

# Die Rechtsprechung

# La jurisprudence

Prof. P. Gauch (pg); Prof. P. Tercier (pt); Prof. B. Schnyder (bs); Prof. A. Koller (ak); Dr. R. Schumacher (rs); Prof. Franz Riklin (fr).

## Architektur- und Ingenieurvertrag – Contrat d'architecte et d'ingénieur

**Haftung des Architekten oder Ingenieurs für Mängel des Bauwerkes – Regress auf den Bauunternehmer – Verjährung der Regressforderung – OR 371 II (*Responsabilité de l'architecte ou de l'ingénieur pour défauts de construction – Droit de recours envers l'entrepreneur – Prescription – CO 371 II*).**

OR 371 II «lässt nicht darauf schliessen, dass der Gesetzgeber einen Rückgriff noch gestatten wollte, nachdem die Hauptschuld verjährt ist». BGr. (TF) 31. I. 1989; BGE (ATF) 115 II 50 (vor Nr. 9). (38)

**Anmerkung:** 1. Dieser kurze Gerichtssatz, der an OR 371 II anknüpft, ist nur in einem grösseren Zusammenhang verständlich. Um was geht es? 2. Nach OR 371 II verjährt «der Anspruch des Bestellers eines unbeweglichen Bauwerkes wegen allfälliger Mängel des Werkes... mit Ablauf von fünf Jahren seit der Abnahme». Diese Verjährungsfrist gilt nicht bloss gegenüber dem haftbaren Unternehmer. Vielmehr gilt die gleiche Verjährung auch «gegen den Architekten oder Ingenieur, die zum Zwecke der Erstellung Dienste geleistet haben». 3. Indem der Gesetzgeber die Haftung des Architekten (Ingenieurs) der gleichen Verjährung unterstellt hat wie die Mängelhaftung des Unternehmers, wollte er den Rückgriff des in Anspruch genommenen Architekten (Ingenieurs) sichern, falls der Unternehmer seinerseits für den Mangel haftet (BGE 102 II 418 = BR 1979, S. 12, Nr. 17). Das aber bedeutet, dass der Gesetzgeber sich von der Vorstellung leiten liess, ein Unternehmer, dessen Mängelhaftung verjährt sei, könne die Verjährungseinrede auch gegenüber dem Regressanspruch des Architekten oder Ingenieurs erheben. Denn könnte er dies nicht, so brauchte es die verjährungsrechtliche Gleichstellung nicht, um den Rückgriff sicherzustellen (Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 1663). 4. So gesehen, lässt OR 371 II tatsächlich «nicht darauf schliessen, dass der Gesetzgeber einen Rückgriff noch gestatten wollte, nachdem die Hauptschuld verjährt ist». Vielmehr gestattet er, zumindest was OR 371 betrifft, den Schluss auf das Gegenteil. 5. Zur Rechtslage, die dann besteht, wenn die Verjährung durch Vereinbarung zwischen Unternehmer und Bauherr wirksam verkürzt wurde, sieht Gauch, a.a.O., Nr. 2039. (pg)

**Architektenrecht – Unlautere Verwendung eines Titels («dipl. Architekt HTL») – UWG (*Droit de l'architecte – Utilisation déloyale d'un titre [Architecte diplômé ETS]*) – LCD).**

1. Der Beklagte, der im Institut Juventus das Abendtechnikum Zürich besucht und das Diplom «Architekt-Techniker HTL» erworben hat, führt im Geschäftsverkehr den Titel «dipl. Arch. HTL/STV» oder «dipl. Architekt HTL/STV», wobei das Kürzel «STV» auf dessen Mitgliedschaft im Schweizerischen Technischen Verband hindeutet. Der Kläger (der Schweizerische Architekten- und Ingenieur-Verein) beanstandet das verwendete Kürzel «dipl.». 2. Zwar hat der Beklagte ohne Zweifel das Recht, im Geschäftsverkehr als «Architekt» aufzutreten und sich als «Architekt HTL» zu bezeichnen. Der Titel «dipl. Architekt HTL» ist dagegen geeignet, den unrichtigen Anschein eines Hochschulabschlusses zu erwecken. Das aber verstösst gegen das Gebot des lautereren Wettbewerbes. OGr. ZH 8. 4. 1988; SMI 1988, S. 129 ff., mit ausführlicher Begründung. (39)

## Bauwerkvertrag – Contrat d'entreprise

**Vergütung – Mehraufwand des Unternehmers infolge Verschüttung einer Baugrube – Mehrforderung gegenüber dem Bauherrn – Regressanspruch gegenüber dem fehlbaren Architekten? (*Rémunération – Dépenses supplémentaires suite à l'éboulement d'une fouille de construction – Action supplémentaire envers l'entrepreneur – Droit de recours envers l'architecte?*).**

1. Ausgelöst durch Regenfälle, war es im vorliegenden Fall zu einem Hangrutsch gekommen, wodurch eine Baugrube verschüttet wurde. Der dadurch betroffene Bauunternehmer wandte sich mit einer Mehrforderung an den Bauherrn, der die Bezahlung des geltend gemachten Mehraufwandes (Fr. 83 703.25) zunächst völlig verweigerte. In einem gerichtlichen Vergleich einigten sich Unternehmer und Bauherr darauf, dass der Unternehmer die Forderung um Fr. 26 560.– kürzte. Daraus und aus der jahrelangen Auseinandersetzung mit dem Bauherrn erwuchs dem Unternehmer ein angeblicher Schaden von Fr. 57 950.–. 2. Für einen Teil des angeblichen Schadens, der mit dem Erdrutsch zusammenhängt, will der Unternehmer jetzt auf den Architekten zurückgreifen. Dabei beruft er sich auf Art. 50 OR und macht geltend, dass die vom Architekten angeordneten Sicherungsmassnahmen (Massnahmen zur Sicherung des Hanges) ungenügend gewesen seien, weshalb auch der Architekt dem Bauherrn gegenüber hafte. 3. Der Architekt beruft sich auf Verjährung. Die Verjährungseinrede wird vom Bundesgericht geschützt, das die streitige Regressforderung Art. 51 OR (nicht OR 50) unterstellt. BGr. (TF) 31. I. 1989; BGE (ATF) 115 II 42 ff. (40)

**Anmerkung:** 1. Sachverhalt und Motive dieses Bundesgerichtsentscheides sind nur schwer verständlich. Auf die ausführlichen Erwägungen, die das Bundesgericht über die Verjährung einer Regressforderung anstellt, soll hier nicht im einzelnen eingegangen werden. Statt dessen beschränke ich mich auf einige grundsätzliche Anmerkungen. 2. Wird eine im Aushub befindliche Baugrube auf dem Grundstück des Bauherrn verschüttet, weil der bauleitende Architekt ungenügende Sicherungsmassnahmen anordnet, so muss der Bauherr das Fehlverhalten seines Architekten gegenüber dem Unternehmer unter dem Gesichtspunkt der Hilfspersonenhaftung (OR 101) vertreten. Deshalb schuldet er dem Unternehmer, der die (zum Teil zerstörte) Baugrube auf sein Verlangen wieder herstellt und vollendet, eine angemessene Vergütung für den entstandenen Mehraufwand (Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 835 a.E.). 3. Der Architekt, der durch sein Fehlverhalten die Hangrutschung verursacht hat, haftet seinem Bauherrn für den daraus entstandenen Schaden aus Vertragsverletzung (OR 97 I/ OR 398; BGE 115 II 44). Der Schaden, den der Architekt bei gegebenem Verschulden ersetzen muss, besteht (unter anderem) in der Vergütung des Mehraufwandes, den der Bauherr seinem Unternehmer schuldet. 4. Die Frage, ob der Architekt seinem Bauherrn nicht nur aus Vertragsverletzung, sondern auch aus Delikt (OR 41 ff.) haftbar sei, wird vom Bundesgericht kategorisch verneint. Das Gericht lehnt die Delikts haftung des Architekten ab, weil Fachleute, die «der Gefahr von Erdrutschungen nur ungenügend vorbeugen, nicht gegen ein absolutes Recht des Bauherrn verstossen, weshalb es an der von OR 41 vorausgesetzten Widerrechtlichkeit von vornherein fehle (BGE 115 II 44). Diese Aussage aber ist zu «apodiktisch». Und das zeigt sich gerade am konkreten Sachverhalt. Denn die vom Architekten verursachte Verschüttung der Baugrube hat das Grundstück des Bauherrn beschädigt, wodurch ein absolutes Recht des Bauherrn (dessen Eigentumsrecht) verletzt wurde. 5. Was hingegen das Verhältnis zwischen fehlbarem Architekt und Unter-

nehmer angeht, so haftet der Architekt für den reinen Mehraufwand des Unternehmers weder aus Vertragsverletzung noch aus Delikt. Für eine Vertragshaftung fehlt es zwischen Architekt und Unternehmer am vorausgesetzten Vertragsverhältnis; für eine Deliktschuldung dagegen fehlt es an der vorausgesetzten Widerrechtlichkeit (OR 41), da keine objektive Schutznorm verletzt wurde und der blosser Mehraufwand des Unternehmers, der auf fremdem Grundstück baut, ein reiner Vermögensschaden ist. Anders wäre nur dann zu entscheiden, wenn man vom klassischen Begriff der Widerrechtlichkeit abweichen oder zwischen Architekt und Unternehmer ein vertragsähnliches Treueverhältnis konstruieren wollte, um die Verletzung dieses Verhältnisses einer Vertragsverletzung gleichzustellen. Auch wäre eine Widerrechtlichkeit natürlich zu bejahen, soweit es um Sachschaden ginge, den der Unternehmer (z.B. durch Beschädigung seiner Schalungselemente oder Baumaschinen) erlitten hätte. 6. Ist eine Schadenersatzhaftung des Architekten ausgeschlossen, so bleibt dem Unternehmer, was seinen Mehraufwand betrifft, nur der Vergütungsanspruch gegenüber dem Bauherrn. Was er vom Bauherrn nicht erhält, kann er auch vom Architekten nicht verlangen. Weder haftet ihm der Architekt aus Vertragsverletzung oder Delikt (Ziff. 5); noch hat der Unternehmer gegenüber dem Architekten einen Regressanspruch nach Massgabe der Art. 50 oder 51 OR, weil der Bauherr zwar Haftungsansprüche gegenüber dem fehlbaren Architekten, nicht aber gegenüber dem Unternehmer hat. 7. Das letztere bedarf allerdings einer Präzisierung für den Fall, da auch der Unternehmer gegenüber dem Bauherrn haftet, weil er durch Verletzung seiner Anzeigepflicht (OR 363 II) oder durch ein sonstwie vorwerfbares Verhalten zum Eintritt der Hangrutschung beigetragen hat. Diese Haftung wirkt sich in der Weise aus, dass der Bauherr von der Pflicht zur Vergütung des Mehraufwandes grundsätzlich befreit wird. Es verhält sich also nicht so, dass der Bauherr zur Vergütung des Mehraufwandes verpflichtet bleibt, dafür aber eine Schadenersatzforderung erhält, die der Vergütungsforderung des Unternehmers entgegensteht. 8. Der haftbare Unternehmer verliert, wie soeben gesagt, seinen Vergütungsanspruch für den Mehraufwand. Diese Haftungsfolge wird jedoch gemildert durch den Umstand, dass der Bauherr gegenüber dem Unternehmer für das fehlerhafte Verhalten seines Architekten (die mangelhafte Hangsicherung) verantwortlich ist (Ziff. 2). Darauf hat der Richter (nach Massgabe von OR 44 I) Rücksicht zu nehmen, indem er die Kosten des Mehraufwandes angemessen (unter Berücksichtigung der beidseitig zu vertretenden Ursachen) auf Unternehmer und Bauherrn verteilt. Die Kosten, die dabei auf den Unternehmer fallen, entsprechen seinem Haftungsanteil, den er auch im Verhältnis zum Architekten zu tragen hat, weshalb hierfür ein Regress wiederum ausgeschlossen ist. 9. Soweit es schon am Bestand eines Regressanspruches fehlt, erübrigt sich die Frage nach seiner Verjährung. (pg)

**Ouvrage de caractère artistique (mosaïques) – Qualification juridique du contrat – Contrat d'entreprise – Demeure de l'entrepreneur – Effet de la demeure dans le contrat de mandat, CO 107, 109 I, 363, 366 I, 404 I (Künstlerisches Werk [Mosaik] – Qualifikation des Vertrags – Werkvertrag – Verzug des Unternehmers – Wirkung des Verzugs beim Auftrag, OR 107, 109 I, 363, 366 I, 404 I).**

1. L'ouvrage, au sens des art. 363 ss CO, peut revêtir une forme aussi bien matérielle qu'immatérielle. 2. L'exécution d'une mosaïque à intégrer sur une façade d'un groupe scolaire implique la promesse du résultat d'une activité et présente les caractères essentiels du contrat d'entreprise. 3. Il est dès lors inexact d'affirmer qu'il convient toujours d'appliquer les règles du mandat aux œuvres artistiques, littéraires ou scientifiques même lorsque celui qui fournit ses services accepte une obligation de résultat. En effet, les règles du contrat d'entreprise s'appliquent même si l'œuvre, en raison de son individualité, échappe à tout jugement sur sa conformité. Ce qui est vrai en revanche, c'est que «plus la liberté laissée à l'entrepreneur est grande, plus le contrôle du maître quant à la conformité de l'ouvrage avec ce qu'il en attendait est réduit» (p. 54). Il en découle que les droits

du maître à la garantie sont limités, mais cela ne suffit pas à modifier la qualification du contrat. «S'agissant, comme en l'espèce, d'un ouvrage matériel à exécuter selon des étapes et à l'aide d'un matériau préétabli, mais dont la conception et l'aspect résultent d'une activité intellectuelle créatrice, il ne se justifie pas d'écarter l'application des règles sur le contrat d'entreprise, mieux adaptées à la situation que celles du mandat» (p. 54). 4. Le fait que le contrat portant sur la création d'une œuvre artistique suppose une relation de confiance particulière fondée sur les qualités réelles ou supposées de l'artiste est tout à fait compatible avec la nature du contrat d'entreprise. 5. Le maître qui, après avoir fixé un délai à l'entrepreneur, n'obtient pas l'achèvement de l'ouvrage, peut résilier le contrat et demander le remboursement des montants qu'il a déjà versés à la commande et après l'exécution d'une étude et maquette, selon l'accord passé entre les parties; l'art. 366 al. 1 CO n'est qu'un cas d'application des art. 107 à 109 CO. La solution serait différente si les parties avaient convenu que le maître rémunérerait séparément les projets établis par l'artiste, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. 6. Si l'achèvement de l'ouvrage est reporté en raison de faits dont répond le maître, il appartient à l'entrepreneur d'agir conformément aux dispositions sur la demeure du créancier; s'il s'en abstient, il en assume les conséquences. 7. La solution aurait été la même si l'on avait appliqué les règles du mandat. En effet, le mandant qui résilie le contrat en vertu des règles sur la demeure du mandataire peut obtenir la restitution de ce qu'il a versé, conformément à l'art. 109 CO; il ne s'agit pas en effet d'une application du droit général de résilier le contrat, fondé sur l'art. 404 al. 1 CO. *TF (BGr.), 14. 3. 1989; ATF (BGE) 115 II 50 ss = JdT 1989 I 350; dt. Übers. in Pra. 78/1989, S. 890 ff., Nr. 250.* (41)

**Note:** Voilà un arrêt certes rigoureux, mais qui apporte sur quelques points d'utiles clarifications. 1. **Les faits** étaient les suivants: une commune désire orner la façade d'un bâtiment scolaire et confie à un artiste la pose d'une mosaïque, par application directe contre le mur du bâtiment. Le thème est indiqué, les dimensions générales imposées par la façade, mais l'artiste peut pour le reste choisir les modes d'exécution selon son inspiration. Le prix, fixé à 27 000.- frs, doit être payé en trois tranches: un tiers à la commande, un tiers après l'adoption des maquettes grandeur nature, et le solde après l'achèvement. Les maquettes sont approuvées par le Conseil communal et les deux premières tranches versées à l'artiste. Des défauts du bâtiment reportent l'achèvement de l'ouvrage, mais, au moment où cela eût été possible, l'artiste néglige d'y procéder, en dépit des mises en demeure qui lui sont adressées. Le Conseil communal finit par résilier le contrat et demande le remboursement des deux acomptes versés. La Cour cantonale rejette l'action, en considérant qu'il s'agit d'un contrat de mandat; le Tribunal fédéral admet le recours, réforme le jugement et condamne le défendeur au remboursement, par une série d'arguments de natures différentes. 2. **La qualification du contrat.** Le TF poursuit sa jurisprudence relative à la distinction entre le mandat et l'entreprise (cf. ATF 109/1983 II 462, JdT 1984 I 214 = DC 1985 p. 15 n. 4; 110/1984 II 375, JdT 1985 I 375 = DC 1985 p. 56 n. 42; 111/1985 II 72, JdT 1985 I 589 = DC 1986 p. 70 n. 11). La seule chose qui est déterminante, c'est en définitive celle de savoir si celui auquel les travaux sont confiés promet un résultat; si tel est le cas, il doit aussi le garantir et l'on se trouve dans les hypothèses du contrat d'entreprise (art. 363 ss CO; cf. art. 367 ss); si tel n'est pas le cas, il n'assume qu'une obligation de moyens, conformément aux règles du mandat et sa responsabilité n'est engagée qu'en cas de faute (cf. art. 394 ss CO; cf. art. 398 al. 1). Ce critère simple permet finalement de venir à bout de la plupart des difficultés, même s'il doit être manié parfois avec doigté. C'est p. ex. le cas en présence de travaux intellectuels ou artistiques. En soi rien ne s'oppose à ce qu'un écrivain promette un texte, un musicien une composition, un artisan une restauration, un artiste une peinture ou une mosaïque; il promet un ouvrage et il n'y a aucune raison pour décider p. ex. qu'il serait en droit de résilier ce contrat en tout temps et sans indemnité (cf. art. 404 CO). Ce qui est vrai en revanche, c'est qu'une fois l'œuvre livrée, l'examen de sa conformité doit être fait selon

des critères appropriés qui prennent en compte la liberté créatrice de l'artiste. Mais cela n'exclut pas d'emblée l'application des règles sur la garantie des défauts. On ne pourrait pas en juger différemment si, peu de temps après avoir été posée, la mosaïque se décollait ou si les couleurs se ternissaient (cf. p. ex. *Gauch*, Werkvertrag, n. 1001). Sous cet angle, la solution nous paraît donc exacte. La seule réserve que l'on peut avoir à l'égard de cette partie de l'arrêt concerne la série des exemples cités par le TF en «obiter dictum» à la suite du rappel de son ancienne jurisprudence: Il n'est pas exact que «la fourniture d'un spectacle par un organisateur, d'une production artistique par un artiste ou un orchestre, d'une représentation cinématographique» (p. 54) obéit aux règles du contrat d'entreprise; même si l'on peut appliquer certaines règles par analogie, on se trouve en présence d'un contrat innommé (dans ce sens notamment *Gauch*, Werkvertrag, n. 42; *Tercier*, PS, n. 2416). On constatera d'ailleurs que, quelques lignes plus loin, les juges se réfèrent à un «ouvrage matériel à exécuter selon des étapes et à l'aide d'un matériel préétabli». Pour le reste, le TF complète son argumentation en rejetant certaines des objections retenues dans l'arrêt cantonal: a) Le caractère artistique d'une œuvre ne suffit pas à exclure sa qualification comme contrat d'entreprise, ainsi que l'admettent quelques auteurs (avant tout *Dessemontet*, RDS 106/1987 II p. 130 s., p. 203 ss et les auteurs cités). On n'échappe pas pleinement à l'idée que la qualification est parfois influencée par l'image que l'on se fait d'une profession. Même s'il est vrai que celle-ci peut jouer un rôle, dans la mesure où elle détermine implicitement le contenu de certains contrats, elle ne constitue pas l'élément déterminant. Ce n'est pas en particulier parce que l'on fait partie des professions libérales ou artistiques qu'il serait d'emblée justifié d'appliquer les règles du mandat, comme si celles de l'entreprise avaient pour ces professionnels un caractère déshonorant. b) L'existence d'un rapport de confiance ne suffit pas non plus à la qualification d'un contrat, d'autant que ce rapport peut avoir selon les cas des intensités plus ou moins grandes et que la formule est trop souvent utilisée sans qu'on n'y mette toutes les nuances utiles. Elle joue un rôle qualifié dans le domaine du contrat de mandat puisqu'elle fonde le droit général à la résiliation (cf. p. ex. *Tercier*, PS, n. 3088); c'est ce rapport qui s'établit p. ex. avec un médecin ou un avocat et que l'on ne peut comparer à celui qui existe à l'égard d'un entrepreneur ou d'un vendeur. Cela ne signifie pas que je ne dois pas leur faire confiance; j'attends en particulier de celui qui me vend un produit dangereux ou de celui qui répare une partie essentielle de mon automobile qu'il réponde à toute mon attente. De même, dois-je faire confiance à l'artiste auquel je donne pleine liberté de créer, même si c'est à lui seul que je fais confiance (cf. art. 364 al. 2 CO); il n'empêche que ce rapport n'est pas d'une intensité comparable à celle que j'ai pour le médecin qui prend soin de mon intégrité corporelle ou l'avocat qui s'occupe de mon procès. 3. **La demeure de l'entrepreneur.** Le maître d'ouvrage peut invoquer les règles générales sur la demeure du débiteur (art. 102 ss CO), lorsque l'entrepreneur ne livre pas l'ouvrage à la date qui avait été convenue. De plus, et afin de protéger le maître auparavant déjà, l'art. 366 al. 1 CO l'autorise à faire usage de ce droit «si l'entrepreneur ne commence pas l'ouvrage à temps, s'il en diffère l'exécution contrairement aux clauses de la convention, ou si, sans la faute du maître, le retard est tel que, selon toute prévision, l'entrepreneur ne puisse plus l'achever pour l'époque fixée». On peut se demander si l'on se trouvait bien en l'espèce dans cette dernière hypothèse et si le maître ne pouvait pas déjà faire usage des droits généraux qui lui compétent en vertu de l'art. 102 CO. La question est sans importance puisque, comme le répète l'arrêt avec raison (cf. déjà ATF 98/1972 II 113, JdT 1973 I 172), l'art. 366 CO n'est qu'un cas d'application de l'art. 107 CO. Toujours avec raison, le TF constate que la solution aurait été la même si l'on avait appliqué les règles du mandat. Le mandant peut en effet invoquer les règles sur la demeure, indépendamment du droit général à la résiliation qui peut déduire de l'art. 404 al. 1 CO (dans ce sens P. Derendinger, Die nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, thèse Fribourg 1988, n. 162 ss). 4. **Les effets de la demeure.** La question la plus délicate est celle de savoir quels ont été en l'occurrence les effets de la demeure, qu'il s'agisse du contrat d'entreprise ou du contrat de mandat. En soi, la demeure a en principe des effets rétroactifs qui libèrent le créancier de toute indemnité et l'autorise à exiger le remboursement des prestations qu'il peut déjà avoir faites. La règle ne vaut cependant pas sans exception; on admet en effet, tant dans le contrat d'entreprise (cf. *Gauch*, Werkvertrag, n. 488) que dans le contrat de mandat (*Derendinger*, n. 430), que la résolution du maître cons-

titue une «résiliation», avec effet «ex nunc», lorsque celui-ci a pu utiliser la partie de l'ouvrage qui a déjà été effectuée. C'est sur ce point qu'à notre avis l'arrêt tient insuffisamment compte des spécificités du contrat passé. L'artiste avait déjà effectué certaines prestations, incorporées dans un projet et des maquettes; le fait que ceux-ci n'aient pu être aussitôt exécutés sur la façade provenait des défauts de revêtement, que le maître devait assumer. Dans un autre contrat passé ultérieurement entre les mêmes parties, il fut expressément convenu que le projet et les maquettes seraient spécialement rémunérés; cette solution paraît conforme à l'esprit général d'un contrat de ce type et aurait pu (et dû) être appliqué au cas à juger. L'intérêt des parties est bien le même dans les deux cas. Il faut en effet convenir que la solution retenue par le TF est sur ce point d'une extrême rigueur. L'artiste aurait pu en tout temps se libérer du contrat par application des règles sur la demeure du créancier; on aurait aussi pu admettre une libération pour justes motifs, car on ne peut guère exiger d'un artiste qu'il réalise une œuvre projetée plusieurs années auparavant. S'il a omis d'agir, c'est apparemment dans l'attente d'un autre mandat, qui lui fut finalement refusé. L'attitude générale du maître établit qu'il entendait dans un premier temps pouvoir se prononcer sur un projet, prestation qui méritait rémunération. Ces questions sont à mon avis cependant indépendantes de la qualification proprement dite du contrat. (pt)

**Livraison et réception – Vérification et acceptation de l'ouvrage – Interruption de la prescription – Exigibilité du prix – Exception de compensation, CO 120, 367 I, 371 et 372 (Ablieferung und Annahme – Prüfung und Genehmigung des Werkes – Unterbrechung der Verjährung – Fälligkeit des Werklohnes – Einrede der Verrechnung, OR 120, 367 I, 371, 372).**

1. L'ouvrage immobilier est reçu et livré lorsque l'entrepreneur communique son achèvement au maître qui, de son côté, le considère comme terminé; l'ouvrage n'est achevé que lorsque tous les travaux convenus ont été exécutés. La réception ainsi définie doit être distinguée de l'acceptation, qui a trait à la vérification et à la bonne exécution de l'ouvrage livré. 2. La déclaration de l'entrepreneur acceptant de réparer un ouvrage défectueux implique une reconnaissance de la dette au sens de l'art. 135 al. 1 CO, qui interrompt le délai de prescription de l'art. 371 CO. 3. Si le maître de l'ouvrage a clairement contesté la qualité des travaux, il manifeste qu'il ne considère pas l'ouvrage comme terminé, ce qu'a en l'espèce admis le demandeur en s'engageant à effectuer des travaux de réfection; il suit de là que l'ouvrage n'a pas été livré au sens de l'art. 372 CO. 4. Le prix n'est dû qu'à la livraison d'un ouvrage complètement terminé et impeccable. En cas d'exécution défectueuse de l'ouvrage, le maître peut retenir sur le prix une somme qui suffise à garantir son droit à la suppression des défauts ou à la réduction du prix et à des dommages-intérêts, mais non une somme supérieure, car il peut opposer à l'entrepreneur qui le recherche les droits qu'il peut déduire de la garantie, même si l'action en garantie est prescrite. *JU, Cour civile, 1.9.1988; FJJ J 9/4.* (42)

**Note:** Un garagiste charge l'un de ses amis installateur-sanitaire d'aménager dans son jardin une piscine, une pergola et un étang. La plupart des travaux sont effectués à satisfaction et le maître paie une première facture. En revanche, la piscine n'a jamais pu fonctionner en raison des défauts de la tuyauterie, défauts que l'entrepreneur admet, mais qu'il s'est toujours refusé à réparer, faute d'acompte et de paiement de sa facture. L'action qu'il intente finalement en paiement du prix est rejetée, car le maître peut valablement lui opposer en compensation des frais de réfection pour un montant supérieur à celui qui est réclamé.

1. **La motivation de l'arrêt** ne convainc pas et paraît reposer – si on la comprend bien – sur une confusion. Il y a lieu en effet de distinguer trois questions: a. **L'exigibilité du prix.** Selon l'art. 372 al. 1 CO, «le prix de l'ouvrage est payable au moment de la livraison», sous réserve de conventions différentes qui ne paraissent pas avoir été passées en l'espèce. Toute la question est dès lors celle de savoir quand un ouvrage

est «livré» au sens de cette disposition. Si, comme semble l'admettre – mais à tort! (cf. ad b) – le Tribunal, l'ouvrage n'est toujours pas livré, le prix n'est pas exigible et l'action doit être rejetée pour cette première raison. L'entrepreneur refuse certes d'effectuer les travaux de réfection qu'il s'est engagé de faire tant que l'acompte n'a pas été payé; il n'aurait été en droit de le faire que si le prix ou cet acompte avaient été exigibles, ce qui aurait supposé que l'on admette ou bien que l'ouvrage avait été «livré» au sens de l'art. 372 CO ou bien que le contrat l'autorisait à exiger le versement d'acomptes. Comme le Tribunal estime que ces conditions n'étaient pas remplies, il aurait dû constater que le prix n'était pas exigible et rejeter l'action pour ce motif déjà. On signalera au passage que, faute de livraison, il ne saurait non plus y avoir prescription des droits à la garantie (art. 371 CO) ni, à plus forte raison, interruption de la prescription. **b. La «livraison» de l'ouvrage.** Toujours selon l'art. 372 CO, l'exigibilité du prix est subordonnée, non à l'achèvement de l'ouvrage, mais à sa «livraison». La notion ne soulève pas de difficulté particulière pour les ouvrages mobiliers; il en va différemment pour les ouvrages immobiliers. C'est pour éviter ces problèmes que la Norme SIA 118 a prévu une procédure formelle (cf. art. 157 ss); les parties n'ayant apparemment pas décidé de s'y soumettre, il faut s'en tenir aux règles légales. On considérera qu'un ouvrage immobilier est «livré» lorsque l'entrepreneur a exécuté toutes ses prestations (sous réserve de compléments mineurs) et que le maître en a pris possession; il s'agit donc d'une notion de fait, et non d'une notion de droit. Contrairement à ce que semble affirmer l'arrêt, le fait que l'ouvrage présente des défauts, même graves, ne fait pas obstacle à sa livraison (cf. *Gauch*, Werkvertrag, n. 94 ss); s'il en allait différemment, les droits à la garantie ne pourraient jamais se prescrire puisqu'ils supposent précisément la livraison (cf. art. 371 CO). Tout au plus peut-on se demander si le maître ne pourrait pas surseoir à la réception en présence de défauts majeurs; c'est là le système prévu par la Norme SIA 118 qui permet au maître, en cas de défaut majeur, de différer la réception de l'ouvrage (cf. art. 161 SIA-118), mais ce régime doit être spécialement convenu puisqu'il déroge au système légal. En l'espèce, il n'était pas contesté que l'entrepreneur avait effectué tous ses travaux; le fait que le maître n'ait pas pu disposer de la piscine en raison des défauts de la pompe n'est pas à lui seul un motif suffisant pour exclure la réception. Dans cette mesure, il m'apparaît que la motivation de l'arrêt est critiquable; les juges en avaient-ils eux-mêmes le sentiment, qui ne se sont pas bornés à rejeter l'action faute d'exigibilité, ainsi qu'ils auraient dû le faire dans la logique de leur raisonnement; ils ont poursuivi l'examen sur le problème de la compensation. **c. Le droit à la compensation.** Lorsque l'ouvrage a été «livré» et que le prix est en conséquence exigible, le maître est en droit d'opposer en compensation les créances qu'il pourrait avoir contre l'entrepreneur, notamment en raison de l'exercice de ses droits à la garantie: les frais de réfection de l'ouvrage, au cas où il y a fait procéder par un tiers; la moins-value de l'ouvrage, s'il entend exercer l'action en réduction; les dommages-intérêts complémentaires, s'il parvient à les établir; on notera qu'en revanche, s'il refuse l'ouvrage, il n'est plus tenu de payer le prix et se trouve automatiquement libéré, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer la compensation. Dans tous les cas, il est nécessaire que le maître ait sauvegardé ses droits en donnant à temps avis des défauts. En raison de l'argumentation qu'il suit, le Tribunal ne se prononce pas sur la question. Il semble toutefois qu'en relation avec les pompes liées au fonctionnement de la piscine, le maître ait bel et bien donné avis et que l'entrepreneur, en acceptant d'y procéder, n'a pas contesté que cette communication lui ait été faite à temps. Dans ces conditions, le maître était effectivement en droit d'opposer en tout temps l'exception de compensation, car le renvoi de l'art. 371 al. 1 CO aux règles de la vente comprend aussi la règle expresse de l'art. 210 al. 2 CO («les exceptions dérivant des défauts de la chose subsistent, lorsque l'avis prévu par la loi a été donné au vendeur [entrepreneur] dans l'année à compter de la livraison»). Dans cette mesure, on peut approuver la décision finalement prise par le Tribunal. **2. Toujours en relation avec l'argumentation du Tribunal, il convient de faire encore deux remarques:** 1° Contrairement à ce que semble admettre la Cour, du moins dans le résumé qu'elle a publié, le droit à la compensation ne doit pas être confondu avec le droit à la retenue d'une partie du prix; celle-ci ne constitue qu'une mesure préalable par laquelle le maître sauvegarde les droits qu'il pourrait avoir ultérieurement contre l'entrepreneur (sur ces questions, cf. *Gauch*, Werkvertrag, n. 1678 ss); ce n'est que s'il apparaît ultérieurement que l'ouvrage présente des défauts, que le maître

peut conserver tout ou partie de la retenue en invoquant la compensation. 2° Le maître est en principe en droit de payer la facture de l'entrepreneur avant le moment de l'exigibilité (à moins que l'exécutabilité ait elle aussi été soumise à un délai); il en découle que le maître qui dispose d'ores et déjà de certains droits à la garantie est en droit d'opposer la compensation avant le moment de l'exigibilité; il est incontesté en effet que le texte de l'art. 120 CO, selon lequel il faudrait que les deux créances soient «exigibles», va au-delà de ce qui est nécessaire, s'agissant de la dette compensée (dans ce sens, *Gauch/Schlupe/Tercier*, PG, n. 2000). **3. En guise de conclusion,** il peut être opportun de citer la première phrase de l'arrêt: «X, installateur sanitaire-chauffagiste et constructeur de piscines privées, à Itingen, était lié d'amitié depuis de nombreuses années avec Y, garagiste, à Bassecourt.» L'expérience apprend que bien des amitiés se sont malheureusement terminées au prétoire: On renonce à la rédaction d'un contrat, on promet de manière globale un «prix d'ami», on veut rendre service, on veut faire plaisir; force est de constater que le droit des obligations supporte souvent mal les concessions à la rigueur faites au nom de l'amitié. Les «bons contrats» font aussi les «bons amis»! (pt)

**Mängelhaftung – Neuerstellung eines Cheminées, das den feuerpolizeilichen Vorschriften widerspricht – Verzug des Unternehmers – OR 368/107 f. (Garantie pour les défauts – Réinstallation d'une cheminée contraire aux prescriptions de police du feu – Demeure de l'entrepreneur – CO 368/107 s).**

1. Ein Cheminée, das den feuerpolizeilichen Vorschriften nicht entspricht und deshalb nicht benutzt werden darf, ist mangels Gebrauchstauglichkeit offensichtlich mangelhaft. «Ob die feuerpolizeilichen Vorschriften sinnvoll sind oder nicht, ist belanglos. Der Unternehmer hat sich nach ihnen zu richten und das Werk entsprechend herzustellen oder er muss im voraus eine Ausnahmegewilligung einholen; es ist nicht Sache des Bauherrn, im nachhinein sich um eine solche zu bemühen». 2. Sind die Mängel derart, dass sich eine Reparatur (nicht aber eine Neuerstellung) als ausgeschlossen erweist, so kann der Besteller (dem hier der Abbruch behördlich befohlen wurde), grundsätzlich eine Neuerstellung verlangen. Gerät der Unternehmer mit der verlangten Neuerstellung in Verzug, so ist der Besteller nach Massgabe der allgemeinen Verzugsregeln (OR 107 f.) berechtigt, die Arbeit durch einen Dritten vornehmen zu lassen und die daraus entstandenen Kosten vom Beklagten als Nichterfüllungsschaden einzufordern. *KGr. FR 20. 9. 1988; Extraits 1988, S. 16 ff.* (43)

**Anmerkung:** Der Entscheid des Kantonsgerichtes Freiburg vermag grundsätzlich zu überzeugen. Doch sind die folgenden Einzelpunkte anzumerken: 1. Die rechtliche Unmöglichkeit, ein Werk zu gebrauchen, weil es von öffentlich-rechtlichen Vorschriften am Gebrauchsort abweicht, ist dann ein Werkmangel, wenn der Besteller von seinem Unternehmer eine vorschriftskonforme Ausführung des Werkes erwarten durfte (*Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl. Nr. 967). 2. Beschrankt der Mangel sich auf diese rechtliche Gebrauchsuntauglichkeit, so kann er auch dadurch beseitigt werden, dass von der zuständigen Behörde eine nachträgliche Dispens von der verletzenen Vorschrift erwirkt wird. Ist also eine Dispens möglich, so konzentriert sich das Nachbesserungsrecht des Bestellers darauf, vom Unternehmer die Einholung der erforderlichen Ausnahmegewilligung zu verlangen, wobei er im Rahmen des Erforderlichen und Zumutbaren mitzuwirken hat. Im besprochenen Entscheid kommt dieser Gedankengang wohl deshalb zu kurz, weil bei der konkreten Beschaffenheit des Cheminées eine Ausnahmegewilligung kaum zu erreichen war. 3. Das Recht des Bestellers, die Neuerstellung eines Werkes mit «unbehebbarer» Mangel zu fordern, beruht nicht auf Gesetz, sondern ergänzt die lückenhafte Ordnung der gesetzlichen Mängelrechte (OR 368/ZGB I 11; *Gauch*, a.a.O., Nr. 1254). Das Recht auf Neuerstellung, das an die Stelle des Nachbesserungsrechtes tritt, setzt freilich (wie schon das Nachbesserungsrecht) voraus, dass die Neuerstellung dem Unternehmer keine «übermässigen Kosten» verur-

sacht (OR 368 II, sinngemäss; *Gauch*, a.a.O. Nr. 1254). Der Unternehmer kann also die verlangte Neuherstellung verweigern, wenn deren Kosten, die er zu tragen hat, in einem Missverhältnis stehen zum Nutzen, den die Neuherstellung dem Besteller bringt (vgl. *Gauch*, a.a.O., Nr. 1236 ff., sinngemäss). Ein solches Missverhältnis aber besteht mit Sicherheit nicht, wenn die Behörde den Abbruch des vorschriftswidrig erstellten Werkes angeordnet hat. 4. Gerät der Unternehmer mit der zu Recht verlangten Neuherstellung in Verzug, so kann der Besteller nach ergebnislosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist auf die verlangte Neuherstellung verzichten und statt dessen Ersatz des Nichterfüllungsschadens verlangen (OR 107 II). In diesem Schaden inbegriffen sind auch die Kosten, die der Besteller aufwendet, um die Neuherstellung selber oder durch einen Dritten vorzunehmen. Die Ansetzung einer Nachfrist darf unterbleiben, wenn sie sich nach OR 108 erübrigt, insbesondere deswegen, weil aus dem Verhalten des Unternehmers hervorgeht, dass sich die Ansetzung der Frist als nutzlos erweisen würde (OR 108 Ziff. 1). *Gauch*, a.a.O., Nr. 1283 f. und Nr. 1267, sinngemäss. 5. Einen anderen Weg weist das Bundesgericht in BGE 107 II 55 f. (= BR 1982, S. 18, Nr. 16). Nach dieser Rechtsprechung, die sich allerdings auf die Säumnis mit der Nachbesserung bezieht, müsste der Besteller in analoger Anwendung von OR 366 II auch zu einer eigenständigen Ersatzvornahme auf Kosten des Unternehmers berechtigt sein, wenn dieser mit der zu Recht verlangten Neuherstellung säumig wird. Dass das Kantonsgericht nicht auf OR 366 II gegriffen, sondern die Verzugsregeln (OR 107 f.) angewendet hat, scheint mir dagegen schon deshalb richtig, weil sich gegen die erwähnte Rechtsprechung verschiedene Bedenken melden (Kritisch: *Gauch*, a.a.O., Nr. 1285 ff.). (pg)

**Contrat de conseil en construction – Qualification du contrat – Mandat et entreprise, CO 363, 394 (Baubetreuungsvertrag – Qualifikation des Vertrages – Auftrag und Werkvertrag, OR 363, 394).**

Le contrat de conseil en construction (Baubetreuungsvertrag) est celui par lequel une personne se borne à conseiller et assister le maître dans l'exécution d'un ouvrage. Comme le contrat d'agence en publicité, il est soumis aux règles du mandat et non à celles du contrat d'entreprise. Même s'il conclut en son propre nom des contrats avec des tiers en vue de la réalisation de l'ouvrage, le conseiller ne promet pas le résultat. *TF (BGr.)*, 17. I. 1989; *ATF (BGE)* 115 II 57 ss = *JdT* 1989 I 191 s. (avec note Wyler); dt. Übers. in *Pra.* 78/1989, S. 888 ff., Nr. 249. (44)

**Note:** L'arrêt commenté ne traite pas d'un problème de construction, mais d'un contrat d'agence de publicité. Il présente néanmoins un intérêt dans la mesure, d'une part, où il traite de front de la distinction si importante en droit de la construction entre le mandat et l'entreprise et, d'autre part, où il qualifie incidemment le contrat de conseil en construction, dans un «obiter dictum». 1. *Les faits* sont essentiels: C. SA s'adresse à B, qui exploite une «agence de conseil en média et d'achat d'espace», afin d'insérer deux fois une annonce publicitaire dans certaines éditions du «Newsweek»; B n'est chargé ni du contenu ni de l'illustration de l'annonce, confiée à un graphiste. L'annonce paraît, mais sous une forme manifestement défectueuse (décentrées et partiellement coupées). C. SA accepte de payer les honoraires de B, mais refuse de lui rembourser le prix des annonces, entre-temps acquittées par celui-ci. Les tribunaux cantonaux jugent le cas selon les règles du mandat, ce qu'approuve le Tribunal fédéral. Bien que l'arrêt ne le dise pas expressément, on peut admettre que le fond du litige est le suivant: ou bien il s'agit d'un contrat d'entreprise et le client peut réduire sa rémunération en raison des défauts, en invoquant la mauvaise qualité des annonces publiées; ou bien il s'agit d'un contrat de mandat et le client doit non seulement payer les honoraires, mais également rembourser tous les frais engagés par le mandataire, sous réserve d'une éventuelle réduction qu'il pourrait faire valoir en invoquant la responsabilité du mandataire. Or il ne semble pas en l'espèce que le client puisse faire un quelconque reproche à l'agence, ce qu'atteste le fait qu'il a payé sans réserve les honoraires dus pour le travail effectué. 2. Tout le problème est lié au contenu du contrat, qui est un problème de fait. Selon l'arrêt, «le demandeur devait conseiller la défenderesse quant au choix du support

publicitaire, du nombre d'annonces d'un certain format et des éditions dans lesquelles elles paraîtraient. Il devait aussi réserver des espaces, acheminer le matériel d'impression, dont la confection avait été confiée à un graphiste indépendant par la défenderesse, procéder à la vérification des parutions et des factures. Le demandeur n'était chargé ni du contenu ni de l'illustration de l'annonce. En contrepartie, la défenderesse s'engageait à payer le prix des annonces, sous déduction de la commission d'agence de 15 % perçue par le demandeur et à lui verser des honoraires calculés à raison de 4 % du prix des annonces.» (p. 60). Il en découle que l'agent ne promettait ni ne garantissait l'ouvrage, comme aurait pu le faire un entrepreneur général. Il se bornait à donner des conseils, conclure un contrat avec l'éditeur et en vérifier l'exécution. La situation rappelle effectivement celle d'un «architecte- ou ingénieur-conseil» («consultant») auquel le maître fait appel dans l'exécution d'un ouvrage afin de l'assister (cf. *Gauch*, *Werkvertrag*, p. 55 n. 191 i.f.). Il s'agit en conséquence bien d'un mandat et non d'un contrat d'entreprise. 3. On peut encore signaler deux particularités: 1° Le fait que l'agent ait conclu le contrat avec l'éditeur en son propre nom et qu'il ait en conséquence lui-même acquitté la facture n'est pas déterminant et ne suffit pas à exclure la qualification de mandat; en effet, le mandataire peut être un représentant indirect, agissant à titre fiduciaire, ce qu'attestent les règles légales (en particulier art. 401 al. 1 et 402 al. 2 CO) et ce qu'admettent très généralement les auteurs (p. ex. *Jaeggi/Gauch*, *Zürcher Kommentar*, art. 18 n. 178 ss; *Gautschi*, *Berner Kommentar*, art. 394 n. 13a). 2° Le fait que la rémunération ait été fixée en pourcentage du coût des annonces n'est pas déterminant non plus pour exclure la qualification de mandat, même si, dans l'entreprise générale, la rémunération est parfois fixée de manière linéaire au prorata du coût de construction; en effet, on sait que ce système est très généralement appliqué dans les contrats d'architecte et d'ingénieur (tarif A), qui sont souvent des mandats. 4. Comme toujours, il convient de se montrer prudent et de ne pas généraliser trop rapidement une solution à partir d'un cas d'espèce. Cela vaut également pour la qualification du contrat d'insertion (dans le même sens, *Wyler*, in *JdT* 1989 I p. 192). Ce qui reste dans tous les cas déterminant, c'est le contenu exact du contrat passé entre les parties. Rien n'empêche celles-ci par exemple de prévoir que l'agent garantira le résultat du service qu'il promet. (pt)

**Grundstückkaufvertrag – Contrat de vente immobilière**

**Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland – Bundesbeschluss vom 23.3.61 (BewB) (Fassung vom 21.3.73) – Rückforderungsanspruch nach BewB 20 III (Acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger – Arrêté fédéral du 23.3.61 [AFAIE] [réédition du 21.3.73] – Droit à la demande en restitution selon AFAIE 20 III).**

1. Der Auftrag zum Kauf einer Liegenschaft, der auf Umgehung der Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland gerichtet ist, ist unwirksam im Sinne von Art. 20 BewB. 2. Der Auftraggeber kann den im voraus entrichteten Kaufpreis nach Art. 20 Abs. 3 BewB zurückverlangen. Der Rückforderungsanspruch kann sich «nicht nur aus Bereicherung, sondern namentlich auch aus Darlehen, aus Auftrag, aus Hinterlegung, Gesellschaftsrecht, unerlaubter Handlung und vielen andern Rechtstiteln ergeben». Soweit allerdings kein anderer Rechtstitel geltend gemacht wird, «sind die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung mit den im Bundesbeschluss vorgesehenen Abweichungen anwendbar». 3. Mit Art. 20 Abs. 3 BewB wurde «die Einrede der illegalen Absicht bei Vertragsabschluss, Art. 66 OR, ausgeschlossen». *OGr. AR* 31.3.1987; *RB AR* 1986/87, Nr. 3, S. 31 ff. (45)

**Anmerkung:** 1. Der BewB hatte in der ursprünglichen Fassung vom 23.3.1961 die Nichtigkeit von Geschäften zur Umgehung der Bewilligungspflicht ausdrücklich vorgesehen (Art. 11 Abs. 2). Damit wollte man nicht zuletzt gewissen Treuhandgeschäften, bei denen «die Über-eignung an einen Strohmann mit Domizil in der Schweiz» erfolgt, «der

dann für den wahren, im Ausland domizilierten Berechtigten nach ausser als fiduziarischer Eigentümer auftritt», beikommen (Botschaft vom 15. 11. 1960, BBl 1960, II, S. 1285). Die Revision des BewB im Jahre 1973 liess den ausdrücklichen Hinweis auf die Nichtigkeit von Umgehungsgeschäften fallen, ohne damit materiell etwas zu ändern. Gewisse Umgehungsgeschäfte, insbesondere auch die erwähnten «Strohmann-geschäfte», wurden noch speziell geregelt, indem man den Treuhandauftrag einem bewilligungspflichtigen Grundstückserwerb gleichstellte (Art. 2 lit. e). Art. 4 Abs. 1 lit. g des BewG vom 16. Dezember 1983 entspricht «redaktionell gekürzt» Art. 2 lit. e BewB (*Mühlebach/Geissmann*, Kommentar zum BewG, N 60 zu Art. 4). Zudem bestimmt Art. 5 Abs. 1 lit. d BewG, dass Schweizer als Personen im Ausland gelten, «wenn sie ein Grundstück für Rechnung von Personen im Ausland erwerben». Das Erwerbsgeschäft unterliegt somit, obwohl von einem Schweizer getätigt, (grundsätzlich) der Bewilligungspflicht (vgl. *Mühlebach/Geissmann*, a.a.O., N 13 ff. zu Art. 5). 2. Der referierte Entscheid erweckt den Eindruck, bei Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts im Sinne von Art. 20 Abs. 3 BewB könne ohne weiteres auf Rückgabe bereits erbrachter Leistungen geklagt werden. Diese Auffassung, die sich auf den Gesetzeswortlaut stützen kann, hat zur Konsequenz, dass die mit Erfolg zurückverlangte Leistung bei späterer Bewilligungserteilung erneut erbracht werden muss. Ein solches Hin- und Herschieben einer Leistung kann verhindert werden, wenn der Richter im Rückerstattungsprozess vorfrageweise die Bewilligungsvoraussetzungen abklärt und nur bei negativer Antwort die Rückerstattungsklage gutheisst. Wirft die Bewilligungsfrage besondere Schwierigkeiten auf, kann der Richter den Parteien auch Frist ansetzen, damit sie den Entscheid der zuständigen Verwaltungsbehörden einholen; im Falle der Bewilligungsverweigerung wandelt sich die Unwirksamkeit in Nichtigkeit um (Art. 20 Abs. 1 lit. a BewB), die erbrachte Leistung ist dann definitiv zurückzuerstatten; im Falle der Bewilligungserteilung wird der unwirksame Vertrag voll wirksam, was zur Abweisung der Rückerstattungsklage führt. 3. Bedenken weckt der Satz, der Rückforderungsanspruch könne sich «nicht nur aus Bereicherung, sondern namentlich auch aus Darlehen, aus Vertrag, aus Hinterlegung... ergeben»: Der nichtige/unwirksame Vertrag bringt keine vertraglichen Rückerstattungsansprüche hervor; der Rückerstattungsanspruch unterliegt vielmehr Bereicherungsgrundsätzen, die allerdings z.T. modifiziert sind (Nichtgeltung von OR 66 [so noch ausdrücklich Art. 11 Abs. 3 des BewB von 1961]; fünfjährige Verjährungsfrist [BGE 110 II 335 ff. = Pra 1985, S. 20 ff.; zu diesem Entscheid vgl. die Anm. zu Nr. 46]). Dasselbe gilt auch für den Rückerstattungsanspruch aus Art. 26 BewG, jedenfalls hinsichtlich der Verjährung: Abs. 4 lit. b entspricht (mit gewissen Modifikationen) der bereicherungsrechtlichen Regel von Art. 67 OR. Die neuere Tendenz (BGE 114 II 152 ff.; *Gauch/Schlupe*, Nr. 1184 ff.), Rückabwicklungsansprüche dem Art. 127 OR zu unterstellen, kommt hier somit – nach klarer gesetzlicher Anordnung – nicht zum Tragen. 4. Vertragliche Rückerstattungsansprüche entstehen allerdings dann, wenn die Parteien für den Fall der Nichtigkeit die Rückabwicklung vereinbart haben. Das wird aber nur selten zutreffen. Hätten allerdings die Parteien an die Nichtigkeit/Unwirksamkeit des Vertrags gedacht, würden sie wohl regelmässig eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben. Es wäre daher m.E. befriedigender, wenn das Gesetz die Rückabwicklung vertraglichen Grundsätzen unterworfen hätte. Aus der gleichen Überlegung heraus ist die erwähnte Tendenz, die Rückabwicklung nach Vertragsgesichtspunkten vorzunehmen, zu begrüssen.

(ak)

**Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland – Bundesbeschluss vom 23. 3. 61 (BewB) (Fassung vom 21. 3. 73) – Verjährung des Rückforderungsanspruchs nach BewB 20 III – OR 67 (*Acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger – Arrêté fédéral du 23. 3. 61 AFAIE [réaction du 21. 3. 73] – Prescription du droit à la demande en restitution selon AFAIE 20 III – CO 67*).**

1. Leistungen, die gestützt auf einen unwirksamen oder nichtigen Vertrag im Sinne von Art. 20 Abs. 1 BewB geleistet werden, «können binnen fünf Jahren, bei strafbaren Handlungen bis zur Verjährung der Strafverfolgung zurückgefordert werden»

(Art. 20 Abs. 3 BewB). Aus Sinn und Entstehungsgeschichte von Art. 20 Abs. 3 BewB ergibt sich, dass sie von den Verjährungsvorschriften des Zivilrechts nur in denjenigen Punkten abweicht, die in dieser Spezialbestimmung erwähnt sind. Namentlich gilt daneben auch Art. 67 OR, soweit ihm nicht derogiert wird. Daraus folgt: Die Fünfjahresfrist von Art. 20 Abs. 3 BewB tritt an die Stelle der Einjahresfrist des Art. 67 OR; die hier vorgesehene absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren gilt dagegen auch im Rahmen von Art. 20 Abs. 3 BewB; für den Beginn der Verjährung nach Art. 20 Abs. 3 BewB gilt die Regelung von Art. 67 OR. 2. Nach Art. 67 OR beginnt die Verjährung mit Kenntnis des Rückforderungsanspruchs zu laufen. Der Kläger muss sein Recht soweit kennen, dass er Klage erheben kann. Wird über die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes ein amtliches Verfahren (in casu das Bewilligungsverfahren gemäss BewB) durchgeführt, so darf der Kläger im allgemeinen den Entscheid der Behörde abwarten. BGr. (TF) 28. 5. 1984; BGE (ATF) 110 II 335 ff. = Pra 1985, S. 20 ff.

(46)

**Anmerkung:** 1. Der Zweck der relativen Verjährungsfrist des Art. 67 OR besteht darin, ungebührliches Hinauszögern der Geltendmachung der Bereicherungsforderung zu verhindern: Sobald der Bereicherungsgläubiger Kenntnis hat von seiner Forderung, soll er handeln, ansonst er die Forderung nach der verhältnismässig kurzen Zeit von einem Jahr nicht mehr gegen den Willen des Schuldners durchsetzen kann. Ganz anders der Zweck der absoluten Verjährungsfrist, die in keiner Weise vom Verhalten des Gläubigers abhängt, sondern einzig durch objektive Gesichtspunkte wie namentlich Rechtssicherheit und Überlegungen der Beweissicherung begründet ist. 2. Kenntnis des Bereicherungsanspruchs ist nicht gleichbedeutend mit Kenntnis der Bereicherung. Diese kann ohne jene vorliegen; aber auch das Umgekehrte ist möglich (vgl. *Oser/Schönenberger*, N 12 zu Art. 60 OR, der hinsichtlich der Schadenersatzforderungen eine dem Art. 67 OR analoge Regelung enthält). 3. Kenntnis vom Bereicherungsanspruch liegt vor, wenn dem Bereicherungsgläubiger die klageweise Durchsetzung seines Anspruchs «zuge-mutet» werden darf (BGE 82 II 429 in Bestätigung von 63 II 260). Das ist nach dem referierten Entscheid nicht der Fall, solange über die Wirksamkeit eines Grundstückkaufs das Bewilligungsverfahren gemäss BewB hängig ist. Ab welchem Zeitpunkt die Klageerhebung dem Bereicherungsgläubiger zumutbar ist, kann naturgemäss nicht in allgemeiner Weise gesagt werden. Für den praktisch wichtigen Fall des formungültigen Grundstückkaufs lässt sich folgendes sagen: Es scheint nahezu-liegen, Kenntnis des Bereicherungsanspruchs mit der Kenntnis der Formungültigkeit gleichzusetzen, was spätestens mit der rechtskräftigen Abweisung der Grundbuchanmeldung feststeht. Indes hat der Käufer keinen Anlass, den Verkäufer auf Rückerstattung einzuklagen, solange er annehmen darf, der Verkäufer werde seine formungültige Verpflichtung doch noch erfüllen, indem er zum Abschluss eines formrichtigen Vertrags Hand bietet. Bis zu diesem Zeitpunkt ist ihm daher auch ein gerichtliches Vorgehen nicht zuzumuten. Richtigerweise ist daher der Verjährungsbeginn auf den Zeitpunkt festzusetzen, in dem die Weigerung des Verkäufers, sein Grundstück zu übertragen, erkennbar wird (vgl. in anderem Zusammenhang BGE 63 II 263 unten). Für diese Auffassung spricht noch eine ganz andere Überlegung: Solange die Bereitschaft des Verkäufers besteht, den formungültigen Vertrag (durch Abschluss und Erfüllung eines neuen, formgerechten Vertrags) zu erfüllen, hat der Käufer gar keinen durchsetzbaren Rückerstattungsanspruch (vgl. die Anmerkung zu BGE 115 II 128 ff. = Nr. 47; *Koller*, in: Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, Nr. 282 ff.). Einer Klage wäre zum vornherein kein Erfolg beschieden, weshalb sie nach der dargestellten Rechtslage auch nicht verjähren kann.

(ak)

**Formungültiger Kaufvorvertrag – Rückforderung des Kaufpreises, OR 63, 216 II (*Vice de forme de la promesse de vente – Demande en restitution du prix – CO 63, 216 II*).**

Wer gestützt auf einen formungültigen Kaufvorvertrag eine Anzahlung an den Kaufpreis leistet, kann diese bei Nichterfüllung der Gegenpartei auch dann zurückfordern, wenn er in

Kenntnis der Formungültigkeit leistete. Art. 63 Abs. 1 OR steht dem nicht entgegen. *BGr. (TF) 27.2.1989; BGE (ATF) 115 II 128 ff. = Pra 1989, S. 465 f.* (47)

**Anmerkung: 1.** Die Erwägungen des Bundesgerichts gelten gleichermaßen auch für formungültige Kaufverträge über Grundstücke: Der Käufer kann eine im Bewusstsein der Ungültigkeit geleistete Zahlung – trotz Art. 63 Abs. 1 OR – zurückfordern, wenn sich der Verkäufer weigert, seinerseits zu erfüllen (vgl. *Koller*, in: *Der Grundstückskauf*, St. Gallen 1989, Nr. 282 ff. Ist jedoch der Verkäufer erfüllungsbereit, ist die Rückforderung richtigerweise auszuschliessen (*Koller*, a.a.O., Nr. 307). Das Bundesgericht hatte zu diesem letzteren Punkt nicht Stellung zu nehmen. **2.** Zur Verjährung des Rückforderungsanspruchs vgl. Nr. 46. (ak)

**Bundesbeschluss über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 23.3.61 (Fassung vom 21.3.73) (BewB) – BewB 20 – Culpa in contrahendo – OR 156 (Arrêté fédéral sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger du 23.3.61 [AFAIE] [réduction du 21.3.73] – AFAIE 20 – Culpa in contrahendo – CO 156).**

**1.** Soweit der Verkauf eines Grundstückes an einen Ausländer einer Bewilligung nach BewB bedarf, stellt die Bewilligungserteilung eine Rechtsbedingung für die Wirksamkeit dieses Geschäfts dar. Wenn der Käufer nach Vertragsabschluss den Eintritt dieser Rechtsbedingung treuwidrig verhindert, ist eine analoge Anwendung von Art. 156 OR ausgeschlossen, weil die Bewilligungspflicht für die Veräusserung schweizerischer Grundstücke an Ausländer im öffentlichen Interesse statuiert wurde. Es bleibt somit bei der Unwirksamkeit des Vertrags, Art. 20 Abs. 1 BewB, Art. 26 Abs. 1 BewG. **2.** Der Käufer wird aber nach den Grundsätzen über culpa in contrahendo schadenersatzpflichtig. In casu wurde eine Haftung des Käufers, der treuwidrig die für die Erteilung der Bewilligung notwendige Unterzeichnung der sog. Ehrenerklärung verweigerte, bejaht. *KGr. VS 14.1.1986; ZWR (RJV) 20, 1986, S. 225 ff.* (48)

**Anmerkung: 1.** Bedingungen im engen Sinne sind rechtsgeschäftlich vereinbarte Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts. Rechtsbedingungen hingegen sind gesetzliche (nicht vereinbarte) Wirksamkeitsvoraussetzungen. Auf Rechtsbedingungen findet das Bedingungsrecht (Art. 151 ff. OR) keine Anwendung; lediglich Art. 156 kann unter Umständen analog herangezogen werden (*Merz*, SPR VI/1, S. 152). Im vorliegenden Fall wurde die Anwendung von Art. 156 OR zu Recht verneint, weil diese Bestimmung keine Grundlage bietet «für die Fiktion einer behördlichen Zustimmung, die tatsächlich nicht eingeholt oder verweigert worden ist» (*Merz*, a.a.O., S. 166). – **2.** Das Kantonsgericht Wallis hat angenommen, die treuwidrige Nichtabgabe der «Ehrenerklärung» und die dadurch verhinderte Erteilung der Bewilligung gemäss «Lex Furgler» löse eine Haftung aus culpa in contrahendo aus. Richtigerweise hätte wohl eine vertragliche Haftung (Art. 97 ff. OR) angenommen werden müssen. Denn: **3.** Der Käufer war zur Abgabe der «Ehrenerklärung» nach Treu und Glauben verpflichtet (Mitwirkungspflicht, nicht bloss Obliegenheit; vgl. *Merz*, a.a.O., S. 68), und dies vertraglich: Zwar bleiben «Rechtsgeschäfte auf bewilligungspflichtigen Erwerb... unwirksam, solange die rechtskräftige Bewilligung nicht vorliegt» (Art. 20 Abs. 1 BewB). Das besagt aber nicht, dass sie überhaupt keine Wirkungen erzeugen: Nur das rechtsgeschäftlich Gewollte kann (noch) nicht durchgesetzt werden (Art. 20 Abs. 2 BewB); nichts hindert hingegen die Entstehung der Pflicht, alles nach Treu und Glauben zur Vertragserfüllung Erforderliche zu tun. Im weiteren ist davon auszugehen, dass die (Neben-)Pflicht zur Abgabe der «Ehrenerklärung» in das Synallagma des Vertrags einbezogen war (vgl. *Merz*, a.a.O., S. 69 f.). Ihre Nichterfüllung gab dem Verkäufer somit das Recht, nach den Verzugsregeln vorzugehen (vgl. neben *Merz*, a.a.O., S. 166, Semjud 1961, S. 161). In casu hatte der Käufer «nicht einmal drei Wochen nach Vertragsabschluss» eine andere Wohnung gekauft und zu Eigentum erworben und damit definitiv den Willen geäußert, den ersten

Kaufvertrag nicht zu erfüllen. Der Verkäufer konnte daher ohne Nachfristansetzung den (ersten) Vertrag auflösen (Art. 108 OR) und das positive (Art. 107 OR) oder negative Vertragsinteresse (Art. 109 OR) verlangen. (Bei Annahme einer Obliegenheit statt einer Nebenpflicht würde sich am Ergebnis wohl nichts ändern; vgl. Art. 96 OR und die Lehre, wonach Gläubigerverzug gleichzeitig auch Schuldnerverzug darstellen kann: z. B. v. *Thur/Escher*, S. 76 und S. 83). **4.** Trifft es zu, dass die Erfüllung des zweiten Vertrags ein Wirksamwerden des ersten Vertrags «vollends ausschloss» (Urteil, S. 231), konnte mit andern Worten der Verkäufer seine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung (definitiv) nicht mehr erfüllen, so lag Unmöglichkeit vor, und zwar vom Gläubiger (Käufer) verschuldete. Das Gesetz regelt diese Problematik nur in Spezialbestimmungen (z. B. Art. 324, 376 OR). Ein allgemeiner Grundsatz fehlt. In Fällen wie dem vorliegenden kommt nur Schadenersatz in Frage; ein Anspruch auf Realerfüllung (Leistung des Kaufpreises) ohne Anrechnung des Grundstückswertes – etwa in Analogie zu Art. 324 OR, Abs. 1 a. E. (Anspruch auf Lohn ohne Nachleistungspflicht) – fällt ausser Betracht. Zu ersetzen ist das positive Vertragsinteresse, doch kann der Verkäufer auch den Ersatz des negativen Interesses verlangen – genau wie beim Verzug. (Die Haftung auf Ersatz des negativen Interesses gemäss Art. 109 OR ist ein gesetzlich geregelter Fall der Haftung für Frustrationsschaden: Die zu ersetzenden Kosten wären auch bei vertragsgemäsem Verhalten entstanden, sie sind also nicht durch die Vertragsverletzung verursacht; wegen der Vertragsverletzung haben sie jedoch ihren Sinn und Zweck verloren, sie sind als «vergeblich oder vereitelt [‘frustriert’]» [*Gauch/Schlupe*, Nr. 1608b] zu qualifizieren.) (ak)

**Kaufrecht – Treuwidriges Vereiteln einer Bedingung, OR 156 (Droit d'emption – Empêchement frauduleux de l'accomplissement de la condition, CO 156).**

**1.** Beim Übergang eines landwirtschaftlichen Heimwesens vom Vater auf den Sohn wurde ein Baugrundstück vom Kaufvertrag ausgenommen. Dem Sohn wurde jedoch ein Kaufrecht eingeräumt für den Fall, dass auf dem Grundstück innert 20 Jahren nicht eine Wohnbaute erstellt würde. Kurz vor Ablauf dieser Frist reichte die Grundeigentümerin (Rechtsnachfolgerin des Vaters) ein Baugesuch für ein Mehrfamilienhaus ein. Der Kaufrechtsberechtigte erhob dagegen gestützt auf das Kaufrecht privatrechtliche Baueinsprache; er machte geltend, das Gesuch sei rechtsmissbräuchlich, da es lediglich bezwecke, die für die Ausübung des Kaufrechts nötige Bedingung (Ablauf der 20 Jahre) zu verhindern. **2.** Das Kantonsgericht St. Gallen befand, selbst wenn mit dem Baugesuch treuwidrig die Ausübung des Kaufrechts hätte verhindert werden sollen, bestehe kein Abwehranspruch gegen das Bauvorhaben; vielmehr wäre lediglich Eintritt der Bedingung anzunehmen, mit der Folge, dass der Kaufrechtsberechtigte das Kaufrecht hätte ausüben können. *KGr. SG 17. II. 88; GVP 1988, Nr. 44, S. 94.* (49)

**Anmerkung: 1.** Der Kaufrechtsberechtigte machte geltend, er könne das Kaufrecht nicht ausüben, «da er nicht in der Lage wäre, den durch das Mehrfamilienhaus bewirkten Mehrwert zu entschädigen» (Urteil, S. 94). Eine Ausübung des Kaufrechts sei nur bei unüberbautem Grundstück möglich, daher müsse der Baueinsprache stattgegeben werden. Das Kantonsgericht hat diesen Einwand abgelehnt mit der Begründung, Art. 156 OR sehe als Folge einer treuwidrigen Vereitelung des Eintritts einer Bedingung einzig die Fiktion des Bedingungseintritts vor. Art. 156 OR sieht in der Tat nur dies vor. Die Bestimmung ist jedoch vor dem Hintergrund von Art. 2 ZGB, den sie konkretisiert, zu sehen. Letztlich muss daher immer entscheidend sein, wie einem treuwidrigen (rechtsmissbräuchlichen) Verhalten adäquat begegnet werden kann. Die optimale Sanktion einer treuwidrigen Vereitelung des Eintritts einer Bedingung besteht regelmässig in der Fiktion, die Bedingung sei eingetreten. Wo dies jedoch ausnahmsweise nicht der Fall ist, sind auch andere Sanktionen in Betracht zu ziehen, so in casu die Gutheissung der Baueinsprache. Es sei in diesem Zusammenhang an Art. 336a OR erinnert, der nicht die Ungültigkeit der rechtsmissbräuchlichen Kündigung anordnet, sondern eine Schadenersatzpflicht des

Arbeitgebers. Vgl. auch die Anmerkung zu Nr. 48, betr. die treuwidrige Verhinderung des Eintritts einer sog. Rechtsbedingung. 2. Zum praktisch wichtigen Fall der rechtsmissbräuchlichen Vereitelung des Vorkaufsfalls vgl. *Koller*, in: *Der Grundstückskauf*, St. Gallen 1989, Nr. 393 ff. (ak)

## Sachenrecht – Droits réels

**Pfandrecht der Stockwerkeigentümergemeinschaft für Beitragsforderungen – ZGB 712i** (*Garantie des contributions dans la communauté des copropriétaires d'étages par hypothèque légale – CC 712i*).

1. Bei gemeinschaftlichem Eigentum am Stockwerk ist die Klage auf definitive Eintragung des Pfandrechts gegen sämtliche Gesamt- oder Miteigentümer als notwendige Streitgenossen zu richten. 2. Die Stockwerkeigentümerschaft hat Bestand und Höhe der als Pfandschuld einzutragenden Beitragsforderungen zu beweisen. 3. Ist allein der Pfandrechtsanspruch und nicht auch die Beitragsforderung selbst eingeklagt, darf der Richter aufgrund der Dispositionsmaxime die Beklagten nicht zur Bezahlung der Beitragsforderungen verpflichten. *KGr. GR 24. 5. 1988; PKG 1988, Nr. 23, S. 90 ff.* (50)

**Eintragungsfähigkeit einer Baubeschränkungsdienstbarkeit – ZGB 730 I** (*Inscription d'une servitude limitative de construire – CC 730 I*).

1. Das Fehlen kantonaler privatrechtlicher Abstandsvorschriften schliesst die Eintragung eines eigentlichen Näherbaurechts als Grunddienstbarkeit aus. 2. Zulässig bleibt bei dieser Rechtslage eine Dienstbarkeit des Inhalts, auf seinem Grundstück einen über das (öffentlichrechtliche) gesetzliche Minimum hinaus gehenden Grenzabstand zu wahren. *OGR. ZH 3. 2. 89; ZR 88, 1989, Nr. 26, S. 81.* (51)

**Anmerkung:** 1. Im Kanton Zürich ist für Bauten in der Kernzone der Bau- und Zonenordnung ein Grenzabstand von mindestens 5 Metern vorgeschrieben. Dieser Grenzabstand darf unter Vorbehalt des kantonalrechtlichen Mindestabstands um das Mass herabgesetzt werden, für welches der Nachbar schriftlich zustimmt, wobei er sich überdies schriftlich verpflichtet, seinerseits mit Gebäuden um das Mass der Unterschreitung von der Grenze wegzurücken. Mit andern Worten: Der Gesamtabstand zwischen den beiden allenfalls einmal entstehenden Gebäuden bleibt dann so gross, wie vom kantonalen Recht vorgeschrieben. Der eine baut aber näher an die Grenze des andern. Im Hinblick darauf, dass ein Eigentümer bis zum knappsten nach kantonalem öffentlichem Recht erlaubten Grenzabstand bauen konnte, schloss dieser Eigentümer mit dem Nachbar einen Dienstbarkeitsvertrag. Danach erlaubte der belastete Eigentümer dem berechtigten Eigentümer, Gebäude auf eine im Servitutsplan eingezeichnete Begrenzungslinie zu stellen, und verpflichtete er sich, Bauten und Anlagen, welche einer Ausübung des Näherbaurechts aus öffentlichrechtlichen Gründen entgegenstehen würden, auf seinem Grundstück zu unterlassen. Vor dem Grundbuchamt und den hintereinander angegangenen zwei kantonalen Instanzen war streitig, ob und wie die durch diesen Dienstbarkeitsvertrag begründete Grunddienstbarkeit eingetragen werden könnte. Die letzte Instanz (Obergericht) kam zu folgendem Ergebnis: Die Berechtigung, Abstandsvorschriften zu unterschreiten (das «Näherbaurecht»), ist als Dienstbarkeit nicht eintragungsfähig. Wohl aber ist zulässig eine Eintragung der Dienstbarkeit, wonach der Belastete sich verpflichtet, einen grösseren Grenzabstand zu wahren. 2. Gemäss Art. 686 Abs. 1 ZGB sind die Kantone befugt, die Abstände festzusetzen, die bei Grabungen und Bauten zu beobachten sind. Dabei handelt es sich aber nicht um einen verpflichtenden, sondern um einen zuteilenden echten Vorbehalt. Der Kanton kann daher darauf verzichten, privatrechtliche Abstandsvorschriften aufzustellen. Im Kanton Zürich ist dies mit In-

krafttreten des Planungs- und Baugesetzes geschehen. Da der Sinn eines klassischen Näherbaurechts ja der Verzicht auf privatrechtliche Abstandsvorschriften ist, kann angesichts des Fehlens privatrechtlicher Bestimmungen kein entsprechendes Näherbaurecht mehr vereinbart werden. Vorbehalten bleiben natürlich gegebenenfalls Näherbaurechte, kraft welcher ein Nachbar gegenüber dem andern auf aus dem Bundesprivatrecht fliessende Eigentümerrechte verzichtet. 3. Bleibt aber nicht doch noch in einem solchen von öffentlichem Recht beherrschten «Abstandsrecht» die Möglichkeit, eine Grunddienstbarkeit einzutragen? Im vorliegenden Fall wurde schliesslich folgende Möglichkeit bejaht: Gemäss öffentlichem Recht dürfen Grenzabstände der Bauordnung herabgesetzt werden um das Mass, für welches der Nachbar seine Zustimmung gibt mit der Bewandnis, dass er seinerseits mit Gebäuden um das Mass der Unterschreitung von der Grenze wegrückt. Insoweit nun der belastete Nachbar sein Einverständnis zur Herabsetzung des Grenzabstandes zugunsten des begünstigten Nachbarn gibt und sich damit verpflichtet, auf seinem Grundstück einen entsprechend grösseren Abstand einzuhalten, liegt eine zulässige privatrechtliche Dienstbarkeit vor. Anders gesagt: Der Belastete verpflichtet sich privatrechtlich, sich so zu verhalten, dass für den begünstigten Nachbarn, soweit es auf den belasteten Nachbarn ankommt, die öffentlichrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, welche es ihm (dem Begünstigten) erlauben, näher zu bauen. 4. Ist aber der belastete Nachbar kraft dieser Dienstbarkeit nicht verpflichtet, eine Zustimmung zur Baute des Nachbarn zu erteilen und mithin zur Vornahme einer Handlung (zu einem Tun) zu verhalten, was ja gerade nicht Kerninhalt einer Grunddienstbarkeit sein kann (Art. 730 Abs. 1 und 2 ZGB)? Im vorliegenden Fall ist diese Problematik mit Fug wie folgt entschärft worden: Der angemeldete Grundbucheintrag enthält einerseits die Pflicht, auf dem eigenen Grundstück einen grösseren Grenzabstand zu wahren, als nach den gesetzlichen Bestimmungen erforderlich wäre (eine Baubeschränkung also). Diese Pflicht bildet die hauptsächliche, die dingliche Komponente der Dienstbarkeit. Demgegenüber erweist sich die Pflicht zur Abgabe der Zustimmungserklärung als nebensächliche, realobligatorische Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung, was aber gemäss Art. 730 Abs. 2 der Gesetzgeber ausdrücklich gestattet. (bs)

**Wirkungen eines nur mündlich vereinbarten Baurechtsvertrages – ZGB 779 I, 732, 675 I, 671 ff., 971 I** (*Effets d'un contrat constitutif d'un droit de superficie en la forme orale – CC 779 I, 732, 675 I, 671 ff., 971 I*).

1. Ein nur mündlich vereinbarter Baurechtsvertrag kann nicht im Grundbuch eingetragen werden und äussert keine dingliche Wirkung. 2. Das Vorliegen eines Vertrages schliesst die Anwendung der Art. 671 ff. ZGB aus. 3. Der aufgrund eines solchen Vertrages geschaffene Mehrwert ist grundsätzlich zu ersetzen. *OGr. LU 2. 11. 1987; 5. 9. 88; LGVE 1988 I, Nr. 10, S. 13 ff.* (52)

**Anmerkung:** 1. Ein Grundeigentümer erlaubte dem Kläger 1960 mündlich, gegen einen jährlichen Zins von 70 Franken eine Schutzhütte auf seinem Grundstück zu erstellen und zu benutzen. Der Rechtsnachfolger des Eigentümers nahm 1974 noch eine Zahlung von 70 Franken entgegen, verweigerte aber die Annahme weiterer Zahlungen und liess den Kläger gerichtlich ausweisen. Dieser, der Erbauer der Schutzhütte, klagte auf Zuweisung einer Parzelle von 200 Quadratmetern, auf der sich die Schutzhütte befand, bzw. auf Bezahlung einer Entschädigung. Das Amtsgericht wies die Klage ab. Das Obergericht (I. Kammer) verneinte den Anspruch auf Zuweisung des Eigentums, bejahte aber die Entschädigungspflicht. Eine gegen dieses Urteil eingereichte Kassationsbeschwerde wurde vom Gesamtobergericht abgewiesen. Publiziert worden ist der Entscheid der I. Kammer des Obergerichts. 2. Der Inhalt des Baurechts ist knapp umschrieben in Art. 675 Abs. 1 und ausführlich in Art. 779 Abs. 1 ZGB. Danach kann ein Grundstück «mit der Dienstbarkeit belastet werden, dass jemand das Recht erhält, auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten». Über die Form des Baurechtsvertrages äussert sich explizit Art. 799a ZGB für den Fall, dass es um die Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechts geht; diesfalls bedarf der Vertrag zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Soll nicht ein selbständiges und dauerndes

Baurecht errichtet werden (also eine Baurechtsgrunddienstbarkeit oder eine Baurechtspersonaldienstbarkeit ohne die erwähnten zwei Eigenschaften), unterliegt der Begründungsvertrag nach Art. 732 ZGB (für die Grunddienstbarkeit unmittelbar, für die Personaldienstbarkeit sinngemäss anwendbar) dem Erfordernis der Schriftlichkeit. Fehlt es an dieser Form, wird der Vertrag auf Errichtung einer Baurechtsberechtigung nicht als Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen (siehe Art. 971 Abs. 1 ZGB und Art. 19 Abs. 2 GBV). So lagen denn auch die Dinge im vorliegenden Fall. Die Schutzhütte stand demnach im Eigentum des Bodeneigentümers. Zwischen diesem und dem Kläger bestand indessen ein obligatorisches Baurechtsvertragsverhältnis. 3. Die Art. 671 ff. ZGB regeln, was gilt, wenn mit fremdem Material auf eigenem Boden oder mit eigenem Material auf fremdem Boden gebaut wird. Insbesondere kann nach Art. 673 ZGB, wer sich im guten Glauben befindet, erreichen, dass gegen angemessene Entschädigung «das Eigentum an Bau und Boden» dem Materialeigentümer zugewiesen wird. Nun aber schliesst gemäss dem zu besprechenden Entscheid das «Vorliegen eines Vertrages... die Anwendung der Art. 671 ff. ZGB aus». Somit fehlte es an einem Rechtsgrund für die Eigentumsübertragung. Was das Obergericht hier ausführt, stimmt zwar grundsätzlich. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass der vom Obergericht angeführte BGE 99 II 131 ff. auf der S. 138 explizit nur von Art. 672 ZGB und nicht von 671 ff. ZGB spricht. Sodann lautet die sowohl vom Bundesgericht a.a.O. wie vom Luzerner Obergericht zitierte Kommentarstelle *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N 15 zu Art. 671 ZGB wie folgt: «Zur Anwendung der Art. 671–673 wie auch der allgemeinen Regeln des Bereicherungs- und des Deliktsrechtes kommt es natürlich nur, wenn zwischen den Parteien keine (oder doch keine vollständige) vertragliche Abmachung über ihre Auseinandersetzung besteht». Schliesslich sieht *Liver*, SPR, V/1, S. 178, vor, dass die Voraussetzungen für die Zusprechung des Eigentums gegeben sein können für Boden, mit dessen Erwerb der Materialeigentümer in guten Treuen gerechnet hat. Anders gesagt: Die knappe Formulierung, «das Vorliegen eines Vertrages» schliesse die Anwendung der Art. 671 ff. ZGB aus, erscheint mir als zu absolut. 4. Wenn nicht die Art. 671 ff. ZGB zur Anwendung gelangen, gibt es offensichtlich keine rechtliche Möglichkeit, dem Erwerber das Eigentum zuzuweisen. Wohl aber konnten in casu die Regeln über die Pacht analog angewendet werden. Das erlaubte es dem entscheidenden Gericht, die Entschädigungspflicht grundsätzlich zu bejahen. Was die Höhe der Entschädigung angeht, dürfte hier angemessen sein, was *Liver* a.a.O. S. 177 für den Fall vorsieht, da Ersteller und Grundeigentümer gutgläubig waren. Demnach läge die Entschädigungssumme zwischen der Bereicherung des Grundeigentümers und dem ganzen Schaden des Erstellers. (bs)

### **Bauhandwerkerpfandrecht – Befristung der vorläufigen Eintragung – ZGB 961 III (*Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Fixation du délai de l'inscription provisoire*, CC 961 III).**

Ordnet der Richter die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch an, hat er gemäss Art. 961 Abs. 3 ZGB die zeitliche Dauer der Vormerkung im Grundbuch genau zu bestimmen. Üblich und rechtsgenügend ist die Anordnung, dass sich die Vormerkung (vorläufige Eintragung) bis zur definitiven Erledigung des Streites um das Bauhandwerkerpfandrecht erstreckt. Unterlässt dies der Richter, ist die Vormerkung nicht nichtig, sondern hat der Grundbuchverwalter aufgrund seiner Prüfungspflicht den Richter um Ergänzung der Eintragungsverfügung zu ersuchen. Die Vormerkung eines Baupfandes darf vom Grundbuchverwalter nur gelöscht werden, wenn sie durch die definitive Eintragung ersetzt wird, wenn der Richter die Löschung anordnet oder wenn sich die Dauer der Vormerkung aus dem Grundbuch selber ergibt, nicht jedoch, wenn der Richter die Vormerkung überhaupt nicht befristet oder sie bis zur definitiven Erledigung des Rechtsstreites befristet hat. *BGr. (TF) 2. 5. 1986; BGE (ATF) II 12 II 496 ff. = Pra. 1987, Nr. 263, S. 925 ff. = ZBGR (RNRF) 1989, S. 44 ff.* (53)

**Anmerkung:** 1. Ordnet der Richter die vorläufige Eintragung im Sinne einer Vormerkung (Art. 75 Abs. 2 GBV) an, hat er zwei verschiedene Fristen zu bestimmen: Einerseits hat er die Dauer der Vormerkung im Grundbuch zu befristen, und andererseits ist dem Handwerker Frist zur Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen (vgl. Art. 961 Abs. 3 ZGB). 2. Vorläufig bedeutet vorübergehend. Die Vormerkung im Grundbuch kann deshalb nicht auf unbestimmte Zeit erfolgen. Um die Rechtsunsicherheit zu begrenzen, muss das Ende der vorläufigen Phase bestimmt werden. Art. 961 Abs. 3 ZGB schreibt deshalb dem Richter vor, die zeitliche Wirkung der Vormerkung im Grundbuch genau zu begrenzen. Dies kann absolut (Geltungsdauer bis zu einem bestimmten Kalendertag oder bis zum Ende einer nach Tagen, Wochen, Monaten oder Jahren bemessenen Frist) oder relativ erfolgen (z.B. bis zum Entscheid betreffend definitive Eintragung oder Löschung). Dieses Urteil bestätigt, dass die zweite Variante, welche praktisch ist und sich eingebürgert hat, zulässig ist. 3. Zudem hat der Richter dem Handwerker eine Frist zur Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts anzusetzen. Diese Klagefrist bewirkt in der Regel ebenfalls, jedoch indirekt, dass das Baupfand nur vorübergehend im Grundbuch vorgemerkt bleibt. Denn der belastete Grundeigentümer ist meistens interessiert, dass die Vormerkung sobald wie möglich im Grundbuch gelöscht wird, so dass auch eine unbefristete Vormerkung nur bis zum Ende des Rechtsstreites um die definitive Eintragung oder bis kurz danach bestehen dürfte. Das Bundesgericht betrachtet gleichwohl eine unbefristete Vormerkung im Grundbuch als ungenügend, weil sie Art. 961 Abs. 3 ZGB widerspricht, und verlangt, dass die Dauer der Vormerkung im Grundbuch einzutragen ist. 4. Unterlässt der Richter eine Befristung der vorläufigen Eintragung, hat der Grundbuchverwalter gleichwohl sofort die Vormerkung vorzunehmen, um die dreimonatige Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB zu wahren, und ist eine unbefristete Vormerkung nicht nichtig (ebenso *Schumacher*, Nr. 758 mit Verweisen auf die Judikatur). Der Grundbuchverwalter hat jedoch gestützt auf seine Prüfungspflicht den Richter zu ersuchen, die Verfügung betreffend vorläufige Anordnung zu präzisieren, das heisst in bezug auf die zeitliche Dauer der Vormerkung zu ergänzen. 5. Da die Vormerkung im Regelfall bereits aufgrund des superprovisorischen Entscheides des Richters unmittelbar nach Eingang des Begehrens erfolgt, hat der Richter bereits in diesem Entscheid die zeitliche Wirkung der Vormerkung festzulegen. Nach der Auffassung des Bundesgerichtes ist eine (einstweilen) unbefristete Vormerkung jedoch nicht nichtig. Es genügt deshalb, wenn der Richter die Befristung im Entscheid, mit welchem er das Verfahren betreffend vorläufige Eintragung abschliesst und dabei in der Regel die superprovisorische Verfügung bestätigt, die Befristung von sich aus oder auf Aufforderung des Grundbuchverwalters hin nachholt. 6. Offen lässt das Bundesgericht die brisante Frage, ob die richterliche Klagefrist (vgl. Ziff. 3 hievon) gewahrt wird, wenn der Richter, verleitet durch den Wortlaut von Art. 839 Abs. 3 ZGB, dem Handwerker nur Frist zur Klage «auf Feststellung der Forderung» ansetzte und der Handwerker innert dieser Frist nur Klage auf Feststellung der Forderung und nicht darüber hinaus auch ausdrücklich Klage auf definitive Eintragung des Baupfandes einreicht. Art. 839 Abs. 3 ZGB ist zwar unklar und missverständlich (*Schumacher*, Nr. 786). Lehre und Rechtsprechung (vgl. BGE 105 II 152; *Schumacher*, Nr. 760, 766 f. und 786 ff.) sind jedoch derart einhellig und eindeutig, dass für Richter und Anwälte kein Zweifel mehr bestehen kann, dass innert der angesetzten Frist eine Klage auf definitive Eintragung des Baupfandes eingereicht werden muss. Ob ein unrichtiges beziehungsweise unvollständiges Klagebegehren, welches sich auf ein entsprechendes richterliches Dispositiv stützt, nachträglich noch ergänzt werden kann, ist eine Frage des betreffenden kantonalen Prozessrechtes. 7. Wenn, was der Regelfall ist, sich die Dauer der Vormerkung nicht aus dem Grundbuch ergibt, darf der Grundbuchverwalter nur auf Anordnung des Richters eine Vormerkung löschen. Ein kontradiktorisches Verfahren muss den Anspruch des Handwerkers auf rechtliches Gehör garantieren. Nur der Richter kann in einem solchen Falle entscheiden, ob der Handwerker die Frist gewahrt oder versäumt hat. Zusätzlich ist zu beachten, dass eine gelöschte Vormerkung meistens nicht mehr erneuert werden kann, weil inzwischen die dreimonatige Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB abgelaufen ist. (rs)

**Bauhandwerkerpfandrecht – Öffentlichkeit des Grundbuchs – ZGB 970 und GBV 5 (*Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Publicité du registre foncier – CC 970 et ORF 5*).**

Die blossе Möglichkeit, die Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes zu beanspruchen, genügt, um das Interesse, in das Grundbuchblatt des Baugrundstückes Einsicht zu nehmen und sich daraus Auszüge ausstellen zu lassen, glaubhaft zu machen. Die Wahrscheinlichkeit einer konkreten, aktuellen Gefährdung der Forderung, die durch das gesetzliche Pfandrecht gesichert werden soll, muss nicht glaubhaft gemacht werden. *BGr. (TF) 23. 10. 1986; BGE (ATF) 112 Ib 482 ff. = ZBGR (RNRF) 1989, S. 46 ff.* (54)

**Anmerkung:** Art. 970 Abs. 1 ZGB hält kurz und bündig fest: «Das Grundbuch ist öffentlich». Trotzdem ist es nicht für jedermann uneingeschränkt einsehbar (vgl. BGE 112 II 422 ff.; dazu einlässlich *Heinz Hausheer*, Öffentlichkeit des Grundbuchs, ZBGR 1988, S. 1 ff.; *Heinz Rey*, Zur Öffentlichkeit des Grundbuchs, ZBGR 1984, S. 73 ff.). Nur «wer ein Interesse glaubhaft macht», kann die Einsicht in das Grundbuch oder die Ausfertigung von Grundbuchauszügen verlangen (Art. 970 Abs. 2 ZGB). Das Gesetz macht den Zugang zum Grundbuch davon abhängig, dass ein individuelles und konkretes Einzelinteresse glaubhaft gemacht wird. Diese Voraussetzung wird erfüllt, wenn ein Handwerker nachweist, dass er auf dem betreffenden Grundstück Bauarbeiten geleistet oder noch zu erbringen hat. Damit macht er ein konkretes, ökonomisches Einzelinteresse an der Erforschung der Registerinträge über das Baugrundstück glaubhaft. Mehr, zum Beispiel der Nachweis der Wahrscheinlichkeit einer konkreten Gefährdung der Vergütungsforderung des Handwerkers, darf nicht verlangt werden. Eine derartige Ausdehnung der Glaubhaftmachung würde zudem die Arbeitslast der Grundbuchverwalter vergrössern. Der Abschluss eines Werkvertrages lässt sich ohne grossen Aufwand nachweisen und überprüfen. Hingegen würde die seriöse Überprüfung der Wahrscheinlichkeit einer Forderungsgefährdung erhebliche Mehrarbeit des Unternehmers und des Grundbuchverwalters erfordern. Dieser Bundesgerichtsentscheid ist auch in Verbindung mit BGE 112 II 214 ff. beachtenswert, wonach die dreimonatige Eintragsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB getrennt mit der jeweiligen Vollendung der Arbeiten in den einzelnen Stockwerkeinheiten und nicht einheitlich mit der letzten Arbeit des Unternehmers in der Gesamtliegenschaft zu laufen beginnt. Der Unternehmer darf in das Grundbuch Einsicht nehmen. Die Frage, ob und wann er sich Kenntnis von den Grundbucheinträgen (z. B. Überprüfung, ob Stockwerkeigentum begründet worden ist) verschaffen muss, ist ungelöst (vgl. die kritischen Bemerkungen zu BGE 112 II 214 ff. von *Schumacher*, BR 1987, S. 93 f., Nr. 126). (rs)

## Haftpflichtrecht – Responsabilité civile

**Verursachung eines Schadens durch eine fahrbare Arbeitsmaschine – Halterhaftung nach SVG 58 I? (*Dommage causé par une machine de travail capable de rouler – Responsabilité du détenteur selon LCR 58 I?*).**

1. «Wird durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges ein Mensch getötet oder verletzt oder Sachschaden verursacht, so haftet» nach SVG 58 I «der Halter für den Schaden.» Diese Kausalhaftung des Halters setzt also voraus, dass der Schaden «durch den Betrieb eines Motorfahrzeuges» verursacht wird. 2. Auszugehen ist von einem «maschinentechnischen» (nicht «verkehrstechnischen») Betriebsbegriff. Danach ist das besondere Erfordernis der kausalen Halterhaftung (SVG 58 I) dann erfüllt, «wenn das schädigende Ereignis in seiner Gesamtheit betrachtet als adäquate Folge der Gefahr erscheint, die durch den Gebrauch der maschinellen Einrichtungen (Motor, Scheinwerfer usw.) des Fahrzeuges geschaffen wird», und zwar gleichgültig, ob das Fahrzeug sich im Zeitpunkt des Unfalles in Bewegung befindet (und seine maschinellen Einrichtungen ordnungsgemäss funktionieren) oder nicht. Zu verneinen ist dagegen eine

Haftung nach SVG 58 I, wenn ein Unfall sich bloss anlässlich des Betriebes eines Motorfahrzeuges ereignet, ohne dass er sich einem Betriebsvorgang des Fahrzeuges zuschreiben lässt. 3. Abgrenzungsschwierigkeiten können sich ergeben, wenn die motorische Kraft eines Motorfahrzeuges, das als Arbeitsmaschine im Einsatz steht, auch für eine Arbeitsleistung verwendet wird und ein Unfall mit einer solchen Leistung zusammenhängt. Alsdann rechtfertigt sich die Anwendung von SVG 58 I nur dort, wo einem technischen Vorgang des Fahrzeuges die dem Motorfahrzeug eigene Betriebsgefahr (das Risiko des Fahrzeugbetriebes) anhaftet. Das trifft zu, wenn ein Unfall schlechthin auf die motorische Fortbewegung des Fahrzeuges oder mindestens auf Gefahren zurückgeht, die sich aus dem Zusammenreffen der verwendeten Kräfte mit der Fortbewegung ergeben. Oder negativ ausgedrückt: 4. Reine Arbeitsvorgänge bei stillstehendem Fahrzeug sind von der Kausalhaftung des Art. 58 I SVG ausgenommen, mögen dazu auch die der Fortbewegung dienenden Kräfte eingesetzt werden. Dasselbe gilt, wenn die Arbeitsmaschine sich zwar fortbewegt, der Schaden aber ausschliesslich auf den Arbeitsvorgang zurückzuführen ist, indem er nicht mehr als Folge der dem Motorfahrzeug spezifischen Betriebsgefahr erscheint. *BGr. (TF) 8. 9. 1988; BGE (ATF) 114 II 376 ff. = JdT 1988 I 686 ff.* (55)

**Anmerkung:** 1. Dieses Urteil bezieht sich auf solche Arbeitsmaschinen, die als Motorfahrzeuge dem Strassenverkehrsgesetz unterstehen. Das Bundesgericht entscheidet darin die umstrittene Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen SVG 58 I zur Anwendung kommt, wenn die motorische Kraft der Maschine auch für die Arbeitsleistung verwendet wird und ein Unfall mit einer solchen Leistung zusammenhängt. Zur Kontroverse vgl. BGE 114 II 379 f. und *Geisseler*, BR 1986, S. 54 ff. 2. Im konkreten Fall ging es um einen landwirtschaftlichen Traktor mit fest angeschlossener und vom Motor des Traktors angetriebener Mähmaschine. Infolge Materialabnutzung hatte sich während des Mähvorganges ein Schneidmesser aus seiner Halterung gelöst. Das Messer der Mähmaschine wurde «geschossartig» weggeschleudert, durchschlug die Fahrleitung der Mittel-Thurgaubahn und verursachte dadurch einen Sachschaden. Das Bundesgericht verneint eine Halterhaftung nach SVG 58 I, da die «mässige Geschwindigkeit des Traktors» sich weder auf die Entstehung noch auf die Grösse des Schadens ausgewirkt hatte, weshalb der verursachte Schaden ausschliesslich einem blossen Arbeitsvorgang zuzuschreiben sei. 3. Dass dieses Urteil (mit den darin entwickelten Grundsätzen) namentlich auch für das Bauwesen von Bedeutung ist, versteht sich von selbst. Eine Baumaschine (z. B. ein Bagger, eine Strassenwalze oder ein Autokran) untersteht als Motorfahrzeug dem SVG mit der darin umschriebenen Haftungsordnung, sofern sie sich ohne Schienen mittels Eigenantrieb auf dem Erdboden fortbewegen kann (SVG 7 I; BGE 114 II 381; *Geisseler*, a.a.O., S. 54; beachte aber SVG 89 I). Entsteht «durch den Betrieb» einer solchen Maschine ein Körper- oder Sachschaden, so haftet der Halter nach Massgabe von SVG 58 I, selbst wenn der Unfall sich ausserhalb einer öffentlichen Strasse (z. B. in einer Baugrube) ereignet (vgl. BGE 114 II 378; *Geisseler*, a.a.O., S. 54). Vorausgesetzt ist jedoch, dass der Schaden auf dem Betrieb der Maschine in ihrer Eigenart als Motorfahrzeug beruht, indem er als adäquate Folge der motorfahrzeugtypischen Betriebsgefahr erscheint. SVG 58 I bleibt daher aus dem Spiel, falls durch den Arbeitsbetrieb der Maschine ein Schaden entsteht, ohne dass sich darin die dem Motorfahrzeug eigene Betriebsgefahr auswirkt. Demzufolge ist OR 58 I z. B. anwendbar, wenn ein Bauarbeiter durch einen fahrenden Trax verletzt wird, nicht aber, wenn ihn die betriebene Schaufel des stillstehenden Baggers trifft. (pg)

**Responsabilité du propriétaire d'ouvrage – Vice de construction – Lien de causalité – CO 58, 44 (*Werkeigentümerhaftung – Mangel – Kausalzusammenhang – OR 58, 44*).**

1. La présence, près d'une maison d'habitation, d'une rampe d'escalier qui descend à plus de deux mètres de profondeur par

rapport au terrain environnant et qui forme un trou délimité par un petit mur d'à peine 12-15 centimètres, constitue un vice de construction entraînant la responsabilité du propriétaire selon l'art. 58 CO. Pour parer aux risques que présente une telle cavité, il faudrait installer une balustrade, un garde-corps (ATF 106 II 210, cons. 1 a et réf.). 2. Le fait que la victime connaissait les lieux et que, malgré cela, elle ait pris des risques en avançant dans l'obscurité, ne constitue pas une faute grave entraînant la rupture du lien de causalité. Le comportement de la victime ne peut avoir une importance de nature à rompre le lien de causalité adéquate que si le vice de construction n'a joué qu'un rôle négligeable dans la survenance du dommage. Tel n'est pas le cas en l'espèce. 3. La négligence commise par la victime justifie toutefois, conformément à l'art. 44 I CO, une réduction des dommages-intérêts à trois quarts. *TF (BGr.) 16. I. 1987; Rep. 1988, 275-278.* (56)

**Note:** La décision, qui doit être pleinement approuvée, illustre parfaitement le caractère objectif de la notion du défaut, selon l'art. 58 CO. Pour en juger, il faut en effet tenir exclusivement compte de critères abstraits: peut-on considérer, compte tenu de sa nature et de l'usage qui peut en être fait, que cet ouvrage présente un risque réel? Si tel est le cas, la responsabilité du propriétaire doit être en principe admise. Il ne peut se libérer qu'en prouvant que la victime a de son côté commis une faute exclusive, qui rejette à l'arrière-plan la causalité liée au risque. Le tribunal ne l'admet pas en l'espèce pour le comportement d'une personne qui paraissait bien connaître les lieux, se bornant à réduire de 25% l'indemnité à laquelle elle prétend. (pt)

**Werkeigentümerhaftung – Verbotswidriger Gebrauch einer defekten Wasserleitung – Dadurch verursachter Überschwemmungsschaden – OR 58 (Responsabilité du propriétaire d'ouvrage – utilisation contre-indiquée d'une conduite d'eau défectueuse – dégâts d'eau – CO 58).**

1. Aus einer defekten Riedwasserleitung, die der Gemeinde Turtmann im Wallis gehört, drang Wasser auf die frisch bepflanzte Rebparzelle eines Weinbauern. Die Gemeinde liess daraufhin die Wasserleitung sofort abstellen und an der Abschalttafel eine Warntafel befestigen, die auf den Defekt hinwies und die weitere Benützung der Leitung verbot. 2. Schon ein Tag später aber drang erneut Wasser aus der defekten Leitung, weil die Wasserleitung von einem Unbekannten (unbefugterweise) wieder geöffnet und in Betrieb gesetzt worden war. Infolgedessen wurde der Rebberg ein weiteres Mal überschwemmt; und es entstand ein grosser Überschwemmungsschaden, für den jetzt der geschädigte Bauer Ersatz nach Art. 58 I OR verlangt. 3. Die kantonale Instanz und das Bundesgericht verneinen eine Werkeigentümerhaftung der Gemeinde. Das Bundesgericht führt aus: a. OR 58 I begründet eine reine Kausalhaftung des Werkeigentümers. Ist das Werk «unfertig oder befindet es sich in Reparatur, Umbau oder Abbruch, so ist» allerdings «kein Durchgangsstadium gegeben, das unvermeidlicherweise vom Normalzustand abweicht». b. «In einem solchen Fall haftet der Eigentümer nach Art. 58 OR nur, wenn er den Gebrauch des unfertigen oder zu reparierenden Werkes gestattet. Verlangt wird ferner, dass jedermann, der den speziellen Zustand eines Werkes mit durchschnittlicher Aufmerksamkeit erkennen kann, die sich daraus ergebenden besonderen Gefahren zu meiden hat, wenn ihm das Werk nicht zum ordentlichen oder einem eingeschränkten Gebrauch überlassen worden ist (BGE 108 II 186 mit Hinweisen). Die Sorgfalt des Benützers ist somit ebenfalls von entscheidender Bedeutung.» 4. Im vorliegenden Fall (so fährt das Bundesgericht weiter) hat nun die Gemeinde (durch das Abstellen der Wasserleitung und das Aufstellen der Verbotstafel) «alles unternommen, was von ihr verlangt werden

konnte, um das Werk für alle erkennbar seinem bestimmungsgemässen Gebrauch zu entziehen und einen möglichen Schaden zu verhindern». Deshalb entfällt die Werkeigentümerhaftung nach OR 58. *BGr. (TF) 23. I. 1989; ZWR (RJV) 1989, S. 190 f.* (57)

**Anmerkung:** 1. OR 58 I verpflichtet den Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen Werkes, den Schaden zu ersetzen, den das Werk infolge eines Mangels verursacht, ohne dass es auf das Verschulden des Eigentümers ankommt. Der Schaden (Überschwemmungsschaden), um den es im entschiedenen Falle geht, hat seine Ursache im Defekt einer Wasserleitung. Trotzdem verneint das Bundesgericht die Werkeigentümerhaftung der Gemeinde, der die Wasserleitung gehört. Dieser Entscheid vermag nicht zu überzeugen. 2. Zwar trifft es zu, dass der Leitungsdefekt die schädigende Überschwemmung bloss deshalb verursachen konnte, weil ein unbekannter Dritter das angebrachte Verbotsschild missachtet und die abgestellte Leitung wieder geöffnet hat. Dieser besondere Umstand schliesst ein Verschulden der Gemeinde aus. Ob er aber auch die verschuldungsunabhängige Werkeigentümerhaftung (OR 58 I) beseitigt, ist mehr als fraglich. Denn: 3. Das Risiko, dass ein Werkmangel sich deshalb schädigend auswirkt, weil ein unbefugter Dritter das mangelhafte Werk verbotswidrig gebraucht, trägt meines Erachtens der kausal-haftpflichtige Eigentümer, nicht der vom Schaden Betroffene, der mit der unbefugten Ingebrauchnahme nichts zu tun hat. Auf den Dritten zurückzugreifen, ist Sache des Eigentümers (OR 58 II), nicht des Geschädigten. Überhaupt gilt der Grundsatz, dass ein Drittverschulden den Werkeigentümer nur dann entlastet, wenn es den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Werkmangel und dem Schaden unterbricht (BGE 94 II 156 f.; 41 II 227 f.), was vorliegend nicht zutrifft. 4. Das Bundesgericht beruft sich, um sein abweichendes Urteil zu «stützen», auf die traditionelle Rechtsprechung zu den im Bau befindlichen Werken (BGE 108 II 186 mit Hinweisen). Danach ist ein Werk für seine Benützer nicht schon deshalb mangelhaft, weil es sich im Bau (Neubau, Umbau, Reparatur oder Abbruch) befindet. Vielmehr bildet die durch den Bau bedingte (vorübergehende) Unvollkommenheit des Werkes einen haftungsbegründenden Mangel nur dann, wenn das Werk trotzdem und ohne genügende Sicherungsmassnahme zum normalen Gebrauch offen steht (vgl. *Gauch*, Deliktshaftung der Baubeteiligten, Baurechtstagung 1989, Band I, Freiburg 1989, S. 17; *Oftringer/Stark*, Band II/1, S. 210 f.). 5. Diese Rechtsprechung ist mit gewissen Ergänzungen (*Gauch*, a.a.O.) zwar «richtig», betrifft aber nicht den vorliegenden Fall. Denn erstens war der schadensstiftende Defekt der Leitung keine «baubedingte» Unvollkommenheit des Werkes, sondern ein Mangel, den es erst noch zu reparieren galt. Zweitens war es nicht der Geschädigte, der das defekte Werk benützt hat, sondern ein unbekannter Dritter. Und schliesslich ist die Unsorgfalt dieses Drittnutzers unerheblich, da der Geschädigte sich die fremde Unsorgfalt nicht anzurechnen braucht. (pg)

## Strafrecht – Droit pénal

**Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde – StGB 229 (Violation des règles de l'art de construire – CP 229).**

1. Der Begriff des Bauwerks im Sinn von Art. 229 StGB ist weit zu fassen. Zur Ausführung eines solchen gehören auch Bauarbeiten auf dem Vorplatz eines im Rohbau fertiggestellten Gebäudes. 2. Entscheidend ist, dass Art. 229 StGB Leib und Leben aller Menschen schützen will, die im Zusammenhang mit einem Bau betroffen werden können, insbesondere aller am Bau beteiligten Mitarbeiter; deshalb ist ein unsorgfältiges Manövrieren mit einem Bagger als Verletzung der Regeln der Baukunde anzusehen, selbst wenn durch den Bagger nicht eine Anlage beschädigt wurde, die mit Grund und Boden verbunden war; dies gilt jedenfalls dann, wenn eine bautypische Gefahr verwirklicht wurde. 3. Bei der Frage, welche Sorgfaltspflichten ein Baggerführer in concreto zu beachten hat, sind neben den schriftlich festgelegten auch alle nach dem Stand des Erfahrungswissens unbestrittenen Regeln zu beachten, insbesondere die Pflicht zur Überwachung der Gefahr, die durch eine

Maschine in ihrer speziellen Funktion auf dem Bauplatz geschaffen wird. Beim Baggerführer kann sinngemäss – gegebenenfalls modifiziert im Hinblick auf die besonderen Umstände des Bauplatzes – auch Rückgriff auf Regeln genommen werden, die im Strassenverkehrsrecht entwickelt wurden, weil diese Regeln auf einen allgemeinen, über das Strassenverkehrsrecht hinaus gültigen Grundsatz zurückzuführen sind, wonach der für ein gefährliches Fahrzeug Verantwortliche alles vorzukehren hat, dass aus dem Einsatz des Fahrzeugs kein Unglück entsteht. *BGr. (TF) 1.3.1989; BGE (ATF) 115 IV 45 ff.* (58)

**Anmerkung:** 1. Zum Sachverhalt: Der Beschwerdeführer hatte den Auftrag, den Vorplatz eines im Rohbau fertiggestellten Gebäudes mit einer Kiesschicht zu versehen. Ein Maurerlehrling arbeitete in der Nähe des Baggers gebückt über einen aus der Erde ragenden Frischwasserkontrollschacht, um das Bankett im Schachtinnern anzufertigen. Der Baggerführer sah den Lehrling und bemerkte, dass er sich – offenbar um Material zu holen – wieder entfernte. Später, nach einem Rückfahrmanöver, wurde der inzwischen zurückgekehrte Lehrling vom sich drehenden Oberteil des Raupenbaggers erfasst und zwischen Schacht und Maschine eingeklemmt. Der Baggerführer nahm an, wegen der Höhe des Baggeraufbaus würde er bei einer Drehung den Schacht nicht berühren. An den Lehrling dachte er in diesem Moment nicht. Er vergewisserte sich nicht, ob sich jemand in unmittelbarer Nähe des Baggers aufhielt. 2. Zu Leitsatz 1: Art. 229 StGB setzt u. a. voraus, dass bei der Leitung oder Ausführung eines Bauwerks anerkannte Regeln der Baukunde ausser acht gelassen werden. Richtig ist, dass nach Literatur und Praxis der Begriff des Bauwerks weit zu fassen ist (vgl. u. a. *Günter Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl., Bern 1984, S. 120, BGE 90 IV 249). Deshalb dürften sicher auch Bauarbeiten auf dem Vorplatz eines im Rohbau fertiggestellten Gebäudes unter die Ausführung eines Bauwerks zu subsumieren sein. 3. Leitsatz 2: Der Baggerführer hat durch unsorgfältiges Rückwärtsfahren einen Unfall verursacht. Es ist zunächst fraglich, ob Art. 229 StGB auch zur Anwendung kommt, wenn die Verletzung einer Sorgfaltsregel nicht am Bauwerk selbst, sondern an einem Objekt (z. B. an einem Kran) in Erscheinung tritt. Bei einem Geleise für einen Baukran und einem Baukran selbst hat das Bundesgericht diese Frage offengelassen (BGE 81 IV 119 f.). Sicher kann man das Erstellen eines Gerüsts und die Aufrichtung eines Krans für ein Haus (und damit ein Bauwerk) ohne Zwang als eine Bauarbeit bezeichnen (vgl. *Franz Riklin*, Zum Straftatbestand des Art. 229 StGB, Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde, BR 3/85, S. 45). Gilt das aber auch für irgendein fehlerhaftes Manöver mit einer Baumaschine? Für *Stratenwerth* (a. a. O., S. 121) genügt, dass der Verstoss gegen die Regeln der Baukunde nicht am Bauwerk selber, sondern lediglich an den bei seiner Erstellung verwendeten Hilfseinrichtungen (Gerüsten, Maschinen usw.) in Erscheinung tritt. Dies ist nicht unproblematisch. Vor allem stellt sich die Frage, wo die Grenze zu ziehen ist, damit schliesslich nicht jede Sorgfaltspflichtverletzung durch Baubeteiligte zum Nachteil von Leib und Leben von Mitmenschen in der Nähe eines Bauplatzes als Verstoss gegen Bauregeln angesehen wird (vgl. *Riklin*, a. a. O., S. 46). In einem Baggerfall (BGE 90 IV 246) wurde die Verletzung der Bauregeln bejaht, weil durch den Bagger eine Anlage (Bauwerk) beschädigt wurde. Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht deshalb die Verletzung von Regeln der Baukunde bejaht, weil der Verletzte zwischen dem im Bau befindlichen Schacht und der Maschine eingeklemmt wurde. Er wurde gewissermassen an das Bauwerk gedrückt. Es ging in der Formulierung des Bundesgerichts um «die Realisierung einer bautypischen Gefahr». Hingegen wurde die Frage offengelassen, ob Gefährdungen und Verletzungen, wie sie überall unabhängig von einem Bau vorkommen können, wirklich unter Art. 229 StGB fallen. 4. Zu Leitsatz 3: Hier stellte das Bundesgericht zunächst zurecht fest, dass das Strassenverkehrsrecht als Folge von Art. 1 SVG auf Bauplätze ausserhalb von öffentlichen Strassen nicht anwendbar ist (der Beschuldigte wollte nur wegen Verletzung von Art. 17 VRV bestraft werden, unsorgfältiges Rückwärtsfahren). Was die Frage anbetrifft, wann Regeln der Baukunde verletzt sind, ist unbestritten, dass hier geschriebene und ungeschriebene Sorgfaltsregeln in Betracht fallen. Im konkreten Fall wären an sich Richtlinien der SUVA für die Benutzung von Erdbewegungsmaschinen anwendbar. Diese Richtlinien enthalten aber ausser dem Hinweis auf die Anwendbarkeit des SVG

keine Vorschriften, die für den vorliegenden Fall von Bedeutung waren. Es ist deshalb klar, dass in einem solchen Fall auch auf ungeschriebene Sorgfaltsregeln bzw. sinngemäss auf das SVG zurückgegriffen werden kann. (fr)

**Art. 14 VO über die Verhütung von Unfällen bei Arbeiten an und auf Dächern** (Art. 14 de l'ordonnance concernant la prévention des accidents dans les travaux de toiture et les travaux exécutés sur les toits).

1. Sorgfaltswidrig im Sinn von Art. 117 StGB ist eine Handlung dann, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Handlung aufgrund seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung des Lebens des Opfers hätte erkennen können. Bei der Bestimmung des im Einzelfall zugrunde zu legenden Massstabs des sorgfaltsgemässen Verhaltens kann auf Verordnungen zurückgegriffen werden, die der Unfallverhütung dienen. Dies gilt insbesondere im Bauwesen, wo der Bundesrat gestützt auf Art. 83 UVG (SR 832.20) Vorschriften über technische Massnahmen zur Verhütung von Bauunfällen erlassen kann. 2. Ein Verstoss gegen bundesrätliche Unfallverhütungsvorschriften indiziert in der Regel eine Sorgfaltswidrigkeit. Dies gilt auch bzgl. Art. 14 der zitierten VO (SR 832.311.15), wonach bei Arbeiten an und auf Dächern mit Arbeitsverrichtungen an der Traufe (Anbringen oder Auswechseln der Rinne) ungefähr ein Meter unterhalb der Dachtraufe ein Gerüstgang mit dicht geschlossenem Bretterbelag, d. h. einer Schutzwand an der Sturzseite zu errichten oder andere mindestens gleichwertige Schutzmassnahmen zu treffen sind. 3. Von dieser Schutzmassnahme kann nur dann abgewichen werden, wenn keine Arbeiten an der Traufe bzw. am Dachgesims vorgenommen werden. *BGr. (TF) 26.4.1988; BGE (ATF) 114 IV 173 ff.* (59)

**Anmerkung:** 1. Vorbemerkung: Es handelt sich um einen etwas speziellen Fall, so dass hier nur kurz auf einige grundsätzliche Aspekte hingewiesen werden soll. 2. Zum Sachverhalt: Beim Umbau eines Geschäftshauses musste die Dachrinne ersetzt werden. Für die Dachdecker- und Spenglerarbeiten wurde ein Baugerüst aufgestellt. Da keine Arbeiten auf dem Dach selbst auszuführen waren, wurde darauf verzichtet, gemäss Art. 14 der zitierten VO einen Gerüstgang mit dicht geschlossenem Bretterbelag unterhalb der Dachtraufe zu errichten. In der Folge stürzte ein Bauarbeiter zu Tode. Der Gerüststeller, der wegen fahrlässiger Tötung und Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde zu einer Busse verurteilt worden war, bestritt die Anwendbarkeit von Art. 14 der erwähnten VO. Verwiesen wurde auf ein Merkblatt der SUVA, welches für das Auswechseln der Dachrinne eine blossе Seilsicherung genügen lässt (auf der entsprechenden Abbildung ist keinerlei Gerüst vorhanden). Ferner stützte man sich auf Äusserungen eines Experten, wonach im vorliegenden Fall die Verordnung über die Verhütung von Unfällen bei Bauarbeiten anwendbar sei, nach der das verwendete Gerüst den Sicherheiten entsprochen habe. 3. Zum Entscheid: Das Bundesgericht stellte zu den Einwendungen des Beschwerdeführers fest, dass der Verunfallte auch nicht mit einem Seil gesichert war; schon deshalb konnte auf die Anforderung des Art. 14 VO (Sicherung mittels Schutzwand) nicht verzichtet werden. Ferner könnten Äusserungen eines Experten Sicherheitsvorschriften nicht ausser Kraft setzen. Der Rest des Entscheids ist vor allem auslegungsrechtlich interessant. Das Bundesgericht führte zunächst sinngemäss die grammatikalische Auslegungsmethode ins Feld. Art. 14 der VO ist aufgrund des klaren Wortlauts anwendbar. Da man bekanntlich zur Auslegung auch den französisch- und italienischsprachigen Gesetzestext heranziehen kann, musste sich das Bundesgericht mit dem Problem auseinandersetzen, dass in der italienischsprachigen Fassung des Art. 14 VO sinngemäss nicht «von Arbeiten an und auf Dächern» sondern nur von «lavori... sui tetti» die Rede ist. Es bezeichnet jedoch diesen Mangel als blossе redaktionelle Ungenauigkeit, da der deutsche und französische Text diesbezüglich übereinstimmen und von der italienischsprachigen Fassung abweichen. Aber auch die historische Interpretationsmethode kam sinngemäss zu Ehren. Das Bundesgericht befasste sich mit der

Entstehungsgeschichte von Art. 14 VO, um zu prüfen, ob allenfalls Anhaltspunkte für eine Auslegung der Bestimmung gegen ihren Wortlaut bestehen. Im Entwurf der Verordnung ging es nur um Dachdeckerarbeiten bzgl. bestehenden Dachflächen, d. h. im Text war ursprünglich nur an eigentliche Dachdeckerarbeiten gedacht. Der heutige Text (Ar-

beiten an und auf Dächern) war die Folge kritischer Aussagen in der Vernehmlassung bei den interessierten Organisationen, wobei vor allem die Dachdecker die Entwurfsfassung kritisiert hatten. Die Anwendbarkeit von Art. 14 VO auf eine blosse Dachrinnenauswechslung ist somit gewollt. (fr)

## Forum

## Forum

### Travaux publics: la guerre des contrats aux Etats-Unis

M<sup>e</sup> FRANZ WERRO

Dr en droit, LL. M., Fribourg/Echallens

*Die Musterverträge und Allgemeinen Geschäftsbedingungen der amerikanischen Bauindustrie sind in letzter Zeit wegen ihres monopolistischen Charakters auf starke Kritik gestossen. Um die staatlichen Interessen zu wahren, haben die Vertreter der amerikanischen Justizdepartemente nun neue Verträge konzipiert, die im Falle öffentlicher Bauprojekte übernommen werden sollen. Zwischen Staat und Privatindustrie ist seither ein eigentlicher Vertragskrieg im Gange. Der Autor beschreibt und würdigt die Interessen beider Seiten.*

L'association nationale des *Attorneys General* américains<sup>1</sup> (*The National Association of Attorneys General*, ci-après: la NAAG) considère que les modèles de contrats et les conditions générales des associations professionnelles de la construction lèsent les besoins de la collectivité publique quand celle-ci est maître d'ouvrage. Pour sauvegarder les droits et les finances de l'Etat, la NAAG en a conçu d'autres qu'elle envisage de faire appliquer en lieu et place.

Le projet, de plus de cent cinquante pages, est intitulé «*Model Design and Construction Documents*». Il se divise en trois textes distincts: le premier régit la relation entre le maître d'ouvrage et le «*design professional*», architecte ou ingénieur (ci-après: A/I); le deuxième et le troisième régissent la relation entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur.

Les textes ont été publiés en mars 1989, malgré la demande instantane du Président de l'*American Institute of Architects* (ci-après: AIA d'attendre l'avis des milieux professionnels concernés<sup>2</sup>. En mai de la même année, la NAAG a décidé d'ajourner leur adoption de quelques mois. A l'automne, l'association des entrepreneurs généraux d'Amérique (*Associated General Contractors of America*; ci-après: AGC) a voté une résolution priant la NAAG de retirer son projet jusqu'à ce qu'il ait été discuté

par tous les intéressés<sup>3</sup>. C'est bientôt que celle-ci choisira, soit de le soumettre aux associations professionnelles de la construction, soit de l'adopter sans plus attendre.

En attendant la décision de la NAAG, les associations professionnelles n'ont cessé de mettre en garde leurs membres contre ce projet qu'elles jugent inadmissible et contraire aux pratiques consacrées<sup>4</sup>. Notons que celui-ci prévoit notamment les dispositions suivantes:

- L'A/I doit être tenu de fournir des plans et des spécifications qui assurent la réalisation adéquate de l'ouvrage envisagé. Contrairement au droit en vigueur, il s'agit donc de soumettre l'A/I à une obligation de résultat<sup>5</sup> et de lui faire supporter ainsi la charge des travaux supplémentaires dus à des corrections.
- L'architecte, chargé de surveiller les travaux, a l'obligation d'arrêter les travaux de l'entrepreneur s'il les juge dangereux. Alors que l'obligation avait été reconnue dans le passé, elle fut ensuite remise en cause puis finalement abandonnée par de nombreuses juridictions. Quant aux architectes, ils viennent de reviser leurs conditions générales afin que cette obligation ne puisse plus leur être imposée<sup>6</sup>.
- Il incombe à l'A/I de fournir les informations géotechniques relatives au terrain et d'en répondre. Dans les contrats AIA actuels en revan-

<sup>1</sup> L'«*Attorney General*» est le chef du département de la justice dans chaque Etat américain.

<sup>2</sup> Projet de commentaire du 26 juin 1989 émanant de l'AIA sur le projet de la NAAG, p. 1.

<sup>3</sup> Addendum to the October 5, 1989 AGC National Newsletter.

<sup>4</sup> Cf. p. ex. J.R. Clark, *Advice to Engineers and Others who Intend to Use Documents Prepared by the National Association of Attorneys General*, éd. National Society of Professional Engineers et American Consulting Engineers Council, 1989, p. 2 ss.

<sup>5</sup> C. F. Werro/R. Hürlimann, *Die Verantwortlichkeit des Architekten im amerikanischen Haftpflichtrecht – Neuere Entwicklungen und Tendenzen* / La responsabilité de l'architecte en droit américain – Son évolution et ses effets, BR/DC 1988/4, p. 78.

<sup>6</sup> Id., p. 77, 80.