

Die Rechtsprechung

La jurisprudence

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

Qualification du contrat d'architecte – Instructions du mandant et devoir de diligence de l'architecte – Avis relatif au coût du projet – Honoraires dûs en cas d'abandon du projet – Calcul des honoraires – Compétences de l'architecte – CO 364, 398, SIA-102 1.4.4., 1.6., 7.11. (Qualifikation des Architekturvertrages – Anweisungen des Auftraggebers und Sorgfaltspflicht des Architekten – Kostenschätzung – Honorar bei Aufgabe des Projekts – Berechnung – Berufliche Kompetenz des Architekten – OR 364, 398; SIA-Ordnung 102).

1. Le contrat d'architecte passé entre les parties est un contrat mixte relevant à la fois des règles du contrat d'entreprise pour l'exécution des plans proprement dits et du mandat pour les autres prestations de service assumées par l'architecte (ATF 110 II 380, JdT 1985 I 274, DC 85 56 n. 42; 109 II 462, JdT 1984 I 110, SJ 1984 504, DC 85 14 n. 2, 85 14 n. 3 et 85 15 n. 4). 2. La qualification du contrat est cependant sans influence sur le calcul des honoraires, qui découle du Rglmt SIA 102, et du devoir de diligence que l'architecte doit avoir à l'égard de son mandant. 3. L'architecte doit s'en tenir aux instructions de son mandant pour l'établissement du projet d'une transformation; si le mandant envisageait une construction de l'ordre de grandeur de 250 000 frs, un prix estimé de 273 680 frs est encore admissible, mais plus un prix de 405 000 frs. 4. Même en cas d'abandon du projet, les honoraires doivent être calculés sur la base du Rglmt SIA 102, «qui est l'expression des normes standards dans la profession». 5. En cas d'abandon ultérieur du projet sans faute du mandant, ce ne sont pas les prestations effectivement réalisées qui sont déterminantes, mais celles qui sont utiles et résultent d'une exécution correcte du contrat. 6. Lorsque l'architecte a établi un projet qui dépasse le coût envisagé par le maître, le coût de l'ouvrage déterminant pour les honoraires est celui que le maître avait envisagé et non celui qui résulte d'un projet fait au-delà des instructions du maître. 7. Selon l'art. 1.4.4. SIA-102, l'architecte doit rendre le maître attentif à l'estimation du coût de construction au plus tard au moment de la phase du projet définitif. Il ne peut en conséquence réclamer des honoraires pour les prestations qu'il a faites ensuite; selon l'art. 3.6 SIA-102, la part qui peut être honorée représente un taux de 19%, auquel on peut faire une majoration pour tenir compte de la difficulté des travaux de transformation (SIA-102 7.11). 8. Un architecte ne peut se retrancher derrière son inexpérience en matière de transformations, car tout architecte doit être capable d'apprécier correctement le coût de l'exécution d'un projet qu'on lui confie (SIA-102 1.6). NE TC 1. 7. 1991; RJN 1991 p. 54–56. (98)

Note: Riche décision qui n'appelle que quelques commentaires: 1. Les juges neuchâtelois retiennent pour le contrat d'architecte total la qualification du Tribunal fédéral (contrat mixte), alors que la tendance des rédacteurs de cette revue est d'y voir plutôt un authentique contrat de mandat. 2. Il est exact également que la différence pratique entre les deux contrats n'est pas fondamentale, si l'on exclut les problèmes de garantie (CO 367 ss et 398) et d'extinction prématurée (CO 377 et 404). 3. Pour des travaux de transformation, on doit se montrer moins sévère dans l'estimation du coût que peut avoir faite l'architecte, en raison des aléas que comportent nécessairement pareils travaux. 4. Les tarifs d'honoraires ne sont pas selon nous l'expression des normes standards dans la profession, même s'il est compréhensible

Prof. P. Gauch (pg); Prof. P. Tercier (pt);
Prof. A. Koller (ak); Prof. J. Schmid (js);
Prof. P. H. Steinauer (phs); Prof. O. Vogel (ov).

que le juge puisse s'en inspirer; il en va différemment si les deux parties s'y sont expressément référées, ce qui paraît avoir été le cas en l'occurrence.

(pt)

Contrat conclu par un architecte non autorisé – Validité du contrat – Vices du consentement – CO 20, 23 ss (Vertrag mit nicht zugelassenem Architekten – Gültigkeit des Vertrags – Willensmangel – OR 20, 23 ff.).

1. Un contrat conclu avec un mandant par un architecte non autorisé à pratiquer selon le droit cantonal n'est pas nul. 2. Le mandant conserve néanmoins la possibilité d'invoquer la nullité pour vice du consentement, avant tout pour erreur. 3. Les griefs tirés de l'impossibilité juridique ou de la nullité du contrat selon le droit vaudois «tombent en conséquence à faux». 4. Les registres publics indiquant les personnes autorisées à pratiquer une profession ne sont pas censés connus au sens de l'art. 9 CC. TF (BGr.) 13. 3. 1991; ATF (BGE) 117 II 47–50, rés. in JdT 1991 I 649. (99)

Note: Un contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs (CO 20 I). La nullité a notamment pour effet pratique que les parties ne se doivent aucune prestation et qu'elles peuvent demander la restitution de celles qu'elles peuvent avoir déjà faites. Comment qualifier le contrat conclu par un architecte non autorisé à pratiquer dans un canton? 1. L'arrêt commence par affirmer qu'un tel contrat n'est pas illicite: sans doute l'architecte n'a-t-il pas le droit, selon les règles du droit administratif, d'exercer cette activité et de conclure ce contrat, mais cette circonstance est sans incidence sur la validité en droit privé du contrat qu'il décide néanmoins de conclure avec un tiers. Il n'en irait différemment que si une règle de droit fédéral ou cantonal statuait le contraire. On ne comprend pas de ce fait pourquoi l'arrêt, après avoir rappelé que cet effet peut être prévu par le droit cantonal pour autant qu'il agisse dans sa compétence, renonce à examiner sous cet angle l'interprétation de la loi vaudoise, dont les défenseurs prétendaient qu'elle prévoit implicitement la nullité. 2. Autre est la question de savoir si un tel contrat est impossible. Tout dépend des circonstances et de ce que l'on attend de l'architecte (cf. ég. nos remarques in: La formation du contrat et les clauses d'architecte, in: Gauch/Tercier, Le droit de l'architecte, Fribourg 1986, n. 163 ss). Il est certain qu'un architecte, même non autorisé est à même de dessiner des plans, d'établir un devis, de diriger des travaux. Le seul doute que l'on puisse avoir concerne l'établissement des plans en vue de leur approbation officielle, dès lors que l'architecte en question n'a pas compétence pour les soumettre à l'autorité. Le Tribunal fédéral considère que la prestation reste possible dès lors qu'elle a ensuite pu être largement utilisée par l'architecte qui a terminé les plans. L'affirmation ne peut être qu'approuvée. 3. La question demeure de savoir quel est le sort du contrat lorsque le mandant entendait précisément obtenir de son architecte qu'il dépose les plans et les fasse approuver. Selon l'arrêt, le maître pourrait dans un tel cas invoquer les vices du consentement et donc obtenir la nullité du contrat en déclarant à l'architecte qu'il était dans l'erreur au moment de la conclusion du contrat. La solution serait préférable en ce qu'elle protégerait mieux le maître de bonne foi (cf. ég. F. Dessemontet, Quelques remarques à propos du contrat d'architecte, in: Le centenaire du Code des obligations, Fribourg 1982, p. 498). L'argumentation ne convainc pas pleinement: pour le maître de bonne foi, elle revient pratiquement au même résultat puisque celui-ci doit de toute façon faire savoir à l'architecte qu'il refuse de le rémunérer puisqu'il ne savait pas qu'il n'était pas en mesure de déposer les plans; le contrat est donc nul. En revanche, si le maître savait que l'architecte n'avait pas l'autorisation, le contrat est valable, car il n'y a pas d'erreur; dans la pondération des intérêts, on peut se demander s'il ne serait pas préférable d'inverser les rôles et de faire supporter par l'architecte qui exerce sa profession sans autorisation les risques de la rémunération. Si l'on admet que l'interdiction en droit administratif est sans effet en droit civil, n'est-ce pas aller un peu loin que de protéger l'architecte de mau-

vaise foi, plutôt que le maître? Car il sera plus difficile à celui-ci d'établir que les travaux faits ne lui ont pas été utiles, dès lors qu'il les a réclamés en connaissance de cause. (pt)

Architektenrecht – Vertretungsmacht des Architekten – Externe Kundgabe durch Übernahme der SIA-Norm 118 – OR 33 III (Droit de l'architecte – Pouvoir de représentation de l'architecte – Communication au tiers par l'adoption de la norme SIA 118 – CO 33 III).

1. Im Werkvertrag, den die Parteien schriftlich abgeschlossen haben, sind die Architekten als Vertreter des Bauherrn und als Bauleitung aufgeführt. Über den Umfang der Vertretungsmacht wird in der Vertragsurkunde zwar nichts gesagt. Doch verweist die Urkunde unter anderem auch auf die SIA-Norm 118, die von den Parteien übernommen wurde. 2. Mit der Übernahme der SIA-Norm 118 hat der Bauherr dem Unternehmer kundgegeben, dass die Bauleitung mit den darin erwähnten oder aus ihr ableitbaren Vollmachten ausgestattet ist. Diese Kundgabe entfaltet die Rechtswirkungen gemäss OR 33 III. Das bedeutet: 3. Der Unternehmer kann sich gegenüber dem Bauherrn auf die kundgegebene Bevollmächtigung berufen, sofern er sie zur Kenntnis nahm, gutgläubig war und nach den Umständen auch gutgläubig sein durfte (ZGB 3 II). Anders würde es sich allerdings verhalten, wenn die Wirksamkeit der Kundgabe an der »Ungewöhnlichkeitsregel« gescheitert wäre. Das aber ist vorliegend zu verneinen, da der Bauherr in Bausachen erfahren ist und die Usancen des Baugewerbes kennt. OGr. SO 24. 9. 1991; SOG 1991, Nr. 5, S. 11 ff. (100)

Anmerkung: Die Kundgabe einer Architektenvollmacht durch Übernahme der SIA-Norm 118 hat die Gerichte bereits mehrfach beschäftigt und kam dementsprechend auch in der vorliegenden Zeitschrift wiederholt zu Sprache. Das rechtfertigt es, auf einen speziellen Kommentar zum hier rapportierten Entscheid zu verzichten und statt dessen auf früher rapportierte Urteile samt zugehörigen Anmerkungen zu verweisen. Zu beachten sind insbesondere BR 1991, S. 41 f., Nr. 58; 1989, S. 93 f., Nr. 113; 1985, S. 16 f., Nr. 8. (pg)

Werkvertrag – Contrat d'entreprise

Qualification du contrat – Ouvrage immatériel (logiciel) – Livraison d'un ouvrage de technologie nouvelle installé chez le maître – Avis des défauts – CO 363, 367 (Qualifikation des Vertrages – Geist-Werk (Computersoftware) – Ablieferung – Mängelrüge – OR 363, 367).

1. Le contrat, portant sur la livraison d'un système informatique impliquant l'installation d'un matériel («hardware») capable de fonctionner à l'aide d'un logiciel («software») spécialement conçu pour le client, constitue un contrat mixte où prédominent les éléments du contrat d'entreprise: les parties avaient en vue un résultat et celui-ci peut aussi être «immatériel», s'il peut être intégré dans des plans ou dans un logiciel. 2. La livraison de l'ouvrage suppose qu'il ait été transféré au maître, achevé en toutes ses parties conformément au contrat et prêt à être utilisé; ce n'est donc pas le cas d'une installation informatique aussi longtemps que le système n'est pas opérationnel et tant que l'entrepreneur, dans une période de «test», s'engage à mettre le système au point. En l'occurrence, les juges admettent que la livraison a eu lieu au moment où, pour la première fois, le maître s'est officiellement plaint de la qualité de l'installation et a fixé à l'entrepreneur un délai pour remédier aux défauts, le menaçant sinon de dénoncer les contrats. 3. «On ne doit pas se montrer trop sévère à l'encontre de l'acheteur en matière informatique, compte tenu de ses connaissances limitées et des difficultés à déceler certaines malfaçons.» Un nouveau délai d'avis court à partir de chaque essai de réparation. CJ GE 7.2.1992 (X.SA c.Y); SJ 1992 p. 608–612. (101)

Note: L'arrêt est particulier puisqu'il concerne la livraison de matériel informatique, ce qui ne le prive nullement d'un intérêt pour nos domaines: d'abord, parce que l'informatique fait de plus en plus son incursion dans les bureaux techniques; ensuite, parce que les questions soulevées concernent le contrat d'entreprise en général. Si la qualification proposée n'est pas contestable, il est manifeste que la fourniture et la mise au point d'un système informatisé – matériel et logiciel – ne peut obéir strictement aux principes habituels, ce que le jugement relève avec raison (cf. ég. R.Barbey, Les contrats informatiques, SJ 1987 p. 301 ss; A. Fuchs, Der Erwerb von Computern, Vertragstypen und besondere Probleme der Sachgewährleistung, thèse Zurich 1978; I. De Lamberterie, Les contrats informatiques, Paris 1983; F.A.Koch, Computer-Vertragsrecht, Freiburg im Breisgau 1985; G. Page, Le droit de l'informatique, FJS no 1403, Genève 1992; Schweizerische Vereinigung für Datenverarbeitung, EDV-Pflichtenhefte, in: Schriftenreihe des Instituts für Informatik der Universität Zürich, Vol. 4, 2e éd., Berne/Stuttgart 1984). C'est avant tout la détermination du moment de la livraison qui fait problème, compte tenu de son influence notamment sur le passage des risques (art. 376 CO) et le départ des délais d'avis (art. 367 CO) et de prescription (art. 371 CO); il doit s'agir d'un jour précis (pour les risques, même d'un moment précis), aisément et objectivement déterminable par les deux parties. La question est délicate dans des hypothèses du genre de celles examinées dans l'arrêt, puisque l'entrepreneur installe et livre le matériel au maître de l'ouvrage, pour chercher ensuite à mettre le logiciel au point. Avec raison, les juges estiment que la livraison ne peut déjà remonter au moment où est installé le matériel, puisque l'ouvrage forme un ensemble qui doit pouvoir remplir la fonction prévue au contrat. Mais les juges vont, en fait, beaucoup plus loin: sans se prononcer sur ce dernier aspect, ils considèrent que la livraison correspond au moment où, pour la première fois, le maître s'est officiellement plaint des défauts constatés. Le raisonnement est audacieux, car il revient en fait à faire coïncider la livraison avec l'avis des défauts; s'il est exact qu'on doit ne pas se montrer trop exigeant à l'endroit des acquéreurs de matériel informatique, on ne peut éluder le régime légal. Ce qui est déterminant, c'est le moment à partir duquel les deux parties considèrent que les travaux sont «achevés» pour remplir (plus ou moins bien) la fonction convenue; le maître en fait un usage général et accepte (en principe) de régler la facture, avec ou sans réserve (cf. art. 372 CO). La suite de l'argumentation retenue par les juges établit qu'ils en étaient conscients, puisqu'on ne comprend pas sinon pourquoi ils estiment utile d'ajouter les remarques concernant les difficultés qu'il y a à «constater» des défauts informatiques et la possibilité de nouveaux délais d'avis; dans l'un et l'autre cas, en effet, le problème ne surgit qu'en relation avec un ouvrage livré. (pt)

Garantie pour les défauts – Relations avec les moyens tirés des vices du consentement – CO 205 I, 24, 28 (Mängelhaftung – Verhältnis zur Einrede des Willensmangels – OR 205 I, 24, 28).

Un acheteur avait pris dans un procès des conclusions principales en réduction du prix, fondées sur la garantie pour les défauts, et des conclusions subsidiaires fondées sur les vices du consentement (erreur et dol). Or, selon la jurisprudence, l'acheteur qui conclut à une réduction du prix manifeste sa volonté de maintenir la vente, mais avec un contenu modifié. C'est pourquoi les juges doivent dans ce cas d'emblée écarter les moyens tirés de l'erreur (art. 24 CO) et du dol (art. 28 CO). TF (BGr.) 13. 8. 1991; SJ 1992 p. 13 s. (rés.) (102)

Note: 1. La nature des rapports entre la garantie pour les défauts et l'invocation des vices du consentement est un problème classique du droit de la vente; selon les conceptions majoritaires mais controversées, on y admet que l'acheteur peut concurremment invoquer les deux voies pour des faits identiques (cf. notamment P. Tercier, La partie spéciale du Code des obligations, Zurich 1988, n. 269 ss). La question ne peut pas surgir dans les mêmes termes en droit de l'entreprise, puisque le vice doit exister à la conclusion du contrat, c'est-à-dire à un moment où l'ouvrage n'est pas encore commencé et ne peut donc présenter de défauts (Gauch, Werkvertrag, n. 1682 ss). Rien ne s'opposerait en revanche à ce que le maître invoque successivement les deux voies de droit mais pour des faits différents: il prétend qu'il y a eu vice du consentement, et, pour le cas où le juge ne l'admettrait pas, que l'ouvrage présente en plus des défauts. 2. Dans l'un et l'autre cas, il importe qu'il procède dans l'ordre chronologique, ainsi que le rappelle l'extrait: le demandeur peut conclure principalement à la nullité pour vice du consentement et subsidiairement aux moyens tirés de la garantie pour les défauts. Décide-t-il de faire l'inverse en demandant au juge soit la réfection

de l'ouvrage, soit la réduction du prix, il se verra privé des moyens tirés du vice du consentement: par sa conclusion principale, il manifeste en effet, vouloir maintenir le contrat et ne peut donc plus demander d'en être libéré. (pt)

Mängelhaftung – Anwendung der SIA-Norm 118 auf einen Kaufvertrag – Minderung – Massgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung des Minderwertes – OR 205 I; SIA-Norm 118, Art. 157 ff. (Garantie pour les défauts – Application de la norme SIA 118 à un contrat de vente – Réduction – Moment déterminant pour le calcul de la moins-value – CO 205 I; Norme SIA 118 art. 157 ss).

1. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte den Klägern ein Einfamilienhaus verkauft, wobei jedoch vereinbart wurde, dass die Bestimmungen der SIA-Norm 118 vor denjenigen des OR anwendbar seien. In der Folge zeigten die Käufer der Verkäuferin verschiedene Mängel an und forderten sie auf, die Mängel zu beseitigen. Da die Verkäuferin den Nachbesserungsbegehren nicht nachkam, machten die Käufer Minderung geltend, woraus ein Streit entstand. Dieser Minderungsstreit kam via Berufung an das Bundesgericht, das die SIA-Norm 118 zur Anwendung brachte und unter anderem die folgende Frage entschied: 2. Für die Berechnung des Minderwertes ist der Zeitpunkt des Gefahrüberganges massgebend. «Nach SIA-Norm 118, der sich die Parteien unterworfen haben, ist dies der Zeitpunkt, an dem die Abnahme des Werkes durch Vollendungsanzeige oder Ingebrauchnahme des Werkes eingeleitet wird (Gauch, SIA-Norm 118, Vorbemerkungen zu Art. 169–171, S. 82 lit. d mit Hinweis auf Art. 158 der Norm sowie auf BGE 115 II 459 und 113 II 267; Pedrazzini, SPR VII/I, S. 518).» 3. Im konkreten Fall «wurde am 11. Mai 1983 eine gemeinsame Prüfung des Hauses vorgenommen. Zwei Tage später wurde der Kaufvertrag abgeschlossen; der Antritt der Liegenschaft mit Nutzen und Schaden erfolgte am 15. Mai 1983. Dieses Datum, welches mit dem Bezug des Hauses übereinstimmt, ist nach den SIA-Normen der für die Bestimmung des Minderungsanspruchs massgebliche Zeitpunkt». BGr. (TF) 10.12. 1991; BGE (ATF) 117 II 550 ff. (S. 552). Zu BGE 117 II 550 ff. vgl. auch Nr. 104, Nr. 105 und Nr. 106. (103)

Anmerkung: 1. Da die SIA-Norm 118 von den Parteien als Vertragsbestandteil übernommen wurde, unterlag die Mängelhaftung den entsprechend anwendbaren Bestimmungen dieser Norm, obwohl der Vertrag kein Werkvertrag, sondern ein Kaufvertrag war. Das Bundesgericht ist deshalb zu Recht von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 ausgegangen. 2. Was jedoch den Zeitpunkt des Gefahrüberganges angeht, verkennt das Bundesgericht den Regelungsgehalt der SIA-Norm 118. Denn nach Art. 157 II der Norm geht die Gefahr erst mit der Abnahme des Werkes (oder eines Werkteils) auf den Besteller über; die normgemässe Abnahme (Art. 159–164) aber findet nicht schon mit der Vollendungsanzeige oder der (eigenmächtigen) Ingebrauchnahme des vollendeten Werkes (Art. 158 I) statt; vielmehr wird sie durch die Anzeige der Vollendung oder die Ingebrauchnahme des vollendeten Werkes, welche den Lauf einer einmonatigen Prüfungsfrist auslösen (Art. 158 II), nur eingeleitet (Art. 158 I). 3. Richtig ist hingegen, dass die Mängelrechte der SIA-Norm 118 schon in dem Zeitpunkt entstehen, da die Abnahme durch die Vollendungsanzeige oder die Ingebrauchnahme des Werkes eingeleitet wird (so: die vom Bundesgericht zitierte Stelle bei Gauch, SIA-Norm 118, Vorbemerkungen zu Art. 169–171, S. 82 lit. d). Mit Rücksicht darauf dürfte es sich rechtfertigen, auch für die Schätzung des Minderwertes (der effektiven Wertdifferenz zwischen dem mängelfrei gedachten und dem mangelhaften Werk) auf die Verhältnisse in diesen Zeitpunkt abzustellen, während es nach gesetzlichem Werkvertragsrecht auf den Zeitpunkt der Ablieferung (Abnahme) des Werkes ankommt (Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 1161). 4. Im konkreten Fall allerdings waren zwei Besonderheiten zu berücksichtigen. Erstens ging es um den Kauf eines Hauses, das zweitens schon vor Abschluss des Kaufvertrages gemeinsam geprüft worden war. Diese Besonderheiten des Sachverhaltes schlossen, was den für die Berechnung des Minderwertes massgeblichen Zeitpunkt angeht, eine unbesehene Anwendung der SIA-Norm 118 aus. Das Bundesgericht hat denn auch auf das Datum abgestellt, an dem die Käufer die gekaufte Liegenschaft mit Nutzen und Schaden angetreten und das Haus zugleich bezogen haben. Das mag unter den konkreten Umständen vertret-

bar sein. Unzutreffend jedoch ist, dass sich diese Lösung unmittelbar aus der SIA-Norm 118 ableiten lässt, wie das Bundesgericht annimmt. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das betreffende Datum «mit dem Bezug des Hauses übereinstimmt». Denn dieser Bezug geschah nach der gemeinsamen Prüfung des Hauses und ist deshalb keine Ingebrauchnahme im Sinne des Art. 158 I der Norm, die der gemeinsamen Prüfung vorausgeht (Art. 158 II). (pg)

Mängelhaftung – Minderungsrecht – Berechnung des Minderwertes – Verhältnis zu den Beseitigungskosten des Mangels – OR 368 II; SIA-Norm 118, Art. 169 I Ziff. 2 (Garantie pour les défauts – Droit à la réduction du prix – Calcul de la moins-value – Dépenses pour l'élimination du défaut – CO 368 II; Norme SIA 118, art. 169 I ch.1).

1. Zu Unrecht hat die Vorinstanz angenommen, «der Minderwert umfasse zwangsläufig auch die seit dem Gefahrübergang bis zur Mängelbehebung eingetretene Teuerung», weil die tatsächlichen Kosten der Mängelbehebung zu ersetzen seien «und nicht der Betrag, den die Mängelbehebung erfordert hätte, wenn sie im Zeitpunkt des Gefahrüberganges vorgenommen worden wäre». 2. Die Teuerungskosten haben «nichts mit der Bestimmung des Preisminderungsanspruchs zu tun – es sei denn, die Parteien hätten einen Teuerungsausgleich vereinbart (Gauch, Werkvertrag, RZ 1156) –, sondern mit der Konkretisierung des Nachbesserungsanspruchs. Nur dann, wenn die Kläger auf der Nachbesserung beharrt hätten, ginge eine zwischenzeitlich eingetretene Teuerung zu Lasten des Unternehmers (Gauch, SIA-Norm 118, N 7 zu Art. 170, S. 101)». BGr. (TF) 10.12. 1991; BGE (ATF) 117 II 550 ff. (S. 551/553). Zu BGE 117 II 550 ff. vgl. auch Nr. 103, Nr. 105 und Nr. 106. (104)

Anmerkung: 1. Der für die Bestimmung des Minderungsanspruchs massgebliche Minderwert des mangelhaften Werkes kann übereinstimmen mit den Verbesserungskosten, die vom Besteller aufzuwenden sind, falls er den betreffenden Minderungsmangel beseitigt. Für diese Übereinstimmung spricht nur (aber immerhin) eine natürliche (tatsächliche) Vermutung (Gauch, Werkvertrag, Nr. 1188), was in BGE 116 II 313 f. (= BR 1991, S. 43, Nr. 64) bestätigt wurde, im hier rapportierten Entscheid aber nicht zum Ausdruck kommt. 2. Soweit der Entscheid sich mit dem Verhältnis zwischen Minderwert und Teuerungskosten befasst, ist er daher ungenau formuliert. Auf dem Hintergrund der geltenden Rechtslage muss er so gelesen werden, dass die Verbesserungskosten, deren Betrag vermungsweise mit dem Minderwert übereinstimmt, ohne die eingetretene Teuerung zu verstehen sind. 3. Vom Minderwert zu unterscheiden ist der Herabsetzungsbeitrag, um den die Vergütung vermindert wird, wenn der Besteller sein Minderungsrecht ausübt. Bezogen auf den Betrag der vollen Vergütung, macht er prozentual gleich viel aus wie der Minderwert, bezogen auf den Wert des mängelfrei gedachten Werkes (Gauch, a.a.O., Nr. 1171; vgl. BGE 116 II 313). 4. Die volle Vergütung, die den Gegenstand der Herabsetzung bildet, umfasst auch einen vereinbarten Teuerungsausgleich (Gauch, a.a.O., Nr. 1156). In diesem ganz anderen Sinne spielt der Aspekt der Teuerung auch für die Bestimmung des Minderungsanspruchs eine Rolle. (pg)

Mängelhaftung – Kein Schadenersatzanspruch für Teuerungskosten der Eigenverbesserung – OR 97 ff., 368; SIA-Norm 118, Art. 171 (Garantie pour les défauts – Pas de dommages-intérêts pour les dépenses afférentes à la réfection de l'ouvrage par le maître dans le cadre de l'augmentation du prix – CO 97 ss, 368; Norme SIA 118 art. 171).

1. Die Vorinstanz hat angenommen, «der Minderwert umfasse zwangsläufig auch die seit dem Gefahrübergang bis zur Mängelbehebung eingetretene Teuerung». Diese Auffassung ist abzulehnen (im einzelnen vgl. die vorstehende Nr. 104 samt Anmerkungen). 2. Zu prüfen bleibt, ob die betreffenden Teuerungskosten «als Schadenersatz nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts geltend gemacht werden können». Das ist zu verneinen. Denn «das Bundesgericht hat es in BGE 100 II 32 abgelehnt, dass sich der Besteller eines mangelhaften Werkes alternativ auf die Rechtsbehelfe des Art. 368 OR (Wandelung, Minde-

rung, Nachbesserung und Ersatz des Mangelfolgeschadens) und die allgemeine Schadenersatzklage des Art. 97 OR berufen kann». Auch «gemäss Art. 171 Abs. 1 der SIA-Norm 118 hat der Bauherr kein Recht, Schadenersatz gemäss Art. 97 ff. OR anstelle der Mängelrechte nach Art. 169 der SIA-Norm 118 geltend zu machen. Diese Regelung ... steht im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 368 OR». 3. Nach Art. 171 I der SIA-Norm 118 ist es dem Besteller jedoch «nicht verwehrt, neben und ausser den Rechten nach Art. 169 der SIA-Norm 118 Schadenersatz nach Massgabe der Art. 368 und 97 ff. OR zu verlangen. Darunter fällt etwa der Ersatz des Mangelfolgeschadens, der dem Bauherrn trotz tadelloser Nachbesserung, trotz Minderung oder Rücktritt verbleibt (Gauch, SIA-Norm 118, N 2 zu Art. 171, S. 102). Teuerungskosten sind aber bei geltend gemachter Minderung weder ein Mangelfolgeschaden noch ein anderer Schaden (zu diesem Begriff vgl. Gauch, SIA-Norm 118, N 2 lit. b zu Art. 171, S. 103, mit Beispielen), für den der Unternehmer bei gegebenen Voraussetzungen einzustehen hat.» BGr. (TF) 10.12.1991; BGE (ATF) 117 II 550 ff. (S. 551/553 f.). Zu BGE 117 II 550 ff. vgl. auch Nr. 103, Nr. 104, Nr. 106. (105)

Anmerkung: 1. Zutreffend ist, dass die erwähnten Teuerungskosten weder einen allgemeinen Schadenersatzanspruch nach OR 97 ff. begründen noch die Merkmale eines Mangelfolgeschadens (Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 1689 ff.) erfüllen. Die allgemeine Schadenersatzklage fällt schon deshalb ausser Betracht, weil sie, wie das Bundesgericht jetzt bekräftigt, durch die besonderen Rechtsbehelfe der werkvertraglichen Mängelhaftung verdrängt wird (Gauch, a.a.O., Nr. 1689 ff.; für die SIA-Norm 118 vgl. Art. 171 I, letzter Satz). Und was den besondern (werkvertraglichen) Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens angeht, so verschafft er dem Besteller überhaupt keinen Ausgleichsanspruch für die Kosten, die er für die Eigenverbesserung des Werkes aufgewendet hat oder aufwenden müsste (Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 1315; unrichtig: BGE 116 II 314 = BR 1991, S. 42 f., Nr. 61). Folglich bilden auch die teuerungsbedingten Mehrkosten der Eigenverbesserung keinen Schaden, der als Mangelfolgeschaden geltend gemacht werden kann. 2. Im Ergebnis verdienen die Erwägungen des Bundesgerichtes also Zustimmung. In Einzelpunkten allerdings bedürfen sie einer Korrektur. Das gilt zunächst für die Aussage, wonach unter die Bestimmung des Art. 171 I der SIA-Norm 118 «etwa» der Ersatz des Mangelfolgeschadens fällt. Das Wort «etwa» macht die Aussage ungenau. Denn richtig ist, dass es sich beim Schaden, auf dessen Ersatz sich Art. 171 richtet, ausschliesslich um Mangelfolgeschaden handelt (Gauch, SIA-Norm 118, N 1 zu Art. 171 I). 3. Sodann folgt aus dem soeben Gesagten, dass es neben dem Mangelfolgeschaden keinen «anderen Schaden» gibt, der nach Art. 171 zu ersetzen wäre. Die vom Bundesgericht angeführte Literaturstelle, worin dieser «andere Schaden» definiert sein soll (Gauch, SIA-Norm 118, N 2 lit. b zu Art. 171, S. 103), enthält weder eine derartige Definition noch einen Hinweis darauf, dass nach Art. 171 auch «anderer Schaden» als Mangelfolgeschaden zu ersetzen wäre. (pg)

Mängelhaftung – Minderung – Verzinsung des Rückforderungsbetrages – OR 368 II; SIA-Norm 118, Art. 169 I Ziff. 2 (Garantie pour les défauts – Réduction – Paiement d'intérêts pour le montant dû en rétrocession – CO 368 II; Norme SIA 118 art. 169 I ch. 2).

Die Rückleistungsforderung des Bestellers, die aus der Ausübung des Minderungsrechts entstehen kann, ist zu verzinsen, wobei die Zinspflicht «gemäss BGE 116 II 315 E. 7 im Zeitpunkt des Empfanges der rückzuerstattenden Vergütung» beginnt. BGr. (TF) 10.12.1991; BGE (ATF) 117 II 550 ff. (S. 554 a.E.). Zu BGE 117 II 550 ff. vgl. auch Nr. 103, Nr. 104 und Nr. 105. (106)

Anmerkung: 1. Hat der Besteller vor Ausübung des Minderungsrechts bereits mehr geleistet, als der herabgesetzte Betrag ausmacht, so erhält er durch die Minderungserklärung ein Recht auf Rückleistung des geleisteten Mehrbetrages. Obwohl das Gesetz sich darüber ausschweigt, ist diese Rückleistungsforderung (analog zu OR 208) zu verzinsen. 2. Die zitierte Entscheidstelle, die BGE 116 II 315 (= BR 1991, S. 43, Nr. 62) bestätigt, verdient Zustimmung, und zwar unabhängig davon, ob die Minderung nach Gesetz (OR 368 II) oder nach der SIA-Norm 118 (Art. 169 I Ziff. 2) erfolgt. Mangels anderer Vereinbarung bemisst sich die Höhe des geschuldeten Zinses nach OR 73 I. (pg)

Mängelhaftung – Haftung verschiedener Unternehmer für den gleichen Mangelfolgeschaden – OR 368 (Garantie pour les défauts – Responsabilité de plusieurs entrepreneurs pour le même dommage consécutif au défaut – CO 368).

Im vorliegenden Fall haben zwei verschiedene Baumängel, die von zwei verschiedenen Unternehmern zu vertreten sind, zum gleichen Mangelfolgeschaden (bewirkt durch massive Wassereinbrüche) geführt. Für diesen Schaden haften die beiden Unternehmer (unecht) solidarisch (OR 51). Der geschädigte Besteller kann daher jeden Unternehmer auf den ganzen Schaden belangen. OGr. SO, 18. 12. 1990/6.3.1991; SOG 1991, Nr. 8, S. 20 ff. (107)

Anmerkung: Für den eingetretenen Mangelfolgeschaden haften die beiden Unternehmer unter den gegebenen Umständen in der Tat (unecht) solidarisch (OR 99 III/OR 51), immer vorausgesetzt, dass jeden von ihnen ein Verschulden (OR 368/97 I) oder eine Hilfspersonenhaftung (OR 101) trifft. «Ob und in welchem Umfange die Beteiligten Rückgriff gegeneinander haben, wird durch richterliches Ermessen bestimmt» (OR 50 II/51 I). (pg)

Mängelhaftung – Rechtzeitigkeit der Mängelrüge – Entdeckung des Mangels – OR 370 III (Garantie pour les défauts – Avis donné en temps opportun – Découverte des défauts – CO 370 III).

«Treten die Mängel erst später zutage, so muss die Anzeige» nach OR 370 III «sofort nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls das Werk auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt». Zu dieser Sofortrüge führt das Bundesgericht aus: 1. «Bei der Beurteilung, ob eine Rüge rechtzeitig erfolgt ist, muss zwar auf die konkreten Umstände des Einzelfalles, insbesondere die Art der Mängel abgestellt werden. Entscheide in andern Fällen sind deshalb nur mit Zurückhaltung heranzuziehen. Allgemein kann aber gesagt werden, dass die Rügefrist kurz zu bemessen ist, wenn es sich um einen Mangel handelt, bei dem die Gefahr besteht, dass ein Zuwarten zu einem grösseren Schaden führen kann (Pedrazzini, in SPR Bd. VIII/I, S. 528). Dem Besteller ist auch eine Erklärungsfrist zuzubilligen, die jedoch ebenfalls kurz zu bemessen ist (Gauch, Werkvertrag, S. 403 Rz 1541 und S. 410 f. Rz 1571). In Berücksichtigung all dieser Gesichtspunkte erscheint eine Mängelrüge, die erst fünf Wochen nach der Entdeckung der Schäden erfolgt wäre, als verspätet.» 2. Für die Beantwortung der Frage, ob Mängel, die erst später zutage getreten sind (OR 370 III), rechtzeitig gerügt wurden, ist immer auch zu beachten, «dass ein Mangel erst mit dessen zweifelsfreier Feststellung entdeckt ist (BGE 107 II 175 E. 1a). Der Besteller muss vom Mangel solche Kenntnis erlangt haben, dass er eine genügend substantiierte Rüge erheben kann (Tercier, La partie spéciale du Code des Obligations, S. 334 Rz 2572 und 2574).» 3. «Bei Mängeln, die nach und nach zum Vorschein kommen, weil sie in ihrer Ausdehnung oder Intensität wachsen, genügen dafür noch nicht die ersten Anzeichen. Es ist vielmehr erforderlich, dass der Besteller die Bedeutung und Tragweite dieser Mängel erfassen kann (Gauch, Werkvertrag, S. 411 Rz 1573; im gleichen Sinne Giger, N 7 zu Art. 200 OR). Die strengen Rügevorschriften würden sonst dazu führen, dass der Besteller bereits jede Bagatellerscheinung anzeigen muss, um nicht für den Fall einer ungünstigen weiteren Entwicklung seiner Mängelrechte verlustig zu gehen. Bei nach und nach zum Vorschein kommenden Mängeln darf deshalb eine Entdeckung erst angenommen werden, wenn der ernsthafte Charakter des Zustandes deutlich wird.» BGr. (TF) 17.2.1992; BGE (ATF) 118 II 142 ff. (S. 148 f.). (108)

Anmerkung: 1. Der Bundesgerichtsentscheid 118 II 142 ff. wurde auf S. 38 ff. des vorliegenden Heftes ausführlich behandelt. Die vorstehend zitierten Entscheidstellen bilden lediglich einen Ausschnitt aus dem Gesamtentscheid. Im wesentlichen halten diese Entscheidstellen einer kritischen Nachprüfung stand. Insbesondere lassen sie erkennen, dass das Bundesgericht dem Besteller keine «überstürzte» Mängelrüge abverlangt, sondern eher gewillt ist, die Rügepflicht des Art. 370 III OR ohne übertriebene Strenge zu handhaben, was gegenüber BGE 107 II 177 (= BR 1982, S. 17

f., Nr. 15) zweifellos ein Fortschritt ist (zu BGE 107 II 177 vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1571 und 1573). Im Sinne einer kritischen Präzisierung sind jedoch die folgenden Punkte anzufügen: 2. Im Falle des Art. 370 III OR ist die Rügefrist gleichbedeutend mit der Erklärungsfrist, innerhalb welcher der Besteller den Entschluss zur Mängelrüge fassen und ausführen muss (*Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1571). OR 370 III lässt somit keinen Platz für die vom Bundesgericht vorgenommene Unterscheidung zwischen Rüge- und Erklärungsfrist (zu OR 367 I vgl. demgegenüber *Gauch*, a.a.O., Nr. 1550). 3. Die mögliche Gefahr, dass ein bestehender Mangel «zu einem grösseren Schaden führt», indem er einen Mangelfolgeschaden verursacht oder sich selbst vergrössert, wird durch die blossen Rüge nicht beseitigt. Schon deshalb hat diese Gefahr (anders als das Bundesgericht und *Pedrazzini* annehmen) keinen Einfluss auf die Bemessung der Rügefrist (vgl. auch SIA-Norm 118, Art. 173 II). Hingegen ist möglich, dass der Besteller, der es unterlässt, der vorhandenen Gefahr in zumutbarer Weise entgegenzuwirken, die daraus entstehenden Nachteile selber tragen muss (vgl. dazu *Gauch*, a.a.O., Nr. 1164, Nr. 1230 und Nr. 1340). Zum Beispiel hat er die Mehrkosten der Nachbesserung zu tragen, wenn er mit der Ausübung des Nachbesserungsrechts ohne begründete Veranlassung zuwartet und durch die unnötige Verzögerung bewirkt, dass sich die Mängelbeseitigung infolge vergrössertem Mangel verteuert. (pg)

Grundstückkaufvertrag – Contract de vente immobilière

Grundbuchanmeldung eines bewilligungspflichtigen Grundstückkaufs – BBSG 5 II (*Inscription au registre foncier d'une vente immobilière soumise à autorisation – AFIR 5 II*).

Gemäss Art. 5 Abs. 2 BBSG weist der Grundbuchverwalter die Anmeldung zur Grundbucheintragung ab, wenn die Sperrfrist zu beachten ist und die Bewilligung für eine vorzeitige Veräusserung fehlt. Er ist nicht befugt, die Anmeldung bis zum Bewilligungsentscheid pendent zu halten. *Justizkomm. LU 16.1.1991; LGVE 1991 I, Nr. 7, S. 10 ff.* (109)

Anmerkung: Es ist ein – in Art. 966 ZGB enthaltener – «Fundamentalsatz der Grundbuchführung», dass «ein angemeldetes Geschäft im Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung sämtliche Eintragungsvoraussetzungen erfüllen muss» (*Pfaffli*, recht 1991, S. 79). Zudem müssen diese Voraussetzungen «dem Grundbuchamt bei der Anmeldung urkundenmässig nachgewiesen werden» (*Homberger*, Zürcher Komm., N 2 zu Art. 966 ZGB), ansonst die Anmeldung abzuweisen ist. Eine gewisse Einschränkung bringt Art. 966 Abs. 2 ZGB, wonach unter Umständen eine nachträgliche «Ergänzung des Ausweises über das Verfügungsrecht» zulässig ist. Weitere Einschränkungen bringen insbesondere Art. 81 des am 1. Januar 1994 in Kraft tretenden Bundesgesetzes über das bürgerliche Bodenrecht (BGBB) sowie Art. 18 BewG (zu Art. 81 BGBB s. *Stalder*, Die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Behandlung unerwünschter Handänderungen im bürgerlichen Bodenrecht, Diss. Bern 1993, S. 221). Nach beiden Bestimmungen hat der Grundbuchverwalter die Möglichkeit, das Eintragungsverfahren auszusetzen, um den Ausgang eines Bewilligungsverfahrens (gemäss BewG bzw. BGBB) abzuwarten. Das BBSG sieht ein derartiges Hinausschieben des Eintragungsentscheids nicht vor. Es bleibt daher beim erwähnten «Fundamentalsatz», was Art. 5 Abs. 2 BBSG noch ausdrücklich bestätigt. (ak)

Umfang des Formzwangs – OR 216 (*Etendu de l'exigence de la forme – CO 216*).

1. Objektive Nebenabreden fallen nur dann zufolge subjektiver Wesentlichkeit unter den Formzwang, wenn sie ihrer Natur nach unmittelbar den Kaufvertrag betreffen, d.h. das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung berühren. 2. In casu war zusätzlich zum Grundstückkaufvertrag eine Vereinbarung in einfacher Schriftform getroffen worden. Darin wurde u.a. bestimmt, dass der Käufer Fr. 60'000.– des Kaufpreises zurückbehalten dürfe, bis der Verkäufer die Liegenschaft ins Eigentum des Käufers überführt habe. Sodann wurde ein Rückkaufsrecht stipuliert. Ein Formmangel wurde verneint: Die Klausel über das Rückkaufsrecht stelle «lediglich eine Zahlungsmodalität» dar, und die fehlende öffentliche Beurkundung des Rückkaufsrechts schade des-

halb nicht, weil sich den Akten nicht entnehmen lasse, «dass das Rückkaufsrecht das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung berührt hätte». *KGr. GR 4.3.1991; PKG 1991, Nr. 6, S. 32 ff.* (110)

Anmerkung: 1. Es ist unbestritten, dass die objektiv wesentlichen Punkte zu beurkunden sind und dass unter diesem Gesichtspunkt Kaufgegenstand und Kaufpreis dem Formerfordernis unterliegen. Ob bzw. inwieweit subjektiv wesentliche Punkte zu beurkunden sind, darüber gehen die Meinungen auseinander (vgl. neustens *Schmid*, ZBGR 1993, S. 4 f.). Nach bundesgerichtlicher Ansicht bezieht sich der Formzwang «im subjektiv wesentlichen Bereich nur auf solche Vertragspunkte..., die ihrer Natur nach ein Element des betreffenden Vertragstyps (z.B. des Grundstückkaufs) bilden» (*Gauch/Schlupe*, Nr. 538, unter Hinweis auf BGE 86 II 37, 90 II 37 f., 107 II 216, 113 II 404; zum letzteren Entscheid s. *Ruf*, BN 1992, S. 321 ff.; *Koller*, BR 1989, S. 95 f.). 2. Das Kantonsgericht scheint sich im referierten Entscheid dieser Rechtsprechung anzuschliessen, verwendet jedenfalls Termini und Wendungen, welche auch in den erwähnten BGE verwendet werden, weicht aber im Ergebnis von der höchstgerichtlichen Praxis ab. Denn: Es will der Sache nach subjektiv wesentliche Punkte nur dann der Beurkundung unterwerfen, wenn sie sich auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung auswirken (s. insb. S. 33 gegen Ende). Wo aber dies zutrifft, ist der subjektiv wesentliche Punkt auch objektiv wesentlich und er ist schon aus diesem Grund zu beurkunden. Demgegenüber sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung subjektiv wesentliche Punkte unabhängig von der objektiven Wesentlichkeit immer dann beurkundungsbedürftig, wenn sie – auf den Grundstückkauf bezogen – kauftypisch sind. Kauftypisch im Sinne dieser Rechtsprechung ist wohl auch eine Abrede über die Rückbehaltung eines Teils des Kaufpreises. Falls subjektiv wesentlich, hätte daher wohl auch die Abrede über die Rückbehaltung von Fr. 60'000.– der öffentlichen Beurkundung bedurft. 3. In der Praxis kommt es häufig vor, dass Grundstückkaufverträge mit andern Verträgen verkoppelt sind, in der Weise, dass nach dem Willen der Parteien der Bestand des einen Vertrags von der Gültigkeit des andern abhängt, im übrigen aber beide Verträge ihr selbständiges Schicksal haben (*Koller*, Begriff und Rechtsgrundlagen des Grundstückkaufs, in: Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, Nr. 36). Beide Verträge folgen diesfalls ihren eigenen Regeln. Das gilt namentlich auch hinsichtlich der Form (*Koller*, Kurzkomm. OR I, N 8 zu Art. 187): Nur der Grundstückkauf bedarf der öffentlichen Beurkundung, nicht aber der damit verbundene Vertrag, z.B. ein entgeltliches Darlehen (BGE 113 II 402 ff.; weiteres Beispiel: BGE 86 II 37, vgl. auch 78 II 437, 90 II 34 E. 2). Diese (zutreffende) Rechtsprechung hat u.a. zur Folge, dass sich der Verkäufer eines Grundstücks den Abschluss eines Werkvertrags vorbehalten kann, ohne dass er diesen verurkunden lassen müsste (*Gauch*, BR 1986, S. 80 ff.). Nach dem Gesagten hat das KGr. GR zutreffend entschieden, dass die fehlende Beurkundung des Rückkaufsrechts hinsichtlich des Grundstückkaufvertrags keinen Formmangel darstellt, und zwar auch dann nicht, wenn die Abrede über das Rückkaufsrecht *conditio sine qua non* des Grundstückkaufs war (ob dies zutrifft, geht aus dem Entscheid nicht hervor: widersprüchlich S. 34 oben). Der Grundstückkauf war somit wegen der fehlenden Beurkundung des Rückkaufsrechts nicht formungültig. Selbstverständlich aber hatte das Rückkaufsrecht, da nur schriftlich vereinbart, keinen Bestand (Art. 216 Abs. 2 OR). Ob dieser Umstand den Verkäufer berechtigte, den Grundstückkauf zu Fall zu bringen, wird im angezeigten Entscheid nicht diskutiert. 4. Dass der verkoppelte Vertrag nicht zu beurkunden ist, trifft dann nicht zu, wenn er Kaufpreislelemente beinhaltet. Denn in diesem Fall betrifft er einen objektiv wesentlichen Punkt des Kaufvertrags. Das aber hat nach dem in Ziff. 1 Gesagten den Beurkundungszwang zur Folge (vgl. BGE 113 II 402 ff.). Beizufügen bleibt, dass es sprachlich ungenau ist, in dem zur Diskussion stehenden Fall noch von einer Vertragskoppelung zu sprechen. Vielmehr liegt ein gemischter Grundstückkaufvertrag vor (statt zweier zusammengesetzter Verträge besteht nur noch ein einziges Vertragsverhältnis, vgl. *Guhl/Merz/Koller*, S. 309). (ak)

Diverses – Divers

Responsabilité de l'avocat en droit de la construction – Nature de cette responsabilité et qualification de la faute – Domage consécutif au rejet d'une requête tendant à l'inscription d'une hypothèque légale d'artisan et d'entrepreneur – CO 43, 97 I, 101, 394 I, 398 I, 402 I; CC 837, 839 (*Haftung des Anwalts – Umfang der Haftung – Schaden wegen Verweigerung des Grundbucheintrags eines Bauhandwerkerpfandrechts – OR 43, 97 I, 101, 394 I, 398 I, 402 I; ZGB 837, 839*).

1. En tant que mandataire (CO 394), l'avocat ne répond pas d'un résultat, mais de la bonne et fidèle exécution du mandat (CO 398 II). L'étendue de son devoir de diligence dépend des circonstances; on ne peut en particulier le rendre responsable après coup de tout insuccès, «compte tenu, d'une part, de la complexité de la législation et des faits, des aléas de la procédure et, d'autre part, de certaines imperfections humaines mineures qui se manifestent nécessairement lors de l'exercice d'une telle profession, empreinte de risques». 2. La violation de son devoir de diligence entraîne la perte du droit aux honoraires et au remboursement des frais consentis pour l'exécution du mandat (CO 402 I a contrario); si elle occasionne un dommage au mandant et qu'elle se double d'une faute de l'avocat, le client pourra obtenir des dommages-intérêts (CO 97 I). 3. Comme n'importe quel autre mandataire, en particulier le médecin, l'avocat répond en principe de toute faute; sa responsabilité reste donc aussi engagée pour une faute légère. 4. L'avocat qui confie à son stagiaire la recherche de renseignements nécessaires à l'établissement des faits pertinents ne viole pas son devoir de diligence, mais doit se laisser opposer le comportement de son auxiliaire (CO 101). 5. Etant donné la relative brièveté du délai dans lequel doit être inscrite l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs (CC 837, 839), l'avocat qui est chargé de la requérir viole objectivement son devoir de diligence s'il n'effectue pas les recherches indispensables quant à l'immeuble susceptible d'être grevé d'une telle hypothèque, lorsque les conditions n'en sont pas claires, ce qui était le cas en l'espèce. 6. L'avocat (le stagiaire) qui s'était rendu sur les lieux pour examiner la parcelle visée par l'hypothèque devait se rendre compte que les éléments fournis par l'entrepreneur ne pouvaient être destinés à la parcelle désignée par lui, puisqu'il s'y trouvait uniquement un ancien bâtiment, laissant une place insuffisante pour une nouvelle construction. 7. Le fait que son mandant lui ait donné des indications erronées ne suffit pas à le décharger de sa responsabilité; en effet, dès l'instant où il a pu se rendre compte de l'erreur commise par le mandant, il devait vérifier les données qui lui avaient été communiquées, d'autant qu'il avait amplement le temps de le faire. *TF (BGr.) 22.10.1991 (B.SA c.X); ATF (BGE) 117 II 563-569.* (111)

Note: Bien qu'il ne concerne pas la responsabilité d'un professionnel de la construction, l'arrêt présente un grand intérêt: d'abord, parce qu'il traite – pour une fois! – de la responsabilité de l'avocat pour la diligence mise au règlement d'un cas de construction; ensuite, parce qu'il comprend certaines affirmations qui peuvent être appliquées par analogie en droit de la construction. 1. Les énonciations touchant la qualification du contrat d'avocat et la qualification de la faute mériteraient à elles seules un long commentaire. Quelques notes brèves à ce sujet: (a) Les services que rend l'avocat dans une procédure judiciaire ressortissent incontestablement au contrat de mandat, car on ne voit pas comment il pourrait «garantir» un résultat; cela ne veut pas encore dire que certaines autres activités de l'avocat ne pourraient pas éventuellement ressortir au contrat d'entreprise, si tant est que le résultat puisse en être garanti. (b) La sanction principale de l'inexécution réside dans le droit qu'a le mandant de refuser tout honoraire; la formule doit être nuancée, car encore faut-il que les prestations de l'avocat n'aient effectivement été d'aucune utilité pour le mandant (sur ces questions, cf. P. Tercier, La partie spéciale du Code des obligations, Zurich, 1988; P. Derendinger, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Fribourg, 1990). (c) L'avocat répond donc uniquement pour sa faute, mais alors de toute faute, et non seulement d'une faute grave; ce qui est vrai en revanche, c'est qu'on ne doit pas poser «objectivement» des exigences trop lourdes sur le degré de diligence requis, car la profession est difficile et empreinte d'aléas. On ne peut totalement exclure que les juges ont manifesté dans la formulation des réserves une certaine indulgence à l'endroit de leurs collègues juristes; les «imperfections humaines mineures» n'ont pas toujours été mentionnées pour d'autres professions avec autant de réserve; il est vrai que les juges n'en ont ici pas fait usage, à la différence de leurs collègues de première et deuxième instances qui avaient libéré l'avocat. (d) Il faut distinguer les aspects objectifs et subjectifs de la faute, mais l'on peut avoir quelques hésitations sur la répartition qu'en propose l'arrêt (sur ces questions, cf. surtout F. Werro, La capacité de discernement et la faute dans le droit suisse de la responsabilité: étude et critique comparative, thèse Fribourg, 1985, 2e éd., 1986, p.60ss). 2. L'autre aspect examiné par les juges concerne l'influence que peuvent avoir sur la responsabilité d'un manda-

taire les indications inexactes que lui a fournies le mandant. On peut dégager de l'arrêt (en extrapolant un peu) les trois principes suivants: (a) Le mandataire doit en principe vérifier les indications que lui communique le mandant si elles ont une importance. (b) Il n'en va différemment que si les indications ont un caractère qui échappe au contrôle ou à la responsabilité du mandataire ou si elles lui sont communiquées si tardivement qu'il ne peut plus les vérifier. (c) S'il est en principe dispensé de cet examen, son devoir renaît s'il a quelque motif de douter de leur exactitude; il doit alors en demander confirmation ou entreprendre les démarches utiles pour les vérifier. 3. Dans un autre registre, mais toujours en relation avec la responsabilité de l'avocat, voici le résumé d'un autre arrêt du Tribunal fédéral (30.9.1992: SJ 1993 p. 221 ss): «Agit contrairement à la probité et à l'honneur et, partant, viole ses devoirs professionnels l'avocat qui, chargé de défendre les intérêts du propriétaire dans un litige relatif à la résiliation d'un bail, prend l'initiative de s'adresser à des relations d'affaires du locataire, partie adverse, pour leur signaler la résiliation du bail et porter à leur connaissance des faits concernant l'activité commerciale dudit locataire.» (pt)

Responsabilité pour le dommage consécutif à de faux renseignements sur le choix d'un matériau – Qualification de la relation issue des renseignements – Absence de lien de causalité avec les renseignements donnés – Risques à assumer par le maître dans l'emploi de matériaux nouveaux – CO 41, 55, 197ss (*Haftung für falsche Auskunft bei der Wahl eines Materials – Qualifikation der Rechtsbeziehung – Fehlender Kausalzusammenhang – Risikoverteilung beim Gebrauch neuer Materialien – OR 41, 55, 197 ff.*).

1. Celui qui fournit des renseignements n'exécute pas un engagement contractuel, mais accomplit simplement un acte extra-contractuel de pure complaisance; sa responsabilité ne peut être engagée qu'en vertu des règles de la responsabilité délictuelle (CO 41, 55). 2. Il en va différemment d'abord si la partie qui le prétend établit qu'il y a eu un véritable contrat, notamment lorsque celui qui a donné le renseignement l'a fait dans l'exercice de sa profession ou contre rémunération; pour en juger, il faut tenir compte de toutes les circonstances, notamment des intérêts des deux parties. 3. La responsabilité peut être ensuite admise s'il s'agit d'un renseignement donné en cours de négociation en vue de la conclusion d'un contrat, p.ex. d'un contrat de fourniture; cette responsabilité pourrait être alors envisagée soit sous l'angle de la culpa in contrahendo (CO 41 ou 97), soit sous celle de la garantie pour les défauts (CO 197). 4. Admis en l'espèce que le renseignement donné au téléphone par un employé d'un marchand de matériau sur l'usage de rubans adhésifs («Coroplast») pour la fixation de panneaux de Novopan était un acte de pure complaisance effectué en dehors de tout lien contractuel: «L'employé S. n'avait aucun intérêt à recommander l'usage de ruban autocollant, ce matériau étant moins cher que le treillis traditionnellement utilisé». 5. De toute façon, il a été prouvé par expertise que le dommage (fissurations) ne provenait pas des rubans adhésifs mais de l'encollage des joints et du type de colle utilisée; il n'y avait donc pas de lien de causalité. 6. Celui qui, en sa qualité de professionnel, recourt à une matière nouvelle qui nécessite une technique particulière prend «de grands risques». *JU TC 5.3.1992 (Matériaux Sabag SA c. R. Bürgin); RJJ 1992 p.154-158.* (112)

Note: La vie professionnelle repose largement sur les renseignements que l'on donne et l'on reçoit. S'ils sont faux et entraînent un dommage, la responsabilité peut avoir divers fondements (sur l'ensemble des questions, cf. H. Nütelispach, Zur Frage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit für schlechten Rat und falsche Auskunft nach schweiz. OR, thèse Zurich 1948, cité par l'arrêt; cf. plus récemment P. Gauch, Der Werkvertrag, 3e éd., Zurich 1985, notamment n. 321, 1383, 1421, 1680; W. Schönenberger/P. Jäggi, commentaire zurichois, Obligationenrecht, Teilband V, 1a, Zurich 1973, ad art. 1, n. 121; Reuss, Archiv für die civilistische Praxis 154, 1955, 496 ss). 1. La responsabilité délictuelle. En règle générale, ces renseignements appartiennent aux pures relations para-juridiques et n'entraînent de responsabilité que si l'on peut fonder une responsabilité délictuelle, laquelle exige un acte illicite: en dehors des cas où les renseignements ont été sciemment donnés pour tromper le destinataire (cf. CO 41 II), on ne peut trouver une responsabilité que s'il y a un acte illicite ayant causé (adéquatement) le

dommage dont se plaint la victime. La jurisprudence n'est pas riche (cf. néanmoins ATF 116 II 695; 112 II 348; 111 II 471). Sur ce point, l'arrêt constate que les renseignements n'étaient pas faux et qu'ils n'ont pas causé le dommage. Autant dire qu'il était inutile de chercher plus loin. 2. La responsabilité contractuelle directe. Ces renseignements peuvent aussi être donnés en exécution d'un contrat, dont ils constituaient la partie exclusive ou principale; il faut pour cela que l'on puisse admettre (sociologiquement et juridiquement) que les deux parties avaient la volonté de donner à cette prestation une composante juridique, ce qui est sûrement – mais non uniquement – le cas si les renseignements sont donnés à titre onéreux. La distinction avec l'acte de complaisance est délicate et dépend des circonstances. Les juges se montrent ici réservés avec raison pour un renseignement donné par téléphone et gratuitement. 3. La responsabilité contractuelle «indirecte». Les renseignements peuvent aussi être donnés à propos d'un autre type de relation – plus étroite que l'acte de pure complaisance, mais plus lâche qu'un contrat –, c'est-à-dire avant la conclusion du contrat exécuté par la suite, par exemple un contrat de vente ou d'entreprise. C'est pourquoi l'arrêt évoque la responsabilité précontractuelle et la garantie pour les défauts; celle-ci ne pourrait à mon avis intervenir que si les renseignements revenaient à une promesse de qualité; sinon, il faudrait s'en tenir aux règles habituelles (CO 41 ou 97; culpa in contrahendo). 4. On relèvera au passage la dernière affirmation touchant l'usage de matériaux nouveaux. Les juges considèrent avec raison que celui qui y recourt doit en assumer les risques, sans préciser ce que cela implique. A mon avis, on peut en déduire deux choses: d'une part que celui qui y recourt doit prendre des précautions particulières, notamment en s'informant sur les propriétés et les spécificités du matériau ou de la méthode; d'autre part qu'en cas de dommages dus à une réalisation de ces risques, il doit accepter d'assumer une partie de la responsabilité au titre des risques acceptés (CO 43–44). (pt)

Sachenrecht – Droits réels

Selbständiges und dauerndes Baurecht – Grundbuchrecht – ZGB 655 II (*Droit de superficie distinct et permanent – Droit du registre foncier – CC 655 II*).

1. Ein selbständiges und dauerndes Baurecht kann nicht wie ein eigentliches Grundstück derelinquiert werden – mit der Folge, dass es im Grundbuch als herrenlos zu bezeichnen wäre. 2. Das Baurecht stellt eine Dienstbarkeit dar, auch wenn es als selbständiges und dauerndes Recht in das Grundbuch aufgenommen wird und nach Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB als Grundstück gilt. Es wird durch diese gesetzgeberische Fiktion namentlich nicht zu einem Sachobjekt, an dem Eigentum begründet werden kann. Die Bestimmungen über die Grundstücke sind vielmehr auf selbständige und dauernde Rechte nur analog anwendbar, indem den Besonderheiten ihres Charakters als Dienstbarkeitsrechte Rechnung getragen wird (*Meier-Hayoz*, Berner Komm., N 5 zu Art. 655 ZGB; *Liver*, Das Eigentum, in: Schweiz. Privatrecht, Basel und Stuttgart 1977, Bd. V/1, S. 123). 3. Der Bauberechtigte kann zwar nach den für Dienstbarkeiten geltenden Grundsätzen auf sein Recht verzichten und die Schliessung des eröffneten Grundbuchblattes verlangen. Ein solcher Verzicht setzt aber nach Art. 964 ZGB die Zustimmung der Inhaber der am Baurecht bestehenden beschränkten dinglichen Rechte voraus. *BGr. (TF) 19.5.1992; BGE (ATF) 118 II 115 ff.* (js) (113)

Ausübung eines vorgemerkten Vorkaufsrechts – Verjährung – ZGB 681 (*Exercice d'un droit de préemption annoté – Prescription – CC 681*).

1. Der Vorkaufsberechtigte wird nicht schon mit der Ausübung seines Rechts Eigentümer, sondern hat gegen den Vorkaufsverpflichteten bloss einen persönlichen Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Vorkaufsobjekt und bei Weigerung des Verpflichteten das Recht, sich das Eigentum gerichtlich zusprechen zu lassen (Art. 665 Abs. 1 ZGB). 2. Wurde das Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt und der Dritterwerber bereits als Eigentümer des Grundstücks eingetragen, so ist dieser letztere vorkaufsgebunden. Ihm gegenüber muss also das (vorgemerkte) Vorkaufsrecht geltend gemacht werden. 3. Der obligatorische An-

spruch auf Übertragung des Eigentums verjährt in zehn Jahren (OR 127), vom Tag der rechtsgültigen Ausübungserklärung des Vorkaufsrechts an gerechnet. *KGr. (TC) VS 29.5.1991; ZWR (RVJ) 1991, S. 360 ff.* (114)

Anmerkung: 1. Der Entscheid stimmt in der Bestimmung der Passivlegitimation mit der bundesgerichtlichen Praxis überein. Darnach besteht ein im Grundbuch vorgemerktes (wie auch ein gesetzliches) Vorkaufsrecht «gemäss Art. 681 Abs. 1 ZGB auch gegenüber dem Erwerber des Grundstücks. Ist der Erwerber bereits im Grundbuch als neuer Eigentümer eingetragen, so kann der Vorkaufsberechtigte, der in gültiger Weise sein Recht ausgeübt hat, gegen ihn auf Übertragung des Grundeigentums klagen» (*BGE 116 II 49 ff.* [52], E. 4, mit Hinweis auf 102 II 376 ff. [384], E. 5; 101 II 235 ff. [240], E. 1b; 92 II 147 ff. [155], E. 4). 2. In Gang gesetzt wird die zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 130 Abs. 1 OR mit der Fälligkeit der Forderung, welche grundsätzlich sogleich eintritt (Art. 75 OR). Massgebend dürfte indessen – genau genommen – der Tag sein, an welchem die wirksame Ausübungserklärung dem Vorkaufsbelasteten zugeht (*Kramer*, Berner Komm., N 82 ff. zu Art. 1 OR). Die Unterscheidung zwischen Abgabe und Zugang der Ausübungserklärung spielte freilich im hier zu beurteilenden Fall keine Rolle. (js)

Stockwerkeigentum – Anspruch des Stockwerkeigentümers auf Berichtigung der Wertquote – ZGB 712e II (*Propriété par étages – Droit du copropriétaire à la rectification de sa part – CC 712e II*).

1. Ein Irrtum im Sinne von Art. 712e Abs. 2 ZGB setzt voraus, dass der bei der Quotenfestlegung verwendete Bewertungsmassstab versehentlich unzutreffend gehandhabt worden ist oder auf irrümlichen Grundlagen beruht. Der Irrtum muss überdies wesentlich sein. Seine Geltendmachung setzt die Kenntnis der bei der ursprünglichen Quotenfestlegung verwendeten Kriterien voraus (*BGE 116 II 55 ff.* [62], E. 6a). 2. Bauliche Veränderungen am Gebäude oder an einer Stockwerkeinheit geben dann einen Anspruch auf Berichtigung der Wertquoten, wenn die Quadrat- oder Kubikmeterzahl ein bestimmender Faktor für die Quotenberechnung war (*Meier-Hayoz/Rey*, Berner Komm., N 27 f. zu Art. 712e ZGB). *KGr. GR 18.3.1991; PKG 1991, Nr. 3, S. 20 ff.* (js) (115)

Stockwerkeigentum – Pfandrecht für Beitragsforderungen – ZGB 712i (*Propriété par étages – Garantie des contributions – Hypothèque légale – CC 712i*).

1. Für das (summarische) Verfahren auf vorläufige Eintragung des Pfandrechts für Beitragsforderungen sowie für ein anschliessendes Rechtsmittelverfahren ist der Verwalter von Gesetzes wegen zur Vertretung der Stockwerkeigentümergeinschaft berechtigt (Art. 712i Abs. 2 und Art. 712t Abs. 2 ZGB; *Meier-Hayoz/Rey*, Berner Komm., N 47 und 54 zu Art. 712i ZGB sowie N 42 zu Art. 712t ZGB). 2. Die pfandrechtliche Sicherung kann nicht nur für Deckungsbeiträge (Forderungen zur Deckung bereits bestehender Verbindlichkeiten der Gemeinschaft) verlangt werden, sondern auch für die durch Reglement oder rechtsgültigen Versammlungsbeschluss begründeten, fälligen Kostenvorschüsse aus den abgelaufenen letzten drei Rechnungsjahren. Für Vorschüsse eines noch laufenden Rechnungsjahres kann jedoch die Pfandsicherheit nicht verlangt werden. *KGr. GR 12.4.1991; PKG 1991, Nr. 57, S. 186 ff.* (116)

Mehrere Stockwerkeinheiten des gleichen Eigentümers dürfen nicht für den Gesamtbetrag mit einem Gesamtpfandrecht belastet werden. Vielmehr ist auf jeder Einheit ein Pfandrecht für den quotenmässig darauf entfallenden Beitrag zu errichten. *KGr. GR 22.1.1991; PKG 1991, Nr. 58, S. 191.* (117)

Anmerkung: 1. Zu der (vom Gericht im erstgenannten Entscheid verneinten) Frage der Pfandsicherheit für Forderungen des laufenden Rechnungsjahres gehen die Meinungen in der Lehre auseinander. *Meier-Hayoz/Rey* (Berner Komm., N 33 zu Art. 712i ZGB) lehnen eine Beschränkung der

Pfandsicherheit auf abgelaufene Rechnungsjahre ab, weil sonst Forderungen (Dritter) gegen die Gemeinschaft unter Umständen vorübergehend nicht durch Beitragsforderungen gegen die Stockwerkeigentümer gedeckt wären. Tatsächlich kann die vom Gericht vertretene Meinung die Stockwerkeigentümer in Gefahr bringen, wenn einzelne von ihnen insolvent sind. War es erforderlich, diese kontroverse Frage im vorliegenden summarischen (Rechtsmittel-) Verfahren, wo es nur um die Glaubhaftmachung des Eintragungsanspruches ging, zu beantworten? 2. Zustimmung verdient die im zweiten Entscheid angeordnete Verteilung der Beitragsforderungen auf die einzelnen betroffenen Stockwerkeinheiten. Die Beiträge an die gemeinschaftlichen Kosten sind einheitsbezogen (so wohl auch *Meier-Hayoz/Rey*, Berner Komm., N 44 zu Art. 712i ZGB). Ein Gesamtpfand würde auch zu unentwirrbaren Verwicklungen führen, wenn zu einem späteren Zeitpunkt etwa Bauhandwerker weitere Pfandrechte (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) auf einzelnen der betroffenen Stockwerkeinheiten eintragen wollten. (js)

Stockwerkeigentum – Schiedsklausel – Richterliche Bestellung des Verwalters – Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Beschlüssen – ZGB 649a, 712q und 712m II; Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit 6 II (*Propriété par étages – Clause d'arbitrage – Nomination de l'administrateur par le juge – Nullité ou annulabilité des décisions – CC 649a, 712q et 712m II; Concordat sur l'arbitrage 6 II*).

1. Die in einem Reglement enthaltene Schiedsgerichtsklausel ist nach Art. 6 Abs. 2 des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit nur für jene Stockwerkeigentümer verbindlich, die ihr ausdrücklich in Schriftform zugestimmt haben (BGE 110 Ia 106 ff.). 2. Der Individualanspruch auf richterliche Bestellung des Verwalters nach Art. 712q ZGB ist subsidiärer Natur und nicht gegeben, wenn die Versammlung der Stockwerkeigentümer selber durch einen (wenn auch anfechtbaren, aber nicht angefochtenen und nicht nichtigen) Beschluss einen Verwalter gewählt hat (*Meier-Hayoz/Rey*, Berner Komm., N 84 und 102 ff. zu Art. 712q ZGB). 3. Bei einer Verletzung von Quorumsbestimmungen muss im Einzelfall geprüft werden, ob Nichtigkeit oder blosser Anfechtbarkeit vorliegt; im Zweifel ist aus Gründen der Rechtssicherheit nur Anfechtbarkeit anzunehmen. *KGr. GR 15.3.1991; PKG 1991, Nr. 59, S. 191 ff.* (118)

Anmerkung: 1. Im Berichtsfall war der Verwalter an der Versammlung der Stockwerkeigentümer mit der absoluten Mehrheit der Kopfstimmen wie auch der Wertquoten gewählt worden, doch sah das Reglement für diese Wahl eine Zweidrittelmehrheit sämtlicher Eigentümer und Wertquoten vor; was nicht erreicht wurde. 2. Zur Frage, ob eine Verletzung von Quorumsbestimmungen zur Nichtigkeit oder zur blossen Anfechtbarkeit des mangelhaften Beschlusses führt, verfolgt das Bundesgericht zum Gesellschaftsrecht keine einheitliche Praxis (Nichtigkeit bejaht in BGE 78 III 33 ff. [43 f.], E. 9, aber verneint in BGE 86 II 78 ff. [88], E. 6b; vgl. auch BGE 93 II 30 ff. [35], E. 4). Zu beachten ist indessen auch das Vereinsrecht, zumal Art. 712m Abs. 2 ZGB darauf verweist. Gewichtige Autoren zum Stockwerkeigentums- und zum Vereinsrecht nehmen bei Verletzung der Quorumsvorschriften Nichtigkeit an (*Meier-Hayoz/Rey*, Berner Komm., N 147 zu Art. 712m ZGB; *Riemer*, Berner Komm., N 107 ff. zu Art. 75 ZGB). 3. In BGE 114 II 193 ff. wendet das Bundesgericht das aus dem Verfahrensrecht stammende Kriterium des überspitzten Formalismus an, um zu prüfen, welche statutarischen Verfahrensregeln eines Vereins wesentlich oder bedeutungslos sind und welche der möglichen Verletzungen als schwer oder leicht betrachtet werden müssen. Übertragen auf das Stockwerkeigentumsrecht liesse sich demnach fragen, ob eine im Reglement festgelegte Quorumsvorschrift unter den Gesichtspunkten des Schutzes der Beteiligten und der Verhältnismässigkeit derart wichtig ist, dass sich im Falle ihrer Verletzung die Nichtigkeitsanktion für den mangelhaften Beschluss rechtfertigt. (js)

Stockwerkeigentum – Aufgaben und Verantwortlichkeit des Verwalters – ZGB 712s (*Propriété par étages – Attributions et responsabilité de l'administrateur – CC 712s*).

1. Die Verantwortlichkeit des Verwalters gegenüber der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer beurteilt sich mangels besonde-

rer Anordnungen im Stockwerkeigentumsrecht ausschliesslich nach vertraglichen Grundsätzen. Für die Qualifizierung des Verwaltervertrages kommen Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR), einfacher Auftrag (Art. 394 ff. OR) oder ein Innominatkontrakt auf Arbeitsleistung in Betracht. Ist die Verwaltung einer juristischen Person übertragen, scheidet Arbeitsvertragsrecht aus. 2. Charakteristischer Inhalt des Verwaltervertrages sind Pflichten des Verwalters zum Erbringen bestimmter, im wesentlichen durch die Art. 712s und 712t ZGB umschriebener Leistungen für eine gewisse Dauer unter Wahrung der Interessen der Stockwerkeigentümergemeinschaft und unter Beachtung der nötigen Sorgfalt (*Meier-Hayoz/Rey*, Berner Komm., N 37 zu Art. 712q ZGB). 3. Ohne entsprechenden Auftrag oder Beschluss der Stockwerkeigentümergemeinschaft ist der Verwalter nicht verpflichtet, für die Abtretung und Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen wegen Mängeln an gemeinschaftlichen Bauteilen zu sorgen. *KGr. GR 16.9.1991; PKG 1991, Nr. 4, S. 24 ff.* (119)

Anmerkung: 1. Die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen wegen Mängeln an gemeinschaftlichen Bauteilen wirft immer wieder rechtliche Probleme auf. Nach der Rechtsprechung (BGE 109 II 423 ff.; 111 II 458 ff. = BR 1987, Nr. 85, S. 70 f. mit Anm. *Gauch*; 114 II 239 ff. = BR 1989, Nr. 119, S. 96 f. mit Anm. *Gauch*; *Meier-Hayoz/Rey*, Berner Komm., N 26 f. zu Art. 712i ZGB) hat die Gemeinschaft die Möglichkeit, kaufvertragsrechtliche Sachgewährleistungsansprüche, die abtretbar sind und auf Mängeln an gemeinschaftlichen Bauteilen gründen, von den einzelnen Stockwerkeigentümern durch Zession zu erwerben und geltend zu machen. Ohne eine solche Abtretung ist die Gemeinschaft zur Geltendmachung dieser Ansprüche nicht legitimiert. 2. Im vorliegenden Fall ging es gerade um solche Gewährleistungsansprüche, die einzelnen Stockwerkeigentümern gegenüber dem Ersteller des Gebäudes zustanden (bzw. zugestanden hatten). Mit deren Wahrung oder Durchsetzung hat die gemeinschaftliche Verwaltung nach Art. 712s ZGB ohne besonderen Auftrag nichts zu tun. Entsprechende Handlungen können auch nicht als dringliche Massnahmen im Sinne von Art. 712s Abs. 1 in fine ZGB gefordert werden, denn bei diesen geht es einzig darum, die im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Sache vor drohendem oder wachsendem Schaden zu bewahren (*Meier-Hayoz/Rey*, Berner Komm., N 75 zu Art. 647 ZGB). (js)

Servitude de passage – Interprétation – Aggravation – Prévisibilité – Suppression de la servitude contre indemnité – CC 738, 739, 971 (*Durchgangsdienstbarkeit – Auslegung – Erschwerung – Voraussehbarkeit – Aufhebung der Dienstbarkeit gegen Entschädigung – ZGB 738, 739, 971*).

1. L'art. 738 CC constitue, en matière de servitudes, une lex specialis de l'art. 971 CC. Pour la détermination du contenu d'une servitude, l'inscription au registre foncier fait règle en tant qu'elle désigne clairement les droits et les obligations dérivant de la servitude (art. 738 al. 1 CC). Ce n'est que dans le cas d'une inscription incomplète, sommaire ou peu claire que l'on peut faire abstraction du principe de la priorité de l'inscription au registre foncier et se référer au contrat constitutif de la servitude (art. 738 al. 2 CC). 2. L'exercice de la servitude n'est admissible que dans le cadre du but originaire en vue duquel elle a été constituée. L'interprétation ne peut pas conduire à modifier la nature de la servitude telle qu'elle est inscrite au registre foncier. 3. Dans le cas d'une aggravation de la servitude, il faut interpréter l'augmentation de la charge d'après des critères objectifs. Une aggravation importante est inadmissible au regard de l'art. 739 CC. 4. La prévisibilité d'une aggravation future est un élément important, mais pas décisif, pour la mise en oeuvre de l'art. 739 CC. *TF (BGr.) 26.5.1992; SJ 1992, p. 597 s. (phs)* (120)

Inhalt einer Dienstbarkeit bei veränderten Bedürfnissen – ZGB 738 f. (*Etendue de la servitude en cas de modification des besoins du fonds dominant – CC 738 s.*).

1. Bei der Auslegung einer Dienstbarkeit nach den in Art. 738 ZGB genannten Kriterien ist auch nach Sinn und Zweck der Ser-

vitut zu fragen, und es sind die Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks zu berücksichtigen (BGE 113 II 508, E. 2; 115 II 436, E. 2b). 2. Auch ein ungemessenes (weder räumlich noch funktionell begrenztes) Fuss- und Fahrwegrecht darf nur ausgeübt werden im Rahmen des ursprünglichen Zwecks, zu dem es begründet worden ist (BGE 100 II 116, E. 2b). Der Eigentümer des belasteten Grundstücks muss eine Mehrbelastung nur dann dulden, wenn sie auf eine objektive Veränderung der Verhältnisse, wie etwa die Entwicklung der Technik, zurückgeht und nicht auf willentlicher Änderung der bisherigen Zweckbestimmung beruht (BGE 91 II 342 f., E. 4b). 3. Hat ein (ungemessenes) Fuss- und Fahrwegrecht bis anhin als Zugang zu einem Ökonomiegebäude gedient, so würde mit dem Umbau in ein Wohnhaus mit zwei Wohnungen und drei Garagen der ursprüngliche landwirtschaftliche Zweck (Zufahrt zum Zentrum eines landwirtschaftlichen Betriebes) vollständig dahinfallen. Solchen neuen Bedürfnissen (Zufahrt zu den Garagen) darf das Fuss- und Fahrwegrecht nicht dienstbar gemacht werden (BGE 115 II 436 ff.). *BGr. (TF) 3.12.1991; BGE (ATF) 117 II 436 ff.* (121)

Anmerkung: Das Bundesgericht bestätigt den in BR 4/92, S. 103 (Nr. 176) referierten und kommentierten Entscheid des Schaffhauser Obergerichts. (js)

Öffentlicher Weg – Unvordenklichkeit (*Chemin public – Possession immémoriale*).

1. Ein Wegrecht der Öffentlichkeit an einem privaten Grundstück besteht dann seit unvordenklicher Zeit, wenn es in gutem Glauben seit Menschengedenken ungefragt und ungewehrt, einem Bedürfnis entsprechend, ununterbrochen ausgeübt worden ist (BGE 74 I 49). Der betreffende Zustand muss mindestens zwei Menschengenerationen – zweimal vierzig Jahre lang – gedauert haben (*Liver*, Zürcher Komm., N 141 zu Art. 731 ZGB). 2. Der Nachweis der Unvordenklichkeit ersetzt den Erwerbstitel. Ein auf Unvordenklichkeit beruhendes Wegrecht muss zu seiner Gültigkeit nicht im Grundbuch eingetragen sein, auch wenn das eidgenössische Grundbuch in der betreffenden Gemeinde eingeführt ist. *KGr. GR 22.4.1991; PKG 1991, Nr. 5, S. 30 ff.* (122)

Anmerkung: 1. Das gewohnheitsrechtliche Institut der Unvordenklichkeit stellt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung eine *Beweisregel* dar: «Ein Zustand, der nach Art eines Rechtszustandes solange besteht, dass sein Anfang sich im Dunkel der Vorzeit verliert, also über Menschengedenken hinaus liegt, berechtigt zur Annahme, dass er dereinst rechtmässig entstanden ist» (BGE 74 I 41 ff. [49]; *Liver*, Zürcher Komm., N 141 ff. zu Art. 731 ZGB). Unvordenklichkeit schafft also keine Wegrechte, sondern begründet lediglich die Vermutung, diese Servituten seien rechtmässig entstanden (OGr. LU in ZBJV 53/1917, S. 374 f.). 2. Von den Wirkungen der Unvordenklichkeit zu trennen ist die Frage, wo dieses Institut tatsächlich (gewohnheitsrechtlich) gilt. Der Berichtsstichwort bejaht die Geltung für den Kanton Graubünden, in Bestätigung älterer Urteile (vgl. auch BGE 94 I 569 ff. [575 f.], E. 2a). Das Bundesgericht hält den Grundsatz der Unvordenklichkeit als «in den Rechten der schweizerischen Kantone dermassen allgemein verbreitet, dass seine Geltung für privat- und öffentlich-rechtliche Verhältnisse so lange angenommen werden darf, als nicht der Gegenbeweis erbracht ist» (nicht publ. BGE i. S. Commune de Salvan vom 30.10.1933, E. 4, zitiert in BGE 74 I 49). 3. Obwohl «blosses» Gewohnheitsrecht, kann der Grundsatz der Unvordenklichkeit nach Auffassung des Bundesgerichts «die Eigentumsgarantie nicht verletzen, da er auch in diesem Falle der Rechtsordnung angehört, innert deren Schranken das Eigentum gewährleistet ist» (BGE 74 I 49). 4. Der öffentliche Gebrauch eines Weges seit unvordenklicher Zeit kann es rechtfertigen, diesen Weg auch ohne formelle Widmung als öffentlich zu betrachten (BGE 94 I 569 ff. [575 f.], E. 2a; *Imboden/Rhinow*, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, Bd. II., 5. A., Basel und Stuttgart 1976, Nr. 116 B V., S. 818; *Haab*, Zürcher Komm., N 4 zu Art. 694–696 ZGB; zurückhaltender wohl BGE 71 I 433 ff. [440 ff.], E. 6). (js)

Besitzerschutz – Abwehr von Angriffen – ZGB 926 ff. (*Protection de la possession – Droit de défense – CC 926 ss.*)

1. Zur Besitzesschutzklage ist legitimiert, wer die tatsächliche Herrschaft über ein Grundstück ausübt. Ein vertragliches Nutzungsrecht, das sich nicht in einer widerruflichen Gefälligkeitsduldung erschöpft, erfüllt diese Voraussetzung. 2. Verweigert der rechtmässige Besitzer nach (behauptetem) Ablauf des Vertragsverhältnisses die Rückgabe bzw. Räumung des Grundstücks, so liegt darin keine Besitzesstörung und keine verbotene Eigenmacht, die den Eigentümer zum Vorgehen nach Art. 926 ZGB (Selbsthilfe) berechtigen würde. 3. Zum Nachweis des besseren Rechts im Sinne von Art. 927 Abs. 2 ZGB reicht der Nachweis des Eigentums am Grundstück nicht aus. *OGr. LU 7.10.1991; LGVE 1991 I Nr. 6, S. 8 ff.* (123)

Anmerkung: Zu strafrechtlichen Aspekten der unterlassenen Räumung eines Grundstücks nach abgelaufenem Miet- oder Pachtverhältnis vgl. BGE 112 IV 31 ff. (wieder aufgegriffen in BGE 118 IV 167 ff. [173 f.], E. 3b), wo für den rechtswidrig in den Räumlichkeiten verbleibenden Mieter der Tatbestand des Hausfriedensbruchs verneint wurde. (js)

Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Inscription provisoire – Qualité pour défendre – Litispendance – Pouvoir de contrôle du conservateur du registre foncier – CC 839/965 (*Bauhandwerkerpfandrecht – Provisorische Eintragung – Passivlegitimation – Streithängigkeit – Überprüfungsbefugnis des Grundbuchführers – ZGB 839/965*).

1. La procédure en inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est dirigée contre le propriétaire de l'immeuble sur lequel les travaux ont été exécutés. En cas d'aliénation de l'immeuble en cours de procédure, l'aliénateur ne perd pas la qualité pour défendre. 2. Toutefois, si l'aliénation survient avant que la litispendance soit créée, l'action doit être dirigée contre l'acquéreur; en droit fribourgeois, l'inscription provisoire ne crée pas litispendance; l'aliénateur n'a ainsi pas qualité pour défendre à l'action en inscription définitive. 3. Le conservateur du registre foncier amené à procéder à l'inscription définitive est compétent pour contrôler si l'action a bien été dirigée contre l'acquéreur; à défaut, il doit rejeter la réquisition. *Autorité de surveillance du registre foncier 5.5.1992; RFJ (FJZ) 1992, no 28, p. 248 ss.* (phs) (124)

Hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs – Début du délai de trois mois lorsque l'entrepreneur a travaillé en vertu de plusieurs contrats (Gesetzliches Pfandrecht der Handwerker und Unternehmer – Beginn der Dreimonatsfrist, wenn der Handwerker aufgrund mehrerer Verträge geleistet hat).

1. Lorsqu'un entrepreneur a travaillé en vertu de plusieurs contrats d'entreprise, de nature différente, mais exécutés sur un seul et même immeuble, qu'ils aient été conclus à différentes dates ou le même jour, il possède autant de créances qu'il y a de contrats; en conséquence, le délai d'inscription commence à courir, pour chacun de ces contrats, à partir de l'achèvement des travaux auxquels il se rapporte (art. 839 al. 2 CC). On ne doit s'écarter de cette règle que dans l'hypothèse où les contrats sont conclus simultanément et qu'ils constituent une unité. 2. En l'espèce, on doit admettre que les travaux de charpente et d'encadrements de fenêtres (premier contrat) ainsi que la fourniture et la pose de volets (deuxième contrat), exécutés à sept mois d'intervalle, ne forment pas un tout, de telle sorte qu'une hypothèque légale pour le montant total ne peut pas être inscrite. *TC JU 21.5.1991; RJJ 1991, p. 263 ss.* (125)

Note: Lorsque plusieurs contrats d'entreprise lient le maître d'ouvrage et l'entrepreneur, la fixation du point de départ du délai de trois mois prévu à l'art. 839 al. 2 CC n'est pas toujours aisée. En l'espèce, le maître d'ouvrage avait d'abord conclu avec l'entrepreneur un contrat portant sur la fourniture et la pose de bois de charpente et celle d'encadrements de fenêtres. Indépendamment de ce premier contrat, les mêmes parties ont conclu un contrat relatif à la fabrication et à la pose de volets à lamelles fixes. Les travaux correspondant au premier contrat ont été achevés environ sept mois avant ceux prévus par le second contrat. Dans un tel cas, le principe est que le délai de

trois mois commence à courir, pour chaque contrat, dès l'achèvement des travaux prévus par ce contrat (*arrêt Gigon*: ATF 76/1950 II 134 = JdT 1951 I 102); peu importe que ces contrats aient été conclus le même jour ou à des dates différentes (ATF 106/1980 II 123 = JdT 1981 I 122). Ce principe a cependant été relativisé à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral. D'abord, le Tribunal fédéral a admis qu'en cas de commandes successives de béton frais, le délai de trois mois ne commence à courir que dès la dernière livraison (voir surtout l'*arrêt Le Trajan*: ATF 104/1978 II 348; cf. aussi ATF 97/1971 II 212 = JdT 1972 I 352 et 111/1985 II 343 = JdT 1986 I 170). Plutôt que de s'en tenir strictement à la forme juridique qu'ont revêtue les relations des parties, il faut considérer ces relations dans leur ensemble d'un point de vue pratique (voir mon commentaire dans DC 1980, p. 26, celui du Prof. P. Liver dans RSJB 1980, p. 151 ainsi que l'analyse de R. Schumacher dans DC 1982, p. 10). Ensuite, le Tribunal fédéral a considéré, dans l'*arrêt Mobag* (ATF 106/1980 II 123 = JdT 1981 I 122), que le délai de trois mois commence également à courir dès la dernière livraison lorsque les contrats portent sur des prestations de nature différente, mais qu'ils sont néanmoins «à ce point imbriqués les uns dans les autres qu'ils forment un tout»; la réalisation des derniers travaux constitue alors en réalité l'achèvement de ce tout (voir le commentaire de R. Schumacher, dans DC 1981, p. 57). La Cour civile jurassienne rappelle à juste titre ces arrêts du Tribunal fédéral, mais le résumé qu'elle en donne comporte malheureusement une inexactitude. Selon l'arrêt jurassien, une exception au principe de l'*arrêt Gigon* n'est possible, lorsque les contrats portent sur des prestations de nature différente, que «dans l'hypothèse où les contrats sont conclus simultanément». La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas aussi restrictive: une exception est possible, selon l'arrêt Mobag, aussi bien lorsque les contrats ont été conclus simultanément que lorsqu'ils ont été conclus successivement. Cela étant précisé, la décision même prise par la Cour jurassienne me paraît justifiée: les travaux n'étaient en l'espèce pas à ce point liés les uns aux autres qu'une dérogation au principe de l'arrêt Gigon s'imposait. L'inscription de l'hypothèque légale pour les travaux relevant du premier contrat a donc été refusée. (phs)

Zivilprozessrecht – Procédure civile

Sachliche Zuständigkeit des Berner Handelsgerichts bei Streitigkeiten aus dem Grundstückverkehr? (Änderung der Rechtsprechung) – ZPO BE 5 lit. a, Dekret über das Handelsgericht 8 lit. a (Compétence ratione materiae du Tribunal de Commerce de Berne pour des contestations en matière de transactions immobilières? [Changement de jurisprudence] – CPC BE 5 let. a; Décret sur le Tribunal de Commerce 8 let. a).

Die A. AG klagte gegen die T. AG auf Bezahlung von Fr. 25 800.– nebst Zins gestützt auf culpa in contrahendo im Zusammenhang mit Kaufverhandlungen um ein Grundstück. 1. Der sachlichen Zuständigkeit des Berner Handelsgerichts sind u.a. entzogen: Streitigkeiten aus dem Grundstückverkehr und – weil nicht «handelsrechtlich» – Ansprüche aus unerlaubter Handlung, Art. 5 lit. a ZPO BE, Art. 8 lit. a Dekret über das Handelsgericht (HGD). 2. Die *bisherige Praxis* hatte (a) den Begriff der Streitigkeiten aus dem Grundstückverkehr einschränkend ausgelegt, so dass nur Streitigkeiten darunter fielen, bei welchen zumindest auch sachenrechtliche Fragen, nicht bloss rein obligationenrechtliche, zu beurteilen sind, und (b) die culpa in contrahendo der vertraglichen Haftung zugerechnet. 3. Die bisherige Praxis führte zu erheblicher Rechtsunsicherheit, weil sich die Rechtsnatur des vom Kläger erhobenen Anspruchs oft erst aufgrund der Stellungnahme des Beklagten oder gar erst nach dem Beweisverfahren bestimmen liess, die sachliche Zuständigkeitsfrage aber als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen und zu Beginn des Prozesses sollte entschieden werden können. 4. Neu ist daher (a) darauf abzustellen, «ob die zwischen den Parteien bestehende Streitigkeit die Handänderung eines Grundstücks betrifft», was sich regelmässig gestützt auf die Anbringen des Klägers entscheiden lässt; (b) damit kann für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit offenbleiben, ob die aus culpa in contrahendo im Zusammenhang mit solchen Vertragsverhandlungen erhobenen Ansprüche als vertragliche oder als Ansprüche aus unerlaubter Handlung anzusehen sind. KGr. BE (App. hof) 19.6.1991; ZBJV 129, 1993, S. 67ff. (126)

Anmerkungen: 1. Der Entscheid liefert ein Beispiel für die oft diffizile Abgrenzung der sachlichen Sondergerichtszuständigkeit von derjenigen der ordentlichen Gerichte. Die Abgrenzung kann daher durch unscharfe Begriffe des Gesetzes, wie diejenigen der «handelsrechtlichen Streitigkeit» (hier zugespitzt auf die Frage, ob nur vertragliche oder auch deliktische Ansprüche darunter fallen) oder der Streitigkeit «aus dem Grundstückverkehr», erschwert werden. 2. Sowohl zur Bestimmung der örtlichen wie der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts muss zuweilen auf die Natur des eingeklagten Rechts abgestellt werden, bei der örtlichen Zuständigkeit etwa darauf, ob eine vertragliche (Erfüllungsort), deliktische (Ort der unerlaubten Handlung) oder eine Grundstücke betreffende dingliche Klage (Ort der gelegenen Sache) vorliege, bei der sachlichen Zuständigkeit darauf, ob eine arbeitsrechtliche, mietrechtliche oder eine Handelssache vorliege. Soweit die Lehre sich zum dadurch gegebenen Problem äussert, wie und in welchem prozessualen Zeitpunkt die Rechtsnatur zu bestimmen sei, ist sie sich darin einig, dass auf das vom Kläger zur Begründung Vorgebrachte abzustellen ist (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., 106; Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 3. A., 292f.). Auch Leuch (Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 3. A., 41) sagt nichts anderes: «Soweit der Gerichtsstand von der Natur des eingeklagten Anspruches abhängt, ist für dieselbe massgebend der Anspruch, wie er vom Kläger geltend gemacht ist, ob er auch so begründet sei, ist für die Frage der Zuständigkeit bedeutungslos. Dabei ist nicht lediglich auf die Klagebegehren, sondern auch auf den übrigen Inhalt der Klage abzustellen und auf den daraus sich ergebenden Zweck der Klage zurückzugehen.» Der Argumentation des Appellationshofes kann daher insoweit nicht gefolgt werden, als sie – u. a. unter Berufung auf Leuch an dieser Stelle – meint, die Rechtsnatur des Streites könne oft erst nach der Stellungnahme des Beklagten oder gar erst nach dem Beweisverfahren bestimmt werden. Würde man so argumentieren, so «würde der Nachweis der Zuständigkeit mit dem Beweis in der Sache selbst zusammenfallen. Das kann unmöglich der Sinn der Zuständigkeitsvorschriften sein, denn die Zuständigkeit bildet Prozessvoraussetzung, über deren Vorhandensein beim Beginn des Prozesses zu entscheiden ist und nicht erst nach Feststellung des der Klage zugrundeliegenden Sachverhaltes.» (Guldener, a.a.O.). – Richtig ist, dass es nicht auf die Qualifikation des Rechtsverhältnisses durch den Kläger ankommt, womit einer Manipulation der Zuständigkeit gesteuert werden kann. (ov)

Substanziierung im Säumnisverfahren – ZPO VS 114 III, 115 II (Motivation suffisante des allégations dans la procédure par défaut – CPC VS 114 III, 115 II).

Die Kläger hatten gegen eine Ehepaar aus Kaufvertrag über einen Stockwerkeigentumsanteil auf Bezahlung des Restkaufpreises und weiterer Forderungen geklagt. Das Walliser Kantonsgericht nahm an, die Beklagten seien im Verfahren säumig geworden, trat indessen auf jene Klagebegehren, welche nicht genügend substantiiert seien, nicht ein. 1. Im Säumnisverfahren werden die von der nichtsäumigen Partei vorgebrachten Tatsachen grundsätzlich als richtig anerkannt (Art. 14 Abs. 3 und Art. 115 Abs. 2 ZPO VS). 2. Damit ist verlangt, «dass Tatsachen beizubringen sind, also nicht bloss disparate Angaben und aleatorische Hinweise, und dass diese Tatsachen vorgebracht, also im Rahmen der Behauptungslast eine mindestens minimale Substantiierung aufweisen müssen. Dies erst ermöglicht es dem Richter, überhaupt über einen subsumtionsfähigen tatsächlichen Gegenstand zu verfügen.» 3. Das Verfahrensrecht muss auch im Säumnisverfahren jede Partei schützen. Der Zuspruch eines nichtbegründeten Begehrens würde unmittelbar den materiellrechtlichen Anspruch der Gegenpartei verletzen und damit die Geltung des Bundesprivatrechts in Frage stellen. 4. «Eine Aussage in der Form «Der Beklagte schuldet aus Bauträgerdarlehen Fr. 96 920.–» enthält keine Tatsachendarstellung, sondern eine Rechtsfolgebehauptung. Somit ist die Sache nicht liquid. – Auf die diesbezüglichen Rechtsbegehren wird nicht eingetreten.» KGr. (TC) VS 25.2.1991; ZWR (RVJ) 1991, S. 187ff. (127)

Anmerkungen: 1. Ein weiterer Entscheid zur Frage der Substanziierungslast, die in der neueren Rechtsprechung stets mehr Beachtung findet (BGE 115 II 2, 115 II 187, 117 II 113 und dazu BR 1992, 45, Nr. 90). Die Begriffsumschreibung der Substanziierungslast, die gängig dahin lautet, die er-

heblichen Tatsachen seien so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden könne, ist für den Fall des Säumnisverfahrens – in welchem ja wegen der Anerkennung der tatsächlichen Behauptungen ein Beweisverfahren regelmässig ausser Betracht fällt – mit dem Walliser Kantonsgericht dahin zu ergänzen, dass die Behauptungen dem Richter ermöglichen müssen, über einen subsumtionsfähigen tatsächlichen Gegenstand zu urteilen. 2. Nur in einer Beziehung kann dem Entscheid nicht gefolgt werden: Insoweit nämlich, als auf das Begehren nicht eingetreten wird. Die ausreichende Substanziierung ist nicht eine Prozessvoraussetzung, sondern eine Frage des Sachentscheides. Das Bundesgericht hat dies in BGE 115 II 190 klar dargelegt: «Daher ergeht ein Sachurteil, wenn der Richter nach Massgabe der aufgestellten Behauptungen den geltend gemachten Anspruch als hinreichend individualisiert, jedoch die Tatsachenbehauptungen als ungenügend substantiiert erachtet, ein Prozessurteil dagegen, wenn die vorgetragenen Behauptungen nicht einmal die Individualisierung des Anspruchs zulassen.» Die Klage hätte daher hinsichtlich der Rechtsbegehren, für welche ungenügend substantiiert wurde, *abgewiesen* werden müssen. (ov)

Materielle Rechtskraft nach Erfüllung des eingeklagten Anspruchs – ZPO ZH 188 und 191 (*Force jugée, si le défendeur fait droit à la demande pendant le procès – CPC ZH 188 et 191*).

Der Beklagte erstellte und verkaufte im Tessin eine Terrassenüberbauung im Stockwerkeigentum. Die Landungsstege, die Anlagen am See usw. standen zwar im gemeinschaftlichen Eigentum; sie wurden aber im Stockwerkeigentumsreglement dem exklusiven Gebrauch des Beklagten vorbehalten, der das Benützungsrecht an den Landungsstegen andern Miteigentümern übertragen darf. Die Stockwerkeigentümergemeinschaft und 14 einzelne Stockwerkeigentümer verlangten die Verpflichtung des Beklagten, auf dem Seegrundstück ein Grotto, Pergola, Dusche, WC, Kabinen und Aussengrill usw. vertragsgemäss fertigstellen zu lassen. Im Jahre 1984 ersuchten die Kläger um Vormerknahme, dass der Beklagte dieses Begehren durch weitgehende Erfüllung anerkannt habe, und ihr Anwalt erklärte auf Nachfrage des Gerichts, das Begehren sei gegenstandslos geworden. Das Bezirksgericht schrieb dieses Rechtsbegehren daraufhin als «gegenstandslos geworden» ab. Mit später erhobener neuer Klage forderten die Kläger Realerfüllung der vertraglichen Bestimmungen über die Bootsanlegeplätze, zusätzlich Schadenersatz wegen verspäteter Leistung und eventuell die Bezahlung von Fr. 15 000.– pro Anlegeplatz anstelle der Errichtung derselben. Der Beklagte erhob gegenüber der zweiten Klage die Einrede der abgeteilten Sache. 1. (Obergericht) Das Bezirksgericht hatte das fragliche Rechtsbegehren zwar als «gegenstandslos geworden» abgeschrieben. Darin lag aber die Feststellung eingeschlossen, dass mit der Klage geltend gemachte Recht bestehe nicht mehr, denn die Gegenstandslosigkeit war eingetreten, weil die geltend gemachte Forderung zufolge Erfüllung untergegangen war. Beim Abschreibungsbeschluss handelte es sich deshalb um ein Sachurteil, welches materiell rechtskräftig wurde. 2. Sowohl die erste wie die zweite Klage betraf bei richtiger Auslegung den Anspruch jedes einzelnen Stockwerkeigentümers auf Erstellung der 24 Bootsanlegeplätze auf dem im gemeinschaftlichen Eigentum befindlichen, dem Beklagten im Reglement aber zur exklusiven Nutzung zugeschiedenen Seegrundstück. Identität der beiden Klagen ist damit gegeben, und die neue Klage ist abzuweisen. 3. (Bundesgericht) Die Erklärungen der Kläger im ersten Prozess, der Beklagte habe das fragliche Rechtsbegehren durch weitestgehende Erfüllung anerkannt bzw. es sei gegenstandslos geworden, sind dahin zu verstehen, dass die Kläger auf die weitere Verfolgung ihrer Ansprüche verzichteten. Das kommt einem Rückzug des Rechtsbegehrens gleich, auch wenn die Kläger den Ausdruck «Klagerückzug» vermieden. Dem steht nicht entgegen, dass das Bezirksgericht das Rechtsbegehren als «gegenstandslos geworden» abgeschrieben hat, da nicht auf die Bezeichnung, sondern auf den Gehalt des Entscheides abzustellen ist. Die Frage, inwieweit Erläuterungsbeschlüsse wegen Gegenstandslosigkeit Rechtskraftwirkung zeitigen, stellt sich somit nicht. OGr. ZH 1.9.1988; BGr. (TF) 9.1.1992; ZR 90, 1991, Nr. 68, S. 225 ff. (128)

Anmerkung: 1. Immer wieder spukt der Begriff der «Gegenstandslosigkeit» in der Rechtsprechung herum, ohne dass mit ihm ein klarer begrifflicher Gehalt verbunden würde. Und auch die Lehre versagt hier zum Teil. Gegenstandslos wird ein Prozess nur dann, wenn der Prozessgegenstand *ohne Zutun der Parteien*, unabhängig von ihrem Willen untergeht (so: *Guldener*, a.a.O., S. 204). Hauptbeispiele dafür sind die Gegenstandslosigkeit des Scheidungsprozesses beim Tod eines Ehegatten oder von Zwischenstreitigkeiten des Betreibungsverfahrens (z.B. Rechtsöffnung) durch die Konkursöffnung über den Schuldner. Die Erledigung des Prozesses zufolge Gegenstandslosigkeit stellt je nach dem, ob der dahingefallene Gegenstand eine Prozessvoraussetzung bildete (z.B. keine Konkursöffnung in betreibungsrechtlichen Zwischenstreitigkeiten) oder der materielle Streitgegenstand war (Ehe), ein Prozess- oder ein Sachurteil dar (*Habscheid*, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2.A., N 435). 2. Erfüllung des eingeklagten Anspruchs durch den Beklagten stellt dagegen keinen Fall der Gegenstandslosigkeit dar (unrichtig: *Sträuli/Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 188 N 14), vielmehr einen Fall der *Klageanerkennung*. Die Klageanerkennung bewirkt so wie der *Klagerückzug* stets die materielle Rechtskraft. In casu ersetzte das Bundesgericht die Annahme einer Klageanerkennung deshalb durch diejenige eines Klagerückzugs, weil bezüglich der ursprünglichen Angabe der Kläger, der Beklagte habe das Klagebegehren «weitgehend» erfüllt noch Zweifel obwalten konnten, ob es im vollen Umfange durch Erfüllung anerkannt worden sei, wogegen in der Erklärung des klägerischen Anwalts, jenes Begehren sei «gegenstandslos» geworden, der klare Verzicht der Kläger auf die Weiterverfolgung ihres Anspruchs zu sehen war. 3. Waltet materielle Rechtskraft, so fehlt es der neuen Klage am Rechtsschutzinteresse; auf sie ist daher nicht einzutreten. Das trifft sowohl bei Anerkennung wie bei Rückzug zu. Das kantonale Gericht erkannte stattdessen auf Abweisung der Klage, weil es mindestens einzelne der neuen Begehren als durch die Vorfragenwirkung der materiellen Rechtskraft des ersten Urteils ausgeschlossen betrachtete (vgl. dazu *Sträuli/Messmer*, a.a.O., § 191 N 26). (ov)

Gegenstand einer Expertise im vorsorglichen Beweisaufnahmeverfahren – Feststellung der Schadensursachen – Keine Fragen zur Mängelbeseitigung zulässig – ZPO LU 221 ff. (*Expertise dans la procédure d'administration d'une preuve à futur – Constatacion des causes du dommage – Irrecevabilité de questions sur la réparation du dommage – CPC LU 221 ss*).

Der Amtsgerichtspräsident hatte in einer vorsorglichen Beweisaufnahme u.a. folgende Expertenfragen zugelassen: «3. Können diese Mängel behoben werden und allenfalls wie? 4. Wie hoch werden die Kosten der Mängelbehebung geschätzt?» 1. Die vorsorgliche Beweisaufnahme dient in erster Linie dazu, den gegenwärtigen Zustand des Streitobjektes festzuhalten. Vorkehren, die darüber hinausgehen, gehören nicht zur eigentlichen Beweissicherung (LGVE 1981 Nr. 27). Beim Entscheid über eine vorsorgliche Beweisaufnahme darf indessen auch ihre mögliche prozessverhütende Wirkung nicht ausser acht gelassen werden, obwohl dies nicht der eigentliche Zweck dieser Massnahme ist (LGVE 1986 I Nr. 23). Dies immerhin nur unter der Voraussetzung, dass der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass er die für seine Ansprüche erheblichen Ursachen sonst nicht mehr belegen könnte (LGVE 1986 I Nr. 24). 2. In casu geht es um eine Bausache, nämlich um die Sanierung einer Heizanlage vor Beginn der nächsten Heizperiode. Damit besteht die Gefahr, dass der Beweis der Schadensursachen verloren gehen könnte. Fragen hingegen, die nicht auf die Feststellung der Schadensursache, sondern auf die Beseitigung des Schadens zielen, sind hier nicht zuzulassen. Die Fragen 3 und 4 wurden vom Obergericht im Beschwerdeverfahren daher gestrichen. OGr. LU 12.9.1991; LGVE 1991 I Nr. 23, S. 31 f. (129)

Anmerkungen: 1. Der Entscheid knüpft an die an dieser Stelle wiederholt geforderte und – soweit dem Postulat Folge gegeben wurde – begrüßte Entwicklung der Rechtsprechung (mindestens in den Kantonen Luzern und St. Gallen) an, die primär der Zustandsfeststellung dienende Beweissicherungs-massnahme des kantonalen Rechts auch in den Dienst der *Prozessprophylaxe* zu stellen (BR 1990 Nrn. 119–122, S. 81; BR 1992 Nr. 89 S. 44). In diesen beiden Kantonen zumindest (im Kanton Zürich ohnehin schon seit langem) wird daher im Rahmen des Beweissicherungsverfahrens

Thema: Vorsorgl. Massnahmen bei Baurechtsmängeln

auch die Frage nach den Ursachen der Mängel zugelassen, um so eine Streiterledigung ohne Prozess zu erleichtern. 2. Der raschen Streiterledigung ohne Prozess würde es aber mindestens ebenso sehr dienen, im gleichen «Aufwaschen» durch den Beweissicherungsexperten auch die geeignetsten und günstigsten Mittel zur Mängelbeseitigung und deren ungefähre Kosten nennen zu lassen. Damit würden den Parteien spätere Streitigkeiten darüber erspart, ob nicht andere/einfachere/billigere Methoden der Mängelbeseitigung zur Verfügung gestanden hätten. Und für den qualifizierten Experten lassen sich diese Fragen praktisch in einem Zuge mit derjenigen nach den Mängelursachen beantworten, weshalb das Beweissicherungsverfahren dadurch weder zeitlich noch kostenmässig merklich ausgedehnt wird. Sollte es für einmal anders sein, so kann der Experte – ist er entsprechend instruiert – darauf hinweisen, und die Ausdehnung könnte in solchem Falle unterbleiben. Deshalb unser neues Postulat: Die Gerichte sollten dem Beweissicherungsverfahren auch hinsichtlich der Mängelbeseitigung keine unnötigen Fesseln anlegen! Diese Auffassung wird dadurch bestärkt, dass sich im vorliegenden Entscheid keine sachlichen Gründe für die Ablehnung der Ausdehnung auf die Mängelbehebung finden. Darum vermag er auch nicht zu überzeugen. (ov)

Vorsorgliche Massnahme: Benützung eines Durchfahrtswegsrechts als Baustrasse? – ZPO VS 345 ff (*Mesures provisionnelles: Utilisation d'une parcelle grevée d'un droit de passage comme accès à un chantier? – CPC VS 345 ss*).

Zugunsten der Bauparzelle des Gesuchstellers und zu Lasten der Parzelle des Gesuchsgegners besteht ein drei Meter breites Durchgangs- und Durchfahrtsrecht entlang der nördlichen Grenze des belasteten Grundstücks. Dem Gesuchsteller war die Baubewilligung für zwei Appartementhäuser auf seinem Grundstück erteilt worden, wobei die Bewilligungsbehörde die nach Raumplanungsgesetz erforderliche Zufahrt als durch die Dienstbarkeit gewährleistet ansah. Der Gesuchsgegner wollte die Benützung des Durchfahrtsrechtes als Baustrasse nicht zulassen, weil die Aussenwände seiner angrenzenden Unterniveaugarage nicht für Schwerverkehrs-Lasten bemessen seien und daher deren Verformung drohe. Er hatte sie deshalb versperrt. Der Gesuchsteller verlangte die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme des Inhalts, dass die Zufahrt sofort geräumt und für die Bauarbeiten auf der begünstigten Parzelle freigegeben werde. Der Instruktionsrichter führte einen Augenschein durch, bei welchem Bauingenieure erklärten, eine Benützung der Zufahrt mit schweren Baumaschinen und Lastwagen stelle für die Aussenwände der Tiefgarage ein zu hohes Risiko dar. Der Instruktionsrichter wies das Begehren ab. 1. Der Dienstbarkeitsberechtigte kann nach Art. 928/929 ZGB Besitzschutz verlangen. Da die Walliser ZPO aber keine Besitzschutzbestimmungen über den Erlass richterlicher Befehle oder Verbote im summarischen Verfahren vorsieht, sind solche Vorkehren nur mittels vorsorglicher Massnahmen nach ZPO VS 345 möglich. 2. Bei einer ungemessenen Dienstbarkeit wie dem vorliegenden Wegrecht kommt für die Frage des Umfangs des Zufahrtsrechtes dem Zweck, zu welchem die Dienstbarkeit begründet wurde, entscheidende Bedeutung zu. Da das herrschende Grundstück schon zur Zeit der Begründung ein Bauplatz im Halte von 2430 m² war, wurde mit der Dienstbarkeit zweifellos die Erschliessung der Bauparzelle bezweckt. 3. Ob damit auch die Benützung als Bauzufahrt gedeckt ist, hängt davon ab, ob dies eine Mehrbelastung im Sinne von ZGB 839 darstellt. Da die Tiefgaragen schon zur Zeit der Begründung bestanden und deren Gefährdung durch eine Benützung als Baustrasse absehbar war, kann nicht angenommen werden, der Gesuchsgegner hätte auch einer solchen Benützung zugestimmt, so dass eine Mehrbelastung vorläge. 4. Im übrigen würde die Bewilligung der Benützung des Wegrechtes als Bauzufahrt auf eine vorläufige Vollstreckung eines behaupteten Leistungsanspruchs hinauslaufen, was in der Regel zum vornherein unzulässig ist. *Instruktionsrichter Visp* 27.4.1990; *ZWR (RVJ)* 1991, S. 328 ff. (130)

Anmerkungen: 1. Der Fall zeigt wieder einmal die negativen Auswirkungen der Tatsache, dass das Zivilprozessrecht im Kompetenzbereich der Kantone liegt (BV 64 III). Denn selbstverständlich sollte für Besitzschutzmassnahmen ein der bundesrechtlichen Ausgestaltung dieses Insti-

tuts entsprechendes rasches Verfahren zur Verfügung stehen, ein «summarisches» Verfahren, welches nicht wie das Massnahmenverfahren im Falle der Gutheissung zwingend ein ordentliches Verfahren nach sich zieht (sondern nur auf Betreiben des Beklagten einen Streit um das Recht im ordentlichen Verfahren). (Allerdings meint *Homberger*, Zürcher Kommentar, N 16 zu ZGB 928, «dass der Vorsprung, den der Besitzschutz prozessual vor dem Rechtsschutz gibt, da nicht erheblich ist, wo das Institut der provisorischen Verfügung gut ausgebaut ist».) 2. Positive Leistungsmassnahmen zur vorläufigen Vollstreckung des mit der Klage im ordentlichen Prozess zu erzielenden Erfolgs – wie hier der Befehl, die Sperren zu räumen und das Wegrecht für die Baudurchfahrt freizugeben –, werden wegen des weitgehenden Eingriffs in die Rechtsstellung des Beklagten zu Recht nur mit grösster Zurückhaltung bewilligt. (ov)

Kostenverteilung im Notwegrechtsprozess – ZGB 694, ZPO GR 122 (*Répartition des frais du procès dans le procès sur le passage nécessaire – CC 694, CPC GR 122*).

1. Nach allgemeiner Regel hat der unterliegende Teil die Kosten des Prozesses zu tragen und die obsiegende Partei für ihre prozessualen Umtriebe zu entschädigen, (ZPO GR 122). Diese Regel ist mit der Natur des Notwegrechtsprozesses als eines enteignungsähnlichen Eingriffs aus Nachbarrecht nicht wohl vereinbar. Im Enteignungsverfahren erster Instanz gilt als Regel, dass der Enteigner nach dem Verursacherprinzip die Verfahrenskosten zu tragen hat, wobei für die Parteientschädigung eher eine dem Zivilprozess angenäherte Kostenregelung gilt. Diese Grundsätze sind im erstinstanzlichen Notwegrechtsprozess zu berücksichtigen. 2. Für die Kosten- und Entschädigungsregelung im zweitinstanzlichen Verfahren stellt dagegen auch das (eidgenössische und kantonale) Enteignungsrecht mehr auf zivilprozessuale Grundsätze ab, gelangt also zur Kostenverteilung nach Massgabe des beidseitigen Unterliegens. *KGr. GR* 24.6.1991; *PKG* 1991, Nr. 21, S. 86 ff. (ov) (131)

Tragung der Kosten eines Privatgutachtens bei Vergleich im Sühnverfahren – ZPO GR 70, 114, 122 (*Répartition des frais d'une expertise apportée par une partie après transaction devant le juge de paix – CPC GR 70, 114, 122*).

Im Rahmen des Sühnverfahrens hatte eine Partei dem Grundbuchgeometer einen Auftrag zur Erstellung eines Gutachtens erteilt, auf dessen Grundlage ein Vergleich erzielt werden konnte. 1. Zu den nach allgemeiner prozessualer Regel nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen auf die Parteien zu verteilenden Barauslagen gehören nur die Kosten der vom Richter angeordneten, nicht auch der von Parteien eingeholten Expertisen. 2. In casu schuf das Verhalten der Gegenpartei im Rahmen der Einholung der von der andern Partei in Auftrag gegebenen Expertise (z.B. gemeinsame Begehungen mit dem Grundbuchgeometer) ein Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien. Nach dem auch im Zivilprozess geltenden Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben rechtfertigt es sich, auch die Kosten der aussergerichtlichen, für die Vergleichslösung nötigen Expertise hälftig auf die Parteien aufzuteilen. *KGr. 12.11.1991; PKG* 1991, Nr. 10, S. 45 ff. (132)

Anmerkung: Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGE 117 II 101 und 394) sind gerechtfertigte vorprozessuale Kosten – auch solche einer notwendigen oder mindestens nützlichen Privatexpertise – Schaden, für welchen die Gegenpartei grundsätzlich haftet. Der Rückgriff auf Treu und Glauben ist damit nicht mehr nötig. (ov)