

Die Rechtsprechung

La jurisprudence

Prof. P. Gauch (pg); E. Werro, Dr en droit (fw); Prof. A. Koller (ak);
Prof. B. Schnyder (bs); Prof. P.-H. Steinauer (phs).

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

Architekturvertrag – Abgrenzung zum General- und Totalunternehmervertrag (*Contrat d'architecte – Délimitation par rapport au contrat d'entreprise général et total*).

1. Im Regelfall umfasst der Auftrag des Architekten nicht nur die Planung und Überwachung der Bauarbeiten, sondern auch die Vergabe der Bauarbeiten im Namen des Bauherrn. 2. Von diesem Architekturvertrag zu unterscheiden ist der Generalunternehmervertrag, der sich auf die Ausführung eines schlüsselfertigen Bauwerkes richtet. Der Generalunternehmer vergibt die Arbeiten nicht im Namen des Bauherrn, sondern im eigenen Namen. Von ihm unterscheidet sich der Totalunternehmer dadurch, dass er die Arbeiten auf Grund eines eigenen Projektes ausführt. *TC TI 9.2.1988; Rep. 1989, S. 241 f.* (56)

Anmerkung: 1. Dieser steuerrechtliche Entscheid unterscheidet zu Recht zwischen dem Architektur-, dem Generalunternehmer- und dem Totalunternehmervertrag. Zum General- und Totalunternehmervertrag vgl. auch BGE 114 II 53 ff. = BR 1989, S. 17, Nr. 8; Gauch, Der Totalunternehmervertrag – Von seiner Rechtsnatur und dem Rücktritt des Bestellers, BR 1989, S. 39 ff. Präzisierend sind die folgenden Punkte beizufügen: 2. Wer als Architekt (also in dieser Funktion) für einen Bauherrn tätig ist, kann (muss aber nicht) ermächtigt sein, Werkverträge im Namen des Bauherrn abzuschliessen (OR 32). Ob der konkrete Architekt über eine Vollmacht zum Vertragsabschluss verfügt, ist für jeden Einzelfall zu prüfen, wobei aber Dritte, denen der Bauherr eine entsprechende Vollmacht kundgegeben hat, unter Vorbehalt von ZGB 3 II in ihrem guten Glauben geschützt werden (OR 33 III; vgl. Stierli, Die Architektenvollmacht, Diss. Freiburg 1988, S. 179 ff.). 3. Ein Architekt kann sich auch zur (entgeltlichen) Ausführung eines Bauwerkes und damit zur Leistung von Bauarbeiten verpflichten. Alsdann ist sein Vertrag mit dem Bauherrn kein Architekturvertrag, sondern ein Bauwerkvertrag (allenfalls ein General- oder Totalunternehmervertrag). Wer aber als Bauunternehmer die Ausführung von Bauarbeiten übernimmt, dem fehlt von vornherein die Vollmacht, die übernommenen Arbeiten im Namen des Bauherrn an Dritte zu vergeben. 4. Schliesslich kommt es vor, dass ein Architekt sich als Baubetreuer verpflichtet. Der Baubetreuungsvertrag (BGE 115 II 61 = BR 1990, S. 45, Nr. 44 mit Anm. Tercier), den der rapportierte Entscheid überhaupt nicht erwähnt, begründet keine Pflicht zur Herstellung des Bauwerkes. Er ist ein Auftrag (OR 394), dessen Merkmal darin besteht, dass der Beauftragte die Bauarbeiten als direkter oder indirekter Stellvertreter des Auftraggebers zu vergeben sowie in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht zu betreuen (namentlich auch zu koordinieren) hat (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 191). (pg)

Rejet provisoire de l'opposition – Pouvoir de représentation de l'architecte – 82 LP, CO 396 II (Provisorische Rechtsöffnung – Vollmacht des Architekten – SchKG 82, OR 396 II).

A moins d'avoir été clairement autorisée par le maître de l'ouvrage, une déclaration de la direction des travaux ne constitue pas une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP en faveur de l'entrepreneur. *TC TI 10.4.1987; Rep. 1989, 185.* (57)

Note: Dans sa requête de mainlevée de l'opposition du maître de l'ouvrage, l'entrepreneur se fonde sur le contrat d'entreprise générale et une lettre de la direction des travaux. En se référant à deux envois recommandés de l'entrepreneur, la lettre déclare que

«secondo l'art. 7 del contratto d'appalto 28.9.81 i lavori sono giunti alla copertura (compresa): i pagamenti contrattuali maturati corrispondono a fr....» Après avoir rappelé la définition de la reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP, le tribunal examine si, en procédure sommaire, la déclaration de la direction des travaux peut être considérée comme une manifestation de volonté du maître de l'ouvrage. Considérant en principe que l'architecte ne saurait faire des actes juridiques générateurs d'importants engagements financiers au nom du maître, le tribunal exclut qu'en l'absence d'une autorisation claire et explicite de ce dernier, la déclaration de la direction des travaux constitue en l'espèce une reconnaissance de dette en faveur de l'entrepreneur. Aux abondantes références citées par le tribunal, on peut ajouter notamment: ATF 109 II 459 = JdT 1984 I 476; Schwager, Die Vollmacht des Architekten, in Le droit de l'architecture, Gauch/Tercier, éd., Fribourg 1986, n. 761 et, depuis la publication de la décision, Stierli, Die Architektenvollmacht, Thèse Fribourg 1988. (fw)

Vollmacht des Architekten – Unterzeichnung der Schlussabrechnung (Pouvoirs de représentation de l'architecte – Signature du décompte final).

1. «Weder aus Art. 396 Abs. 2 OR noch aus der SIA-Norm 102 ist eine generelle Ermächtigung des Architekten abzuleiten, dass er rechtsgenügend finanzielle Verpflichtungen für den Bauherrn eingehen kann (BGE 109 II 459 f.; BR 1984, Nr. 59, S. 52; AGVE 1976, S. 85 f.). Der Architekt muss sich somit, um finanzielle Verpflichtungen zu begründen, auf eine ausdrückliche Vollmacht stützen können (vgl. dazu Gauch/Tercier, Das Architektenrecht, N 659 f.). Eine vom Architekten anerkannte Schlussabrechnung ist somit nicht ohne weiteres als Anerkennung durch den Bauherrn zu qualifizieren.»

2. Im vorliegenden Fall kommt dazu, dass der Architekt auch nicht gestützt auf die SIA-Norm 118 berechtigt gewesen ist, finanzielle Verpflichtungen für seinen Bauherrn einzugehen. «Auf Grund der Akten» steht nämlich «nicht fest, dass gemäss Vereinbarung zwischen dem Bauherrn und dem Architekten die SIA-Norm Anwendung findet. Ein entsprechender Architektenvertrag, der vom Bauherrn ... unterzeichnet wäre, liegt jedenfalls nicht bei den Akten. Da die Schlussabrechnung lediglich vom Architekten ... unterzeichnet ist, genügt auch der darauf vermerkte Hinweis auf die SIA-Norm 118 nicht, um rechtsgenügend nachzuweisen, dass im vorliegenden Fall der Architekt zur Vertretung seines Bauherrn in finanziellen Belangen ermächtigt war.» *KG: GR 10.10.1989; PKG 1989, Nr. 32, S. 138 f.* (58)

Anmerkung: 1. Die Ermächtigung des Architekten, Rechnungen des Unternehmers für den Bauherrn anzuerkennen, setzt die Erteilung einer besondern Vollmacht voraus, weshalb nicht jeder Architekt (schon kraft seiner Architektenstellung) zur Anerkennung ermächtigt ist (Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 864; Schwager, BR 1980, S. 42). Insofern ist der rapportierte Entscheid des Bündner Kantonsgerichts zweifellos richtig. Zutreffend ist auch, dass die SIA-Ordnung 102 (falls sie überhaupt Bestandteil des konkreten Architekturvertrages bildet) dem Architekten keine Vollmacht einräumt, die es ihm gestatten würde, Rechnungen des Unternehmers anzuerkennen (vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 864). 2. Was dagegen die gerichtlichen Erwägungen zur SIA-Norm 118 angeht, so beruhen sie entweder auf einem Missverständnis oder sie sind ungenau formuliert. Klarzustellen sind die folgenden Punkte: a. Die SIA-Norm 118 regelt nicht den Architektur-, sondern den Bauwerkvertrag. Ihre Geltung für den konkreten Bauwerkvertrag setzt eine Vereinbarung zwischen dem Bauherrn und dem einzelnen Unternehmer (nicht zwischen dem

Bauherrn und dem Architekten!) voraus. b. Indem der Bauherr die SIA-Norm 118 in den Werkvertrag mit einem Unternehmer übernimmt, erteilt er seinem Architekten keine Vollmacht. In Art. 154 f. der Norm gibt er aber dem Unternehmer kund, dass die Bauleitung (Architekt oder Ingenieur) zur Prüfung und Anerkennung der Schlussabrechnung ermächtigt sei (vgl. *Stierli*, Die Architektenvollmacht, Diss. Freiburg 1988, S. 231 ff.). Sofern diese Kundgabebe-stimmung wirksam ist (z.B. nicht schon an der Ungewöhnlichkeitsregel scheitert, BGE 109 II 452 ff. = BR 1985, S. 16 f., Nr. 8), wird der gutgläubige Unternehmer (unter Vorbehalt von ZGB 3 II) in seinem Vertrauen auf die kundgegebene Vollmacht geschützt (OR 33 II). Vgl. ZR 1988, Nr. 135, S. 317 ff. = BR 1989, S. 93 f., Nr. 113 (mit zugehöriger Anmerkung). (pg)

Bauwerkvertrag – Contrat d'entreprise

Vergütung – Verzug des Bauherrn – Höhe des Verzugszinses – OR 104 III (Rémunération – Demeure du maître d'ouvrage – Montant de l'intérêt moratoire – CO 104 III).

1. «Gemäss OR 104 III können unter Kaufleuten, wenn der übliche Bankdiskonto am Zahlungsort den gesetzlichen Verzugssinssatz von 5 Prozent übersteigt, die Verzugszinsen zu diesem höheren Zinssatz berechnet werden.» «Der übliche Bankdiskonto entspricht ... dem Privatdiskontsatz, d.h. dem Satz, den private Bankinstitute dem Kunden berechnen, wenn dieser bei den Banken erstklassige Wechsel diskontiert». 2. Der klare Wortlaut von OR 104 III verbietet es, «anstelle des üblichen Bankdiskontos als Verzugszinssatz unter Kaufleuten den Zinssatz für Kontokorrentkredite anzuwenden; der rückläufigen Bedeutung des Diskontkredits könnte nur de lege ferenda Rechnung getragen werden (überzeugend *Schenker*, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen OR, Diss. Freiburg 1987, S. 135 f.).» BGr. (TF) 15.5.1990; BGE (ATF) 116 II 141. (59)

Anmerkung: 1. Im rapportierten Entscheid ging es zwar nicht um einen Fall, in dem ein Bauherr sich mit der Zahlung der geschuldeten Vergütung im Verzug befindet. Doch ist der Entscheid von allgemeiner Bedeutung, gilt also auch für diesen Fall. 2. OR 104 III setzt zwar voraus, dass es sich bei beiden Parteien (dem Gläubiger und dem Verzugsschuldner) um «Kaufleute» handelt. Das öffentliche Gemeinwesen, das als Bauherr auftritt, ist jedoch einem Kaufmann gleichzustellen (*Schenker*, a.a.O., S. 139, mit weiteren Hinweisen). 3. Kommt unter den Parteien eines Werkvertrages die SIA-Norm 118 zur Anwendung, so beurteilt sich die Höhe des vom Bauherrn geschuldeten Verzugszinses nach Art. 190 I der Norm. Massgebend ist danach «der am Zahlungsort übliche Zinssatz für bankmässige Kontokorrent-Kredite für Unternehmer», und zwar gleichgültig, was für Parteien am Vertrag beteiligt sind. (pg)

Action minutoire des copropriétaires d'un ouvrage – Rejet – Caractère exécutoire d'un jugement et d'une liste de frais – Interprétation du jugement – Pas de solidarité entre les consorts – Procédure cantonale valaisanne, LP 81, CO 143 ss (Minderungsklage der Miteigentümer eines Werkes – Ablehnung – Vollstreckbarkeit eines Urteils und einer Kostenliste – Urteilserläuterung – Keine solidarische Haftung der Streitgenossen – Walliser Prozessrecht, SchKG 81, OR 143 ff.).

1. La vérification du caractère exécutoire d'un jugement et d'une liste de frais invoqués comme titre de mainlevée dans le cadre d'une poursuite s'opère au regard des dispositions cantonales de procédure. 2. Un jugement dont le dispositif est incomplet ou équivoque n'est pas exécutoire au sens de l'art. 81 al. 1 LP. Il en va de même pour la liste de frais dont le libellé est obscur ou imprécis. 3. Au termes du code de procédure valaisan, le juge de mainlevée n'est pas habilité à procéder à une interprétation d'un jugement prononcé par le

Tribunal cantonal; il ne peut pas non plus demander l'interprétation d'un jugement cantonal qu'il est chargé d'exécuter. 4. Aux termes de la procédure cantonale, le Tribunal cantonal saisi d'un pourvoi contre une décision de mainlevée fondée sur une interprétation du dispositif d'un jugement du Tribunal cantonal, peut, après interprétation prononcer, lui-même sur le fond si la cause est en l'état. 5. En l'absence d'une condamnation solidaire, les demandeurs ne peuvent être considérés que comme des débiteurs partiels. Le principe veut alors que chaque débiteur doit une part égale de la dette. 6. L'opposition faite à la poursuite contre l'un des copropriétaires est maintenue à concurrence de la moitié du montant et levée pour l'autre moitié. TC (KGr.) VS 6.4.1990; RJV (ZWR) 1990, 113 ss. (60)

Note: 1. L'état de fait révèle que deux copropriétaires d'un ouvrage avaient intenté une action minutoire contre l'entrepreneur général chargé de la construction de leur villa. Un jugement du tribunal cantonal accueillait la demande mais condamnait les copropriétaires aux 2/3 des frais de l'affaire sans préciser la part que chaque demandeur devait supporter. Le représentant de l'entrepreneur a introduit plus tard une poursuite en paiement de sa liste de frais contre l'un des copropriétaires. Celui-ci fit opposition pour tout le montant. Le juge de la mainlevée écarta l'opposition dans la même mesure. Sur la base de ce jugement, le poursuivi interjeta un pourvoi en nullité au Tribunal cantonal. Le tribunal cantonal a rendu un jugement dont la teneur est pour l'essentiel reproduit plus haut. 2. Dans le dernier considérant de ce jugement, le tribunal retient en plus que les frais de la poursuite doivent être partagés par moitié, soit dans la mesure où il a lui-même levé l'opposition. Il estime en revanche que les frais du recours doivent être entièrement supportés par le poursuivant car c'est lui qui a contribué à la réalisation du motif de nullité retenu par la cour de céans, en engageant une poursuite pour un montant double de celui qui lui était dû par le poursuivi. 3. On peut douter du bien-fondé de ce dernier aspect de la décision car, en demandant la nullité du jugement de mainlevée, le poursuivi s'est également trompé: la décision était en effet «fondée» pour la moitié. Dans ces conditions, je pense que les frais du recours devaient être partagés. Autant le poursuivant ne saurait profiter de l'erreur du tribunal cantonal qui avait rendu un jugement incomplet, autant le poursuivi ne saurait tirer avantage du fait que le juge de la mainlevée a rendu une décision qui lui a permis de recourir alors qu'il n'avait que partiellement raison. 4. Dans cette affaire, on ne peut s'empêcher de penser que l'Etat a bien de la chance de ne pas devoir assumer lui-même les frais de la procédure de recours: en effet, si le tribunal cantonal n'avait pas rendu un jugement incomplet, le poursuivant n'aurait peut-être pas intenté une poursuite excessive et si, sans en avoir la compétence, le juge de la mainlevée avait retenu la mesure correcte de cette dernière, le poursuivi n'aurait peut-être pas recouru. (fw)

Mängelhaftung – Nachbesserungsrecht – Selbstbeseitigung des Mangels – OR 368/366 II (Garantie pour les défauts – Droit à la réfection – Elimination du défaut par le maître – CO 368/366 II).

1. Verzögert der Unternehmer die zu Recht verlangte Verbesserung des Werkes, so ist der Besteller ohne richterliche Ermächtigung zur Selbstverbesserung des Werkes berechtigt (BGE 107 II 55 E. 3). 2. Die «Drittkosten bei Selbstverbesserung» kann der Unternehmer als «Mangelfolgeschaden» geltend machen. BGr. (TF) 6.6.1990; BGE (ATF) 116 II 305 ff. (S. 314). (61)

Anmerkung: Bei diesen Erwägungen handelt es sich zwar nur um «obiter dicta» in einem ausführlichen Entscheid, der sich im wesentlichen mit andern Fragen befasst. Dennoch geben sie Anlass zu folgenden Bemerkungen: 1. Das Bundesgericht bezieht sich zunächst auf BGE 107 II 55 f. (= BR 1982, S. 18, Nr. 16). Danach ist der Besteller in analoger Anwendung des Art. 366 II OR berechtigt, den Mangel auf Kosten des mit der Nachbesserung säumigen Unternehmers zu beseitigen oder beseitigen zu lassen, ohne dass er hierfür einer richterlichen Ermächtigung (OR 98 I) bedarf. Gegen diese Auffassung melden sich ernsthafte Bedenken (vgl. die Anmerkung

zu BR 1982, S. 18, Nr. 16; ausführlich: *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1285 ff.), worauf ich «pro memoria» verweise (kritisch auch *Tercier*, La partie spéciale du Code des obligations, S. 340). 2. Sodann betrachtet das Bundesgericht die «Drittkosten bei Selbstverbesserung» als Mangelfolgeschaden, den der Unternehmer nur bei gegebenem Verschulden zu ersetzen hätte (OR 368). Das aber ist strikte abzulehnen. Denn durch die Ersatzvornahme nach OR 366 II wird die Vertragspflicht des Unternehmers zwangsweise erfüllt. Der daraus fließende Anspruch des Bestellers ist daher ein Aufwendungs-, kein Schadenersatzanspruch, gleich wie der Erstattungsanspruch nach OR 98 I (*Tercier*, Anm. zu BR 1983, S. 15, Nr. 5; unzutreffend schon BGE 107 II 55 f. = BR 1982, S. 18, Nr. 16; 107 III 108 = BR 1982, S. 57, Nr. 50; BGE 107 II 439 = BR 1983, S. 15, Nr. 5). (pg)

Mängelhaftung – Zinsleistungspflicht des Unternehmers bei Minderung und Schadenersatz – OR 368 (*Garantie pour les défauts – Devoir de l'entrepreneur de verser des intérêts en cas de réduction du prix et de réparation du dommage – CO 368*).

1. Insoweit der Besteller aus seinem Minderungsanspruch den geleisteten Werklohn zurückfordern kann, schuldet der Unternehmer diesen Betrag nebst Zins (analog OR 208; *Gauch*, Werkvertrag, S. 312 Rz 1129). Die Zinspflicht beginnt im Zeitpunkt des Empfangs der rückzuerstattenden Vergütung. 2. Ist der Unternehmer zum Ersatz eines Mangelfolgeschadens verpflichtet, so schuldet er Schadenszins (BGE 81 II 519 E.6). Diese Zinspflicht beginnt mit dem Eintritt des Schadens. BGr. (TF) 6.6.1990; BGE (ATF) 116 II 305 ff. (S. 315). (62)

Mängelhaftung des Unternehmers – Haftung für den Subunternehmer – OR 368 – Grundsätze (*Garantie pour les défauts – Responsabilité pour le travail d'un sous-traitant – CO 368 – Principes*).

1. «Der Unternehmer im Werkvertrag schuldet ein mängelfreies Werk und hat sich bei dessen Mangelhaftigkeit je nach Erheblichkeit der Mängel die Wandelung des Vertrages oder die Herabsetzung des Werklohnes gefallen zu lassen oder kann zur Nachbesserung des Werks verpflichtet werden; bei Verschulden haftet er überdies für den Mangelfolgeschaden (OR 368).» 2. Überträgt der Unternehmer «die Erstellung des Werkes als Hauptunternehmer einem Drittunternehmer, der zum Besteller nicht in ein Vertragsverhältnis tritt, hat er für den Arbeitserfolg dieses Subunternehmers oder Unterakkordanten als seines Erfüllungsgehilfen einzustehen. Er haftet kausal gegenüber den unmittelbaren Gewährleistungsansprüchen des Bestellers und gegenüber Ansprüchen auf Ersatz von Mangelfolgeschaden gemäss Art. 101 OR.» BGr. (TF) 6.6.1990; BGE (ATF) 116 II 305 ff. (S. 307 f.). (63)

Anmerkung: 1. Mit diesen Erwägungen repetiert das Bundesgericht in kurz-geprägter Form die wesentlichen Grundsätze der gesetzlichen Mängelhaftung. 2. Soweit «unmittelbare Gewährleistungsansprüche» des Bestellers (sein Wandlungs-, Minderungs- oder Nachbesserungsrecht) in Frage stehen, ist die Mängelhaftung des Unternehmers von vorneherein eine (verschuldensunabhängige) Kausalhaftung. Deshalb haftet der Unternehmer ohne weiteres und kausal auch für Werkmängel, die auf der Arbeit eines Subunternehmers beruhen. Art. 101 OR, der die Hilfspersonenhaftung regelt, bleibt diesbezüglich aus dem Spiel. 3. Anders verhält es sich mit der Haftung für entstandenen Mangelfolgeschaden. Diese Haftung ist eine Verschuldenshaftung. Wurde aber der Werkmangel und damit der Mangelfolgeschaden durch einen Subunternehmer verursacht, so greift die Hilfspersonenhaftung des Art. 101 OR ein, die wiederum eine Kausalhaftung ist. 4. Von der Hilfspersonenhaftung nach OR 101 kann der Unternehmer sich mit dem Nachweis befreien, dass ihm selber, hätte er gleich gehandelt wie seine Hilfsperson (hier: der Subunternehmer), kein Verschulden vorgeworfen werden könnte (vgl. BGE 113 II 426). Im Bereiche der «unmittelbaren Gewährleistungsansprüche» dagegen steht dem Unternehmer ein solcher Ent-

lastungsbeweis nicht zu. 5. Zur Rechtslage bei einem vorgeschriebenen Subunternehmer vgl. Nr. 65. (pg)

Mängelhaftung – Minderungsrecht des Bestellers – Umfang der Minderung – OR 368 II (*Garantie pour les défauts – Droit de réduction du prix – Importance de la réduction – CO 368 II*).

1. «Der Herabsetzungsbetrag nach Art. 368 II OR entspricht der proportionalen Kürzung der Vergütung um das Mass des Minderwertes des Werkes (BGE 111 II 162; *Gauch*, Werkvertrag, S. 317 ff. Rz 1154 ff.).» 2. «Deckt sich der objektive Wert des mängelfrei gedachten Werkes mit der vertraglichen Vergütung, entspricht die Minderung auch betragsmässig dem Minderwert (*Gauch*, Werkvertrag, S. 323 Rz 1182).» 3. Der Minderwert des Werkes kann zwar den Kosten der Mängelbeseitigung entsprechen (wofür eine tatsächliche Vermutung spricht). Aber auch in diesem Fall ist die Vergütung nicht ohne weiteres um den Betrag der Verbesserungskosten zu mindern. BGr. (TF) 6.6.1990; BGE (ATF) 116 II 105 ff. (S. 313 f.). (64)

Anmerkung: 1. In den zitierten Erwägungen bestätigt das Bundesgericht einmal mehr, dass der Umfang der Minderung sich nach der relativen Methode bemisst (vgl. BGE 105 II 101; 111 II 163; *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1176 ff.; *Tercier*, La partie spéciale du Code des obligations, S. 339; kritisch: *Schenker*, in: *Tercier/Hürlimann*, «In Sachen Baurecht», Freiburg 1989, S. 89 ff.). 2. Nach der relativen Methode (die massgeblich ist) wird die volle Vergütung in dem Verhältnis gekürzt, in dem der Wert des mängelfrei gedachten Werkes zum Wert des mangelhaften Werkes steht. Oder anders ausgedrückt: Die Vergütung wird um so viel Prozente herabgesetzt, als das Werk infolge des Mangels prozentual weniger wert ist. Folglich decken sich der Minderwert des Werkes und der Herabsetzungsbetrag nur dann, wenn der objektive Wert des mängelfrei gedachten Werkes der vertraglichen Vergütung betragsmässig entspricht. 3. In der Praxis kommt es zwar häufig vor, dass der Richter die Vergütung einfach um den Betrag der Verbesserungskosten kürzt, die zur Beseitigung des Mangels aufgewendet werden müssen. Ein solches Vorgehen aber führt nur dann zu einem richtigen Ergebnis, wenn (erstens) der Minderwert des Werkes mit dem Betrag der Verbesserungskosten übereinstimmt (wofür eine tatsächliche Vermutung spricht) und wenn (zweitens) eine Herabsetzung um den Betrag des Minderwertes zulässig ist (weil sich der Wert des mängelfrei gedachten Werkes mit der vollen Vergütung deckt). Auch diese Rechtslage (*Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1184 ff.) wird durch den zitierten Entscheid des Bundesgerichts bestätigt. 4. Im Einzelfall können die Verbesserungskosten den relativ ermittelten Herabsetzungsbetrag (den Betrag der relativen Minderung) durchaus übersteigen. Diesbezüglich stellt das Bundesgericht klar, dass ein Besteller, der sein Minderungsrecht ausgeübt hat, den Mehrbetrag der Kosten auch nicht unter dem «Titel eines Schadenersatzes» einfordern kann (BGE 116 II 314). (pg)

Mängelhaftung des Unternehmers – Haftung bei vorgeschriebenem Subunternehmer – Erfordernis der Abmahnung – OR 369 (*Garantie pour les défauts – Sous-traitant imposé – Exigences relatives aux avis – CO 369*).

1. Nach OR 369 entfallen die Sachgewährleistungsansprüche des Bestellers, wenn er durch Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführungen erteilt, oder auf andere Weise die Mängel selbst zu vertreten hat. Eine derartige Weisung kann auch den Beizug eines bestimmten Subunternehmers zum Gegenstand haben. 2. In seiner Abmahnung muss der Unternehmer «mindestens Bedenken äussern, der vorgeschriebene Subunternehmer biete nicht die erforderliche Gewähr für eine mängelfreie Ausführung». Die blosser Mitteilung des Unternehmers, «er hätte einen andern Subunternehmer vorgezogen» oder «der vorgeschriebene Subunternehmer sei

ihm unbekannt», ist dagegen keine Abmahnung. (Zur Frage, ob zum notwendigen Inhalt der Abmahnung auch eine Entlastungserklärung des Unternehmers gehört, vgl. die Erwägungen in Nr. 66.) 3. Bei technischen Ausführungsweisungen entfällt das Erfordernis der Abmahnung, «wenn der massgebende Sachverstand dem Besteller (oder seinen Hilfspersonen) zuzurechnen ist» und der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit der Weisung weder erkannt hat noch hätte erkennen müssen. Dieser Grundsatz lässt sich nun aber nicht unbesehen auf «Weisungen über den Beizug eines Subunternehmers übertragen». Hier steht nicht die Frage des Sachverständnisses, sondern diejenige nach den einschlägigen Erfahrungen im Vordergrund; dies gilt jedenfalls insoweit, als der vorgeschriebene Subunternehmer nicht wegen seiner Unerfahrenheit, seiner ungenügenden (personellen oder maschinentechnischen) Kapazität oder seiner Branchenfremdheit allgemein als ungeeignet erscheint, die Leistung zu erbringen. Eignet sich der vorgeschriebene Subunternehmer für die auszuführende Arbeit, haftet der Hauptunternehmer ausnahmsweise ohne Abmahnung dann nicht, wenn zwar nicht er, aber der Besteller kraft einschlägiger Erfahrung und Kenntnis Bedenken gegen den vorgeschriebenen Subunternehmer haben musste (*Gauch*, Werkvertrag, S. 382 Rz 1454). *BGr. (TF) 6.6.1990; BGE (ATF) 116 II 305 ff. (S. 309 f.).* (65)

Anmerkung: Den zitierten Erwägungen des Bundesgerichtes sind die folgenden Punkte beizufügen: 1. Eine erfolgte Abmahnung (OR 369) dispensiert den Unternehmer nicht von der Pflicht, den vorgeschriebenen Subunternehmer ordnungsgemäss zu instruieren, richtig einzusetzen und gehörig zu überwachen. Verletzt der Unternehmer diese Pflicht und trägt er dadurch zur Entstehung des Werkmangels bei, so kommt eine vollständige Haftungsbefreiung nach OR 369 nicht in Betracht (*Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 1453). Möglich ist dann höchstens eine teilweise Entlastung des Unternehmers (vgl. *Gauch*, a.a.O., Nr. 1478 ff.). 2. Eine Abmahnung, die sich gegen den Beizug des vorgeschriebenen Subunternehmers richtet, befreit den Unternehmer nicht von der Haftung für werkstoffbedingte Mängel, wenn der vorgeschriebene Subunternehmer trotz einschlägiger Fähigkeit und Sorgfalt mangelhaften Werkstoff verwendet (*Gauch*, a.a.O., Nr. 1453). Solche Mängel können nicht dem Besteller angelastet werden, dessen Weisung sich (wie im hier entschiedenen Fall) nur auf den Beizug des Unternehmers, nicht auch auf den zu verwendenden Werkstoff bezieht. Das wird vom Bundesgericht auf S. 310 des zitierten Entscheides bestätigt. 3. Ausnahmsweise kann eine Haftung des Unternehmers für die mangelhafte Arbeit des Subunternehmers auch ohne Abmahnung entfallen, nämlich dann, wenn zwar nicht er, aber der Besteller (kraft einschlägiger Erfahrung oder Kenntnis) Bedenken dagegen haben muss, dass der Subunternehmer Gewähr für eine mangelfreie Arbeit bietet. Ob die Bedenken auf einer sachverständigen Beurteilung des Subunternehmers und seiner Eignung oder nur auf dem Wissen um die Unzuverlässigkeit des Subunternehmers beruhen (der erfahrungsgemäss «schlechte» Arbeit leistet), macht dabei keinen Unterschied, was im Entscheid des Bundesgerichtes nicht deutlich zum Ausdruck kommt. Das Urteil macht hingegen klar, dass es im zweiten Fall nicht auf den Sachverstand des Bestellers (oder seiner Hilfspersonen) ankommt. (pg)

Mängelhaftung des Unternehmers – Selbstverschulden des Bestellers bei fehlerhaften Weisungen – Erfordernis der Abmahnung – OR 369 (*Garantie pour les défauts – Faute du maître pour mauvaises instructions – Exigences relatives aux avis – CO 369*).

1. Die Mängelhaftung des Unternehmers fällt nach OR 369 dahin, wenn der Besteller durch Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilt, den Mangel selbst verschuldet hat. «Eine ausdrückliche Abmahnung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur anzunehmen, wenn eine eindeutige Willenskundgabe des Unternehmers vorliegt, aus welcher der Besteller schliessen muss, dass der Unternehmer

die Verantwortung für die vorgeschriebene Ausführung ablehne (BGE 95 II 50).» 2. «In der Literatur werden an die Willenserklärung teilweise weniger strenge Anforderungen gestellt; doch wird jedenfalls die Mitteilung verlangt, die Weisung sei fehlerhaft, weil sich aus ihrer Befolgung (möglicherweise) ein Werkmangel ergebe (*Gauch*, Werkvertrag, S. 366 Rz 1373).» 3. «Die Frage, ob die Anforderungen an die Abmahnung entsprechend zu mildern seien, kann vorliegend ... offenbleiben.» Keine Abmahnung ist aber «ein allgemeiner Vorbehalt des Unternehmers, er würde technisch anders vorgehen oder er hätte einen anderen Subunternehmer vorgezogen (*Gauch*, Werkvertrag, S. 366 Rz 1373).» 4. Das Erfordernis der Abmahnung, das OR 369 aufstellt, beruht auf der Vorstellung des Gesetzgebers, «dass im Werkvertragsrecht der Sachverstand beim Unternehmer liegt». Daraus folgt, dass es dann einzuschränken ist, «wenn die konkreten Verhältnisse dieser Vorstellung nicht entsprechen, insbesondere der massgebende Sachverstand dem Besteller (oder seinen Hilfspersonen) zuzurechnen ist». In diesem Fall wird der Unternehmer «von seiner Haftung auch dann befreit, wenn er eine Abmahnung unterlassen hat, es sei denn, er habe die Fehlerhaftigkeit der Weisung erkannt oder hätte sie erkennen müssen (nicht publizierter Entscheid des Bundesgerichts vom 20. März 1990; *Gauch*, Werkvertrag, S. 369 ff. Rz 1388 ff.).» *BGr. (TF) 6.6.1990; BGE (ATF) 116 II 305 ff. (S. 308/309 f.).* (66)

Anmerkung: 1. Das Bundesgericht lässt jetzt die Frage offen, ob zum notwendigen Inhalt der Abmahnung (OR 369) auch die Erklärung gehört, der Unternehmer entschlage sich der Verantwortung, wenn der Besteller an der erteilten Weisung festhalte (so noch: BGE 95 II 50). Die Frage ist richtigerweise zu verneinen. Denn: 2. Der Grund, weshalb OR 369 den Unternehmer von der Mängelhaftung befreit, liegt darin, dass der Besteller den betreffenden Mangel selbstverschuldet hat. Ein Selbstverschulden des Bestellers aber setzt nicht voraus, dass der Unternehmer die Haftung für den Mangel ablehnt. Vielmehr ist es genügend (aber auch erforderlich), dass der abmahnde Unternehmer dem Besteller ausdrücklich (eindeutig und klar) mitteilt, «die Weisung sei fehlerhaft, weil sich aus ihrer Befolgung (möglicherweise) ein Werkmangel ergebe (*Gauch*, Werkvertrag, S. 366 Rz 1373).» 3. In gewissen Fällen wird der Unternehmer von seiner Mängelhaftung sogar ohne Abmahnung befreit, was das Bundesgericht zutreffend festhält. Diese Rechtslage ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des Art. 369 OR, wohl aber aus einer zweckbezogenen Auslegung der Bestimmung, die nicht am Wortlaut haften bleibt. 4. Zur Abmahnung bei vorgeschriebenen Subunternehmern vgl. Nr. 65. (pg)

Contrat d'entreprise – Prix forfaitaire – Augmentation du prix – Devoir de fidélité de l'entrepreneur – OR 372, 365 III (*Werkvertrag – Festpreisabrede – Preiserhöhung – Treuepflicht des Unternehmers – OR 372, 365 III*).

1. L'entrepreneur qui réalise que l'exécution du contrat est rendue plus difficile par des circonstances extraordinaires est déchu du droit de demander une augmentation du prix s'il poursuit l'exécution sans résilier ou sans exiger immédiatement l'adaptation des bases de calcul et du prix. 2. Le fait que le maître de l'ouvrage verse des acomptes pour un montant supérieur au prix fixé n'y change rien dès lors que ces versements additionnels sont dus à des modifications ponctuelles acceptées par le maître. *TF (BGr.) 27.6.1990; ATF (BGE) 116 II 315.* (67)

Note: 1. La première affirmation est fondée sur le devoir général d'information de l'entrepreneur, tel que le législateur l'a prévu à l'art. 365 al. 3. Dès qu'il survient une circonstance qui compromet l'exécution ponctuelle et régulière de l'ouvrage, le maître a le droit d'en être immédiatement averti. Comme l'admet *Gautschi* (Comm. bernois, n. 16a ad art. 363), le devoir d'information est l'expression de l'obligation de fidélité qui incombe à l'entrepreneur comme aux autres débiteurs de services. 2. La deuxième affirmation en est le

corrolaire. Ce n'est pas au maître d'ouvrage d'interroger l'entrepreneur pour savoir si la survenance de circonstances extraordinaires ou d'autres faits tels qu'ils sont retenus à l'art. 373 al. 2, est de nature à rendre l'exécution plus difficile. Le cas échéant, il appartient dès lors à l'entrepreneur de prouver qu'il a en informé le maître et que celui-ci a accepté une augmentation du prix. Des versements d'acomptes pour un montant supérieur au prix fixé que la maître de l'ouvrage fournit par suite de modifications acceptées comme c'était le cas en l'espèce, n'y change donc effectivement rien. (fw)

Vergütung – Preiserhöhung nach OR 373 II – Verwirkung des Anspruchs (Rémunération – Augmentation du prix d'après l'art. 373 II CO – Conditions).

Ein Festpreis-Unternehmer verwirkt seinen Anspruch auf Preiserhöhung (OR 373 II), wenn er das Werk trotz erkannter Abweichung von der Offerte fertigstellt, ohne die Vertragsauflösung zu erklären oder unverzüglich die Anpassung der Berechnungsgrundlage und des Preises zu verlangen. BGr. (TF) 29.6.1990; BGE (ATF) 116 II 315 f. (68)

Anmerkung: 1. «Falls ... ausserordentliche Umstände ... die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren» (indem sie kostenmässig zu einem offensibaren Missverhältnis zwischen der Leistung des Unternehmers und der vereinbarten Vergütung führen), kann der Richter nach OR 373 II dem Festpreis-Unternehmer «eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen.» 2. Eine Berufung auf OR 373 II ist jedoch unstatthaft, falls sie Treu und Glauben widerspricht (OR 25 I, sinngemäss), weil der Unternehmer in Kenntnis der ausserordentlichen Umstände mit der Werkausführung vorbehaltlos fortgefahren hat. Insofern ist der rapportierte Entscheid des Bundesgerichts (BGE 116 II 315 f.) sicher «richtig». Im einzelnen sind aber die folgenden Punkte anzufügen: 3. Damit der Unternehmer seine Rechte aus OR 373 II bewahrt (sie also nicht verwirkt), genügt es, dass er dem Besteller die ausserordentlichen Umstände anzeigt (Gautschi, N 16a ff. zu Art. 373 OR) und ihm zugleich ankündigt, er sei gewillt, sich auf OR 373 II zu berufen. Diese Mitteilung hat zu erfolgen, sobald der Unternehmer die betreffenden Umstände kennt und vernünftigerweise annehmen muss, dass sie ein offensibares Missverhältnis zwischen seiner Leistung und der vereinbarten Vergütung begründen. Solange hingegen der Unternehmer annehmen darf, dass der Tatbestand des Art. 373 II OR nicht erfüllt ist, kann von ihm keinerlei Mitteilung erwartet werden. 4. Vom Unternehmer kann aber auch nicht verlangt werden, dass er schon bei der Anzeige der ausserordentlichen Umstände erklärt, ob er den Vertrag auflösen oder eine Preiserhöhung verlangen will. Das gilt um so mehr, als nach der Bestimmung des Art. 373 II OR die Wahl zwischen Vertragsauflösung und Preiserhöhung ohnehin nicht im Belieben des Unternehmers, sondern in der Kompetenz des Richters liegt (Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 772 und 775). 5. Vom Gesagten abgesehen, ist zweifelhaft, ob der vom Gericht entschiedene Fall überhaupt in den Anwendungsbereich des Art. 373 II OR gehört. Denn nach der Formulierung des Bundesgerichts verhielt es sich so, «che l'opera che stava eseguendo non era conforme all'offerta». Diese Beschreibung des Sachverhaltes passt jedoch nicht zum Tatbestand des Art. 373 II OR, sondern eher zu einer Beststellungsänderung, auf die OR 373 II keine Anwendung findet. Wie es sich aber tatsächlich verhalten hat, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden, weil leider nur die Erwägungen publiziert sind. (pg)

Mängelhaftung – Rechte des Bestellers – Vorrang der Nachbesserung nach der SIA-Norm 118 (Garantie pour les défauts – Droits du maître - Primauté de l'obligation de réfection d'après la norme SIA 118).

1. «Dem Besteller steht nach Art. 368 OR bei gegebenen Voraussetzungen das Wahlrecht zu, Wandelung, Minderung oder Nachbesserung zu beanspruchen (BGE 109 II 41). Die Regelung ist dispositiver Natur. Vorliegend haben die Parteien die SIA-Norm 118 (Ausgabe 1962) zum Vertragsbestandteil erhoben, welche in Art. 26 II einen Vorrang des

Nachbesserungsrechtes normiert, mithin den Unternehmer in den Stand setzt, den Besteller an der Ausübung des Minderungs- oder Wandelungsrechts zu hindern, wenn er bereit und imstande ist, die Mängel frist- und sachgerecht zu beheben.» 2. «Folgerichtig verliert der Besteller seine Ansprüche auf Wandelung oder Minderung, wenn er eigenmächtig die Mängel selbst oder durch einen Dritten beseitigt, ohne dem Unternehmer vorher Gelegenheit zur Nachbesserung zu geben (BGE 110 II 53 zur im Grundsatz unveränderten Regelung nach Art. 169 I der SIA-Norm 118, (Ausgabe 1977).» BGr. (TF) 6.6.1990; BGE (ATF) 116 II 105 ff. (S. 311f.). (69)

Anmerkung: 1. Zu BGE 110 II 53 und zur Regelung des Art. 169 I der SIA-Norm 118, Ausgabe 1977, vgl. BR 1985, S. 16, Nr. 6 (mit zugehöriger Anmerkung). Was diese Norm (die SIA-Norm 118, Ausgabe 1977) betrifft, ist immer auch Art. 169 II zu beachten. Darin wird explizit gesagt, dass der Vorrang der Nachbesserung entfällt, wenn der Unternehmer «sich ausdrücklich geweigert» hat, «eine Verbesserung vorzunehmen», oder «hiezuhin offensichtlich nicht imstande» ist. 2. Eine «ausdrückliche Weigerung», die Verbesserung vorzunehmen (Art. 169 II der Norm-Ausgabe 1977), ist eine «deutliche» und «entschiedene» Weigerung. Sie kann mündlich oder schriftlich und auch in der Weise erfolgen, dass der Unternehmer das Vorliegen eines Werkmangels oder seine Haftung für den Mangel endgültig bestreitet. Nicht erforderlich ist, dass der Unternehmer die Verbesserung überhaupt ablehnt. Vielmehr genügt es, dass er sich weigert, die Verbesserung sachgerecht oder innerhalb angemessener Frist (Art. 169 I) vorzunehmen oder sie auf seine Kosten auszuführen, soweit er die Kosten zu tragen hat (Art. 170). 3. Massgeblich ist immer nur die Weigerung durch den Unternehmer selbst. Auf das Verhalten von Subunternehmern, mit denen der anspruchsberechtigte Besteller in keiner Vertragsbeziehung steht, kommt es nicht an. So kann der Unternehmer, der seine eigene Haftung bestritten hat, dem Besteller auch nicht entgegenhalten, sein Subunternehmer sei zur Mängelbeseitigung bereit gewesen (was das Bundesgericht auf S. 313 für die Norm-Ausgabe 1962 offenlässt). 4. Zur Verbesserung «offensichtlich nicht imstande» (Art. 169 II der Norm-Ausgabe 1977) ist der Unternehmer dann, wenn klar zutage liegt, dass er unfähig ist, einen bestimmten Werkmangel überhaupt, sachgerecht oder innerhalb angemessener Frist (Art. 169 I) zu beheben. Der subjektiven Unfähigkeit des Unternehmers (seinem «Unvermögen») steht es gleich, wenn eine Mängelbeseitigung objektiv unmöglich ist. (pg)

Grundstückkaufvertrag – Contrat de vente immobilière

Vente immobilière – Insuffisance de la moins-value – Absence de garantie – CO 219, 197 (Grundstückkaufvertrag – Ungenügender Minderwert – Keine Gewährleistung – OR 219, 197).

1. Le vendeur d'un immeuble répond des défauts qui entraînent une diminution notable de sa valeur. 2. Est notable, la diminution qui revêt une certaine importance; pour en juger, il faut tenir compte du prix de vente et des autres circonstances concrètes du contrat. TC FR 27.10.1989; Extraits 1989, p. 11. (70)

Note: 1. L'état de fait révèle que le contrat portait sur une maison à réaménager relativement ancienne dont le prix avait été fixé à 240 000 francs. Au moment de la vente, plusieurs pièces de bois de la maison (pièces de charpente, poutres, lames de plancher et de plafond) étaient attaquées par des insectes xylophages. L'acquéreur s'en est rendu compte plus tard en déposant un faux plafond. L'assainissement des éléments touchés a été estimé par l'expert à 6000 francs. L'acquéreur a fait valoir une moins-value de 8000 francs. Le tribunal a écarté l'action en garantie. En tenant compte de l'ancienneté de la maison et du fait que le traitement de la charpente était prévu, il a retenu que par rapport au prix de vente 240 000 francs, les frais d'assainissement du bois fixés à 8000 francs ne revêtaient pas une importance suffisante (3,33%) pour constituer une diminution de la valeur de la chose au sens de l'art. 197 CO. 2. On remarquera que le tribunal n'a pas précisé pourquoi le fait que le traitement de

la charpente ait été prévu, pour un montant de 1600 francs selon l'acheteur, empêchant ce dernier de se prévaloir de la défectuosité sensiblement plus coûteuse du reste des pièces de bois. En considérant simplement qu'un traitement de la charpente faisait partie des mesures normales que l'acheteur devait envisager, le tribunal donne l'impression d'avoir jugé du défaut comme d'une donnée objective. La question relève pourtant de la seule interprétation du contrat. En l'occurrence, si celle-ci avait montré que le prix de vente avait été fixé en fonction de travaux d'assainissement du bois pour un montant de 1600 francs, tout dépassement de cette somme aurait constitué un défaut, quelle que soit sa proportion par rapport au prix de vente. Contrairement à ce que laisse entendre le tribunal, *Giger* (comm. bernois, n. 68 ad art. 197) a raison de considérer que la garantie peut être retenue même lorsque le prix de l'élimination du défaut est peu élevé. (fw)

Bundesbeschluss über eine Sperrfrist für die Veräusserung nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke (BBSG) – Erbteilung – Neubeginn der Sperrfrist – BBSG 3 III (Arrêté fédéral concernant un délai d'interdiction de revente des immeubles non agricoles [AFIR] – Partage successoral – AFIR 3 III).

Mit Erbteilungsvertrag vom 19. Dezember 1988 übernahm Frau X einen hälftigen Miteigentumsanteil an einem Grundstück im Grundbuch Luzern-Stadt. Am 30. November 1989 verkaufte sie den Miteigentumsanteil der Frau Y. Tags darauf meldete der verurkundende Notar den Kauf namens der Verkäuferin zur Eintragung im Grundbuch an. Das Grundbuchamt wies die Anmeldung ab. Diese Verfügung wurde letztinstanzlich vom Bundesgericht bestätigt – mit folgender Begründung: Die Übernahme des Grundstücks in der Erbteilung habe die fünfjährige Sperrfrist gemäss Art. 1 Abs. 1 BBSG ausgelöst. Das Kaufgeschäft sei während der Sperrfrist getätigt worden und somit gemäss Art. 5 Abs. 1 BBSG nichtig; demzufolge gebe es keinen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch. *BGr. (TF) 17.5.1990; BGE (ATF) 116 II 174 f.* (71)

Bundesbeschluss über eine Sperrfrist für die Veräusserung nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke vom 6. Oktober 1989 (BBSG) – Begriff der gewinnlosen Veräusserung – BBSG 4 I lit. a (Arrêté fédéral concernant un délai d'interdiction de revente des immeubles non agricoles [AFIR] – Notion de vente sans profit – AFIR 4 I lit. a).

X ist Alleinaktionär der X AG und zugleich deren Angestellter. Auch seine Gattin arbeitet für die X AG. Im März 1989 erwarben die Eheleute X ein Grundstück für Fr. 450 000.–; zehn Monate später verkauften sie es für Fr. 490 000.– weiter. Hierauf ersuchten sie die zuständige kantonale Behörde um die Bewilligung zur Veräusserung des Grundstücks. Sie beriefen sich auf Art. 4 Abs. 1 lit. a BBSG, wonach eine Veräusserung vor Ablauf der fünfjährigen Sperrfrist (Art. 1) zu bewilligen ist, wenn damit kein Gewinn erzielt wird. Sie machten geltend, die Erhöhung des Wiederverkaufspreises sei durch Kosten bedingt, die bei der Gewinnberechnung nach Art. 4 Abs. 2 als Gestehungskosten zu berücksichtigen seien. Die Bewilligungsbehörde teilte diesen Standpunkt mit Bezug auf Handänderungssteuern, Gebühren für eine Schuldbriefserhöhung und die Eigenkapitalverzinsung, nicht hingegen mit Bezug auf Provisionen, welche die X AG den Eheleuten X in Rechnung gestellt hatte (3% des Kaufpreises als Vermittlungsprovision, 3% des Verkaufspreises als Verkaufsprovision). Die Bewilligung zum Verkauf wurde dementsprechend nicht erteilt. Ein Rekurs blieb erfolglos. Die Rekursinstanz führte aus, zwar verminderten Provisionszahlungen grundsätzlich den anrechenbaren Gewinn. Eine Ausnahme gelte jedoch bei einer wirtschaftlichen Einheit von Provisionsnehmer und -geber. Dies-

falls könnten nur die ausgewiesenen Aufwendungen für die Vermittlung und den Verkauf des Grundstücks anerkannt werden. *VGr. TG 30.5.1990; SJZ 1990, S. 345 ff.* (72)

Anmerkung: Der Verkehr mit *landwirtschaftlichen* Grundstücken unterliegt seit langem erheblichen Einschränkungen. U.a. besteht ab Eigentumserwerb eine Sperrfrist von zehn Jahren, während welcher eine Veräusserung – grundsätzlich – untersagt ist (Art. 218 OR). Eine analoge Beschränkung wurde mit dem BBSG auch für *nichtlandwirtschaftliche* Grundstücke geschaffen. Der Anwendungsbe- reich des Beschlusses ist auf denjenigen von Art. 218 OR abge- stimmt (*Zulliger, ZBGR 1989, S. 333 f.*). Als nichtlandwirtschaftlich gilt daher auch landwirtschaftlich genutztes Bauland (Art. 1 Abs. 4 BBSG), da dieses von Art. 218 OR gemäss dessen Abs. 2 nicht er- fasst wird. Künftig unterliegt somit die Veräusserung beliebiger Grundstücke – im Prinzip – einer Sperrfrist. Diese beträgt bei nicht- landwirtschaftlichen Grundstücken fünf Jahre (Art. 1 Abs. 1 BBSG), gerechnet ab Erwerb. Während des Fristenlaufs sind nicht nur eigentliche Veräusserungsverträge untersagt, sondern auch Rechtsgeschäfte, die wirtschaftlich einem solchen Vertrag gleich- kommen, z.B. die Begründung, Übertragung oder Ausübung eines Kaufrechts (die Begründung eines Rückkaufsrechts soll demgegenü- ber nicht, jedenfalls nicht immer als Veräusserungstatbestand gel- ten; *ZBGR 1990, S. 201*). Für gewisse Veräusserungen ist die Sperr- frist unbeachtlich (Art. 2 BBSG), z.B. für solche im Erbgang (hier passt freilich der Ausdruck Veräusserung nicht) oder in der Erbtei- lung; weiter können die zuständigen kantonalen Behörden unter be- stimmten Voraussetzungen (z.B. wenn der Veräusserer mit der Ver- äusserung keinen Gewinn erzielt) eine vorzeitige Veräusserung er- lauben (Art. 4 Abs. 1 lit. a BBSG; vgl. dazu vorstehend Urteil 72). Der Erwerb eines Grundstücks setzt grundsätzlich eine neue Sperr- frist in Gang; eine Ausnahme gilt u.a. beim Erwerb durch Erbgang (Art. 3 BBSG), nicht aber bei demjenigen in der Erbteilung (*BGE 116 II 174 = oben Urteil 71, ebenso ZBGR 1990, S. 150 ff., SJZ 1990, S. 85 ff.; vgl. auch BGE 110 II 211 betr. Art. 218 OR*). Rechtsges- chäfte, die dem BBSG zuwiderlaufen, sind nichtig (Art. 5 BBSG). Zum Rechtsschutz vgl. Art. 6 BBSG (*ZBGR 1990, S. 150; BGr. in ZBGR 1990, S. 218, E. 1, nicht amtlich publizierte Erwägung von BGE 116 II 174 ff.*). Der Beschluss gilt bis zum 31. Dezember 1994; der Bundesrat kann ihn vorzeitig aufheben (Art. 10 BBSG). Eingehend zum BBSG: *Schöbi Felix, Erläuterungen zur Sperrfrist, Bern 1990, Peter/Naef, Bodenrechtliche Sofortmassnahmen im Siedlungs- bereich, Zürich 1990.* (ak)

Sachenrecht – Droits réels

Vorkaufsrecht bei Stockwerkeigentum, das nach kantonalem Recht vor 1912 begründet wurde – SchlT ZGB 3, 20^{bis} (Droit de préemption sur une propriété par étages, constituée d'après le droit cantonal avant 1912 – Tit. fin. CC 3, 20^{bis}).

1. Die neuen bundesrechtlichen Bestimmungen über das Stockwerkeigentum, welchen vor 1912 begründetes Stock- werkeigentum untersteht (*SchlT ZGB 20^{bis}*), sehen kein ge- setzliches Vorkaufsrecht vor. Es besteht somit, weil das Vor- kaufsrecht bloss gesetzlichen Inhalt (bzw. Nichtinhalt) des Stockwerkeigentums bildet und kein eigenständiges, wohl- erworbenes Recht darstellt, ein solches auch dann nicht mehr, wenn dies für das vor 1912 begründete Stockwerkeigentum im alten kantonalen Recht vorgesehen war. 2. Als vereinbar- tes, wohl erworbenes Recht kann nur gelten, was auch tatsächlich auf diese Weise entstanden ist, nicht auch, was bloss hätte vertraglich geordnet werden können *BGr. (TF) 15.1.1990; BGE (ATF) 116 II 63 ff.; Pra 79, 1990, Nr. 166.* (73)

Anmerkung: 1. Das intertemporale Recht hat ein bevorzugtes An- wendungsgebiet im Sachenrecht. Handelt es sich doch hier in beson- dere ausgeprägter Weise um Dauerverhältnisse, die weit in die Ver- gangenheit zurückreichen und dazu bestimmt sind, auf unbestimmte Dauer zu gelten. So weist denn auch das intertemporale Sachen- recht im Schlusstitel des ZGB weit mehr Bestimmungen auf als das ganze übrige Übergangsrecht (Art. 17-48 SchlT ZGB). Unter diesen Bestimmungen kommt den Regeln über das intertemporale Stock-

werkeigentumsrecht (Art. 20^{bis} - 20^{quater} SchlT ZGB) angesichts dieser nach Sachenrechtskategorien jungen Schöpfung des ZGB heute ganz besondere Bedeutung zu. Verwiesen sei etwa auf BGE 113 II 146 und die Kritik Denis Piolet an diesem Entscheid in JdT 136 (1988) S. 155 ff. oder auf die im vorliegenden BGE S. 66 zitierte Dissertation *Eduard Brogli*. Das intertemporale Stockwerkeigentumsrecht der Schweiz am Beispiel des Kantons Wallis, Diss. Freiburg, 1985 (AISUF Nr. 67). 2. Im hier zu besprechenden BGE ging es um einen Fall, da vor 1912 begründetes, von 1912 bis 1965 unberührtes Stockwerkeigentum vorliegt, solches also, das die stockwerkeigentumslose ZGB-Zeit ganz einfach überlebt hat. Hiefür sieht unbestrittenermassen Art. 20^{bis} ZGB vor, dass dieses Stockwerkeigentum den 1965 in Kraft getretenen neuen Vorschriften des ZGB unterstehe. Das gilt (ausnahmsweise) auch dann, «wenn die Stockwerke oder Stockwerkteile nicht als Wohnungen oder Geschäftsräumeinheiten in sich abgeschlossen sind» (Art. 20^{bis} SchlT in fine). Im übrigen enthält der Wortlaut des Gesetzes keine Ausnahmen für das alte und nunmehr neue Stockwerkeigentum. 3. Nun aber kannte das alte kantonale Stockwerkeigentumsrecht des Kantons Basel-Landschaft, um das es in casu ging, ein gegenseitiges Vorkaufsrecht der Stockwerkeigentümer. Das neue Recht des ZGB sieht demgegenüber kein gesetzliches Vorkaufsrecht der Stockwerkeigentümer vor (Art. 712c Abs. 1 ZGB). Art. 20^{bis} SchlT ZGB, verstanden als Konkretisierung des Art. 3 SchlT ZGB (Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben werden, sind dem neuen Recht unterstellt), würde mithin dem altrechtlichen gesetzlichen Vorkaufsrecht zum Trotz Stockwerkeigentümern kein solches Recht mehr zugestehen. 4. Ist aber nicht dieses altrechtliche Basel-Landschafter Vorkaufsrecht mehr als bloss gesetzlicher Inhalt des (damaligen) Stockwerkeigentums, nämlich ein eigenständiges, vor dem Inkrafttreten des ZGB entstandenes wohlverworbenes Recht? Das verneint dieser BGE. Dies geschieht zu Recht. Das gesetzliche Vorkaufsrecht wird mit Fug nicht als vom Stockwerkeigentum als solchem unabhängiges, wohlverworbenes Recht betrachtet. Es ist ein mögliches Attribut des Stockwerkeigentums, hat aber «seine Berechtigung nur im Zusammenhang mit dem Stockwerkeigentum» (BGE a.a.O., S. 67). Damit ist nicht gesagt, das Vorkaufsrecht habe keinen Eigenwert. Aber gerade weil es einen solchen Wert besitzt, der sich allerdings für den jeweils davon betroffenen andern Stockwerkeigentümer als Fessel erweist, wollte der Bundesgesetzgeber beim neurechtlichen Stockwerkeigentum kein gesetzliches Vorkaufsrecht mehr (er wollte «die Verkehrsfähigkeit der Stockwerkeinheiten möglichst fördern»: BGE a.a.O., S. 67). Das Vorliegen eines gesetzlichen Vorkaufsrechts wird denn auch vom Gesetzgeber anderwärts als gesetzliche Eigentumsbeschränkung verstanden (siehe BGE a.a.O., S. 67 f.). Für jene Kantone, deren kantonales Stockwerkeigentum kein gesetzliches Vorkaufsrecht mit einschloss (wie für das Wallis, den Stockwerkeigentumskanton par excellence), ist allerdings die Verneinung eines solchen Rechtes für das neue Recht viel harmloser als für andere, die wie Basel-Landschaft eine solche Eigentumsbeschränkung kannten. Es ist aber doch auch kaum anzunehmen, dass nunmehr neurechtliches Stockwerkeigentum von Kanton zu Kanton in dieser wichtigen Nebenfrage jeweils je nach Regelung im alten kantonalen Recht anders aussehen sollte. (bs)

Atteinte au droit de propriété – Action négatoire ou action en constatation de droit – Qualité pour agir d'un copropriétaire – CC 641 II, 646 III (Ungerechtfertigter Eingriff in das Eigentum – Actio negatoria oder Feststellungsklage – Klagelegitimation eines Miteigentümers – ZGB 641 II, 646 III).

1. En cas d'atteinte au droit de propriété alors que la situation juridique n'est pas nettement incertaine, le lésé doit ouvrir une action négatoire, non une action en constatation de droit. 2. Un copropriétaire peut ouvrir seul une action négatoire, même si les autres copropriétaires ont consenti à l'atteinte. 3. L'action provocatoire des art. 359 ss du Code de procédure civile valaisan est une forme particulière de l'action constatatoire de droit négative. Même si le demandeur peut faire état d'un intérêt juridique suffisant, la procédure provocatoire est incompatible avec le droit fédéral, car elle place le défendeur dans une situation moins favorable que l'action constatatoire négative ordinaire. TC (KGr.) VS 12.1.1990; RVJ (ZWR) 1990, p. 119 ss. (74)

Note: 1. Dame T., copropriétaire d'un immeuble sis dans une commune valaisanne où le registre foncier a été introduit durant les années quarante, a démolit le mur mitoyen séparant son immeuble du fonds voisin, prétendant être au bénéfice d'un droit de passage. Sieur V., copropriétaire du fonds voisin, ouvre contre elle une «action provocatoire» au sens des art. 359 ss du Code de procédure civile valaisan. Il s'agit d'une sorte d'action en constatation de droit négative, mais qui présente la particularité que le juge saisi n'est pas invité à constater directement l'absence de droit du défendeur, mais à contraindre celui-ci à ouvrir lui-même une action en constatation de droit positive dans un certain délai, sous peine de se voir déchu du droit qu'il prétend avoir, tous frais et dépens à sa charge. Pour des motifs qu'il ne m'appartient pas d'analyser en détail dans cette chronique de jurisprudence relative aux droits réels, le Tribunal cantonal valaisan a d'abord jugé que l'action provocatoire du droit valaisan n'est pas compatible avec le droit privé fédéral et qu'elle est donc désormais irrecevable dans les contestations relatives au droit fédéral. En effet, d'une part, les conditions de l'action provocatoire sont moins strictes que celles, ayant un caractère impératif selon l'ATF 110/1984 II 354, de l'action en constatation de droit fédérale et, d'autre part, cette procédure oblige le défendeur à ouvrir lui-même action sous peine de perdre le droit qu'il prétend avoir, ce qui le contraint à engager des frais plus élevés que s'il se contentait de résister à une action en constatation de droit négative. 2. Du point de vue des droits réels, l'arrêt est cependant surtout intéressant parce qu'il rappelle deux principes relatifs à la défense du droit de propriété. a. En premier lieu, il souligne à nouveau que l'action en constatation de la propriété n'est ouverte qu'au propriétaire qui y a un intérêt juridique suffisant. Cela suppose que la situation comporte pour les parties une insécurité relative à leurs relations juridiques, que cette insécurité constitue pour le demandeur une menace qui comporte effectivement des inconvénients et, enfin, que l'action en constatation de droit soit le moyen approprié de lever cette incertitude et, notamment, que ce résultat ne puisse pas être atteint par une action condamnatoire (voir aussi ATF 110/1984 II 352 = JdT 1985 I 354 et 96/1970 II 129/131 = JdT 1971 I 263/265). Cette dernière condition n'était précisément pas remplie en l'espèce car Sieur V., troublé dans son droit de propriété, aurait pu ouvrir une action négatoire, telle qu'elle est prévue à l'art. 641 al. 2 CC. Le Tribunal cantonal valaisan a donc avec raison déclaré irrecevable l'action en constatation de droit ouverte par Sieur V. b. En second lieu, l'arrêt rappelle que, lorsque l'immeuble faisant l'objet de l'atteinte est en copropriété, chaque copropriétaire a qualité pour ouvrir seul une action en revendication, une action négatoire ou une action fondée sur l'art. 679 CC. Il en est ainsi même si les autres copropriétaires ont consenti à l'atteinte, pour autant naturellement que ce consentement ait excédé les compétences de ces copropriétaires quant à l'utilisation de l'immeuble (voir notamment ATF 95/1969 II 397/402 = JdT 1971 I 244/249). (phs)

Propriété par étages – Utilisation des parties communes – Abris antiatomiques – CC 712a, 712b, 649a (Stockwerkeigentum – Benützung der gemeinschaftlichen Räume – Atomschutzkeller – ZGB 712a 712b, 649a).

1. La propriété par étages est composée de deux éléments indissolublement liés: la part de propriété de chaque copropriétaire, portant sur l'immeuble tout entier, et le droit exclusif de jouissance sur des parties délimitées de l'immeuble. 2. Chaque propriétaire d'étage doit pouvoir utiliser les parties communes; toutefois certaines d'entre elles peuvent être, en raison de leur destination, réservées à quelques propriétaires. 3. Les parties communes peuvent l'être obligatoirement de par la loi (CC 712b II) ou être déclarées telles par une convention entre les propriétaires par étages (CC 712b III). L'usage et la jouissance de ces parties sont en principe mesurés par la répartition des quote-parts; mais les propriétaires peuvent prévoir des règles dérogatoires quant à leur utilisation; ces règles sont opposables à leurs ayants cause en vertu de l'art. 649a CC. 4. Les abris antiatomiques ne sont pas des parties communes de par la loi, mais il peuvent être conventionnellement déclarés parties communes. TF (BGr.) 30.8.1990; SJ 1991, p. 10 ss. (75)

Anfechtung eines Beschlusses der Stockwerkeigentümerversammlung – Verteilung der gemeinschaftlichen Kosten – ZGB 712h und m II (*Action en annulation d'une décision de l'assemblée des propriétaires par étages – Répartition des frais de l'administration commune – CC 712h et m II*).

1. Solange ein Beschluss über die definitive Verteilung von Sanierungskosten nicht ergangen ist, mangelt es einer Anfechtungsklage als Gestaltungsklage an einem Anfechtungsobjekt und als Feststellungsklage am erforderlichen Interesse. 2. Ein Stockwerkeigentümer kann sich der quotenproportionalen Kostentragung nur entschlagen, wenn ihm eine bestimmte Anlage oder Einrichtung unabhängig von seinen Bedürfnissen keinen oder nur einen ganz geringen Nutzen bringt, nicht schon bei Unterschieden in den Nutzungsmöglichkeiten. *KGr. GR 18.2.1989; PKG 1989, Nr. 20, S. 100 ff.*

(76)

Anmerkung: 1. Eine Stockwerkeigentümergeinschaft hatte über die Verteilung von (gemeinschaftlichen) Kosten für eine Liftanlage noch keinen definitiven Beschluss gefasst, sondern die Kosten vorläufig dem Erneuerungsfonds belasten wollen. Auf die Klage, mit welcher dieser Beschluss angefochten worden ist, wurde aus den in der vorn erwähnten Kurzfassung formulierten Gründen an sich nicht eingetreten. Das Gericht hat dann aber doch erwogen, was es bei materieller Beurteilung entschieden hätte. Uns interessiert dieser materiellrechtliche Teil der Erwägungen. 2. Bei der Verteilung gemeinschaftlicher Kosten ist durch Abgehen von der Normalbeteiligung nach Massgabe der Wertquoten im Sinne von Art. 712h Abs. 1 gemäss Abs. 3 dieses Artikels die Tatsache zu berücksichtigen, dass bestimmte gemeinschaftliche Bauteile, Anlagen oder Einrichtungen einzelnen Stockwerkeigentümern nicht oder nur in geringem Masse dienen. In Übereinstimmung mit der bundesrechtlichen Rechtsprechung bejaht in casu das Kantonsgericht Graubünden das Vorliegen der Voraussetzungen für eine entsprechende Verminderung oder einen Wegfall der Kostenbeteiligung nur mit Zurückhaltung. Der Beschwerdeführer wollte sich hier deshalb auf Art. 712h Abs. 3 stützen, weil er, der im Erdgeschoss seinen Laden hat, den Lift nur zur Erreichung von Lagerräumen sowie einer Garage in den beiden Untergeschossen braucht, während die andern Eigentümer die Liftanlage für ihre drei Obergeschosse benutzen. Die zurückhaltende Anwendung von Art. 712h Abs. 3 ZGB veranlasste das Gericht zu folgender Formulierung: «Nur wenn gesagt werden könnte, die Liftanlage bringe dem Beschwerdeführer objektiverweise keinen oder nur einen ganz geringen Nutzen, und nicht schon bei Unterschieden in den Nutzungsmöglichkeiten unter den Stockwerkeigentümern – mögen sie auch gross sein – könnte er sich von der Pflicht befreien, nach Massgabe der Wertquoten Kostenbeiträge zu leisten.» (a.a.O., S. 103).

(bs)

Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft – Zulässigkeit einer Teilverwaltung – ZGB 712l und q ff. (*Capacité pour agir en justice de la communauté des propriétaires par étages – Administration partielle? – CC 712l et q ss*).

1. Obschon eine Stockwerkeigentümergeinschaft nicht rechtsfähig ist, steht ihr im Rahmen der gemeinschaftlichen Verwaltungstätigkeit formell Prozess- und Betreibungsfähigkeit zu (ZGB 712l). Der Ein- oder Austritt von Stockwerkeigentümern während des Prozesses vermag den Prozessverlauf nicht zu beeinflussen. 2. Das Gesetz sieht nirgends zwingend die Einsetzung eines Verwalters für Stockwerkeigentum vor. Kann die Gemeinschaft auf einen Verwalter ganz verzichten, muss es ihr auch möglich sein, einem gewählten Verwalter nur eine Teilaufgabe zu übertragen, somit auf eine Vollverwaltung zu verzichten. 3. Ist bereits eine Teilverwaltung eingesetzt, muss für die Bestellung einer Vollverwaltung durch den Richter ein Bedürfnisnachweis erbracht werden. *OGr. ZH 12.1.1990; ZR 89, 1990, Nr. 3, S. 4 ff.*

(77)

Anmerkung: 1. Unter Hinweis u.a. auf den Kommentar *Meier-Hayoz/Rey*, N 20 – 22 zu Art. 712q ZGB wird in diesem Entscheid

ausgeführt, es könnten auch mehrere Verwalter bestellt werden unter der Voraussetzung einer klaren Regelung der internen Aufgabenteilung sowie der Vertretung nach aussen, «ansonst sie gemeinsam handeln müssen» (Entscheid a.a.O., S. 6). Den Vormundschaftsrechtler erinnert diese Aussage an die in Art. 379 Abs. 2 und 3 ZGB geregelte mehrfache Vormundschaft. Danach können bei besonderen Umständen «mehrere Personen (sc. zum Vormund) gewählt werden, die das Amt gemeinsam oder auf Grund einer amtlichen Ausscheidung der Befugnisse führen» (Art. 379 Abs. 2 ZGB). 2. Laut diesem Entscheid wird im übrigen der Schwarze Peter für den Beweis des Bedürfnisses für einen mit zusätzlichen Aufgaben zu betrauernden Verwalter dem einzelnen Stockwerkeigentümer zugeschoben, sobald eine Teilverwaltung bestellt worden ist. «Auf den Bedürfnisnachweis könnte nur dann verzichtet werden, wenn überhaupt keine Verwaltung bestellt worden wäre» (so der Entscheid a.a.O., S. 6 unter Hinweis auf *Meier-Hayoz/Rey*, N 102 zu Art. 712q). Diese Formulierung ist gar absolut. Es kann wohl kaum im Sinne des Gesetzes sein, dass eine Mehrheit von Stockwerkeigentümern durch die Wahl eines Verwalters für eine kleine Sonderaufgabe den Individualanspruch eines jeden Stockwerkeigentümers auf Bestellung eines Verwalters durch die Umkehr der Beweislast relativiert.

(bs)

Propriété par étages – Qualité pour agir de la communauté en relation avec les parties communes – CC 712l. (*Stockwerkeigentum – Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft mit Bezug auf gemeinschaftliche Räume – ZGB 712l*).

1. La qualité pour agir ou pour défendre est une question de fond, régie par le droit matériel. Le défaut de légitimation aboutit à un jugement au fond déboutant le plaideur de sa demande. 2. La communauté des propriétaires d'étages a la capacité pour agir contre un entrepreneur en raison des défauts affectant les parties communes de l'immeuble. 3. L'action en garantie contre l'entrepreneur, tendant à des dommages-intérêts en réparation des dommages consécutifs au défaut, peut être cédée. 4. La cession par le maître de l'ouvrage des droits découlant de la garantie pour les défauts peut s'opérer directement en main de la communauté des propriétaires d'étages; il n'est pas nécessaire de céder d'abord cette prétention aux propriétaires d'étages eux-mêmes. *TC JU 4.5.1987; FJJ H 87.*

(78)

Note: Cet arrêt est conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral (voir ATF 109/1983 II 423 = JdT 1985 I 4). Pour le surplus, on peut se reporter à l'analyse de la mise en œuvre de la garantie pour les défauts relatifs à un immeuble en propriété par étages, présentée lors de la Journée du droit de la construction 1989, Documentation 5/2, p. 16 ss.

(phs)

Auslegung einer Bauhöhendienstbarkeit – ZGB 738 (*Interprétation d'une servitude portant sur la hauteur d'une construction – CC 738*).

1. Eine Dienstbarkeit, mit welcher die erlaubte Bauhöhe auf dem belasteten Grundstück in einer genauen Masszahl ausgedrückt wird, ist ihrem Sinne entsprechend absolut zu verstehen. Sie muss daher unabhängig davon eingehalten werden, ob die Bedürfnisse der herrschenden Liegenschaft im konkreten Anwendungsfall durch ein Höherbauen tatsächlich geschmälert würden. 2. Besteht der Zweck einer solchen Dienstbarkeit in der Verbesserung der Wohnqualität auf dem herrschenden Grundstück, so erschöpft sich dieser vernünftigerweise nicht nur in der Bewahrung der Aussicht, der Besonnung und der Belichtung, sondern dient auch der Beschränkung des unbebauten Raumes auf dem Nachbargrundstück. *BGr. (TF) 26.10.1989; BGE (TF) 115 II 434 ff.; Pra 79, 1990, Nr. 196.*

(79)

Anmerkung: 1. In casu lag eine Dienstbarkeit mit offensichtlich eindeutigem Wortlaut vor. «Die Beklagte darf auf ihrer Fabrikliegenschaft nicht höher als 6,5 m ab gewachsenem Terrain bauen» (BGE a.a.O., S. 437). Daraus zieht das Bundesgericht den Schluss: «Diese Beschränkung ist absolut gehalten und daher auch so zu verstehen» (BGE a.a.O.). Sofern der Dienstbarkeitsvertrag keine entsprechenden Ausnahmen vorsehe, sei, wer eine solche Dienstbarkeit eingehe, sich im klaren darüber, dass er nicht mehr höher bauen kann (BGE a.a.O.). Die Vorinstanz war da grosszügiger und ging davon aus, die eingetragene Bauhöhenbeschränkung bedürfe der Auslegung. Der Inhalt der Dienstbarkeit werde durch die Zweckvorstellungen der Parteien bei der Begründung des Rechtsverhältnisses bestimmt. Die Entstehungsgeschichte der zur Diskussion stehenden Dienstbarkeit war dabei für die Vorinstanz von wesentlicher Bedeutung (BGE a.a.O., S. 436). Das Bundesgericht wehrt sich demgegenüber dagegen, dass trotz eindeutigem Eintrag mit Bezug auf eine erlaubte Bauhöhe eine Dienstbarkeit nur unter der Rücksicht eines bestimmten Bedürfnisses des herrschenden Grundstückes bestehe. Das entspreche in aller Regel nicht dem Willen der Parteien und gefährde die Rechtssicherheit (BGE a.a.O., S. 437). **2.** In Erw. 3, S. 437 ff. geht dann das Bundesgericht aber doch auf die Frage ein, wie es denn wäre, wenn auf die konkrete Interessenlage abgestellt würde, und bejaht ein solches Interesse für das herrschende Grundstück. Damit schwächt das Bundesgericht vielleicht doch nolens volens (oder aber letztlich volens?) seine vorangegangene harte Aussage ab nach dem Paradox: «Doppelt genäht hält schlechter.» (bs)

Inhalt eines Fuss- und Fahrwegrechts – Übermässige Immissionen durch Autoabstellplätze – ZGB 684, 738 I, 739 (*Eten-due d'un droit de passage à pied et à char – Immissions excessives par des places de parc pour automobiles – CC 684, 738 I, 739*).

1. Soweit Rechte und Pflichten einer Dienstbarkeit aus dem Grundbuch deutlich ersichtlich sind, ist zur Beurteilung des Servitutsinhalts vom Wortlaut auszugehen (ZGB 738 I). Wird somit dem Dienstbarkeitsberechtigten ein Fahrwegrecht eingeräumt, ohne dass diesbezüglich besondere Einschränkungen vorgesehen wurden, ist eine Reduzierung des Fahrwegrechts auf den landwirtschaftlichen Verkehr unstatthaft, insbesondere wenn feststeht, dass die Servitut der Erschliessung des herrschenden Grundstückes zu Wohnzwecken dienen sollte. **2.** Der Bau von Autoabstellplätzen auf dem herrschenden Grundstück stellt auch nicht eine relevante (unzulässige) Mehrbelastung für das dienende Grundstück dar, da die Autoabstellplätze nichts anderes als die Ausnützung des eingeräumten Fahrwegrechts ermöglichen. **3.** Eben-sowenig erfüllt sind die Voraussetzungen zur Annahme übermässiger Immissionen, da der zu erwartende zusätzliche Verkehr im Bereich dessen liegt, was nach dem für die Beurteilung der Übermässigkeit geforderten objektiven Massstab zu dulden ist. *OGr. TG 2.3.1989; RB TG 1989, Nr. 5, S. 69 ff.* (80)

Fuss- und Karrwegrecht – ZGB 740 (*Droit de passage à pied et à charrette – CC 740*).

1. In einem Fusswegrecht ist das Recht des Begehens mit einem Handkarren bereits inbegriffen; einer ausdrücklich als Karrwegrecht bezeichneten Dienstbarkeit muss daher zweifelsohne eine spezielle, darüber hinausreichende Bedeutung zukommen. **2.** Ob aber eine Reduzierung der Breite dieses Weges auf 2,3 m durch Errichten eines Holzzaunes eine Behinderung an der Ausübung der Dienstbarkeit darstellt, kann angesichts dessen, dass der Begriff «Karrweg» nicht all-seits bekannt und klar ist, nicht im summarischen Verfahren beurteilt werden. *Rekurskomm. TG 23.10.1989; RB TG, Nr. 32, S. 141 ff.* (81)

Haftpflichtrecht – Droit de la responsabilité

Geschäftsherrenhaftung – Haftung des Bauunternehmers für seinen Kranführer – OR 55 I (*Responsabilité de l'employeur – Responsabilité de l'employeur du fait de ses grutiers – CO 55 I*).

1. Auf einer Baustelle ereignete sich folgender Unfall: Die Leute eines Bauschreinners baten den Kranführer des Bauunternehmers, ihnen mit dem Kran bei der Abladung von Spanplatten behilflich zu sein. Der Kranführer sagte zu. In der Folge lösten sich Spanplatten aus der Krangabel. Sie fielen auf die Führerkabine des Lastwagens, der einem Transportunternehmer gehörte. **2.** Der Transportunternehmer verlangt vom Bauunternehmer Schadenersatz. Das Gericht bejaht dessen Haftung gestützt auf OR 55 I, indem es annimmt, der Kranführer habe beim Abladevorgang als Hilfsperson des Unternehmers gehandelt. Im einzelnen führt es aus: **3.** Der Kranführer stand als Arbeitnehmer in einem Subordinationsverhältnis zum Bauunternehmer. Daran hat sich auch «im Zusammenhang mit dem fraglichen Abladevorgang nichts geändert». Es kann insbesondere nicht gesagt werden, der Bauschreiner habe den Kran samt Führer vom Bauunternehmer ausgemietet und sei deshalb zum Geschäftsherrn geworden. **4.** Ausserdem hat der Kranführer beim Abladevorgang in Ausübung seiner «dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen» (OR 55 I) gehandelt. Die Schädigung geschah in einem funktionellen Zusammenhang mit den Verrichtungen, die dem Kranführer im Geschäftsbereich des Bauunternehmers überbunden waren. Dafür spricht u.a. auch die Tatsache, «dass das kurzfristige (entgeltliche oder unentgeltliche) Aushelfen mit dem Kran während der Arbeitszeit auf Baustellen eine übliche, normale Erscheinung im Rahmen des Baubetriebes darstellt. Eine solche Tätigkeit hängt also mit der Funktion eines Kranführers im Geschäftsbereich einer Bauunternehmung eng zusammen.» **5.** Im konkreten Fall hat sich der Bauunternehmer von seiner Haftung auch nicht mit dem Nachweis befreit, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet habe, um einen Schaden der eingetretenen Art zu verhindern (OR 55 I). «Das Abladen mit dem Kran gehört erfahrungsgemäss zu den unfallträchtigsten und gefährlichsten Vorgängen auf einer Baustelle ... Der Kranführer wäre daher zumindest anzuweisen gewesen, den Ladevorgang persönlich zu überwachen oder die Kranladung zu überprüfen oder dazu wenigstens eine sachkundige Hilfsperson beizuziehen und das Aufladen nicht einfach mehr oder weniger ihm unbekannten Dritten zu überlassen oder gar deren Anweisungen zu folgen.» Dass der Bauunternehmer den Kranführer in dieser Richtung «instruiert oder ihm sogar weitergehend untersagt hätte, für andere Unternehmen irgendwelche Waren abzuladen, ist nicht nachgewiesen. Eben-sowenig ist erstellt, dass der Schaden auch ohne diese Unsorgfalt des Bauunternehmers eingetreten wäre.» **6.** Vorliegend haftet daher der Bauunternehmer als Geschäftsherr gemäss OR 55 I und hat damit für den ganzen Schaden einzustehen, soweit keine Reduktionsgründe eingreifen. *KGr. GR 12.12.1989; PKG 1989, Nr. 6, S. 39 f.* (82)

Anmerkung: 1. Dieser Entscheid stützt sich auf OR 55 I, der (im Unterschied zu OR 101) eine ausservertragliche (deliktische) Haftung des Geschäftsherrn begründet. Nach OR 55 I haftet der «Geschäftsherr ... für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.» **2.** OR 55 I setzt voraus, dass zwischen dem «Geschäftsherrn» und der «Hilfsperson» ein Subordinationsverhältnis besteht, so dass die Hilfsperson, während sie den Schaden verursacht, dem weisungsbefugten Geschäftsherrn untergeordnet ist. Im vorliegenden Fall hat das Gericht

angenommen, dass der Kranführer seinem Arbeitgeber (dem Bauunternehmer) auch insoweit subordiniert blieb, als er für den Bauschreiner tätig war. Das ist unter den gegebenen Umständen kaum zu beanstanden, darf aber nicht verallgemeinert werden. Vielmehr gilt es für jeden Einzelfall zu prüfen, wer der Geschäftsherr ist, wenn Arbeitskräfte eines Unternehmers für einen Nebenunternehmer tätig sind. 3. Stellt die Bauleitung Arbeitnehmer des Unternehmers einem Nebenunternehmer zur Verfügung (SIA-Norm 118, Art. 53), so wird im Regelfall der Nebenunternehmer zum Geschäftsherrn, soweit er sich der fremden Arbeitnehmer bedient (vgl. *Oftinger/Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, Zürich 1987, S. 311 f.). Dabei ist gleichgültig, für welche Verrichtungen der Nebenunternehmer die fremden Arbeitnehmer einsetzt und ob es sich um «bedeutende» oder «unbedeutende» Arbeiten handelt (*Oftinger/Stark*, a.a.O., S. 312). 4. In der Praxis kommt es bisweilen vor, dass Arbeitskräfte des Unternehmers auch Eigenleistungen des Bauherrn verrichten. Das trifft z.B. dann zu, wenn Regiearbeiten, welche die Bauleitung anordnet, unter deren Leitung ausgeführt werden (SIA-Norm 118, Art. 44 III). In diesem Fall handeln die vom Unternehmer überlassenen Arbeitskräfte (SIA-Norm 118, Art. 46) in aller Regel als Hilfspersonen des Bauherrn, der durch die Bauleitung vertreten wird. (pg)

Werkeigentümerhaftung – Haftung des Strasseneigentümers – OR 58 (*Responsabilité du propriétaire d'ouvrage – Responsabilité du propriétaire d'une route – CO 58*).

1. «Das Ehepaar A fuhr mit dem von Frau A gelenkten Wagen auf der leicht mit Schnee bedeckten Staatsstrasse von X in Richtung Y. Die Strasse wies in ihrer Fahrtrichtung am rechten Fahrbahnrand auf einer Länge von 400 m und einer Breite von 1,5 m eine Vertiefung von 2–3 cm auf. Diese war durch den nach Kanalisationsarbeiten noch nicht aufgetragenen Deckbelag begründet. Im Bereich der Längskante ge-

riet ihr Fahrzeug ins Schleudern und kollidierte mit einem korrekt entgegenkommenden Wagen.» 2. Die Eheleute machen einen Werkmangel im Sinne von OR 58 geltend und verklagen den Kanton auf Leistung von Schadenersatz. Das angerufene Gericht lehnt die Haftung ab und führt aus: Der bemängelte «Niveaunterschied mag zwar als technische Unvollkommenheit angesehen werden; er stellt aber keineswegs einen Werkmangel dar. Trotz der Kante war ... eine sichere Benützung der Staatsstrasse gewährleistet. So war es für Frau A ... ohne weiteres möglich, die rechte Fahrspur mit sicherem Abstand von der fraglichen Kante zu benützen.» Zudem «kommen Unebenheiten der hier vorliegenden Art sehr häufig vor, so dass ein Autofahrer jederzeit mit ihnen zu rechnen hat». Auch ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass die Mangelhaftigkeit eines Werkes bei vergleichbaren und wesentlich grösseren Unebenheiten regelmässig verneint wird. Dem Kanton ist daher nicht vorzuwerfen, «wenn er den Deckbelag während längerer Zeit nicht anbringen liess. Jedenfalls hat er damit keine elementaren Unterhaltsmassnahmen verletzt.» 3. Schliesslich ist festzuhalten, dass die ortskundige Frau A auf die Unebenheit gefasst sein musste, auch wenn die Strasse am Unfalltag mit Schneematsch bedeckt war. *OGr. TG 6.10.1988; RB TG 1989, Nr. 7, S. 74 ff. (vom Bundesgericht bestätigt)*. (83)

Anmerkung: Zur Haftpflicht des Strasseneigentümers siehe die einschlägigen Ausführungen bei *Oftinger/Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band II/1, Zürich 1987, S. 232 ff. Obwohl der Benutzer einer öffentlichen Strasse «keine absolute Verkehrssicherheit verlangen kann» (*Oftinger/Stark*, S. 239 f.), vermag der rapportierte Entscheid nicht völlig zu befriedigen. Die grosszügige Behandlung des Gemeinwesens steht jedenfalls in einem bemerkenswerten Kontrast zur Strenge, mit der Haftpflichtbestimmungen gegenüber Privaten gehandhabt werden. (pg)

Kommentar zur SIA-Norm 118 Artikel 157–190 (Ausgabe 1977)

Abnahme des Werkes, Mängelhaftung,
vorzeitige Beendigung des Werkvertrages
und Zahlungsverzug des Bauherrn

von Peter Gauch

Professor an der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Freiburg

1991, 200 Seiten, gebunden, Fr. 63.–

In der Schweiz steht der Bauwerkvertrag vor allem unter dem Einfluss der SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977). Mit Rücksicht auf die überaus grosse Verbreitung, welche diese wichtige Norm im schweizerischen Bauwesen gefunden hat, entstand der Wunsch nach einem Kommentar. Ein erster Teil des Kommentars liegt jetzt vor. Er behandelt die Bestimmungen über die Abnahme des Werkes (Art. 157 ff.), die Mängelhaftung des Unternehmers (Art. 165 ff.), die vorzeitige Beendigung des Werkvertrages (Art. 183 ff.) und den Zahlungsverzug des Bauherrn (Art. 190). Die einschlägigen Normbestimmungen sind im Kommentar abgedruckt und werden durch zahlreiche Anmerkungen erläutert. Vorangestellt ist eine Einleitung, die sich mit der SIA-Norm 118 im allgemeinen (namentlich auch mit deren Auslegung) befasst. Ausserdem enthält das Buch einen besonderen Abschnitt, der verwendete Begriffe und Ausdrücke erklärt.

Zu beziehen im Buchhandel oder bei **Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich**
(Telefon 01/251 93 36)