Die Rechtsprechung
La jurisprudence

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

Submission – Soumission

Submissionswidriges Angebot – Pauschalpreise statt Einheitspreise – Ausschluss aus dem Wettbewerb *(Offre contraire aux règles de la soumission – Exclusion de la participation au concours).*

1. Ein Angebot, das anstelle der verlangten Einheitspreise Pauschalpreise enthält, ist submissionswidrig und aus dem Wettbewerb auszuscheiden. Dass die SIA-Normen allenfalls ein Angebot mit Pauschalpreisen vorsehen, vermag am Gesagten nichts zu ändern. Denn bei den SIA-Normen handelt es sich um das Regelwerk eines privaten Vereins, das zwingenden staatlichen Vorschriften nachgeht. **2.** Unerheblich ist sodann aber auch die Befürchtung, «dass mit der Angabe von Einzelpreisen Geschäftsgeheimnisse gelüftet werden müssten». Nach der anwendbaren Submissionsverordnung «ist es nämlich ausgeschlossen, dass Mitbewerbern gegen den Willen eines Bewerbers die Offertunterlagen zugänglich gemacht werden. An diesem Grundsatz hat der Regierungsrat in seiner bisherigen Rechtsprechung auch im Beschwerdeverfahren festgehalten. Behörden selbst und Beamte sind zudem zur Verschwiegenheit verpflichtet (Art. 320 StGB)». *RR SZ 17.12.1991; EGV-SZ 1991, S. 206 f., Nr. 54.* (pg) **(149)**

Submissionswidriges Angebot – Fehlendes Bauprogramm – Unbeachtlichkeit der Offerte *(Offre contraire aux règles de la soumission – Offres négligeable).*

1. Im vorliegenden Fall «hat der Rekurrent unwidersprochen ein Angebot eingereicht, ohne ein Bauprogramm mit Leistungsangaben und Arbeiterzahl einzureichen, obwohl Ziff. 5 lit. c des Eingabedevis dies ausdrücklich verlangt». Diese Unterlassung hat «die Unbeachtlichkeit der Offerte zur Folge», ohne dass «die fehlende Information... nachgereicht werden» dürfte. Das entspricht der Rechtsprechung des «hiesigen Gerichts», wonach «nur ein solches Angebot einer Berücksichtigung zugänglich ist, welches vollständig und den Anforderungen genügend eingereicht wurde». Damit soll gewährleistet werden, dass kein Anbieter bevorteilt wird und die vergebende Behörde über «eine klare, übersichtliche und keine Diskussionen auslösende Ausgangslage» verfügt. **2.** Die erwähnten Grundsätze schliessen zwar nicht aus, dass die Vergabebehörde nachträglich noch Auskünfte bei den Wettbewerbsteilnehmern einholt. Schranke der «nachträglichen Auskünfte» bildet indessen stets das Gebot, dass sich durch sie an der Offertgrundlage nichts ändert. Das aber ist gerade nicht der Fall, wenn im nachhinein noch ein «Bauprogramm mit Leistungsangaben und Arbeiterzahl» einverlangt und eingereicht wird. Denn diese Information «ist ein wesentlicher Anteil des Angebotes, kann doch nur mit ihr schlüssig geprüft werden, ob die Arbeit überhaupt und fristgemäss erfüllt werden kann». Überdies kann das Arbeitsprogramm eine nicht unwesentliche Rolle beim Zuschlagsentscheid spielen, weshalb ein Unternehmer sich mit einer erst nachträglichen Beibringung des Programms ungerechtfertigte Vorteile beschaffen könnte. **3.** «An dieser Schlussfolgerung ändert» auch der Einwand nichts, «das kantonale Tiefbauamt lasse die Nachreichung des Bauprogrammes regelmässig zu». Denn «einerseits ist das kantonale Tiefbauamt in casu nicht Bauherr, weshalb der Rekurrent sich nicht auf das Gleichbehandlungsgebot berufen kann, anderseits ist das Verwaltungsgericht in der Auslegung» der Submissionsverordnung «nicht an eine allfällige Praxis einer Verwaltungsbehörde gebunden». *VGr. GR 20.8.1991; PVG 1991, S. 33 f., Nr. 10.* **(150)**

Anmerkung: 1. Nach dem öffentlichen Recht des Kantons Graubünden kann eine Arbeitsvergebung durch das öffentliche Gemeinwesen mit förmlicher Beschwerde (Rekurs) angefochten werden, sofern die Voraussetzungen hiefür erfüllt sind. Das wird im rapportierten Entscheid als selbstverständlich vorausgesetzt. **2.** Der Umstand, dass das Angebot eines Wettbewerbsteilnehmers eine Anforderung verletzt, die der Ausschreiber an die Offerten gestellt hat, macht das betreffende Angebot privatrechtlich zwar nicht unwirksam. Das Angebot kann also, wenn es auch die übrigen Voraussetzungen eines privatrechtlich gültigen Angebotes erfüllt, wirksam angenommen werden. **3.** Von dieser privatrechtlichen Frage der Wirksamkeit zu unterscheiden ist die Frage, ob das submissionswidrige Angebot im Wettbewerb berücksichtigt werden darf. Im vorliegend rapportierten Entscheid des Verwaltungsgerichtes Graubünden wird die Frage richtigerweise verneint. Obwohl der Entscheid der Frage im jeweils konkreten Fall von der anwendbaren Submissionsordnung abhängt, kann doch als genereller Grundsatz festgehalten werden: Die Submissionswidrigkeit rechtfertigt es, den betreffenden Anbieter aus dem Wettbewerb auszuscheiden. **4.** Die Differenz zwischen privatrechtlicher Unwirksamkeit der Offerte und ihrer Nichtberücksichtigung im Wettbewerb versteht sich zwar von selbst. Doch ist sie deshalb hervorzuheben, weil in der Entscheidpraxis der Verwaltungs- oder Verwaltungsgerichtsbehörden immer wieder gesagt wird, submissionswidrige Angebote seien «ungültig» (so auch das Rubrum zum hier rapportierten Entscheid). (pg)

Anfechtung der Vergabe – Keine Legitimation bei submissionswidriger Offerte *(Contestation de l'adjudication – Aucune légitimation lors d'une offre contraire aux règles de la soumission).*

1. Wer eine submissionswidrige Offerte eingereicht hat und deswegen vom weiteren Verfahren ausgeschlossen wurde, ist nicht legitimiert, den Vergabeentscheid anzufechten. Für eine Rekurslegitimation fehlt es hier an einem schutzwürdigen rechtlichen Interesse, da der betreffende Antragsteller von vorneherein nicht mit dem Zuschlag bedacht werden darf. Vielmehr ist er so «zu behandeln wie eine Unternehmung, die sich überhaupt nicht am Wettbewerb beteiligt hat». **2.** Eine derartige Unternehmung «hat allenfalls ein faktisches, aber kein rechtlich geschütztes Interesse, dass der Vergabeentscheid rechtens, d.h. in Beachtung der einschlägigen submissionsrechtlichen Bestimmungen, zustande kommt. Diese Vorschriften dienen, soweit ihnen nicht Ordnungscharakter beigemessen werden muss, öffentlichen Interessen und dem Schutz jener Anbieter, die rechtmässig am Wettbewerb teilnehmen. Das Submissionsrecht kennt indessen keine Vorschrift, die auch Unternehmungen schützte, welche sich überhaupt nicht am Wettbewerb beteiligen». *VGr. GR 21.8.1991; PVG 1991, S. 34 ff., Nr. 11.* **(151)**

Anmerkung: Nach dem öffentlichen Recht des Kantons Graubünden kann die Vergabe öffentlicher Arbeiten mit förmlicher Beschwerde angefochten werden, sofern die Voraussetzungen hiefür erfüllt sind. Das wird im rapportierten Entscheid als selbstverständlich vorausgesetzt. Zu dieser Frage der Anfechtbarkeit im allgemeinen vgl. die Anmerkung zu BR 1991, S. 93, Nr. 146. (pg)

Submission – Vergabekriterien – Bevorzugung bereits eingebauter Produkte *(Soumission – Critères d'adjudication – Préférence donnée à des produits déjà installés).*

1. Nach der anwendbaren Submissionsverordnung erfolgt die Vergebung einer Arbeit an denjenigen Bewerber, der das günstigste Angebot eingereicht hat, welches unter Berücksichtigung insbesondere der fachgerechten und rechtzeitigen Ausführung der Arbeit oder Lieferung den tiefsten Preis aufweist. Bei «annähernd gleich günstigen Angeboten» kann die Vergebungsbehörde auf eine Reihe sekundärer Vergebungskriterien (z.B. Wohnsitz, Prinzip der Abwechslung, Beschäftigung oder Verwendung einheimischer Arbeitskräfte oder Erzeugnisse) abstellen. **2.** Sprechen bei «annähernd gleich günstigen Angeboten» auch die sekundären Vergabekriterien nicht eindeutig für den einen oder andern Anbieter, ist es nicht zu beanstanden, wenn diejenige Firma bevorzugt wird, deren Produkte (hier Liftanlagen) bereits früher für das in Frage stehende Gebäude verwendet wurden. In diesem Rahmen kann auch ohne genaueren Nachweis angenommen werden, «dass ein Preisunterschied durch die Vorteile aus der Beschaffung einer bereits bisher vorhandenen Anlage» kompensiert wird. **3.** Mit dem Erfordernis eines fairen Wettbewerbes wäre es hingegen unvereinbar, an der Submission auch Unternehmer mit andern als bereits eingebauten Geräten teilnehmen zu lassen, und ihnen nachher «selbst dann keine echte Chance auf den Zuschlag» einzuräumen, «wenn sie eindeutig billiger» sind. *RR SZ 23.12.1991; EGV-SZ 1991, S. 203 ff., Nr. 53.* **(152)**

Anmerkung: Die sekundären Vergabekriterien «Wohnsitz» und «Verwendung einheimischer Arbeitskräfte» dürften mit zunehmender Internationalisierung auch des schweizerischen Marktes bald aus dem Repertoire der Vergabepraxis verschwinden. EWR-tauglich jedenfalls sind sie nicht. (pg)

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

Architekturvertrag – Vergütung des Architekten – Bedeutung der SIA-Tarife – OR 394 III *(Contrat d'architecte – Rémunération de l'architecte – Portée des tarifs SIA – CO 394 III).*

1. Haben die Parteien über die Höhe des grundsätzlich geschuldeten Honorars keine Vereinbarung getroffen, so ist in der Lehre streitig, ob es auch diesbezüglich auf eine allenfalls bestehende Übung (OR 394 III) ankommt. Streitig ist ebenfalls, inwieweit einseitige Verbandstarife das für die Anerkennung als Verkehrssitte erforderliche Mass an Üblichkeit erlangen. Diesbezüglich anerkennt das Bundesgericht «die Normen des SIA nicht als regelbildende Übung und stellt bloss darauf ab, wenn die Parteien sie zum Vertragsinhalt erhoben haben» (BGE 107 II 178). **2.** Kommt der Richter zum Schluss, ein «nach allgemeinen Grundsätzen» bestimmtes Honorar entspreche dem Verbandstarif, so kann die Frage offenbleiben, inwieweit dieser im Rahmen von OR 394 III überhaupt als Bemessungsgrundlage heranzuziehen sei. *BGr. (TF) 16. 5. 1991; BGE (ATF) 117 II 282 ff.* **(153)**

Anmerkung: 1. Der rapportierte Entscheid befasst sich zwar mit dem Honorar eines Rechtsanwaltes. Dennoch gehört er auch in den vorliegenden Zusammenhang. Denn erstens stellen sich bei der Festlegung des Architektenhonorars analoge Fragen. Und zweitens wird im Entscheid «nebenbei» bestätigt, dass die SIA-Tarife nicht den Charakter einer Verkehrsübung haben. Das letztere entspricht dem Grundsatz, «dass autonome Tarife von Berufsverbänden, welche einseitig die Interessen einer Vertragspartei wahren, im allgemeinen nicht als Ausdruck der Verkehrsübung gelten können» (BGE 117 II 290). **2.** Zum ganzen Fragenkomplex, auch zu den im Entscheid erwähnten Streitfragen, vgl. BR 1992, S. 36, Anmerkung zu Nr. 67. (pg)

Werkvertrag – Contrat d'entreprise

Qualification juridique du contrat portant sur une étude technique – Offre gratuite ou étude technique? – OR 1, 363 *(Qualifikation eines Vertrages über eine technische Studie – Kostenloses Angebot oder technische Studie? – OR 1, 363).*

1. Sauf convention contraire, l'élaboration d'une offre par un entrepreneur ne donne pas lieu à rémunération, même si elle n'est pas suivie de l'attribution des travaux. L'étude technique est en revanche un ouvrage immatériel qui relève du contrat d'entreprise et doit être rémunérée conformément à l'art. 363 CO. Il incombe à celui qui prétend qu'il a fait une étude technique et non une offre gratuite de le prouver. **2.** Admis en l'espèce que le document établi à l'intention d'un architecte par un bureau technique exploitant simultanément une entreprise d'installations électriques était une offre: le document (issu d'un programme informatique) était expressément intitulé ainsi; il se présentait comme une offre détaillée, avec indication de prix unitaires, sans traçage des installations ni établissement d'un cahier des charges, ce qui aurait été nécessaire pour que l'on se trouve en présence d'une étude technique. *NE TC 2. 122. 91; RJN 1991 p. 52 s.* **(153a)**

Note: 1. Les temps sont durs et chacun tente de se faire rémunérer pour toute activité. Preuve en soit le fait que presque simultanément plusieurs cours cantonales ont à trancher la question de savoir si un document établi par un maître d'état ou un mandataire est une offre (gratuite) ou une étude préalable sujette à rémunération (cf. déjà DC 1982 p. 56 n. 47, 1989 p. 90 n. 107, 1992 p. 37 n. 70). Cette nouvelle décision n'appelle pas de commentaire particulier. On relèvera en particulier le soin mis par les juges à cerner la notion de l'offre: Il faut en effet que ce document serve de base à un contrat que l'autre partie puisse accepter ou refuser; l'établissement de l'offre exige nécessairement une certaine étude et quelques prestations, qui ne suffisent toutefois pas encore à en faire une étude sujette à rémunération, à moins que les parties n'en soient convenues autrement. L'étude doit comprendre des recherches et l'établissement de documents qui pourront effectivement être utiles au maître (ou à son architecte) pour la réalisation de l'ouvrage. **2.** A signaler au passage l'adhésion des juges neuchâtelois à la jurisprudence Dussel (ATF 109 II 34, JdT 1983 I 266, SJ 1983 441, DC. 84 13 n. 1, 84 14 n. 6 et 84 15 n. 7; ATF 109 II 452, JdT 1984 I 470, DC 85 15 s. n. 8); le contrat portant sur l'établissement d'une étude technique est un contrat d'entreprise (CO 363), et non un contrat de mandat. L'affirmation est en fait sans conséquence, car il est douteux que, sur ce point, la solution aurait été différente si l'on s'était trouvé en présence d'un contrat de mandat. (pt)

Werkvertrag mit vereinbarter Suspensivbedingung – Ungültigkeit wegen übermässiger Bindung des Bestellers? –

Auslegung der Vereinbarung – ZGB 27, OR 20 *(Contrat d'entreprise conclu sous condition suspensive – Nullité pour engagement excessif du maître? – Interprétation du contrat – CC 27, CO 20).*

1. Im Fall des BGE 117 II 273 ff. hatten die Parteien (zwei Besteller und ein Unternehmer) den Werkvertrag unter einer aufschiebenden (suspensiven) Bedingung (OR 151) abgeschlossen. Die ungewisse künftige Tatsache (also die Bedingung), von deren Eintritt die Verbindlichkeit des Werkvertrages abhing, bestand darin, dass die Besteller entweder ein geeignetes Grundstück erwerben oder auf einem sonstigen Grundstück bauen würden. Hiezu führt das Bundesgericht unter anderem aus: **2.** Eine Ungültigkeit dieses Vertrages ergibt sich «nicht bereits daraus, dass die Bauverpflichtung ausserhalb der Festpreisgarantie zeitlich nicht limitiert wurde, was allenfalls auf eine übermässige und damit nach Art. 27 ZGB unzulässige Bindung» des Bestellers «schliessen liesse (dazu Gauch, Der Werkvertrag, S. 92 Rz 316)». «Abgesehen davon, dass eine Befristung sich in solchen Fällen bereits aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt (BGE 95 II 527), bewirkt eine Verletzung des zeitlichen Übermassverbots im allgemeinen bloss die Herabsetzung der Bindungsdauer auf das zulässige Mass (BGE 114 II 163 E. c)». **3.** Die Bedingungsabrede bedarf der Auslegung. In concreto führt die Auslegung zum Ergebnis, dass sich die Bedingung nach dem Inhalt der getroffenen Vereinbarung nicht erfüllt, wenn die Besteller zwar ein Baugrundstück erwerben, jedoch verbunden mit einer «Baumeisterverpflichtung», die sie gegenüber dem Verkäufer eingehen müssen. Eine andere Frage ist dann allerdings, ob in einem solchen Fall der Bedingungseintritt treuwidrig verhindert wird (OR 156). Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus dem «Gesamtverhalten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles». Indes kann «von einem unredlichen Verhalten ... nicht bereits gesprochen werden», wenn die Besteller «aus beachtlichen, ausserhalb der Bedingungsvereitelung liegenden Gründen von mehreren Angeboten» dasjenige auswählen, «welches die Erfüllung des bedingten Werkvertrages nicht» erlaubt. *BGr. (TF) 13.6.1991; BGE (ATF) 117 II 273 ff. (S. 275 f./278 ff.)* **(154)**

Anmerkung: 1. Die Ausführungen des Bundesgerichts zur *Ungültigkeit des Vertrages* verdienen zweifellos Zustimmung. Klarzustellen bleibt jedoch ein Zweifaches: **a.** Das Bundesgericht spricht von einer «zeitlichen Limitierung der Bauverpflichtung». Damit nimmt es Bezug auf die mögliche Abrede, dass sich eine vereinbarte Bedingung innerhalb einer bestimmten Frist verwirklichen muss, damit sie nach der getroffenen Vereinbarung als erfüllt gilt (*Gauch/Schluep*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Nr. 4088). An einer solchen Befristung hat es vorliegend gefehlt, was gemeint ist, wenn das Bundesgericht sagt, dass «die Bauverpflichtung.... zeitlich nicht limitiert wurde». **b.** Weiter führt das Bundesgericht aus, dass «eine Befristung sich in solchen Fällen bereits aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt». Das ist missverständlich formuliert, da die Befristung, wenn überhaupt, sich nicht unmittelbar aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herleiten lässt, sondern höchstens aus der nach Treu und Glauben ausgelegten Bedingungsabrede (vgl. auch BGE 95 II 527 f., worauf das Bundesgericht verweist). Enthält die Bedingungsabrede aber eine einschlägige Befristung, so wurde (in der Terminologie des Bundesgerichts) die «Bauverpflichtung zeitlich limitiert», weshalb sich die weitere Frage, ob das «zeitliche Übermassverbot» mangels zeitlicher Limitierung verletzt sei, überhaupt nicht mehr stellt. **2.** Zutreffend ist sicher, dass der Sinn einer Bedingungsabrede (wie der Sinn jeder Vertragsabrede) durch *Auslegung* zu ermitteln ist. Das Bundesgericht gelangt im konkreten Fall zum Ergebnis, dass die Bedingung, unter welcher der Werkvertrag abgeschlossen wurde, nach dem Inhalt der getroffenen Vereinbarung nicht eintritt, wenn die Besteller mit dem Erwerb des Baugrundstückes eine «Baumeisterverpflichtung» gegenüber dem Verkäufer eingehen müssen. Ohne auf die Einzelheiten der vom Bundesgericht (ausführlich) vorgebrachten Argumente einzutreten, darf doch festgestellt werden, dass die Bedingungsabrede restriktiv ausgelegt wurde. Das entspricht dem Grundsatz, wonach im Zweifel die für den Schuldner günstigere Bedeutung vorzuziehen ist (*Jäggi/Gauch*, N 448 zu Art. 18 OR), und rechtfertigt sich gerade auch für Verträge der vorliegenden Art, in denen sich Besteller durch den bedingten Abschluss eines Werkvertrages ins Ungewisse hinein an einen Bauunternehmer binden. (pg)

Garantie pour les défauts – Défauts du terrain – Devoirs d'examen et d'avis de l'entrepreneur – Frais de réfection – Part des frais imputables au maître – «Sowiesokosten»; CO 363, 365 III, 368. *(Mängelhaftung – Mängel des Baugrunds – Prüfungs- und Anzeigepflicht des Unternehmers – Nachbesserungskosten – Sowiesokosten – OR 363, 365 III, 368).*

1. Les aménagements extérieurs d'une villa effectués par un architecte-paysagiste – en particulier la construction d'un mur de soutènement et la mise en place de terre végétale – constituent un ouvrage au sens de l'art. 363 CO; il s'agit donc d'un contrat d'entreprise. **2.** L'entrepreneur a un devoir général de diligence (art. 364 CO), qui se concrétise notamment par le devoir de signaler au maître les défauts du terrain que celui-ci met à disposition (art. 365 al. 3 CO). En l'occurrence, l'architecte-paysagiste était à même, en prêtant l'attention objectivement requise, de se rendre compte de l'instabilité que provoquerait la mise en place du mur et de la terre végétale sur un ancien mur de pierres sèches. **3.** La violation de son devoir par l'entrepreneur l'oblige à assumer la garantie pour les défauts survenus, aux conditions des art. 367ss CO qui absorbent le régime de la responsabilité contractuelle. L'entrepreneur doit en conséquence prendre en charge les frais de réfection, ainsi que la réparation du dommage supplémentaire à moins qu'il ne parvienne à prouver qu'il n'a pas commis de faute; mais cette preuve est ici impossible, car il y a toujours faute dans le fait de violer son devoir de diligence selon les art. 364 al. 1 et 365 al. 3 CO. **4.** L'obligation de l'entrepreneur d'assumer les frais de réfection correspond à son devoir initial de livrer un ouvrage exempt de défaut; le maître doit se retrouver dans la situation qui aurait été la sienne si l'ouvrage avait d'emblée été exécuté de façon impeccable. **5.** Il en découle que le maître doit prendre à sa charge le coût d'exécution des travaux dans la mesure où une livraison d'emblée exempte de défauts aurait entraîné une dette de prix plus élevée, notamment pour les frais qu'il aurait dû de toute façon engager («Sowiesokosten»); application au cas d'espèce. *VS TC, 1.1.1991; RVJ/ZWR 1991 p. 250–254.* **(155)**

Note: L'arrêt, qui ne peut être qu'approuvé, présente surtout un intérêt en raison des dernières remarques touchant les frais de la réfection. Celle-ci avait été confiée d'entente entre les parties à une entreprise tierce, qui avait facturé de ce chef un montant de Frs 60359.70 afférant en particulier à la construction d'un mouveau mur. Or, certains des postes de cette facture correspondent à des frais que le maître aurait dû de toute façon engager si l'entrepreneur l'avait d'emblée averti du risque que comportait l'accumulation des matériaux sur l'ancien mur. Ces coûts ne peuvent être facturés à l'entrepreneur, qui prendrait sinon en charge une partie de la construction de l'ouvrage (et non de sa réparation) (sur ces questions, cf. surtout *Gauch*, Werkvertrag, n. 1215, 1224, 1226, 1227). Le Tribunal arrive à la conclusion que ces travaux, en particulier la construction d'un mur supplémentaire, auraient coûté à eux seuls Frs 38200. Comme ils ont toutefois été exécutés ultérieurement et dans des conditions moins favorables, le Tribunal admet une réduction de ce poste de 15%, qui ramène le montant des coûts indispensables à Frs 32470. C'est là le prix que le maître aurait payé s'il avait d'emblée commandé les travaux nécessaires. Le montant des frais de réfection que l'entrepreneur doit prendre à sa charge à titre de garantie pour les défauts se monte donc à Frs 60359.70 (facture totale de l'entreprise qui a fait les travaux) moins Frs 32470 (part à supporter par le maître), soit Frs

27 889.70. Constatant que l'entrepreneur avait déjà payé (par son assurance responsabilité civile) une somme supérieure (!), le Tribunal a rejeté l'action du maître. D'où l'on déduit que ce type de raisonnement n'est pas toujours suffisamment connu en pratique... (pt)

Mängelhaftung – Mangelhafte Dachkonstruktion (Umkehrdach) – Abmahnungspflicht des Unternehmers? – OR 368, 369 *(Garantie pour les défauts – Construction défectueuse d'un toit – Devoir d'avis de l'entrepreneur? – CO 368, 369).*

1. Der im vorliegenden Prozess geltend gemachte Mangel liegt in der Wahl einer heute nicht mehr gebräuchlichen, schadensanfälligen und risikobehafteten Dachkonstruktion (Steildachkonstruktion mit Umkehrdach). Die Konstruktionsidee stammte vom Architekten des Bauherrn, der dem Handwerker auch die Konstruktionsanweisungen erteilt hatte. Die Konstruktion entspricht dem «Stand der Erkenntnisse» zur Zeit der Bauausführung. **2.** Für Fehler einer Konstruktion, deren Idee der Besteller oder in seiner Vertretung der bauleitende Architekt geliefert hat, trifft den Unternehmer in der Regel keine Gewährleistungspflicht. Das gilt insbesondere dann, wenn der Besteller oder dessen Vertreter gegenüber dem Unternehmer als Sachverständiger, wie z.B. als Architekt, Ingenieur oder dergleichen aufgetreten ist. In solchen Fällen ist der Unternehmer auch ohne besondere Abmahnung im Sinne von OR 369 von der Mängelhaftung befreit, es sei denn, er habe die Fehlerhaftigkeit der Weisung, resp. des Konstruktionsplanes erkannt oder erkennen müssen. **3.** Im konkreten Fall hat der Handwerker die Fehlerhaftigkeit der auszuführenden Dachkonstruktion weder erkannt noch erkennen müssen. Am letzteren ändert auch der Umstand nichts, dass die Problematik der Umkehrdächer schon zwei Jahre vor der Bauausführung an einer EMPA/SIA-Studientagung an der ETH Zürich diskutiert und anschliessend in einer SIA-Dokumentation veröffentlicht worden war. Von einem Handwerker nämlich kann nicht verlangt werden, dass er über die neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse im konstruktiven und bauphysikalischen Bereich seines Faches Kenntnis erlangt, bevor diese in einem für ihn zugänglichen Organ öffentlich gemacht werden, was in concreto erst mit der nachträglichen Veröffentlichung der SIA-Norm 238 geschah. Unter diesen Umständen war der Handwerker nicht zur Abmahnung des Bauherrn verpflichtet. *KGr. SZ 15.1.1991; EGV-SZ 1991, S. 136 ff., Nr. 31.* **(156)**

Anmerkung: 1. Das gesetzliche Erfordernis der Abmahnung, das OR 369 für die vollständige Haftungsbefreiung des Unternehmers infolge fehlerhafter Weisungen enthält, gilt nicht absolut. Werden die Weisungen (wie z.B. im vorliegenden Fall) sachverständig erteilt, so wird der Unternehmer von seiner Haftung auch ohne Abmahnung befreit, es sei denn, er habe die Fehlerhaftigkeit der Weisung erkannt oder erkennen müssen (BGE 116 II 456 = BR 1991, S. 97, Nr. 154; 116 II 309 = BR 1991, S. 44, Nr. 66; *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 1388 ff.). **2.** Insofern verdient der rapportierte Entscheid des Kantonsgerichtes Schwyz Zustimmung. Richtig ist aber auch, dass von einem Handwerker unter den gegebenen Umständen nicht erwartet werden konnte, dass er die «Fehlerhaftigkeit der Weisung, resp. des Konstruktionsplanes» erkenne. Weder war die «Fehlerhaftigkeit» mit dem von einem Handwerker zu erwartenden Sachverstand ohne weiteres erkennbar, noch traf den Handwerker eine Nachprüfungspflicht, sofern sich aus den konkreten Verhältnissen nichts Gegenteiliges ergab (*Gauch*, a.a.O., Nr. 1408). **3.** Etwas anderes lässt sich in der Tat auch nicht aus dem Umstand ableiten, dass die Problematik der Umkehrdächer an einer wissenschaftlichen Fachtagung diskutiert worden war. Wenn schon, so hätte der Architekt sich um diese Diskussion kümmern müssen, nicht aber der Handwerker, der nicht zum Kreis der Angesprochenen gehörte. Dasselbe gilt für die Veröffentlichung der Tagungsergebnisse in einer SIA-Dokumentation, die wiederum nicht an Handwerker gerichtet war. **4.** Der zustimmende Kommentar (Ziff. 2 und 3) beruht auf der Annahme, dass die Dacharbeiten durch einen Handwerker im landläufigen Sinne ausgeführt wurden. Wäre der damit betraute Unternehmer eine Spezialfirma mit überschiessendem Sachverstand gewesen, und zwar gerade auch hinsichtlich der fehlerhaften Weisung, so müsste die Haftungsfrage neu überlegt werden (vgl. auch BGE 116 II 457). (pg)

Mängelhaftung – Stoffbedingte Mängel – Verjährung – OR 365 I, 371 *(Garantie pour les défauts – Défauts provenant des matériaux – Prescription – CO 365 I, 371).*

1. Ergeben sich Werkmängel aus dem vom Unternehmer gelieferten Stoff, so verjährt die Mängelhaftung des Unternehmers nach Werkvertragsrecht (OR 371), nicht nach Kaufvertragsrecht (OR 210 I). Betrifft der Mangel ein «unbewegliches Bauwerk», so gilt demzufolge die fünfjährige Verjährungsfrist des Art. 371 Abs. 2, nicht die einjährige Frist des Art. 210 Abs. 1 OR. **2.** Aus der Bestimmung des Art. 365 Abs. 1 OR lässt sich nichts anderes ableiten, wenn man die Entstehungsgeschichte der Vorschrift berücksichtigt und insbesondere auf ihren Sinn und Zweck abstellt. *BGr. (TF) 12.9.1991; BGE (ATF) 117 II 425 ff. (S. 428 f.).* **(157)**

Anmerkung: 1. Der Entscheid ist richtig. Er stellt höchstrichterlich klar, was die bis anhin herrschende Lehrmeinung verneint: Auch für Werkmängel, die ihre Ursache in einem Mangel des vom Unternehmer gelieferten Stoffes haben, haftet der Unternehmer nach den Regeln des Werkvertragsrechts (*Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl. Nr. 1002 ff.). **2.** Nach OR 365 I hat zwar der Unternehmer für den von ihm gelieferten Stoff «Gewähr zu leisten wie ein Verkäufer». Dieser Satzteil bezieht sich jedoch allein auf die Rechtsgewähr (OR 192 ff.), deren Voraussetzungen sich überdies nur höchst selten verwirklichen (*Gauch*, a.a.O., Nr. 993). (pg)

Mängelhaftung – Geheime Mängel – Rügefrist – OR 370 III *(Garantie pour les défauts – Défauts cachés – Délai de réclamation – CO 370 III).*

1. Geheime Mängel im Sinne von OR 370 III «müssen dem Unternehmer sofort nach ihrer Entdeckung angezeigt werden, ansonst das Werk auch insoweit als genehmigt gilt. Entdeckt ist ein Mangel mit dessen zweifelsfreier Feststellung (BGE 107 II 175 E. 1a). Die Rügefrist wird daher weder durch die objektive Erkennbarkeit des Mangels in Gang gesetzt, noch durch die Feststellung der ersten Mängelspuren, sofern der Besteller nach Treu und Glauben davon ausgehen darf, es handle sich bloss um übliche Erscheinungen, die keine Abweichung vom Vertrag darstellten, wie das insbesondere für ‹wachsende› Mauerrisse zutreffen kann.» **2.** Das Wissen eines aussenstehenden Dritten darf dem Besteller nicht zugerechnet werden. Falls also ein aussenstehender Dritter einen Mangel erkennt, so heisst das (unter Vorbehalt einer entsprechenden Mitteilung) noch nicht, dass auch der Besteller ihn entdeckt hat. *BGr. (TF) 12.9.1991; BGE (ATF) 117 II 425 ff. (S. 427 f.).* **(158)**

Anmerkung: 1. Diese Entscheidstelle bezieht sich auf die Rechtslage nach Gesetz, die sie korrekt wiedergibt. Präzisierend beizufügen ist, dass die «zweifelsfreie Feststellung» eines Mangels nicht nur voraussetzt, dass der Besteller den vertragswidrigen *Zustand* des Werkes (z.B. einen Mauerriss) kennt; vielmehr muss er ausserdem wissen, dass dieser Zustand *vertragswidrig* ist (*Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 1573). **2.** Von der gesetzlichen Rechtslage zu unterscheiden ist die Rügeordnung der SIA-Norm 118 (Art. 163 und 172–179), die den Bauherrn besser stellt. Die Grundsätze der zitierten Entscheidstelle gelten sinngemäss aber auch für die Regel der SIA-Norm 118, wonach «verdeckte Mängel.... sofort nach der Entdeckung» zu rügen sind (Art. 179 II). Doch sind «verdeckte Mängel» im Sinne der SIA-

Norm 118 nicht identisch mit den «geheimen Mängeln» nach Massgabe des Gesetzes. Vielmehr handelt es sich um Mängel, die der Bauherr erst nach Ablauf der Garantiefrist (Art. 172) entdeckt (Art. 179 I). (pg)

Mängelhaftung – Sinngemässe Anwendung von OR 200? *(Garantie pour les défauts – Application par analogie de CO 200?).*

1. «Gemäss Art. 200 OR haftet der Verkäufer nicht für Mängel, welche der Käufer zur Zeit des Kaufes gekannt hat (Abs. 1). Für Mängel, welche der Käufer bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen, haftet der Verkäufer nur dann, wenn er deren Nichtvorhandensein zugesichert hat (Abs. 2). Massgeblicher Zeitpunkt für die Kenntnis und das Kennensollen ist der Vertragsabschluss.» **2.** Die für den Kaufvertrag geltende Vorschrift des Art. 200 OR darf nicht durch analoge Anwendung ins Werkvertragsrecht übertragen werden. Dass nämlich «der Besteller einen Mangel des Werkes bereits bei Vertragsabschluss kennt, ist begrifflich ausgeschlossen; denn das Werk ist in diesem Zeitpunkt vom Unternehmer noch gar nicht hergestellt. Selbst wenn der Unternehmer schon vorher mit der Herstellung des Werkes begonnen hat, kann der Besteller nicht bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Kenntnis von einem Mangel haben. Vom Vorliegen eines Mangels kann vielmehr erst gesprochen werden, wenn das Werk abgeliefert ist. Bis dahin dauert die Herstellung noch an und wird das Werk auch vom Unternehmer selbst als noch unvollendet betrachtet». *BGr. (TF) 9.7.1991; BGE (ATF) 117 II 259 ff. (S. 262 f.).* Zu BGE 117 II 259 ff. vgl. auch Nr. 160, 161, 162, 166. **(159)**

Anmerkung: 1. Gewiss ist es richtig, dass ein Werk, mit dessen Ausführung der Unternehmer bei Abschluss des Werkvertrages noch nicht begonnen hat, noch keine Mängel aufweisen kann. Insofern fällt eine sinngemässe Anwendung des Art. 200 OR ausser Betracht. **2.** Umgekehrt aber ist möglich, dass dem Werk bereits während der Ausführung der Arbeiten eine Eigenschaft fehlt, die es in diesem Zeitpunkt haben müsste, damit das zu vollendende Werk bei seiner spätern Ablieferung mängelfrei ist (*Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 610). Das Fehlen einer solchen Eigenschaft mag (im Unterschied zum Werkmangel, der dem vollendeten Werk bei seiner Ablieferung anhaftet) als «antizipierter Mangel» bezeichnet werden. Auf diesen antizipierten Mangel nimmt z.B. OR 366 II Bezug, indem er dem Besteller bei gegebenen Voraussetzungen gestattet, das unvollendete Werk auf Kosten des Unternehmers verbessern (einen bestehenden Mangel also beseitigen) zu lassen. Ausserdem anerkennt auch das Bundesgericht, dass den Unternehmer bei vorzeitiger Auflösung des Werkvertrages eine Mängelhaftung treffen kann (BGE 116 II 453 = BR 1991, S. 97, Nr. 156), was wiederum das Vorliegen eines antizipierten Mangels voraussetzt. **3.** Im Zusammenhang mit OR 200 I ist das Gesagte bedeutsam, wenn der Unternehmer im Zeitpunkt, da der Werkvertrag abgeschlossen wird, mit der Ausführung der Arbeiten (z.B. mit der Erstellung eines Hauses) bereits begonnen hat. Weiss der Besteller bei Abschluss des Werkvertrages, dass die bereits ausgeführten Arbeiten an einem antizipierten Mangel leiden, so stellt sich die Frage, ob er sich bei oder nach der späteren Ablieferung des vollendeten Werkes dennoch auf den entsprechenden Werkmangel berufen kann, um seine Mängelrechte geltend zu machen. **4.** Diese Frage ist nicht mit begrifflichen Argumenten, sondern wertend zu entscheiden. Danach wird der Unternehmer von seiner Mängelhaftung dann (aber nur dann) befreit, wenn der Besteller, wie es dem Zweckgedanken des Art. 200 I OR entspricht, keinen Schutz verdient, weil er den betreffenden Werkmangel stillschweigend in Kauf genommen hat. Das jedoch trifft nur selten zu, weil der Besteller sich in guten Treuen (und auch ohne speziellen Vorbehalt) darauf verlassen darf, dass der Unternehmer den antizipierten Mangel beseitigen wird, um in Erfüllung der übernommenen Vertragspflicht ein mängelfreies Werk herzustellen und abzuliefern. Anders wäre zu entscheiden, wenn der Besteller bei Abschluss des Werkvertrages zugleich wusste, dass es im damaligen Stadium der Werkausführung ausgeschlossen war, den antizipierten Mangel ohne Neubeginn der bereits ausgeführten (und erheblich fortgeschrittenen) Arbeiten zu beheben. **5.** Die soeben umschriebene Rechtslage lässt sich durchaus mit einer analogen Anwendung des Art. 200 I OR begründen, wenn man den Analogieschluss nach teleologischen Kriterien vollzieht. Der Satz des Bundesgerichts, wonach sich «die für den Kaufvertrag geltende Vorschrift von Art. 200 OR... nicht durch analoge Anwendung ins Werkvertragsrecht übertragen» lässt, geht daher zu weit. Immerhin enthält er aber den zutreffenden Hinweis, dass eine unkritische (gewissermassen «mechanische») Übertragung des Art. 200 I OR auf werkvertragsrechtliche Verhältnisse abzulehnen ist. **6.** Dasselbe gilt für Art. 200 II OR, falls der Besteller im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einen antizipierten Mangel «bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt hätte erkennen sollen». Eine sinngemässe Anwendung dieser Bestimmung kommt nur (aber immerhin) dann in Betracht, wenn der Besteller zugleich hätte erkennen sollen, dass eine Beseitigung des antizipierten Mangels ohne Neubeginn der (erheblich fortgeschrittenen) Arbeiten ausgeschlossen war. Ausserdem wird schon für die unmittelbare (kaufrechtliche) Anwendung des Art. 200 II OR eine grobfahrlässige Unkenntnis des Erwerbers verlangt (vgl. *Giger*, N 11 ff. zu Art. 200 OR), was zwar über den Wortlaut dieser Bestimmung hinausgeht, aber zutreffend und auch im vorliegenden (werkvertragsrechtlichen) Zusammenhang zu beachten ist. Hat schliesslich der Unternehmer das Nichtvorhandensein des entsprechenden Werkmangels zugesichert oder den antizipierten Mangel arglistig verschwiegen, so wird er von seiner Haftung ohnehin nicht befreit (vgl. OR 200 II und, was die arglistige Verschweigung angeht, *Giger*, N 26 zu Art. 200 OR). (pg)

Grundstück-/Bauwerkvertrag – Gemischtes Vertragsverhältnis – Vertragsabschluss – Formzwang – OR 116 I *(Contrat de vente immobilière/Contrat d'entreprise – Contrat mixte – Conclusion du contrat – Exigence de forme – CO 116 I).*

«Der für den Grundstückkauf geltende Formzwang erstreckt sich bloss auf Abmachungen im Rahmen des Kaufvertrages, nicht aber auf sonstige Übereinkünfte, selbst wenn für die Parteien der Bestand der einen Abrede condicio sine qua non für die Zustimmung zur zweiten darstellt (BGE 113 II 404 mit Hinweisen). Auch bei einem gemischten Vertragsverhältnis unterstehen daher die werkvertraglichen Abreden nicht der Formpflicht, wenn sie ein selbständiges Leistungspaar bilden (BGE 107 II 215 f. E. 4). Das setzt jedoch voraus, dass für den Erwerb des unüberbauten Grundstückes und die Erstellung des Bauwerkes getrennte Vergütungen festgesetzt werden.» *BGr. (TF) 9.7.1991; BGE (ATF) 117 II 259 ff. (S. 264 f.).* Zu BGE 117 II 259 ff. vgl. auch Nr. 159, 161, 162, 166. **(160)**

Anmerkung: 1. Diese Entscheidstelle ist schon deshalb bedeutsam, weil die darin behandelte Formfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts (z.B. BGE 107 II 215 f. = BR 1982, S. 57, Nr. 49) nicht eindeutig beantwortet wurde (vgl. *Brückner*, ZBGR 64, 1983, S. 76). Die jetzt erfolgte Klarstellung ist in der Sache richtig (vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 302 f.; *Leuenberger*, in: Koller, Der Grundstückkauf, St. Gallen, 1989, S. 83 f.). **2.** Ein Teil der Lehre und der bisherigen Rechtsprechung stellt sich allerdings auf den abweichenden Standpunkt, dass sich der Formzwang des Grundstückkaufes bei gemischtem Vertragsverhältnis *immer* auch auf den beigemischten Werkvertragsteil bezieht (so z.B. *Meier-Hayoz*, N 89 zu Art. 657 ZGB; *Merz*, Vertrag und Vertragsschluss, 1. Auflage, Freiburg 1988, S. 172 ff.; LGVE 1981, I, Nr. 23, S. 43 f. = BR 1982, S. 56, Nr. 48). Diese Auffassung lässt sich weder mit dem Zweck der Formvorschrift begründen, noch wird sie den Erfordernissen der Praxis gerecht. Vielmehr führt sie namentlich dann zu unnötigen Inkonvenienzen, wenn das kantonale Recht (ZGB SchlT 55) für die Errichtung der öffentlichen Urkunde verlangt, dass den anwesenden Parteien der gesamte Urkundeninhalt durch die Urkundsperson vorgelesen wird. **3.** Nach richtiger (und vom Bundesgericht jetzt bestätigter) Auffassung erstreckt sich der Formzwang nur dann auf den beigemischten Werkvertrag, wenn für das Grundstück und die Werkleistung zusammen eine einzige Gesamtvergütung (ein Gesamtpreis) vereinbart wird. **4.** Wird die Formvorschrift verletzt, so ist der gesamte Mischvertrag unverbindlich. Das gilt auch dann, wenn die werkvertraglichen Abreden nicht unter die Formvorschrift des Grundstückkaufvertrages fallen. Mit der Formungültigkeit des Grundstückkaufes entfällt auch hier die Verbindlichkeit des beigemischten Werkvertrages (vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 302 a.E.; *Gautschi*, N 17c zu Art. 363 OR). (pg)

Grundstück-/Bauwerkvertrag – Gemischtes Vertragsverhältnis – Werkvertragliche Mängelhaftung bei mangelhaften Bauleistungen *(Contrat de vente immobilière/Contrat d'entreprise – Contrat mixte – Garantie pour les défauts en cas de mauvaise exécution de l'ouvrage).*

«Beim gemischten Grundstück-/Werkvertrag» unterstellt die neuere Lehre «die Pflicht zur Herstellung bzw. Vollendung der Neubaute auf dem Kaufgrundstück den werkvertraglichen und nicht den kaufrechtlichen Regeln über die Mängelhaftung (Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl., S. 56 Rz 193; Schumacher, Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Koller, Der Grundstückkauf, S. 246 Rz 631)». *BGr. (TF) 9.7.1991; BGE 117 II 259 ff. (S. 267).* Zu BGE 117 II 259 ff. vgl. auch Nr. 159, 160, 162, 166. **(161)**

Anmerkung: 1. Diese Entscheidstelle bezieht sich auf den Fall, da sich der Verkäufer in einem aus Kauf- und Werkvertrag gemischten Vertragsverhältnis gegenüber dem Erwerber verpflichtet hat, auf dem verkauften Grundstück ein Gebäude zu errichten oder fertigzustellen. Zutreffend verweist das Bundesgericht auf die neuere Lehre, wonach hier die Pflicht des Verkäufers zur «Herstellung bzw. Vollendung der Neubaute» den Regeln der *werkvertraglichen* Mängelhaftung untersteht. Um Missverständnisse zu vermeiden, muss dieser Hinweis jedoch präzisiert werden, und zwar wie folgt: **2.** Liegt ein aus Kauf- und Bauwerkvertrag gemischtes Vertragsverhältnis vor, so ist es richtig, die Mängelhaftung für das Gebäude *insgesamt* dem Werkvertragsrecht zu unterstellen, also auch insoweit, als es bei Vertragsabschluss bereits bestanden hat (BGE 118 II 144; *Gauch*, a.a.O., Nr. 193; Schumacher, a.a.O., S. 246). Diese gesamtheitliche Lösung, die namentlich mit Bezug auf das Nachbesserungsrecht (OR 368 II) und den Beginn der Verjährung (OR 371) bedeutsam ist, entspricht auch der überwiegenden Rechtsprechung in Deutschland (z.B. BGHZ 74, S. 206; 60, S. 364; BGH BauR 1982, S. 493 ff.; *Hochstein*, in: FS Locher, Düsseldorf 1990, S. 77 ff.). Sie rechtfertigt sich für die Schweiz aus der Überlegung heraus, dass eine nach Werkvertrags- und Kaufrecht differenzierte Mängelhaftung für ein und dasselbe Gebäude zu unpraktikablen Ergebnissen führen müsste (vgl. *Schumacher*, a.a.O., S. 246; *Medicus*, Kaufvertrag und Werkvertrag, JuS 1992, S. 276). Das gilt sogar für den abnormalen Fall, da der abgeschlossene Mischvertrag zunächst an einem Formmangel leidet, weil der Kauf des Grundstückes erst öffentlich beurkundet wird (Art. 216 OR), nachdem die vom Unternehmer versprochenen Bauleistungen bereits ausgeführt sind (vgl. Anmerkung Ziff. 3 zu der in Nr. 162 zitierten Entscheidstelle). **3.** Für die Schweiz *abzulehnen* ist dagegen die Praxis deutscher Gerichte (z.B. BGHZ 101, S. 352; BGH ZfBR 1990, S. 276; BGH BauR 1986, S. 345), selbst dann auf die werkvertragliche Mängelhaftung zu greifen, wenn ein schlichter Kaufvertrag über ein bereits fertiges, jedoch neuerstelltes oder erheblich umgebautes Gebäude abgeschlossen wird (dazu auch *Hochstein*, a.a.O.). Bei dieser Fallgestaltung ist jedenfalls für die Schweiz kein Grund ersichtlich, dem anwendbaren Kaufvertragsrecht werkvertragliche Haftungsbestimmungen beizumischen. Das gilt umso mehr, als nach schweizerischem Obligationenrecht die Pflicht zur Gewährleistung für die Mängel eines Gebäudes (analog zu Art. 371 Abs. 2 OR) erst in fünf Jahren verjähren, während das deutsche BGB die Verjährungsfrist beim Kauf eines Grundstückes (§ 477 Abs. 1 BGB) abweichend von der fünf Jahre betragenden Frist bei der Herstellung eines Gebäudes (§ 638 Abs. 1 BGB) mit nur einem Jahr bemisst. Die unterschiedliche Verjährungslage nach BGB mag ein ausschlaggebender Grund für die deutsche Praxis sein, die sich sogar auf neuerstellte Gebäude erstreckt, welche bei Vertragsabschluss schon über eine gewisse Zeit hin in Gebrauch waren (vgl. BGH BauR 1986, S. 345). (pg)

Grundstück-/Bauwerkvertrag – Mögliche Vertragsgestaltungen – Werkvertragliche Mängelhaftung bei mangelhaften Bauleistungen *(Contrat de vente immobilière/Contrat d'entreprise – Formes de contrat possibles – Garantie pour les défauts en cas de mauvaise exécution de l'ouvrage).*

1. Im Fall des BGE 117 II 259 ff. hatte der Besteller (Markus W.) zunächst einen so bezeichneten «Kaufvertrag» über den Erwerb eines damals erst projektierten Einfamilienhauses abgeschlossen, worin der Unternehmer (Generalunternehmer) die Errichtung des Hauses zu einem Pauschalpreis von Fr. 510 000.- (inkl. Landpreis) übernahm. Von einer öffentlichen Beurkundung des Grundstückkaufes wurde vorerst abgesehen. Später aber, als das Haus vollendet und bereits bezogen war, schlossen der Besteller und seine Ehefrau (Brigitte W.) mit dem Unternehmer einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über den Erwerb des Grundstückes, und zwar zum Preis von Fr. 520 000.- (inkl. Nachtragsarbeiten). Bezogen auf diesen Fall führt das Bundesgericht aus: **2.** Ist der Unternehmer Eigentümer des Baugrundstückes, auf dem er für den Besteller ein Gebäude zu errichten hat, so gibt es drei Möglichkeiten der vertraglichen Gestaltung: a. Vereinbarung von zwei getrennten Verträgen (je ein Werk- und ein Kaufvertrag), b. Abschluss eines gemischten Vertrages, c. Kaufvertrag über eine künftige Sache. **3.** Die Mängelhaftung des Unternehmers für das von ihm errichtete Bauwerk untersteht im vorliegenden Fall den Bestimmungen des Werkvertragsrechts, woran auch der Umstand nichts ändert, dass die öffentliche Beurkundung des Kaufvertrages erst nach Vollendung des Bauwerkes vorgenommen wurde. **4.** Bleiben aber die Bauleistungen des Unternehmers der werkvertraglichen Mängelhaftung unterstellt, so gelangt OR 200 nicht zur Anwendung, obwohl das vom Unternehmer errichtete Gebäude im Zeitpunkt der öffentlichen Beurkundung bereits vollendet war. *BGr. (TF) 9.7.1991; BGE (ATF) 117 II 259 ff. Zu BGE 117 II 259 ff.* vgl. auch Nr. 159, 160, 161, 166. **(162)**

Anmerkung: 1. Zu Recht kommt das Bundesgericht im geschilderten Fall zum Ergebnis, dass die Mängelhaftung des Unternehmers für die auf dem verkauften Grundstück ausgeführten Arbeiten den Regeln des Werkvertrages (OR 367 ff.) untersteht. Zur rechtlichen Stützung des Ergebnisses nimmt das Gericht unter anderem an, die Parteien hätten zunächst (mit der ersten Vereinbarung) einen selbständigen (und deshalb formgültigen) Werkvertrag und erst später, mit der öffentlichen Beurkundung, einen (vom Werkvertrag getrennten) Kaufvertrag über das Grundstück abgeschlossen. **2.** Das allerdings scheint eine ergebnisorientierte «Konstruktion» zu sein, die sich mit dem Sachverhalt, wie er im Urteil geschildert wird, nur schwer in Einklang bringen lässt. Im Gegenteil deutet fast alles darauf hin, dass die Parteien mit der ersten Vereinbarung einen aus Kauf- und Werkvertrag gemischten Innominatkontrakt abgeschlossen haben. Denn schon damals waren die Parteien sich darüber einig, dass das Grundstück (spätestens) nach Ausführung der vereinbarten Bauarbeiten in das Eigentum des Bestellers übertragen werden sollte. Das entsprach dem Zweck der Vereinbarung und fand seinen Ausdruck nicht nur in der Bezeichnung «Kaufvertrag», sondern auch darin, dass die erste Vereinbarung bereits alle notwendigen Angaben zum Kaufvertrag enthielt (S. 266 oben) und die vereinbarte Pauschalvergütung den Landpreis einschloss (S. 260). Das Bundesgericht selber hält im übrigen fest, dass «das Ziel des Werkvertrages ... erst mit der Eigentumsübertragung am Grundstück erreicht» wurde (S. 266 unten), was erneut bestätigt, dass sich der Vertragswille der Parteien schon bei der ersten Vereinbarung auch auf diese kaufrechtliche Eigentumsübertragung gerichtet hatte. **3.** Wie dem auch immer sei – jedenfalls ist die «Konstruktion» getrennter (je selbständiger) Verträge überflüssig, um das Werkvertragsrecht ins Spiel zu bringen. Denn auch bei einem aus Kauf- und Werkvertrag gemischten Vertragsverhältnis unterstehen die Bauleistungen des Unternehmers der werkvertraglichen Mängelhaftung, nicht der Gewährleistung nach Kaufvertragsrecht. Das gilt auch für den Fall, da der ursprünglich abgeschlossene Mischvertrag (unter Einschluss des Werkvertragsteils) zunächst unverbindlich ist, weil die öffentliche Beurkundung des Grundstückkaufes erst nach Vollendung der Bauarbeiten vollzogen wird (vgl. Anmerkung Ziff. 2 zu der in Nr. 161 zitierten Entscheidstelle). Die Frage nämlich, ob der Unternehmer für die Mängel der tatsächlich ausgeführten Bauleistungen bei «nachgeholter» Beurkundung des Grundstückkaufs nach Werkvertrags- oder nach Kaufrecht haftet, ist nach sachlichen Gesichtspunkten zu beurteilen, nicht unter dem Gesichtspunkt der Formvorschrift, die von ihrem Zweck her keinen Einfluss auf den Entscheid dieser Frage hat. Mit dem Zweck der Formvorschrift wäre es ausserdem unvereinbar, wollte man einer Partei des Mischvertrages die Berufung auf die Unverbindlichkeit des Werkvertrages auch dann noch erlauben, wenn der Werkvertrag vollzogen und die öffent-

liche Beurkundung des Kaufvertrages nachgeholt ist. **4.** Eine vom Bundesgericht nicht näher erörterte Besonderheit des konkreten Falles besteht darin, dass die Ehefrau des ursprünglichen Bestellers erst im nachträglich beurkundeten Kaufvertrag als (zusätzliche) Vertragspartei aufgetreten ist. Das wirft die Frage auf, ob sich die Mängelhaftung des Unternehmers für das im Zeitpunkt der Beurkundung bereits vollendete Bauwerk auch ihr gegenüber nach den Regeln des Werkvertrages beurteilt. Das Bundesgericht bejaht diese Frage implizite, was bei Annahme eines gemischten Vertragsverhältnisses erklärbar ist, weil hier angenommen werden darf, nach dem Willen der Parteien habe die Ehefrau in dem aus Kauf- und Werkvertrag gemischten Verhältnis die gleiche Rechtsstellung übernommen wie ihr Ehemann (vgl. *Gauch/Schluep*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1991, N 3676). Nach der «Konstruktion» des Bundesgerichts dagegen handelt es sich beim Werk- und Kaufvertrag um zwei getrennte (je selbständige) Verträge (Ziff. 1). Bei dieser Betrachtung dürfte es schwieriger zu begründen sein, weshalb sich die Ehefrau auf Werkvertragsrecht berufen kann, obwohl sie ausschliesslich an dem vom Werkvertrag getrennten Kaufvertrag beteiligt war. **5.** Schliesslich stellt sich die Frage, ob die werkvertragliche Haftung des Unternehmers entfallen ist, soweit seinen Vertragspartnern ein Mangel des ausgeführten Werkes bekannt war, als der Kaufvertrag öffentlich beurkundet wurde. Sicher trifft dies dann zu, wenn die betreffenden Vertragspartner (ursprünglicher Besteller und Ehefrau) auf ihre diesbezüglichen Haftungsansprüche ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet haben (S. 269). Art. 200 I OR hingegen bietet im vorliegenden Zusammenhang keine Handhabe, um den Unternehmer von seiner Haftung zu befreien. Der Grund hiefür liegt schon im Umstand, dass der hier behandelte Sachverhalt vom Tatbestand des Art. 200 I OR auch unter Wertungsgesichtspunkten zu verschieden ist, als dass sich eine sinngemässe Anwendung des Art. 200 I OR rechtfertigen würde. Das Bundesgericht kommt zum gleichen Ergebnis, begründet es aber mit dem Satz, dass sich Art. 200 OR überhaupt nicht ins Werkvertragsrecht übertragen lasse (vgl. S. 263/267 unten), was in dieser allgemeinen Formulierung zu weit geht (vgl. die Anmerkung zu der in Nr. 159 zitierten Entscheidstelle). **6.** «Summa summarum» kann somit festgehalten werden, dass der Entscheid des Bundesgerichts, soweit er rapportiert wurde, vom Ergebnis her richtig, die richterliche Begründung des Ergebnisses aber zumindest diskutabel ist. (pg)

Rücktrittsrecht des Bestellers nach OR 377 – Rücktritt bei suspensiv bedingtem Werkvertrag *(Droit à la résolution du contrat selon CO 377 – Droit à la résolution du contrat d'entreprise conclu sous condition suspensive).*

1. «Solange das Werk unvollendet ist, kann der Besteller gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers jederzeit vom Vertrag zurücktreten (Art. 377). Dieses Rücktrittsrecht, welches seinem Wesen nach ein ex nunc wirkendes Kündigungsrecht ist, steht dem Besteller jederzeit zu, solange das Werk nicht vollendet ist, «mithin auch bereits vor Inangriffnahme der Arbeiten durch den Unternehmer und selbst bei bloss vorvertraglicher Bindung». Somit steht das Rücktrittsrecht des Art. 377 OR auch einem Besteller zu, der an einen suspensiv bedingten Werkvertrag gebunden ist. **2.** «Wie der Ersatzanspruch des Gläubigers nach OR 97 ff. entsteht auch derjenige nach Art. 377 OR aus der ursprünglichen, bisher auf Erfüllung gerichteten Vertragsforderung und gilt als deren Fortsetzung. Dies bedeutet, dass die Ersatzforderung nur und in demselben Zeitpunkt fällig wird, in welchem bei ordnungsgemässer Vertragsabwicklung die Erfüllung hätte verlangt werden können (von Tuhr/Escher, Allgem. Teil des Schweiz. OR, S. 104).» Wird ein suspensiv bedingter Werkvertrag nach OR 377 aufgelöst, ist demzufolge der Besteller nur dann zur Schadloshaltung des Unternehmers verpflichtet, wenn bei «ungekündigtem Vertragsverhältnis die Bedingung eingetreten wäre, wobei dem Bedingungseintritt dessen treuwidrige Vereitelung gleichgesetzt ist (Art. 156 OR)». *BGr. (TF) 13.6.1991; BGE (ATF) 117 II 273 ff. (276 ff.)* **(163)**

Anmerkung: 1. Der zitierte Entscheid ist für Lehre und Praxis auch deswegen bedeutsam, weil das Bundesgericht sich darin so ausführlich wie kaum je zuvor mit Art. 377 OR befasst. Bemerkenswert ist dabei der Umstand, dass zahlreiche Fragen, die umstritten sind, vom Bundesgericht ausdrücklich offengelassen werden. Das gilt etwa für die Frage nach der zwingenden oder dispositiven Natur des Art. 377 OR; oder für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Pflicht des Bestellers zur vollen Schadloshaltung des Unternehmers entfällt, wenn sein Rücktritt aus einem wichtigen Grund erfolgt. **2.** Sicher ist richtig, dass der Besteller, der einen suspensiv bedingten Werkvertrag nach OR 377 auflöst, unter Vorbehalt des Art. 156 OR grundsätzlich nur dann schadenersatzpflichtig wird, wenn die Bedingung (OR 151) bereits eingetreten ist oder später noch eintritt. Das ist evident und bedarf keiner langen Begründung, da sich der Schadenersatzanspruch des Art. 377 OR auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses richtet, was einen verbindlichen Werkvertrag voraussetzt. **3.** Ist aber die aufschiebende Bedingung im Zeitpunkt des Rücktritts schon eingetreten oder der Werkvertrag unbedingt abgeschlossen worden, so wird die Schadenersatzforderung des Unternehmers gleichzeitig mit dem Rücktritt des Bestellers fällig. Die gegenteilige Ansicht des Bundesgerichts, wonach die Schadenersatzpflicht des Bestellers erst «fällig wird», wenn «bei ordnungsgemässer Vertragsabwicklung die Erfüllung» des Vergütungsanspruches «hätte verlangt werden können», ist für diese Fälle abzulehnen. Bei längerfristigen Werkverträgen mit differenziertem Abrechnungssystem (z.B. mit vereinbarten Abschlagszahlungen und periodischen Teuerungsabrechnungen) führt sie zu einem völlig unpraktikablen Ergebnis. Aber auch sonst vermag sie nicht zu überzeugen. Denn: **4.** In den erwähnten Fällen gibt es keinen Grund, der es rechtfertigen würde, die Erfüllung der Schadenersatzpflicht und damit die Liquidation des durch Rücktritt aufgelösten Werkvertrages auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben. Vielmehr hat der Unternehmer ein schutzwürdiges Interesse daran, dass ihm der Schaden, den er infolge der vorzeitigen Vertragsbeendigung erleidet, sofort ersetzt wird. Er befindet sich diesbezüglich in der gleichen Situation wie ein ungerechtfertigt entlassener Arbeitnehmer, dessen Ersatzanspruch (Art. 337c I OR) mit der ungerechtfertigten Entlassung fällig wird (*Brunner/Bühler/Waeber*, Kommentar zum Arbeitsvertrag, N 6 zu Art. 337c; *Streiff/von Kaenel*, Arbeitsvertrag, N 3 zu Art. 337c). Dementsprechend formuliert denn auch Art. 377 OR, dass der Besteller nur «gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers» zum Vertragsrücktritt berechtigt sei, was jedenfalls ein Indiz für den gesetzgeberischen Willen ist, dem Unternehmer einen sofort fälligen Anspruch auf Schadloshaltung einzuräumen. **5.** Das Bundesgericht stützt seine gegenteilige Ansicht einerseits auf den formelhaften Lehrsatz, dass die Schadenersatzforderung des Art. 377 OR eine «Fortsetzung der ursprünglichen Vertragsforderung» sei. Diese Formel hat indes nicht die Bedeutung eines Rechtssatzes, aus dem sich irgendwelche Regeln herleiten liessen. Sie hat keine normative, sondern nur deskriptive Bedeutung, indem sie bildhaft zum Ausdruck bringt, dass die Schadenersatzforderung in gewisser Hinsicht den gleichen Regeln untersteht wie der ursprüngliche Vergütungsanspruch des Unternehmers. Ob und inwieweit dies für die Ersatzforderung des Art. 377 OR tatsächlich zutrifft, muss aber für jede einzelne Frage (so auch für die Fälligkeit) gesondert geprüft werden, und zwar unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Schadenersatzpflicht des Art. 377 OR ihrem Zwecke nach eine Liquidationspflicht ist. Alles andere hiesse, die juristische Wertung durch begriffsjuristische Argumente zu ersetzen (vgl. sinngemäss, wenn auch zu einem völlig verschiedenen Gebiet: BGE 117 IV 412). **6.** Anderseits beruft das Bundesgericht sich auf eine bei *von Tuhr/Escher* vertretene Lehrmeinung zu Art. 97 I OR. An der vom Bundesgericht zitierten Stelle (von Tuhr/Escher, AT, S. 104) wird nun aber ausdrücklich gesagt, dass der Schadenersatz «sofort verlangt werden» kann, wenn «das Schuldverhältnis erlischt». Da der Rücktritt nach Art. 377 OR zur Auflösung des Werkvertrages und damit zum «Erlöschen des Schuldverhältnisses» führt, spricht die angerufene Stelle nicht *für*, sondern *gegen* die Meinung des Bundesgerichts. (pg)

Conditions de paiement – Modification conventionnelle à la Norme SIA 118 – Demeure du maître – Résiliation du contrat par le maître; SIA-118 144ss, 190; CO 107, 377. *(Zahlungsbedingungen – Vertragliche Abänderung der SIA-Norm 118 – Verzug des Bauherrn – Rücktritt des Bauherrn – SIA-Norm 118 144 ff.; OR 107, 377).*

1. Le contrat passé entre l'adjudicataire de trois chantiers et une entreprise spécialisée dans la pose de chapes est un contrat

d'entreprise. **2.** Les parties étant convenues d'appliquer à ces travaux la Norme SIA 118, il appartient à celle qui prétend que des modifications y ont été conventionnellement apportées d'en apporter la preuve. La formule «exécution des travaux selon entretien du 1er février 1988 et conditions stipulées dans la présente offre» ne peut pas viser les conditions de paiement, à défaut d'autre preuve. **3.** L'entrepreneur a en conséquence droit à des paiements partiels conformément aux art. 144ss SIA-118. Le maître qui refuse de payer ces acomptes est en demeure et l'entrepreneur est en droit de procéder conformément à l'art. 190 SIA-118 (ég. CO 107). **4.** Le fait que l'entrepreneur mette le maître en demeure de payer en le menaçant de se départir du contrat ne revient pas encore à une résiliation; le contrat est donc maintenu tant que l'entrepreneur n'a pas communiqué sa décision au maître. 5. Le maître (entrepreneur général) qui exécute lui-même les travaux qu'il avait originellement confiés à l'entrepreneur (sous-traitant) résilie le contrat, selon l'art. 377 CO et doit en conséquence l'indemniser. *TC JU 2.5.1991; RJJ 1991 p. 169–173.* **(164)**

Note: Encore une décision qui devrait rendre les professionnels de la construction attentifs aux dangers que l'on court en maniant avec légèreté ses droits de résiliation (cf. déjà DC 1991 no 152 p. 94). **1.** Le principe reste qu'«en cas de divergence entre l'entrepreneur et le maître, chacun reste tenu d'exécuter consciencieusement ses obligations», que «l'entrepreneur n'a donc pas le droit d'interrompre ses travaux contrairement au contrat», pas plus que «le maître n'a pas le droit de retenir les montants dus» (SIA-118 37 al. 1). La règle ne vaut évidemment pas sans exception. Rien n'interdit en particulier à chacune des parties de se fonder sur le principe de l'art. 82 CO, qui l'autorise à refuser l'exécution de sa dette si l'autre partie n'a pas exécuté ou offert d'exécuter la sienne (cf. ég. l'art. 83 CO pour le cas où l'autre partie est devenue insolvable). Encore faut-il que la créance existe bel et bien et qu'elle soit fondée. En l'occurrence, le sous-traitant avait certes interrompu ses travaux, mais après la mise en demeure adressée au maître. L'arrêt établit pour des motifs sur lesquels il n'y a pas à revenir que sa créance était fondée. **2.** Le maître de son côté ne peut décider de confier les travaux à un tiers ou de les exécuter lui-même, à moins qu'il ne s'en soit réservé le droit par contrat (cf. art. 11 SIA-118) ou que la relation contractuelle ait pris fin pour un autre motif. En l'occurrence, ce n'était pas le cas. Le Tribunal en conclut qu'il y a eu résiliation unilatérale selon l'art. 377 CO, ce qui oblige l'entrepreneur général (maître) à indemniser complètement le sous-traitant (entrepreneur), par Frs 20 000. Il est vrai que le maître n'avait pas non plus formellement résilié le contrat par une manifestation de volonté adressée à l'entrepreneur. Sans longue argumentation, le Tribunal considère que l'on doit y assimiler la situation du maître qui rend la poursuite des travaux (objectivement) impossible à l'entrepreneur. Encore faut-il dans ce cas que le comportement du maître soit connu de l'entrepreneur et puisse être (tacitement) interprété par lui comme la manifestation d'une résiliation (*Gauch*, Werkvertrag, nos 389 et 904). A défaut, il faudrait raisonner avec l'art. 378 CO qui aboutit pratiquement au même résultat pour le cas où l'exécution de l'ouvrage est devenue impossible par la faute du maître.
(pt)

Vergütung – Skontoabzug *(Rémunération – Escompte).*

1. «Der Zweck des Skontos besteht darin, den Besteller zur pünktlichen Zahlung zu veranlassen und dadurch die Liquidität des Unternehmers zu erhöhen (Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl., 1985, S. 240 Rz 847). Dem entspricht, dass der vereinbarte prozentuale Preisnachlass beim Skonto – im Gegensatz zum einfachen Rabatt – die prompte Bezahlung voraussetzt. Da die Ausdrücke ‹Skonto› und ‹Rabatt› bisweilen im untechnischen Sinne verwendet werden, ist der Sinn der getroffenen Vereinbarung gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln (Gauch, a.a.O., S. 241 Rz 849).» **2.** Unterlässt der Bauherr die geschuldete Zahlung innerhalb der vereinbarten Skontofrist, so verliert er den Anspruch auf Abzug eines vereinbarten Skontos. Das gilt auch dann, wenn er zum Beispiel «begründeten Anlass zu Zweifeln an der Richtigkeit der Schlussabrechnung» hat «und deren Genehmigung zu Recht» ablehnt. Der Gefahr eines Skontoverlustes kann hier der Bauherr mit einer zusätzlichen Akontozahlung vorbeugen. «Dass ihm, wie das Kantonsgericht annimmt, zuzubilligen sei, die Zahlung bis zur gerichtlichen Überprüfung der Schlussabrechnung zurückzuhalten, ohne den Anspruch auf den Skontoabzug zu verlieren, kann nicht zutreffen. Diese Auffassung ist mit dem Wesen des Skontos nicht zu vereinbaren, läuft sie dessen Zweck doch stracks zuwider.» *BGr. (TF) 4.3.1992; BGE (ATF) 118 II 63 ff. (S. 64 f.).* **(165)**

Anmerkung: 1. Das Recht des Bauherrn auf Skontoabzug beruht auf einer Vereinbarung (Skontoabrede), die dem Bauherrn dieses Recht einräumt. Nach der Ansicht des Bundesgerichts verliert der Bauherr, der die geschuldete Zahlung nicht innerhalb der vereinbarten Skontofrist leistet, den vereinbarten Anspruch auf Skontoabzug auch dann, wenn er «begründeten Anlass zu Zweifeln an der Richtigkeit der Schlussabrechnung hat und deren Genehmigung zu Recht ablehnt». Das ist grundsätzlich richtig, setzt aber immer voraus, dass die vereinbarte Skontofrist tatsächlich abgelaufen ist. **2.** Zur Feststellung, ob das letztere zutrifft, muss vor allem geprüft werden, ob und wann die Skontofrist zu laufen begonnen hat. Läuft die Skontofrist z.B. ab der Fälligkeit der zu bezahlenden Forderung (so: SIA-Norm 118, Art. 190 I), muss somit geprüft werden, wann die Fälligkeit nach Massgabe des konkreten Vertrages eingetreten ist. Dabei kann sich ergeben, dass der Eintritt der Fälligkeit unter anderem auch vom Vorliegen einer bestimmt-gearteten (z.B. «substantiierten» oder «genehmigungsfähigen») Rechnung abhängig gemacht wurde. Zur Fälligkeit der Schlussabrechnungs-Forderung nach SIA-Norm 118 vgl. Art. 155 der Norm (beachte dazu *Gauch/Schumacher*, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 38 – 156, Zürich 1992, Anmerkungen zu Art. 155). **3.** Ein Sonderfall liegt vor, wenn im Zeitpunkt, in dem die Skontofrist nach dem Wortlaut der Skontoabrede zu laufen beginnt, der Bauherr mangels einer prüfbaren Rechnung ausserstande ist, die Berechtigung der Forderung nachzuprüfen. Solange dieser Zustand andauert, ist dem Bauherrn keine Zahlung zuzumuten, mag auch die Fälligkeit eingetreten sein; solange bleibt es dem Unternehmer verwehrt, den Bauherrn durch Mahnung (OR 102 I) in Verzug zu setzen oder seinen Anspruch zur Verrechnung (OR 120) zu bringen (*Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 795). Ob aber in einem solchen Fall auch der Lauf der Skontofrist gehemmt wird, beurteilt sich nach dem Inhalt der auszulegenden Skontoabrede. Bei einer Auslegung (oder Ergänzung), die auf den Grundsatz von Treu und Glauben abstellt, dürfte die Frage jedenfalls nicht vorschnell zu verneinen sein, da es nicht dem Sinn der Skontoabrede entspricht, den Bauherrn zu einer unzumutbaren Zahlung zu veranlassen, deren Unzumutbarkeit der Unternehmer selber zu vertreten hat. Insofern ist die Ansicht des Bundesgerichts zu relativieren.
(pg)

Haftpflichtrecht – Droit de la responsabilité

Haftung nach OR 41 I – Erfordernis der Widerrechtlichkeit – Verhältnis zum Gefährdungstatbestand des Art. 229 StGB (Verletzung der Regeln der Baukunde) – OR 41 I, StGB 229
(Résponsabilité selon CO 41 – Exigence de l'illicéité – Rapport avec la création d'un état de fait dangereux [229 CP; Violation des règles de l'art de construire] – CO 41 I, CP 229).

1. Im vorliegenden Fall hatte der Bauherr eine vom Unternehmer gestaltete Böschung sanieren lassen, weil sie instabil und deshalb rutschgefährdet war. Mit Rücksicht darauf stellte sich (unter anderem) die Frage, ob die aufgewendeten Sanierungskosten einen Schadensposten darstellen, der unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung (OR 41 I) eingefordert werden kann. **2.** Der Bauherr erblickt das «widerrechtliche Verhalten» (OR 41 I) des Unternehmers darin, «dass die instabile Böschung... eine Gefahr für Leib und Leben sowie für Sachen bedeutet habe». «Diese absolut geschützten Rechtsgüter werden indessen», wie das Bundesgericht ausführt, erst verletzt, wenn

der Hang tatsächlich rutscht. «Zu ersetzen ist dann der an Sachen und Menschen entstandene Schaden. Den Eintritt dieses schädigenden Ereignisses haben die Kläger aber mit der vorgenommenen Sanierung verhindert. Art. 41 OR bildet... keine genügende Grundlage, um die Kosten einer solchen präventiven Schadensabwehr auf einen Dritten abzuwälzen.» **3.** Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus StGB 229, wonach strafbar ist, wer vorsätzlich oder fahrlässig die anerkannten Regeln der Baukunde ausser acht lässt und dadurch wissentlich Leib und Leben von Mitmenschen gefährdet. Selbst wenn dieser Straftatbestand in concreto erfüllt wäre, so «vermag ein reines Gefährdungsdelikt dieser Art nicht eine Widerrechtlichkeit im Sinne von OR 41 zu begründen. Führt die Gefahr zu einer Verletzung von Leib und Leben, so ist die Schadenszufügung widerrechtlich, weil ein absolutes Recht verletzt wird. Bleibt eine solche Verletzung aus, so ist eine Schadenszufügung nur möglich in der Form des reinen Vermögensschadens. Der Schutzzweck von Art. 229 StGB ist indessen ausdrücklich auf das Rechtsgut der körperlichen Integrität beschränkt. Damit unterscheidet sich dieser Straftatbestand auch von Art. 239 StGB, der in BGE 102 II 85 ff. herangezogen worden ist, um bei einem reinen Vermögensschaden die Widerrechtlichkeit zu begründen». *BGr. (TF) 9.7.1991; BGE (ATF) 117 II 259 ff. (S. 269 f.).* Zu BGE 117 II 259 ff. vgl. auch Nr. 159–162. **(166)**

Anmerkung: 1. Diese Entscheidstelle beschlägt die Frage, ob reine Vermögensschäden (= Schäden ohne Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter) deliktsrechtlich gedeckt sind. Nach traditioneller Auffassung trifft dies grundsätzlich nur dann zu, wenn das schädigende Verhalten ausnahmsweise eine geschriebene oder ungeschriebene Schutznorm verletzt, die dem Schutze des Betroffenen vor Vermögensschädigungen der betreffenden Art dienen (BGE 116 Ib 373 f.; BGE 115 II 18). Andernfalls fehlt es nach dieser Auffassung an der haftungsbegründenden Widerrechtlichkeit (OR 41 I). **2.** Das Bundesgericht lehnt es ab, aus Art. 229 StGB eine einschlägige Schutznorm zu entwickeln. Das verdient zweifellos Zustimmung, während die konträre Rechtsprechung zu Art. 239 StGB (BGE 102 II 85 ff.), die jetzt (unnötigerweise) bestätigt wurde, in der Literatur auf Kritik gestossen ist (vgl. *Kramer*, recht 1984, S. 133 und die dort, in Anm. 36, Zitierten). **3.** Eine ganz andere Frage ist, ob es nicht an der Zeit wäre, die deliktsrechtliche «Diskriminierung» reiner Vermögensschäden abzubauen und das Deliktsrecht unter Durchbrechung des traditionellen Widerrechtlichkeitsbegriffs in angemessenem Umfang zu öffnen (*Gauch*, Deliktshaftung für reine Vermögensschäden, in: FS Keller, Zürich 1989, S. 117 ff./136 ff.). Solange dies nicht geschieht, hängt die Deckung des reinen Vermögensschadens nur allzuoft vom schieren Zufall ab, ob für die Begründung der Widerrechtlichkeit gerade eine passende Schutznorm zur Verfügung steht oder nicht. Ausserdem sieht der Richter, der ein gerechtes (nicht vom legislatorischen Zufall diktiertes) Urteil fällen möchte, sich häufig gezwungen, eine passende Schutznorm vorzuschieben, damit (weil nach der konkreten Sachlage angezeigt) auch der reine Vermögensschaden deliktsrechtlich gedeckt ist. Ein Beispiel hiefür bietet gerade der in BGE 102 II 85 ff. entschiedene Stromkabelfall (*Gauch*, a.a.O., S. 123 f.). (pg)

Sachenrecht – Droits réels

Aufhebung des Miteigentums durch richterliche Anordnung – Art der Teilung – ZGB 651 *(Fin de la copropriété – Mode de partage ordonné par le juge – CC 651).*

Im Rahmen der Teilung von Miteigentum an einem Grundstück darf der Richter gegen den Willen eines Beteiligten nicht die Begründung von Stockwerkeigentum anordnen. *KGr. GR 10. 7. 1990; PKG 1990, S. 18 f., Nr. 3.* **(167)**

Anmerkung: Der Teilungsanspruch des Miteigentümers richtet sich gemäss ZGB 650 I auf «Aufhebung des Miteigentums». Im Streitfall ordnet der Richter die körperliche Teilung oder die öffentliche oder private Versteigerung der Sache an (ZGB 651 II). Demgegenüber stellt Stockwerkeigentum nichts anderes dar als einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück mit dem Sonderrecht des Miteigentümers, bestimmte Teile des Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen (ZGB 712 a I). Durch die Umwandlung des gewöhnlichen Miteigentums in Stockwerkeigentum würde mit anderen Worten das gemeinschaftliche Eigentum am Grundstück aufrechterhalten, was gegen den gesetzlichen Teilungsanspruch verstiesse. Der Entscheid, der ZGB 650 zum Durchbruch verhilft, verdient daher *Zustimmung* (ähnlich für eine erbrechtliche Teilung BGE 94 II 231 ff. [234 ff.], E. 4 und 5). (js)

Näherbaurecht – Feststellungsinteresse – ZGB 680; TG-BauG §§ 78 VI und 80 *(Dérogation conventionnelle aux distances à observer pour les constructions – Intérêt pour agir en constatation de droit – CC 680; LC TG §§ 78 VI et 80).*

1. Die schriftliche Vereinbarung über die gegenseitige Herabsetzung des Grenzabstandes nach TG-BauG §§ 78 VI und 80 ist zumindest in obligatorischer Hinsicht gültig. **2.** Die genannte Bestimmung enthält zugleich öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Eigentumsbeschränkungen; sie erweist sich daher als sogenannte Doppelnorm. **3.** Eine öffentlich-rechtliche Ausnahmebewilligung kann nur erteilt werden, wenn zwischen den Parteien eine zivilrechtliche Vereinbarung über den Verzicht auf den Minimalabstand vorliegt. Daher lässt sich ein Interesse an der gerichtlichen Feststellung des (unsicheren) privaten Rechtsverhältnisses bejahen. *OGr. TG 7. 2. 1991; RB OG 1991, S. 76, Nr. 9; SJZ 1992, S. 239 f., Nr. 35.* **(168)**

Anmerkung: 1. Die Abänderung gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen durch Rechtsgeschäft bedarf nach ZGB 680 II zur Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung und der Eintragung in das Grundbuch. Doch erklärt ZGB 686 die Kantone für befugt, die Bauabstände festzulegen und weitere Bauvorschriften aufzustellen. **2.** Die Lehre hält eine formlose Vereinbarung über ein Näherbaurecht als (obligatorisch) gültig; als Dienstbarkeit (mit dinglicher Wirkung) entsteht das Näherbaurecht indessen nur dann, wenn sie öffentlich beurkundet und im Grundbuch eingetragen ist (*Tuor/Schnyder*, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. A., Zürich 1986, S. 659 f.). **3.** Das Thurgauer Obergericht lässt in Auslegung kantonalen Rechts eine obligatorisch bindende Vereinbarung eines Näherbaurechts als Voraussetzung für die Erteilung der öffentlich-rechtlichen Ausnahmebewilligung genügen. Damit konnte offen bleiben, ob die Formvorschrift von ZGB 680 II (im Hinblick auf ZGB 732) ein vom Richter zu korrigierendes Versehen darstellt (vgl. dazu *Liver*, Zürcher Komm., 2. A., Zürich 1980, N 107 f. zu Art. 732 ZGB [welcher der Bestimmung von ZGB 680 II trotz gesetzgeberischen Versehens immerhin gewohnheitsrechtliche Geltung zuspricht]; *derselbe*, Das Eigentum, in: Schweiz. Privatrecht, Band V/1, Basel/Stuttgart 1977, S. 198 f.; deutlich für das Beurkundungserfordernis etwa *Meier-Hayoz*, Berner Komm., 3. A., Bern 1975, N 98 f. zu Art. 680 ZGB; *Tuor/Schnyder*, a.a.O., S. 705; BGE 116 II 419 ff. [jedenfalls mit Bezug auf die mit beschränkter Kognition handelnden Registerbehörden], unter Bestätigung von BGE 44 II 394 ff.). (js)

Vorkaufsrecht – ZGB 681 III *(Droit de préemption – CC 681 III).*

1. Ein nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht erlischt, wenn es nicht binnen der Monatsfrist von ZGB 681 III ausgeübt wird (BGE 102 II 376 ff. [379], E. 2; 81 II 239 ff. [245], E. 1). **2.** Die Ausübung des Vorkaufsrechts muss durch bestimmte und eindeutige Erklärung erfolgen. Beim Vorkaufsrecht zugunsten einer Stadtgemeinde genügt die Erklärung des Stadtrates dann nicht, wenn die entsprechende Beschlussfassung aufgrund der Höhe des Kaufpreises in die Kompetenz des Grossen Gemeinderates fällt. **3.** Die Verwirkungsfrist von ZGB 681 III gilt grundsätzlich auch für (vorkaufsberechtigte) Gemeinden, deren Willensbildungs-

prozess meist einen erheblichen Zeitaufwand erfordert (*Meier-Hayoz,* Berner Komm., 3. A., Bern 1975, N 219 zu Art. 681 ZGB). Eine Sonderbehandlung scheidet jedenfalls so lange aus, als die Fähigkeit der Gemeinde zu privatrechtskonformem Handeln nicht durch öffentlich-rechtliche Normen verunmöglicht oder beschränkt wird. Solche Hinderungsgründe sind in casu zu verneinen, da die einschlägigen Erlasse die Möglichkeit vorsehen, kurzfristig Sitzungen des Grossen Gemeinderates anzusetzen (Einfluss der Referendumsfrist und damit zusammenhängende Fragen offen gelassen). **4.** ZGB 681 III ist dispositiver Natur; die Vertragsparteien hätten also eine andere Frist vereinbaren können. Nachdem die Gemeinde der Monatsfrist zugestimmt hat, verhält sie sich widersprüchlich, wenn sie nachträglich geltend macht, sie sei gar nicht in der Lage gewesen, diese Frist einzuhalten. *OGr. ZH 12.4.1991; ZR 1992, S. 163 ff., Nr. 51.* **(169)**

Anmerkung: 1. Das Gericht schliesst eine Fristverlängerung aus mit der Begründung, die Beschlussfassung durch den Grossen Gemeinderat (als zuständiges Organ) wäre innert Monatsfrist möglich gewesen. Verbindlich ist aber ein solcher Entscheid erst mit der Zustimmung der Stimmbürger oder mit dem unbenützten Ablauf der Referendumsfrist, so dass diese Fragen zu unrecht offen gelassen wurden. In BGE 81 II 239 ff., der sich auf das Vorkaufsrecht einer Gemeinde nach EGG 17 bezog, war eine Lückenfüllung nach ZGB 1 immerhin erwogen worden – jedoch nur für den Fall, da «eine wirkliche Unmöglichkeit fristgerechter Ausübung des Vorkaufsrechts dargetan wäre». **2.** Der Zürcher Entscheid macht deutlich, welche Bedeutung einer sorgfältigen Formulierung des Vorkaufsrechts und seiner Modalitäten zukommt. Besonders öffentlich-rechtliche Vorkaufsberechtigte werden gut daran tun, bezüglich der Fristwahrung besondere Bestimmungen in den Vertrag aufnehmen zu lassen. In Zukunft wird sich das Problem allerdings entschärfen, denn: **3.** Nach dem BG über die Teilrevision des Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachenrecht) und des Obligationenrechts (Grundstückkauf) vom 4. Oktober 1991 (BBl. 1991 III 1563 ff., derzeit [November 1992] noch nicht in Kraft) ist für gesetzliche wie auch für vertragliche Vorkaufsrechte eine Ausübungsfrist von drei Monaten vorgesehen (rev. ZGB 681a II und rev. OR 216e). Zur Begründung dieser Fristverlängerung verweist die bundesrätliche Botschaft ausdrücklich auf den Fall, da die Ausübung des Vorkaufsrechts von der Zustimmung einer Behörde oder eines Parlaments abhängig ist (BBl. 1988 III 1073; vgl. auch *Steinauer,* La nouvelle réglementation du droit de préemption, ZBGR 73/1992, S. 1 ff. [7 f. und 11 f.]). (js)

Stockwerkeigentum – Immissionen – ZGB 648 II, 712a *(Propriété par étages – Immissions – CC 648 II, 684, 712a).*

1. Zur Klage wegen Veränderungen der Zweckbestimmung und wegen Überschreitung des Eigentumsrechts durch einen andern Stockwerkeigentümer ist (jedenfalls) jeder einzelne Stockwerkeigentümer legitimiert. **2.** Liegt eine unzulässige Zweckänderung vor, wenn in einer reglementarisch als öffentliches Restaurant mit Tanz- und Musikveranstaltungen ausgeschiedenen Stockwerkseinheit ein (über die Polizeistunde hinaus geöffnetes) Nachtlokal betrieben wird? (Frage offen gelassen.) **3.** In casu stellen Striptease-Vorführungen keine übermässigen ideellen Immissionen dar. Übermässig ist jedoch der durch ankommende und weggehende Lokalbesucher verursachte Lärm, soweit das Lokal über die ordentliche Polizeistunde hinaus offen gehalten wird. *KGr. GR 2.10.1990; PKG 1990, S. 28 ff., Nr. 5.* **(170)**

Anmerkung: 1. Was übermässig und daher nach ZGB 684 II verboten ist, beurteilt der Richter nach den konkreten Umständen des Einzelfalles. Das fragliche Grundstück liegt im Kern von Davos und umfasst im ersten bis dritten Obergeschoss zehn als Wohnungen und zwei als Büros genützte Einheiten. **2.** Das Kantonsgericht befindet, «ein gewöhnliches Stripteaselokal in einem Weltkurort mit städtischem Anstrich» sei nicht geeignet, die Anwohner in Verruf zu bringen. Doch anerkennt das Gericht Lärmimmissionen, teils aufgrund von Zeugenaussagen, teils aufgrund der Erfahrungstatsache, dass die Besucher von Gastwirtschaftslokalen nachts durch lautes Sprechen, Singen oder Grölen immer wieder schlafende Anwohner stören. Solches müssen die Stockwerkeigentümer während der ordentlichen Öffnungszeit von Gaststätten (in casu: bis Mitternacht) dulden, zumal die Begründungserklärung und das Stockwerkeigentümerreglement den Betrieb eines Restaurants ausdrücklich vorsehen. Übermässig sind indessen Lärmbelästigungen über diese Zeit hinaus (das Lokal ist bis drei Uhr morgens offen), auch wenn der Lärm nicht geradezu ein Ausmass annimmt, der nach polizeilichem Eingreifen ruft. Wirtschaftliche Interessen am Betrieb müssen hier zurückstehen hinter das Interesse der Stockwerkeigentümer, «wenigstens nach Mitternacht zur nötigen Ruhe und Erholung zu kommen». (js)

Stockwerkeigentum – Vorkaufsrecht – ZGB 681 f., 712c I *(Propriété par étages – Droit de préemption – CC 681 f., 712c I).*

1. Ein im Begründungsakt errichtetes und im Grundbuch vorgemerktes Vorkaufsrecht zugunsten einzelner Stockwerkeigentümer ist zwar hinsichtlich Begründung, Änderung und Aufhebung nicht gesetzlicher, sondern rechtgeschäftlicher Natur. **2.** Dennoch gelten Vorkaufsrecht und Vormerkungsschutz grundsätzlich für die gesamte Dauer des Stockwerkeigentumsverhältnisses; sie sind nicht im Sinne von ZGB 681 III auf zehn Jahre beschränkt. **3.** Nichts Abweichendes ergibt sich in casu aus der Beschränkung des Kreises der vorkaufsberechtigten Personen, aus der Reduktion der Vorkaufsfälle und aus einem «floskelhaften Hinweis» der Begründungsurkunde auf ZGB 681. *KGr. GR 4. 12. 1990; PKG 1990, S. 20 ff., Nr. 4.* **(171)**

Anmerkung: 1. Der Entscheid beantwortet die Streitfrage, inwieweit ein Vorkaufsrecht nach ZGB 712c I bezüglich seiner Geltung und seines Vormerkungsschutzes einem gesetzlichen Vorkaufsrecht anzugleichen ist, im Sinne der vorherrschenden Lehre (*Meier-Hayoz/Rey,* Berner Komm., Band IV/1/5, Bern 1988, N 11, 33 und 81 zu Art. 712c ZGB mit weiteren Hinweisen). Demnach ist die Zehnjahresgrenze von ZGB 681 III nicht anwendbar. **2.** Dass die Begründungserklärung von einem Vorkaufsrecht «gemäss Art. 681 ZGB» spricht, wertet das Gericht lediglich als Floskel. Es stellt darauf ab, dass das Vorkaufsrecht zugunsten des Eigentümers der einem Hotelbetrieb dienenden Parzellen besteht, wo eine Beschränkung der Geltungsdauer und des Vormerkungsschutzes auf zehn Jahre wenig Sinn ergebe; die Interessenlage des Hotelbetriebes, durch Ausübung des Vorkaufsrechts eigene Zimmer zu erwerben und damit Betriebsstruktur und Ertragslage zu verbessern, erfordere ein zeitlich unbefristetes Vorkaufsrecht. **3.** Im konkreten Fall wäre ein gegenteiliger Prozessausgang durchaus denkbar gewesen: Die Begründungserklärung ist im Zweifel gegen den Verfasser auszulegen. Der Erwerber einer Stockwerkeigentumseinheit durfte darauf vertrauen, dass die öffentliche Urkunde sorgfältig abgefasst und die Verweisung auf ZGB 681 (zu seinen Gunsten) ernst gemeint war. Der Gedanke des Vertrauensschutzes der Käufer hätte hier mithin für eine bloss zehnjährige Dauer des Vorkaufsrechts gesprochen. **4.** Die in Anmerkung 3 zum Entscheid Nr. 169 genannte Gesetzesänderung sieht in rev. OR 216a vor, dass Vorkaufsrechte für höchstens 25 Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden dürfen. Gemäss der bundesrätlichen Botschaft (BBl. 1988 III 1078) findet diese Höchstdauer auf den Sonderfall von ZGB 712c I keine Anwendung. (js)

Propriété par étages – Entretien d'une partie commune objet d'un droit d'usage spécial – Répartition des frais – CC 712b II, 712h III *(Stockwerkeigentum – Unterhalt eines gemeinschaftlichen Teils, der Gegenstand eines besonderen Nutzungsrechts ist – Kostenverteilung – ZGB 712b II, 712h III).*

1. Le toit en terrasse d'un immeuble en (co)propriété par étages constitue impérativement une partie commune, même si un pro-

priétaire d'étage a sur ce toit un droit d'usage spécial (ein besonderes Nutzungsrecht, un speciale diritto d'uso). Il s'agit en effet d'une partie importante du bâtiment, qui en détermine la forme et l'aspect extérieurs (art. 712b al. 2 ch. 2 CC). **2.** L'existence d'un droit d'usage spécial sur une partie commune ne conduit pas nécessairement à l'application de l'art. 712h al. 3 CC. En l'espèce, les frais de réfection de l'isolation du toit ont à juste titre été mis à la charge de tous les propriétaires d'étages, en l'occurrence par prélèvement dans le fonds de rénovation. *TC TI 10.4.1989; Rep. 1990, p. 194 s.* **(172)**

Note: Cet arrêt fait bien apparaître la différence entre les parties de l'immeuble sur lesquelles un propriétaire d'étage a un droit exclusif au sens des art. 712a et 712b (l'appartement ou le local commercial constituant l'unité d'étage, avec ses locaux annexes) et les parties communes sur lesquelles un propriétaire d'étage s'est vu accorder un droit d'usage spécial (par exemple, une place de parking marquée sur le sol devant le bâtiment ou, comme dans l'arrêt commenté, une terrasse installée sur le toit du bâtiment). La Chambre civile tessinoise reprend par là une distinction récemment faite par le Tribunal fédéral (cf. ATF 116/1990 II 275) et utilisée aussi en doctrine (voir notamment *A. Meier-Hayoz/H. Rey,* Das Stockwerkeigentum, commentaire bernois, T. IV/1/5, Berne 1988, n. 44 ad art. 712g, et, s'agissant des places de parc, *P.-H. Steinauer,* Questions choisies en rapport avec la propriété par étages, Revue valaisanne de jurisprudence 1991, p. 291 ss). La nuance n'est pourtant pas aisée à comprendre, car aussi bien les parties de l'immeuble qui font l'objet d'un droit exclusif que les parties communes appartiennent en copropriété à l'ensemble des propriétaires d'étages. Les parties de l'immeuble objets du droit exclusif (pour simplifier: les *«parties exclusives»*) sont un élément essentiel de la «part d'étage» de chaque propriétaire; elles sont définies dans l'acte constitutif de la propriété par étages et leur définition ne peut être remise en cause sans modification de la part d'étage comme telle, ce qui suppose naturellement le consentement du propriétaire d'étage concerné. A côté des parties de l'immeuble faisant ainsi l'objet d'un droit exclusif par l'effet de l'acte constitutif de la propriété par étages, il y a les *«parties communes»*. Certaines d'entre elles le sont de par la loi (art. 712b al. 2); ce sont notamment le fonds lui-même, les parties importantes pour la solidité du bâtiment, celles qui en déterminent l'aspect et la forme extérieurs et celles qui servent à plusieurs propriétaires d'étages. D'autres parties communes peuvent être définies dans l'acte constitutif (buanderie, etc.). Sur les «parties exclusives», un propriétaire d'étage a un *droit exclusif* au sens de l'art. 712a, c'est-à-dire le droit de *décider seul de l'utilisation, de l'administration et de l'aménagement* des parties de l'immeuble concernées. Il n'est pas possible qu'un propriétaire d'étage ait un tel droit exclusif sur une partie impérativement commune au sens de l'art. 712b al. 2; ce serait une contradiction dans les termes. Ainsi un propriétaire d'étage ne peut-il avoir un droit exclusif sur le jardin qui est devant sa villa (contiguë) ou sur une place de parc simplement marquée sur le sol devant l'immeuble, car le fonds est partie commune de par la loi. En revanche, le propriétaire peut se voir reconnaître par le règlement ou conventionnellement un *droit d'usage spécial* sur une partie commune. L'intensité de ce droit peut varier, mais elle doit pour l'essentiel *se limiter à l'usage* de la partie de l'immeuble visée, sous peine d'éluder la règle impérative sur la définition des parties communes (cf. en outre *Steinauer,* RVJ 1991, p. 291 ss). Même si elles font l'objet d'un droit d'usage spécial, ces parties communes n'en restent pas moins soumises aux règles régissant les parties communes, en particulier pour les décisions relatives aux travaux d'entretien. L'arrêt tessinois confirme ce principe en ce qui concerne la prise en charge des frais occasionnés par de tels travaux. Selon l'art. 712h al. 1, ces frais doivent en principe être supportés par l'ensemble des propriétaires d'étages. Reste à savoir si, conformément au troisième alinéa de cette disposition, il est possible de tenir compte du droit d'usage spécial dans la répartition des frais. La question doit être examinée en fonction des circonstances du cas concret. La Cour tessinoise le refuse en l'espèce, pour le motif que la réfection de l'isolation aurait dû se faire même s'il n'y avait pas eu de droit d'usage spécial. Il n'est cependant pas exclu que la disposition puisse trouver application dans un autre cas. (phs)

Stockwerkeigentum – Verteilung der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten – ZGB 712h *(Propriété par étages – Répartition des frais et charges communs – CC 712h).*

1. ZGB 712h III stellt – anders als 712h I – eine zwingende Bestimmung dar (BGE 107 II 141 ff. [144]; 112 II 312 ff. [314], E. 3a). Sie ist jedoch nur mit Zurückhaltung anzuwenden, weil die gemeinsamen Anlagen und Einrichtungen normalerweise den Standard der gesamten in Stockwerkeigentum unterteilten Liegenschaft bestimmen (BGE 112 II 312 ff. [315], E. 3b und c). **2.** Umfasst eine Stockwerkeigentümergemeinschaft zwei Häuser, so bringt eine Dachrenovation am Haus B auch einem Miteigentümer Nutzen, der im Haus A das Sonderrecht an zwei Wohnungen und vier Büros, im Haus B dagegen bloss die Nutzung an Keller-, Hobby- und zwei Archivräumen, am einzigen Lift der Überbauung sowie an zwei Garagenplätzen hat. ZGB 712h III ist hier nicht anwendbar. **3.** Eine Reglementsänderung zur Bildung von Untergemeinschaften wäre grundsätzlich möglich, setzt aber die Zustimmung der notwendigen Mehrheit der Stockwerkeigentümer voraus und kann jedenfalls nicht über die Anrufung von ZGB 712h III erzwungen werden. *BGr. (TF) 17. 9. 1991; 117 II 251 ff.* **(173)**

Anmerkung: Im Streitfall bezog sich die Stockwerkeigentümergemeinschaft auf zwei an steiler Hanglage gebaute, freistehende (jedoch durch Galerieübergänge verbundene) Mehrfamilienhäuser. Der klagende Miteigentümer hatte die Verteilung der Kosten nach den Wertquoten nicht beanstandet, als es um die Reparatur am Dach des von ihm bewohnten Hauses A gegangen war. Nun widersetzte er sich jedoch einer den Wertquoten entsprechenden Beteiligung an den Kosten der Dachrenovation am Haus B. Die Berufung auf ZGB 712h III hatte indessen keinen Erfolg, da das Dach des Hauses B dem Kläger durchaus (und auch nicht bloss in ganz geringem Masse) diente. So konnte die Frage offen bleiben, ob das Vorgehen des Klägers geradezu rechtsmissbräuchlich sei. (js)

Stockwerkeigentum – Prozessführungsbefugnis des Verwalters – Stimmrecht – Richterliche Bestellung des Verwalters – ZGB 712t II, 712m I, 712q I *(Propriété par étages – Qualité de l'administrateur pour agir en justice – Droit de vote – Nomination d'un administrateur par le juge – CC 712t II, 712m I, 712q I).*

1. Das obwaldnische Befehlsverfahren zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ist summarischer Natur. Kann der Verwalter selbständig einen Prozess anheben (ZGB 712t II), wenn er annehmen muss, die Versammlung der Stockwerkeigentümer sei in der im Prozess streitigen Frage diametral anderer Meinung? (Frage offen gelassen.) **2.** Eine Reglementsbestimmung, die das Stimmrecht nach Stockwerkeinheiten oder Wertquoten bemisst, ist nicht zum vorneherein nichtig. Im Einzelfall kann jedoch geprüft werden, ob die gewählte Regelung zu rechtsmissbräuchlichen, sittenwidrigen oder persönlichkeitsverletzenden Beschlüssen führt (*Meier-Hayoz/Rey,* Berner Komm., Band IV/1/5, Bern 1988, N 66 ff. zu Art. 712m ZGB). **3.** ZGB 712q enthält keinen Anspruch auf Ernennung einer ganz bestimmten (vorgeschlagenen) Person als Verwalter. *OGr. Komm. OW 8. 3. 1991; AB OW 1990/91, S. 58 ff., Nr. 12.* (js) **(174)**

Wegdienstbarkeit – Kostenpflicht für Objekte, die auf einem Drittgrundstück angebracht sind – ZGB 698, 741 *(Droit de passage – Obligation de payer les frais des objets placés sur le fonds d'un tiers – CC 698, 741).*

Die Inhaber eines Fuss- und Fahrwegrechts sind ohne vertragliche Grundlage nicht verpflichtet, einen Beitrag an die Kosten ei-

nes auf einem Drittgrundstück angebrachten Verkehrsspiegels zu leisten, selbst wenn der Spiegel (auch) ihrer Sicherheit dient. Weder ZGB 698 noch ZGB 741 stellen eine Anspruchsgrundlage für eine solche Beitragspflicht dar. Ein gegenteiliger Entscheid verletzt klares Recht. *OGr. Komm. OW 5. 4. 1991; AB OW 1990/91, S. 55 ff., Nr. 11.* **(175)**

Anmerkung: 1. Die drei Nachbarn A, B und C sind Fahrwegberechtigte an einem Strässchen, das in die Kantonsstrasse mündet. A entschloss sich, gegenüber der Einmündung des Strässchens (im Einverständnis mit dem Eigentümer des dortigen Grundstücks) einen Verkehrsspiegel anzubringen. B und C lehnten eine Kostenbeteiligung indessen ab. Mit der Begründung, die Anlage diene der Verkehrssicherheit bei der fraglichen Einmündung, klagte A auf Leistung von Kostenanteilen. **2.** ZGB 698 betrifft die Kosten der Vorrichtungen zur Ausübung der nachbarlichen Befugnisse, hilft also dem A schon deshalb nicht weiter, weil der Spiegel auf einem Drittgrundstück steht (vgl. auch BGE 111 II 26 ff. [29 f.], E. 6). Aber auch ZGB 741 bleibt als Anspruchsgrundlage ausser Betracht, da diese Bestimmung nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Dienstbarkeitsberechtigten und -belasteten regelt. **3.** Versagen müsste im übrigen auch eine Berufung auf Geschäftsführung ohne Auftrag (OR 419 ff.), da das Verhalten des A nicht im Interesse von B und C geboten war (OR 422 I). (js)

Umfang einer Wegrechtsdienstbarkeit – ZGB 737, 739, 740 *(Etendue d'un droit de passage – CC 737, 739, 740).*

1. Kann der Dienstbarkeitsvertrag über ein Fuss- und Fahrwegrecht nicht mehr beigebracht werden, so ist der Umfang des Rechts anhand des Grundbucheintrags und im Blick auf den ursprünglichen Zweck der Dienstbarkeit auszulegen. Mitzuberücksichten sind auch das kantonale Recht und der Ortsgebrauch. **2.** Hat das Fuss- und Fahrwegrecht bis anhin dem Zugang zu einem landwirtschaftlichen Ökonomiegebäude gedient, so stellt der Umbau des Gebäudes in ein Wohnhaus mit Garagen eine Zweckänderung dar, die zu einer unzulässigen Mehrbelastung der Verpflichteten führt. **3.** Den Verpflichteten schadet es nichts, wenn sie eine vorübergehende Nutzungsänderung auf Zusehen hin geduldet haben. *OGr. SH 19. 4. 1991; AB SH 1991, S. 69 ff.* **(176)**

Anmerkung: 1. Das Fuss- und Fahrwegrecht war im Jahre 1880 zugunsten des landwirtschaftlich genutzten Grundstücks begründet worden, um Milch- und Futtertransporte mit Fuhrwerken (später mit Traktoren) sowie den Zugang zu Wohnhaus und Ökonomiegebäude zu ermöglichen. Auch nach der Bereinigung des Grundbucheintrages im Jahre 1967 wurde das berechtigte Grundstück landwirtschaftlich genutzt. Allerdings diente das Ökonomiegebäude in den letzten Jahren auch als Einstell- und Lagerraum für landwirtschaftliche Geräte und Maschinen sowie für Holz, vorübergehend auch als Abstellplatz für den Personenwagen des Eigentümers. Dieser beabsichtigte nun, das Gebäude in ein Wohnhaus mit zwei Wohnungen und drei Garagen umzubauen, wogegen sich die Dienstbarkeitsbelasteten zur Wehr setzten. **2.** Häufiger Fall einer Mehrbelastung ist die Errichtung eines Wohnhauses auf dem berechtigten Grundstück, das bis anhin landwirtschaftlich genutzt worden ist (*Liver*, Zürcher Komm., 2. A., Zürich 1980, N 15 zu Art. 729 ZGB). Nach dem Grundsatz der Identität darf eine Dienstbarkeit nicht zu einem andern Zweck aufrechterhalten werden als zu jenem, zu dem sie errichtet worden ist (BGE 114 II 426 ff. [428], E. 2a; 107 II 331 ff. [335], E. 3; *Fleischli*, Die Mehrbelastung nach Art. 739 ZGB, Freiburger Diss., Einsiedeln 1980, S. 35 ff.). Mit dem geplanten Umbau des Ökonomiegebäudes in ein Wohnhaus mit Garagen würde aber der ursprüngliche Zweck des Fahrwegrechts – Gewährleistung des Zugangs zu einem landwirtschaftlichen Betrieb – entfallen; es wäre unzulässig, die Dienstbarkeit nunmehr für einen andern Zweck – der Zufahrt zu drei Mietgaragen – aufrechtzuerhalten. (js)

Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Inscription provisoire – Notion d'«autres ouvrages» – Ouvrages non commandés par le propriétaire du fonds – CC 837 I ch. 3 *(Bauhandwerkerpfandrecht – Provisorische Eintragung – Begriff von andern Werken – Werke, die nicht vom Grundeigentümer bestellt worden sind – ZGB 837 I Ziff. 3).*

1. Le montage d'une grue destinée à améliorer durablement l'exploitation d'une carrière de granit est un «autre ouvrage» au sens de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC. **2.** Lorsque les travaux ont été commandés par un locataire avec l'accord du propriétaire, l'entrepreneur peut obtenir l'hypothèque légale. *TC TI 7. 3. 1988; Rep. 1990, p. 196 ss.* (phs) **(177)**

Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Inscription définitive – Clause arbitrale – CC 837 I ch. 3 *(Bauhandwerkerpfandrecht – Definitive Eintragung – Schiedsgerichtsvereinbarung – ZGB 837 I Ziff. 3).*

L'action tendant à l'inscription définitive d'une hypothèque légale peut être ouverte devant un tribunal arbitral à condition que les parties en aient ainsi disposé. *TC TI 22. 11. 1988; Rep. 1990, p. 210 ss.* (phs) **(178)**

Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Inscription définitive – Prorogation de for – Cession de créance; sort de la prorogation – CC 837 I ch. 3, CO 170 *(Bauhandwerkerpfandrecht – Definitive Eintragung – Gerichtsstandsvereinbarung – Abtretung der Forderung; Folgen für die Gerichtsstandsvereinbarung – ZGB 837 I Ziff. 3, OR 170).*

1. L'action tendant à l'inscription définitive de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs peut faire l'objet d'une prorogation de for. **2.** En cas de cession de la créance garantie par l'hypothèque, la clause de prorogation de for est transférée au cessionnaire (art. 170 CO), à moins qu'il ne résulte de la volonté des parties que la clause est inséparable de la personne du cédant. *TC TI 6. 2. 1990; Rep. 1990, p. 20.* (phs) **(179)**

Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Inscription provisoire – Départ du délai en cas de résiliation du contrat d'entreprise – CC 839 II *(Bauhandwerkerpfandrecht – Provisorische Eintragung – Fristbeginn bei Rücktritt vom Vertrage – ZGB 839 II).*

Lorsque le maître d'ouvrage résilie le contrat d'entreprise avant que l'ouvrage soit terminé, le délai pour obtenir l'inscription de l'hypothèque légale commence à courir le jour où la résiliation a été validement notifiée à l'entrepreneur, et non pas à partir du dernier travail exécuté par celui-ci. *TC TI 29. 12. 1989; Rep. 1990, p. 203.* (phs) **(180)**

Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Inscription définitive – Formalisme excessif – CC 837 I ch. 3, 839 II *(Bauhandwerkerpfandrecht – Definitive Eintragung – Überspitzter Formalismus – ZGB 837 I Ziff. 3, 839 II).*

1. L'action tendant à l'inscription définitive d'une hypothèque

légale d'artisans et d'entrepreneurs doit être introduite dans le délai fixé par le juge de l'inscription provisoire, faute de quoi l'inscription provisoire doit être radiée d'office. **2.** Si, dans ce délai, l'entrepreneur a ouvert une action en paiement de la créance garantie et que, après l'expiration du délai, il ouvre une action tendant à l'inscription définitive de l'hypothèque, il y aurait formalisme excessif à considérer que le délai fixé par le juge n'a pas été respecté, lorsque la motivation de la première demande mentionne l'inscription définitive de l'hypothèque. *TI TC 29.12.1989; Rep. 1990, p. 203.* (phs) **(181)**

Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten des Subunternehmers eines Generalunternehmers – ZGB 837 ff. *(Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en faveur du sous-traitant d'un entrepreneur général – CC 837 ss.)*

Die Ablieferung eines Werkes, welches mit Pfandrechten der Subunternehmer belastet ist, stellt eine vertragliche Schlechterfüllung seitens des Generalunternehmers dar. Sie berechtigt den Besteller, einen den Forderungen der Subunternehmer entsprechenden Abzug am Werklohn des Generalunternehmers vorzunehmen oder – nach erfolgter Befriedigung der Pfandgläubiger – die kraft Subrogation (OR 110 Ziff. 1, ZGB 827) auf ihn übergegangenen Forderungen der Subunternehmer mit derjenigen des Generalunternehmers zu verrechnen (BGE 104 II 355 E. bb; *Zobl,* Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda, ZSR 1982 II 1 ff., 105; *Schumacher,* Das Bauhandwerkerpfandrecht, 2. Aufl. 1982, Nr. 927 ff.). *BGr. (TF) 2. 10. 1990; BGE (ATF) 116 II 537 f.* **(182)**

Anmerkung: 1. Diese Erwägungen in einem Entscheid, welcher die aktienrechtliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates und der Kontrollstelle betrifft, setzen voraus, dass auch dem *Subunternehmer* der gesetzliche Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht zusteht. Denn der gesetzliche Pfandanspruch am Baugrundstück richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer dieses Grundstückes, d.h. gegen den Eigentümer des Baugrundstückes im Zeitpunkt der Eintragung des Baupfandes. Der Grundeigentümer muss nicht zugleich Vertragspartner des Unternehmers sein. Dies entspricht herrschender Lehre und Rechtsprechung (zur Bezeichnung des Bauhandwerkerpfandrechtes als *«Realobligation»* vgl. *Schumacher,* recht 1986, S. 90 ff.). **2.** Zutreffend lastet das Bundesgericht dem Generalunternehmer eine *Vertragsverletzung* («vertragliche Schlechterfüllung»; OR 97 ff.) an, wenn das Baugrundstück mit einem Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten eines Subunternehmers belastet wird. Im Unterschied zu BGE 104 II 355 wird dies nicht mehr als Mangel bezeichnet (zu diesem früheren Entscheid vgl. *Gauch,* Der Werkvertrag, Nr. 987; *Schumacher,* Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 878; beide mit weiteren Verweisungen). **3.** Wer zwecks Abwendung oder Löschung eines sein Grundstück belastenden Bauhandwerkerpfandrechtes an den Subunternehmer zahlt, wird daraus gegenüber dem Generalunternehmer erst *im Zeitpunkt der Zahlung* Gläubiger und damit zur Verrechnung berechtigt, falls die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. dazu *Aepli,* Zürcher Kommentar, N 57 zu Art. 123 OR). **4.** Hat der Bauherr den Generalunternehmer bereits vollumfänglich bezahlt und ist deshalb keine Verrechnung mehr möglich, besitzt der Bauherr einen entsprechenden Ersatzanspruch gegenüber dem Generalunternehmer. Ist dieser allerdings zahlungsunfähig, muss der Bauherr das Werk des Generalunternehmers teilweise *doppelt bezahlen,* um die Zwangsverwertung des Baugrundstückes zu vermeiden (zum Schutz gegen Doppelzahlungen vgl. *Schumacher,* Bauhandwerkerpfandrecht, Nr. 486 ff.). (rs)

Bauhandwerkerpfandrecht – Anspruch der Unternehmer gegenüber einem vorrangigen Grundpfandgläubiger auf gleichmässige Auszahlungen des Baukredites – ZGB Art. 840, 841 *(Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Droit des entrepreneurs à obtenir du créancier hypothécaire de rang antérieur des paiements réguliers du crédit de construction – CC 840, 841).*

1. Nach Sinn und Zweck der Art. 840 und 841 ZGB besteht ein Vorrecht der Baupfandgläubiger gegenüber der vorrangig grundpfandgesicherten Baukreditbank auch insoweit, als diese den als Gegenwert des Bodens verfügbaren Baukredit ungleichmässig an die einzelnen Baugläubiger ausgerichtet hat, so dass auf den klagenden Baupfandgläubiger verhältnismässig weniger als auf andere entfallen ist. **2.** Der Ersatz im Sinne von Art. 841 ZGB ist nach dem Grundsatz zu berechnen, dass der Anfechtende nicht mehr erhalten soll, als wenn der Baukredit ab Beginn an sämtliche Bauhandwerker verteilt worden wäre, und zwar im Verhältnis, in dem diese mit ihrer Arbeit zur Schaffung des Mehrwertes beigetragen haben. *BGr. (TF) 21. 4. 1989; BGE (ATF) 115 II 136 ff.* **(183)**

Anmerkung: 1. Dieses Urteil ist bereits von Dieter Zobl in dieser Zeitschrift einlässlich besprochen und *kritisiert* worden (BR 1990, S. 94 ff.). **2.** Inzwischen hat sich auch *Heidi Pfister-Ineichen,* Das Vorrecht nach Art. 841 ZGB und die Haftung der Bank als Vorgangsgläubigerin, Diss. Freiburg 1991, mit dem rapportierten Entscheid auseinandergesetzt und in einer sorgfältigen Analyse als *unhaltbar* bezeichnet (vgl. insbesondere S. 132 ff.). **3.** Der Rezensent schliesst sich diesen Kritikern an. Das Gleichmässigkeitsprinzip lässt sich weder mit dem Wortlaut des Gesetzes noch mit Zweck und System des Rechtsinstitutes des Bauhandwerkerpfandrechtes (gemäss dem schweizerischen Modell) begründen. Das Bundesgericht hat sich auch in diesem Entscheid wiederum auf seine eigene Praxis gestützt, die es nie richtig begründet hat. Zudem lässt sich das Gleichmässigkeitsprinzip in der Praxis, d.h. bei der Auszahlung des Baukredites entsprechend dem Fortschritt der Bauarbeiten, die von zahlreichen Unternehmern in «verschobenen» Phasen geleistet werden, nicht verwirklichen. Das Bundesgericht mutet den Banken hier fast «hellseherische» Fähigkeiten zu. (rs)

Bauhandwerkerpfandrecht – Subunternehmer und öffentlicher Bauherr *(Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Sous-traitant et maître d'ouvrage public).*

1. Im Unterschied zu einigen kantonalen und kommunalen Submissionsverordnungen ist die *Zahlungsfähigkeit* des Bewerbers nach der Submissionsverordnung des Bundes *kein Zuschlagskriterium.* Die Behörde des Bundes, welche Arbeiten vergibt, hat deshalb nicht zu prüfen, ob ein Bewerber zum Zeitpunkt der Submission und auch später seine Zahlungspflichten erfüllen kann. Die Submissionsverordnung enthält zum vornherein keinerlei Bestimmungen, welche die Gläubiger vor der Wahl eines wirtschaftlich schwachen Bewerbers schützen könnten. Das Amt für Bundesbauten verstiess somit nicht gegen ein zum Schutz der Gläubiger des Bewerbers (hier der Subunternehmer) erlassenes Gebot oder Verbot der Rechtsordnung, als es die Arbeiten für die Erweiterung der Armeeapotheke in Ittigen an eine Unternehmung vergab, ohne zu prüfen, ob diese ihre finanziellen Verpflichtungen erfüllen konnte. **2.** Es würde zu weit führen, dem Besteller eines Werks gestützt auf Art. 2 ZGB allgemein die Pflicht auferlegen zu wollen, beim Abschluss und bei der Abwicklung eines Generalunternehmervertrages geeignete Vorkehren dafür zu treffen, dass die vom Generalunternehmer zu bezahlenden Handwerker für ihre Werklohnforderungen auch wirklich befriedigt werden. Eine solche Pflicht könnte höchstens dort in Erwägung gezogen werden, wo mit Zahlungsschwierigkeiten des Generalunternehmers aufgrund konkreter Anhaltspunkte von Anfang an gerechnet werden muss und der Bauherr wissen muss, dass bei der Ausführung des Bauvorha-

bens Vertragspartner des Generalunternehmers zu Schaden kommen, wenn der Bauherr bei der Durchführung des Werkvertrages nicht die Vorsichtsmassnahmen trifft, die ihm zivilrechtlich möglich sind (BGE 108 II 311 E.b). **3.** Eine erhöhte Sorgfaltspflicht und mit ihr eine Haftung des Bundes lassen sich auch nicht daraus ableiten, dass an Liegenschaften, die zum Verwaltungsvermögen gehören, keine Bauhandwerkerpfandrechte errichtet werden können. Das öffentliche Recht bietet keine Grundlage für eine solche Staatshaftung. Das Bundesprivatrecht kennt nur den Anspruch des Bauhandwerkers auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts, nicht aber eine persönliche Haftung des Grundeigentümers für die Werklohnforderungen von Handwerkern, mit denen dieser nicht in einem Vertragsverhältnis steht. Die Einführung einer solchen Haftung auf dem Wege der Lückenfüllung, wie es die Kläger verlangen, würde nicht in das System unseres Zivilrechts passen, das eine ausservertragliche Haftung nur für widerrechtliche Schädigungen und ungerechtfertigte Bereicherungen kennt (BGE 103 II 238 f. E.5). *BGr. (TF) 23. 11. 1990; BGE (ATF) 161 Ib 367 ff.* **(184)**

Anmerkung: 1. Im rapportierten Fall wurde den Subunternehmern vorgängig die Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten verweigert. Die Armeeapotheke in Ittigen gehört zum *Verwaltungsvermögen* des Bundes. Der Subunternehmer, der auf einem Grundstück im Verwaltungsvermögen eines öffentlichen Bauherrn arbeitet, ist benachteiligt, weil er darauf *kein Bauhandwerkerpfandrecht* eintragen lassen kann. Das Bundesgericht begründet dies in ständiger Rechtsprechung damit, dass das Verwaltungsvermögen unverwertbar sei und deshalb auch nicht gepfändet werden könne (vgl. z.B. BGE 108 II 305 ff.). Eine Gesetzeslücke und damit den Anspruch auf eine andere (Ersatz-)Sicherheit hat das Bundesgericht in ständiger Praxis verneint (vgl. BGE 108 II 308 f., 103 II 238 f.), was von der Lehre überwiegend als stossend bezeichnet wird (vgl. für viele *Gauch*, Der Werkvertrag, Nr. 153 f. mit Verweisungen). **2.** Weil den Subunternehmern kein (dinglicher) Pfandrechtsanspruch gegenüber dem öffentlichen Bauherrn zusteht, wird von ihnen gelegentlich versucht, mittels einer (obligatorischen) Schadenersatzklage zu ihrem Werklohn zu kommen. Bis anhin war derartigen Klagen vor dem Bundesgericht kein Erfolg beschieden. Der rapportierte Entscheid liegt auf der Linie des BGE 108 II 305 ff. (betreffend Schulhaus Spreitenbach). Immerhin lässt das Bundesgericht die Frage eines Rechtsmissbrauchs (Art. 2 ZGB) für den Fall offen, in dem mit Zahlungsschwierigkeiten des Hauptunternehmers von Anfang an gerechnet werden musste und der öffentliche Bauherr wissen musste, dass Vertragspartner des Hauptunternehmers zu Schaden kommen, wenn der Bauherr nicht die (zivilrechtlich möglichen) Vorsichtsmassnahmen trifft (BGE 116 Ib 376, 108 II 311). Doch dürfen die Beweisschwierigkeiten des Subunternehmers nicht übersehen werden. Weiter ist es möglich, dass die einschlägige Submissionsverordnung Bestimmungen enthält, welche die Subunternehmer gegenüber einem wirtschaftlich schwachen Hauptunternehmer schützen (BGE 116 Ib 375). **3.** Staatliches Handeln sollte immer vorbildlich sein. Der Staat ist einer erhöhten Gerechtigkeitspflicht und damit auch einer strengeren Sorgfaltspflicht unterworfen (zur Gerechtigkeitsbindung des staatlichen Bauherrn vgl. *Schumacher*, Der Staat als Auftraggeber, Baurechtstagung 1991, Band I, S. 79 ff. im allgemeinen und S. 76 lit. b betreffend den Subunternehmer). Verwaltungsvermögen ist von der Belastung mit Bauhandwerkerpfandrechten ausgeschlossen. Damit wird der Staat gegenüber dem privaten Grundeigentümer privilegiert. Darf deshalb von der öffentlichen Hand nicht erwartet werden, dass sie mindestens bei der Gestaltung von Submissionsordnungen und/oder von einzelnen Werkverträgen die berechtigten Interessen der Subunternehmer schützt? Dies ist auch zivilrechtlich ohne weiteres möglich (z.B. durch Direktzahlungen an die Subunternehmer oder durch eine Bankgarantie zugunsten der Subunternehmer). (rs)

Bauhandwerkerpfandrecht – Pfandrechtsanspruch des vom Mieter beauftragten Unternehmers – ZGB 837 *(Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs – Droit de gage de l'entrepreneur engagé par le locataire – CC 837 ch. 3).*

1. Dem Institut des Bauhandwerkerpfandrechts liegt der Gedanke zugrunde, dass Bauhandwerker und -unternehmer in der Regel nicht zum voraus, sondern meist erst einige Zeit nach Fertigstellung ihrer Arbeit bezahlt werden. Zudem können ihre Ansprüche nicht etwa durch Fahrnispfand oder Eigentumsvorbehalt gesichert werden, weil ihre Leistungen zu Bestandteilen der Baute (und damit des Grundstücks) werden. Der dadurch entstandene Mehrwert des Grundstücks sollte jedoch trotzdem vorrangig denjenigen als Sicherheit dienen, die ihn geschaffen haben. Wegen dieses Schutzgedankens und der sozialpolitischen Ausrichtung des Bauhandwerkerpfandrechtes hat der Unternehmer für die von einem Mieter bestellten Bauleistungen grundsätzlich Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht. **2.** Im Mieterbau steht jedoch dem Grundeigentümer nicht die Möglichkeit offen, sich in der gleichen Weise am (unmittelbaren) Besteller der Arbeiten schadlos zu halten wie dort, wo von ihm selbst ein Generalunternehmer eingeschaltet worden ist. Im Gegensatz zum Generalunternehmer hat der Mieter keine mit den fraglichen Bauarbeiten zusammenhängende Geldforderung gegen den Grundeigentümer, von der dieser Zahlungen abziehen könnte, die er zur Abwendung einer Pfandverwertung einem Handwerker oder Unternehmer hat leisten müssen. Die Einräumung eines Pfanderrichtungsanspruchs rechtfertigt sich deshalb nur dann, wenn die vom Mieter bestellten, mit Zustimmung des Eigentümers ausgeführten Arbeiten infolge Akzession zu einer dauernden Wertvermehrung des Grundstückes geführt haben. **3.** Ob der Wert des Grundstückes vermehrt worden sei, ist nach einem objektiven Massstab zu beurteilen. Es ist deshalb im einzelnen Fall zu prüfen, ob die fraglichen Arbeiten «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet seien, den Wert der betreffenden Liegenschaft zu erhöhen». *BGr. (TF) 20. 12. 1990; BGE (ATF) 116 II 677 ff.* **(185)**

Anmerkung: 1. Die Frage, ob der Unternehmer für die vom Mieter bestellten Bauarbeiten den gesetzlichen Anspruch auf ein Baupfand besitzt, ist seit langem *kontrovers*. Im rapportierten Entscheid werden die verschiedenen Auffassungen, die in der Lehre und vom Bundesgericht selber früher vertreten worden sind, umfassend dargelegt. Die Frage dürfte weiterhin *kontrovers* bleiben. Das rapportierte Urteil war ein *Mehrheitsentscheid.* In der mündlichen Beratung verneinte ein Bundesrichter den Pfandrechtsanspruch im Mieterbau, weil ein solcher durch das Gesetz ausgeschlossen werde. Ein zweiter Bundesrichter bejahte hingegen den Pfandrechtsanspruch im Mieterbau ohne jegliche Einschränkung. Die Mehrheit von drei Stimmen stellte eine Gesetzeslücke fest und füllte diese dahingehend aus, dass zwar auch im Mieterbau grundsätzlich ein Anspruch auf ein Baupfand bestehe, jedoch – im Unterschied zum «normalen» Bauhandwerkerpfandrecht – nur unter *eingeschränkten Voraussetzungen*. Das Urteil ist dezidiert kritisiert worden (*Piotet,* L'entrepreneur du locataire a-t-il droit à une hypothèque légale? SJZ 1992, S. 213 ff.). **2.** Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB steht (beim Vorliegen der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen) der Anspruch auf ein Bauhandwerkerpfandrecht dem Unternehmer zu, der entweder den Grundeigentümer oder einen Unternehmer zum Schuldner hat. Der Mieter, der Bauarbeiten bestellt, ist jedoch weder der Grundeigentümer noch ein Unternehmer. Indem das Bundesgericht dem Handwerker im Mieterbau gleichwohl den Pfandrechtsanspruch zubilligte, nahm es eine *Gesetzeslücke* an und füllte diese aus, worauf *Piotet* (a.a.O., S. 219) hinweist. Die Notwendigkeit zur Lückenfüllung wurde in der mündlichen Beratung von der Mehrheit des Bundesgerichtes hervorgehoben, was jedoch keinen Niederschlag in der schriftlichen Begründung fand. **3.** Das Bundesgericht hat nicht übersehen, dass die Lage des Grundeigentümers *unterschiedlich* ist, je nachdem ob er *Bauherr* oder *Vermieter* ist. Deshalb wurde der Pfandrechtsanspruch im Mieterbau vom Bundesgericht *eingeschränkt:* Der Grundeigentümer muss den vom Mieter bestellten Bauarbeiten zugestimmt haben und diese müssen zu einer dauernden Wertvermehrung des Grundstückes geführt haben (BGE 116 II 683). Sinngemäss ergibt sich daraus auch eine quantitative Beschränkung, indem der unbezahlte Gegenwert der dauerhaften Wertvermehrung die Pfandsumme bestimmt, was im rapportierten Entscheid nicht ausdrücklich gesagt wird. Demgegenüber wird die Pfandsumme des «normalen» Baupfandes aufgrund der Vertragspreise festgelegt. **4.** Massgebend ist der objektive Mehrwert, den die Mieterbauten «nach dem

gewöhnlichen Lauf der Dinge» dem betreffenden Grundstück verschaffen. Das bedeutet, dass nur insoweit ein Pfandrechtsanspruch besteht, als die unbezahlten Mieterausbauten «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge» geeignet sind, dem Grundeigentümer zu einem höheren Mietertrag oder Verkaufserlös zu verhelfen. Die Schätzung dieses Mehrwertes kann in der Praxis zu Schwierigkeiten und zu einem zusätzlichen Prozessaufwand (Expertise) führen. Besonders heikel ist die Schätzung des objektiven Mehrwertes, wenn die vom Mieter bestellten Bauten noch nicht vollendet worden sind (z.B. zufolge eines Baustopps wegen Zahlungsunfähigkeit des Mieters). **5.** Für Mieterbauten nach dem 1. Juli 1990 stellt sich die Frage nach der «Harmonisierung» mit dem damals in Kraft getretenen *neuen Mietrecht*. Danach kann der Mieter Erneuerungen und Änderungen nur vornehmen, wenn der Vermieter *schriftlich* zugestimmt hat, und schuldet der Vermieter mangels anderer Vereinbarung nur die Entschädigung eines *erheblichen* Mehrwerts (Art. 260 a Abs. 1 und Abs. 3 OR). (rs)

Grundstückkaufvertrag – Contrat de vente immobilière

Grundstücksveräusserung vor Ablauf der Sperrfrist gemäss BBSG – BBSG 4 I lit. c *(Vente immobilière avant l'expiration du délai selon AFIR – AFIR 4 I lit. c).*

Art. 4 Abs. 1 lit. c BBSG bietet einem Unternehmer keine Grundlage, um eine Wohnbaute, an deren Erstellung er mitgewirkt hat, die er aber erst nach Fertigstellung an Zahlung nimmt oder übernehmen muss, vor Ablauf der Sperrfrist mit Gewinn zu veräussern. Gleich verhält es sich, wenn ein Beteiligter an einem Baukonsortium bei dessen Auflösung Wohneinheiten übernimmt oder übernehmen muss. *RR LU 10.7.1990; LGVE 1990 III, S. 257 ff., Nr. 12.* (ak) **(186)**

Bereicherungsanspruch bei Nichtigkeit eines Darlehensvertrags – Unverjährbarkeit grundpfandgesicherter Forderungen – OR 62 ff., ZGB 807 *(Enrichissement illégitime suite à la nullité d'un contrat de prêt – Imprescribilité des créances garanties par des gages – CO 62 ss, CC 807).*

1. Ein Darlehen, das gestützt auf einen nichtigen Darlehensvertrag gewährt wurde, kann nach Art. 62 ff. OR aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert werden. Das gilt auch dann, wenn die Nichtigkeit aus einem Verstoss gegen die massgeblichen Bestimmungen über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland herrührt – Art. 66 OR ist nicht anwendbar (Art. 26 Abs. 4 lit. b BewG). **2.** Der Bereicherungsanspruch umfasst auch die Kreditzinsen. **3.** Die für die Darlehensforderung bestellten Grundpfandrechte sichern auch die an deren Stelle tretenden Bereicherungsansprüche; diese unterliegen damit keiner Verjährung (Art. 807 ZGB). *KGr. GR 28.5.1990; PKG 1990, S. 36 ff., Nr. 6.* **(187)**

Anmerkung: 1. In casu war nicht eine Rückforderungsklage des Darlehensgebers zu beurteilen, sondern eine Feststellungsklage des Darlehensnehmers, der festgestellt haben wollte, dass er aus den Darlehensverträgen nichts mehr schulde. Zur Zulässigkeit solcher (negativen) Feststellungsklagen (im Entscheid ist davon nicht die Rede) s. *Guldener,* Zivilprozessrecht, S. 207 ff., *Vogel,* Zivilprozessrecht, S. 139 f. **2.** Das Gericht unterstellt, dass die Bereicherungsforderung nur im Umfang der Entreicherung (des Darlehensgebers) besteht. Dieses Erfordernis ist in der Lehre allerdings umstritten (vgl. z.B. *Keller/Schaufelberger,* Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 42 ff.). **3.** Die Frage, ob ein Pfandrecht nicht nur die Darlehensforderung, sondern auch eine allfällige Bereicherungsforderung, die an deren Stelle tritt, umfasst, kann nicht allgemein beantwortet werden. Jedenfalls ist vorausgesetzt, dass sich eine entsprechende Abmachung im Pfandvertrag findet (vgl. *Oftinger/Bär,* N 160 zu Art. 884 ZGB). Bei Grundpfandrechten ist den speziellen grundbuchrechtlichen Anforderungen zu genügen. Das Kantonsgericht Graubünden ist der Meinung, der Wille, auch eine bereicherungsrechtliche «Ersatzforderung» in den Sicherungszusammenhang einzubeziehen, sei zu vermuten. Das mag zutreffen. Doch ist bei Grundpfandrechten – um ein solches ging es in casu – zu beachten, dass der Parteiwille formgerecht erklärt, d.h. öffentlich beurkundet sein muss (Art. 799 ZGB). Davon ist im Entscheid nicht die Rede, und die vom Kantonsgericht zitierte Literatur betrifft nicht speziell die Grundpfandrechte, sondern zum überwiegenden Teil das Fahrnispfand. **4.** Im Unterschied zu den grundpfandrechtlich gesicherten Forderungen können Forderungen, die durch Fahrnispfand gesichert sind, verjähren. Der Verjährungseintritt «verhindert jedoch den Gläubiger nicht an der Geltendmachung des Pfandrechtes» (Art. 140 OR). (ak)

Zivilprozessrecht – Procédure civile

Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache für Klagen, «die mit einem Grundstück in Zusammenhang stehen» – ZPO GR 10 II *(For du lieu de situation de l'immeuble pour les actions relatives à des ouvrages faits sur cet immeuble – CPC GR 10 II).*

Der Kläger klagte gegen den in Chur wohnhaften Beklagten beim Bezirksgericht Albula – d.h. bei dem für das in Alvaneu gelegene Grundstück zuständigen Gericht – einerseits auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts und Feststellung der damit sicherzustellenden Werklohnforderung, anderseits aber zusätzlich auf eine Werklohnforderung für weitere Bauarbeiten im Zusammenhang mit der Überbauung des Grundstücks in Alvaneu.

1. Art. 59 BV (der einen Anspruch des Beklagten verbrieft, für obligatorische Klagen vor seinem Wohnsitzrichter belangt zu werden) hat nur interkantonale und internationale Bedeutung und kommt für die innerkantonale Gerichtsstandsausscheidung nicht direkt zur Anwendung. Die vom Bundesgericht entwickelte Praxis zum Verhältnis des allgemeinen Gerichtsstands am Wohnsitz des Beklagten zu den besonderen Gerichtsständen gilt aber analog im innerkantonalen Bereich. **2.** Der vom Gesetz geforderte enge Zusammenhang der eingeklagten Forderung mit dem im Gerichtskreis gelegenen Grundstück ist aber ohne weiteres gegeben, so dass das Gericht Alvaneu – am Ort der gelegenen Sache – zuständig ist. *KGr. GR 13. 10. 1990; PKG 1990, S. 50, Nr. 11.* **(188)**

Anmerkung: 1. Neuere Prozessordnungen sehen den Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache auch für bloss obligatorische Klagen vor, «die mit einem Grundstück in Zusammenhang stehen». Diese Gerichtsstände sind mit Art. 59 BV unverträglich, weil der Beklagte für «persönliche Ansprachen» – d.h. eben für obligatorische Klagen – Anspruch auf seinen Wohnsitzrichter hat. (Von dieser Auffassung ist das Bundesgericht auch in neuster Zeit selbst für Klagen auf Übertragung von Eigentum oder anderen dinglichen Rechten an Grundstücken nicht abgewichen, BGE 117 II 29. Zeitgemäss ist diese Auffassung allerdings in einem Zeitpunkt nicht mehr, in welchem wegen des Beitritts der Schweiz zum Lugano-Übereinkommen die Aufhebung der Gerichtsstandsgarantie vor der Türe steht. Vgl. *Vogel,* Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. A., S. 94, 107.) **2.** Nicht beizupflichten ist der Behauptung, die Grundsätze von BV 59 würden auch im innerkantonalen Verhältnis zwischen allgemeinem Gerichtsstand und den besonderen Gerichtsständen gelten. Hier stellt sich einzig die Frage, ob die vom kantonalen Recht geforderten Voraussetzungen für einen besonderen Gerichtsstand (hier am Ort der gelegenen Sache) gegeben sind. Und das ist denn auch das einzige, was der Entscheid in der Folge prüft. (ov)

Verhandlungsmaxime – Umfang der Behauptungs- und Bestreitungslast – FR ZPO 4 und 130, ZGB 8 *(Autonomie des*

parties – Etendue du fardeau d'alléguer et de contester – CPC FR 4 II et 130, CC 8).

Die Gemeinde A verkaufte 1985 ein unüberbautes Grundstück dem X. Der Kaufvertrag enthielt die Klausel, dass «innert einer Frist von drei Jahren gebaut werden muss, ansonst die Parzelle zu den gleichen Bedingungen durch die Gemeinde zurückgekauft werden kann.» Einen knappen Monat vor Ablauf der Dreijahresfrist übte der Gemeinderat das Rückkaufsrecht aus, worauf X am letzten Tag der Frist ein Baugesuch einreichte. – Die Gemeinde klagte gegen X auf Zusprechung des Eigentums am Grundstück. Die Klage wurde vom Bezirksgericht mit der Begründung abgewiesen, die Bedingung des «Bauens» innert der Dreijahresfrist sei durch die Einreichung des Baugesuchs erfüllt. Das Kantonsgericht Freiburg liess diese Frage offen. Es wies die Klage mit der Begründung ab, nach dem freiburgischen Gemeindegesetz falle der Kauf von Grundstücken in die Kompetenz der Gemeindeversammlung; hier sei das Rückkaufsrecht aber vom Gemeinderat ausgeübt worden, weshalb die Erklärung mangels Vertretungsmacht unwirksam sei. Gegen dieses Urteil erhob die Gemeinde A mit staatsrechtlicher Beschwerde (SrB) beim Bundesgericht die Willkürrüge, indem sie geltend machte, ihre Behauptung, sie – die Gemeinde – habe das Rückkaufsrecht ausgeübt, sei nicht bestritten worden, weshalb sie dem Urteil hätte zugrundegelegt werden sollen. Mit bundesrechtlicher Berufung (Ber) rügte sie ferner die Verletzung von ZGB 8 dadurch, dass dem Urteil nicht die unbestrittene Tatsache zugrundegelegt worden sei, das Rückkaufsrecht sei vom Gemeinderat gestützt auf eine Ermächtigung durch die Gemeindeversammlung ausgeübt worden. – Das Bundesgericht weist beide Rechtsmittel ab.

1. Die Verhandlungsmaxime, nach welcher die Parteien die Tatsachen zu behaupten haben, auf welche das Gericht die Rechtssätze zur Anwendung bringen soll, gehört dem *kantonalen Recht* an. Indessen ist nach einem ungeschriebenen Grundsatz des *Bundesrechts* das regelmässig Gegebene nicht zu behaupten. Welche Sachumstände die Eigenschaft des implizit Vorgebrachten tragen, ist daher eine Frage des Bundesrechts. Für solche Sachumstände entsteht eine prozessuale Behauptungslast erst, wenn der Prozessgegner sie bestreitet (Ber). **2.** Eine Tatsachenbehauptung braucht daher nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Die ausdrückliche Behauptung einer Tatsache darf aber nur unterbleiben, wenn sie ohne allen Zweifel in einem anderen Sachvorbringen enthalten ist. Implizite liegt z.B. in der substanzierten Geltendmachung eines Anspruches die Behauptung der Aktivlegitimation, in der Einreichung einer Urkunde die Behauptung der Echtheit der Unterschrift und der Richtigkeit des Datums. Im vorliegenden Fall hatte die Klägerin nur das vom Gemeindeammann (Gemeindepräsidenten) und vom Gemeindeschreiber unterzeichnete Schreiben mit der Ausübungserklärung vorgelegt. Daraus leitete das Kantonsgericht ab, die Erklärung sei vom Gemeinderat ausgegangen. Mehr – dass der Gemeinderat gestützt auf einen ihn ermächtigenden Gemeindeversammlungsbeschluss gehandelt habe – musste es von Bundesrechts wegen nicht annehmen, und die Beklagte musste dergleichen nicht bestreiten (Ber). **3.** Die Annahme des Kantonsgerichts, die Ausübungserklärung sei (nur) vom Gemeinderat ausgegangen, war auch nicht unhaltbar und verletzte damit die Verhandlungsmaxime (FR ZPO 4 Abs. 2: Der Richter «darf sein Urteil nur auf Tatsachen stützen, welche die Parteien im Verfahren vorgebracht haben») nicht. Das fragliche Schreiben war «namens des Gemeinderates von A» unterzeichnet (SrB). *KGr. (TC) FR 13. 11. 1990; BGr. (TF) 30. 9. 1991; FZR (RFJ) 1992, 1, S. 64 ff. Nr. 7.* **(189)**

Anmerkung: 1. Die Verhandlungsmaxime gehört zwar dem kantonalen Recht an. Leitplanken setzt aber auch hier das Bundesrecht: indem es bestimmt, was in expliziten Parteibehauptungen als implizit mitbehauptet zu gelten hat und was nicht, und indem es bestimmt, wie weit ein Sachverhalt zu substanzieren ist (BGE 108 II 339 ff.). Ein weiteres Beispiel für die fast unentwirrbare Verflochtenheit des kantonalen und des Bundesrechts auf dem Gebiete des Prozessrechts! **2.** Im Entscheid über die staatsrechtliche Beschwerde umschreibt das Bundesgericht wieder einmal den Willkürbegriff: Willkür liegt im Bereich der Beweiswürdigung nur vor, wenn die richterlichen Feststellungen offensichtlich unhaltbar sind. Und weiter: «Die Aufhebung des angefochtenen Entscheids rechtfertigt sich zudem nur dort, wo sich nicht nur die Begründung, sondern auch *das Ergebnis als unhaltbar erweist*». Das war hier – wo der Käufer sich ernstlich, wenn auch etwas spät, ums Überbauen bemühte – nach der Meinung des Bundesgerichts offensichtlich nicht der Fall. (ov)

Wiederherstellung – Verschulden eines Architekten – ZPO SH 55 *(Restitution – Faute d'un architecte – CPC SH 55).*

Der Kläger war unentschuldigt nicht zur Sühneverhandlung vor dem Friedensrichter erschienen. Er hatte zwar «aus beruflichen Gründen» ein Verschiebegesuch gestellt, das aber nicht beantwortet worden war. Das Geschäft war daher abgeschrieben worden. Der Kläger erhob dagegen Rekurs, und das Obergericht erblickte darin auch ein Wiederherstellungsgesuch.

1. «Berufliche Inanspruchnahme bildet in der Regel keinen zureichenden Grund für die Verschiebung eines Gerichtstermins, weil mit der Teilnahme an einer Verhandlung in der Mehrzahl der Fälle eine Störung in der Berufstätigkeit der zum Erscheinen verpflichteten Partei notwendigerweise verbunden ist, die Partei also wegen dieser prozessualen Pflicht eine solche Störung in Kauf nehmen muss.» Das an den Friedensrichter gerichtete Verschiebungsgesuch war daher unbegründet. 2. Auf Wiederherstellungsgesuch hin kann eine Verhandlung auch ohne Einwilligung der Gegenpartei neu angesetzt werden, wenn der Partei oder ihrem Vertreter keine grobe Nachlässigkeit zur Last fällt (ZPO SH 55 Abs. 1). «Dabei ist davon auszugehen, dass es sich beim Kläger als Architekt *um eine im Umgang mit Behörden keineswegs unbeholfene Partei handelt.*» Wenn er gleichwohl eine Verhandlung versäumte, ohne auf sein Verschiebungsgesuch Antwort erhalten zu haben, verletzte er seine Sorgfaltspflicht. Das schliesst die Wiederherstellung aus. *OGr. SH 20. 9. 1991; AB SH 1991, S. 82 ff.* **(190)**

Anmerkung: Prozessieren ist mit strengen Formen verbunden, damit der Prozess gefördert und innert nützlicher Frist zu Ende gebracht werden kann. Darum werden Termine nicht leichthin, sondern nur «aus zureichenden Gründen» verschoben. Die Feststellungen des Obergerichtes Schaffhausen darüber, dass berufliche Inkommoditäten nicht von der Einhaltung gerichtlicher Termine dispensieren und dass Architekten als «nicht unbeholfene Parteien» eine erhöhte Sorgfaltspflicht im Umgang mit Gerichten trifft, treffen ins Schwarze und sollen beherzigt werden. (ov)