

Die Rechtsprechung

La jurisprudence

Prof. H. Merz (hm); Prof. P. Tercier (pt); Prof. A. Koller (ak); Prof. B. Schnyder (bs); Dr. R. Schumacher (rs).

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

Behandlung eines Planungsvertrages als aus Auftrag und Werkvertrag gemischten Vertrag – Beurteilung der Mängelrechte nach Werkvertrag – Anzeige der Mängel richtet sich nach Auftragsrecht – OR 363 ff., 367 ff., 394 (Contrat de plan – Nature juridique – Contrat mixte – Appréciation des droits à la garantie selon le contrat d'entreprise – Avis des défauts selon le contrat de mandat – CO 363 ss, 367 ss, 394).

Der Architekt war beauftragt, das Konzept für ein grosses Hotel-Restaurant-Projekt zu erarbeiten, die notwendigen planerischen und zeichnerischen Vorarbeiten zu erbringen sowie das Baugesuch und den Kostenvoranschlag auszuarbeiten. Im Prozess um das Honorar bezeichnete der Bauherr die Planungsarbeit als weitgehend unbrauchbar. Hinsichtlich der Mängelrechte und der Voraussetzungen ihrer Geltendmachung war die Qualifikation des Vertrages von entscheidender Bedeutung.

Das Kantonsgericht St. Gallen stützt sich auf den Entscheid BGE 109 II 464, worin das Bundesgericht in Änderung seiner Praxis auf die Anerkennung gemischter Verträge auf Arbeitsleistung zurückkommt. Wird dem Architekten Projektierung und Bauleitung übertragen, liegt ein aus Werkvertrag und Auftrag gemischtes Vertragsverhältnis vor. Im konkreten Fall standen allerdings «kreative Leistungen» im Vordergrund, was gestattet hätte, das ganze Verhältnis dem Auftragsrecht zu unterstellen. Sachgerechter und durch die erwähnte neue Rechtsprechung legitimiert ist jedoch, das «Konzipieren des Projektes» dem Auftragsrecht zu unterstellen, «das Ausarbeiten von Plänen hingegen als werkvertragliches Element» zu betrachten. «Auf die Auflösung von solchen gemischten Verträgen wendet das Bundesgericht allerdings ausschliesslich die Regeln des Auftrags an; es gilt also das jederzeitige und zwingende Widerrufsrecht nach Art. 404 Abs. 1 OR.»

Bezüglich der Mängelrechte wird jedoch modifiziert. Eine Rügepflicht zu bejahen ist «völlig unpraktikabel, weil vom Bauherrn nicht verlangt werden kann, dass er sich bei jeder Leistung des Architekten vergegenwärtigt, ob sie dem Auftrags- oder Werkvertragsrecht unterstehe und ob dementsprechend eine Mängelrüge entbehrlich oder notwendig sei.» Bei einem gemischten Architektenvertrag ist in bezug auf die Anzeige der Mängel einheitlich nach Auftragsrecht vorzugehen. Dagegen ist «für die Mängelrechte an sich» die werkvertragliche Regelung vorzuziehen. Sie ist mit der Wahlmöglichkeit zwischen Preisminderung, Wandelung und Ersatz des Mängelfolgeschadens (OR 367 ff.) «differenzierter und für werkvertragliche Vertragselemente sachgerechter als diejenige beim Auftrag, wo fehlerhafte Erfüllung lediglich zu Honorarreduktion oder -wegfall, evtl. auch zu Schadenersatzpflicht des Beauftragten führt...»

Der Architekt kann aus dem Fehlen einer Mängelrüge nichts für seinen Standpunkt ableiten. Offenbar hatte das Gericht nur diese Frage zu entscheiden. Ob tatsächlich mangelhaft geleistet wurde und ob bejahendenfalls bestimmte Ansprüche des Bauherrn zu bejahen waren, ist dem Urteil nicht zu entnehmen. *KGr. SG 24.1. 1986; GVP 1986, Nr. 41, S. 81 ff.* (1)

Anmerkung: 1. Das Urteil geht von der Qualifikation des Architektenvertrages als gemischter Vertrag aus unter Berufung auf BGE 109 II 464.

Das Bundesgericht hat jedoch seine Auffassung erneut geändert. Der in BGE 111 II 72 veröffentlichte Entscheid vom 8. Mai 1985 i. S. A. gegen X. und Z. enthält einen weggelassenen, aber in der «Praxis des Bundesgerichts» (74, 1985, Nr. 179, S. 519 f.; s. auch BR 1986, S. 61. Nr. 83 mit Anm. Gauch) wiedergegebenen Abschnitt, wonach der Gesamtvertrag des Architekten (Planung und Bauleitung) ganz dem Auftragsrecht untersteht. Die Weglassung dieses Teils der Erwägungen in der Amtlichen Sammlung lässt wohl darauf schliessen, dass das Bundesgericht sich noch nicht endgültig festlegen wollte. Tatsächlich hat es sich aber bereits mit BGE 110 II 375 (insbes. E. 1 b) festgelegt: Der Zahnbehandlungsauftrag wird als Auftrag angesehen, weil der Zahnarzt, gesamthaft betrachtet, nicht für ein bestimmtes Resultat, sondern für «getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes» Zahnbehandlung einzustehen hat (OR 398). «La confection des éventuels ouvrages nécessaires au traitement est alors englobée dans le contrat de mandat.»

Die Qualifikation des reinen Planungsvertrages ist in der Doktrin umstritten. Nach Gauch handelt es sich um einen Werkvertrag (Das Architektenrecht, herausgegeben von Peter Gauch und Pierre Tercier, Freiburg 1986, Nrn. 28/31, unter Berufung auf Becker, von Büren und Jäggi, und auf BGE 109 II 465), nach Abravanel (Das Architektenrecht, Nr. 98–145, unter Berufung auf Gautschi und Perrin) um einen Auftrag, weil die schöpferische Tätigkeit des Architekten das wesentliche Kriterium darstellt und der Plan nur die materielle Grundlage der intellektuellen Tätigkeit bildet. Dass die Bauleitung zum Anwendungsbereich des Auftrags gehört, ist weitgehend unbestritten (Gauch, Das Architektenrecht, Nrn. 32/35, unter Berufung auf Gautschi, Jäggi, Oser/Schönenberger und die bundesgerichtliche Praxis).

Es läge bei dieser Betrachtungsweise nahe, den Gesamtvertrag, der dem Architekten sämtliche Architektenleistungen überträgt, als gemischten Vertrag anzusehen. Gauch lehnt diese namentlich von Jäggi und Schluep vertretene «vordergründige Betrachtungsweise» ab und unterstellt den Gesamtvertrag ungeteilt dem Auftragsrecht. Das leuchtet vor allem im Hinblick auf die einheitliche Zielsetzung dieses Vertrages ein. «Er vereinigt die Einzelleistungen des Architekten zu einer geistigen Gesamttätigkeit, durch die der Architekt zur Errichtung einer Baute beiträgt... Eine Aufspaltung des Ganzen mit rechtlich differenzierter Behandlung wird dem Sachverhalt nicht gerecht, weil die geschuldete Gesamttätigkeit qualitativ etwas anderes ist als die Summe der einzelnen Verrichtungen» (Das Architektenrecht, Nr. 37 und 38). Das entspricht der in der «Praxis» publizierten neuesten Stellungnahme des Bundesgerichts. Gesichtspunkte der Rechts- und Verkehrssicherheit sprechen ebenfalls für diese Auffassung. Insbesondere im Bereich der Haftung lässt sich die Spaltung des Vertrages und die damit verbundene Theorie der gemischten Anwendung von Auftrags- und Werkvertragsrecht nur durchführen, wenn auf eine einigermaßen sichere Prognose der Rechtsanwendung verzichtet wird (Schumacher, Das Architektenrecht, Nrn. 370 und 375). Der St. Galler Entscheid ist bereites Beispiel der Unsicherheit. Wie hätten seine Parteien voraussehen können, dass zwar die im Vordergrund stehenden kreativen Leistungen für die Zuordnung zum Auftrag sprechen, dass jedoch das Ausarbeiten von Plänen als werkvertragliches Element anzusehen sei, dass sodann für die Vertragsauflösung wiederum ausschliesslich Auftragsrecht (OR 404) massgebend sei, ebenso für die Anzeige der Mängel, jedoch nicht für «die Mängelrechte an sich», die werkvertraglicher Regelung unterstehen?

Die Parteien wollen – das gilt für jeden Vertrag – so verlässlich als möglich wissen, woran sie sich zu halten haben, welche Rechtsregeln für die Vertragsabwicklung massgebend sind. Die Unterstellung des Architektenvertrages in allen seinen Erscheinungsformen – Planung, Bauleitung oder Gesamtvertrag – unter das Auftragsrecht, eine dogmatisch abgestützte Subsumtion, gibt ihnen diese Verlässlichkeit.

2. Das St. Galler Urteil verweist im Zusammenhang mit der Unterstellung der Auflösung gemischter Verträge unter Auftragsrecht auf das «jederzeitige und zwingende Widerrufsrecht nach Art. 404 Abs. 1 OR». Ob und unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Rechtsfolgen

Architektenverträge gemäss OR 404 widerrufen werden können, ist in manchen Punkten umstritten. Die praktische Bedeutung dieser Frage rechtfertigt es, hier näher darauf einzugehen. Ich nehme dabei Bezug auf meine Stellungnahme in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV 122, 1986, S. 180/85), die den nichtjuristischen Lesern des «Baurechts» vielleicht nicht zur Verfügung steht.

Das Bundesgericht hat das zwingende jederzeitige Widerrufsrecht des Auftraggebers in ständiger Rechtsprechung bejaht, gleichgültig ob der betreffende Architekturvertrag als Auftrag oder als gemischter Vertrag angesehen wurde. Die Anerkennung der zwingenden Natur von OR 404 hat zur Folge, dass «der zurücktretende Teil zum Ersatze des dem anderen verursachten Schadens» nur verpflichtet ist, wenn der Widerruf «zur Unzeit» erfolgt ist. So weit, so gut. Nun hat jedoch das Gericht (in BGE 109 II 462) auch Bestimmungen des SIA-Regelwerkes herangezogen, die sich mit der Auflösung des Vertrages befassen und die mit OR 404 nicht im Einklang stehen. Insbesondere betrachtet das Bundesgericht dort die Schadenersatzpflicht des Bauherrn nach erfolgtem Widerruf immer dann als gegeben, wenn der Architekt keinen ihm zur Last zu legenden Grund zum Widerruf gegeben hat, und zwar offenbar auch dann, wenn der Widerruf nicht zur Unzeit erfolgt ist. Damit wird OR 404 seiner Hauptbedeutung – *voraussetzungsloser* freier Widerruf, Schadenersatzpflicht nur bei Widerruf «zur Unzeit» – beraubt.

Die Frage, ob OR 404 eine zwingende oder eine dispositive Norm sei, ist umstritten. In BGE 98 II 308 E. 2 a (mit weiteren Nachweisen) wird festgestellt und in BGE 104 II 108 E. 4 bestätigt, dass das freie Widerrufsrecht «nach der Rechtsprechung und nach herrschender Lehre ... vertraglich weder wegbedungen noch beschränkt werden» darf und dass es auch nicht angeht, zu Lasten des Widerrufenden eine Konventionalstrafe zu vereinbaren. Diese grundsätzliche Stellungnahme blieb, wie vorne ausgeführt, in BGE 109 II 462 unbeachtet. Die herrschende Meinung in der Lehre bejaht (wie auch das Bundesgericht betont) die zwingende Natur von OR 404. Eine vollständige Übersicht bringt *Hofstetter* (Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in der Reihe Schweiz. Privatrecht, Band VII/2, 1979, S. 52 ff.). Er bejaht mit einschläglicher Begründung die zwingende Natur, insbesondere für den Widerruf des Auftraggebers. *Gauch* (Der Werkvertrag, 3. Aufl. 1985, Nr. 58) lässt den zwingenden Charakter nur für unentgeltliche und für «höchstpersönliche» Aufträge gelten und nimmt den Architektenvertrag ausdrücklich aus.

Die insbesondere von *Gauch* (und vor ihm von *Jäggi*) vertretene These ist abzulehnen. Sie widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzes und lässt sich gerade für den als Auftrag zu qualifizierenden Architektenvertrag nicht rechtfertigen. Ob und in welchem Umfang ein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien besteht, ist zwar unerheblich. Im Verhältnis des Bauherrn zum Architekten ist es zweifellos vorhanden, sowohl für den Privaten, der einmal in seinem Leben diesen finanziell schwerwiegenden Vertrag schliesst, der ihm ein eigenes Heim schaffen soll, wie auch für denjenigen, der eine dauerhafte Kapitalanlage sucht. Überdies spielt gestörtes Vertrauen nicht nur in «höchstpersönlichen» Beziehungen eine Rolle, sondern auch dort, wo Beauftragte befugtermassen Hilfspersonen verwenden, jedoch Zweifel aufkommen können, ob sie richtig auswählen und ihrer Oberleitungs- und Koordinationspflicht nachkommen. (hm)

Bauwerkvertrag – Contrat d'entreprise

Contrat de nettoyage – Nature juridique – Responsabilité du maître qui cause un dommage; CO 363, 97 (Reinigungsvertrag – Rechtsnatur – Haftung des Bestellers für selber verursachten Schaden; OR 363, 97).

1. Le nettoyage de biens mobiliers ou immobiliers peut faire l'objet d'un contrat d'entreprise. Il en va également ainsi lorsque le processus de lavage est presque entièrement automatisé (service dans un tunnel de lavage). 2. Dans un tel contrat, le maître doit non seulement payer le prix, mais avoir envers l'entrepreneur les devoirs de diligence que l'on peut attendre de lui pour éviter autant que possible tout dommage en rapport avec l'exé-

cution du contrat. C'est pourquoi il doit réparer le dommage qu'il cause à l'entrepreneur par sa faute. *VD TC 7.11.1985; JdT 1986 I, 392–394.* (2)

Sous-traitance – Obligation de sécurité de l'entrepreneur principal – Travaux sur un toit – Responsabilité pénale – CO 363, CP 125/2 (Subunternehmervertrag – Verpflichtung des Hauptunternehmers zu Sicherheitsmassnahmen – Arbeiten auf einem Dach – Strafrechtliche Verantwortlichkeit – OR 363, StGB 125/2).

1. Le juge pénal est libre de dire de façon indépendante si, en cas de sous-traitance, les organes de l'entreprise principale conservent une sorte d'obligation de surveillance en matière de sécurité ou s'ils peuvent entièrement laisser au sous-traitant le soin de s'organiser à cet égard. Il n'est pas lié par les catégories du droit civil ou celles du droit des assurances sociales. 2. Dans certains contrats de sous-traitance, le sous-traitant se borne à mettre à la disposition de l'entrepreneur principal un groupe de travailleurs qui seront entièrement subordonnés à celui-ci; «en résumé, du point de vue du droit civil, le sous-traitant et son groupe sont liés à l'entrepreneur principal par un contrat qui se situerait entre le contrat de travail (en raison du rapport de subordination et des instructions à observer) et le contrat d'entreprise (rémunération pour l'exécution d'un ouvrage)». 3. Dans ces conditions, «le contrat de sous-traitance n'implique pas le transfert complet au sous-traitant de la responsabilité d'ordonner et de faire prendre les mesures de prévention des accidents commandées par la nature des travaux en cause; il subsiste au contraire une obligation pour les organes responsables de l'entreprise principale de veiller, selon les moyens à disposition, à l'observation des prescriptions destinées à prévenir les accidents.» 4. Responsabilité pénale admise (lésions corporelles selon CO 125/2) à l'encontre du directeur de l'entreprise principale à la suite d'un accident dont a été victime un collaborateur du sous-traitant, tombé d'un toit parce qu'on avait omis de placer les échafaudages exigés par l'OCF du 17.11.1967 concernant la prévention des accidents dans les travaux de toiture et les travaux exécutés sur les toits (RS 832.311.15). *TF (BGr.) 29.1.1986 (S. c/ Ministère public du canton de Neuchâtel); ATF (BGE) 112 IV 4–8; SJ 1986, p. 516–520.* (3)

Note: L'arrêt concerne un problème de responsabilité pénale (cf. à le sujet le commentaire de *J. Hurtado-Pozo*, in DC 1987, p. 90 s.) mais les questions qu'il soulève présentent aussi un intérêt direct en droit civil. Les affirmations du TF sur la nature de la sous-traitance sont le reflet d'une certaine confusion que l'on retrouve dans la terminologie parfois utilisée en pratique. Au sens strict, un sous-traitant est un entrepreneur, qui se charge d'exécuter sous sa seule responsabilité un ouvrage ou une partie d'ouvrage (*Gauch*, Werkvertrag, n. 121). En pratique, on appelle parfois également sous-traitant l'entreprise qui met des ouvriers à la disposition d'une autre en vue de l'exécution d'un travail déterminé; ce contrat, «à mi-chemin entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise», s'appelle plus strictement une «location de personnel» (cf. p. ex. *Deschenaux/Tercier*, La responsabilité civile, 2^{ème} éd., Berne 1982, p. 102 n. 38 et les réf.). Il est hors de doute, dans ce second cas, que l'entrepreneur principal doit prendre à l'endroit des personnes qu'il «loue» autant de précautions que pour ses propres ouvriers. La situation est moins évidente dans le cas d'une sous-traitance au sens strict et la réponse dépend largement des circonstances. La position adoptée par les juges pénaux pourrait se justifier pour des travaux secondaires confiés à un sous-traitant, l'entrepreneur principal gardant la responsabilité générale. En revanche, il pourrait être excessif d'obliger celui-ci à prendre toutes les mesures de sécurité pour un travail déterminé qu'il a volontairement confié de manière globale à une entreprise spécialisée. Ce qui est vrai, c'est que chacun est tenu de se préoccuper, à l'échelon qui est le sien, des risques liés à la construction. (pt)

Expertise à titre de preuve à futur – Frais d'expertise; CO 367 II
(*Gutachten im Rahmen einer vorsorglichen Beweisaufnahme – Kosten; OR 367 II*).

Lorsque l'une des parties (ou les deux) a (ont) requis le juge d'ordonner une preuve à futur, l'attribution des frais qui en résultent est réglée différemment selon qu'il y a ou non ensuite procès au fond. Si la preuve est demandée à l'occasion d'une procédure en cours ou si celle-ci est ouverte ultérieurement, les frais d'expertise suivront le sort des dépens. Si, en revanche, la preuve est requise hors procès, le juge ne peut pas statuer; la partie qui estime pouvoir en demander le remboursement doit agir spécialement en dommages-intérêts. Sur ce point, l'arrêt modifie la jurisprudence antérieure qui permettait au juge de statuer à leur sujet. *TC FR 16.5.1984; ATCF 1984, p. 21 s.* (4)

Note: L'arrêt ne concerne que la procédure civile fribourgeoise; il n'empêche qu'il présente un intérêt général, non seulement pour tous les cantons dont la réglementation est proche de celle-ci, mais aussi parce qu'il s'agit d'un problème général. La voie de la preuve à futur permet aux parties, avant toute procédure, d'établir les faits à la base de leur litige. Cette mesure est souvent nécessaire pour pouvoir conserver le souvenir de ces faits; elle est souvent suffisante, en ce qu'elle incite aussi les parties, au vu des résultats, à chercher une solution amiable (sur ces questions, cf. *J.-M. Cottier, L'architecte comme expert, en cas de défauts de l'ouvrage, in Gauch/Tercier, Le droit de l'architecte, Fribourg 1986, n. 1372 ss, en particulier n. 1384*). Elle n'est toutefois pas aménagée comme une procédure indépendante, mais comme une étape anticipée d'un litige ultérieur. C'est pourquoi on comprend la décision prise par la Cour fribourgeoise, qui adhère sur ce point à l'opinion de *Leuch* (Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3^{ème} éd., Berne 1956, p. 96 et 247). On peut néanmoins regretter que le législateur n'ait pas offert au juge la possibilité de trancher également sur les frais hors procès, au cas où les parties le lui demanderaient. D'abord parce qu'on court ainsi le risque de voir le litige se prolonger entre les parties sur le terrain des frais; ensuite parce qu'il est douteux que l'action en dommages-intérêts soit la voie idéale pour la récupération de ces frais. Sans doute est-il difficile au juge de les attribuer sans avoir pu statuer au fond. Tant qu'à faire, ne vaudrait-il pas mieux trouver une solution dans le domaine de l'équité, à seule fin de supprimer une cause supplémentaire de litige?(pt)

Prüfung des Werkes durch Sachverständige – Beurkundung des Befundes als bundesrechtliche Beweisaufnahme, die jedoch nicht die qualifizierte Beweiskraft der öffentlichen Urkunde entfaltet – OR 367 II, ZGB 9 (*Vérification de l'ouvrage par des experts – Portée de l'expertise lorsqu'elle est documentée en la forme authentique – CO 367 II, CC 9*).

Besteller und Unternehmer haben das Recht, das fertig erstellte Werk durch Sachverständige prüfen zu lassen und die Beurkundung des Befundes zu verlangen. Dabei handelt es sich um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, an den keine besonderen Voraussetzungen geknüpft sind und der insbesondere nicht mit der vorsorglichen Beweisführung nach kantonalem Prozessrecht zu verwechseln ist (*Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl., N. 1035 ff.*). Das Ergebnis kann im Interesse beider Parteien der Sicherung des Beweises dienen, dass das Werk bei der Ablieferung mangelhaft oder mängelfrei war.

Umstritten ist die Frage, welche Beweiskraft in einem nachfolgenden Gewährleistungsprozess dem Sachverständigenbefund zukommt. *Gautschi* (N. 23 zu Art. 367 OR) und *Gauch* (a.a.O. N. 1037) betrachten ihn als öffentliche Urkunde, die gemäss ZGB 9 vollen Beweis schafft, solange nicht ihre Unrichtigkeit nachgewiesen ist. Zur Erstellung einer öffentlichen Urkunde ist jedoch nur eine «vom kantonalen Recht berufene Person des öffentlichen Glaubens» zuständig, nicht aber ein amtlich bestellter Bausachverständiger. Eine Bestätigung dieser Auffassung bietet auch der französische und der italienische Text von OR 367 Abs. 2, der nicht von einer Beurkundung des Befundes der

Sachverständigen spricht, sondern von einem «acte de leurs constatations» bzw. von einer «dichiarazione di collaudo». Die «Beurkundung» gemäss deutschem Text meint lediglich, dass der Sachverständige seinen Befund festzuhalten hat; seine Feststellungen dienen den Parteien für die allfällige Verfolgung und Durchsetzung ihrer Rechtsansprüche.

Auch wenn eine Urkundsperson des kantonalen Rechts beigezogen würde, wäre sie nur in der Lage, zu bescheinigen, dass der Sachverständige einen bestimmten Befund erstattet habe. Sie könnte jedoch nicht diesen Befund als zutreffend und richtig bescheinigen. In diesem Verfahren verlöre jedoch ZGB 9 jeglichen Sinn, wenn sich die verstärkte Beweiskraft nicht auf die tatsächlichen Feststellungen erstrecken könnte. «Die Prüfung des Werkes und die Beurkundung des Befundes sind eine Handlung, die der amtlich bestellte Sachverständige ausführt. So gesehen ist das Verfahren nichts anderes als eine bundesrechtliche Beweisaufnahme, die keinen besonderen Anforderungen unterliegt und die – je nach Interessenlage – dem Besteller oder dem Unternehmer eine Beurteilung ihrer rechtlichen Möglichkeiten erlaubt. Wieweit ein solches Gutachten im ordentlichen Prozess zu berücksichtigen ist, kann nicht ohne weiteres gesagt werden. Entscheidend werden die Verhältnisse des Einzelfalles sein. Es kommt darauf an, ob der Gesuchsgegner bei der Prüfung des Werkzustandes zugegen war und seine Parteirechte – analog dem Expertisierungsverfahren – wahren konnte. Ist dies nicht der Fall, wird im Prozess eine Expertise über Werkmängel nicht verwahrt werden dürfen.» *OGr. LU 14.2.1986; LGVE 1986 I, Nr. 12, S. 18 ff.* (5)

Anmerkung: 1. Der Auffassung dieses Entscheides zur Beweiskraft des gemäss OR 367 Abs. 2 erstatteten Sachverständigenbefundes ist (entgegen *Gautschi* und *Gauch* und auch *Tercier*, Anm. zu BR 1981, S. 14, Nr. 10) zuzustimmen. Zwar umfasst ein weiter Begriff der öffentlichen Urkunde auch Tatbestände ausserhalb des Hauptanwendungsgebietes der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen und der privatrechtlichen Verträge, so die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen (vgl. BGE 99 II 159 E. 2 a). Die Verurkundung hat jedoch durch ein vom Staat als zuständig erklärtes Organ (Beamter oder freier Notar) und in der vorgeschriebenen Form zu erfolgen. Die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die Beurkundung hergestellt wird (Art. 55 SchlT ZGB), wobei bundesrechtliche Mindestanforderungen zu beachten sind (BGE 106 II 146 E. 1 mit Nachweisen). Und vor allem: Auch wenn eine Urkundsperson beigezogen würde, so beschränkt sich die verstärkte Beweiskraft auf das von ihr «als richtig Bescheinigte» (*Kummer, Berner Kommentar, N. 42 zu Art. 9 ZGB*). Die Richtigkeit des Sachverständigenbefundes kann sie mangels eigener Sachkenntnis nicht bestätigen; und wäre sie sachverständig, so könnte sie nicht als Urkundsperson ihre in dieser Eigenschaft gemachten Feststellungen als richtig bescheinigen. **2.** Unabhängig davon, ob der Gesuchsteller bei der Überprüfung des Werkes durch Sachverständige zugegen sein und eigene Anbringen geltend machen konnte, unterliegt der Befund im Prozess der freien Beweiswürdigung durch den Richter. Er wird die Unabhängigkeit des Sachverständigen und die Überzeugungskraft seiner Ausführungen zu würdigen haben, gleich wie das auch hinsichtlich des Gutachtens eines gerichtlich bestellten Experten der Fall ist. **3.** Die Kosten des Sachverständigenbefundes trägt der Gesuchsteller. Er kann sie als Mangelfolgeschaden im Prozess geltend machen, wenn der Befund einen Mangel festgestellt hat, für den der Unternehmer haftbar erklärt wird, und wenn sich die Begutachtung als notwendig erwiesen hat, weil der Unternehmer den Mangel bestritten hatte oder weil auf beiden Seiten Unsicherheit bestand, ob ein Mangel vorliege (*Gauch, a.a.O., N. 1042/45 mit Nachweisen*). (hm)

Contrat d'entreprise – Garantie pour les défauts – Expertise judiciaire, CO 367 II (*Werkvertrag – Mängelhaftung – Rechtsgutachten, OR 367 II*).

1. La répartition des frais de l'expertise ordonnée en preuve à futur obéit aux règles générales concernant les preuves; la partie

qui l'a requise en paie les frais, sous réserve d'une répétition ultérieure dans la procédure au fond. 2. Si l'autre partie demande que l'expert réponde à des questions qui sortent du mandat primitif, elle doit à son tour en garantir la part de frais. *NE TC 21.5.1986 (Ville du Locle); RJN 1986, p. 82.* (6)

Note: On rappelle (cf. ci-dessous ad n° 11, pt. 3) que la requête d'expertise fondée sur l'art. 367 II CO ne doit pas être assimilée à une requête de preuve à futur. (pt)

Garantie pour les défauts – Avis des défauts – Pas d'examen d'office, CO 367/370 (Mängelhaftung – Mängelrüge – Keine Prüfung von Amtes wegen, OR 367/370).

Le juge n'a pas à examiner d'office si l'avis des défauts a été donné en temps utile. *Chambre des recours VD 8.10.1985 (Baudois c. Garage du Rallye Payerne SA); JdT 1986 III 112–117 (116 s.).* (7)

Note: L'affirmation, fondée sur l'ATF 107 II 50, JdT 1981 I 269, est critiquable sous cette forme (cf. nos remarques in DC 1981, 31; ég. *Gauch*, DC 1982, 17, p. 13, qui nuance sur ce point les positions qu'il avait soutenues dans la 2^e édition de son traité, mais auquel l'arrêt commenté se réfère encore). Le juge doit en effet retenir d'office la tardiveté de l'avis, car il s'agit d'une condition matérielle nécessaire à l'existence de la garantie. Autre est la question de savoir s'il doit rechercher d'office les faits qui s'y rapportent. A moins que le droit cantonal ne prévoie une procédure inquisitoriale, il appartient aux parties d'alléguer les faits pertinents sur cet objet. Si le juge ne dispose d'aucun élément permettant de mettre en doute l'existence de cette condition, il peut admettre (au détriment de l'entrepreneur) qu'elle est acquise (cf. ég. nos remarques in DC 1987, 67, p. 75). (pt)

Rémunération – Facture de l'entrepreneur – Portée du silence du maître à la réception – Fardeau de la preuve – CO 6, 372 (Vergütung – Rechnung des Unternehmers – Schweigen des Bauherrn beim Empfang – Beweislast – OR 6, 372).

1. Le silence gardé à réception d'un relevé de compte ou d'une facture ne vaut pas acceptation selon l'art. 6 CO. En particulier, la non-contestation d'une facture détaillée de l'entrepreneur durant quelques mois ne peut pas être considérée comme une acceptation tacite. Aussi longtemps qu'il ne l'a pas reconnue expressément ou tacitement, le maître peut en contester les bases de calcul, même en cours de procédure. 2. Ce n'est pas au maître qu'il appartient de prouver que le décompte de l'entrepreneur ne correspond pas à la réalité. C'est au contraire l'entrepreneur qui doit en établir le bien-fondé, soit la quantité et la valeur de ses prestations. *TF (BGr.) 25.11.1986 (R. c. T.); ATF (BGE) 112 II 500–503 = SJ 1987, 225–228.* (8)

Note: On ne saurait assez insister sur l'importance pratique de ces deux affirmations, qui ne peuvent qu'être approuvées. Le silence gardé à la réception d'une facture n'a pas la valeur d'une reconnaissance de dette tacite, tant que d'autres circonstances n'appuyent pas cette interprétation. La cour cantonale avait déduit de la jurisprudence applicable au contrat de travail un principe général selon lequel celui qui entend contester un décompte doit le faire avant la fin des rapports contractuels. Avec raison, le TF relève qu'il s'agit là d'une solution exceptionnelle justifiée par les égards particuliers dus entre parties à un contrat de travail. La solution retenue par le TF peut être rapprochée de celle introduite dans la norme SIA 118, aux art. 154 et 155. La remise du décompte final par l'entrepreneur a pour seul effet d'obliger la direction des travaux à le vérifier. «Si la vérification ne révèle aucune divergence, le décompte final est considéré comme reconnu par les deux parties dès la communication par la direction des travaux du résultat de sa vérification» (art. 154 al. 3 phr. 1). «Lorsque la direction des travaux ne respecte pas le délai de vérification prévu par l'art. 154 al. 2, l'entrepreneur peut lui fixer un nouveau délai d'un mois, à l'expiration duquel sa créance

échoiera, même si la direction des travaux n'a pas pris position» (art. 155 al. 2). Or, selon ce texte, le silence opposé par la direction des travaux a apparemment pour seul effet de provoquer l'échéance du solde dû: dès cet instant, le maître doit payer et, en cas de retard, verser des intérêts moratoires; il n'est toutefois pas privé du droit de contester le bien-fondé du décompte. (pt)

Begriff der Handwerksarbeit im Hinblick auf die Verjährungsregelung – OR 128 Ziff. 3 (Prescription de la créance – Notion du travail artisanal – CO 128 ch. 3).

Der Unternehmer, der im Frühherbst 1979 nach von einem Architekten gelieferten Plänen einen Batteriestall in einer bestehenden Liegenschaft eingerichtet hatte, stellte erst nach Ablauf von fünf Jahren seine Rechnung von 9000 Franken. Die Verjährungseinrede des Bauherrn wurde geschützt. Die Handwerksarbeit im Sinne von OR 128 Ziff. 3, wo statt der ordentlichen Verjährungsfrist von zehn Jahren die kürzere fünfjährige Frist statuiert wird, ist «durch das Übergewicht der manuellen Tätigkeit... über die Serienproduktion, über die intellektuelle oder wissenschaftliche, organisatorische oder administrative Leistung» gekennzeichnet. «Dass der Unternehmer für die Herstellung des Werkes mechanische Kräfte einsetzt oder den Werkstoff liefert, steht der Annahme einer Handwerksarbeit nicht entgegen.» Hier bestand die Aufgabe des Unternehmers darin, die ihm gelieferten «Pläne auszuführen, allenfalls zu verfeinern, Konstruktionsvorschläge zu unterbreiten» und den Stall zu erstellen. Wenn er «die Arbeit organisieren, das Material beschaffen musste, Anweisung betreffend Isolation, Verkleidung, Böden usw. erteilte, erledigte er Arbeiten, die sich grundsätzlich jedem Handwerksmeister stellen». Weil «das körperliche Element gegenüber dem geistigen» überwiegt und weil «das handwerkliche Können im Vordergrund» stand, ist die fünfjährige Verjährungsfrist anwendbar. *OGr. TG 28.10.1986; RB TG 1986, S. 56 f.* (9)

Anmerkung: 1. Dem Entscheid ist zuzustimmen. Nachdrücklich ist zu betonen, dass der handwerklichen Natur der Leistung entscheidendes Gewicht zukommt. Wo intellektuelle und wissenschaftliche Fähigkeiten, wo organisatorische und administrative Tätigkeiten überwiegen, kann nicht mehr von Handwerksarbeit gesprochen werden. Die Entwicklung von Rechtsprechung und Lehre wird in BGE 109 II 112 sehr ausführlich dargestellt, allerdings mit einem Fehlzitat. *Spiro* (Die Begrenzung privaten Rechts durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, I, Bern 1975), der sich am einlässlichsten mit dem Problem befasst hat, ist nicht Gegner, sondern Befürworter der heutigen bundesgerichtlichen (und herrschenden) Auffassung (s. *Merz*, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 121, 1985, S. 197 f.). Zu der neueren kantonalen Praxis BR 1987, S. 17, Nr. 8, mit Anmerkung von *Tercier*, und BR 1986, S. 16 f., Nr. 10, 11, mit Anmerkungen von *Gauch*. 2. In BGE 109 II 112 und im hier besprochenen Entscheid wird auch die *Serienarbeit* als nicht handwerklicher Natur erwähnt. Dem ist als allgemeine Feststellung nicht zuzustimmen. Wenn in einer Siedlung handwerkliche Arbeiten einem einzigen Unternehmer überbunden werden, bleibt die handwerkliche Natur erhalten, gleichgültig ob sie nur in einem Haus oder in zehn oder hundert Häusern zur Ausführung gelangen. (hm)

For de l'action en paiement – Prorogation de for – For du juge naturel – For consécutif à la prestation de sûretés selon CC 839 III – Action contre les membres d'une hoirie – Norme SIA 118, art. 37, Cst. 59, CC 603, 839 III (Gerichtsstand bei Klage auf Geldleistung – Vertraglicher Gerichtsstand – Ordentlicher Gerichtsstand – Gerichtsstand bei Sicherheitsleistungen gemäss ZGB 839 III – Klage gegen die Mitglieder einer Erbengemeinschaft – SIA-Norm 118, Art. 37, BV 59, ZGB 603, 839 III).

1. La prorogation de for, convenue par les parties à un contrat d'entreprise sur une formule SIA se référant à l'art. 37 SIA 118,

ne permet pas de déterminer si elles entendaient donner au for choisi un caractère exclusif ou si elles voulaient en plus maintenir le for ordinaire. Il faut donc rechercher la réelle et commune intention des parties, en examinant toutes les circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat. L'effet exclusif d'une clause de prorogation de for ne se présume pas; une telle clause laisse donc subsister le for légal concurremment au for conventionnel, si une intention différente des parties n'apparaît pas. 2. L'action en reconnaissance de dette consécutive à la constitution de sûretés destinée à éviter l'inscription ou le maintien d'une hypothèque légale (CC 839 III) est une réclamation personnelle au sens de l'art. 59 Cst. Elle doit donc être intentée au domicile du défendeur, et non au lieu de situation de l'immeuble, s'il est différent. 3. En raison de la solidarité existant entre les héritiers du maître de l'ouvrage (CC 603), l'action peut être portée devant le juge du domicile suisse d'un des héritiers; pour les héritiers domiciliés à l'étranger, le droit vaudois de procédure prévoit la compétence du juge du lieu de situation de l'immeuble (CPC-VD 53/11), à défaut d'un traité de droit international applicable. *Chambre des recours VD 25.II.1986 (Panensa SA c. Cloëtta); JdT 1987 III 66-71.* (10)

Note: La décision présente un intérêt à plus d'un titre: 1. *Le sens de la prorogation de for.* La première question a trait au sens d'une prorogation de for dans un contrat d'entreprise. Une telle prorogation peut signifier ou bien que le demandeur doit intenter action au for conventionnel et qu'il ne peut donc le faire au for légal, ou bien qu'il peut intenter action à ce for et donc qu'il n'est pas privé du droit d'agir au for légal. La réponse dépend de la volonté des parties. On ignore la formule exacte qui avait été adoptée en l'espèce par les parties; tout porte à croire qu'ils avaient utilisé la formule de contrat SIA (no 1023), dont l'art. 5 a la teneur suivante: «For selon l'art. 37 de la norme SIA 118: Les parties conviennent qu'en cas de contestation le for sera: ...». Selon les juges, cette clause ne permettrait pas d'affirmer que les parties entendaient donner à la prorogation un caractère exclusif. Cette proposition appelle deux réserves au moins: (a) D'une manière générale, il n'est nullement certain qu'en cas de doute, il faille présumer que la prorogation de for a un caractère alternatif. On signalera au passage que le nouvel art. 5 al. 1 i.f. de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé contient l'affirmation contraire («sauf stipulation contraire, l'élection de for est exclusive»). (b) De manière plus spéciale, il n'est pas certain non plus que la clause utilisée par les parties soit aussi ambiguë que ne l'admet le tribunal. Il est vrai que le titre est équivoque, dans la mesure où il fixe le for «selon» l'art. 37 SIA 118; en effet, cette règle se borne à prévoir que «les parties peuvent convenir d'une prorogation de for»; la généralité des termes utilisés ne permet pas de conclure au caractère exclusif de la clause. Il en va en revanche différemment à notre avis pour le texte même de la clause («le for sera»); l'usage du futur est en effet l'un des modes classiques d'expression d'une obligation et non d'une faculté. La décision, on le voit, n'est pas sans importance pratique. Si les parties qui recourent à la formule SIA entendent donner au for conventionnel un caractère exclusif, elles seraient bien inspirées d'ajouter à l'avenir les précisions «à titre exclusif», afin de lever toute ambiguïté. La SIA devrait elle aussi, si tel est bien l'objectif qu'elle poursuit, modifier sa formule de contrat en ce sens. 2. *Le for des actions en paiement.* En principe, le for des actions en paiement est celui du domicile du débiteur, en vertu de l'art. 59 Cst. applicable aux réclamations personnelles; il en découle que, à défaut de prorogation de for, l'entrepreneur qui entend rechercher le maître doit agir au domicile de celui-ci. Il n'en va différemment que si l'entrepreneur a requis l'inscription provisoire d'une hypothèque légale, auquel cas l'action au fond qu'il peut devoir intenter sera ouverte au lieu de situation de l'immeuble. La jurisprudence y a assimilé les cas dans lesquels le maître, pour éviter l'inscription d'une hypothèque légale, fournit des sûretés au sens de l'art. 839 III CC sous la forme d'un gage, voire la consignation d'un montant en justice ou en mains de tiers (ATF 103 la 462, JdT 1980 I 222, DC 1979, 15, p. 30); cette exception ne vaut pas en revanche si les sûretés consistent, non en un gage, mais en un cautionnement ou une garantie bancaire. Dans son dernier arrêt, le TF avait émis quelques réserves sur cette distinction et ses conséquences pratiques. Les juges vaudois n'en confirment pas moins cette

solution, en dépit des «effets déconcertants qui peuvent en découler»: L'action en reconnaissance de dette doit donc être intentée au for du défendeur (et non au lieu de situation de l'immeuble) si les sûretés fournies ne le sont pas sous forme de gage, mais par le recours au droit des obligations. Pratiquement, cela revient à donner au maître qui n'est pas domicilié au lieu de situation de l'immeuble la faculté d'orienter par le choix des sûretés offertes le lieu où il devra être recherché. C'est notamment pour cela que l'entrepreneur peut avoir avantage à ce que le contrat retienne un for conventionnel au lieu de situation de l'immeuble. 3. *For des actions dirigées contre un maître à l'étranger.* S'il n'existe pas de traité en la matière, le for des actions dirigées contre un maître à l'étranger est déterminé par les règles cantonales de procédure. A noter qu'il en ira différemment dès l'entrée en vigueur de la récente loi fédérale sur le droit international privé; selon l'art. 113, «lorsque le défendeur n'a ni domicile ou résidence habituelle, ni établissement en Suisse, mais que la prestation litigieuse doit être exécutée en Suisse, l'action peut être portée devant le tribunal suisse du lieu d'exécution». C'est donc le lieu d'exécution de la prestation qui sera déterminant. Si l'on s'en tient aux principes généraux du droit des obligations, «le paiement s'opère dans le lieu où le créancier est domicilié à l'époque du paiement» (art. 74 al. 2 ch. 1 CO); il en découle que l'action pourrait être portée au domicile de l'entrepreneur. (pt)

Grundstückkaufvertrag – Contrat de vente immobilière

Promesse de vente immobilière – Vente d'un terrain et d'une maison à construire – Nature juridique du contrat – Preuve à futur et droit de requérir une expertise – CO 22, 184, 363, 367 (Vorvertrag über den Kauf eines Grundstückes – Kauf von Land mit geplantem Haus – Rechtsnatur des Vertrages – Sachverständigenbeweis und Anspruch auf Expertise – OR 22, 184, 363, 367).

1. L'acte juridique conclu à titre irrévocable qui contient pour un prix forfaitaire la promesse de vendre un terrain et d'y élever une construction selon un descriptif précis est un contrat de vente, et non une promesse de vente, en dépit de l'intitulé choisi par les parties. 2. Le contrat de vente «clé en main» prévoyant la vente d'un terrain combinée avec la fourniture comme entrepreneur général d'une maison à y construire pour un prix forfaitaire est un contrat mixte. Il en découle que l'on peut appliquer à chacun des éléments les dispositions applicables au contrat considéré. 3. Une partie ne peut requérir une expertise à titre de preuve à futur selon le droit neuchâtelois que s'il y a urgence ou si cette preuve est prévue par une loi civile. Le droit de la vente ne permet pas de requérir une expertise; cette possibilité est en revanche donnée par l'art. 367 CO pour le contrat d'entreprise. La disposition est donc aussi applicable à un contrat de vente «clé en main» du genre évoqué. *NE TC 21.5. 1987; RSJ (SJZ) 83, 1987, p. 297.* (11)

Note: 1. La première affirmation constitue l'une des nouvelles vagues suscitées par la tempête qui agite ces dernières années la promesse de vente immobilière. On connaît la position très ferme du TF, dans sa dernière jurisprudence, en particulier l'ATF 103 III (et non II) 97, JdT 1979 II 130 sur lequel se fonde l'arrêt. Elle revient pratiquement à interpréter toute «promesse de vente» comme une vente déguisée. Nous avons déjà dans un autre contexte plaidé le sursis devant la sévère condamnation que le TF a ainsi infligée à l'institution (cf. Défense et illustration de la promesse de vente immobilière, DC 1985 24 ss). Il faut admettre cependant que ce sont les promesses «irrévocables» qui appellent le plus de réserves. En l'occurrence, les parties entendaient se lier immédiatement pour la vente du terrain, mais reporter la stipulation de l'acte jusqu'au moment où la construction prévue par le vendeur serait élevée. Une telle procédure en deux étapes ne tient-elle pas mieux compte de la réalité juridique que la fiction d'un acte de vente tronqué dont les parties n'entendent pas requérir l'exécution immédiate? Qui plus est, il est un peu surprenant de voir les juges conclure à l'existence d'une vente «clé en main»; selon la thèse qu'ils retiennent, il se serait agi d'un contrat de vente (du terrain) doublé d'un contrat d'entreprise (sur la villa). Dans

ces conditions, il est manifeste que le maître doit pouvoir invoquer l'art. 367 CO. 2. La nature juridique du contrat par lequel une personne vend un terrain et s'engage à y élever un bâtiment a également fait l'objet de controverses récentes. La question a surtout surgi en relation avec le respect des exigences de forme. Selon le TF, il est en principe possible de dissocier les deux éléments du contrat et de n'exiger le respect de la forme authentique que pour la vente proprement dite (ATF 107 II 211, DC 1982, p. 55 no 49; plus récemment: *P. Gauch*, Vom Formzwang des Grundstückkaufes und seinem Umfang, DC 1986, p. 80). La question est ici évoquée à propos du droit qu'a une partie d'exiger une expertise judiciaire, indépendamment des possibilités offertes par le droit cantonal de procédure. Il faut admettre qu'on voit mal la différence qu'il y a pour le maître selon qu'il a passé un contrat de vente combiné avec un contrat d'entreprise pour la construction ultérieure d'une maison ou un contrat de vente portant sur une maison récemment construite. Il est vrai que les deux institutions obéissent formellement à deux contrats différents, mais la vente d'une maison à construire présente des spécificités qui assurent précisément le lien avec le contrat d'entreprise. Le régime de la garantie pour les défauts le démontre: La notion de la «connaissance du défaut» selon l'art. 200 CO dans la vente n'a de sens que si on l'interprète en relation avec l'avis des défauts selon l'art. 367 CO dans le contrat d'entreprise (cf. SJ 1986 p. 612 = DC 1987, p. 21 n° 19). C'est pourquoi on devrait admettre l'application (analogique?) de l'art. 367 CO dans la vente d'une maison en construction ainsi que l'établit l'arrêt commenté. 3. Les juges considèrent l'expertise de l'art. 367 al. 2 CO comme un cas particulier de la preuve à futur prévue par le droit cantonal. L'assimilation n'est pas exacte (cf. déjà RJN 7, 1977-81, I 5 s., DC 1981, p. 14, no 10). En effet, l'art. 367 al. 1 CO a précisément pour but de permettre à une partie de requérir une expertise en dehors de tout procès (dans ce sens déjà JdT 1977 III, 9 ss, DC 1979, p. 11, no 11; Extraits 1975, 63 ss, DC 1979, no 12, p. 12; SOG 1981, 10 ss, DC 1983, p. 14, no 3, DC 1984, p. 17, no 12). Sur l'ensemble du problème, cf. *J.-M. Cottier*, L'architecte comme expert, en cas de défaut de l'ouvrage, in: *Gauch/Tercier*, Le droit de l'architecte, Fribourg 1986, 363 ss; *Idem*, Le litige en droit privé de la construction – de la conservation des preuves au procès, JDC 1985 I, 81 ss. (pt)

Demeure de l'acheteur – Option offerte au vendeur – Droit à des dommages-intérêts positifs – CO 107, 214, 221 (Verzug des Käufers – Wahlmöglichkeit des Verkäufers – Recht auf Ersatz des positiven Interesses – OR 107, 214, 221).

1. En cas de demeure de l'acheteur dans le paiement des intérêts qu'il avait promis de lui verser sur les montants non encore versés, le vendeur peut exercer l'option que lui offre l'art. 107 CO: «L'exécution du contrat avec, en sus, des dommages-intérêts moratoires, la renonciation à l'exécution de la prestation promise et la réclamation de dommages-intérêts dits positifs, ou encore la résolution du contrat accompagné, le cas échéant, d'une demande de dommages-intérêts qualifiés de négatifs». 2. Pour savoir quel est le choix qu'a effectué le créancier, il faut interpréter sa déclaration non seulement en fonction des termes employés, mais d'après le sens que l'on doit leur attribuer raisonnablement selon le principe de la confiance. Admis en l'espèce que le vendeur n'avait pas «résolu» le contrat mais uniquement renoncé à son exécution; il avait droit dès lors à des dommages-intérêts positifs, correspondant au montant des intérêts qu'il devait lui-même verser à un créancier hypothécaire. 3. L'art. 214 al. 1 CO est également applicable par analogie aux ventes d'immeubles (CO 221). Or, cette disposition ne vise pas seulement, en dépit de son texte, la résolution du contrat; elle permet aussi au vendeur de renoncer à l'exécution sans autre formalité et de demander des dommages-intérêts positifs. *TF (BGr.) 10.4. 1987 (C. et consorts c. Dame B.)*; SJ 1987, 604-608. (12)

Note: Apparemment, l'état de fait était le suivant: Dame B. avait vendu dix parcelles à C. et trois consorts pour le prix de 185.- francs le m². Les acquéreurs s'engageaient à payer le prix dans un certain délai et, dans

l'intervalle, à verser des intérêts hypothécaires dont le taux correspondait à celui des intérêts que la venderesse devait verser à sa banque. Bien que le texte ne le dise pas, l'inscription au registre foncier n'avait lieu qu'après le paiement du prix afférant à chaque parcelle (sans quoi on ne comprendrait pas pourquoi le TF raisonne à partir de l'art. 214 al. 1 CO). Comme les acheteurs n'ont pas régulièrement versé les intérêts dus, la venderesse les a mis en demeure de s'exécuter à bref délai, faute de quoi elle «renoncera à l'exécution de la promesse... et demandera des dommages-intérêts pour inexécution des obligations». Pour la venderesse, cette formule signifiait qu'elle renonçait à l'exécution de la part des acheteurs mais réclamait à la place des dommages-intérêts positifs correspondant au dommage qu'elle subissait du fait qu'elle devait continuer à acquitter les intérêts hypothécaires. Pour les acquéreurs au contraire, la déclaration signifiait que la venderesse se départissait du contrat et n'avait donc droit qu'à la réparation de l'intérêt négatif représentant le solde des intérêts hypothécaires débités par la banque jusqu'à la résolution. Par une série d'arguments pleinement convaincants, le TF applique à la déclaration litigieuse le principe de la confiance pour donner finalement raison à la venderesse: la déclaration n'impliquait qu'une renonciation, laquelle permettait de substituer au paiement des intérêts dus le montant du dommage subi. On relèvera en plus la confirmation de la jurisprudence touchant l'art. 214 al. 1 CO: D'une part, la règle s'applique aussi à la vente immobilière; d'autre part, elle vise aussi la renonciation à l'exécution. (pt)

Grundlagenirrtum – OR 24 Abs. 1 Ziff. 4 (Erreur essentielle – CO 24 I ch. 4).

Grundlagenirrtum beim Kauf von Bauland, das sich wegen gefährlicher Gasaustritte (Kohlendioxidkonzentrationen) für die vorgesehene Überbauung als untauglich erweist. *KGr. GR 25. 6. 1985; PKG 1985, Nr. 8, S. 39 f.* (13)

Grundstückkaufvertrag, der an einem Willensmangel (Grundlagenirrtum) leidet – Einseitige Unverbindlichkeit oder Anfechtbarkeit des Vertrags? – Vertragsrückabwicklung – OR 62 ff. (Vente immobilière affectée d'un vice du consentement [erreur essentielle sur les motifs] – Nullité relative ou annulabilité du contrat? – Liquidation du contrat – CO 62 ff.).

1. Nach herrschender Lehre ist der an einem Willensmangel leidende Vertrag anfechtbar. Nach dieser «Anfechtungstheorie» ist der Vertrag gültig, doch hat die irrende Partei ein Anfechtungsrecht, dessen Ausübung rückwirkend die Vertragsungültigkeit bewirkt. Nach anderer Auffassung ist der Vertrag einseitig unverbindlich: Der Vertrag ist von Anfang an unverbindlich (ungültig), doch kann sich nur die eine Partei auf die Unverbindlichkeit berufen (Ungültigkeitstheorie). 2. Macht die vom Irrtum betroffene Partei die Ungültigkeit des Vertrags geltend, so sind sowohl Verkäufer als auch Käufer berechtigt, allenfalls bereits erbrachte Leistungen zurückzuverlangen, und zwar Zug um Zug gegen Rückgabe des Empfangenen. Der Rückforderungsanspruch des Käufers richtet sich nach Bereicherungsrecht (OR 62 ff.). Nach diesen Bestimmungen ist nicht nur die Kaufpreissumme zu erstatten, sondern auch der daraus gezogene Zins. Die Zinspflicht beginnt dabei nicht erst mit der Geldtendmachung des Willensmangels, sondern mit dem Empfang des Geldes (sofern es ab diesem Zeitpunkt ertragbringend angelegt wurde). Das gilt unabhängig davon, ob man der «Anfechtungstheorie» oder der «Ungültigkeitstheorie» folgt. *KGr. GR 25. 6. 1985; PKG 1985, Nr. 9, S. 40 ff.* (14)

Anmerkung: 1. «Praktische Unterschiede der beiden Auffassungen (sc. der Ungültigkeits- bzw. Anfechtungstheorie) zeigen sich mehr in Nebenpunkten» (*Bucher*, Allg. Teil, S. 184). Wie das Kantonsgericht zutreffend festhält, ist der Theorienstreit nicht entscheidend mit Bezug auf den Umfang des Bereicherungsanspruchs des Käufers. 2. Die Rückabwicklung von Verträgen gestaltet sich verschieden, je nach dem

Grund, der zur Rückabwicklung führt. Bei Unverbindlichkeit eines Vertrags infolge Willensmängel kann vindiziert, subsidiär kondiziert werden (*Gauch/Jäggi* Nr. 682). Teilweise abweichend die Rechtslage z. B. bei Vertragsrücktritt nach OR 109 (*Gauch/Jäggi*, Nr. 1184 ff.). (ak)

Conclusion du contrat – Obligation d'informer – Contribution de plus-value – Dol du vendeur, CC 2, CO 28 (Abschluss des Vertrages – Aufklärungspflicht – Mehrwertsteuer – Absichtliche Täuschung durch den Verkäufer, ZGB 2, OR 28).

1. Il y a dol au sens de l'art. 28 CO lorsqu'une partie induit volontairement l'autre en erreur afin de l'amener à conclure un contrat. La tromperie doit être intentionnelle, ce qui n'exclut pas le dol éventuel. 2. Une partie répond du dol de ses auxiliaires, représentants et employés. 3. Le dol peut provenir de la dissimulation de faits que le vendeur était tenu de révéler selon les règles de la bonne foi. 4. Pour savoir ce qu'une partie doit révéler à l'autre, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances. Les juges admettent en l'espèce que les vendeurs avaient l'obligation d'informer l'acquéreur d'une parcelle sur laquelle celui-ci entendait construire une villa familiale, qu'il devrait ultérieurement payer en plus quelque dix mille francs à l'Etat, au titre de contribution de plus-value pour la construction d'une route d'accès. Les juges ont notamment retenu les faits suivants: Les vendeurs étaient des professionnels, qui connaissaient l'obligation et avaient expressément évoqué la question lors des ventes de parcelles contiguës; l'acquéreur était un profane, étranger au canton, qui ne pouvait se douter de l'accroissement du prix qui en résulterait. Qui plus est, la route était pratiquement achevée, ce qui ne pouvait susciter de doutes sur le problème des frais. *TC VS 9. 9. 1986 (M. Gauchat c/ X. et consorts); RVJ (ZWR) 21, 1987, p. 209–213 (Le TF a rejeté le 25. 3. 1987 un recours de droit public formé contre ce jugement).* (15)

Note: La question soulevée a gagné en importance ces dernières années. Il s'agit en effet de savoir quelles sont les informations qu'une partie est tenue de communiquer à l'autre lors des négociations. Elle se pose, comme le relève le jugement, de la même manière dans le cadre de la responsabilité précontractuelle («culpa in contrahendo») et dans celui des vices du consentement (sur le problème, cf. *B. X. J. Lauer*, Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbraucher) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht, th. Berne 1983; *P. Tercier*, La culpa in contrahendo en droit suisse, in: *Premières journées yougoslavo-suisse*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 2, Zurich 1984, p. 228 ss; *Gauch/Schluep*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4e éd., Zurich 1987, n. 649). Les circonstances retenues par les juges n'appellent guère de remarques. C'est à mon avis avec raison qu'ils insistent sur les obligations qu'a un vendeur professionnel à l'endroit d'un profane et sur la portée qu'ont ces obligations lorsqu'elles concernent le montant de la contreprestation que doit fournir une partie. (pt)

Aufhebung von Miteigentum an einem Grundstück durch Versteigerung unter den Miteigentümern – ZGB 651 II (Copropriété – Partage de l'immeuble par des enchères entre les copropriétaires – CC 651 II).

Bei privater Versteigerung eines im Miteigentum befindlichen Grundstücks setzt der Eigentumsübergang öffentliche Beurkundung voraus. Im Falle richterlicher Anordnung der Versteigerung gilt grundsätzlich nichts anderes. Wenn jedoch damit zu rechnen ist, dass ein Miteigentümer die Mitwirkung am Beurkundungsakt verweigert, genügt die blossе Beurkundung des Steigerungsvorgangs. *OGr. LU 22. 5. 1985; LGVE 1985 I, Nr. 4, S. 7 ff.* (16)

Anmerkung: 1. Die private Versteigerung gehört zu den in Art. 222 ff. OR geregelten «besonderen Arten des Kaufs» (Kaufsofferte durch die

Bietenden, Annahme durch den Zuschlag, *Oser/Schönenberger*, Vorbem. zu Art. 229–236 OR, N 14 ff.). Sie unterliegt den allgemeinen Bestimmungen über den Kaufvertrag, soweit die Art. 229–236 OR nichts Besonderes vorsehen. Ist Gegenstand der Versteigerung ein Grundstück, setzt demnach die Verbindlichkeit des Vertrags öffentliche Beurkundung voraus; bei den im Gesetz vorgesehenen privaten Versteigerungen (Liquidation der Erbengemeinschaft, ZGB 612 Abs. 3; Aufhebung von Miteigentum, ZGB 651 Abs. 2) gilt nichts anderes (BGE 63 I 30 ff., 83 II 363 ff. hinsichtlich der Versteigerung von Erbliegenschaften; a. A. Becker, N 11 zu Art. 229 OR, der zwar öffentliche Beurkundung verlangt, jedoch nur als Voraussetzung für den Grundbucheintrag, nicht für die Verbindlichkeit des Vertrags. 2. Umstritten ist, ob die öffentliche Beurkundung, wie beim «normalen» Grundstückkaufvertrag, die Mitwirkung der Parteien voraussetzt. Bejahend *Oser/Schönenberger* (Vorbem. zu Art. 229–236 OR, N 18), welche der Meinung sind, dass nur der Weg der öffentlichen Versteigerung bleibe, wenn nach dem Zuschlag zur öffentlichen Beurkundung nicht Hand geboten werde. Das Obergericht Luzern lehnt diese Auffassung im besprochenen Entscheid ab, da es sonst «diejenige Partei, die beim notariellen Akt mitzuwirken sich weigert, in der Hand (hätte), die vom Richter abgelehnte öffentliche Versteigerung zu erzwingen»; das aber könne nicht im Sinne des Gesetzes liegen. Es müsse daher möglich sein, dem Beurkundungserfordernis auch dann zu genügen, «wenn eine Partei die Mitwirkung bei der Beurkundung, d. h. die Unterzeichnung der Erklärungsurkunde, verweigert». Dies könne durch blossе Beurkundung des Steigerungsvorganges geschehen. Gestützt auf diese Überlegungen ordnete das Obergericht an, «dass zu der vor der Steigerungsbehörde stattfindenden Versteigerung ein Notar beizuziehen ist, der den Steigerungsvorgang beurkundet und beim Grundbuchamt anmeldet» (Anmeldung beim Grundbuchamt gestützt auf ZGB 963 Abs. 3 i.V.m. § 29 des luzernischen Beurkundungsgesetzes). (ak)

Vorkaufsrecht – Begriff des Vorkaufsfalles – Treuwidriges Verhalten des Vorkaufsbelasteten (ZGB 2) – Verfügungsbeschränkung nach ZGB 960 Ziff. 1 (Droit de préemption – Notion du cas de préemption – Comportement contraire à la bonne foi du propriétaire concerné (CC 2) – Restriction du droit d'aliéner; CC 970 ch. 1).

1. «Zur Annahme eines Vorkaufsfalles genügt nicht schon, dass es sich bloss der Form nach um einen Kaufvertrag handelt; es muss auch dem der Veräusserung innewohnenden Sinne nach ein Kaufvertrag sein. Umgekehrt kann ein Vorkaufsfall angenommen werden, obgleich der Form nach kein Kaufvertrag mit einem Dritten abgeschlossen wurde, mit der andern Rechtsform aber ein dem Kauf entsprechender wirtschaftlicher Erfolg erzielt wird.» 2. Zu schützen ist der Vorkaufsberechtigte auch dann, wenn der Verpflichtete in Treu und Glauben verletzender Weise den Eintritt des Vorkaufsfalles verhindert. 3. Im vorliegenden Fall verkaufte A dem B eine mit einem Vorkaufsrecht belastete Eigentumswohnung mit dem dazugehörigen Abstellplatz, der ebenfalls mit einem Vorkaufsrecht belastet war. In einem weiteren Vertrag verkaufte A dem B ein Hallenbad und einen weiteren Abstellplatz; diese beiden Objekte waren nicht mit einem Vorkaufsrecht belastet. Der Kaufpreis für alle vier Bauten (Eigentumswohnung, Hallenbad, zwei Abstellplätze) entsprach zwar dem wirklichen Willen der Parteien. Doch war der Preis für die Eigentumswohnung und den dazugehörigen Abstellplatz deutlich übersetzt, der Preis für Hallenbad und zweiten Abstellplatz deutlich untersetzt. Damit war bezweckt, den Vorkaufsberechtigten an der Ausübung seines Vorkaufsrechts zu hindern. «Dieses Vorgehen widerspricht klarerweise Treu und Glauben und verdient keinen Schutz.» 4. Der Vorkaufsberechtigte hatte rechtzeitig (innert der Monatsfrist von ZGB 681 Abs. 3) erklärt, er übe sein Recht aus, jedoch nicht zum vereinbarten Kaufpreis, der fiktiv hochgetrieben sei. In der Folge ersuchte er um Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung gemäss ZGB 960 Ziff. 1. Das Gesuch wurde geschützt, allerdings nur hinsichtlich der mit dem Vorkaufsrecht belasteten Bauten. *OGr. LU 5. 7. 1985; LGVE 1985 I, Nr. 5, S. 9 ff.* (17)

Anmerkung: 1. Das Obergericht bestätigt die Rechtsprechung, wonach es bei treuwidriger Vereitelung des Eintritts des Vorkaufsfalls zu halten ist, wie wenn der Vorkaufsfall eingetreten wäre. Die zivilrechtliche Sanktion des treuwidrigen Verhaltens des Vorkaufsbelasteten besteht also nicht (wie bei gewissen andern Umgehungsgeschäften) darin, dass der in Frage stehende Akt als ungültig erklärt wird («negative» Sanktion), vielmehr ist die Sanktion eine «positive»: Der Vorkaufsfall gilt als eingetreten (BGE 85 II 482 ff., 92 II 160). **2.** Im vorliegenden Fall scheint allerdings das Gericht davon ausgegangen zu sein, die Kaufparteien hätten den Eintritt des Vorkaufsfalls nicht zu vereiteln versucht, vielmehr könne der Kauf über die Eigentumswohnung und den dazugehörigen Abstellplatz ohne weiteres als Vorkaufsfall angesehen werden. Hingegen hätten A und B die Ausübung des Vorkaufsrechts durch künstliche Hochtreibung des Kaufpreises in treuwidriger Weise zu erschweren versucht. Ein solches Verhalten verdiene ebensowenig Schutz wie die treuwidrige Vereitelung des Eintritts des Vorkaufsfalls. Dazu ist anzumerken, dass die beiden Kaufverträge wohl formnichtig waren, da die verkündeten Kaufpreise – separat betrachtet – nicht das wirkliche Entgelt für die entsprechenden Kaufgegenstände (Eigentumswohnung mit Abstellplatz bzw. Hallenbad mit Abstellplatz) bildeten. Ein formnichtiger Kaufvertrag bildet aber grundsätzlich keinen Vorkaufsfall. Im beurteilten Fall wäre jedoch eine Berufung auf die Formungültigkeit dem Vorkaufsberechtigten gegenüber rechtsmissbräuchlich gewesen. Denn der Abschluss zweier Verträge statt bloss eines Vertrages und die dadurch ermöglichte Manipulation mit dem Gesamtpreis geschah offenbar nur mit dem Ziel, den Vorkaufsberechtigten von der Ausübung seines Rechts abzuhalten. Im Ergebnis ist daher das Vorliegen eines Vorkaufsfalls zu Recht bejaht worden. **3.** Der Vorkaufsberechtigte ist befugt, die mit dem Vorkaufsrecht belastete Sache «an sich zu ziehen» (*Tuor/Schwyder*, S. 655). Dabei hat er sich beim nicht limitierten Vorkaufsrecht (um ein solches handelte es sich in casu) «den Verpflichtungen und Bedingungen zu unterziehen, die der Verkäufer mit dem Erstkäufer vereinbart hatte» (*Tuor/Schwyder*, a.a.O.). Namentlich hat er den von diesen ausgehandelten Kaufpreis zu bezahlen. Das kann aber dann nicht gelten, wenn – wie in dem besprochenen Fall – der Kaufpreis fiktiv hochgetrieben wurde. Diesfalls hat im Streitfall der Richter den Übernahmepreis festzusetzen (zu dieser Frage hat sich das Obergericht nicht geäußert). Es verhält sich nicht anders, wie wenn die mit dem Vorkaufsrecht belasteten Objekte (Eigentumswohnung und Abstellplatz) zusammen mit den beiden andern Objekten (Hallenbad und Abstellplatz) zu einem einheitlichen Gesamtpreis verkauft worden wären (worauf ja letztlich der Parteiwille gerichtet war). Es hätte alsdann ebenfalls dem Richter obgelegen, den Übernahmepreis für die vorkaufsrechtsbelasteten Bauten zu bestimmen (vgl. BGE 81 II 502, wo ein Vorkaufsrecht an einem Grundstücksteil bestellt war und beim Verkauf des gesamten Grundstücks der vom Vorkaufsberechtigten zu bezahlende Preis für die Übernahme des betreffenden Grundstücksteils zu bestimmen war). **4.** Verfügungsbeschränkungen nach ZGB 960 Ziff. 1 können nur eingetragen werden für Ansprüche, die «sich im Falle der endgültigen Durchsetzung grundbuchlich auswirken» (*Homburger*, N 11 zu Art. 960 ZGB, BGE 104 II 176). Im vorliegenden Fall konnte sich das Vorkaufsrecht höchstens hinsichtlich der Eigentumswohnung und des dazugehörigen Abstellplatzes grundbuchlich auswirken. Zu Recht verweigerte daher das Obergericht den Erlass einer Verfügungsbeschränkung für Hallenbad und zweiten Abstellplatz. (ak)

Sachenrecht – Droits réels

Vorkaufsrecht – Adressat der Ausübungserklärung (insbesondere Grundbuchamt?) – ZGB 681, 682 I, 969 I (*Droit de préemption – Destinataire de la déclaration d'exercice de ce droit [notamment bureau du registre foncier?]* – CC 681, 682 I, 969 I).

1. Der Miteigentümer eines Grundstücks, der seinen Anteil an einen Nichtmiteigentümer verkauft, ist im Sinne von Art. 681 Abs. 2 mitteilungspflichtig. Die Frist gemäss Art. 681 Abs. 3 beginnt allerdings auch dann zu laufen, wenn der Berechtigte

sonstwie vom Abschluss und wesentlichen Inhalt des Verkaufs Kenntnis erhalten hat. **2.** Die Beweislast dafür, dass der Berechtigte vom Vorkaufsfall Kenntnis erhalten hat, obliegt dem Vorkaufsverpflichteten. Der Berechtigte hat aber zu beweisen, dass das Vorkaufsrecht fristgemäss ausgeübt wurde. **3.** (Durch das Gesetz) ermächtigter Adressat der Ausübungserklärung ist vor der Eigentumsübertragung der Verkäufer, nach diesem Vorgang an sich der Dritterwerber, aber doch auch noch der Verkäufer. **4.** Unter gewissen Voraussetzungen ist auch der stipulierende Notar zur Entgegennahme der Ausübungserklärung ermächtigt. **5.** Die Ausübungserklärung gegenüber dem Grundbuchamt ist nicht ausreichend. *KGr. (TC) VS 20. 3. 1985; ZWR (RVJ) 1985, S. 123 ff.* (18)

Anmerkungen: Dieser Walliser Entscheid enthält zunächst einmal eine Reihe von Aussagen, welche eine Bestätigung von Rechtsprechung und Lehre zu Art. 682 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 681 ZGB beinhalten. Das gilt insbesondere von den oben erwähnten Ziff. 1 und 2 (Anwendung von Art. 681 Abs. 2 und 3 auf Art. 682 Abs. 1 und Beweislast). Die in Ziff. 3 erwähnte Aussage, wonach vom Eigentumsübergang an die Ausübungserklärung an den Dritterwerber zu richten sei, ist für sich allein auch unbestritten. Das Walliser Kantonsgericht gestattet aber darüber hinaus dem Vorkaufsberechtigten «in jedem Fall» (a.a.O., S. 126), die Ausübungserklärung auch noch an den Verkäufer zu richten, also nicht nur dann, wenn der Berechtigte noch nicht weiss, wer Eigentümer geworden ist (so *Meier-Hayoz*, N 74 zu ZGB 682). Das ist zum mindesten sehr grosszügig. – Die im vorliegenden Fall zu entscheidende Hauptfrage war indessen, ob die Ausübungserklärung gültig auch gegenüber dem Grundbuchamt abgegeben werden könne. Das Walliser Kantonsgericht verneint dies (währenddem es den stipulierenden Notaren dann zur Entgegennahme der Ausübungserklärung für ermächtigt ansieht, wenn er mit der Mitteilung gemäss Art. 682 Abs. 2 betraut worden ist: a.a.O., S. 126 f.). Das KGr. schliesst dies unter anderem *contrario* aus Art. 14 Abs. 1 EGG, wo ausdrücklich vorgesehen ist, der (nach EGG) Vorkaufsberechtigte habe das Vorkaufsrecht «durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchverwalter geltend zu machen». Der Entscheid des Kantonsgerichtes verdient an sich Zustimmung. Immerhin stellt sich die Frage, ob nicht für den Fall, da das Grundbuchamt den Vorkaufsberechtigten über den Eintritt des Vorkaufsfalls orientiert (was laut dem zitierten Entscheid und dort zitierter Lehre: a.a.O., S. 125, dem Amt obliegt, nach *Deschenaux*, SPR V/II, 1, S. 445 und 450, aber gerade nicht die Regel ist), der Vorkaufsberechtigte durch das Grundbuchamt über den Adressaten seiner allfälligen Ausübungserklärung orientiert werden sollte. Im vorliegenden Fall hat das Grundbuchamt, dem die Ausübungserklärung fristgerecht zugestellt worden ist, dem Vorkaufsberechtigten sogar mitgeteilt, sein Schreiben genüge für die Einhaltung der Frist zur Geltendmachung des Vorkaufsrechts. Zu Recht hat dann aber das KGr. diese der *ratio decidendi* seines Entscheides widersprechende Erklärung nicht den erst vierzig Tage später in Pflicht genommenen Verkäufer entgelten lassen. Das Grundbuchamt hatte auch nicht die vom Vorkaufsberechtigten in Empfang genommene Erklärung an den vorkaufsverpflichteten Verkäufer weitergeleitet. (bs)

Bauhandwerkerpfandrecht – Vorrecht – ZGB 841 I (*Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Privilège – CC 841 I*).

1. Unanfechtbar im Sinne von Art. 841 Abs. 1 ZGB sind Zahlungen der vorrangigen Grundpfandgläubiger für die Leistungen aller Baugläubiger, welche an der Schaffung des den Bodenwert des Grundstückes übersteigenden Mehrwerts beteiligt sind. Dies trifft offensichtlich für die Leistungen der Architekten und Ingenieure, aber auch für weitere Dienstleistungen und sogar für blosse Materiallieferungen zu. Der Baukredit wird nicht seinem Zwecke entfremdet und der Handwerker wird nicht benachteiligt, wenn auch Zahlungen an Baugläubiger des betreffenden Bauwerkes geleistet werden, die selber nicht zu

den gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB berechtigten Handwerkern und Unternehmern gehören. 2. Auf den wertsteigernden, aber nicht von Bauhandwerkern erbrachten Bauleistungen dürfen Zinsen berechnet werden und dem unanfechtbaren Verwertungserlös zugeschlagen werden. 3. Der Bauhandwerker besitzt gegenüber den vorrangigen Pfandgläubigern keinen Anspruch auf einen ausreichenden Baukredit. *BGr. (TF) 23.12. 1986; BGE (ATF) 112 II 493 ff.* (19)

Anmerkung: 1. Das Vorrecht (Art. 841 Abs. 1 ZGB) ist ein beschränkter Anfechtungsanspruch des Unternehmers, dessen Bauhandwerkerpfandrecht in der Zwangsversteigerung des Baugrundstückes ganz oder teilweise zu Verlust gekommen ist. Es richtet sich gegen einen vorrangigen Hypothekargläubiger, meistens eine Bank, wenn dieser den Gegenwert des vertraglichen Grundpfandrechtes (z. B. den Baukredit, welcher durch einen Schuldbrief gesichert ist) absichtlich oder fahrlässig zweckentfremdet hat. Dieser Anfechtungsanspruch ist beschränkt, und zwar auf den Umfang der ungerechtfertigten Bereicherung des vorrangigen Pfandgläubigers. Dieser haftet nur mit seinem Verwertungserlös und nur soweit, als dieser Erlös den Bodenwert (zuzüglich Zinsen) und das Total der unanfechtbaren Zahlungen für das betreffende Bauwerk (ebenfalls zuzüglich Zinsen) übersteigt (vgl. dazu *Zobl, ZSR 1982 II, S. 168 ff.; Schumacher, Nr. 960 ff.; derselbe, «recht», 1986, S. 94 ff.*). 2. In diesem Urteil zog das Bundesgericht eine eindeutige Grenze zwischen den (objektiv) zweckentfremdenden und den unanfechtbaren Zahlungen zu Lasten des Baukredites, nachdem es früher in dieser Frage geschwankt hatte (vgl. die Darstellung der früheren Praxis in *BGE 112 II 494; Schumacher, Nr. 981*). Unanfechtbar sind demgemäss alle Zahlungen an Baugläubiger, welche mit ihren (schwerwiegend) intellektuellen oder physischen Leistungen ebenfalls zur Errichtung des Bauwerkes und damit zur Steigerung des Grundstückwertes beigetragen haben. Unanfechtbar sind deshalb auch Zahlungen an Baugläubiger, die nicht zu den gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB pfandberechtigten Handwerkern und Unternehmern gehören. Zu diesen zu rechnen sind auch die Honorarzahungen an Architekten und Ingenieure. Das Handelsgericht Zürich hatte in seinem erstinstanzlichen Urteil vom 20. Mai 1986 (zit. von *Zobl, BR 1987, S. 7*) nebst den Vergütungen an Architekten und Ingenieure auch die folgenden Zahlungen als zweckmässige Verwendung des Baukredites gewertet: Transportkosten, Zurverfügungstellung und Abtransport von Schuttmulden, Krammiete und -reparatur, Baubewilligungsgebühr, Bautelefon, Bautafel, Gebäudeversicherungsprämien, Baustrom usw. Dies wurde vom Bundesgericht vollumfänglich geschützt. Es hielt fest, dass auch die Vergütung für weitere Dienstleistungen und sogar für blosse Materiallieferungen der Baulieferanten (ebenso *BGE 86 II 153 f.*) die pfandberechtigten Handwerker nicht benachteilige. Zutreffend wies das Bundesgericht darauf hin, dass nur durch das Zusammenwirken von verschiedenen Bautätigkeiten letztlich das Bauziel erreicht werden kann, das zu einem einheitlichen Mehrwert führt. Ebenfalls zutreffend hatte sich das Handelsgericht Zürich auf *Zobl, ZSR 1982 II, S. 177* (vgl. auch *BR 1987, S. 7*) berufen: «Auch fehlt es an jedem inneren Rechtfertigungsgrund, den pfandrechtsgeschützten Handwerkern und Unternehmern auch noch einen Anspruch auf solche Mehrwertsquoten zu gewähren, die nicht von ihnen geschaffen wurden.» 3. Der vorrangige Grundpfandgläubiger darf bei der Ermittlung des unanfechtbaren Verwertungsanteils auch die Zinsen auf dem Landwert und auf den unanfechtbaren Zahlungen an die Baugläubiger aufrechnen. In der Praxis bedeutet dies ein grosses Risiko zu Lasten der pfandberechtigten Unternehmer. Mit Ausnahme der Einpfändung von Miet- oder Pachtzinsforderungen gemäss Art. 806 ZGB (vgl. *Schumacher, Nr. 317*) steht den Zinsen keine Wertsteigerung des Baugrundstückes gegenüber, welche den Handwerkern verpfändet wäre. Werden Bauarbeiten wegen Geldmangels eingestellt, lässt sich oft überhaupt kein Ertrag aus dem Grundstück erzielen und wird der wirtschaftliche Wert des Bauobjektes häufig sogar vermindert, während die Zinsen bis zur Zwangsverwertung beträchtlich ansteigen. Die Zinsen gefährden deshalb den wirtschaftlichen Wert des Bauhandwerkerpfandrechtes erheblich. 4. Zutreffend hat das Bundesgericht einen Anspruch der Handwerker und Unternehmer auf einen ausreichenden Baukredit verneint. Art. 841 Abs. 1 ZGB regelt ausschliesslich das Rangverhältnis der verschiedenen Pfandgläubiger für den Fall, dass diese in der Zwangsverwertung nicht in vollem Umfange befriedigt werden (*BGE 112 II 496*). Höchstens im Umfange einer ungerechtfertigten

Bereicherung durch den Verwertungserlös haftet z. B. eine Bank für die Pfandverluste der Handwerker. Im übrigen hat sie jedoch keine Sorgfaltspflichten gegenüber ihnen zu erfüllen. Gemäss der herrschenden Rechtsprechung ist in einem solchen Fall auch eine Schadenersatzpflicht im Sinne von Art. 41 OR nicht gegeben (vgl. *Schumacher, Nr. 485*). 5. Urteile zum Vorrecht sind selten. Die Tragweite von Art. 841 ZGB ist vor allem präventiv. Sie beeinflusst das Verhalten der Banken bei der Verwendung der Baukredite (dazu einlässlich *Zobl, BR 1987, S. 6 ff.*). Dieses Präjudiz bewirkt vermutlich Beruhigung und Erleichterung im Bankgewerbe. (rs)

Bauhandwerkerpfandrecht – Pfandobjekt bei Stockwerkeigentum (*Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Propriété par étages comme objet de l'hypothèque*).

Art. 648 Abs. 3 ZGB, welcher das Pfandobjekt bei Miteigentum regelt, gilt auch auf dem Rechtsgebiet des Stockwerkeigentums (Art. 712 a ff. ZGB). Sofern und sobald eine oder mehrere Stockwerkeinheiten verpfändet sind, dürfen nur noch die einzelnen Stockwerkeinheiten und nicht mehr die Gesamtliegenschaft mit Bauhandwerkerpfandrechten belastet werden. Dies entspricht dem Sinn des Gesetzes, weil das Bauhandwerkerpfandrecht als mittelbares gesetzliches Pfandrecht den früher begründeten Pfandrechten nachgeht. *BGr. (TF) 3.2. 1987; BGE (ATF) 113 II 157 ff.* (20)

Anmerkung: 1. In diesem Präjudiz hat das Bundesgericht erstmals die in *BGE 95 I 574 ff.* und *111 II 34 f.* noch offengelassene Frage entschieden, dass Art. 648 Abs. 3 ZGB, eine Bestimmung des Miteigentumsrechtes, auch im Rechtsgebiet des Stockwerkeigentums anwendbar ist. Das bedeutet: Wenn eines oder mehrere der für die einzelnen Stockwerkeinheiten im Grundbuch angelegten Grundstückblätter (Art. 10 a Abs. 2 und Art. 33 a–c GBV) bereits mit Pfandrechten belastet sind, dürfen Bauhandwerkerpfandrechte nur noch auf diesen und nicht mehr auf der Gesamtliegenschaft eingetragen werden. Dass die einzelnen Stockwerkeinheiten bereits verpfändet sind, wenn die Eintragung von Baupfändern akut wird, ist der Regelfall. Dieser Entscheid des Bundesgerichtes steht im Einklang mit der wohl herrschenden Lehre und auch mit früheren kantonalen Präjudizien (vgl. *ZBJV 1977, S. 315 ff.* und *Rep. 1979, S. 68 ff. = BR 1980, Nr. 36, S. 47 f.*). Die Anwendbarkeit des Art. 648 Abs. 3 ZGB ergibt sich schon daraus, weil das Stockwerkeigentum entgegen seinem irreführenden Namen nur (aber immerhin) gesetzlich besonders ausgestaltetes Miteigentum ist (*Tuor/Schnyder, S. 650; Liver, Das Eigentum, SPR, V/1, S. 89, 91; vgl. BR 1987, Nr. 126, S. 93 f.*). Das Bundesgericht zählt die Vor- und Nachteile der Belastung der Gesamtliegenschaft und der einzelnen Stockwerkeinheiten auf und begründet sein Präjudiz zusätzlich und zutreffend damit, dass der den Bauhandwerkern zugedachte Rechtsschutz auch dann gewahrt ist, wenn Art. 648 Abs. 3 ZGB beachtet wird, und dass die Besserstellung der Bauhandwerker (Wahlmöglichkeit zwischen der Belastung der Liegenschaft als Ganzes und der Belastung der einzelnen Stockwerkeinheiten), die bewirkt würde, wenn Art. 648 Abs. 3 ZGB auf das Bauhandwerkerpfandrecht nicht angewendet würde, in keinem Verhältnis zur Benachteiligung stehen würde, die andere Pfandgläubiger und bestimmte Stockwerkeigentümer damit in Kauf zu nehmen hätten. 2. Art. 648 Abs. 3 ZGB ist bei der Wahrung der Dreimonatsfrist (Art. 839 Abs. 2 ZGB) zu beachten. Die einzelnen Stockwerkeinheiten müssen innert drei Monaten nach Arbeitsvollendung belastet werden. Wird innert dieser Frist ein Bauhandwerkerpfandrecht nur und zu Unrecht auf der Gesamtliegenschaft eingetragen und wird die Pfandsomme erst nach Ablauf von drei Monaten auf die Stockwerkeinheiten aufgeteilt, ist die Dreimonatsfrist unwiederbringlich versäumt. Im vorliegenden Fall haben sämtliche Instanzen die Klage auf definitive Eintragung zu Recht wegen Fristversäumnis abgewiesen. 3. Art. 648 Abs. 3 ZGB ist nicht zwingendes Recht. Mit Zustimmung aller Beteiligten kann auch nach der Verpfändung von Stockwerkeinheiten noch die Gesamtliegenschaft selber mit Baupfändern belastet werden. Hiezu muss jedoch nicht nur die Zustimmung der Stockwerkeigentümer vorliegen, sondern auch diejenige der Gläubiger von Pfandrechten an den Stockwerkanteilen (*BGE 113 II 161; Meier-Hayoz, N 41 zu Art. 648 ZGB*). 4. Wegen der Fristversäumnis stellte sich in diesem Urteil die Frage nach dem Verteil-

schlüssel der Belastung der einzelnen Stockwerkeinheiten nicht (vgl. dazu BGE 111 II 31 ff. = BR 1987, Nr. 10, S. 18). (rs)

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) 112 II 496 ff. = Pra. 1987, Nr. 263, S. 925 ff.* (21)

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 (*Schumacher*, Nr. 758 mit Verweisungen auf die Judikatur). Der Grundbuchverwalter hat jedoch gestützt auf seine Prüfungspflicht den Richter zu ersuchen, die Verfügung betreffend vorläufige Anordnung zu präzisieren, d. h. 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 Eintra-

gung 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 hievor) gewährt 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 bzw. 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 – Vorläufige Eintragung – ZGB 961 III (*Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Inscription provisoire – CC 961 III*).

Drohende Zahlungsunfähigkeit des Bauschuldners (Schuldner der Vergütung für Bauleistungen) ist gemäss dem Gesetz keine Voraussetzung der Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts. Für eine vorläufige Eintragung sind an die Glaubhaftmachung des Pfandrechtsanspruches keine strengen Anforderungen zu stellen, weil ein zu Unrecht provisorisch eingetragenes Pfandrecht nachträglich wieder gelöscht werden kann, ohne dass dem Grundeigentümer durch die vorübergehende Belastung ein nennenswerter Schaden erwächst. Zudem kann dieser durch die Leistung einer Sicherheit gemäss Art. 839 Abs. 3 ZGB die Eintragung verhindern. Demgegenüber kann ein fälschlicherweise verweigerter Eintrag in aller Regel nicht mehr nachgeholt werden, da die Eintragsfrist gemäss Art. 839 Abs. 2 ZGB in der Zwischenzeit meistens abgelaufen sein wird. *OGr. ZH 4. 11. 1985; ZR 1986, Nr. 102, S. 258 f.* (22)

Anmerkung: 1. Der erstinstanzliche Einzelrichter, welcher vermutlich mit einer Flut von Eintragsbegehren überschwemmt wurde, wollte die Praxis verschärfen und die provisorische Eintragung verweigern, wenn es dem Grundeigentümer gelungen sei, glaubhaft zu machen, dass dem Pfandgläubiger (Handwerker) «kein Anspruch» gegenüber dem Bauschuldner zustünde, und wenn keine Gefährdung der Bauforderung wegen drohender Insolvenz des Bauschuldners erkennbar sei. Diese Praxisänderung hat das Zürcher Obergericht mit zutreffenden Erwägungen abgelehnt. Im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung hat der Handwerker die Erfüllung der Voraussetzungen des beantragten Bauhandwerkerpfandrechts bloss glaubhaft zu machen, u. a. den Bestand und die Höhe seiner Forderung. Wegen der dreimonatigen Verwirkungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB dürfen an die Glaubhaftmachung keine strengen Anforderungen gestellt werden (BGE 86 I 270; *Schumacher*, Nr. 748, mit weiteren Verweisungen). Die vorläufige Eintragung darf nur verweigert werden, wenn der Pfandrechtsanspruch als ausgeschlossen erscheint oder höchst unwahrscheinlich ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn durch Quittungen die Tilgung der Forderung des Baugläubigers zweifelsfrei nachgewiesen werden kann. 2. Die Gefährdung der Forderung des Handwerkers, z. B. wegen drohender Zahlungsunfähigkeit seines Vertragspartners, ist nach dem Gesetz keine Voraussetzung der Eintragung. Derartiges muss nicht glaubhaft

gemacht, ja nicht einmal behauptet werden. Es wäre in der Praxis zudem fast unmöglich, jeweils eine zuverlässige Prognose für die Zukunft zu stellen. Niemand ist Prophet und kann mit Sicherheit voraussagen, ob der Handwerker ohne Pfandsicherheit zu Schaden kommen werde oder nicht. 3. In der Regel werden Bauhandwerkerpfandrechte aus begründeter Besorgnis angemeldet. Wie bei jedem anderen Rechtsinstitut kann auch hier der Rechtsmissbrauch nicht ausgeschlossen werden, welcher keinen Rechtsschutz verdient (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Ein Rechtsmissbrauch lässt sich im Verfahren betreffend vorläufige Eintragung kaum je rasch und sicher nachweisen. Erweist sich die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes später als unnötige, unangemessene Härte oder gar als Schikane, kann dies auch dadurch geahndet werden, dass dem Handwerker sämtliche Verfahrens- und Anwaltskosten auferlegt werden. (rs)

Bauhandwerkerpfandrecht – Anwaltshonorar für das Verfahren betreffend definitive Eintragung – (*Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Honoraires d'un avocat concernant la procédure d'inscription définitive*).

Prozesse um die definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes sind nicht zu den einfachen Verfahren zu zählen. Die Verantwortung des Anwaltes des Baupfandgläubigers darf als relativ hoch eingestuft werden, weil eine sorgfältige Prüfung der Voraussetzungen für die Eintragung des gesetzlichen Pfandrechtes zur Vermeidung unnötiger Prozessrisiken nötig ist. Es sind Fristen zu wahren, deren Missachtung unter Umständen schwerwiegende Folgen nach sich ziehen kann. Der Anwalt muss in derartigen Fällen seine Arbeiten vordringlich

erledigen. Er hat auch die Möglichkeit zur gleichzeitigen Einreichung der Forderungsklage abzuklären und die damit zusammenhängenden rechtlichen Fragen zu prüfen. Wenn der Anwalt in einem solchen Verfahren, gemessen am verhältnismässig geringen zeitlichen Aufwand, ein hohes Honorar erzielt, liegt dies im Sinne der (zürcherischen) Verordnung über die Anwaltsgebühren, die damit Fälle, in denen das tarifmässige Honorar nicht einmal die allgemeinen Kosten des Anwaltes zu decken vermag, auszugleichen sucht. *Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte ZH 7. 3. 1984; ZR 1987, Nr. 23, S. 53 ff.* (23)

Anmerkung: Dieses Urteil vermag nicht bloss die Anwälte zu erfreuen. Es ruft in Erinnerung, dass sich im Gebiete des Bauhandwerkerpfandrechtes, das mit nur vier Gesetzesartikeln (Art. 837, 839–841 ZGB) sehr knapp geregelt ist, zahlreiche und teilweise sehr schwierige Rechtsfragen stellen. Dies beweisen die umfangreiche Spezialliteratur (vgl. insbesondere *Zobl*, ZSR 1982 II, S. 1 ff. und *Schumacher*, 2. Auflage, je mit ausführlichen Literaturverzeichnissen) und die zahlreichen Gerichtsurteile, auch des Bundesgerichtes, die in unserer Zeitschrift laufend besprochen werden (vgl. z. B. BGE 112 II 214 ff. zur Dreimonatsfrist beim Stockwerkeigentum, BR 1987, Nr. 129, S. 93 f.). Die Probleme werden dadurch verschärft, dass über jedem Vorgehensentscheid des Handwerkers oder seines Anwaltes das Damoklesschwert der Fristversäumnis des Art. 839 Abs. 2 ZGB und damit des Pfandrechtsverlustes schwebt. Stellvertretend für viele sind die zwei neuesten publizierten Bundesgerichtsurteile: Im einen wurde die Fristversäumnis wegen der Belastung des falschen Pfandobjektes bejaht (BGE 113 II 157 ff. = BR 1988, Nr. 20, S. 19 f.), in einem anderen war die Fristenversäumnis trotz rechtzeitiger Befolgung einer richterlichen Weisung in der Schwebe (BGE 112 II 496 ff. = BR 1988, Nr. 21, S. 20). (rs)

Forum

Forum

Bestellungsänderungen im internationalen Bauvertragsrecht

Zweite Internationale Baurechtskonferenz vom 13. bis 17. Juli 1987 in Berkeley (Kalifornien)

DR. ROLAND HÜRLIMANN
Rechtsanwalt, LL. M., Baden

Du 13 au 17 juillet 1987 s'est tenue à Berkeley la deuxième Conférence internationale du droit de la construction. Elle a porté sur le problème de la modification de la commande par le maître. Le présent rapport en résume les conclusions.

Letzten Sommer fand an der «University of California» in Berkeley, in den Räumlichkeiten der «Boalt Hall Law School», die Zweite Internationale Baurechtskonferenz statt. Die Konferenz stand unter der Leitung der Professoren *Peter Gauch* (Freiburg/Schweiz) und *Justin Sweet* (Berkeley/USA) und vereinigte während einer Woche Rechtsgelehrte, Baujuristen und Baufachleute aus vier Kontinenten zu einem fruchtbaren Gedanken- und Erfahrungsaustausch.

Die Konferenz war dem Thema Bestellungsänderungen im internationalen Bauvertragsrecht («Variations [changes] in international construction contracts») gewidmet.

Konferenzteilnehmer waren: *A. H. El-Ghatit* (Ägypten); Professor *P. Gauch* (Schweiz); Professor *A. Harmathy* (Ungarn); Professor *K. Kruger* (Norwegen); Professor *W. Y. F. Ning* (Taiwan); *R. Nilsson* (USA); *W. Palmer* (USA); Dr. iur. h. c. *D. Prader*, dipl. Bauing. ETH/SIA, (Schweiz); Dr. *M. Rubino-Sammartano* (Italien); Professor *J. Sweet* (USA); *K. Takayanagi* (Japan); *I. N. D. Wallace*, Q. C. (Grossbritannien).

Das Sekretariat stand unter der Leitung von Rechtsanwalt lic. iur. *J. C. Werz* (Schweiz); Professor *D. Percy* (Kanada); Prof. *J. Stipanovich* (USA).

A. Anlass und Zielsetzung

Die internationale Verflechtung der Märkte bringt es mit sich, dass sich zunehmend Vertragspartner verschiedener Nationalität gegenüberstehen und mehrere unterschiedliche Rechtsordnungen Anwendung finden. Diese Entwicklung macht auch bei der Realisierung von Bauvorhaben nicht Halt. Zwar ist die heutige Bauvertragspraxis, sei dies nun auf nationaler oder internationaler Ebene, überwiegend von standardisierten Vertragsbedingungen beherrscht. Doch nicht selten zeigt es sich, dass die verwendeten Vertragsbestimmungen den Gegebenheiten des konkreten «Baufalles» oder den Bedürfnissen der Beteiligten zuwenig Rechnung tragen. Sind Verträge aber lückenhaft oder verstossen sie gar gegen zwingende Bestimmungen einer zu beachtenden nationalen Rechtsordnung, so sehen sich auch Baufachleute und Baujuri-