trumentation des actes authentiques va dans le sens d'une **limitation des compétences cantonales pour donner plus de poids aux aspects de droit fédéral.** Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la notion de l'acte authentique appartient désormais exclusivement au droit fédéral[15] et celui-ci fixe aujourd'hui de nombreuses limitations et standards aux procédures cantonales[16]. Les actes législatifs concernant la procédure d'instrumentation établis par les cantons sont incontestablement de meilleure qualité qu'ils ne l'étaient en 1920[17]. Qui plus est, le nombre des actes juridiques touchant le registre foncier a fortement augmenté et l'introduction du registre foncier fédéral a elle aussi progressé[18]. Contrairement à l'opinion du Tribunal fédéral, les faits ont bel et bien changé de manière déterminante par rapport à la situation de 1920.

4. Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral applique les principes développés en matière immobilière à un **contrat de mariage**, donc à un contrat qui ne constitue pas typiquement un acte immobilier. Or, dans la doctrine, le principe de la reconnaissance est aussi postulé par les auteurs qui, dans les autres domaines, sont partisans de la lex rei sitae[19].

Savoir si le contrat conclu par les époux H. le 11 août 1986 est *valable* (indépendamment de sa reconnaissance intercantonale) ne ressort pas clairement de l'arrêt. Comme le Tribunal fédéral s'oppose à la séparation que l'on peut faire entre un acte juridique valable d'une part et un titre d'acquisition défectueux d'autre part[20], le contrat de mariage est nul pour vice de forme dans la mesure où il porte sur la constitution d'un droit de copropriété. Au cas où cet aspect était subjectivement essentiel pour les époux H., c'est l'ensemble du contrat de mariage et du pacte successoral qui est invalidé. Ce résultat n'est lui non plus pas satisfaisant.

[15] Voir par exemple ATF 113 II 404; *Huber,* RJB 103/1967, p. 251 (actuellement aussi in RNRF 69/1988, p. 228ss).

[16] Voir *Huber,* RJB 103/1967, p. 252 et p. 258ss; ATF 106 II 147. Autres références chez *Schmid* (cité sous la note 9), p. 38ss.

[17] Sur les modifications des dispositions de droit cantonal relatives aux devoirs de conseiller et d'informer des officiers publics ainsi que sur la formation juridique de ceux-ci, voir *Cornut* (cité sous la note 9), p. 32s.

[18] *Tuor/Schnyder,* Das Schweiz. ZGB, 10ème éd., Zurich 1986, p. 585 avec note 10.

[19] Cf. *Guhl,* Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, 18/1920, p. 268; *Bolla,* RNRF 32/1951, p. 250 et p. 252; *Wild,* RNRF 32/1951, p. 314; *Marti* (cité sous la note 8), n° 6 ad art. 18 de la loi bernoise sur le notariat; autres références relatives à la liberté intercantonale des transactions non immobilières qui exceptionnellement ont, en l'espèce, des effets sur le registre foncier, voir *Schmid* (cité sous la note 9), p. 66s. – Dans la décision de l'autorité inférieure (citée sous la note 2), p. 124 colonne de gauche, l'application de la théorie de la lex rei sitae a été justifiée par le fait qu'il y avait, in casu, un contrat mixte qui comprenait non seulement des dispositions de droit matrimonial au sens strict, mais également un acte juridique entre époux portant sur un immeuble. Ainsi la constitution de la copropriété sur l'immeuble est déduite – à tort – du rapport juridique unique entre les époux portant sur des dispositions matrimoniales et successorales.

[20] ATF 47 II 388s, confirmé sans doute dans l'arrêt commenté.

Die Rechtsprechung — La jurisprudence

Prof. Peter Gauch (pg); Prof. Alfred Koller (ak); Prof. Hans Merz (hm); Prof. Bernhard Schnyder (bs); Dr. Rainer Schumacher (rs); Prof. Paul-Henri Steinauer (phs); Prof. Pierre Tercier (pt).

Submission – Soumission

Unzulässiges Angebot *(Offre irrégulière).*

1. In einem beschränkten Wettbewerb offerierten drei Konkurrenzfirmen «Laboreinrichtungen» für eine Schulhauserweiterung. Der Baukommission erschien der Preisunterschied zwischen zwei der Submittenten »etwas hoch», weshalb sie die eine Firma aufforderte, «die technische Richtigkeit ihrer Offerte zu überprüfen». Diese (zur Überprüfung aufgeforderte) Firma hatte ihre Offerte auswärts erstellen lassen und selber nicht mehr nachkontrolliert. Jetzt aber konstatierte sie, dass das «der Offerte zugrundegelegte Preisniveau etwas hoch ausgefallen war», worauf sie (auch aus «Reklame- und Repräsentationsgründen») ein nach unten korrigiertes Angebot einreichte. **2.** In Anbetracht des korrigierten Angebotes (Fr. 85000.– statt Fr. 109000.–) beschloss der zuständige Gemeinderat, den Auftrag *dieser* Firma (als «billigster Schweizer Anbieterin») zu erteilen. Im Zuge einer Submissionsbeschwerde kam der Fall dann aber vor den Regierungsrat. **3.** Der Regierungsrat stellt fest: Bei der vorliegenden Korrektur handelt es sich nicht nur um eine (zulässige) «technische Bereinigung», sondern um eine unzulässige Änderung des Angebotes nach Ablauf der Eingabefrist. Die Vergebung sei daher aufzuheben und aufgrund der anfänglich eingereichten Offerten neu durchzuführen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführerin ihrerseits Gelegenheit zu einer Offertänderung erhalten habe, da die Veranstaltung einer Abgebotsrunde gegen die anwendbare Submissionsverordnung verstosse. *RR AG 21. 9. 1987; Mitteilungen des Aargauischen Baudepartementes zur Rechtsprechung (MDR) 47, 1988, S. 328ff.* **(1)**

Amerkung: 1. Der Kanton Aargau gehört zu jenen Kantonen, die den Submittenten ein förmliches Beschwerderecht gegen den Vergabeentscheid eines Gemeinwesens einräumen (§ 54 der SubVO). Über die Vor- und Nachteile solcher Beschwerdemöglichkeiten kann man verschiedener Ansicht sein. Das aber soll vorliegend nicht ein weiteres Mal diskutiert werden. Um Missverständnisse zu vermeiden, ist nur das *eine* festzuhalten: **2.** Der privatrechtliche Vertrag, den ein Gemeinwesen mit einem bestimmten Anbieter abgeschlossen hat, kann nie durch öffent-

lich-rechtliche Beschwerde (des Konkurrenten) angefochten werden, mag sich die Beschwerdemöglichkeit auch aus einer speziellen Gesetzes- oder Verordnungsvorschrift ergeben. Der Bestand eines solchen Vertrages wird durch eine erfolgreiche Anfechtung des Vergabeentscheides nur dann berührt, wenn er unter einer entsprechenden (suspensiven oder resolutiven) Bedingung abgeschlossen wurde (*Gauch,* Der Werkvertrag 3. A., Nr. 377). Dem versucht § 32 der Aargauer SubVO Rechnung zu tragen, indem er eine vorformulierte Vertragsbestimmung bereitstellt, wonach «die Vergebung» nur «unter Vorbehalt allfälliger Beschwerden» mit der Unterzeichnung des Vertrages verbindlich wird.

(pg)

Rabatte «auf Anfrage» – Eigenmächtiger Rabattabzug durch die Vergabebehörde *(Rabais «sur demande» – Déduction arbitraire de rabais par les autorités d'adjudication).*

1. Wer in einem Submissionsverfahren Rabatte «auf Anfrage» offeriert, ist aus Gründen der Rechtsgleichheit aus dem Verfahren auszuscheiden. Auf Anfrage gewährte Rabatte sind nichts anderes als Abgebote. **2.** Die Vergabebehörde hat keine Befugnis, von sich aus irgendeinen Rabattabzug vorzunehmen. «Unabhängig davon, ob eine solche langjährige Praxis besteht, kann daraus weder eine ‚Pflicht' der Submittenten, sich immer mindestens 2% Rabatt abrechnen zu lassen, noch ein ‚Recht' des Gemeinderates, dies zu tun, abgeleitet werden. Eine solche Einschränkung der Willensfreiheit der Submittenten entbehrt jeder rechtlichen Grundlage.» *RR SO 25. 8. 1987; SOGE 1987, Nr. 9, S. 29ff.* **(2)**

Anmerkung: 1. Zur Frage der Abgebotsverhandlungen und deren Zulässigkeit siehe im allgemeinen: *Gauch,* Die Submission im Bauwesen, Mensch und Umwelt, FG zum Schweizerischen Juristentag 1980, Freiburg 1980, S. 221 f. **2.** Dass der Ausschreiber keine Macht hat, den Angebotspreis eines Submittenten einseitig (hier durch Abzug eines Rabattes) zu verändern, versteht sich von selbst. «Akzeptiert» er ein Vertragsangebot zu einem tiefern Preis als offeriert, so ist seine Erklärung in Wirklichkeit keine Annahmeerklärung, sondern ein Gegenangebot, das der Submittent annehmen kann, nicht aber muss. **3.** Auf einer andern Ebene liegt die Frage, ob ein immer wieder praktizierter (einseitiger) Rabattabzug als Auslegungsmittel dienen und zur Annahme führen kann, dass im konkreten Angebot eines bestimmten Submittenten ein entsprechender Rabatt als stillschweigend zugestanden gilt. Bei der Annahme eines solchen (stillschweigend) gewährten Preisnachlasses ist aber höchste Zurückhaltung am Platz, und zwar auch dann, wenn der betreffende Submittent die eigenmächtigen Abzüge über Jahre hin geduldet hat.

(pg)

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

Architekturvertrag – Einmal mehr: Qualifikation *(Contrat d'architecte – Une fois de plus: qualification).*

Obergericht Luzern:

1. Das Bundesgericht hat den Gesamtvertrag des Architekten in jüngster Zeit als gemischten Vertrag qualifiziert, wobei eine Spaltung der Rechtsfolgen in Kauf genommen wurde (BGE 109 II 464 E. 3 und 110 II 382 E. 2). Diese Praxis wurde vom Bundesgericht aber bereits wieder in Frage gestellt, wobei der betreffende Passus im veröffentlichten Urteil (BGE 111 II 72ff.) weggelassen wurde. **2.** Dieser Passus geht dahin, dass die Pflichten aus einem Gesamtauftrag des Architekten, der nicht nur die Planung, sondern auch die Bauleitung umfasst, selbst nach der neuesten Rechtsprechung zum Architektenvertrag (BGE 109 II 464) dem Auftragsrecht unterstehen (BR 1986, S. 61, Nr. 83). *OGr. LU 21. 5. 1987; LGVE 1987 I, Nr. 21, S. 57f.* **(3)**

Kantonsgericht Freiburg:

Der Vertrag, worin sich eine Architekturfirma verpflichtet, die Planungsarbeiten, das Offert-, Rechnungs- und Zahlungswesen sowie die örtliche Bauleitung für die Erstellung eines Eigenheimes zu übernehmen, ist in seiner Gesamtheit als Auftrag zu würdigen. *KGr. FR 22. 9. 1986; Extraits 1986, S. 24.* **(4)**

Kantonsgericht Schwyz:

1. Zwar kann die Herstellung von Plänen «aufgrund eines gedanklich bereits konzipierten Projektes Gegenstand eines Werkvertrages sein». **2.** «Die Planung selbst, die konstruktive, funktionale und ästhetische Erarbeitung eines Projektes dagegen ist eine typische Mandatsleistung. Das Produkt der Planung in diesem Sinne ist nicht der gezeichnete Bauplan (ein ‚Papier'), sondern das, was darin zum Ausdruck kommt: die ausgestaltete Bauidee.» *KGr. SZ 16. 6. 1987; EGV SZ 1987, Nr. 19, S. 74ff.* **(5)**

Bundesgericht:

1. «Die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts unterstellte die separate Herstellung von Skizzen, Bauprojekten, Ausführungs- und Detailplänen vollumfänglich und den Gesamtvertrag des Architekten mindestens hilfsweise dem Werkvertragsrecht (BGE 63 II 176ff.).» **2.** «Im Jahre 1972 hat das Gericht erstmals seine Rechtsprechung geändert und den Architektenvertrag in jedem Falle vorbehaltlos den Regeln des einfachen Auftrages unterstellt (BGE 98 II 310 E. 3).» **3.** «Bereits im Jahre 1983 ist indes das Gericht auf seine frühere Praxis zurückgekommen (BGE 109 II 464 ff.). Es erkannte, dass die selbständige Erstellung von Ausführungsplänen und Kostenvoranschlägen, allenfalls sogar die Ausarbeitung eines Bauprojektes, durchaus Inhalt eines Werkvertrages sein könne. Andere Aufgaben wie Arbeitsvergebung und Bauaufsicht seien dagegen als Auftrag zu erfassen. Dies führe dazu, dass der Gesamtvertrag des Architekten als gemischter Vertrag zu beurteilen sei, welcher erlaube, je nach den konkreten Umständen eine sachgerechte Lösung nach Massgabe des Auftrags- oder des Werkvertragsrechts zu finden.» **4.** «An dieser Praxis hat das Bundesgericht seither festgehalten. Entgegen Meinungsäusserungen in der Literatur (*Gauch,* Baurecht, 1986, S. 61; derselbe in: Das Architektenrecht, S. 16; *Dessemontet,* ZSR 106/1987, II, S. 124; *Merz,* ZBJV 123/1987, S. 228) wurde mit BGE 111 II 72 Nr. 17 die Rechtsprechung nicht erneut im Sinne einer ausschliesslichen Anwendung des Auftragsrechts geändert.» Auch die Erwägungen 2a und b dieses Urteils (veröffentlicht in Pra 74, 1985, S. 519/20) können «nicht in eine – im übrigen offensichtlich nicht beabsichtigte – Praxisänderung in bezug auf die rechtliche Qualifikation des Gesamtvertrages des Architekten umgedeutet werden». **5.** «Für eine ausführliche Erörterung dieses Themas besteht hier indes kein Anlass, da sich die Frage nach der Qualifikation des Gesamtvertrages des Architekten im vorliegenden Verfahren nicht stellt.» **6.** Entscheidend dagegen ist die Auffassung, wonach «die selbständige Ausführung von Projektierungsarbeiten, welche in einem zu realisierenden Projekt ihren Niederschlag finden, den Bestimmungen der Art. 363 ff. OR über den Werkvertrag» unterstehen. «Auf diese Auffassung, die im Schrifttum mehrheitlich Zustimmung gefunden hat (vgl. die Nachweise bei *Dessemontet,* a. a. O., S. 125 Fn. 153), ist auch in Würdigung der weiterhin daran geübten Kritik (*Dessemontet,* a. a. O., S. 125 Fn. 152) nicht zurückzukommen.» *BGr. 1. 3. 1988; BGE (ATF) 114 II 55f. (M. B. c. W. W.).* **(6)**

Anmerkung: Über die schon viel diskutierte (und umstrittene) Qualifikation von Architekturverträgen soll hier nicht nochmals disputiert werden, da neue Argumente sich kaum mehr finden lassen. Hervorzuheben sind lediglich die folgenden Einzelpunkte: **1.** Das Bundesgericht zählt im zitierten Entscheid (Nr. 6) auch den selbständigen (entgeltlichen) Projektierungsvertrag vorbehaltlos zu den Werkverträgen, während BGE 109 II 465 diesbezüglich noch zurückhaltend (unter Einschiebung des Wortes «allenfalls») formuliert war. Damit widerspricht es (zu Recht) dem Kantonsgericht Schwyz (Nr. 5). **2.** Dass die beiden kanto-

nalen Gerichte, Obergericht Luzern und Kantonsgericht Freiburg (Nr. 3 und Nr. 4) den Gesamtvertrag des Architekten dem einfachen Auftrag zuordnen, ist in der Sache richtig (vgl. nur *Merz,* BR 88, S. 11, Nr. 1), auch wenn das Bundesgericht seine Meinung, es handle sich um ein gemischtes Vertragsverhältnis, noch nicht aufgegeben hat. **3.** Über die Bedeutung der einschlägigen Stellen in Pra 74, 1985, S. 519/20 zu streiten, macht keinen Sinn, nachdem jetzt das Bundesgericht durch «authentische Interpretation» erklärt, wie es seine damaligen (offenbar auch vom Obergericht Luzern «missverstandenen») Ausführungen selber verstand. Wichtiger ist die Hoffnung, dass das Bundesgericht, wenn der Anlass «für eine ausführliche Erörterung dieses Themas» kommt, sich von den Gründen überzeugen lässt, die beim Gesamtvertrag des Architekten gegen die Annahme eines gemischten Vertragsverhältnisses sprechen (vgl. *Merz,* a. a. O., und die dortigen Zitate). (pg)

Architekturvertrag – Vergütung des Architekten – Anwendung der SIA-Honorarordnung als Ausdruck der Übung? *(Contrat d'architecte – Rémunération de l'architecte – Application des Règlements SIA sur les honoraires en tant qu'expression d'un usage?).*

1. Soweit der Architekturvertrag dem Auftragsrecht untersteht, kommt OR 394 III zur Anwendung, wonach eine Vergütung zu leisten ist, wenn sie verabredet oder üblich ist. Wurde die Anwendung der SIA-Honorarordnung 102 weder ausdrücklich noch stillschweigend vereinbart, so stellt sich die Frage, «ob diese Honorarordnung trotzdem als übliche Vergütung im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR betrachtet werden könne. **2.** «Nach früherer Lehre und Rechtsprechung galt die Honorarordnung als übliche Vergütung im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR für architektonische Arbeiten» (vgl. z. B. Max. IX, Nr. 750 und XI, Nr. 400). In der neueren Lehre wird hingegen fast einhellig die gegenteilige Meinung vertreten (Hinweise auf *Merz, Egli* und *Gauch*). **3.** Die neuere Auffassung verdient Zustimmung, stellt aber den Richter, der für die Bemessung des Honorars nicht einfach auf die SIA-Honorarordnung zurückgreifen kann, vor eine schwierige Aufgabe. Er hat den Vertrag, was die Höhe der geschuldeten Vergütung betrifft, nach Massgabe des hypothetischen Parteiwillens zu ergänzen. Im konkreten Fall rechtfertigt sich die Annahme, die Parteien «hätten einen modifizierten Kostentarif für die eigentlichen Architektenarbeiten vereinbart», wobei zu berücksichtigen ist, «dass der Kläger (Architekt) dem Beklagten einen günstigen Tarif offeriert hatte». *OGr. LU 21. 5. 1987; LGVE 1987 I, Nr. 21, S. 57ff.* **(7)**

Anmerkung: Richtig! Die Honorarordnung des SIA ist nicht Ausdruck der Übung. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass dies den Richter (wie der Entscheid konstatiert und demonstriert) in Schwierigkeiten bringen kann. (pg)

Bauwerkvertrag – Contrat d'entreprise

Totalunternehmervertrag – Begriff und Qualifikation – Auflösung – Anwendbares Recht *(Contrat d'entreprise totale – Notion et qualification – Dissolution – Droit applicable).*

1. «Der Begriff des Totalunternehmers basiert auf demjenigen des Generalunternehmers. Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass er die gesamte Ausführung eines Bauwerkes übernimmt, im Gegensatz zum Teilunternehmer, welcher sich an der Errichtung eines Bauwerkes mit einer spezifischen Leistung beteiligt (*Gauch,* Der Werkvertrag, 3. A., S. 52 Rz 179 und S. 54 Rz 183 ff.). Davon unterscheidet sich der Totalunternehmer dadurch, dass er auch die Planungsarbeiten, namentlich die Projektierungsarbeiten, für das vom Bauherrn bestellte Bauwerk leistet (*Gauch,* Der Werkvertrag, 3. A., S. 56 Rz 194).» **2.** Die Rechtsnatur des Totalunternehmervertrages ist umstritten. Da aber nicht nur die Ausführung des Bauwerkes dem Werkvertragsrecht untersteht, sondern (nach der jüngern Rechtsprechung des Bundesgerichts) auch die Planung, unter Einschluss der Projektierungsarbeiten (BGE 109 II 464 ff.), «hat das zwangsläufig auch für den diese Leistungen gesamthaft umfassenden Totalunternehmervertrag zu gelten (*Gauch,* Der Werkvertrag, 3. A., S. 57 Rz 196 ff.)». «Für die Anwendung auftragsrechtlicher Vorschriften bleibt somit kein Raum mehr.» **3.** «Das gilt auch für die Frage der Vertragsauflösung durch den Bauherrn. Diesbezüglich sind unabhängig vom Zeitpunkt die Regeln des Werkvertrages anwendbar.» *BGr. (TF) 1. 3. 1988; BGE (ATF) 114 II 53ff. (M. B. c. W. W.).* **(8)**

Anmerkung: Zu diesen amtlich publizierten Erwägungen des Bundesgerichts und zur überraschenden (aber unveröffentlichten) Fortsetzung des Entscheides (worin der zurückgetretene Bauherr von der Schadenersatzpflicht des Art. 377 OR befreit wird) siehe die ausführliche Urteilsbesprechung im nächsten Heft (1989/2). (pg)

Conclusion du contrat – Intervention d'un architecte – Représentation – Contrat conclu pour le compte de qui il appartiendra; CO 363, 32 et 39 *(Abschluss des Vertrages – Mitwirkung des Architekten – Stellvertretung – Vertragsabschluss und Handeln, «für wen es angeht»; CO 363, 32 und 39).*

1. Pour savoir si un architecte, qui participe à la conclusion d'un contrat, agit en son nom personnel comme maître de l'ouvrage ou en qualité de représentant d'un tiers, il faut en cas de doute appliquer le principe de la confiance. **2.** En l'occurrence, les circonstances de fait permettaient déjà de conclure que l'architecte n'agissait qu'en qualité de représentant: il avait établi la lettre d'adjudication en trois exemplaires, distinguant clairement le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur et l'architecte; il avait laissé en blanc l'emplacement réservé à la signature du maître. **3.** Indépendamment de ces faits, il existe une présomption selon laquelle celui qui effectue les prestations caractéristiques d'un architecte agit pour le compte d'autrui, sauf circonstances ou indices contraires particuliers. Le fait que l'architecte ait été un mandataire financier, agissant à titre fiduciaire pour deux propriétaires, ne constitue pas un indice suffisant. **4.** Cette solution n'est pas contredite par le fait que l'on ignore tout du contenu ou même de l'existence des contrats liant l'architecte aux propriétaires des parcelles, ni par le fait que les maîtres de l'ouvrage ne sont pas nommés dans l'acte d'adjudication et qu'ils n'en auraient même pas eu connaissance. Un contrat peut en effet être conclu «pour le compte de qui il appartiendra». Ce mode est admis et lie le représenté si la manifestation ou l'intention du représentant d'agir au nom d'autrui est claire, si le représenté est déterminable et si l'incertitude concernant sa personne n'est que provisoire ou passagère. Si ces conditions ne sont pas remplies, le représentant n'est pas personnellement considéré comme contractant; il se voit alors simplement appliquer par analogie CO 39 sur la sanction de la représentation sans pouvoir. *TF (BGr.) 6. 7. 1987 (Astié & Fils SA c/Berthoud et autres); SJ 1988 26–28.* **(9)**

Note: Sur l'ensemble des problèmes liés à la représentation de l'architecte, cf. *R. Schwager,* Die Vollmacht des Architekten, in: *Gauch/Tercier,* Le droit de l'architecte, Fribourg 1986, n. 754; ég. *R. Schwager,* Der Architekt als Vertreter des Bauherrn, DC 1980 p. 21). (pt)

Travaux de réparation – Contrat d'entreprise – Responsabilité de l'entrepreneur en cas de vol de l'objet à réparer – Examen des mesures prises par l'entrepreneur pour parer à l'éventualité d'un vol; CO 363, 364 I, 365 II, 97 I *(Reparaturarbeiten – Werkvertrag – Verantwortlichkeit des Unternehmers bei Diebstahl des zur Reparatur anvertrauten Fahrzeugs – Beurteilung der*

Vorkehren, die der Unternehmer getroffen hat, um einem Diebstahl vorzubeugen).

1. Les travaux de réparation constituent un véritable ouvrage, au sens de CO 363. **2.** En vertu de CO 365 II, l'entrepreneur est tenu d'user de la matière fournie par le maître avec tout le soin voulu et de la restituer. Le texte légal et le système de la loi ne s'opposent point à ce que par «matière fournie» on puisse aussi entendre l'objet confié par le maître à l'entrepreneur pour qu'il le remette en état. **3.** De cette disposition découle en particulier le devoir de l'entrepreneur de prendre toutes les mesures que l'on peut raisonnablement exiger de sa part pour éviter que la chose qui lui a été confiée ne soit dérobée. L'étendue du devoir de diligence incombant à l'entrepreneur se détermine en principe selon les mêmes règles que celles qui s'appliquent aux travailleurs (CO 364 I qui renvoie à CO 321e II). Elle dépend singulièrement des facteurs de risque propres à l'affaire considérée. **4.** Avant la livraison, toute violation de l'obligation de diligence de l'entrepreneur équivalant à une inexécution ou une mauvaise exécution du contrat est soumise aux dispositions générales sur l'inexécution des contrats. La responsabilité de l'entrepreneur en cas de vol de la chose du maître est régie par CO 97 ss. **5.** Application aux mesures que doit prendre un garagiste pour éviter que la voiture (de valeur) qui lui a été confiée pour réparation ne soit dérobée; responsabilité niée en l'espèce. *TF (BGr.) 17. 6. 1987 (B. c/Garage X SA); ATF (BGE) 113 II 421–423 = SJ 1987 497–501 = JdT 1988 I 32*; deutsche Übersetzung in Pra. 1988 Nr. 110 S. 404.* **(10)**

Note: L'intérêt de l'arrêt est double: **1.** Il est incontestable que des travaux de réparation font l'objet d'un contrat d'entreprise, conformément à CO 363 (cf. ég. SIA-118 1 II: «Celui qui effectue une réparation, une transformation ou une démolition réalise également un ouvrage.»). Dans ce cas, l'objet à réparer est assimilé à la «matière fournie par le maître» (CO 365 II et III). L'arrêt en tire la conclusion que l'entrepreneur répond du soin avec lequel il l'utilise (CO 365 II). On est toutefois aussi en droit d'en déduire que c'est le maître qui répond des défauts que présente l'objet à réparer, sous réserve du devoir d'avis de l'entrepreneur (CO 365 III). En d'autres termes, lorsqu'un entrepreneur est invité à procéder à des réparations ou des transformations, il ne répond ni des défauts qui affectaient la chose au moment où il commence ses travaux, ni des dégâts que ceux-ci pourraient provoquer. Sous réserve des cas où il devrait personnellement examiner l'ouvrage (cf. SIA-118 25), il n'est tenu que de donner avis des défauts qui lui apparaissent. **2.** L'entrepreneur est pleinement responsable du chantier. Il doit en particulier prendre toutes les mesures que l'on peut raisonnablement attendre de lui pour éviter que des tiers ne dérobent des matériaux fournis par le maître. Les considérants de l'arrêt concernent certes les précautions que doit prendre un garagiste à l'égard d'une automobile; on peut toutefois en déduire par analogie que les précautions à prendre ont elles-mêmes leurs limites: il paraît en effet difficile d'exiger d'un entrepreneur qu'il prenne toutes les mesures destinées à décourager ceux qui ont la ferme détermination de s'approprier les biens d'autrui. (pt)

Werkvertrag und Miete – Abgrenzung – Versicherungsausschluss für eine gemietete Sache *(Contrat d'entreprise et contrat de bail – Délimitation – Exclusion de l'assurance pour une chose louée).*

1. Nachdem zwischen Täsch und Zermatt eine Lawine niedergegangen war, wandte sich der Staat Wallis an die Bauunternehmung Ulrich Imboden. Diese brachte zur Räumung des verschütteten Strassenstücks einen Trax samt Traxführer zum Einsatz. **2.** Während den Räumungsarbeiten stürzte erneut eine Lawine nieder, erfasste den Trax und zerstörte ihn vollständig. Der Staat hatte Schadenersatz zu leisten. Seine Versicherung dagegen lehnte es ab, den Schaden zu übernehmen, da Schäden an gemieteten Sachen (nach den massgeblichen Versicherungsbedingungen) von der Deckung ausgeschlossen waren. Daraus ergab sich die Streitfrage, ob zwischen der Bauunternehmung und dem Staat ein Miet- oder ein Werkvertrag bestanden hatte. Das (vom Kanton gegen die Versicherung) angerufene Gericht zog in Erwägung: **3.** Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht fest, dass die beigezogene Bauunternehmung «nicht mit Schneeräumungsarbeiten betraut worden ist, sondern dem Staat, der diese Räumungsarbeiten selber (‚in Eigenregie') bewerkstelligte, auf Anforderung hin einen Trax mit Traxführer zur Verfügung stellte, wobei letzterer die Strasse folgerichtig unter Aufsicht, Leitung, Anweisung und Kontrolle des Kantoniers X. (Hilfsperson und Angestellter des Staates) freizubaggern hatte». **4.** Trifft dies aber zu, so bestand zwischen der Bauunternehmung und dem Staat kein Werkvertrag. Vielmehr war das Vertragsverhältnis, soweit es den Trax betraf, ein Mietverhältnis, obwohl die Vertragsleistung der Bauunternehmung (mit Rücksicht auf den von ihr gestellten Bedienungsmann) über die blosse Gebrauchsüberlassung hinausging. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die vom Staat geschuldete Vergütung nach Massgabe der geleisteten Arbeitsstunden berechnet wurde und dabei der Tarif des Walliser Baumeisterverbandes zur Anwendung kam. **5.** Mit Rücksicht darauf, dass der Trax vom Staat Wallis gemietet worden war und Schäden an gemieteten Sachen von der Versicherung (vertraglich) ausgeschlossen sind, hat der Staat keinen Anspruch auf Versicherungsdeckung. *KGr. VS 8./9. 10. 1986; ZWR (RVJ) 1987, 253 ff. [Staat Wallis c. Helvetia-Unfall].* **(11)**

Anmerkung: 1. Die rechtliche Qualifikation eines Vertrages ist dem Parteiwillen entzogen und obliegt im Streitfall dem Richter (*Jäggi/Gauch,* N 226 zu Art. 18 OR). Das angerufene Gericht hat im vorliegenden Fall (soweit der Trax in Frage stand) auf Miete entschieden, was sich nach dem, was der Leser den publizierten Erwägungen entnehmen kann, kaum beanstanden lässt. **2.** Die mietrechtliche Qualifikation des Vertrages durch das Walliser Kantonsgericht brachte den Staat Wallis um die Ersatzleistung der Versicherung. Das spricht gewiss für die Unabhängigkeit des kantonalen Gerichts, das zur Feststellung des vereinbarten Vertragsinhaltes auf diverse Zeugenaussagen abgestellt und die Sache auch sonst nicht leichtgenommen hat. Trotzdem vermag das Urteil, aufs Ganze gesehen, nicht völlig zu befriedigen. Vielleicht hängt dies damit zusammen, dass hier viel Mühe auf die Qualifikation des mit der Bauunternehmung abgeschlossenen Vertrages aufgewendet wurde, die Auslegung des Versicherungsvertrages hingegen zu kurz kam. **3.** Zwar sieht die vorformulierte Ausschlussklausel des Versicherungsvertrages ausdrücklich vor, dass Schäden an Sachen, die der Versicherte «gemietet» hat, von der Versicherung ausgeschlossen sind. Was aber heisst «gemietet» im Sinne dieser Klausel? Darf die Interpretation einfach am Wortlaut haftenbleiben? Oder könnte es sein, dass die Klausel, wenn sie zweckbezogen und nach Treu und Glauben (allenfalls «in dubio contra stipulatorem») ausgelegt wird, Mietverträge der vorliegenden Art gar nicht erfasst? Und wie verhält es sich mit Art. 33 VVG, der verlangt, dass die von der Versicherung ausgeschlossenen Ereignisse in «unzweideutiger Fassung» ausgeschlossen sind? Kann man, was das konkrete Ereignis betrifft, von einem «unzweideutigen» Ausschluss (Art. 33 VVG) sprechen, obwohl die mietrechtliche Qualifikation des kritischen Vertrages für einen durchschnittlichen Versicherungsnehmer alles andere als «eindeutig» ist, ja sogar den dogmatisch geschulten Richtern eine penible Analyse der Sach- und Rechtslage abverlangte, um (wie sie selber sagen) «in der Grauzone zum einen oder andern Ergebnis» zu gelangen? **4.** Solche und ähnliche Fragen stellen sich dem Leser des Gerichtsurteils. Sie bleiben unbeantwortet, wahrscheinlich deshalb, weil das Gericht aus prozessualen Gründen nicht darauf eintreten konnte. (pg)

Werklohn – Vergütung nach Aufwand – Regietarife der Berufsverbände – OR 374 *(Prix de l'ouvrage – Rémunération selon les dépenses – Tarifs de régie des associations professionnelles – CO 374).*

«Ist der Preis zum voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt worden, so wird er nach Massgabe des Wertes der Ar-

beit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt» (OR 374). «Entsprechende Leistungsansätze (beispielsweise Regietarife der Berufsverbände) können dabei dem Richter zwar nützliche Hinweise vermitteln, binden ihn aber – da regelmässig einseitig von Interessenverbänden aufgestellt – grundsätzlich nicht (*Gauch,* Der Werkvertrag, 3. A., N. 707». *KGr. VS 8./9. 10. 1986 [Staat Wallis c. Helvetia-Unfall]; ZWR (RVJ) 1987, 258.* **(12)**

Mängelhaftung – Prüfung des Werkes durch Sachverständige – OR 367 II *(Garantie pour les défauts – Vérification de l'ouvrage par des experts – CO 367 II).*

1. Nach OR 367 II ist der Besteller und Unternehmer «berechtigt, auf seine Kosten eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes zu verlangen». Wird eine solche Prüfung (durch einen amtlich bestellten Sachverständigen) durchgeführt, so fragt es sich, ob die Gegenpartei allenfalls befugt ist, eine Oberexpertise zu verlangen. **2.** Die Frage ist zu verneinen. Denn nach den Bestimmungen der Zivilprozessordnung kommt, wenn es um eine «amtliche Prüfung des Werkes» gemäss OR 367 II geht, die Anordnung einer Oberexpertise nicht in Betracht. Der Gegenpartei steht es jedoch frei, ihrerseits einen selbständigen Antrag im Sinne des Art. 367 II OR zu stellen. Das Gesetz sieht nämlich ausdrücklich vor, dass *jeder Teil* eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige verlangen kann. *OGr. LU 16. 7. 1987; LGVE 1987 I, Nr. 22, S. 62f.* **(13)**

Anmerkung: 1. Es stimmt, was das Obergericht sagt: Das Gesetz sieht ausdrücklich vor, dass jeder Teil berechtigt ist, auf seine Kosten eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige und eine Beurkundung des Befundes zu verlangen! Aber stimmt auch die Folgerung, die das Gericht aus diesem Rechtssatz zieht? Weist Art. 367 Abs. 2 OR den Richter tatsächlich an, auf entsprechende Begehren hin *jeder* Partei *ihren* Sachverständigen zu bestellen, so dass im Ergebnis *zwei* amtlich bestellte Sachverständige nebeneinander agieren? **2.** Die Vorstellung einer derartigen Duplizität ist zumindest erstaunlich, und man muss sich fragen, ob sie dem Sinn und Zweck des Art. 367 Abs. 2 OR entspricht. Wohl gibt Art. 367 Abs. 2 OR jeder Partei des Werkvertrages Anspruch auf eine amtlich angeordnete Tatbestandsaufnahme. Wenn aber die sachverständige Prüfung (samt Beurkundung) auf Verlangen der *einen* Partei stattfindet, so wird gleichzeitig auch der entsprechende Anspruch der *andern* erfüllt. Mehr (so scheint es) kann eine Partei nach Art. 367 Abs. 2 OR nicht verlangen, als dass die darin vorgesehene Tatbestandsaufnahme überhaupt stattfindet. Dass die Gegenpartei den Antrag gestellt hat, berechtigt kaum dazu, das gleiche nochmals zu verlangen. **3.** Auf die umstrittene Frage nach der Beweiskraft des beurkundeten Prüfungsbefundes (vgl. LGVE 1986 I, Nr. 12, S. 18ff. = BR 1988, S. 13, Nr. 5; *Gauch,* Der Werkvertrag, 3. A., Nr. 1037; *Merz,* Anmerkung zu BR 1988, S. 13, Nr. 5) kommt das Gericht im vorliegenden Entscheid nicht mehr zu sprechen, weshalb auch hier auf eine nochmalige Erörterung des Themas verzichtet wird. Nur eines sei beigefügt: Die kontroverse Diskussion hat sich zu stark auf Art. 9 ZGB konzentriert. Im Eifer um das richtige Verständnis dieser Bestimmung ging die naheliegende Idee, die Antwort in einer zweckbezogenen Auslegung des Art. 367 Abs. 2 OR (also in der einschlägigen Bestimmung selbst) zu suchen, etwas verloren. (pg)

Auflösung des Werkvertrages nach OR 377 – Schadenersatzpflicht des Bestellers; auch bei Vorliegen wichtiger Gründe? – Anwendbarkeit von OR 43f.? *(Résiliation du contrat d'entreprise selon CO 377 – Devoir du maître de payer des dommages-intérêts; même en cas de justes motifs? – Application de CO 43 s?).*

1. «Gemäss OR 377 hat der den Vertrag auflösende Besteller dem Unternehmer die bereits geleisteten Arbeiten zu vergüten und ihm insbesondere den entgangenen Gewinn zu ersetzen (BGE 96 II 196 E. 5).» **2.** «In der neueren Literatur wird mit beachtlichen Gründen die Meinung vertreten, dass auch im Falle einer Vertragsauflösung, die an sich unter OR 377 fällt, eine vollständige oder teilweise Befreiung des Bestellers von der Schadenersatzpflicht gerechtfertigt sein könne. Dabei wird insbesondere ein Recht des Bestellers zur Vertragsauflösung aus wichtigen Gründen befürwortet (*Gauch,* Der Werkvertrag, 3. A., S. 116 Rz 409; *Leuenberger,* ZSR 1987 II, S. 70f.; *Dessemontet,* ZSR 1987 II, S. 172 Fn. 249 und S. 196).» **3.** «Im vorliegenden Fall kann offenbleiben, ob die allgemeinen Regeln von OR 43 und 44 über die Schadenersatzbemessung im Rahmen von OR 377 nicht anwendbar sind. Zudem ist nicht zu entscheiden, ob der Besteller und der Unternehmer aus wichtigen Gründen vom Werkvertrag zurücktreten können. Dagegen ist zu prüfen, ob nicht in bezug auf die Regelung der Vertragsauflösung und deren Folgen eine Vertragslücke besteht und die damit notwendige richterliche Vertragsergänzung die Anwendung von OR 377 insoweit ausschliesst.» *BGr. (TF) 1. 3. 1988 [M. B. c. W. W.]; Pra 77, 1988, S. 629f.* **(14)**

Anmerkung: 1. Diese Erwägungen des Bundesgerichts haben in der amtlichen Publikation des Urteils (BGE 114 II 53ff.), die nur ein Bruchstück des ganzen Entscheides enthält (vgl. Anm. zu Nr. 8), keinen Platz gefunden. Die in der Praxis abgedruckte (aber vom Herausgeber der Praxis gekürzte und redigierte) Fortsetzung ist derart komprimiert, dass sich der Leser über die weiteren Erwägungen des Gerichts (namentlich hinsichtlich der richterlichen Vertragsergänzung) nur mühsam ins Bild setzen kann. Man beachte deshalb die ausführliche Besprechung, die unter Verwendung einer privaten Urteilskopie im nächsten Heft (BR 1989/2) publiziert wird. **2.** Was die Auflösung des Werkvertrages aus wichtigem Grund betrifft, kann auf die vom Gericht selbst zitierte Literatur verwiesen werden. Dass der Besteller nach Art. 377 OR berechtigt ist, den Werkvertrag aus *irgendwelchen Gründen* – also auch aus «*wichtigen*» – aufzulösen, steht ausser Zweifel. Fraglich ist einzig, ob der Umstand, dass der Besteller den Vertrag aus einem «wichtigen Grunde» auflöst, die Schadenersatzpflicht des Art. 377 OR beseitigt (differenziert bejahend: *Gauch,* a. a. O., Nr. 409f.). Zur andern Frage, ob unter der Herrschaft des Art. 377 OR allenfalls auch die Art. 43 und 44 OR anwendbar sind, siehe *Gauch,* a. a. O., Nr. 403. (pg)

Grundstückkaufvertrag – Contrat de vente immobilière

Ungefähre Massangabe beim Verkauf von Stockwerkeigentum – OR 197 und 219 I *(Indications approximatives sur les mesures dans la vente de PPE – CO 197 et 219 I).*

1. Die Eheleute G. erwarben an einer Geschäftsliegenschaft in Luzern Büro- und Archivräume zu Stockwerkeigentum. Nach dem Kaufvertrag sicherten die Verkäufer «einen Miteigentumsanteil im Halte von ca. 479 m²» zu. In der Folge verlangten die Eheleute G. eine Minderung des Kaufpreises, weil die Räume lediglich eine Fläche von 461,5 m² hätten. Amtsgericht und Obergericht wiesen die Klage ab. **2.** Das Obergericht führte aus, wenn das Mass des Kaufgrundstücks nicht genau, sondern nur ungefähr angegeben werde (Zirka-Mass), sei die Gewährleistung für kleinere Differenzen ausgeschlossen; «welche Abweichungen dabei belanglos sind, bestimmt sich nach den Umständen, insbesondere nach der Art des Grundstücks». Beim Kauf von Stockwerkeigentum sei die Flächenangabe neben anderen Faktoren (namentlich der Wertquote) nur ein Element, das der Grundstücksbeschreibung diene. Wenn zudem die Flächenangabe – wie in casu – noch vor Erstellung des Gebäudes gemacht würde, lägen Abweichungen «in der Natur der Sache». Unter den gegebenen Umständen hätten die Käufer mit einer Abweichung von 17,5 m² rechnen müssen. Von einer haftbarmachenden Zusicherung einer Flächenangabe könne daher nicht gesprochen werden, und dies unabhängig davon, ob man Art. 197

oder 219 Abs. 1 OR heranziehe. Es könne daher offengelassen werden, aus welcher der beiden Bestimmungen der Minderungsanspruch hergeleitet werden müsste. *OGr. LU, 15. 1. 1986; LGVE 1986 I, Nr. 9, S. 13f.* **(15)**

Anmerkung: 1. Als Grundstücke gelten gemäss Art. 655 ZGB auch die Stockwerkeigentumsanteile. Auf den Kauf von Stockwerkeigentum finden somit die Regeln über den Grundstückkauf (Art. 216ff. OR) Anwendung. Die Gewährleistungsbestimmung von Art. 219 Abs. 1 OR ist jedoch nach zutreffender Auffassung (*Friedrich,* Praktische Fragen im Zusammenhang mit der Begründung von Stockwerkeigentum, ZBGR 47, S. 343) nicht anwendbar, denn die Angabe einer Nutzfläche beim Kauf von Stockwerkeigentum ist nicht Massangabe im Sinne dieser Bestimmung; hingegen kann es sich um eine zugesicherte Eigenschaft gemäss Art. 197 OR handeln, welche Bestimmung gestützt auf Art. 221 OR auch auf den Grundstückkauf Anwendung findet. **2.** Weicht die tatsächliche Fläche von der im Kaufvertrag angegebenen ab, kommt unter Umständen nicht nur ein Minderungsanspruch in Frage, sondern auch ein solcher aus Art. 23ff. OR. Dieser Anspruch ist aber – anders als der Minderungsanspruch – nicht auf eine Reduktion des Kaufpreises gerichtet, sondern darauf, «den betreffenden Kaufvertrag wegen Irrtums bzw. eines andern Willensmangels für einseitig unverbindlich zu erklären» (*Meier-Hayoz/Rey,* N 26 zu Art. 712e ZGB). Er bringt dem Käufer also «keinen Nutzen, wenn er das Grundstück behalten und eine dem Minderwert entsprechende Preisreduktion erlangen will» (BGE 106 II 345, Originaltext französisch, Übersetzung gemäss Praxis 1981, S. 349). **3.** Zu beachten ist ferner der Anspruch auf Berichtigung der Wertquote gemäss Art. 712e Abs. 2 ZGB. Dieser Anspruch ist aber nicht gegen den Verkäufer gerichtet, sondern gegen jene Stockwerkeigentümer, deren Wertquoten ebenfalls zu ändern sind, falls die Voraussetzungen des Berichtigungsanspruchs erfüllt sind (*Meier-Hayoz/Rey,* N 25 zu Art. 712e ZGB). (ak)

Vorvertrag zu einem Grundstückkaufvertrag – Schadenersatzpflicht des zum Verkauf Verpflichteten infolge ungerechtfertigten Vertragsrücktritts – OR 91ff., 97, 107–109 *(Précontrat à un contrat de vente immobilière – Réparation du dommage en cas de révocation injustifiée du contrat – CO 91ss, 97, 107–109).*

1. S. versprach der T. AG mit öffentlich beurkundetem Vertrag, die Liegenschaft «Schloss Freidorf» zu renovieren, in Stockwerkeinheiten aufzuteilen und der T. AG zwei Wohnungen zum Preis von Fr. 147000.– und 142000.– zu verkaufen. Bei der Bauausführung ergaben sich Differenzen, weil die T. AG der Ansicht war, der ganze Estrich gehöre zu den beiden für sie bestimmten Wohnungen, während S. einen Teil des Estrichs den übrigen Wohnungseigentümern vorbehalten wollte. Als die T. AG auf ihrer Auffassung bestand, trat S. unter Berufung auf Art. 95 OR (angebliche antizipierte Annahmeverweigerung der T. AG) vom Vertrag zurück und verkaufte die beiden Dachwohnungen an Dritte. In der Folge verlangte die T. AG Fr. 150000.– Schadenersatz, berechnet als Differenz zwischen dem Wert der beiden Wohnungen und dem vertraglichen Kaufpreis. Die erste und zweite Instanz hiessen die Klage teilweise gut. Sie verneinten die Voraussetzungen für den Vertragsrücktritt und erklärten S. gestützt auf Art. 97 OR für haftbar. Das Bundesgericht bejahte die Haftung dem Grundsatz nach ebenfalls, hielt jedoch den Schadensnachweis nicht für erstellt. **2.** Die T. AG hatte zwar erklärt, dass sie das ganze Estrichgeschoss als zu den Dachwohnungen gehörig beanspruche und sich mit der abweichenden Meinung des S. nicht abfinden werde. Sie hatte jedoch nicht erklärt, sie werde für den Fall, dass S. mit seiner Auffassung gerichtlich durchdringen sollte, auf den Erwerb der Wohnungen verzichten. Von einer (antizipierten) Annahmeverweigerung, die der S. behauptete, konnte unter diesen Umständen (obwohl die Auffassung von S. tatsächlich zutraf!) nach Ansicht des Bundesgerichts nicht die Rede sein. **3.** «Eine solche Annahmeverweigerung würde zudem einen Rücktritt des Beklagten nur nach Massgabe der Art. 107–109 OR rechtfertigen (Art. 95 OR)» (E. 2). S. hatte jedoch entgegen Art. 107 OR keine Nachfrist angesetzt, obwohl nach den Umständen auf eine solche nicht hätte verzichtet werden dürfen. **4.** Um sich der Schadenersatzpflicht zu entziehen, hatte S. geltend gemacht, die T. AG wäre gar nicht in der Lage gewesen, die beiden Wohnungen vertragsgemäss Zug um Zug gegen Barzahlung von Fr. 289000.– zu erwerben. Das Bundesgericht erklärte, der der T. AG obliegende Beweis ihres Schadens hätte den Beweis der Finanzierungsmöglichkeit miteingeschlossen. Indem die Vorinstanz diesen Beweis dem S. auferlegt habe, habe sie Art. 8 ZGB verletzt. Es wies die Sache daher zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück. *BGr. (TF) 4. 6. 1985 [S.c. T. AG]; BGE (ATF) 111 II 156ff. = JdT 1986 I 28.* **(16)**

Anmerkung: 1. Hätte eine antizipierte Annahmeverweigerung vorgelegen, so hätte wohl gleichzeitig auch ein antizipierter Schuldnerverzug mit der Zahlung der Kaufsumme bejaht werden müssen. Die Art. 107–109 OR hätten dann direkt (ohne Art. 95 OR) angerufen werden können. **2.** Art. 95 OR ist eine eher selten angewendete Regel des Gläubigerverzugs. Sie greift ein, wenn der Schuldner «zu einer andern als einer Sachleistung» (in casu: Vertragsabschluss) verpflichtet ist. **3.** Wer als Vertragsgläubiger Schadenersatz aus einer Vertragsverletzung verlangt, hat diese, den Schaden und den (adäquaten) Kausalzusammenhang zwischen beidem zu beweisen (Art. 42 i. V. m. Art. 99 Abs. 3 OR). Der Beweis ist misslungen, wenn sich der behauptete Schaden auch ohne Vertragsverletzung eingestellt hätte. Dies behauptete S. im vorliegenden Fall, indem er geltend machte, die T. AG hätte mangels Finanzen ohnehin nicht erfüllen können, weshalb er selbst nicht hätte erfüllen, d. h. die fraglichen Wohnungen nicht hätte übereignen müssen und die T. AG daher den behaupteten Schaden ohnehin gehabt hätte. Der Beweis für die Finanzierungsmöglichkeit hätte in Umkehr der normalen Beweislastverteilung höchstens dann dem S. obgelegen, wenn eine natürliche Vermutung für die Finanzierungsmöglichkeit gesprochen hätte. Nach Auffassung des Bundesgerichts trifft dies jedoch nicht zu (es ist nicht zu vermuten, «dass jeder Käufer von Eigentumswohnungen für Fr. 289000.– im massgeblichen Zeitpunkt den Preis bar zahlen kann»). Ob eine natürliche Vermutung eine Umkehr der Beweislast zu bewirken vermag, konnte unter diesen Umständen offengelassen werden. (ak)

Taxes et impôts liés à la vente immobilière – Opposition au commandement de payer – Mainlevée provisoire, LP 82 *(Abgaben und Steuern im Zusammenhang mit Grundstückkauf – Zahlungsverweigerung – Provisorische Rechtsöffnung; SchKG 82).*

La clause contenue dans un contrat de vente notarié, stipulée en Italie, en vertu de laquelle la venderesse assume les «taxes et impôts à elle imposés par la loi» – ce qui doit notamment comprendre l'impôt sur la plus-value immobilière – ne constitue pas un titre pour la mainterée provisoire de l'opposition. Il en va ainsi même si l'acquéreur, qui a été obligé de payer cette somme et en réclame le remboursement à la venderesse, peut établir qu'il a été contraint de les régler ensuite de décisions en force. *TC TI 11. 6. 1986 (F. Bueli c. G. Galfetti); Rep. 1987, p. 240 avec note r. b.)* **(17)**

Mäklervertrag oder einfacher Auftrag? – Ersatz für Aufwendungen bei Widerruf? – OR 404 II *(Contrat de courtage ou contrat de mandat? – Indemnisation pour les dépenses en cas de révocation – CO 404 II).*

1. Am 14. 12. 1979 erteilte die Beklagte der Klägerin den Auftrag, ihr den Verkauf von 173 Stockwerkeinheiten zu vermitteln; die Klägerin wurde aber nicht zusätzlich ermächtigt, die einzelnen Kaufverträge im Namen der Beklagten selber abzuschliessen. Obwohl in der Vereinbarung beiläufig auch von «Verkaufstätigkeit» die Rede ist und der Klägerin die Befugnis eingeräumt worden war, auf Rechnung der Beklagten Anzah-

lungen an den Kaufpreis entgegenzunehmen, kann die Abmachung als Ganzes nur so verstanden werden, dass sich die Beklagte den Abschluss von Verträgen vorbehielt. Für die erfolgreiche Vermittlung von Verträgen wurde eine Provision von 20% des Kaufpreises vereinbart. **2.** Die Bemühungen der Klägerin blieben erfolglos. Sie verlangte denn auch nach erfolgtem Widerruf des Auftrages keine Provision, wohl aber Ersatz aller Aufwendungen im Betrag von über 300000 Franken, die ihr durch ihre Bemühungen im Interesse der Auftraggeberin erwachsen waren. Zur Begründung berief sie sich auf Art. 404 Abs. 2 OR, wonach im Falle eines ungerechtfertigten Widerrufs eines Auftrages der dadurch verursachte Schaden zu ersetzen ist. Die Anwendung dieser Bestimmung fiel schon deshalb ausser Betracht, weil es sich nicht um einen einfachen Auftrag, sondern um einen im Gesetz eigens geregelten Mäklervertrag handelt. Blosse Vermittlungstätigkeit kann auch Gegenstand des einfachen Auftrages bilden. Das Versprechen eines *erfolgsbedingten* Vergütungsanspruchs ist jedoch typisches Abgrenzungsmerkmal des Mäklervertrages vom einfachen Auftrag. **3.** Zwar erweisen sich im Falle des Widerrufs die bis dahin getätigten Aufwendungen als nutzlos. Dies stellt indessen ein für die Mäklertätigkeit charakteristisches Risiko dar. Wer sich dessen entschlagen will, muss sich den Aufwendungsersatz vom Vertragspartner ausdrücklich versprechen lassen. *KGr. GR 25. 2. 1986; PKG 1986, S. 45ff.* **(18)**

Anmerkungen: 1. Der Auffassung, dass OR 404 II im Recht des Mäklervertrages keine Anwendung findet, ist zuzustimmen. Jedoch ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass der Mäklerlohn als verdient gilt, wenn der Mäkler den Abschluss des Vertrages gefördert hat, dieser aber erst nach Beendigung des Mäklervertrages zustandekommt (*Hofstetter,* Schweizerisches Privatrecht VII/2, § 15, 2, S. 126). **2.** Die Provision des Liegenschaftenmäklers liegt in der Regel zwischen 2–5% des Verkaufspreises. Die hier vereinbarten 20% lassen den Schluss zu, dass es sich um eine unerfreuliche hochspekulative Bautätigkeit handelt. (hm)

Sachenrecht – Droits réels

Propriété foncière – Empiétement illicite sur le fonds voisin pour y ériger une installation de chantier – CC 641 II, 695 *(Grundeigentum – Ungerechtfertigte Einwirkung auf das Nachbargrundstück bei Errichtung eines Weges – ZGB 641 II, 695).*

1. Si les conditions posées par la législation cantonale pour l'existence d'un droit d'échelage ne sont pas remplies, le propriétaire du fonds objet de l'empiétement illicite peut exiger la suppression de l'empiétement et la réparation de l'éventuel dommage qu'il aurait subi. **2.** Ce propriétaire peut aussi agir en enrichissement illégitime, aux conditions ordinaires des art. 62ss CO; si le fonds est affermé, ce n'est pas le propriétaire, mais le fermier qui est éventuellement appauvri sans droit. *TC FR 1. 4. 1986; Extraits 1986, p. 10 ss.* **(19)**

Note: L'entreprise X, chargée par A de bâtir une villa sur le fonds de celui-ci, a érigé partiellement l'installation du chantier sur le fonds voisin, propriété de B et affermé à C; aucune autorisation n'avait été accordée par B. En principe, un propriétaire (ou l'entreprise qui effectue des travaux pour lui) n'a bien sûr pas le droit d'utiliser le fonds voisin pour les besoins du chantier, à moins qu'un accord ait été trouvé à ce sujet avec le propriétaire voisin (ou éventuellement avec son fermier). L'art. 695 CC permet toutefois aux cantons de «régler la faculté réciproque des propriétaires d'emprunter le fonds voisin pour des travaux d'exploitation, de réparation ou de construction sur leur propre fonds». Les cantons peuvent ainsi introduire au profit du voisin un «droit d'échelage» (Hammerschlagsrecht, Leiterrecht), qui constitue une restriction légale (directe) de la propriété du voisin. Voir à ce sujet ATF 104/1979 II 166 = JdT 1980 I 13; *B. Schnyder,* Das Hammerschlags- oder Leiterrecht – Bundesrecht oder kantonales Recht?, in Mensch und Umwelt, Fribourg 1980, p. 265ss ainsi que le cas valaisan présenté dans DC 1983, p. 18.

Précisément, le canton de Fribourg, à l'instar de la plupart des cantons, a introduit dans sa loi d'application du Code civil un article sur le droit d'échelage, en ces termes: «Le propriétaire d'une clôture ou construction élevée à la limite de son terrain peut, si cela est nécessaire pour l'édifier, la restaurer ou la reconstruire, emprunter le fonds voisin, moyennant avis préalable et réparation du dommage causé» (art. 248). Dans la présente affaire, le Tribunal est toutefois parvenu à la conclusion qu'un tel droit d'échelage n'existait pas car le chantier aurait pu être installé entièrement sur le fonds du constructeur. Le propriétaire voisin aurait donc pu s'opposer à l'empiétement illicite, au besoin par l'action négatoire de l'art. 641 al. 2 (et non par l'action de l'art. 679, car il y a eu atteinte directe à son droit de propriété; voir ATF 111/1985 II 24 = JdT 1986 I 162 et 107/1981 II 134 = JdT 1982 I 462). Le propriétaire ne l'a cependant pas fait, mais a ouvert action par la suite en vue d'obtenir une somme d'argent en raison de l'empiétement illicite. Dans l'esprit du demandeur, cette action avait le caractère d'une action en dommages-intérêts (fondée sur l'art. 679 CC ou, plus vraisemblablement, sur l'art. 41 CO); le Tribunal rejette cette action en constatant que le propriétaire-demandeur n'a pas subi de dommage en l'espèce parce que le fonds était affermé et qu'il avait perçu le fermage convenu. Mais l'arrêt est surtout intéressant parce qu'il admet, à mon sens avec raison, que le demandeur aurait pu, même en l'absence de dommage, fonder sa prétention sur les règles relatives à l'enrichissement illégitime (art. 62ss CO). En effet, en «utilisant un procédé inadmissible dans une société organisée», le constructeur a fait l'économie de la somme d'argent qu'il aurait dû débourser soit à titre de loyer pour le terrain occupé, soit en raison des démarches nécessaires qu'il aurait dû entreprendre s'il n'avait pas utilisé le terrain du voisin. En l'espèce, le Tribunal a pourtant aussi refusé le versement d'une somme d'argent au titre de l'enrichissement illégitime; l'enrichissement du défendeur n'a en effet pas eu pour corollaire un appauvrissement du propriétaire-demandeur, à nouveau pour le motif que le fonds était affermé et que le fermage a été versé comme convenu. L'arrêt laisse cependant entendre que, si c'était le fermier qui avait ouvert action, il aurait eu gain de cause. (phs)

Propriété foncière – Acquisition par occupation ou par prescription extraordinaire – CC 658, 662 *(Grundeigentum – Erwerb durch Aneignung oder ausserordentliche Ersitzung – ZGB 658, 662).*

1. Un immeuble immatriculé au registre foncier avec l'indication «Propriétaire inconnu» ne peut pas être acquis par occupation. **2.** Par contre, un tel immeuble peut être acquis par prescription extraordinaire. *TF (BGr.) 7. 3. 1988; ATF (BGE) 114 II 32ss.* **(20)**

Brunnen als Fahrnisbaute? – Besitzeskonstitut – Vorrang des vorgemerkten Kaufsrechtsberechtigten – ZGB 667 I, 677, 924 I, 959 *(Fontaine comme construction mobilière? – Constitut possessoire – Priorité du bénéficiaire d'un droit d'emption annoté – CC 667 II, 677, 924 I, 959).*

Am 30. November 1984 verkaufte ein Grundeigentümer einen auf seiner Liegenschaft stehenden Granitbrunnen. Der Brunnen blieb vorerst auf der Liegenschaft stehen. Am 15. Oktober 1985 räumte der Grundeigentümer einem Dritten ein Kaufsrecht an seiner Liegenschaft ein. Am 17. Oktober 1985 wurde das Kaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt. Am 2. Dezember 1985 liess der Brunnenkäufer den Brunnen von der Liegenschaft abholen. Am 17. Februar 1986 machte der Kaufsrechtsberechtigte von seinem Kaufsrecht an der Liegenschaft Gebrauch. Am 24. Februar 1986 wurde er als Eigentümer des Grundstückes im Grundbuch eingetragen. In einem vom neuen Grundeigentümer gegen den Brunnenkäufer gerichteten Befehlsverfahren wurde dieser verhalten, den Brunnen auf die Liegenschaft zu-

rückzubringen. Ein dagegen eingereichter Rekurs wurde abgewiesen. *Obergerichtskommission Obwalden, 26. 3. 1987; Amtsbericht Rechtspflege OW 1986/7, Nr. 5, 38–42.* **(21)**

Anmerkung: 1. Der von der Obergerichtskommission gutgeheissene Entscheid des (erstinstanzlich angerufenen) Kantonsgerichtspräsidenten erging unter der Voraussetzung, dass es sich um «klares Recht» handle. Mithin durften sich für die Entscheidbehörde «unter Berücksichtigung bewährter Auslegung und Rechtsprechung (vom Verf.: man achte auf die Reihenfolge) keine begründeten Zweifel ergeben» (Entscheid a. a. O. 39). Daraus erhellt, dass nach Ansicht beider Instanzen der Entscheid nicht etwa auf des Messers Schneide lag. **2.** Der Grundeigentümer gewordene Kaufsrechtsberechtigte berief sich für sein Herausgabebegehren auf Art. 641 Abs. 2 ZGB, mithin auf seine Eigentümerstellung. Mit Rücksicht darauf war zunächst zu untersuchen, ob der verkaufte Brunnen eine Fahrnisbaute im Sinne von Art. 677 ZGB sei oder aber gemäss Art. 667 Abs. 2 ZGB als Dauerbaute Bestandteil der Liegenschaft bilde. Wir haben es hier mit einem schönen Fall zu tun insofern, als das objektive Element der äusseren Verbindung mit dem Boden für sich allein nicht ausreichen würde, um den Brunnen zur Dauerbaute zu stempeln. War doch der Brunnen durch keinerlei technische Hilfsmittel mit dem Boden verbunden und ruhte lediglich mittels seiner Schwerkraft auf dem Grund. Immerhin war der Brunnen mehrere hundert Kilo schwer, so dass jedenfalls jene minimale äussere Verbindung vorlag, welche erst bei Hinzutreten einer (um so stärkeren) inneren Verbindung die Baute zur Dauerbaute macht. Diese innere Verbindung, das subjektive Element, beurteilt sich entscheidend nach der Absicht der Beteiligten. Dass diese in casu auf Dauer angelegt war, konnte um so leichter angenommen werden, als der Brunnen schon 1866 aufgestellt worden war. Da vermochte auch eine Verschiebung im Jahre 1970, verbunden mit einer Zweckänderung, für sich allein nichts zu ändern. **3.** Im zu besprechenden Entscheid wird alsdann untersucht, ob denn nicht beim Brunnenkauf im Sinne eines Besitzeskonstituts vereinbart worden sei, der Veräusserer verbleibe im Besitz. Das wird mit Recht verneint, weil eben gerade keine entsprechende Vereinbarung vorlag. Wie wäre es aber gewesen, wenn ein solches besonderes Rechtsverhältnis im Sinne von Art. 924 Abs. 2 vorgelegen hätte? Das Gericht hat sich mit dieser Frage nicht beschäftigen müssen. Aus seiner Prüfung der Vorfrage (ob das besondere Verhältnis vorliege) könnte man aber schliessen, für diesen Fall wäre ein Besitz- und mithin Eigentumsübergang an der Sache zustandegekommen. Das erscheint mir jedenfalls in solchen Fällen ausgeschlossen, da die Baute oder der verkaufte Teil einer Baute derart eng mit dem Boden verbunden sind, dass Art. 677 (Fahrnisbaute) gar nicht zum Zuge kommen kann, in Fällen also, in denen eine noch so schwache «innere Verbindung» nicht ausreicht, um die Baute in eine Fahrnisbaute umzuwandeln. In unserm Falle hätte sich indessen die schöne Frage gestellt, ob durch den Vertrag, der das Besitzeskonstitut begründet, eine Sache, die bis anhin Dauerbaute war, nunmehr zur Fahrnisbaute würde. Zwar verneinen die Kommentare die Möglichkeit, eine Baute, die Bestandteil eines Grundstückes ist, durch blosse Zweckänderung in eine Fahrnisbaute umzuwandeln, während das Umgekehrte (Umwandlung einer Fahrnisbaute in eine Dauerbaute) zulässig sein soll *(Meier-Hayoz,* Berner Kommentar, N 27 f. zu Art. 677 ZGB; *Haab,* Zürcher Kommentar, N 17 zu Art. 667: beide entgegen einer a. M.). *Haab* a. a. O. spricht sogar ausdrücklich vom Kauf auf Abbruch. Die Frage des Besitzeskonstituts wird aber nicht geprüft. Meines Erachtens dürfte man hier bei einem nur lose mit dem Boden verbundenen Gegenstand diese Umwandlungsmöglichkeit bejahen. **4.** Nachdem nun die Sache dem Brunnenverkauf zum Trotz vorerst im Eigentum des Grundeigentümers verblieben ist, hat sich die Frage gestellt, ob denn das Eigentum für den in der Zwischenzeit im Grundbuch vorgemerkten Kaufsrechtsberechtigten nicht schon längst «verloren» gewesen sei, weil ja der Brunnen vor der Ausübung des Kaufsrechtes und der Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch durch den Brunnenkäufer abgeholt worden war. Diese ebenfalls sehr schöne (allerdings nicht so pointiert gestellte) Frage beantwortet das Gericht mit den bezüglich Art. 959 ZGB sehr generellen Bemerkungen: «Durch die Vormerkung ... entstand eine Wirkung des obligatorischen Rechtes gegenüber jedem später erworbenen Recht, namentlich auch gegenüber später erworbenen dinglichen Rechten ... Eine nach Abgabe der Vormerkung des Kaufrechts erfolgte Übertragung ist daher unwirksam und stellt keinen gültigen Eigentumserwerb dar» (a. a. O. 42). Nun stimmt, was das Gericht sagt, zweifellos für den Fall, dass etwa das Grundstück in der Zwischenzeit verkauft worden wäre, oder in Fällen, da in der Zwischenzeit andere mit dem vorgemerkten Recht unvereinbare dingliche Rechte vorgemerkt worden wären (siehe in der soeben erschienenen deutschen Übersetzung von *Deschenaux,* SPR V/3, I, Das Grundbuch, 333). Betrifft aber die «Beschränkung der Freiheit des Eigentümers, über sein Grundstück zu verfügen» (*Deschenaux* a. a. O.) auch die Freiheit, einen so lose mit dem Boden verbundenen Gegenstand, dass er objektiv gesehen auch Fahrnisbaute sein könnte, auf einen Dritten zu übertragen? Ähnlich, wenn auch weniger zugespitzt, würde sich übrigens die Frage stellen, wenn es um einen echten Verkauf auf Abbruch (wo also wirklich «abgebrochen» werden muss) ginge? Der innere Grund für die weitreichende Wirkung einer Vormerkung im Grundbuch liegt doch wohl in der dadurch geschaffenen Publizität, deren Anrufung sich eben auch gutgläubige Dritte nach Art. 970 Abs. 3 ZGB gefallen lassen müssen. Aber: Sind mit diesen Dritten nicht in erster Linie eben jene gemeint, die im Zusammenhang mit dem von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäft (und den damit verbundenen Erfüllungshandlungen) eigentlich das Grundbuch konsultieren müssten? Wo die natürliche Publizität (wie bei einem nur durch Schwerkraft mit dem Boden verbundenen Gegenstand) fehlt und der Dritte mithin guten Glaubens sein darf, er habe es nicht «mit dem Grundstück» zu tun, ist der Gang zum Grundbuch nicht gerade naheliegend. Wer ein Bild kauft, das in einem Hause hängt, wird ja auch nicht damit rechnen, dass es ihm ein paar Jahre später von einem damals vorgemerkten Kaufsrechtsberechtigten zurückverlangt wird. Ich möchte hier abbrechen und die Beantwortung dieser (doch recht grundsätzlichen) Frage vertagen, nicht ohne den Hinweis, dass die «déformation professorale» mir (anders als dem Gericht) grosse Mühe bereitet hätte, von «klarem Recht» zu sprechen. (bs)

Propriété foncière – Construction sur fonds d'autrui – CC 672 *(Grundeigentum – Baute auf fremdem Grundstück – ZGB 672).*

Si un propriétaire de matériaux construit de bonne foi un mur sur le fonds d'autrui et que le propriétaire du fonds n'exige pas la destruction du mur, le propriétaire du fonds n'est tenu de payer une indemnité équitable au constructeur que si le mur augmente la valeur de son fonds. *TF (BGr.) 19. 7. 1985; Rep. 119/1986, p. 216 ss.* **(22)**

Possession – Réintégrande et action à raison du trouble – CC 927 I, 928 *(Besitz – Klage aus Besitzesentziehung und Besitzesstörung – ZGB 927 I, 928).*

Le recours en réforme au Tribunal fédéral est irrecevable contre une décision cantonale de dernière instance rendue sur une action possessoire (réintégrande ou action à raison du trouble). *TF (BGr.) 31. 8. 1987; ATF (BGE) 113 II 243 ss.* **(23)**

Note: Cet arrêt confirme la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral. (phs)

Bauhandwerkerpfandrecht – Beweislast gemäss kantonalem Zivilprozessrecht *(Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Fardeau de la preuve selon procédure civile cantonale).*

Die Verhandlungsmaxime gemäss Art. 156 Abs. 2 und 3 GR ZPO wird willkürlich verletzt, wenn die Klage mangels Beweisen abgewiesen wird, obwohl die Vormerkung des Bauhandwerkerpfandrechtes im Grundbuch aufgrund der Vorbringen und des Verhaltens der Parteien eindeutig zugestanden ist. *BGr. (TF) 23. 12. 1987; BGE (ATF) 113 I a 433 ff.* **(24)**

Anmerkung: In diesem Streitfall reichte der Unternehmer nach der superprovisorischen Vormerkung des Baupfandes im Grundbuch Klage auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes ein. Diese wurde vom Kantonsgericht Graubünden mangels Beweises des Grundbucheintrages, das heisst der Vormerkung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes (Art. 75 GBV), abgewiesen.

Das Bundesgericht hiess die auf Art. 4 BV gestützte Willkürbeschwerde des klagenden Handwerkers zu Recht gut. Der beklagte Grundeigentümer bestritt die Wahrung der Dreimonatsfrist in bezug auf die Heizungsanlage und leitete daraus ab, dass «mit gutem Grund» auch die Frist in bezug auf die sanitären Installationen nicht gewahrt worden sei, eventuell anerkannte er die Gutheissung der Klage für die Sanitärinstallationsarbeiten. Damit ging er stillschweigend davon aus, dass die Vormerkung im Grundbuch erfolgt war. Er berief sich nie auf die fehlende Vormerkung und anerkannte damit konkludent diese Tatsache. Vom Handwerker durfte somit kein weiterer Beweis des Grundbucheintrags verlangt werden. Prozess-Ordnung ja, Rabulistik nein! (rs)

Bauhandwerkerpfandrecht – Pfandobjekt und Dreimonatsfrist beim Stockwerkeigentum – ZGB 839 II *(Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Propriété par étages comme objet de l'hypothèque – Délai de trois mois pour requérir l'inscription – CC 839 II).*

Gemäss Art. 648 Abs. 3 ZGB, welcher das Pfandobjekt bei Miteigentum regelt, dürfen nur noch die einzelnen Stockwerkeinheiten und nicht mehr die Gesamtliegenschaft mit Bauhandwerkerpfandrechten belastet werden, sofern und sobald eine oder mehrere Stockwerkeinheiten verpfändet sind. Wenn trotzdem zuerst das Gesamtgrundstück (bzw. das Hauptbuchblatt der Liegenschaft; Art. 945 Abs. 1 ZGB und Art. 33a Abs. 1 GBV) mit einem Baupfand belastet wird, darf dieses später nicht auf die Stockwerkeinheiten aufgeteilt beziehungsweise umgelegt werden. Es liegt kein auf mehreren Grundstücken errichtetes Pfandrecht vor. Die ungültige Belastung der Gesamtliegenschaft ist zu löschen. Neue Bauhandwerkerpfandrechte auf den einzelnen Stockwerkeinheiten können nur errichtet werden, wenn die Dreimonatsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB im Zeitpunkt ihrer Errichtung noch nicht abgelaufen ist. Durch die ungültige Vormerkung eines Baupfandes zu Lasten der Gesamtliegenschaft wird die Dreimonatsfrist nicht gewahrt. *OGr. ZH 25. 2. 1986; ZR 1988, S. 40 ff.* **(25)**

Anmerkung: 1. Dieses Urteil führte zur erstmaligen Bestätigung des Grundsatzes, dass Art. 648 Abs. 3 ZGB, eine Bestimmung des Miteigentumsrechtes, auch im Rechtsgebiet des Stockwerkeigentums anwendbar ist, durch das Bundesgericht (BGE 113 II 157 ff. = BR 1988, S. 19 f., Nr. 20). **2.** Das vorinstanzliche Urteil zeigt die Konsequenz der Anwendung des Art. 648 Abs. 3 ZGB für die Praxis in bezug auf die Wahrung der dreimonatigen Eintragungsfrist des Art. 839 Abs. 2 ZGB auf: Die Belastung der Grundliegenschaft ist ungültig, wenn bereits eine oder mehrere Stockwerkeinheiten verpfändet sind, und vermag deshalb die Frist nicht zu wahren. Sie wird nur eingehalten, wenn die einzelnen Stockwerkeinheiten innert drei Monaten nach Arbeitsvollendung belastet werden (zum getrennten Fristenlauf für die einzelnen Stockwerkeinheiten vgl. BGE 112 II 214 ff. = BR 1987, S. 93 f., Nr. 126). Das vorübergehend zu Lasten der Gesamtliegenschaft vorgemerkte Baupfand kann nicht auf die Stockwerkeinheiten beziehungsweise auf die Blätter der Stockwerke «umgelegt» werden. Der Zeitpunkt der ungültigen Belastung der Gesamtliegenschaft kann demzufolge auch nicht auf die Wahrung der Dreimonatsfrist angerechnet werden. Anders verhält es sich, wenn die Forderung vorläufig als Gesamtpfand auf allen Stockwerkeinheiten eingetragen und die einzelnen Pfandsummen später herabgesetzt werden (vgl. *Schumacher,* Bauhandwerkerpfandrecht, 2. Aufl., Nr. 394 ff.). (rs)

Bauhandwerkerpfandrecht – Gesamtpfand *(Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs reposant sur plusieurs biens fonds).*

Es ist unzulässig, zur Sicherstellung der gesamten Werklohnforderung für eine Erschliessungsstrasse ein einzelne Parzelle, über welche die Strasse teilweise führt, mit einem Gesamtpfand zu belasten. Nur soweit auf dem belasteten Grundstück Arbeiten geleistet worden sind, ist ein Baupfand zulässig. *OGr. LU 28. 4. 1986; LGVE 1986 I, Nr. 5, S. 6 f.* **(26)**

Anmerkung: Dieses Urteil entspricht der wohl herrschenden Rechtsprechung und Lehre, dass das Bauhandwerkerpfandrecht in der Form eines Gesamtpfandes zu Lasten mehrerer Liegenschaften grundsätzlich unzulässig ist. Jedes Grundstück haftet nur für die Bauarbeiten, die auf ihm selber ausgeführt worden sind und deshalb seinen Wert vermehrt haben (*Schumacher,* Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 388 ff. mit zahlreichen Verweisungen). Die Eigentümer mehrerer Grundstücke haften in der Regel nicht solidarisch. Ein Gesamtpfand kann jedoch ausnahmsweise zulässig sein, wenn ein einheitliches Bauwerk (z. B. eine Fabrikhalle) auf mehreren Grundstücken erstellt wird (vgl. BGE 102 I a 81 ff.; *Schumacher,* Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 393). Da bei Gesamtüberbauungen und Stockwerkeigentum die Verhältnisse oft unübersichtlich sind, jedoch die Dreimonatsfrist drängt, lässt es die Praxis zu Recht zu, dass vorerst pauschale Pfandsummen, auch in der Höhe der gesamten unbezahlten Forderung des Handwerkers, auf sämtlichen gleichzeitig überbauten Grundstücken beziehungsweise Stockwerkeinheiten vorgemerkt werden. Die definitiven Pfandsummen sind später, nämlich entweder im raschen Verfahren betreffend vorläufige Eintragung oder im Hauptprozess um die definitive Eintragung, festzulegen. Dementsprechend sind die im Grundbuch vorgemerkten Pfandsummen herabzusetzen. Wegen der Dreimonatsfrist können Pfandsummen nachträglich nicht erhöht, sondern bloss herabgesetzt werden (zum Ganzen vgl. *Schumacher,* Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 394 ff.) (rs)

Haftpflichtrecht – Droit de la responsabilité

Verantwortlichkeit des Gemeinwesens für im Rechtsmittelverfahren abgeänderte Entscheide und für Verzögerungsschäden infolge Einlegung von Rechtsmitteln durch das Gemeinwesen *(Responsabilité de la collectivité en cas de modification d'une décision après recours et pour le dommage intermédiaire consécutif à un recours formé par la collectivité).*

Gestützt auf kantonales Walliser Recht (Gesetz vom 10. Mai 1978 «über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Gemeinwesen und ihrer Amtsträger») ist die Haftung nur zu bejahen, wenn dem Gemeinwesen offensichtliche Willkür vorzuwerfen ist. *KGr. VS 3. 4. 1987 (K. c. Munizipalgemeinde Betten); ZWR (RVJ) 1987, S. 337 ff.* **(27)**

Anmerkung: 1. Mit dieser Regelung wollte der kantonale Gesetzgeber nach Auffassung des Kantonsgerichts offenbar eine Angleichung der kantonalrechtlichen an die bundesrechtliche Ordnung der Ersatzpflicht für Verzögerungen erreichen, die auf die Anordnung vorsorglicher Massnahmen und auf ungerechtfertigte Baueinsprachen zurückgehen. **2.** Eine solche Angleichung ist durchaus erwünscht. Das Bundesgericht hat sich schon in BGE 88 II 276 (dazu ZbJV 1962 373 ff. betreffend ungerechtfertigte vorsorgliche Verfügung) und neuestens in BGE 112 II 32 (dazu ZbJV 1988 195 f.) zu ungerechtfertigten Baueinsprachen geäussert. Es dürfte wohl angezeigt sein, hinsichtlich von verzögernden Baueinsprachen den Begriff der groben Fahrlässigkeit, der für das Bundesgericht massgebend ist, nicht allzu eng auszulegen, dies im Hinblick darauf, dass nach Aussagen von Baurechtspraktikern wenig begründete und auch schlicht unbegründete Einsprachen nicht selten lediglich in der Hoffnung erhoben werden, vom Bauwilligen als Gegenleistung für den Rückzug (der die kostenverursachende Verzögerung beseitigt) eine namhafte Abfindung zu erlangen (s. BR 1988 48 Merk-Würdigkeiten, «Scène de la vie immobilière»). **3.** Vgl. im übrigen BR 1988 44 Nr. 56 die Anmerkung pt zu BGE 112 II 32–35, JdT 1986 I 351. (hm)

Forum

Forum

Vertragsfloskeln*

Prof. Dr. ALFRED KOLLER
Professor an der Hochschule St. Gallen

Il est fréquent que les parties à un contrat de vente immobilière introduisent dans leur contrat sur proposition du notaire, une série de clauses dont la portée n'est pas toujours voulue; on parle alors de «clauses de style». Comme ces textes concernent le plus souvent l'exclusion ou la limitation de la garantie pour les défauts, ils ont en pratique une grande importance. L'auteur rappelle et propose quelques règles générales à ce sujet.

1. Im Zusammenhang mit Grundstückkaufverträgen ist immer wieder von sogenannten Vertragsfloskeln die Rede[1]. Unter einer Vertragsfloskel wird eine Bestimmung des öffentlich beurkundeten Grundstückkaufvertrages verstanden, die von der Urkundsperson ohne Verlangen der Parteien in den Vertrag aufgenommen wird und die ungültig ist, weil vom Vertragskonsens nicht erfasst.

Mit dieser merkwürdigen Erscheinung hatte sich auch schon das **Bundesgericht** zu befassen, erstmals in BGE 60 II 444. Zur Beurteilung stand ein Vertrag, welcher unter anderem bestimmte: «Gewährleistung ist wegbedungen.» Die Vorinstanz, das Zürcher Obergericht, hatte festgestellt, dass solche Gewährleistungsklauseln im zürcherischen Grundstücksverkehr auf die Zeit der ersten Fassung des privatrechtlichen Gesetzbuches zurückgingen und den Zweck hatten, den Verkäufer vor der Haftung für die damals noch zahlreichen, nirgends eingetragenen und darum oft ihm selbst unbekannten dinglichen Rechte zu schützen; seither werde die Klausel von den Urkundsbeamten übungsgemäss weiter verwendet, wobei die Parteien in den wenigsten Fällen darüber sprechen würden. Das Bundesgericht führte dann aus:

«Diese Feststellungen (sc. des Zürcher Obergerichts) sind tatsächlicher Natur und daher für das Bundesgericht gemäss Art. 81 OG verbindlich. Darnach erscheint fraglich, ob der Klausel überhaupt irgendwelche rechtliche Wirkung zuerkannt werden kann. Wenn sie in den Kaufverträgen im Grunde genommen nur noch als traditionelle Formel mitgeführt wird, über deren Bedeutung sich die Parteien in den meisten Fällen gar nicht mehr Rechenschaft geben – und dafür, dass es sich im vorliegenden Fall anders verhalten habe, liegen keine Anhaltspunkte vor –, so fehlt der äusseren Erklärung der entsprechende innere Parteiwille, ohne den eine verbindliche Abrede nicht zustande kommt. Zum mindesten aber darf der Klausel beim erwähnten Sachverhalt nicht der weitgehende, jede Gewährspflicht ausschliessende Sinn beigelegt werden, den sie nach dem Wortlaut haben könnte.»

Unter welchen Voraussetzungen nun aber eine verbindliche, wenn auch eng zu interpretierende Vertragsklausel vorliegt und unter welchen Voraussetzungen eine völlig ungültige Klausel, somit eine Vertragsfloskel, das bleibt nach der Lektüre des Entscheids unklar. Spätere Entscheide bringen insoweit keine Verdeutlichung, auch kantonale Urteile nicht. Auf die Problematik soll daher hier näher eingetreten werden. Ich beschränke mich dabei auf Klauseln, mit denen die Gewährleistung des Verkäufers wegbedungen wird *(Enthaftungsklauseln),* da in der Praxis offenbar nur diese eine Rolle spielen.

2. Von einer Vertragsfloskel – insoweit besteht allseits Einigkeit – kann zum vornherein nur gesprochen werden, wenn die Urkundsperson eine Klausel selbständig in den öffentlich beurkundeten Vertrag einfügt, das heisst ohne Verlangen der Parteien und ohne Besprechung mit diesen. Eine solche **Klausel** ist nach *Jäggi*[2], der sich in der Schweiz wohl am eingehendsten mit dem Problem der Vertragsfloskeln befasst hat, in bezug auf den konkreten Einzelvertrag **als vorgeformter Vertragsinhalt** aufzufassen. Die Vertragsfloskeln behandelt er entsprechend im Zusammenhang mit der Geltung vorgeformter Vertragsinhalte.

Diesem Ansatzpunkt ist nur mit Vorbehalten zuzustimmen. Gerade die wichtigsten vorgeformten Vertragsinhalte, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), haben mit den hier interessierenden, von der Urkundsperson in den Vertrag eingefügten Klauseln wenig gemeinsam. Namentlich macht es hinsichtlich der Geltung, die freilich in beiden Fällen eine vertragliche Übernahme voraussetzt[3] (unten Ziff. 3), einen erheblichen Unterschied, ob ein Vertragsinhalt von einer Partei für die Aufnahme in den Vertrag vorgeschlagen wird oder ob ein

* Nach einem im März 1988 vor dem Luzerner Juristenverein gehaltenen Vortrag.

[1] Vgl. *Schönenberger/Jäggi,* N 496 f. zu Art. 1 OR, auf den *Kramer,* N 211 zu Art. 1 OR, verweist; für das französische Recht *Lecomte,* Revue trimestrielle de droit civil, Paris 1935, S. 305 ff. Aus der Rechtsprechung: LGVE 1986 I, Nr. 8, S. 10 ff.; AGVE 1966, S. 13 f., BGE 60 II 436 ff., 83 II 401 ff. (dazu *Merz,* ZBJV 1959, S. 56).

[2] *Schönenberger/Jäggi,* zit. in Anm. 1.

[3] Das ist der Grundsatz. Ausnahmsweise erlangt eine von der Urkundsperson selbständig in den Vertrag eingefügte Klausel auch Geltung, ohne dass sie vom Vertragskonsens erfasst ist (vgl. unten Ziff. 4/a am Ende).

Dritter (die Urkundsperson) eine Vertragsklausel selbständig in den Vertrag einfügt. Sodann bestehen auch die spezifischen AGB-Probleme (Stichworte: ungerechtfertigte Risikoüberwälzung auf den «AGB-Kunden»; faktische Unmöglichkeit des «Kunden», bei Nichteinverständnis mit AGB-Klauseln deren Abänderung zu erlangen) bei den hier interessierenden vorgeformten Inhalten nicht. Die daran anschliessenden Regelungsvorschläge (z. B. strengere Geltungskontrolle bei Gerichtsstandsklauseln oder Inhaltskontrollen, die über die nach Art. 19 ZGB zulässigen Kontrollen hinausgehen; s. nun auch Art. 8 UWG) spielen denn auch im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle.

3. Von der Urkundsperson selbständig in den Vertrag eingefügte Enthaftungsklauseln haben (selbstverständlich!) nicht aus sich selbst heraus **Geltung**, sondern **nur bei vertraglicher Übernahme**[4]. Es gelten insoweit die allgemeinen Grundsätze. Ein natürlicher Konsens (tatsächliche Einigung) ist somit nicht vorausgesetzt. Vielmehr genügt auch ein sogenannter normativer, aus dem Vertrauensprinzip abgeleiteter Konsens. Ein solcher darf jedoch nicht leichthin angenommen werden, was aus dem Umstand folgt, dass die Parteien in der Regel nicht mit einer Vertragsergänzung durch die Urkundsperson rechnen müssen und dürfen. Jedenfalls müssen (dürfen) sie nicht damit rechnen, dass die Urkundsperson den Vertrag in einem *wesentlichen Punkt* ergänzt. Der Verkäufer darf daher - von Ausnahmen abgesehen - nicht damit rechnen, dass der Käufer die Enthaftungsklausel als solche versteht und akzeptiert; vielmehr muss er nach Treu und Glauben davon ausgehen, der Käufer messe der Klausel keine rechtserhebliche Bedeutung bei oder er habe sie - da er mit ihr nicht zu rechnen brauchte - überhaupt übersehen. Umgekehrt muss der Käufer nicht davon ausgehen, der Verkäufer wolle die Enthaftungsklausel; vielmehr darf er davon ausgehen, der Verkäufer habe die Klausel gar nicht erkannt oder ihr zumindest nicht die ihr zukommende objektive Tragweite beigemessen beziehungsweise darf er davon ausgehen, der Verkäufer würde die Enthaftungsklausel - sollte er sie bemerken und ihre objektive Tragweite erkennen - zur Diskussion stellen.

4. Nach dem Gesagten können von der Urkundsperson ohne Verlangen der Parteien in den Vertrag eingefügte Enthaftungsklauseln gültig sein, sie sind es jedoch nur bei Vorliegen besonderer Verhältnisse. Das soll im folgenden konkretisiert werden. Dabei unterscheide ich folgende **Fälle:**

a) *Der Verkäufer hat den Inhalt der Enthaftungsklausel erkannt, und er vertraut darauf, der Käufer habe den Inhalt der Enthaftungsklausel ebenfalls erkannt und stimme ihr zu*[5]. Dieses Vertrauen ist grundsätzlich nicht schützenswert, weil der Käufer - wie gesagt - im Normalfall nicht damit rechnen muss, dass die Urkundsperson den Vertrag ergänzt und daher der Verkäufer nicht annehmen darf, der Käufer stimme der Enthaftungsklausel zu. Vorbehalten sind Fälle, in denen der Verkäufer aus besonderem Anlass annehmen darf, der Käufer habe um den Klauselinhalt gewusst, so etwa, weil er dem betreffenden Käufer schon mehrere Grundstücke verkauft und jeweilen die Haftung wegbedungen hatte.

Liegt ein solcher Ausnahmefall nicht vor, verdient der Verkäufer keinen Schutz. Vielmehr ist ihm der Vorwurf zu machen, er hätte den Käufer auf die Bedeutung der Klausel hinweisen müssen. Das Unterlassen eines solchen Hinweises ist im allgemeinen mit der Ungültigkeit der Klausel zu sanktionieren. Und zwar auch dann, wenn der Käufer die objektive Tragweite der Klausel sehr wohl erkannt hat. Denn der Käufer darf nach Treu und Glauben davon ausgehen, der Verkäufer habe mit der Einfügung der Enthaftungsklausel durch die Urkundsperson nicht gerechnet und daher die Tragweite der Klausel nicht erkannt oder er habe sie zwar erkannt, er hätte jedoch darauf hingewiesen, wenn er ihr hätte Geltung verschaffen wollen[6]. Nur wenn der Käufer erkennt, dass der Verkäufer von der Gültigkeit der Klausel ausgeht, wird man ihm - dem Käufer - Protest zumuten und an die Unterlassung eines Protests die Gültigkeit der Klausel knüpfen dürfen. Der Käufer kann diesfalls nicht einwenden, er habe die Klausel nicht gewollt und der Käufer habe nach Treu und Glauben nicht auf deren Bestand vertrauen dürfen (Unbeachtlichkeit der Mentalreservation).

Die Geltung der Enthaftungsklausel gründet diesfalls bei genauerer Betrachtung nicht in vertraglicher Übernahme (weder willens- noch vertrauenstheoretische Gesichtspunkte sprechen für die Geltung), sondern in einer selbständigen Regel. Es gibt noch andere Regeln dieser Art, so etwa betreffend AGB die Unklarheitenregel, welche letztlich einen Dissens-Tatbestand betrifft[7] und vorsieht, dass die unklare Klausel trotz des Dissenses gilt, und zwar mit der für den «AGB-Kunden» günstigsten Bedeutung.

b) *Der Verkäufer hat den Inhalt der Klausel erkannt, geht aber davon aus, der Käufer sei mit der Klausel eventuell nicht einverstanden.* Diesfalls rechtfertigt

[4] Zu einem Sonderfall siehe unten Ziff. 4/a am Ende.

[5] Zu denken ist etwa an den Fall, da der Verkäufer schon verschiedentlich Grundstücke verkauft hat, und dies jeweilen mit einer Enthaftungsklausel, so dass er mit Selbstverständlichkeit von der Geltung der Enthaftungsklausel auch für den konkreten Vertrag ausgeht.

[6] Wenn also sowohl der Verkäufer als auch der Käufer den Inhalt der Klausel erkennen und gegen deren Aufführung im Vertrag nicht opponieren beziehungsweise die Klausel nicht zur Diskussion stellen, so wirkt sich dieses «Schweigen» zulasten des Verkäufers aus. Ihn von der Gewährleistung entgegen der gesetzlichen Dispositivordnung zu befreien, besteht bei dem fraglichen Tatbestand kein Anlass.

[7] Vgl. z. B. *Christoph Bürgi,* Allgemeine Versicherungsbedingungen im Lichte der neuesten Entwicklung auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Zürich 1985, S. 175, 180.

sich die Geltung der Klausel unter keinem Gesichtspunkt. Dem Käufer schadet es – anders als beim vorigen Tatbestand – namentlich auch nicht, wenn er gegen die Einfügung der Klausel in den Vertrag nicht opponiert hat, obwohl er deren Tragweite erkannte und ihm auch bewusst ist, dass der Verkäufer die Klausel will. Zwar wäre es dem Käufer in diesem Fall zumutbar, gegen die Klausel zu protestieren. Noch viel mehr aber dürfte vom Verkäufer erwartet werden, dass er die Klausel zur Diskussion stellt. Dem Käufer muss unter diesen Umständen der Einwand offenbleiben, die Klausel nicht gewollt zu haben. Mit andern Worten ist eine Mentalreservation beachtlich[8].

c) *Der Verkäufer hat die Klausel übersehen oder zumindest deren Tragweite nicht erkannt.* Auch in diesem Fall muss die Klausel generell als ungültig angesehen werden. Es sind weder vertrauens- noch willenstheoretische noch irgendwelche andern Gesichtspunkte ersichtlich, die für eine Gültigkeit der Klausel sprechen würden. Unerheblich ist namentlich auch, ob der Käufer den Inhalt der Klausel erkannt hat. Selbst wenn dies zutrifft, ist ihm der spätere Einwand, der Verkäufer sei bei Vertragsabschluss nicht von der Gültigkeit der Klausel ausgegangen, offenzuhalten.

Somit hätte wohl in BGE 60 II 444 auf Nichtgeltung der Enthaftungsklausel erkannt werden müssen. Denn die Parteien hatten sich nach den vorne zitierten Feststellungen des Bundesgerichts über die Bedeutung der Klausel keine Rechenschaft gegeben[9].

5. In **beweismässiger Hinsicht** ist festzuhalten: Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Parteien die Tragweite einer von der Urkundsperson selbständig in den Vertrag aufgenommenen Enthaftungsklausel nicht erfasst beziehungsweise die Klausel überhaupt nicht bemerkt haben (so im Ergebnis wohl auch BGE 60 II 444, vgl. den oben zitierten Auszug). Die Partei, welche geltend macht, die andere Partei habe den Inhalt der Klausel gekannt oder unter den konkreten Umständen kennen müssen, hat dies demnach zu beweisen.

6. Ist eine von der Urkundsperson selbständig in den Vertrag eingefügte Klausel nach den dargestellten Kriterien gültig, stellt sich die weitere Frage ihrer **Auslegung.** Insoweit lässt sich eine generell enge Auslegung, wie sie zum Teil befürwortet wird[10], nicht rechtfertigen. Die Auslegung folgt vielmehr den allgemeinen Grundsätzen. Zu beachten ist allerdings, dass auch «normal vereinbarte» Enthaftungsklauseln insofern eng auszulegen sind, als sich der Gewährleistungsausschluss nur auf Tatbestände bezieht, mit denen die Parteien vernünftigerweise rechnen mussten (BGE 107 II 161 ff.[11]).

7. Es versteht sich von selbst, dass Urkundspersonen nicht befugt sind, Enthaftungsklauseln selbständig in den Vertrag aufzunehmen[12]. Ihre Belehrungspflicht verlangt eine Besprechung der Klausel mit den Parteien. Pflichtverletzungen können haftbar machen. Angesichts dessen überraschen Feststellungen wie die folgende:

«Es ist gerichtsnotorisch, dass auch im Kanton Luzern der Hinweis, wonach jede Gewähr wegbedungen werde, routinemässig in die Kaufverträge aufgenommen wird, ohne ausdrückliches Verlangen der Parteien und ohne nähere Besprechung.»[13,14]

[8] In der Lehre findet sich die Auffassung, die Mentalreservation einer Partei sei auch dann unbeachtlich, wenn die Gegenpartei «den geheimen Vorbehalt durchschaute» (*Kramer,* N 54 zu Art. 1 OR). Nach dem Gesagten vermag ich dem nicht vollumfänglich zuzustimmen (Beachtlichkeit der Mentalreservation sogar in Fällen, in denen sie nicht erkannt wurde). Die weitere Auffassung, wonach die insgeheim nicht gewollte Erklärung gültig ist, wenn der Erklärungsempfänger den geheimen Vorbehalt nicht erkennt, dürfte in dieser Allgemeinheit ebenfalls kaum zutreffen. Man wird vielmehr unterscheiden müssen, ob derjenige, der den geheimen Vorbehalt macht, den in Frage stehenden Vertragspunkt zur Diskussion stellen müsste oder die Gegenpartei (vgl. im Text). Je nachdem ist die Mentalreservation beachtlich beziehungsweise unbeachtlich.

[9] Die Ungültigkeit einer Enthaftungsklausel hat keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Vertragsrests. Namentlich kann sich der Verkäufer nicht im Sinne des Art. 20 Abs. 2 OR darauf berufen, er hätte den Vertrag ohne die Enthaftungsklausel nicht geschlossen.

[10] Vgl. LGVE 1986 I, Nr. 8, S. 10 ff.

[11] Zu diesem Entscheid *Wessner,* BR 1987, S. 10 ff.

[12] Vgl. *Pfäffli,* BN 1987, Nr. 37, S. 142 f.; AGVE 1966, S. 14.

[13] LGVE 1986 I, S. 12; ähnlich für den Kanton Aargau AGVE 1966, S. 14.

[14] Der vorstehende Text bezieht sich – wie gesagt – auf Enthaftungsklauseln. Entsprechendes gilt aber auch für andere Vertragsklauseln, durch welche der von den Parteien ausgehandelte Vertrag abgeändert oder in einem wesentlichen Punkt ergänzt wird. Teilweise Abweichendes dürfte höchstens für Klauseln gelten, welche den Vertrag lediglich in einem untergeordneten Punkt ergänzen, z. B. hinsichtlich der Erfüllungsmodalitäten. Für solche Fälle ist folgendes anzunehmen: Die Parteien, welche im Beurkundungsverfahren formell erklären, eine solche Klausel als Vertragsinhalt zu wollen, müssen die Klausel gelten lassen, wenn sie um deren Bestand wissen. Und zwar auch dann, wenn sie deren Sinn nicht erkannt haben. Der Einwand einer Partei, den Inhalt der Klausel nicht gekannt zu haben, kann nicht gehört werden. Denn jede Partei, die erkannt hat, dass der Urkundsbeamte eine Klausel eingefügt hat, muss davon ausgehen, dass dadurch der Vertrag in einem untergeordneten Punkt «neutral» ergänzt werden soll, ansonst die Klausel ja überhaupt ohne Bedeutung wäre. Freilich ist möglich, dass der Notar rechtlich bedeutungslose Klauseln einfügt (z. B. einen Hinweis auf eine gesetzliche Regel wie etwa Art. 54 VVG), doch dürfen die Parteien wohl nicht annehmen, dass die Urkundsperson zum vornherein nur solche Regeln einfügt.