesehen werden (Nr. 254). Anderes gilt bei Art. 36 Abs. 2 OR: Eine Vollmachtsmitteilung von seiten des Vertretenen ist nicht vorausgesetzt. Es genügt vielmehr, dass jener dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausstellt, die dieser dem Dritten vorlegt. Eine bewusst verbotswidrige Urkundenvorlegung hindert die Anwendung des Art. 36 Abs. 2 OR nicht (Nr. 327). Art. 36 Abs. 2 OR stellt also hinsichtlich der Rechtsscheinerweckung geringere Anforderungen an das Verhalten des Vertretenen, als dies Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR tun. Ähnliches wie für Art. 36 Abs. 2 OR trifft für Art. 18 Abs. 2 OR zu: Eine – einer Vollmachtsmitteilung vergleichbare – Erklärung des «Schuldners» an den Zessionar, die simulierte Forderung bestehe, ist nicht vorausgesetzt, wenn auch genügend (Nr. 640). Erforderlich ist bloss die Ausstellung eines schriftlichen Schuldbekenntnisses an den «Gläubiger», das dieser dem Zessionar vorliegt. Das eben Gesagte gilt mutatis mutandis auch bei Art. 164 Abs. 2 OR.

2. Beim Tatbestand des Art. 33 Abs. 3 OR muss der von der Vertrauensgrundlage ausgehende **Rechtsschein von Anfang an falsch** sein, d.h. die Rechtslage unzutreffend wiedergeben. Dasselbe trifft für den Tatbestand des Art. 18 Abs. 2 OR zu, wogegen die übrigen Rechtsscheinvorschriften (Art. 34 Abs. 3, 36 Abs. 2 und 164 Abs. 2 OR) keinen von Anfang an falschen Rechtsschein voraussetzen. Folgende Einzelheiten sind festzuhalten:

Art. 33 Abs. 3 OR betrifft den Tatbestand einer unrichtigen Vollmachtsmitteilung (Nr. 205): Von Beginn weg besteht zwischen wirklicher und kundgegebener Vollmacht eine Diskrepanz und somit ein falscher Rechtsschein. Eng verwandt mit Art. 33 Abs. 3 OR ist Art. 34 Abs. 3 OR, doch betrifft dieser Artikel den Tatbestand einer richtigen Vollmachtsmitteilung, die erst nachträglich durch Widerruf der Vollmacht unzutreffend wird (Nr. 294). Der von der Vollmachtsmitteilung ausgehende Rechtsschein ist also vorerst richtig und wird erst im nachhinein (durch Widerruf der Vollmacht) falsch. Beim Tatbestand des Art. 36 Abs. 2 OR, der dritten Rechtsscheinvorschrift des Stellvertretungsrechts, ist es ohne Bedeutung, ob die Vollmachtsurkunde (Vertrauensgrundlage, Nr. 780) die tatsächliche Vollmacht vorerst zutreffend wiedergibt und erst nachträglich durch Erlöschen der Vollmacht unzutreffend wird, oder ob von allem Anfang an eine von der wirklichen Vollmacht abweichende Vollmacht verkündet wird (vgl. Nr. 325f.). Im einen Fall besteht von Anfang an ein falscher Rechtsschein, im anderen Fall erst nachträglich. Hinsichtlich der *Rechtsscheinvorschriften des Abtretungsrechts* kann an bereits Gesagtes angeknüpft werden: Beim Tatbestand des Art. 164 Abs. 2 OR gilt Ähnli-

ches wie beim Tatbestand des Art. 36 Abs. 2 OR: Es ist nicht von Belang, ob der debitor cessus das Abtretungsverbot vor oder nach Ausstellung des schriftlichen Schuldbekenntnisses vereinbart (Nr. 655). Im ersteren Fall wird durch die Ausstellung des Schuldbekenntnisses, welches das Abtretungsverbot nicht erwähnt, von Anfang an ein falscher Rechtsschein erweckt; im letzteren Fall wird das Schuldbekenntnis hingegen erst im Moment unzutreffend, in dem das Abtretungsverbot vereinbart wird. Beim Tatbestand des Art. 18 Abs. 2 OR ist demgegenüber der von der Vertrauensgrundlage, dem simulierten schriftlichen Schuldbekenntnis, ausgehende Rechtsschein von Anfang an falsch; es gilt insoweit Analoges wie beim Tatbestand des Art. 33 Abs. 3 OR.

804 3. Art. 18 Abs. 2 OR setzt voraus, dass der «Schuldner» **wissentlich** einen (von Anfang an, Nr. 803) falschen Rechtsschein erzeugt (Nr. 643, 645). Dies im Unterschied zu allen übrigen Rechtsscheinvorschriften, bei denen unter Umständen auch ein unwissentlich falsch erzeugter Rechtsschein erheblich ist; so kann beispielsweise die mit einem Abtretungsverbot behaftete Forderung nach Art. 164 Abs. 2 OR auch dann auf den Zessionar übergehen, wenn das Verbot aus **Versehen** nicht in das schriftliche Schuldbekenntnis aufgenommen wurde (Nr. 655).

805 Die Regelung des Art. 18 Abs. 2 OR hat ihren Grund in der «bona fides» (BGE 23 825⁹³¹), in Treu und Glauben des Art. 2 ZGB: Wer zunächst – durch Ausstellung eines simulierten Schuldbekenntnisses – bewusst einen von Anfang an falschen Rechtsschein schafft, dann aber gegenüber einem Dritten, der auf den Schein vertraut, die wahre Rechtslage geltend macht, der setzt sich in krasser Weise mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch; es liegt ein treuwidriges *venire contra factum proprium* vor, das durch den Ausschluss der Berufung auf die wirkliche Rechtslage geahndet wird. Nicht nur im Falle der Simulation eines schriftlichen Schuldbekenntnisses ist die Berufung auf die wirkliche Rechtslage treuwidrig und daher unbeachtlich. Dasselbe ist nach dem Gleichheitssatz auch in den *meisten anderen Fällen bewusster Erweckung eines von Anfang an falschen Rechtsscheins* anzunehmen. Methodisch kann dies weitgehend durch eine Analogie zu Art. 18 Abs. 2 OR gerechtfertigt werden (vgl. Nr. 643f., 646f.). Wo eine solche nicht mehr trägt, bleibt der Rückgriff auf einen von Art. 2 ZGB abgeleiteten und durch Art. 18 Abs. 2 OR konkretisierten *allgemeinen Rechtsgrundsatz*⁹³². Damit ist keine Norm gemeint, unter die ein Sachverhalt ohne weiteres subsumiert werden könnte, sondern eine Regel, die für den Normalfall sachgemässe Ergebnisse zeitigt und an die sich daher der Richter im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit grundsätzlich halten wird⁹³³. Abweichen von der Regel darf und muss er aber dort, wo ein Sachverhalt in wertungsmässig erheblicher Beziehung vom Tatbestand des Art. 18 Abs. 2 OR abweicht; solchenfalls gebietet der Gleichheitssatz, wonach nicht nur Gleiches gleich, sondern auch Ungleiches ungleich zu behandeln ist, eine Durchbrechung der Regel (vgl. nachstehend Nr. 806 a. E.).

806 Beispiel: A stellt seinem Vertreter X eine Vollmachtsurkunde aus, in der er den Betrag, bis zu dem X kontrahieren darf, bewusst zu hoch angibt. A verbietet dem X, mit C zu kontrahie-

ren oder diesem die Urkunde auch nur vorzuweisen. X setzt sich über das Verbot hinweg und schliesst mit C unter Vorlegung der Vollmachtsurkunde einen Vertrag, zu dessen Abschluss er zwar nach dem Urkundeninhalt, nicht aber nach der erteilten Vollmacht, befugt ist. Art. 33 Abs. 3 OR ist nicht anwendbar, da die verbotswidrige Vorweisung der Vollmachtsurkunde keine Vollmachtsmitteilung darstellt (Nr. 254). Trotzdem kann A dem C gegenüber, der im Vertrauen auf die Vollmachtsurkunde kontrahiert hat, das Fehlen genügender Vollmacht nicht entgegenhalten⁹³⁴. Dieses Ergebnis lässt sich m. E. durch eine analoge Anwendung des Art. 18 Abs. 2 OR rechtfertigen. Lehnt man die Analogie ab, so kann auf den erwähnten allgemeinen Rechtsgrundsatz gegriffen werden, wonach jemand, der bewusst einen von Anfang an falschen Rechtsschein erweckt, sich gegenüber einem gutgläubigen Dritten nicht mit Erfolg auf die wirkliche Rechtslage berufen kann. Weder eine analoge Anwendung des Art. 18 Abs. 2 OR noch eine Heranziehung des fraglichen Rechtsgrundsatzes kämen hingegen z. B. dann in Betracht, wenn in unserem Beispiel A die Urkunde zwar ausgefertigt, sie dem X jedoch nicht ausgehändigt hätte. Denn: Art. 18 Abs. 2 OR verlangt nicht nur Ausfertigung eines schriftlichen Schuldbekenntnisses, sondern auch Aushändigung an den «Gläubiger». Wo dies nicht zutrifft (der «Gläubiger» hat das Schuldbekenntnis beispielsweise eigenmächtig an sich genommen), ist die Bestimmung nicht anwendbar, auch nicht analog (vgl. Nr. 616). Entsprechend muss im vorstehenden Beispiel *Ausfertigung und Aushändigung* der Vollmachtsurkunde (an X) gefordert werden, ansonst ein nicht tolerierbarer Wertungswiderspruch zu Art. 18 Abs. 2 OR entstünde.

4. Vom Sachverhalt, da jemand bewusst einen von Anfang an falschen Rechtsschein schafft, sind *zwei verwandte Sachverhalte* zu unterscheiden: 807

– Jemand erweckt einen zutreffenden Rechtsschein. In der Folge verändert er absichtlich die Rechtslage, und dies im Bewusstsein, dass dadurch der Rechtsschein falsch wird. Eine Analogie zu Art. 18 Abs. 2 OR scheidet in einem solchen Fall aus (vgl. Nr. 648), und der vorerwähnte allgemeine Rechtsgrundsatz steht nicht zur Verfügung⁹³⁵. In Frage kommt hingegen z. B. eine analoge Anwendung des Art. 34 Abs. 3 OR. 808

⁹³¹ Der Entscheid betraf Art. 16 aOR, den «Vorgänger» des Art. 18 OR.

⁹³² Vgl. im vorliegenden Zusammenhang Egger, N 39 zu Art. 1 ZGB: Die allgemeinen Rechtsgrundsätze «bilden die Grundlage der Einzelsätze des Gesetzes. Lässt es dieses an einer Norm fehlen, dann geht der Richter auf diese allgemeinen Rechtsgrundsätze zurück. Er beruft sich nicht mehr auf die Analogie, weil jene Einzelsätze zu stark auf besondere Fälle zugeschnitten, sondern unmittelbar auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze.»

⁹³³ Vgl. Meier-Hayoz, N 410f. zu Art. 1 ZGB; Germann, zit. in Anm. 906, S. 156 unten/157.

⁹³⁴ Das scheint mir jedenfalls dann zutreffend, wenn X im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch im Besitze der (ungenügenden) Vollmacht war. War hingegen die Vollmacht bereits erloschen, so könnte man daran denken, dem C höchstens Schadenersatzansprüche nach Art. 36 Abs. 2 OR einzuräumen. Das scheint mir in der Tat die richtige Lösung für den Fall, dass die Vollmacht durch *Widerruf* untergegangen ist. Die Berufung auf die mangelnde Vollmacht des X verstösst diesfalls m. E. nicht gegen Treu und Glauben, da A durch den Widerruf immerhin den Versuch unternommen hat, X von künftigem Kontrahieren abzuhalten. Demgegenüber scheint mir A bei Erlöschen der Vollmacht nach Art. 35 OR ebensowenig schutzwürdig wie im Fall, da die (ungenügende) Vollmacht bei Vertragsabschluss noch bestand. Dementsprechend ist ihm nicht zu gestatten, sich auf das Fehlen der Vollmacht zu berufen.

⁹³⁵ Dies sei an einem Beispiel illustriert. Ein Schuldner stellt dem Gläubiger eine (zutreffen-

- 809 – Jemand erweckt einen zutreffenden Rechtsschein. Unabhängig von seinem Willen verändert sich in der Folge die Rechtslage, wodurch der Rechtsschein falsch wird. Der Betreffende hat hiervon Kenntnis, unterlässt aber die Berichtigung des Rechtsscheins. Wiederum ist weder Art. 18 Abs. 2 OR analog anwendbar noch greift der fragliche allgemeine Rechtsgrundsatz ein. In Frage kommt aber z. B. eine analoge Anwendung des Art. 36 Abs. 2 OR.

D. Berechtigte Gutgläubigkeit: Generelles Erfordernis der Haftung aus c.i.c. bei mangelhaften Vertragstatbeständen?

- 810 Die Art. 26, 29 Abs. 2, 36 Abs. 2 und 39 OR sehen, wie erwähnt (Nr. 771), eine Schadenersatzpflicht aus c.i.c. bei mangelhaften Vertragstatbeständen vor: Wegen des Mangels (Irrtum, Drohung, Fehlen der Vollmacht) kommt ein verbindlicher Vertrag nicht zustande, doch steht dem einen Vertragspartner unter Umständen Schadenersatz zu. Alle vier Bestimmungen setzen voraus, dass der betreffende Vertragspartner in (nach Art. 3 Abs. 2 ZGB) berechtigtem gutem Glauben kontrahiert hat. Es scheint daher nahe zu liegen, dass die Haftung aus c.i.c. generell berechtigte Gutgläubigkeit voraussetzt, soweit sie Vertragstatbestände betrifft, die mit einem die Vertragsverbindlichkeit ausschliessenden Rechtsmangel behaftet sind. Dies ist jedoch m. E. nicht der Fall; es ist vielmehr zu **unterscheiden**:
- 811 – *Soweit die Art. 26, 29 Abs. 2, 36 Abs. 2 und 39 OR analog anwendbar sind*, ist das Erfordernis berechtigter Gutgläubigkeit ebenso wie bei unmittelbarer Anwendung der betreffenden Bestimmungen zu bejahen. Gutgläubigkeit genügt nicht. Ist sie unberechtigt, bleibt für eine Haftung kein Raum (vgl. Nr. 381, 440).
- 812 Beispiel: Wenn jemand den unter Drohung geschlossenen Vertrag nicht gegen sich gelten lässt, findet Art. 26 Abs. 2 OR nach zutreffender Ansicht analoge Anwendung

de) Schuldurkunde aus, wodurch er den Schein einer bestimmten gegen ihn bestehenden Forderung erweckt. Nach Tilgung der Schuld belässt er die Urkunde dem Gläubiger. Der ursprünglich zutreffende Rechtsschein («Forderungsschein») wird dadurch unzutreffend. Auch wenn dies dem Schuldner bewusst ist, kann er nicht auf Erfüllung der verurkundeten Forderung in Anspruch genommen werden, wenn der Ex-Gläubiger diese einem Dritten abtritt. Jedenfalls fällt eine Inanspruchnahme aufgrund analoger Anwendung des Art. 18 Abs. 2 OR ausser Betracht (ebenso v. Büren I, S. 472 unten/473), da eben der von der Schuldurkunde ausgehende Rechtsschein – anders als beim Tatbestand des Art. 18 Abs. 2 OR – vorerst richtig, also nicht von Anfang an falsch war. Nicht einschlägig ist daher auch der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass man sich bei bewusster Erweckung eines von Anfang an falschen Rechtsscheins nicht auf die wahre Rechtslage berufen kann. – Der Beispielssachverhalt weist gewisse Parallelen zum Tatbestand des Art. 36 Abs. 2 OR auf. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung scheint mir aber nicht zulässig; schon deshalb nicht, weil es wertungsmässig durchaus einen Unterschied macht, ob jemand für das Verhalten seines Vertreters oder dasjenige eines Gläubigers haftbar werden soll. Im ersteren Fall ist eine Haftung ersichtlich eher gerechtfertigt.

(Nr. 474). Demgemäss haftet der Bedrohte dem Gegner auf Ersatz des positiven Vertragsinteresses, sofern ihn ein Verschulden trifft, der Ersatz des positiven Vertragsinteresses der Billigkeit entspricht und sich der Gegner bei Vertragsabschluss in *berechtigtem* gutem Glauben befunden hat.

Was die Fälle anbelangt, in denen die Art. 26, 29 Abs. 2, 36 Abs. 2 und 39 OR analoge Anwendung finden, ist zu beachten: Die Haftung aus c.i.c. richtet sich m. E. grundsätzlich nach den Art. 41 ff. OR, sofern nur der Ersatz des negativen Vertragsinteresses in Frage steht (Anm. 583)⁹³⁶. Eine Analogie zu den besagten vier Bestimmungen sollte nur insoweit in Betracht gezogen werden, als sie mehr zuerkennen als Ersatz des negativen Vertragsinteresses (z. B. Art. 26 Abs. 2 OR: Ersatz des positiven Vertragsinteresses) oder die Haftung auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses von weniger strengen Voraussetzungen abhängig machen als die Art. 41 ff. OR (z. B. Art. 39 Abs. 1 OR: Kausal- statt Verschuldenshaftung).

– Soweit sich die Haftung aus c.i.c. nicht nach Sonderregeln wie z. B. Art. 26 OR richtet, sondern *nach den Art. 41 ff. OR*, ist m. E. das Erfordernis berechtigter Gutgläubigkeit zu verneinen⁹³⁷: Gutgläubigkeit⁹³⁸ genügt⁹³⁹; ist sie unberechtigt, so kommt diesem Umstand nur im Rahmen der Schadenersatzbemessung nach Art. 43 f. OR Bedeutung zu.

Der Begriff der Gutgläubigkeit hängt vom jeweiligen Haftungstatbestand ab. Am guten Glauben fehlt es aber jedenfalls dann, wenn der (geschädigte) Vertragspartner, dessen guter Glaube in Frage steht, vom Rechtsmangel ebenso wie von der Rechtsmangelfolge (Unverbindlichkeit des Vertrags) Kenntnis hat⁹⁴⁰.

Beispiel: A und B haben einen Vertrag geschlossen, der wegen Unmöglichkeit der von B versprochenen Leistung nichtig ist (Art. 20 OR). Weder A noch B hatten bei Vertragsab-

⁹³⁶ Zu beachten ist immerhin, dass auch bei Anwendbarkeit der Art. 41 ff. OR gewisse Haftungsfragen gleich wie bei sonderrechtlich geregelten c.i.c.-Tatbeständen (und nicht nach den Art. 41 ff. OR) zu beantworten sind: Anm. 583.

⁹³⁷ Ebenso *Piotet*, *Culpa*, S. 108 f.; *Scherrer*, zit. in Anm. 552, S. 39; *Herz E.*, *Culpa in contrahendo* nach heutigem Recht in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Zürich 1935, S. 62. – Vgl. auch BGE 90 II 455 ff. (Haftung bei Dissens), welcher Entscheid allerdings im Ergebnis unzutreffend sein dürfte (*Kramer*, N 161 zu Art. 1 OR).

⁹³⁸ Selbstverständlich muss – neben der Gutgläubigkeit – ein verschuldetes widerrechtliches Handeln des in Anspruch genommenen Vertragspartners vorliegen. Daran fehlte es in BGE 106 II 36 ff., wo es um die Haftung aus einem formnichtigen Vertrag ging; *aus diesem Grunde* musste die Haftung verneint werden, und nicht, weil es dem Schadenersatzansprecher am berechtigten guten Glauben gefehlt hätte.

⁹³⁹ Ausnahmsweise ist nicht einmal Gutgläubigkeit vorausgesetzt (Anm. 940).

⁹⁴⁰ Ausnahmsweise kann allerdings eine Vertragspartei selbst dann Schadenersatzansprüche aus c.i.c. geltend machen, wenn sie sowohl vom Rechtsmangel als auch von dessen Folge Kenntnis hat. Das ist der Fall, wenn jemand einen anderen zum Abschluss eines formnichtigen Vertrags verleitet und dabei die Absicht hat, den Vertrag nicht zu halten: Auch wenn der «andere» im Bewusstsein der Formnichtigkeit kontrahiert, kann eine Haftung aus c.i.c. Platz greifen (vgl. BGE 68 II 237; v. *Tuhr/Peter*, S. 237; *Merz*, N 491 zu Art. 2 ZGB).

schluss von der Unmöglichkeit Kenntnis. Hätte jedoch B Kenntnis haben müssen, so liegt hierin ein Verschulden, für das er dem A nach Art. 41 ff. OR (nicht gestützt auf eine Sonderregel wie z. B. Art. 26 OR) auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses haftet⁹⁴¹. Hätte allerdings A seinerseits die Unmöglichkeit erkennen müssen, so ist ihm nur beschränkter Ersatz zuzusprechen. Denn er hat dann zwar in gutem Glauben kontrahiert, doch war sein guter Glaube nicht berechtigt, weshalb die Haftung nach Art. 43 f. OR zu reduzieren ist.

817

Aus den Art. 26, 29 Abs. 2, 36 Abs. 2 und 39 OR zu schliessen, unberechtigte Gutgläubigkeit des geschädigten Vertragspartners bewirke nicht nur eine Haftungsreduktion nach Art. 43 f. OR, sondern schliesse Haftung gänzlich aus, drängt sich m. E. nicht auf. Entscheidend ist die Überlegung, dass nichts zur Annahme nötigt, das Erfordernis berechtigter Gutgläubigkeit beruhe auf einer allgemeinen Wertentscheidung des Gesetzgebers, die in den Art. 26, 29 Abs. 2, 36 Abs. 2 und 39 OR nur ihren konkreten Niederschlag («pars pro toto») gefunden hätte⁹⁴². Das folgt aus zwei Umständen: Einmal muss das fragliche Erfordernis als *sachlich unangemessen* bezeichnet werden; es darf daher nicht leichthin angenommen werden, es gelte auch in Fällen, in denen die besagten vier Bestimmungen nicht zur Anwendung gelangen. Zum zweiten und vor allem hat der Gesetzgeber in Art. 411 Abs. 2 ZGB, der ebenfalls eine Haftung aus c.i.c. bei einem mangelhaften Vertragstatbestand betrifft, dieselbe nicht von berechtigter Gutgläubigkeit der potentiell geschützten Vertragspartei abhängig gemacht. Das aber hätte er doch sicher getan, wenn das Erfordernis berechtigter Gutgläubigkeit einem allgemeinen Grundsatz der Haftung aus c.i.c. bei mangelhaften Vertragstatbeständen entsprechen würde⁹⁴³. Ein diesbezügliches «Vergessen» kann nicht angenommen werden; das ist jedenfalls die Auffassung des Bundesgerichts, das Art. 411 Abs. 2 ZGB wörtlich interpretiert und demgemäss die Haftung nach dieser Bestimmung nicht von berechtigter Gutgläubigkeit des Geschädigten abhängig macht (BGE 79 II 356 ff., v. a. S. 360).

⁹⁴¹ Anders *Rabel*, ZSR 1908, S. 319, der auf den Beispielssachverhalt Art. 23 aOR, den «Vorläufer» des Art. 26 OR, analog zur Anwendung bringen will. Folgt man dieser Auffassung, kommt man wohl nicht umhin, das Erfordernis berechtigter Gutgläubigkeit zu bejahen (vgl. eben Nr. 811). – M. E. ist Art. 26 OR nur (aber immerhin) dann analog anwendbar, wenn A Ersatz des positiven Vertragsinteresses verlangt (vgl. Nr. 475).

⁹⁴² Will man den Art. 26, 29 Abs. 2, 36 Abs. 2 und 39 OR allgemeine Grundsätze für die Haftung aus c.i.c. abgewinnen, so hat dies mit einiger Vorsicht zu geschehen. Denn als die fraglichen Bestimmungen geschaffen wurden (mit Ausnahme des Art. 29 Abs. 2 OR haben alle «Vorläufer» im aOR von 1881), war die Lehre von der c.i.c. noch wenig entwickelt. (Das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo ist bekanntlich eine «juristische Entdeckung» [Kramer] *Jherings* aus dem Jahre 1861: *Jher. Jb* 4 [1861], S. 1 ff.)

⁹⁴³ Vgl. *Piotet*, *Culpa*, S. 108.

SACHVERZEICHNIS

Kursive Zahlen ohne Zusatz verweisen auf die Randnummern des Buches, kursive Zahlen mit dem Zusatz «Anm.» auf die Fussnoten.

Abschlussgehilfe 468, 478, 479ff.

Abtretungsverbot

- relatives *Anm.* 817
- Kenntnis des Zessionars vom – 663, 666
- nicht verurkundetes 650ff., 655
- Falschverurkundung eines – 671
- ferner 29, 658f., 660, 664

Allgemeine Geschäftsbedingungen
261ff.

Analogie

- und Lückenfüllung 14f., 752ff., 755; *Anm.* 906
- und Auslegung 15, 755
- analoge Anwendung
- – des Art. 3 Abs. 2 ZGB auf materielle Gutgläubenvorschriften 163
- – des Art. 7 Abs. 3 OR *Anm.* 578
- – des Art. 18 Abs. 2 OR 612, 618, 619, 640ff., 805; *Anm.* 871, 922, 935
- – des Art. 26 OR 461ff., 474f., 812, 813; *Anm.* 941
- – des Art. 29 Abs. 2 OR 813
- – des Art. 33 Abs. 3 OR *Anm.* 396
- – des Art. 34 Abs. 3 OR 310; *Anm.* 340
- – des Art. 36 Abs. 2 OR 809, 813;

Anm. 935

- – des Art. 39 OR 417ff., 813; *Anm.* 484
- – des Art. 64 OR 557ff.
- – des Art. 65 OR 585
- – des Art. 101 OR *Anm.* 495
- – des Art. 164 Abs. 2 OR 660, 661, 668ff.
- – des Art. 167 OR 693, 695 a.E., 697, 703
- – des § 179 BGB *Anm.* 519
- – der Rechtsscheinvorschriften *Anm.* 922
- grundsätzlich keine analoge Anwendung der Art. 26, 29 Abs. 2, 36 Abs. 2 und 39 OR, wenn Ersatz des negativen Vertragsinteresses in Frage steht 813; *Anm.* 583
- keine Analogiefeindlichkeit von Ausnahmenvorschriften 639
- ferner 168, 232, 325, 344, 386, 698; *Anm.* 203, 228, 350

Anfechtung, Irrtumsanfechtung; s. unter Irrtum

Anscheinsvollmacht 231ff.; *Anm.* 341

Anspruch; s. Verwendungsersatz (Anspruch auf), Bereicherungsanspruch, Haftung, Wegnahmerecht, Pflichten

Anspruchskonkurrenz

- zwischen Ansprüchen aus Art. 26 und 39 OR *Anm.* 482

Antrag nach Art. 7 Abs. 3 OR *Anm.* 578

Anwaltssubstitut 244; *Anm.* 302

Anwaltsvollmacht 284; *Anm.* 244, 439

Anweisung *Anm.* 843, 857

Architektenvollmacht 248ff.

Auslegung

- Auslegungsgrundsätze 70, 347ff. (teleologisches und systematisches Auslegungselement), 388ff., 450ff., 455 (historisches Auslegungselement), 750f., 756
- Vorläufigkeit von Auslegungsergebnissen 750
- vom Wortlaut abweichende 162
- und Lückenfüllung 15, 755; *Anm.* 436, 517, 906
- ferner 276, 347ff., 362
- s. auch Lückenfeststellung, Lückenfüllung

Auslobung 454

Bedingung 430; *Anm.* 529

- Abgrenzung vom Vorbehalt *Anm.* 525

Behauptungslast *Anm.* 683

Bereicherung

- aufgedrängte *Anm.* 703
- ungerechtfertigte 494ff.; s. auch Bereicherungsanspruch
- Bereicherungsschaden ; s. dort
- Bereicherungsanspruch; s. dort

Bereicherungsanspruch

- und Anspruch aus Art. 940 ZGB *Anm.* 652, 664
- Beschränkung nach Art. 64 OR 495ff.
- bei Zahlung einer Nichtschuld *Anm.* 676
- s. auch Wertersatzanspruch

Bereicherungsschaden *Anm.* 673

Besitzeskondiktion *Anm.* 695, 710, 712

Blankettmissbrauch 647**Böser Glaube**

- Begriff 5, 132
- infolge Zweifels, ob ein Rechtsmangel vorliegt oder nicht 97ff.
- *Verhältnis zum guten Glauben* 132
- mala fides superveniens non nocet 184, 286, 382f., 441, 626
- ausnahmsweise Schutz nach Art. 33 Abs. 3 OR auch bei Bösgläubigkeit des Dritten? 278ff.
- Beweis des – durch Umstände, die auf Unaufmerksamkeit i.S. von Art. 3 Abs. 2 ZGB schliessen lassen 355; *Anm.* 125
- als Verschulden i.S. von Art. 39 OR 390
- Schutz des Bösgläubigen nach § 409 BGB 704
- und i. S. von Art. 3 Abs. 2 ZGB verschuldeter guter Glaube 62, 139

Bote

- der Vertreter als – bei Vollmachtsmitteilungen 253ff.
- Haftung des – aufgrund analoger Anwendung des Art. 39 OR? 421ff.
- Haftung für Übermittlungsfehler eines – nach Art. 26 i.V.m. Art. 27 OR 461ff.
- absichtliche Verfälschung einer Erklärung durch den – *Anm.* 322, 570

Culpa in contrahendo; s. Haftung aus c.i.c.

Dissens *Anm.* 336, 937

Drohung, Haftung des Bedrohten; s. unter Haftung (– nach Art. 29 Abs. 2 OR)

Duldungsvollmacht 231ff.

Eigentumsvorbehaltsregister 158

Einrede

- Begriff 708
- des nicht erfüllten Vertrages 628f., 632

- des pactum de non cedendo
- – Unbeachtlichkeit beim Tatbestand des Art. 164 Abs. 2 OR 650f.
- Erfüllungseinrede 708, 713f.
- Verjährungseinrede 708
- Verrechnungseinrede; s. Verrechnungsrecht
- Simulationseinrede 595, 627
- Entreichereinrede; s. dort
- Fortbestand von – nach Art. 169 OR 707ff.
- ferner 651; *Anm.* 895

Einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags

- Begriff 425; *Anm.* 205
- Haftung desjenigen, der sich auf die – beruft; s. unter Haftung (nach Art. 26, 29 Abs. 2, 36 Abs. 2 OR)
- infolge wesentlichen Irrtums, Drohung, absichtlicher Täuschung 425, 465, 476
- Genehmigung des einseitig unverbindlichen Vertrags; s. Vertragsgenehmigung
- ferner 488; *Anm.* 578

Einwendung

- Begriff 708
- Beispiele
- – sog. Entreichereinrede; s. dort
- – sog. Simulationseinrede 595, 627
- – sog. Erfüllungseinrede 708, 713f.

Empfangstheorie 267, 305; *Anm.* 340, 389; s. auch Zugang

Entreichereinrede 495, 502, 507, 515, 517, 526, 531

Erfüllungsinteresse; s. positives Vertragsinteresse

Erklärungsbewusstsein *Anm.* 280; s. auch Mitteilungsbewusstsein

Erkundungspflicht nach Art. 3 Abs. 2 ZGB; s. unter Pflicht

Fahrlässigkeit

- objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff 148, 434
- Voraussetzung grober – beim Tatbestand des Art. 1006 Abs. 2 OR 166
- ferner 142
- s. auch Verschulden

Garantievertrag, Haftung aus 379, 387

Gegeninteressent

- Begriff 22
 - ferner z. B. 176, 180, 781, 800
- Geschäftsführung ohne Auftrag** 557ff.

Gewährleistung

- nach Art. 171 Abs. 1 OR 635, 638
- nach Art. 200 OR 12, 39ff., 54

Grundbuch 156, 791f.

Grundtatbestand

- Begriff 24
- ferner z. B. 178

Guter Glaube

- Begriffsbestimmung
- – allgemeine 2ff., 25ff.
- – bei den einzelnen Gutglaubensvorschriften; s. jeweiligen dort, ferner 772f., 778
- Verhältnis zum bösen Glauben 5, 25
- beruhend auf Sachverhaltsirrtum 94f.
- beruhend auf Rechtsirrtum 94ff.
- Beweis des – 171ff.
- Vermutung des – nach Art. 3 Abs. 1 ZGB 175ff.
- massgebende Zeit für das Vorliegen des –
- – Allgemeines 181ff., 775
- – bei den Einzeltatbeständen; s. jeweiligen dort (z. B. 286 betr. Art. 33 Abs. 3 OR)
- keine Berufung auf i. S. von Art. 3 Abs. 2 ZGB verschuldeten –; s. unter Gutglaubensschutz
- Schutz des –; s. Gutglaubensschutz
- s. auch böser Glaube

Gutgläubensschutz

- Begriff *1*
- Arten
 - - Aufhebung der Rechtsmangelfolgen *114ff.*
 - - Abschwächung der Rechtsmangelfolgen *127ff.*
- Beispiel *3*
- Fehlen eines generellen – *6*
- bei Willensmängeln *424ff.*
- Gesetzestechniken zur Anordnung von – *134f.*
- und Schutz nach Vertrauensprinzip *42ff.*
- lückenhafte Regelung *13*
- erfolgt, wenn überhaupt, ex lege *118f., 131, 288, 300, 363, 492, 635, 665, 690, 761, 765*
- Ausschluss des – nach Art. 3 Abs. 2 ZGB
 - - Allgemeines *137ff., 87, 99, 101*
 - - bei Einzeltatbeständen *201, 274, 282ff., 297, 317, 347ff., 355, 380f., 439f., 471, 487, 521, 569, 625, 680, 685, 687f., 702, 728, 732, 774, 779*
 - - und Haftung aus c.i.c. *810ff.*
 - - Wird die nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotene Aufmerksamkeit vermutet? *180*
 - - Art. 3 Abs. 2 ZGB ist von Amtes wegen anzuwenden *Anm. 128*
 - - vgl. auch *199, 307, 411, 681; Anm. 812*
 - - bei einem vom Handelsregistereintrag abweichenden Vollmachtsschein *Anm. 165*
 - - nach Art. 18 Abs. 2 OR *98, 117, 122, 761, 772, 778, 780, 781, 801, 802f., 804ff., 808f.; Anm. 114*
 - - nach Art. 26 OR; s. unter Haftung (– nach Art. 26 OR)
 - - nach Art. 28 Abs. 2 OR *37f., 476ff., 759, 762, 796*
 - - nach Art. 29 Abs. 2 OR; s. unter Haftung (– nach Art. 29 Abs. 2 OR)
 - - nach Art. 33 Abs. 3 OR *3, 7, 34, 49, 186ff., 203ff., 294, 299, 310, 330ff., 773, 780, 781, 782, 801, 802f., 806*
 - - und Schutz nach Art. 34 Abs. 3 OR *294*
 - - und Schutz nach Art. 36 Abs. 2 OR *330ff.*
 - - nach Art. 34 Abs. 3 OR *186ff., 206, 276, 293ff., 330ff., 350, 362, 773, 780, 784f., 801, 802f.; Anm. 901*
 - - und Schutz nach Art. 36 Abs. 2 OR *330ff.*
 - - und Schutz nach Art. 37 OR *350, 361f.; Anm. 436, 901*
 - - nach Art. 36 Abs. 2 OR *10, 128, 186ff., 311ff., 764, 773, 780, 782, 801, 802f.; Anm. 934*
 - - und Schutz nach Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR *330ff.*
 - - nach Art. 37 OR *102, 150, 186ff., 311ff., 389ff., 773, 787f.; Anm. 399, 901*
 - - und Schutz nach Art. 34 Abs. 3 OR *350, 361f.; Anm. 436*
 - - und Schutz nach Art. 39 OR *349, 350, 359, 364f.; Anm. 436*
 - - nach Art. 39 OR; s. unter Haftung (– nach Art. 39 OR)
 - - nach Art. 64 OR *29, 55, 130, 176, 495ff.*
 - - nach Art. 65 OR *130, 562ff.; Anm. 635*
 - - nach Art. 164 Abs. 2 OR *29, 646, 649ff., 778, 780, 801, 802f., 804*
 - - nach Art. 167 OR *29, 95, 96, 141, 674ff., 713f., 794f.*
 - - nach Art. 273 OR *74, 83, 90, 184*
 - - nach Art. 320 Abs. 3 OR *120, 169, 170, 445; Anm. 91*
 - - nach Art. 563 OR *157*
 - - nach Art. 933 Abs. 2 OR *150*

- nach Art. 966 Abs. 2 OR 81, 104
- nach Art. 1006 Abs. 2 OR 149, 166, 176
- nach Art. 122 Abs. 3 ZGB 76f., 84, 141; *Anm.* 100
- nach Art. 411 Abs. 2 ZGB 150, 817
- nach Art. 521 ZGB 130
- nach Art. 528 ZGB 129
- nach Art. 673 ZGB 29; *Anm.* 77
- nach Art. 933 ZGB 110ff., 119, 122; *Anm.* 108, 156
- nach Art. 934 ZGB 128
- nach Art. 935 ZGB 147, 160
- nach Art. 938f. ZGB 31, 32, 134, 587f.; *Anm.* 3
- nach Art. 973 ZGB 156, 791f.; *Anm.* 130
- nach Art. 974 ZGB 70
- ferner 2, 24, 124
- Gutglaubensvorschrift**
- Begriff 1, 6, 23, 38
- materielle 7
- formelle 7
- Normalfall, auf den – zugeschnitten sind 10f.
- Art. 28 Abs. 2 OR: eine –? 37f.
- keine –: Art. 200 OR 39ff.
- Haftung**
- aus Garantievertrag 379, 387
- des Auslobenden nach Art. 8 OR 454
- für Hilfspersonen 461ff., 468; *Anm.* 495
- aus c.i.c.; s. Haftung aus c.i.c.
- des Vertreters gegenüber dem Vertretenen 356; *Anm.* 217
- des Vertretenen für den vom falsus procurator angerichteten Schaden *Anm.* 495
- für Organe *Anm.* 593
- nach Art. 26 OR 45f., 422f., 427ff., 474f., 764, 796f.; *Anm.* 44, 217, 482
- nach Art. 29 Abs. 2 OR 424f., 465ff., 476, 759, 764, 796
- nach Art. 36 Abs. 2 OR; s. unter Gutglaubensschutz (– nach Art. 36 Abs. 2 OR)
- des Vertreters nach Art. 39 OR 7, 29, 34, 73, 78, 128, 167, 186ff., 291f., 343, 348f., 350, 409 (Verjährung), 435, 447f., 764, 773, 789; *Anm.* 4, 120, 186, 482
- und Gutglaubensschutz des Gegenkontrahenten nach Art. 37 OR 349, 350, 359, 364f.; *Anm.* 436
- und Haftung nach Art. 41ff. OR 379, 387, 408f.; *Anm.* 477, 497, 583
- des Vertreters nach Art. 41 Abs. 1 OR 379, 387
- des Vertreters nach Art. 41 Abs. 2 OR 379, 387
- nach Art. 41ff. OR
- aus c.i.c.; s. Haftung aus c.i.c.
- des Bereicherten *Anm.* 650
- nach Art. 97ff. OR
- des Vertreters 356
- des Bereicherten 505ff., 525
- ferner *Anm.* 816
- nach Art. 103 OR 508, 513; *Anm.* 646
- nach Art. 73 Abs. 2a OR *Anm.* 602, 646, 650
- bereicherungsrechtliche 533; *Anm.* 646, 650
- aus einem formnichtigen Vertrag *Anm.* 938, 940
- für Zufall; s. unter Kausalhaftung
- Haftung aus c.i.c.**
- richtet sich grundsätzlich nach Art. 41ff. OR 813; *Anm.* 583
- Beispiel 816
- Sonderbestimmungen 813
- Haftung nach Art. 411 Abs. 2 ZGB 150, 817
- Setzt die – berechnigte Gutgläubigkeit des Geschädigten voraus? 810ff.
- ferner 379, 387, 408f., 771, 810ff.; *Anm.* 226, 447, 477, 497, 500

- s. auch: Pflichten, vorvertragliche; Quasikontrakttheorie

Handeln für wen es angeht 193; *Anm.* 514

Handeln in fremdem Namen 191ff., 197

Handeln unter fremdem Namen 194f.

Handelsregister

- Schutz des Vertrauens auf einen vom Eintrag im – abweichenden Vollmachtsschein *Anm.* 165
- Obliegenheit, das – einzusehen 156f.
- Vollmachtskundgabe mittels Handelsregistereintrag *Anm.* 255

Handlungsfähigkeit 189, 236, 392ff.; s. auch Urteilsfähigkeit

Hilfsperson; s. unter Haftung (– für Hilfspersonen)

Hinterlegung nach Art. 92 OR *Anm.* 679

Irrtum

- Grundlagenirrtum 45, 51, 430, 762; *Anm.* 225, 545
- – Beispiel 436
- – und Voraussetzungslehre 430; *Anm.* 527
- – infolge Täuschung *Anm.* 591, 598
- – verschuldeter 437
- – kein –: Nichtwissen, dass das negative Vertragsinteresse das positive Vertragsinteresse übersteigt *Anm.* 569
- Erklärungsirrtum 45f., 233; *Anm.* 60, 523, 538, 544f.
- – des Vertreters *Anm.* 217
- – ist generell verschuldet *Anm.* 536
- Rechtsirrtum 94ff.; *Anm.* 137
- Sachverhaltsirrtum 94f.
- wesentlicher 233, 289, 430
- Haftung des Irrenden nach Art. 26 OR; s. unter Haftung
- bei Erteilung der Vollmacht *Anm.* 482
- Übermittlungsirrtum 461ff.

– Irrtumsanfechtung

– – Bedeutung *Anm.* 566

– – unnötig im Falle absichtlich falscher Übermittlung einer Erklärung durch einen Boten *Anm.* 570, 322, vgl. auch *Anm.* 578 a.E.

– ferner 194, 299, 326, 422f., 425, 486, 702; *Anm.* 96, 97, 553

Kaufmännischer Verkehr

– Vertrauensschutz im – 252; *Anm.* 296

Kausalhaftung

- Abgrenzung von der Verschuldenshaftung *Anm.* 420
- Zufallshaftung 508, 513, 533
- nach Art. 29 Abs. 2 OR; s. unter Haftung
- nach Art. 39 Abs. 1 OR; s. unter Haftung
- Haftung nach Art. 36 Abs. 2 OR eine – *Anm.* 420; s. im übrigen unter Haftung

Konversion *Anm.* 874

Leistungsummöglichkeit 500ff., 525

- zufällige 508, 513, 533
 - verschuldete 505ff., 534
 - subjektive 501
 - objektive 501
 - teilweise *Anm.* 605
 - und Art. 119 OR 533; *Anm.* 612, 646
- Leistungsurteil**, unbedingtes 555f.; *Anm.* 679

Lücke

- verdeckte *Anm.* 500
- Lückenfeststellung 752ff., 755, 756
- Lückenfüllung 13ff., 408f., 749, 752ff., 756; *Anm.* 77, 436, 477, 495, 517, 572, 583, 906

Methodologisches 8f., 69f., 71, 639, 673, 750ff., 805, 817; *Anm.* 500 a.E.; s. auch Auslegung, Analogie

Mitteilungsbewusstsein 238; s. auch Erklärungsbewusstsein

Naturalrestitution *Anm.* 604

Negatives Vertragsinteresse

- Begriff 405
- Haftung auf Ersatz des –
 - des Irrenden nach Art. 26 Abs. 1 OR 428, 442, 446
 - des Bedrohten nach Art. 29 Abs. 2 OR 473
 - des Vertretenen nach Art. 36 Abs. 2 OR 320, 342f.
 - des falsus procurator nach Art. 39 Abs. 1 OR 371, 398, 405ff.
 - und Interesse an der Erfüllung *Anm.* 561
- Beschränkung der Haftung auf Ersatz des – durch das positive Vertragsinteresse? 406, 449ff.
- Verhältnis des negativen zum positiven Vertragsinteresse 415f.
- Rechtslage, wenn das – das positive Vertragsinteresse übersteigt 406, 449ff., 457ff.
- ferner 401, 402f., 764, 813
- s. auch positives Vertragsinteresse

Nutzungen

- Begriff *Anm.* 730
- Pflicht zur Herausgabe 516, 586ff.

Obliegenheit 437

- zur Prüfung der Rechtsnachfolge 702, 703; *Anm.* 865
- in das Handelsregister, das Güterrechtsregister und das Grundbuch Einsicht zu nehmen 156f.

Organe, Haftung für *Anm.* 593**Pflicht(en)**

- allgemeine 393, 395ff.; *Anm.* 495, 497, 541, 583
- relative 396; *Anm.* 541
- zu sorgfältiger Prüfung der Vertragsgrundlagen *Anm.* 541
- vorvertragliche 393ff.; *Anm.* 495, 541, 583; s. auch Haftung aus c.i.c.
- s. auch Obliegenheit
- Pflichtverletzung; s. dort

- Erkundigungspflicht nach Art. 3 Abs. 2 ZGB 152ff.
- zur Herausgabe von Nutzungen; s. unter Nutzungen

Pflichtverletzung

- des Vertretenen beim Tatbestand des Art. 36 Abs. 2 OR 339f.
- des Vertreters beim Tatbestand des Art. 39 OR 385ff.
- des Irrenden beim Tatbestand des Art. 26 OR 437
- ferner z. B. 141

Positives Vertragsinteresse

- Begriff 413
- Haftung auf Ersatz des –
 - des Irrenden nach Art. 26 Abs. 2 OR 428, 442, 446
 - des falsus procurator nach Art. 39 Abs. 2 OR 371, 398, 402f., 406, 412, 413f.
 - des Vertretenen? 343f.
 - des Bedrohten 474
 - nach § 179 BGB *Anm.* 480
 - trotz Unverbindlichkeit des Vertrags *Anm.* 552
- Leistung des –: zu unterscheiden von der Erfüllung *Anm.* 567
- ferner 764, 813
- s. auch negatives Vertragsinteresse

Privatautonomie 229**Prozess**

- Prozessrisiko 292
- Bereicherungsprozess 516, 555f.

Quasikontrakttheorie 393, 397; *Anm.* 475, 583 a.E.**Rechtsgrundsatz, allgemeiner 16, 805f., 808f.; *Anm.* 932, 935****Rechtsmangel**

- Begriff 6, 26ff.
- Konsequenzen der Begriffsbestimmung 37ff.
- unmittelbar/mittelbar erkennbarer – *Anm.* 156

- beim Tatbestand des Art. 169 OR
Anm. 888
- und Grund des – 36
- Arten 47ff.
- Terminus 51f.
- Heilung eines – 125, 287, 758, 760ff.;
Anm. 114
- im gewährleistungsrechtlichen Sinne
(Art. 192 OR) *Anm. 49*
- «faktische Verhältnisse» als Gegenstand eines – 35, 41, 44
- kein –:
- – der Sachmangel i.S. von Art. 200 OR 40f.
- – der Erklärungsirrtum *Anm. 60*

Rechtsmissbrauch 280, 637, 667; *Anm. 77*; s. ferner unter Treu und Glauben (Verstoss gegen)

Rechtsschein(vorschriften) 44, 55, 58, 768ff., 776ff., 787, 789f., 791ff., 796f., 800f., 802ff.; *Anm. 165*

Rechtsscheinprinzip, reines 793

Rechtsvergleichung z.B. 199, 220, 526, 561, 681, 696, 698, 704; *Anm. 692, 891*

Retentionsrecht

- des Mieters nach Art. 273 OR 74, 83, 90, 184
- des Bereicherten
- – nach Art. 65 OR 572ff.; *Anm. 635*
- – nach Art. 895 ZGB 574; *Anm. 678, 704, 709, 712*
- Ausübung ausserhalb des Prozesses
Anm. 707

Rückforderungsschaden 551

Schadenersatzbemessung 342 (Art. 36 Abs. 2 OR); 381, 382ff., 408ff., 413 (Art. 39 Abs. 2 OR); 446, 447f., 453 (Art. 26 OR); 473 (Art. 29 Abs. 2 OR); 814

Schadensberechnung 342, 407, 413, 446

Schuldanerkenntnis 603

Schuldbekenntnis

- Begriff 603ff.
- Beispiel 644
- Schuldversprechen; s. dort
- Schuldanerkenntnis; s. dort
- schriftliches Schuldbekenntnis i.S. von Art. 18 Abs. 2 OR 606ff.
- simuliertes Schuldbekenntnis 609ff.
- ferner 636

Schuldversprechen 603

Simulation

- teilweise 610ff.
- Einrede der – 595, 627, 641
- Unbeachtlichkeit beim Tatbestand des Art. 18 Abs. 2 OR 595ff.
- ferner 98f., 117, 677

Streitverkündung 292

Surrogat 500, 502, 503, 504, 505, 507, 525, 530, 536, 539ff.; *Anm. 605, 608, 612, 661*

Täuschung, absichtliche 37f., 460, 476ff., 762; *Anm. 225*

Treu und Glauben

- und Vertrauensprinzip 191, 249, 251
- Verstoss gegen – 123, 144, 162, 207, 280f., 637, 762, 805; *Anm. 240, 356, 362, 454, 913f.* (Art. 25 Abs. 1 OR)
- und virtueller Vorbehalt *Anm. 525*
- ferner 211, 213; *Anm. 165, 244 a.E., 336*

– siehe auch Rechtsmissbrauch

Ungerechtfertigte Bereicherung 494ff.; s. auch Bereicherungsanspruch

Ungewöhnlichkeitsregel 263

Unverbindlichkeit

- der Vertragsanfechtung 564ff.; *Anm. 569*
- einseitige – des Vertrages; s. dort
- Urteilsfähigkeit** 189, 236, 338, 377, 392, 431, 599, 642; *Anm. 534, 541*

Verjährung

- von Ansprüchen aus c.i.c.
- – im allgemeinen *Anm. 583*
- – des Anspruchs aus Art. 39 OR 409

Vermutung

- des Art. 3 Abs. 1 ZGB 175 ff.
- tatsächliche *Anm.* 346, 738

Verrechnung 690, 691, 693 ff., 715 ff.

- Einrede der –; s. Verrechnungsrecht
- Verrechnungsrecht** 598, 633 f., 716, 717, 718 ff., 725 ff.; *Anm.* 792, 856, 879, 886 f., 889, 890, 895, 898
- keine Einrede, sondern Gestaltungsrecht *Anm.* 750

Verschulden

- Ausserachtlassung der nach Art. 3 Abs. 2 ZGB gebotenen Aufmerksamkeit ausnahmsweise ein – 141
- des Vertretenen: Tatbestandserfordernis des Art. 36 Abs. 2 OR 319, 339 f.
- des falsus procurator, der den Vollmachtsmangel hätte kennen sollen 356
- Verschuldenshaftung, Abgrenzung von der Kausalhaftung *Anm.* 420
- des Vertreters
- – Tatbestandsmerkmal des Art. 39 Abs. 2 OR 399 ff.
- – kein Tatbestandserfordernis des Art. 39 Abs. 1 OR 388 ff.
- des Irrenden: Tatbestandserfordernis des Art. 26 OR 432 ff.
- des Bedrohten: kein Tatbestandsmerkmal des Art. 29 Abs. 2 OR 472
- des Bereicherten 506, 507, 508, 534
- Haftung ohne –; s. Kausalhaftung
- ferner 140
- s. auch Fahrlässigkeit

Vertrag, einseitig unverbindlicher; s. Einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags

Vertragsgenehmigung

- nach Art. 31 OR 233, 429
- nach Art. 38 OR
- – und Ansprüche aus Art. 36 Abs. 2 OR 337

– – und Ansprüche aus Art. 37 OR 352; *Anm.* 433

– – und Ansprüche aus Art. 39 OR 373 f., 386, 419

– – Nichtgenehmigung innert einer vom Vertragspartner gesetzten Frist *Anm.* 443

Vertragsvoraussetzung, Lehre von den 430; *Anm.* 525

Vertrauensdisposition (-investition) 213

Vertrauensprinzip, Schutz nach 42 ff., 46, 191, 226 ff., 248, 686; *Anm.* 523

Vertrauensschaden; s. negatives Vertragsinteresse

Vertretungsfeindliche Handlungen 190

Vertretungsmacht (-befugnis), Begriff *Anm.* 204; s. auch Vollmacht

Vertretungswille 191; *Anm.* 213, 216

Verwendungen

- Begriff 576
- Arten 577 ff.
- notwendige 582
- nützliche 583
- «andere» 584
- durch Übernahme einer Verpflichtung 570, 579
- Anspruch auf Verwendungsersatz 32, 562 ff., *Anm.* 635

Vollmacht

- externe, Begriff 216
- interne, Begriff 216; *Anm.* 204
- Anscheinsvollmacht; s. dort
- Duldungsvollmacht; s. dort
- Widerruf 259, 298
- – Mitteilung des Widerrufs 299, 301 ff., 334
- – Widerrufsrecht nach Art. 34 Abs. 1 OR 259
- und Weisungen des Vollmachtgebers 278 f.
- Erlöschen nach Art. 35 OR 298, 310, 336, 368 ff.
- Rechtslage nach Erlöschen der –

294ff. (Art. 34 Abs. 3 OR), 311ff. (Art. 36 Abs. 2 OR), 345ff. (Art. 37 OR), 371ff. (Art. 39 OR)

Vollmachtsmitteilung

- Begriff und Rechtsnatur 218ff.
- Abgrenzungen 221ff.
- Geltung des Vertrauensprinzips 226ff.
- Erfordernis der Zurechenbarkeit 236ff.
- ausdrückliche und stillschweigende 240ff.
- durch Ausstellung einer Vollmachtsurkunde 253ff.
- durch Einräumung einer Stellung, mit der üblicherweise Vollmacht verbunden ist? 246ff.
- in Verträgen 258ff.
- Wirkungsdauer 264ff.
- Tatbestandsmerkmal der Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR 204, 205f., 295
- kein Tatbestandsmerkmal des Art. 36 Abs. 2 OR 327
- nach Erlöschen der Vollmacht 335f.
- absichtlich zu weit – 280f., 299
- Kenntnis des Gegenkontrahenten von der –; Tatbestandsmerkmal der Art. 33 Abs. 3 und 34 Abs. 3 OR 207, 268ff., 296
- ferner 211, 212, 213f.

Vollmachtsurkunde

- Vollmachtsmitteilung durch Ausstellung einer –; s. unter Vollmachtsmitteilung
- und Art. 36 Abs. 2 OR 314f., 322ff., 326, 327f., 329f., 334, 335f., 339f.
- s. auch Anwaltsvollmacht
- ferner 212, 281, 285, 806

Vorbehalt

- aktueller *Anm.* 525, 527, 529

- virtueller *Anm.* 525, 527
- und Bedingung *Anm.* 525, 529

Vorvertragliche Pflichten; s. unter Pflichten, vorvertragliche

Wegnahmerecht des Bereicherten 564f., 575

Weisungen des *Vollmachtgebers* 278f.

Wertersatzanspruch 526, 534, 544

Willenserklärung

- ausdrückliche und stillschweigende 241
- Zugang von – 269, 682; s. auch unter Zugang
- Vollmachtswiderruf 298
- Erklärungsbewusstsein *Anm.* 280
- und Privatautonomie 229
- und Vertrauensprinzip 227
- auf Begründung von Vollmacht gerichtete – 223
- Erfordernis der Zurechenbarkeit 236; *Anm.* 536
- Übermittlung durch Hilfsperson 254, 421ff., 461ff.; *Anm.* 570

Willensmängel

- Gutgläubesschutz bei – 424ff.
- s. ferner Irrtum, Täuschung, Drohung

Wissensvertretung 12; *Anm.* 20

Zugang einer Erklärung 267, 269, 271, 305f., 346, 368ff., 682, 684

Zurechenbarkeit

- von Vollmachtsmitteilungen 236ff.; *Anm.* 336
- von Willenserklärungen *Anm.* 536

Zweifel in bezug auf das Vorliegen eines Rechts Mangels

- und guter Glaube 97ff., 274, 352, 354, 699, 727
- und Ausschluss der Berufung auf den guten Glauben 99, 274, 354, 699

IN DER GLEICHEN REIHE SIND ERSCHIENEN

1. *Ramon Sugranyes de Franch*: Etude sur le droit palestinien à l'époque évangélique.
144 pp. (1946). épuisé
2. *Paul Cron*: Die Geschäftsordnung der Schweiz. Bundesversammlung. Dogmengeschichtliche Darstellung des Geschäftsordnungsrechtes von der Glaubenspaltung bis zur Gegenwart. XXIV–241 S. (1946). Fr. 36.–
3. *Rose-Emilie Bösch*: Die Frau im schweizerischen Arbeitsrecht. XXII–98 S. (1947). Fr. 18.–
4. *Henri Deschenaux*: La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal fédéral. Etude critique de la jurisprudence. 96 pp. (1948). Fr. 15.–
5. *Franz Bühler*: Verfassungsrevision und Generationenproblem. Studie zur Verfassungsrevisionstheorie Thomas Jeffersons. XXII–105 S. (1949). Fr. 20.–
6. *Hans Stadler*: Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus. Ein Beitrag zum schweizerischen Staatsrecht. XIX–171 S. (1951). Fr. 38.–
7. *Max Gutzwiller – Werner Niederer*: Beiträge zum Haager Internationalprivatrecht. XI–190 S. (1951). vergriffen
8. *Gerardo Broggin*: Le modalità d'esecuzione dei contratti in diritto internazionale privato. XVI–132 pp. (1951). Fr. 23.–
9. *Jean Castella*: L'organisation des pouvoirs politiques dans les Constitutions du canton de Fribourg. 353 pp. (1953). Fr. 48.–
10. *Lothar Kistler*: Die Betriebsgemeinschaft. XXVIII–172 S. (1953). Fr. 32.–
11. *Max Müller*: Die Berufung im thurgauischen Zivilprozess. XIV–114 S. (1954). Fr. 20.–
12. *Kurt Sovilla*: Eigentumsübergang an beweglichen körperlichen Gegenständen bei internationalen Käufen. XVI–95 S. (1954). Fr. 15.–
13. *Jean Darbellay*: Théorie générale de l'illicéité en droit civil et pénal. 190 pp. (1955). épuisé
14. *Louis Carlen*: Das Landrecht des Kardinals Schiner. XXII–158 S. (1955). Fr. 27.–
15. *Wolfgang Luithlen*: Einheitliches Kaufrecht und autonomes Handelsrecht. 72 S. (1956). Fr. 10.–
16. *Raoul Oberson*: L'ordre public en matière monétaire. XVII–79 pp. (1956). Fr. 13.–
17. *Anton Heini*: Das Durchkonossement (Through Bill of Lading). XVIII–177 S. (1957). vergriffen
18. *Bruno Geiser*: Das Internationalprivatrecht der Verrechnungsabkommen. XX–76 S. (1958). Fr. 15.–

19. *Othmar Heggelbacher*: Vom römischen zum christlichen Recht. Iuristische Elemente in den Schriften des sog. Ambrosiaster. XIV–146 S. (1959). Fr. 24.–
20. *Rainer Schumacher*: Die Presseäußerung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, insbesondere ihre Widerrechtlichkeit. XXXI–268 S. (1960). Fr. 42.–
21. *Alfred E. von Overbeck*: L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme des testaments. XVIII–139 pp. (1961). Fr. 23.–
22. *Kamen Troller*: Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs. XXIV–147 S. (1962). vergriffen
23. *Hans Jenny*: Die Aussenseite der Warenkommission in der Rechtsvereinheitlichung. Unter Berücksichtigung des deutschen, schweizerischen, englischen und amerikanischen Rechts. VI–80 S. (1962). Fr. 15.–
24. *Hans-Jürgen Moecke*: Kausale Zession und gutgläubiger Forderungserwerb. Ein Beitrag zur Überwindung des Abstraktionsprinzips. XXII–108 S. (1962). Fr. 21.–
25. *Aloys Rutz*: Die Schuldwährung der Ansprüche aus Immaterialgüterrechtsverletzungen. Ein Beitrag zur Rechtsvereinheitlichung im Geldrecht. XII–74 S. (1962). Fr. 14.–
26. *Bruno Schmidlin*: Das Rekuperatorenverfahren. Eine Studie zum römischen Prozess. XV–155 S. (1963). Fr. 25.–
27. *Mario Wang*: Die europäische Aktiengesellschaft in der EWG. XVI–152 S. (1964). vergriffen
28. *Jörg Gentinetta*: Das schweizerische Bundesgericht und die Überprüfung der Anwendung ausländischen Rechts. Ein Beitrag zum schweizerischen Internationalprivatrecht. XI–65 S. (1964). Fr. 12.–
29. *Benoît Vouilloz*: Le rôle du juge civil à l'égard du droit étranger. XVII–133 pp. (1964). épuisé
30. *Josef Vonarburg*: Die Lehre von der patentbegründenden Wirkung des technischen Effekts und deren Anwendung auf das schweizerische Recht. XVI–77 S. (1965). Fr. 15.–
31. *Louis Carlen*: Gericht und Gemeinde im Goms. Vom Mittelalter bis zur französischen Revolution. Beitrag zur Verfassungsgeschichte. XX–233 S. (1967). Fr. 36.–
32. *Arnold Koller*: Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht. XX–172 S. (1967). Fr. 30.–
33. *Walter Seiler*: Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände. XX–260 S. (1967). Fr. 38.–
34. *Peter Gauch*: System der Beendigung von Dauerverträgen. XXIV–243 S. (1968). vergriffen
35. *Franz Riklin*: Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht. XXVIII–144 S. (1968). Fr. 60.–

36. *Marco G. Marcoff*: Accession à l'indépendance et succession d'Etats aux traités internationaux. VIII–388 pp. (1969). Fr. 54.–
37. *Franz Birrer*: Das Verschulden im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. XXII–178 S. (1970). Fr. 30.–
38. *Joseph Küng*: Zahlung und Zahlungsort im internationalen Privatrecht. Ein Beitrag zur Vereinheitlichung des Geldrechts. XVI–130 S. (1970). Fr. 23.–
39. *Pierre Tercier*: Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse. X–302 pp. (1971). épuisé
40. *Thomas Fleiner*: Die Delegation als Problem des Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Rechtsprechung auf dem Gebiet der Gewaltentrennung. XXIV–136 S. (1972). Fr. 20.–
41. *Rudolf Schwager*: Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge. XXVI–387 S. (1974). Fr. 54.–
42. *Martin Schön*: Die schweizerische internationale Zuständigkeit in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Rechtsvergleichend dargestellt anhand der Adoption und der Erberöffnung im Kollisionsrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Nordamerika. XX–187 S. (1974). Fr. 30.–
43. *Paul-Henri Steinauer*: L'informatique et l'application du droit. Le rôle du juriste dans l'élaboration d'un programme d'application du droit par ordinateur. X–262 pp. (1975). Fr. 42.–
44. *Georges Scyboz*: L'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile. VIII–157 pp. (1976). Fr. 30.–
45. *Willy Bortler*: Demokratiegebot und interkantonaies Vertragsrecht. Konkordate – Verwaltungsabkommen – Absprachen. XVI–168 S. (1976). Fr. 34.–
46. *Marcus Desax*: Haftung für erlaubte Eingriffe. XXIV–192 S. (1977). Fr. 40.–
47. *Franz Riklin*: Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht und seine Stellung im Rahmen der zentralen Wahrnehmung urheberrechtlicher Befugnisse sowie der Kunstförderung. XXIV–350 S. (1978). Fr. 68.–
48. *Paul-Henri Steinauer*: La logique au service du droit: Etude de logique contemporaine pour une meilleure communication de la pensée juridique. XII–198 pp. (1979). Fr. 40.–
49. *L'homme dans son environnement / Mensch und Umwelt*. VIII–425 pp. (1980). Fr. 60.–
50. *Stephan Ottrubay*: Die Eintragung des Eigentumsvorbehalts. Unter Berücksichtigung des internationalen Rechts und der internationalen Harmonisierungsbestrebungen. XX–106 S. (1980). Fr. 28.–
51. *Peter Hänni*: Die Treuepflicht im öffentlichen Dienstrecht. XII–172 S. (1980). Fr. 38.–
52. *Kurt Stampfli*: Rechtliche Probleme allgemeiner Dienstanweisungen. XXVI–316 S. (1982). Fr. 60.–

53. *Michel Perrin*: Délivrance et retrait du permis de conduire. XX–240 pp. (1982). Fr. 58.–
54. *Hubert Bugnon*: L'action récursoire en matière de concours re responsabilités civiles. IX–162 pp. (1982). Fr. 45.–
55. *Reinold Raemy*: Das Pflichtteilsrecht und die Erbenqualität. XX–146 S. (1982). Fr. 40.–
56. *Romualdo Bermejo*: Vers un nouvel ordre économique international. Etude centrée sur les aspects juridiques. VIII–527 pp. (1982). Fr. 78.–
57. *Hugo Casanova*: Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, insbesondere nach Art. 41 ff. OR. XXXV–178 S. (1982). Fr. 55.–
58. *Alois Näf*: Die Sicherung von Gläubigerrechten im Hinblick auf den Konkurs des Schuldners. XXIII–149 S. (1983, 2. unveränderte Auflage 1984). Fr. 54.–
59. *Niti Klaus Meyer*: Legal Aspects of Eurocurrency Credits and Foreign Lending in Thailand. XI–173 S. (1983). Fr. 50.–
60. *Walter Keller*: Die ausserordentliche Auflösung des Versicherungsvertrages: Gesetz und Allgemeine Versicherungsbedingungen. XXI–141 S. (1983). Fr. 40.–
61. *Meinrad Huser*: Die Gleichbehandlung der Landwirte durch die Sonderberücksichtigung der erschwerten Produktions- und Lebensbedingungen (Art. 2 des Landwirtschaftsgesetzes im Lichte von Art. 4 der Schweizerischen Bundesverfassung). XXXVI–199 S. (1983). Fr. 60.–
62. *Vinzens Augustin*: Das Ende der Wasserrechtskonzessionen. XXV–192 S. (1983). Fr. 60.–
63. *Paul Tschümperlin*: Grenze und Grenzstreitigkeiten im Sachenrecht. XXX–194 S. (1984). Fr. 56.–
64. *Ralph Dischler*: Die Wahl des geeigneten Vormunds. XXII–178 S. (1984). Fr. 52.–
65. *Roland Hürlimann*: Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR. XXII–112 S. (1984). Fr. 38.–
66. *Markus L. Schmid*: Überschuldung und Sanierung. Konkursaufschub und Nachlassvertrag rechtliche Sanierungshilfen in der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland. XXXVI–149 S. (1984). Fr. 46.–
67. *Eduard Brogli*: Das intertemporale Stockwerkseigentumsrecht der Schweiz am Beispiel des Kantons Wallis. XXII–161 S. (1985). Fr. 48.–
68. *Ridha Fraoua*: Le trafic illicite des biens culturels et leur restitution. Analyse des réglementations nationales et internationales. Critiques et propositions. VII–279 pp. (1985). Fr. 56.–
69. *Gabi Hauser*: Die Verknüpfungsproblematik in der Strafzumessung. 192 S. (1985). Fr. 48.–
70. *Alfred Koller*: Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht. XXV–260 S. (1985). Fr. 60.–