

Die Rechtsprechung

La jurisprudence

Prof. P. Gauch (pg); Prof. Pierre Tercier (pt); M^e Franz Werro (fw); Prof. A. Koller (ak); Prof. B. Schnyder (bs);
Prof. P. H. Steinauer (phs).

Submission – Soumission

Anforderungen an das Leistungsverzeichnis – Umschreibung der Materialqualitäten (*Exigences relatives au cahier des charges – Description des qualités des matériaux*).

1. Nach der einschlägigen (hier anwendbaren) Submissionsverordnung sind die sachlichen und zeitlichen Grundlagen der Bewerbungen in einem ausführlichen Leistungsverzeichnis niederzulegen, welches auch die Materialqualitäten enthält. Im vorliegenden Fall wird gerügt, es seien «diverse Positionen über Material nicht genau beschrieben» worden. «Bei der Durchsicht der Devis ergibt sich aber, dass bei den angeführten Positionen die Materialqualitäten umschrieben waren, hingegen wurde die Wahl der Typen und der konkreten Markenprodukte den Offerenten überlassen». 2. «Dieses Vorgehen ist richtig; denn Markenbezeichnungen und genaue Typenwahl sind in den Offertunterlagen möglichst zu meiden, weil dies in bezug auf die Waren- und Materiallieferungen in erheblichem Masse wettbewerbsbeschränkend ist.» Dementsprechend fordert denn auch die Submissionsverordnung «richtigerweise nicht die Aufnahme von Typen, Marken usw. ins Leistungsverzeichnis». 3. «Wenn ein Offerent im Rahmen des ihm durch das Leistungsverzeichnis belassenen Handlungsspielraumes ein Produkt offeriert, welches qualitativ nicht genügt, so kann das Gemeinwesen ... im Rahmen der fachlichen Prüfung des Angebotes die erforderliche Bereinigung vornehmen. Die Offerte eines preisgünstigen Produktes für sich allein ist allerdings keineswegs Grund für eine solche Korrektur. Wenn ein Offerent in der Lage ist, ein preisgünstiges Produkt, das qualitativ in Ordnung ist und den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses genügt, anzubieten, so entspricht es gerade dem Sinn der Submissionsbestimmungen, dass solche Angebote eruiert werden». *VGr SZ 17.10.1989, EGV SZ 1989, Nr. 18, S. 45 f.* (145)

Anmerkung: 1. «Markenbezeichnungen und genaue Typenwahl sind in den Offertunterlagen möglichst zu meiden, weil dies in bezug auf die Waren- und Materiallieferungen in erheblichem Masse wettbewerbsbeschränkend ist.» Diese Feststellung des Schwyzer Verwaltungsgerichts ist zutreffend und ausserdem auch «europaverträglich». 2. Art. 10 Ziff. 6 der EG-Baukoordinierungsrichtlinie lautet: «Die Mitgliedstaaten verbieten die Aufnahme von Beschreibungen technischer Merkmale in die Vertragsklauseln für einen bestimmten Bauauftrag, die Erzeugnisse einer bestimmten Produktion oder Herkunft oder besondere Verfahren erwähnen und zur Wirkung haben, dass bestimmte Unternehmen bevorzugt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dass diese technischen Merkmale durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sind; verboten ist insbesondere die Angabe von Warenzeichen, Patenten oder Typen sowie die Angabe eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion. Eine solche Angabe mit dem Zusatz «oder gleichwertiger Art» ist jedoch zulässig, wenn der Auftraggeber den Auftragsgegenstand nicht durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen beschreiben kann.» 3. Zur Baukoordinierungsrichtlinie der EG vgl. den Aufsatz in BR 1991, S. 3 ff. (pg)

Anfechtung von Arbeitsvergaben – Privilegierung Einheimischer (*Contestation de l'adjudication – Privilèges donnés aux soumissionnaires locaux*).

1. Entscheide über Arbeitsvergaben werden auf Beschwerde hin aufgehoben, «wenn der Entscheid nicht nur

unrichtig, sondern darüber hinaus schlechthin unhaltbar ist, namentlich wenn er einen allgemeinen Rechtsgrundsatz offensichtlich schwer verletzt oder in stossender Art dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft» (BGE 97 I 352). Wenn allerdings das Submissionsverfahren weder in einem rechtsetzenden Reglement geregelt noch ein Rechtsmittelverfahren vorgesehen ist, wird der Sachverhalt nur noch äusserst zurückhaltend untersucht; der gerügte Mangel muss dann «geradezu in die Augen springen», damit die Beschwerde Erfolg hat. In diesem Fall geniesst also das Gemeinwesen einen grösstmöglichen Ermessens- und Gestaltungsspielraum. In der Tat ist denn auch (vom Submittenten aus betrachtet) nicht einzusehen, «weshalb in der freien Marktwirtschaft an eine öffentliche Bauherrschaft bei der Arbeitsvergabe – abgesehen von einigen Besonderheiten – strengere Anforderungen als an eine private Bauherrschaft zu stellen sind». 2. In vielen Gemeinden wird das einheimische Gewerbe bei den Arbeitsvergaben begünstigt. Eine solche Begünstigung ist fragwürdig. Erstens fragt sich, ob sie nicht gegen die verfassungsmässig garantierte Handlungs- und Gewerbefreiheit verstösst. Und zweitens fragt sich, ob die Begünstigung Einheimischer, soweit dafür höhere Kosten in Kauf genommen werden, mit einer wirtschaftlichen Haushaltsführung der Gemeinde vereinbar ist. Mit den vielen ausgebauten Kommunikationsmöglichkeiten und der hohen geographischen Mobilität der Lieferanten wird zudem die Ortsgebundenheit immer bedeutungsloser. 3. Sicher ist jedenfalls, dass es den Begriff des «Einheimischen» weit zu fassen gilt, sofern er nicht in einem rechtsetzenden Reglement selbst umschrieben wird. Das Steuerdomizil, der Geschäftssitz und der Wohnsitz gelten dabei als gleichbedeutend. *RR SO 13.6.1989; SOGE 1989, Nr. 7, S. 33 ff.* (146)

Anmerkung: 1. Dieser Entscheid des Regierungsrates Solothurn befasst sich mit der Anfechtung öffentlicher Arbeitsvergaben und mit der Privilegierung «einheimischer» Bewerber. Die verbreitete (durch entsprechende Submissionsordnungen noch geförderte) Praxis, «einheimischen» Submittenten den Vorzug zu geben («auswärtige» Submittenten also zu diskriminieren), ist in der Tat «fragwürdig» und wirkt auf dem Hintergrund einer europäischen Vereinheitlichung des Baumarktes eher rückständig. Dass der Begriff des «Einheimischen» weit gefasst wird, ist deshalb nur zu begrüssen. Vgl. bereits die Anmerkungen zu BR 1990, S. 98, Nr. 126, und BR 1990, S. 70, Nr. 62; beachte auch Michel, Submission und Protektionsnismus, BR 1989, S. 30. 2. Die Frage, ob ein nichtberücksichtigter Submittent die Arbeitsvergabe durch das Gemeinwesen mit förmlicher Beschwerde des öffentlichen Rechts anfechten kann, berührt ein vieldiskutiertes und ebenso umstrittenes Thema (vgl. die Anmerkung zu BR 1987, S. 13, Nr. 1, mit weiteren Hinweisen; zur Praxis des Bundesgerichts: BR 1982, S. 13, Nr. 1; 1990, S. 69, Nr. 60; ausführlich: Gauch, Der Werkvertrag, Nr. 370 ff.; zum Teil abweichend: Michel, BR 1982, S. 52 ff.). 3. Wird aber die Anfechtungsmöglichkeit bejaht, so kann es für die Beurteilung der eingereichten Beschwerde und die Voraussetzungen, unter denen sie gutzuheissen ist, nicht mehr darauf ankommen, ob das Rechtsmittelverfahren in einem «rechtsetzenden Reglement» vorgesehen ist oder nicht. Fehlt es für den öffentlichen Rechtsschutz an einer speziellen Gesetzes- oder Verordnungsvorschrift, so wäre es richtig, die Beschwerdemöglichkeit überhaupt zu verneinen (Gauch, a.a.O.). Ausserdem ist zu merken: 4. Der Anfechtung durch Beschwerde untersteht (wenn überhaupt) immer nur der bekanntgegebene Entscheid der zuständigen Behörde, den Bauwerkvertrag mit diesem (nicht mit einem andern) Unternehmer abzuschliessen. Der bereits abgeschlossene Bauwerkvertrag kann hingegen nie durch öffentlich-rechtliche Beschwerde angefochten werden (Gauch, a.a.O., Nr. 377; Anmerkung zu BR 1987, S. 13, Nr. 1). 5. Eine andere Frage dagegen ist, ob der

zu Unrecht übergangene Submittent allenfalls befugt ist, den abgeschlossenen Bauwerkvertrag in sinngemässer Anwendung des Art. 230 I OR anzufechten. Bejahend: *Stoffel*, Zur Möglichkeit der Anfechtung des Zuschlags bei privaten und staatlichen Submissionen analog zum Steigerungskauf, in: *Tercier/Hürlimann*, «In Sachen Baurecht», Freiburg 1989, S. 31 ff.; ablehnend: *Gauch*, a.a.O., Nr. 368 f. (pg)

Widerruf des Zuschlagsentscheides durch die staatliche Vergabebehörde (*Révocation de l'adjudication par les autorités d'adjudication*).

1. Nach den Grundsätzen des kantonalen (öffentlichen) Rechts kann der Zuschlagsentscheid einer Gemeinde widerrufen werden, wenn «eine von der ursprünglichen Entscheidungsgrundlage wesentlich abweichende Sach- oder Rechtslage besteht und nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen dem Widerruf entgegenstehen». 2. «Ändern das Devis- bzw. die anzubietenden Leistungen grundlegend, so ist die Zulässigkeit zumindest unter dem Blickwinkel der geänderten Sach- oder Rechtslage zu bejahen. Es bleibt dann abzuklären, ob öffentliche oder private Interessen dem Widerruf entgegenstehen.» 3. «Hinsichtlich der öffentlichen Interessen ist klar festzustellen, dass es dem Gemeinwesen offenstehen muss, ein ausgeschriebenes Projekt abzuändern oder sogar fallenzulassen, und zwar auch im Zeitpunkt nach dem Zuschlag. Aus der Sicht der Privaten besteht – zumindest bis zum Zeitpunkt des Zuschlagsentscheides – kein Anspruch darauf, eine ausgeschriebene Arbeit ausführen zu lassen. Bis zu diesem Zeitpunkt haben sie keine diesbezüglichen rechtlich relevanten Interessen. Nach dem Zuschlag, welcher eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung zwischen dem Bewerber und dem Gemeinwesen herstellt mit dem Inhalt, dass der Bewerber als Vertragspartner bestimmt wird, hat der Bewerber ein schützenswertes Vertrauen.» 4. «Im vorliegenden Fall war aber der Zuschlagsentscheid unter Vorbehalt ausgesprochen worden. Ausserdem hat der Rekurrent mit der einwandlosen Beteiligung am zweiten Wettbewerb zumindest konkludent gezeigt, dass er mit dem Vorgehen einverstanden war. Seine Interessen vermögen daher die öffentlichen Interessen am Widerruf nicht zu überwiegen.» *VGr. GR 20.5.1990; PVG 1990, Nr. 8, S. 35 ff.* (147)

Anmerkung: 1. Der zitierte Entscheid bedarf einer *Klarstellung* für den Fall, da der Werkvertrag mit einem bestimmten Anbieter bereits zustandegekommen ist. Trifft dies zu, so beurteilt sich das Schicksal des abgeschlossenen Vertrages nach den Bestimmungen des OR, nicht nach dem öffentlichen Recht. Denn auch der Werkvertrag zwischen öffentlichem Bauherrn und privatem Unternehmer untersteht in jeder Hinsicht und ausschliesslich dem privaten Recht. 2. Zieht es der öffentliche Bauherr vor, von der Ausführung vereinbarter Bauarbeiten abzusehen, so steht es ihm zwar frei, den Werkvertrag nach OR 377 aufzulösen. Macht er aber von diesem Recht Gebrauch, so hat der Unternehmer Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit und auf volle Schadloshaltung, die im Ersatz des Erfüllungsinteresses besteht. 3. Ein Rückgriff auf OR 377 (mit der darin umschriebenen Schadenersatzfolge) erübrigt sich allerdings dann, wenn ein *besonderer Auflösungsgrund* (etwa Schuldnerverzug des Unternehmers, OR 366) vorliegt. Ausserdem ist möglich, dass der abgeschlossene Vertrag an einem Mangel leidet, der ihn *nichtig* (OR 20) oder *einseitig unverbindlich* macht (OR 21 und 23 ff.). Insbesondere fällt der Werkvertrag (unter Vorbehalt des Art. 25) dahin, wenn der Bauherr sich beim Vertragsabschluss in einem wesentlichen Irrtum (OR 23 f.) befunden hat, den er in der Folge rechtzeitig (OR 31) geltend macht. Bei fahrlässigem Irrtum (aber nur dann) schuldet der Bauherr zwar auch in diesem Falle Schadenersatz, grundsätzlich aber bloss den Ersatz des negativen Interesses (OR 26). 4. Schliesslich kommt es vor, dass der Werkvertrag *unter einer Bedingung oder einer Voraussetzung abgeschlossen* wurde. Alsdann gilt was folgt: a. Der aufschiebend bedingte Vertrag wird erst verbindlich, wenn die Bedingung eintritt (OR 151); der auflösend bedingte Vertrag verliert seine Wirksamkeit, sobald die Bedingung in Erfüllung geht (OR 154). So oder anders besteht die

vereinbarte Bedingung in einer ungewissen Tatsache, die zur Zeit des Vertragsabschlusses noch in der Zukunft liegt. b. Wurde der Werkvertrag dagegen unter einer Voraussetzung abgeschlossen, so soll er nach der getroffenen Vereinbarung nur wirksam sein, wenn ein bestimmter Umstand zur Zeit des Vertragsabschlusses oder in einem früheren Zeitpunkt bestanden hat. Stellt sich heraus, dass es an der vereinbarten Voraussetzung fehlt, so bleibt der Vertrag von Anfang an unwirksam. (pg)

Begründungspflicht der staatlichen Vergabebehörden – Zuschlagskriterium des «günstigsten» Angebotes (*Obligation d'exposer les motifs des autorités d'adjudication – Critère de l'offre «la plus favorable»*).

1. Die Vergabebehörden haben die nicht berücksichtigten Wettbewerbsteilnehmer angemessen ins Bild zu setzen. Nicht oder nur ungenügend begründete Vergabungsentscheide verstossen gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör; sie sind aufzuheben und zur Durchführung eines ordnungsgemässen Submissionsverfahrens an die Vergabebehörde zurückzuweisen. 2. Dass die Submittenten sich bereits vor der Fällung des Vergabeentscheides (namentlich bei der Offerteröffnung) über ihre Zuschlagschancen informieren können, vermag an der Begründungspflicht der Vergabebehörden nichts zu ändern. Das leuchtet schon deshalb ein, weil innerhalb der vom Regierungsrat festgelegten Toleranzwerte den Vergabebehörden ein grosses Ermessen zukommt. 3. «Die Behörde muss nicht unbedingt das günstigste Angebot berücksichtigen, sondern sie kann jenem den Vorzug geben, welches ihren Anforderungen, Bedürfnissen und Wünschen am ehesten entspricht. Das der Behörde zustehende Ermessen bedeutet aber nicht, dass sie die Wahl frei von jeder Sachlichkeit vornehmen kann. Der Entscheid muss sich trotz des der Gemeinde zustehenden Ermessens auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, ansonsten er willkürlich getroffen worden ist.» 4. «Diejenigen Bewerber, deren Offerten zwar im Toleranzbereich liegen, aber nicht berücksichtigt worden sind, haben deshalb einen Anspruch darauf zu erfahren, aus welchen Gründen der Auftrag einem Konkurrenten vergeben worden ist, zumal gerade diese entscheidenden Gründe anhand des ... Offerteröffnungsprotokolls in keiner Weise ersichtlich sind.» *VGr. GR 2.5.1990; PVG 1990, Nr. 9, S. 39 ff.* (148)

Anmerkung: 1. Im Ergebnis ist der zitierte Entscheid schon fast «europatauglich», was ein Vergleich mit der *EG-Baukoordinierungsrichtlinie* (BKL) zeigt. Auch Art. 5a Abs. 1 und 2 dieser Richtlinie sehen eine Begründungspflicht der Vergabebehörden vor. Danach sind die Auftraggeber auf Antrag eines Bewerbers oder Bieters verpflichtet, über die Gründe seiner Ablehnung Auskunft zu geben, einen Vergabeverzicht oder die erneute Einleitung des Verfahrens zu motivieren oder den Namen eines erfolgreichen Bieters mitzuteilen (vgl. *Gauch*, Die Baukoordinierungsrichtlinie der EG, BR 1991, S. 8 f.). 2. Auf die Erwägungen, die dem Entscheid zugrundeliegen, soll hier nicht im einzelnen eingetreten werden. Nur eine Aussage möchte ich herausgreifen, nämlich den Satz, dass die Vergabebehörde «nicht unbedingt das günstigste Angebot berücksichtigen» muss. Dieser Satz erstaunt. Denn: 3. Das «günstigste» ist vom «billigsten» («niedrigsten») Angebot zu unterscheiden. Das «billigste» Angebot braucht nicht notwendigerweise das «günstigste» zu sein, weshalb die Submissionsordnungen der Schweiz in aller Regel davon absehen, die Vergabebehörde an das Zuschlagskriterium des «billigsten» Angebotes zu binden. Dass aber nicht einmal das Kriterium des «günstigsten» Angebotes gelten soll, widerspricht der schweizerischen Rechtstradition und dem berechtigten Schutzbedürfnis der Submittenten. Mit Rücksicht darauf ist nicht auszu-schliessen, dass auch der Verfasser des vorliegenden Entscheides das «billigste» Angebot gemeint, aber das «günstigste» geschrieben hat. 4. Welches Angebot das «günstigste» ist, beurteilt sich nach verschiedenen Kriterien (z.B. Preis, Fristen, Betriebskosten, Rentabilität, technischer und künstlerischer Wert), die von Fall zu Fall variieren. Diesbezüglich hat die Vergabebehörde einen weiten Ermessensspielraum, was es ihr durchaus erlaubt, ihren «Anforderungen,

Bedürfnissen und Wünschen» Rechnung zu tragen. Um aber eine rechtsgleiche Behandlung der Submittenten zu gewährleisten und willkürliche Vergabeentscheide zu verhindern, ist erforderlich, dass die massgeblichen Kriterien und deren Rangordnung im voraus bekanntgegeben, also nicht erst nachträglich (etwa in der Begründung des Vergabeentscheides) «nachgeschoben» werden (vgl. auch Art. 29 BKL = BR 1991, S. 7 f.). 5. Zu den Kriterien, welche die Vergabebehörde beachtet, gehört bisweilen auch die Ortsansässigkeit des Bewerbers (vgl. z.B. PVG 1988, Nr. 7, S. 27 ff. = BR 1990, S. 70, Nr. 62). Dafür mag die Überlegung sprechen, dass sich die Vergabe an einen ortsansässigen (statt einen ortsfremden) Unternehmer positiv auf die Steuereinnahmen des Gemeinwesens auswirkt, weshalb die Ortsansässigkeit des Bewerbers ein Umstand ist, der die Wirtschaftlichkeit seines Angebotes mittelbar beeinflusst. Um die Diskriminierung Ortsfremder zu vermeiden, sollte die Wirtschaftlichkeit des Angebotes aber nur am Nutzen des Bauwerkes selbst gemessen werden (so auch Art. 29 BKL = BR 1991, S. 7), ganz abgesehen davon, dass die praktizierte Bevorzugung Einheimischer trotz allfälliger Steuervorteile nicht notwendigerweise im Interesse des Gemeinwohles liegt (vgl. die Anmerkungen zu BR 1990, S. 70, Nr. 62). (pg)

Korrektur von Rechenfehlern (*Correction d'erreurs de calcul*).

1. Nach Art. 9 III der geltenden Submissionsverordnung «dürfen nur Angebote berücksichtigt werden, welche den Anforderungen entsprechen, die der Ausschreibung zugrunde liegen, die vom Bewerber anzugebenden Einheitspreise sowie die sich ergebenden Gesamtsummen enthalten... Offensichtliche Rechenfehler sind zu korrigieren.» 2. Der in dieser Bestimmung verwendete Begriff des «Rechenfehlers» entspricht dem «blossen Rechnungsfehler» des Art. 24 Abs. 3 OR. Es handelt sich um «fehlerhaft durchgeführte Operationen mit im Angebot richtig aufgeführten Grössen». Davon zu unterscheiden sind «Kalkulationsfehler und Fehler in der Preiserklärung», deren Korrektur unzulässig ist. *VGr. GR 29.5.1990; PVG 1990, Nr. 7, S. 31 ff.* (149)

Anmerkung: 1. Art. 9 III der hier einschlägigen Submissionsverordnung (SubVO) befasst sich mit der Frage, welche Angebote von der staatlichen Vergabebehörde berücksichtigt werden dürfen. In diesem Zusammenhang hält er fest, dass «offensichtliche Rechenfehler» zu korrigieren sind. Das aber bedeutet: Der «offensichtliche Rechenfehler» steht einer Berücksichtigung des Angebotes nicht entgegen; das betreffende Angebot ist vielmehr in die Evaluation einzubeziehen, und zwar mit korrigiertem Fehler. 2. Auch OR 24 III, auf den der Entscheid Bezug nimmt, handelt von Rechenfehlern, indem er bestimmt, dass «blosse Rechnungsfehler... die Verbindlichkeit des Vertrages» nicht hindern, «aber zu berichtigen» sind. Das Merkmal dieser «Rechnungsfehler» besteht darin, dass sie in den übereinstimmenden Willensäusserungen beider Parteien zutage treten: als Versehen, die den Parteien bei der Umrechnung vertraglicher Grundlagen gemeinsam unterlaufen sind (BGE 102 II 82). Zu denken ist an den Fall, da ein vereinbarter Preis auf einer unrichtigen Addition oder Multiplikation beruht, die im Angebot selber enthalten waren und durch Annahme des Angebotes ebenfalls Gegenstand der Preisvereinbarung wurden (im einzelnen: *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 852 ff.). 3. Art. 24 III OR und Art. 9 III SubVO regeln je andere Fragen, wobei es im Falle des Art. 9 III SubVO an einem abgeschlossenen Verträge noch fehlt. Deshalb können die in beiden Bestimmungen verwendeten Fehlerbegriffe von vorneherein nicht übereinstimmen. Stellt man aber auf den Zweck des Art. 9 III SubVO ab, so liegt ein «Rechenfehler» im Sinne dieser Vorschrift sicher dann vor, wenn ein offerierter Preis auf einer unrichtigen Addition oder Multiplikation beruht, die im Angebot selber enthalten sind und bei Annahme des Angebotes zum Bestandteil des vereinbarten Vertragsinhaltes würden. Insoweit besteht eine nahe Verwandtschaft dieses Fehlerbegriffs mit dem Begriff des Art. 24 III OR. 4. Damit aber ist der Fehlerbegriff des Art. 9 III SubVO noch nicht umfassend umschrieben. Vielmehr erfasst der Begriff auch (ja vor allem auch) solche Fälle, in denen ein im Leistungsverzeichnis des Submittenten enthaltener Positionsbetrag auf einer fehlerhaften Multiplikation von offeriertem Einheitspreis und voraussichtlicher Leistungsmenge beruht oder das Leistungsverzeichnis die Positionsbeträge verschiedener Einheitspreis-Lei-

stungen falsch addiert (vgl. dazu *Gauch*, a.a.O., Nr. 857 f.). Das ist deshalb hervorzuheben, weil weder der durch Multiplikation ermittelte Positionsbetrag einer Einheitspreis-Leistung noch die addierte Summe solcher Beträge den Charakter eines offerierten (zu vereinbarenden) Preises haben, sondern beide Zahlen nur der Information des Ausschreibenden dienen (vgl. *Gauch*, a.a.O.). 5. Zur Klarstellung bleibt ein Doppeltes beizufügen: a. Erstens setzt der «Rechenfehler» des Art. 9 III SubVO voraus, dass er auf einem Versehen beruht. Rechenfehler, die vom Anbieter oder seinen Hilfspersonen «absichtlich» eingebaut wurden, sind deshalb keine «Rechenfehler» im Sinne dieser Bestimmung. b. Zweitens verlangt Art. 9 III SubVO, dass der Rechenfehler «offensichtlich» ist. Das trifft dann zu, wenn die Vergabebehörde den Fehler (von sich aus oder auf Mitteilung hin) erkannt hat und ausserdem über keine ernsthaften Anhaltspunkte verfügt, die auf einen «absichtlichen» Rechenfehler hinweisen. Somit hat das Wort «offensichtlich» in Art. 9 III eine vom üblichen Sprachgebrauch abweichende Bedeutung, die sich aber aus einer zweckentsprechenden Auslegung der Bestimmung ergibt. 6. Deuten die Umstände auf einen «absichtlichen» Rechenfehler hin (was nicht leichthin zu bejahen ist), so darf das betreffende Angebot weder mit noch ohne Korrektur berücksichtigt werden. Das kann zwar zur Folge haben, dass ein Unternehmer, weil die Umstände gegen ihn sprechen, aus dem Wettbewerb ausscheidet, obwohl der fragliche Rechenfehler in Wirklichkeit nicht auf Absicht beruht. Diese Konsequenz ist jedoch in Kauf zu nehmen, weil es an jedem einzelnen Unternehmer liegt, Rechenfehler überhaupt zu vermeiden. (pg)

Werkvertrag – Contrat d'entreprise

Entreprise ou mandat – Critère de distinction – CO 363, 394
(*Werkvertrag oder Auftrag – Unterscheidungsmerkmal – OR 363, 394*).

Le contrat par lequel, dans une vente internationale, le vendeur confie à une société de surveillance le soin de délivrer un certificat de conformité de la marchandise vendue est un contrat de mandat, non un contrat d'entreprise, du moins si la vérification de la marchandise implique l'intervention d'un tiers indépendant mis en œuvre par la société de surveillance. La différence essentielle entre le mandat et l'entreprise consiste dans le fait que le mandataire promet de rendre certains services alors que l'entrepreneur garantit en outre un résultat. Il y a entreprise lorsque celui qui s'engage à fournir un service est objectivement en mesure de promettre le résultat escompté, parce que sa réalisation dépend principalement de lui, alors qu'il y a mandat dès que celui qui s'engage à fournir un service n'est pas en mesure de promettre ce résultat, parce que son obtention dépend principalement de faits qui lui échappent ou de tiers indépendants. *TF (BGr.) 12.12.1990; SJ 1991, 250 ss.* (150)

Note: 1. La distinction posée par le TF entre l'entreprise et le mandat rejoint celle que le droit français a consacrée entre les obligations de résultat et de moyens et qui, appliquée aux contrats de service indépendants, permet de distinguer entre l'entreprise de résultat et l'entreprise de moyens. Est un entrepreneur de résultat – soit, en principe, l'entrepreneur du droit suisse – celui qui est tenu d'un résultat (avec ou sans garantie). Est un entrepreneur de moyens – soit, en principe, le mandataire du droit suisse – celui qui doit simplement mettre en œuvre ses efforts en vue de parvenir à un résultat. 2. A défaut d'un accord des parties, le critère de distinction entre les services de résultat et de moyens est pris en droit français de l'aléa objectif et sérieux qui affecte la poursuite du résultat recherché. Ce critère me paraît plus heureux que celui du TF qui choisit l'entreprise ou le mandat selon que le résultat dépend principalement ou non du débiteur (cf. ég. *Tercier*, La partie spéciale du Code des obligations, Zurich 1988, n. 2905). En effet, que le débiteur fasse appel à des sous-traitants indépendants (et que le risque d'exécution dommageable s'en trouve ainsi augmenté) ne saurait empêcher qu'il soit le débiteur d'un résultat. Il en va de même quand le résultat dépend de faits qui échappent au débiteur si l'expérience montre que ceux-ci restent sans effet. En réalité, que l'obtention du résultat dépende principalement de tiers indépendants ou de faits qui échappent

pent au débiteur ne change rien si le résultat escompté n'est pas lui-même aléatoire. Inversement, si, objectivement, il l'est, peu importent les causes. Ce qui compte, c'est l'aléa du résultat, non pas la manière dont il se réalise. 3. C'est parce que l'entrepreneur est débiteur d'un résultat alors que le mandataire ne l'est que d'une activité que le législateur suisse soumet l'entreprise et le mandat à des règles supplétives différentes, que ce soit en matière de rémunération ou de résiliation (cf. *Werro*, DC 1991, 53 ss, sur la résiliation). Il n'en va pas différemment en matière de responsabilité où il conviendrait de retenir que les art. 97 et 101 CO ne sont adaptés qu'aux obligations de résultat; lorsque l'obligation est de moyens, c'est au créancier qu'il devrait appartenir de prouver la faute du débiteur ou de son auxiliaire (cf. *Werro*, RDS 1989 II 253 ss; pour le droit français, cf. p. ex. *Le Tourneau*, La responsabilité civile, 3ème éd. Paris 1982, n. 1363). Cela est dans la logique de la distinction: Quand un résultat est suffisamment certain pour faire l'objet de la promesse, il est normal que le débiteur explique que son manque de diligence n'est pas la cause de l'échec quand il ne l'obtient pas. C'est le contraire qu'il faut retenir lorsque le résultat est aléatoire; en effet, il n'est pas anormal qu'une diligence appropriée n'aboutisse pas au résultat souhaité et il se peut très bien que l'échec repose sur la réalisation du risque qui fonde l'aléa (contra: *Schraner*, Comm. zurichois, Vorbem. ad art. 68-96, n. 31 ss, qui fait sienne l'analyse de *Derendinger*, Die Nicht- und die Nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, th. 2e éd. Fribourg 1988, n. 91, 339). (fw)

Verzug des Schuldners – Rücktritt oder Kündigung des Bestellers – Mängelhaftung des Unternehmers bei vorzeitiger Vertragsauflösung «ex nunc» (Demeure du débiteur – Résolution ou résiliation du contrat par le maître d'ouvrage – Garantie pour les défauts de l'entrepreneur en cas de résiliation «ex nunc»).

1. «Zu den möglichen Verzugsfolgen, die sich mit dem Schuldnerverzug des Unternehmers verbinden, gehört das Recht des Bestellers, vom Werkvertrag entweder nach Art. 107 Abs. 2 OR, falls der Verzug des Unternehmers mit der Ablieferung des Werkes vorliegt, oder bei Verzug vor Eintritt des Ablieferungstermins nach Art. 366 Abs. 1 OR zurückzutreten.» Der Rücktritt des Bestellers bewirkt, dass der Vertrag mit Wirkung ex tunc aufgelöst wird, so dass die Parteien das bereits Empfangene zurückzuerstatten haben. 2. «Hat indes der Unternehmer im Zeitpunkt des Rücktritts mit der Ausführung des Werkes schon begonnen, so steht es dem Besteller frei, den Vertrag gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit ex nunc aufzulösen und das Werk, soweit es ausgeführt ist, zu beanspruchen. Verlangt der Besteller diese Auflösung, so erfolgt keine Rückabwicklung des Vertrages» (*Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., S. 141 f. Rz 488–490 mit Hinweisen, ferner S. 469 Rz 1776). *BGr. (TF) 12.7.1990, BGE (ATF) 116 II 450 ff. (S. 452)*. Zur Mängelhaftung des Unternehmers bei vorzeitiger Vertragsauflösung «ex nunc» vgl. die in Nr. 156 zitierte Entscheidungsstelle. (151)

Anmerkung: Der praktisch bedeutsame Entscheid verdient Zustimmung. Ergänzend ist beizufügen: 1. Durch den Rücktritt des Bestellers wird der Werkvertrag mit Wirkung «ex tunc» aufgehoben, was zur Folge hat, dass die Parteien (anders als bei einer Kündigung) verpflichtet sind, bereits Erhaltenes zurückzuerstatten (OR 109 I). Der hier zitierte BGE 116 II 450 ff. enthält keine Ausführungen über die «Rechtsnatur» dieser Rückerstattungspflichten. Nach der Umwandlungstheorie, die das Bundesgericht in BGE 114 II 152 ff. als richtig anerkannt hat, handelt es sich dabei um vertragliche Rückleistungspflichten, mit denen der aufgehobene Vertrag zunächst als vertragliches Abwicklungsverhältnis fortbesteht. 2. Nach begonnener Werkabwicklung steht es dem Besteller (als Verzugsgläubiger) frei, den Werkvertrag gegen Vergütung der bereits geleisteten Arbeit auch «ex nunc» (also durch Kündigung statt durch Rücktritt) aufzulösen und das Werk, soweit es ausgeführt wurde, zu beanspruchen. Dieser Lehrsatz wird jetzt vom Bundesgericht bestätigt. Ist der ausgeführte Teil des Werkes für den Besteller «brauchbar» (vgl. OR 379 II), so stellt sich überdies die (in BGE 116 II 450 ff. unbeantwortete) Frage, ob sich das Rücktrittsrecht des Bestellers nicht ohnehin in ein blosses Kündigungsrecht verwandelt, das nur noch eine Vertragsauflösung «ex nunc» gestattet. Meines

Erachtens ist die Frage dann zu bejahen, wenn eine Vertragsauflösung «ex tunc» den Unternehmer mit unverhältnismässigen Nachteilen belasten würde, weil der ausgeführte Werkteil z.B. auf Grund und Boden des Bestellers (vgl. OR 375 II) oder mit dessen Stoff errichtet wurde oder weil das Werk bereits vollendet ist (*Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 489). 3. Zur Mängelhaftung des Unternehmers bei vorzeitiger Vertragsauflösung siehe Nr. 156. (pg)

Garantie pour les défauts – Résiliation du contrat – Frais de réfection – Responsabilité pour les défauts du fonds – CO 368, 369 (Mängelhaftung – Rücktritt vom Vertrag – Kosten der Mängelbeseitigung – Mängel des Baugrunds – OR 368, 369).

1. Si les conditions de la garantie pour les défauts sont remplies, le maître a le droit de choisir entre la réfection, la réduction du prix ou la résolution du contrat, indépendamment des dommages-intérêts qui supposent en plus une faute de l'entrepreneur. 2. Si le maître choisit la résolution du contrat, il peut réclamer la restitution des acomptes versés et laisser l'entrepreneur reprendre ses matériaux si cela offre un intérêt pour lui. Le maître ne peut exiger de l'entrepreneur un autre ouvrage en remplacement de l'ouvrage défectueux, mais il peut réclamer des dommages-intérêts pour les frais consécutifs aux dégâts en cas de faute de l'entrepreneur. 3. Si le maître choisit la résolution et qu'il confie au même entrepreneur le soin de réaliser un nouvel ouvrage, il lui doit une rémunération complète, mais peut, s'il en fait la demande, compenser sa dette avec la créance en remboursement des acomptes. 4. Selon l'art. 368 CO, l'entrepreneur est libéré s'il établit que le défaut provient des ordres donnés par le maître ou de toute autre cause dont celui-ci répond. Or, selon les art. 365 al. 3 et 376 al. 3 CO (a contrario), le maître est responsable du terrain désigné par lui; l'entrepreneur n'en répond que s'il n'a pas avisé le maître des défauts qu'il aurait dû connaître, condition niée en l'espèce. *TC (KGr.) FR 13.12.1989, Extraits 1990 p. 40-43.* (152)

Note: La décision n'est pas facile à saisir, parce que le cas est lui-même particulier: Un maître confie la pose de conduites à une entreprise; les travaux sont à ce point défectueux que la commune déclare résoudre le contrat; elle met alors en soumission une nouvelle exécution des travaux... et la confie à l'entrepreneur qui avait tenté le premier essai. 1. Les juges auraient pu se contenter du second argument tiré des défauts du terrain; en effet, s'il n'y a pas de garantie pour les premiers travaux, on ne voit pas ce que le maître pourrait réclamer à l'entrepreneur. Et il est exact que c'est le maître qui en répond, sous réserve des cas particuliers où l'entrepreneur aurait dû vérifier l'ouvrage et aviser le maître, hypothèses non remplies en l'espèce. 2. Pour le cas (hypothétique) où la responsabilité aurait été donnée, il faut admettre que la voie choisie est compliquée puisqu'en fait le maître invite l'entrepreneur à refaire (gratuitement) l'ouvrage, mais lui demande (en droit) de faire une nouvelle construction dont le prix sera compensé avec la créance en restitution des acomptes. On peut se demander s'il n'eût pas été plus simple de considérer que les deux parties ont, après la résolution du contrat par le maître, décidé d'un commun accord de procéder à la réfection. S'il est vrai que l'exercice d'un droit de garantie a un caractère formateur, rien n'interdit aux parties de revenir conventionnellement sur ce choix. Cette réparation revenait en fait à accepter le remplacement de l'ancien ouvrage, une formule admissible contrairement à l'affirmation de l'arrêt, mais à la condition que «la réfection [soit] possible sans dépenses excessives» (art. 368 al. 2 CO). (pt)

Mängelhaftung des Unternehmers – Vorrang der Nachbesserung nach Art. 169 der SIA-Norm 118, Ausgabe 1977 (*Garantie pour les défauts – Priorité de la réfection selon l'art. 169 de la Norme SIA 118, Edition 1977*).

1. Nach Art. 169 I der SIA-Norm 118 «hat der Bauherr (abgesehen vom Schadenersatzrecht des Art. 171) zunächst einzig das Recht, vom Unternehmer die Beseitigung des Mangels innerhalb angemessener Frist zu verlangen», wenn das Werk an einem Mangel leidet. Vorbehalten bleiben die Ausnahmefälle des Art. 169 II der Norm. 2. Liegt keiner dieser Ausnahmefälle vor, so verwirkt der Besteller das Wandlungs- und Minderungsrecht, wenn er den Mangel durch einen Dritten beseitigen lässt, ohne die Nachbesserung zunächst vom Unternehmer zu verlangen. *BGr. (TF) 12.7.1990; BGE (ATF) 116 II 450 ff. (S. 453 f.).* (153)

Anmerkung: 1. Diese Entscheidstelle bestätigt die in BGE 110 II 53 begonnene und mit BGE 116 II 311 f. fortgesetzte Rechtsprechung des Bundesgerichts. Zu BGE 110 II 53 vgl. BR 1985, S. 16, Nr. 6 (mit zugehöriger Anmerkung) und *Werro*, BR 1984, S. 69 ff. Zu BGE 116 II 311 f. vgl. BR 1991, S. 45, Nr. 69 (mit zugehöriger Anmerkung). 2. Mit Rücksicht auf die soeben erwähnten Anmerkungen zu den früheren Entscheiden (BR 1985, S. 16, Nr. 6 und BR 191, S. 45, Nr. 69) verzichte ich hier auf eine eingehende Erläuterung. Eine einlässliche Auslegung des Art. 169 der SIA-Norm 118 findet sich bei *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157–190, Zürich 1991, S. 83 ff. (pg)

Mängelhaftung des Unternehmers – Selbstverschulden des Bestellers bei fehlerhaften Weisungen – Erfordernis der Abmahnung: Grundsatz und Ausnahmen – OR 369 (*Garantie pour les défauts – Faute du maître pour mauvaises instructions – Exigence d'un avis – Principe et exceptions – CO 369*).

1. Die Mängelhaftung des Unternehmers fällt nach OR 369 dahin, wenn der Besteller durch Weisungen, die er trotz ausdrücklicher Abmahnung des Unternehmers erteilte, den Mangel selbst verschuldet hat. Der Wortlaut des Art. 369 verlangt also eine (ausdrückliche) Abmahnung von seiten des Unternehmers. 2. Das Erfordernis der Abmahnung beruht auf der Vorstellung (des Gesetzgebers), dass im Werkvertragsrecht die Sachkenntnis beim Unternehmer liege. Daraus folgt, dass es dann einzuschränken ist, wenn die konkreten Verhältnisse dieser Vorstellung nicht entsprechen, indem die Weisungen ihrerseits sachverständig erteilt werden, sei es, dass der Besteller selbst sachverständig ist oder sich seinerseits sachverständig beraten lässt. 3. Nur allgemeiner Sachverstand genügt dabei nicht. Der Besteller, sein Berater oder Vertreter muss vielmehr über jene fachlichen Kenntnisse verfügen, die es ihm gestatten, die erteilte Weisung auf ihre Richtigkeit hin zu durchschauen und eine Fehlerhaftigkeit zu erkennen. Trifft dies zu, so wird der Unternehmer von seiner Haftung auch dann befreit, wenn er eine Mahnung unterlassen hat, es sei denn, er habe die Fehlerhaftigkeit der Weisung erkannt oder hätte sie erkennen müssen (nicht publ. Bundesgerichtsentscheid vom 20.3.1990 i. S. M. AG c. Z.; *Gauch*, Werkvertrag, 3. Aufl. 1985, S. 369 f., Rz 1388 ff.). *BGr. (TF) 19.9.1990; BGE (ATF) 116 II 454 ff. (S. 456).* (154)

Anmerkung: 1. Das gesetzliche Erfordernis der Abmahnung, das OR 369 für die (vollständige) Haftungsbefreiung des Unternehmers infolge fehlerhafter Weisungen aufstellt, gilt nicht absolut. Diese richtige Auffassung hat das Bundesgericht bereits im unveröffentlichten Entscheid vom 20.3.1990, aber auch im publizierten BGE 116 II 305 ff. (S. 309 f.) vertreten (vgl. BR 1991, S. 44, Nr. 66). Sie wird jetzt erneut bestätigt. 2. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer die Fehlerhaftigkeit der Weisung erkennen muss, finden sich im zitierten Entscheid (BGE 116 II 457) weitere Ausführungen. Zum Ganzen vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl. 1985, Nr. 1365 ff. (pg)

Mängelhaftung des Unternehmers – Teilweise Entlastung bei beschränktem Selbstverschulden des Bestellers – OR 369/OR 44 I (*Garantie pour les défauts de l'entrepreneur – Décharge partielle lors d'une faute propre du maître – CO 369/CO 44 I*).

1. Nach OR 369 entfällt die Haftung des Unternehmers, wenn der Besteller den Mangel selbst verschuldet hat. Vom Selbstverschulden des OR 369 zu unterscheiden ist ein *beschränktes* Selbstverschulden des Bestellers, bei dem die (adäquate) Ursache des Mangels, die der Besteller zu vertreten hat, nicht die allein massgebliche Ursache bildet. Dem Besteller wird diesfalls eine Teil- oder Mitursache des Werkmangels zugerechnet. 2. Ein derart beschränktes Selbstverschulden reicht zwar nicht aus, um die Mängelhaftung des Unternehmers nach Massgabe des Art. 369 zu beseitigen. Wohl aber kann es zu einer teilweisen Entlastung des Unternehmers führen. Soweit es um den Ersatz von Mangelfolgeschaden geht, findet OR 44 I sinngemäss Anwendung (OR 99 III). Über das Mass der Haftung hat der Richter dabei nach seinem Ermessen zu befinden. *BGr. (TF) 19.9.1990; BGE (ATF) 116 II 454 ff. (S. 458).* (155)

Anmerkung: 1. Diese Entscheidstelle ist bedeutsam, weil jetzt das Bundesgericht auch im Gebiete der gesetzlichen Mängelhaftung die Möglichkeit einer Haftungsminderung anerkennt, falls den Besteller ein nur beschränktes Selbstverschulden trifft (vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 1478 ff.; anders wohl *Tercier*, La partie spéciale du Code des obligations, Zürich 1988, Nr. 2549). Damit wird das Alles-oder-nichts-Prinzip verlassen, was übrigens auch den Grundsätzen der SIA-Norm 118 entspricht (vgl. Art. 169 I Ziff. 2 und 170 II) 2. Zu der vom Bundesgericht unbeantworteten Frage, wie sich die Haftungsminderung auf das Minderungs-, Wandlungs- und Nachbesserungsrecht des Bestellers auswirkt, vgl. *Gauch*, a.a.O. (pg)

Mängelhaftung des Unternehmers – Haftung bei vorzeitiger Vertragsauflösung «ex nunc» (*Garantie pour les défauts de l'entrepreneur – Responsabilité lors de la résiliation «ex nunc»*).

1. Wird ein Werkvertrag vorzeitig und «ex nunc» aufgelöst, so hat der Besteller, wenn mit der Ausführung des Werkes bereits begonnen wurde, Anspruch auf das begonnene Werk und schuldet hierfür eine entsprechende Vergütung. Trifft dies zu und ist das begonnene Werk mangelhaft, so stellt sich unter anderem die Frage nach der Mängelhaftung des Unternehmers. 2. Für den Fall, dass der Unternehmer in Verzug gerät und der Besteller den Werkvertrag aus diesem Grund auflöst (vgl. oben, Nr. 151), hält das Bundesgericht fest: a. Erfolgt die Auflösung «ex nunc», so steht das akzeptierte Teilwerk «hinsichtlich der Rechtsfolgen dem vollendeten Werke» gleich. «Der Besteller verfügt über die gleichen Mängelrechte. Demgegenüber hat er bei entsprechender vertraglicher Abmachung dem Unternehmer auch das Nachbesserungsrecht gemäss Art. 169 SIA-Norm 118 einzuräumen». b. «Das begonnene, jedoch noch unvollendete Werk stellt keinen Werkmangel dar; es wird jedoch verlangt, dass es im Zeitpunkt» der vorzeitigen Vertragsauflösung «mangelfrei ist». *BGr. (TF) 12.7.1990; BGE (ATF) 116 II 450 ff. (S. 453).* (156)

Anmerkung: Die Ansicht des Bundesgerichtes ist im Ergebnis richtig. Sie lässt sich wie folgt verallgemeinern: 1. Auf die Frage, ob und nach welchen Regeln der Unternehmer für die Mangelhaftigkeit des unvollendeten Werkes haftet, falls der Werkvertrag vorzeitig (vor Ablieferung des vollendeten Werkes) und «ex nunc» aufgelöst wird, enthält das Gesetz keine Antwort. Schweigt sich auch der Vertrag darüber aus, so liegt eine Vertragslücke vor, die am besten durch eine sinnvolle Anwendung jener Regeln gefüllt wird, die beim betreffenden (konkreten) Werkvertrag für die Abnahme und Mängelhaftung gelten würden. Wären es die gesetzlichen Regeln, so kämen die Art. 367–371 OR analog zur Anwendung. Gehört aber die SIA-

Norm 118 zum vereinbarten Vertragsinhalt, so sind die Normbestimmungen der Art. 157–182 entsprechend anzuwenden. 2. Was die Mangelhaftigkeit des unvollendeten Werkes angeht, hält das Bundesgericht zutreffend fest, dass die blossige Nichtvollendung des Werkes für sich allein noch keinen Werkmangel darstellt. Mangelhaft aber kann das unvollendete Werk deshalb sein, weil ihm eine Eigenschaft fehlt, die es ungeachtet der Nichtvollendung in diesem Stadium der Werkausführung haben sollte (BGE 116 II 453). 3. Das Gesagte gilt für alle Fälle, in denen der Werkvertrag vorzeitig und «ex nunc» zu Ende geht, z.B. auch für die vorzeitige Vertragsauflösung nach OR 377. Erfolgt die vorzeitige Vertragsauflösung jedoch «ex tunc», so dass die Parteien zur Rückleistung des bereits Empfangenen verpflichtet sind, entfällt jegliche Mängelhaftung des Unternehmers. 4. Zum Ganzen: *Gauch*, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157–190, Zürich 1991, S. 140 f.; Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 1776 ff. (pg)

Vergütung – Unverhältnismässige Überschreitung eines ungefähren Kostenansatzes – Angemessene Herabsetzung des Werklohnes – Toleranzgrenze – Rechtslage bei Bestellungsänderungen – OR 375 (*Rémunération – Dépassement de devis – Réduction du prix – Limite de tolérance – Situation juridique lors de modifications de la commande* – CO 375).

1. Wird ein ungefährer Kostenansatz des Unternehmers unverhältnismässig überschritten, so kann der Besteller bei Bauten auf Grund und Boden eine angemessene Herabsetzung des Lohnes verlangen (OR 375). Die Toleranzgrenze liegt regelmässig bei 10% (Faustregel); und angemessen ist im Normalfall eine Herabsetzung des nach OR 374 geschuldeten Werkpreises um die Hälfte des Betrages, der die Toleranzgrenze überschreitet. 2. Im vorliegenden Fall «überstieg die Schlussabrechnung den ungefähren Werklohn gemäss Offerte (rund Fr. 30 000.–) um mehr als das Doppelte». Das Gericht würdigt die Umstände des konkreten Falls und kommt zum Schluss, dass sich in concreto eine Toleranzgrenze von 100% rechtfertigt, weil der Besteller (mit «Grundkenntnissen im Bauwesen») zahlreiche «Mehraufträge» erteilt habe und vom Unternehmer mehrfach auf die «aufwendigeren Ausführungen» hingewiesen worden sei. 3. Dass der Besteller «den Mehraufwendungen in jedem Fall im schliesslich eingetretenen Kostenausmass zugestimmt» habe, sei zwar nicht bewiesen. Indessen hätten «solche Absprachen zu verschiedenen Malen stattgefunden», was dem Besteller «angesichts der laufenden Ausführung in weit verbessertem Standard doch allmählich die Augen hätte öffnen sollen». *OGr. TG 6.2.1990; RB TG 1990, S. 78 ff., Nr. 10.*

(157)

Anmerkung: 1. OR 375 befasst sich mit der Überschreitung eines ungefähren Kostenansatzes (d.h. eines unverbindlichen Kostenvoranschlages des Unternehmers), den die Parteien dem Werkvertrag zugrunde gelegt haben (vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 669/656). Wird ein solcher Ansatz ohne Zutun des Bestellers unverhältnismässig (über eine gewisse Toleranzgrenze hinaus) überschritten (OR 375 I), so kann der Besteller von Bauarbeiten (unter anderem) «eine angemessene Herabsetzung des Lohnes verlangen» (OR 375 II). 2. Wo die Toleranzgrenze liegt, ist zwar für den Einzelfall (nach pflichtgemäßem Ermessen des Richters) zu entscheiden. Im Sinne einer «Faustregel» hat es sich jedoch eingebürgert, die Grenze bei 10% der veranschlagten Vergütung festzulegen (vgl. BGE 115 II 462 = BR 1990, S. 101 f., Nr. 136), worauf das *Obergericht Thurgau* zu Recht hinweist. 3. Ausserdem gilt die Regel, dass der geschuldete Werklohn um die Hälfte der Summe herabzusetzen ist, welche die Toleranzgrenze übersteigt (vgl. BGE 115 II 462 = BR 1990, S. 101 f., Nr. 136). Auch diese Regel gilt aber nur für den Normalfall, lässt also Ausnahmen zu, wenn sie sich im Einzelfall rechtfertigen (vgl. *Gauch*, a.a.O., Nr. 673 ff.). 4. In der Praxis kommt es nun häufig vor, dass die Überschreitung des ungefähren Kostenvoranschlages (auch) auf Mehraufwendungen beruht, die infolge nachträglicher Bestellungsänderungen erforderlich wurden. Diesbezüglich ist zu beachten, dass der ungefähre Kostenansatz des Unternehmers sich immer auf die Ausführung eines bestimmten Werkes (ohne Änderungen) bezieht. Schon deshalb vermögen Mehrkosten aus verein-

barten oder einseitigen Bestellungsänderungen (namentlich aus Mehraufträgen des Bestellers) keine Herabsetzung des Werklohnes zu rechtfertigen. 5. Anders als das *Obergericht Thurgau* annimmt, haben Mehrkosten aus nachträglichen Bestellungsänderungen (hier: aus Mehraufträgen) zwar keinen Einfluss auf die Toleranzgrenze, bleiben aber (und das ist wichtig!) bei der Berechnung des Herabsetzungsbetrages ausser Betracht. Mit andern Worten ausgedrückt, ist die für die Berechnung des Herabsetzungsbetrages massgebliche Überschreitung des ungefähren Kostenansatzes ohne die erwähnten Mehrkosten anzusetzen (*Gauch*, a.a.O., Nr. 681; zutreffend schon *OGr. BL 1982, S. 48 f.* = *BR 1983, S. 73, Nr. 57*). Das entspricht denn auch der Bestimmung des Art. 375 I OR, die voraussetzt, dass die unverhältnismässige Überschreitung des Kostenansatzes «ohne Zutun des Bestellers» (!) eingetreten ist. 6. Das Gesagte mag an einem *Beispiel* verdeutlicht werden. In Anlehnung an den vom *Obergericht Thurgau* entschiedenen Fall gehe ich von folgenden Daten aus: Kostenvoranschlag: Fr. 30 000.–; grundsätzlich geschuldeter Werklohn: Fr. 66 000.–, davon Fr. 30 000.– Mehrkosten infolge Bestellungsänderungen. Nach Abzug dieser Mehrkosten (66 000 – 30 000) bleibt eine massgebliche Überschreitung von Fr. 6000.–. Soweit sie die Toleranzgrenze (z.B. 10%) übersteigt, ist sie «unverhältnismässig», was dem Besteller einen Anspruch auf Herabsetzung des Werklohnes gibt, und zwar im Normalfall um die Hälfte des Betrages, um den die Toleranzgrenze (massgeblich) überschritten wurde. Bei einer Toleranzgrenze von 10% (Faustregel) ergäbe dies einen Herabsetzungsbetrag von Fr. 1500.– (= Hälfte der massgeblichen Überschreitung, die sich bei der angenommenen Toleranzgrenze auf Fr. 3000.– beläuft). 7. Dass das *Obergericht Thurgau* ein anderes Vorgehen gewählt und den Mehraufträgen durch eine extreme (wohl «beispiellose») Erweiterung der Toleranzmarge auf 100% Rechnung getragen hat, ist unbekümmert um das (vielleicht vertretbare) Ergebnis zu beanstanden. Denn die Art und Weise, wie Bestellungsänderungen und damit verbundene Mehrkosten im Rahmen des Art. 375 OR zu behandeln sind, entzieht sich dem Ermessen des Richters. Der Richter ist vielmehr gehalten, entsprechende Mehrkosten (auf Grund abgenommener Beweise) ziffernmässig festzustellen, um dann die massgebliche Überschreitung des Kostenvoranschlages unter Abzug der bewiesenen Mehrkosten zu bestimmen. Das ist eine exakte und nachprüfbare Gedankenoperation, die sich nicht dadurch ersetzen lässt, dass die Toleranzgrenze nach dem Ermessen des Richters (pauschal) erweitert wird. (pg)

Vergütung – Beweislast bei unterzeichneten Regierapporten und Ausmassblättern – ZGB 8 (*Rémunération – Fardeau de la preuve lors de rapports de régie et attachements signés* – CC 8).

Gemeinsam unterzeichnete Ausmassblätter und Regierapporte begründen eine natürliche (tatsächliche) Vermutung für die Richtigkeit der verurkundeten Tatsachen. Diese Vermutung wird durch blossen Gegenbeweis entkräftet, muss also nicht durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden. *OGr. ZH 21.2.1989; ZR 89, 1990, Nr. 37, S. 65 f.* (158)

Anmerkung: 1. Dieser *Entscheid* ist zutreffend; das gilt auch für den Satz, dass die hier in Frage stehende (natürliche) Vermutung (Richtigkeit der in den Ausmassblättern und Regierapporten verurkundeten Tatsachen) durch blossen Gegenbeweis entkräftet wird (vgl. *Kummer*, Berner Kommentar, N 363 zu Art. 8 ZGB; *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 642 und 702 f.; Anmerkungen zu BR 1984, S. 53, Nr. 62 und BR 1987, S. 17, Nr. 9). Anders hatte das *Obergericht* z.B. in ZR 82, 1983, Nr. 16, S. 50 (= BR 1984, S. 53, Nr. 62) entschieden, wo es noch den Beweis des Gegenteils verlangte. 2. Um erfolgreich zu sein, braucht der *Gegenbeweis* beim Richter nur Zweifel an der Richtigkeit der verurkundeten Tatsachen zu wecken oder wachzuhalten. Demgegenüber wäre mit dem *Beweis des Gegenteils* der Richter davon zu überzeugen, dass die verurkundeten Tatsachen unrichtig sind. 3. «Ausmassblätter» (auch «Massurkunden», «Ausmassbücher» oder «Ausmassprotokolle») dienen dazu, die tatsächlich ausgemessene Menge der zu einem Einheitspreis geleisteten Einheiten festzuhalten. «Regierapporte» dagegen verurkunden den vom Unternehmer getragenen Aufwand bei Regiearbeiten (z.B. Arbeitsstunden, Maschinenstunden und Materialverbrauch). (pg)

Vergütung – Verjährung – Forderungen aus «Handwerksarbeit» – OR 128 Ziff. 3 (*Rémunération – Prescription – Créances découlant d'un «travail artisanal»* – CO 128 ch. 3).

1. Forderungen «aus Handwerksarbeit» verjähren nach OR 128 Ziff. 3 schon in fünf, nicht erst in zehn Jahren (OR 127). Als Ausnahmebestimmung zu OR 127 ist die Vorschrift des Art. 128 Ziff. 3 eng auszulegen. 2. Massgebliches Kriterium für die Anwendbarkeit der fünfjährigen Verjährungsfrist (OR 128 Ziff. 3) ist einzig der Charakter der nach Werkvertrag geschuldeten Arbeit; unmassgeblich dagegen ist, ob die Arbeit von einem Handwerker im herkömmlichen Sinne erbracht wird, ob der Unternehmer die Arbeit allein oder mit Hilfspersonen ausführt oder ob er sie sogar an Subunternehmer weitervergift. 3. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist «Handwerksarbeit» dadurch gekennzeichnet, dass die manuelle Tätigkeit die übrigen Leistungen, insbesondere die maschinellen und organisatorischen oder administrativen, überwiegt oder zumindest aufwiegt (BGE 109 II 115 E. 2c). «Dass der Hände Werk durch Maschinen unterstützt wird, wie dies mehr und mehr der Fall ist, steht der Annahme von Handwerksarbeit» zwar «nicht grundsätzlich entgegen; doch muss es nach der angewandten Arbeitsweise immer auch – und zwar in erheblichem Mass – auf das handwerkliche Können ankommen.» 4. «Auch die Verwendung von normierten Materialien schliesst den handwerklichen Charakter der Leistung nicht von vorneherein aus.» «Wenn sich hingegen die Tätigkeit eines Unternehmers darin erschöpft, dass er Normfenster, Normtüren oder sonstige Norm-Elemente liefert und sie an ihrem Bestimmungsort montiert, kann sie nicht mehr als handwerklich gelten, erscheint hier doch die Montage als blosser Nebenleistung zur Lieferung serienmässig hergestellter Produkte, steht mithin nicht die manuelle Arbeitsleistung, sondern der Verkauf von Produkten aus industrieller Fertigung im Vordergrund.» 5. Im vorliegenden Fall hatte der Unternehmer die von ihm gelieferten Normtüren zwar jeweils am Bau angepasst. Das aber geht über das blosses Montieren nicht wesentlich hinaus, weshalb die erbrachte Leistung keine Handwerksarbeit im Sinne des Art. 128 Ziff. 3 OR ist. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass einzelne Spezialtüren auf Mass anzufertigen waren; denn «als Wesenskern der Vertragsleistung erscheint insgesamt doch die Lieferung und Montage von Normtüren». BGr. (TF) 9.10.1990; BGE (ATF) 116 II 428 ff. (159)

Anmerkung: 1. Dieses Urteil bestätigt, dass es für die Anwendung der verkürzten Verjährungsfrist, die OR 128 Ziff. 3 für Forderungen aus «Handwerksarbeit» vorsieht, nur auf die vom Unternehmer geschuldete Arbeit, nicht auch darauf ankommt, wer sie leistet (vgl. BR 1986, S. 16 f., Nr. 10 und 11, mit zugehöriger Anmerkung; Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Nr. 874). Wird vom Werkunternehmer «Handwerksarbeit» geschuldet, so verjährt sein Vergütungsanspruch schon in fünf (nicht erst in zehn) Jahren, und zwar auch dann, wenn der Unternehmer kein «Handwerker» im herkömmlichen Sinne ist (offengelassen in BGE 109 II 116 a.E. = BR 1984, S. 53, Nr. 63). 2. Somit konzentriert sich bei der Frage, ob die Vergütungsforderung des Unternehmers nach OR 128 Ziff. 3 verjährt, alles auf den Begriff der «Handwerksarbeit». Damit aber sind die Probleme noch keineswegs gelöst. Denn welche Schwierigkeiten das Verständnis und die praktische Anwendung dieses Begriffes schaffen, demonstriert gerade (und erneut) auch das zitierte Urteil (zur reichhaltigen Kasuistik vgl. BR 1980, S. 47, Nrn. 33–35; 1981, S. 16, Nr. 18; 1982, S. 58, Nr. 52; 1983, S. 56, Nr. 42; 1984, S. 17, Nr. 10; 1984, S. 53, Nr. 63; 1985, S. 17, Nr. 10; 1986, S. 16 f., Nr. 10–11). 3. Der Grund für die erwähnten Schwierigkeiten liegt vor allem darin, dass die «ratio legis», auf der die gesetzliche Verkürzung der Verjährungsfrist beruht, durch die Entwicklung überholt ist und für die Auslegung des Begriffes «Handwerksarbeit» (wenn überhaupt) nur noch wenig hergibt (vgl. Gauch, BR 1986, S. 17, Anm. zu Nrn. 10 und 11). Symptomatisch ist denn auch, dass teleologische Überlegungen im hier besprochenen Urteil des Bundesgerichts völlig fehlen, was unter den gegebenen Umständen verständlich ist, zugleich aber auch den eklatanten «Sinnverlust» der Bestimmung offenbart.

Deshalb (und nicht weil OR 128 Ziff. 3 eine Ausnahmenvorschrift zu OR 127 darstellt) rechtfertigt es sich, den Kreis der «Handwerksarbeiten» eng zu ziehen. 4. Keine «Handwerksarbeit» ist gewiss die *blosse Lieferung und Montage von «Normfenstern, Normtüren oder sonstigen Norm-Elementen»*. Das Bundesgericht vertritt sogar die Ansicht, dass bei einem entgeltlichen Vertrag mit diesem Leistungsinhalt der Verkauf der gelieferten Elemente im Vordergrund steht und die Montage als blosser Nebenleistung zur Lieferung der gekauften Elemente erscheint. Trifft dies aber zu (was nicht generell zu behaupten ist), so handelt es sich in Wirklichkeit um einen Kaufvertrag mit Montagepflicht (Gauch, Werkvertrag, Nr. 118 ff.; Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 1991, S. 195). Dann stellt sich jedoch die Frage, ob Art. 128 Ziff. 3 OR nicht gleichwohl zur Anwendung kommt, weil er die auf fünf Jahre verkürzte Verjährungsfrist auch für Forderungen aus dem «Kleinverkauf von Waren» (= Verkauf vertretbarer Sachen an den Endverbraucher) vorsieht (darüber Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, S. 661 ff.). Das Bundesgericht hat diese Frage nicht ausdrücklich aufgeworfen, vielleicht sogar übersehen, sich jedenfalls aber von der Meinung leiten lassen, dass OR 127 anwendbar sei. (pg)

Vergütung – Verzögerte Geltendmachung des Vergütungsanspruchs – Rechtsmissbrauch? (*Rémunération – Mise en valeur tardive de la créance – Abus de droit?*).

Der blosser Umstand, dass der Unternehmer lange zuwartet, bevor er seinen Vergütungsanspruch einklagt, ist für sich allein noch kein Grund, der den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs rechtfertigt. Gegen die Gefahr, dass der Besteller erst in Anspruch genommen wird, wenn er den Untergang einer wirklichen oder die Mängel einer scheinbar entstandenen Forderung nicht mehr beweisen kann, schützen die gesetzlichen Verjährungsfristen. Diese Fristen auf dem Umweg über ZGB 2 generell zu verkürzen, geht nicht an. Damit ein Rechtsmissbrauch vorliegt, müssen daher weitere Umstände hinzutreten, die das Zuwarten als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (BGE 94 II 41 E. 6b und c). BGr. (TF) 9.10.1990; BGE (ATF) 116 II 428 ff. (S. 431). (160)

Anmerkung: 1. Die zitierte Entscheidungsstelle beschlägt das Gebiet der Verwirkung (dazu Merz, Berner Kommentar, N 512 ff. zu Art. 2 ZGB). Die *Verwirkung zufolge verspäteter Rechtsausübung* hat ihren Grund im Verbot des widersprüchlichen Verhaltens und damit im Rechtsmissbrauchsverbot (ZGB 2 Abs. 2). Sie «ist ein ausserordentlicher Rechtsbehelf, der mit grosser Zurückhaltung und nur wenn besondere Umstände es rechtfertigen, gewährt werden darf» (Merz, a.a.O., N 515). Das gilt in besonderem Masse dann, wenn der Anspruch, um den es geht, einer gesetzlichen Verjährung unterliegt. 2. Auf diesem Hintergrund verdient der Entscheid des Bundesgerichts zweifellos Zustimmung. Beizufügen bleibt lediglich, dass die Verwirkung von der Verjährung zu unterscheiden ist, weshalb sie (genaugenommen) auch keine «Verkürzung der Verjährungsfristen» zur Folge hat. Diese «dogmatische Korrektur», die eher die Formulierung beschlägt, vermag am Ergebnis aber nichts zu ändern. 3. Eine ganz andere (von der Verwirkung verschiedene) Frage ist, ob die Untätigkeit des Gläubigers eine stillschweigende Verzichtserklärung darstellt (Merz, a.a.O., N 514). Bei dieser Frage handelt es sich um eine Auslegungsfrage, die ihrerseits nur für den Einzelfall beantwortet werden kann. Wird sie für den konkreten Fall bejaht (was im Zweifel nicht geschehen darf), so erlischt die Forderung durch gegenseitige Übereinkunft (OR 115), falls der Schuldner die stillschweigende Verzichtserklärung des Gläubigers (z.B. nach Massgabe des Art. 6 OR) annimmt. (pg)

Norme SIA 118, applicabilité – Incorporation expresse ou tacite (*Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 – Ausdrückliche oder stillschweigende Übernahme*).

1. La Norme SIA 118 n'est applicable que si les parties sont convenues de s'y soumettre en l'incorporant dans leur contrat d'entreprise. Selon le préambule de la Norme, il faut un accord exprès, condition non remplie en l'espèce. 2. Même si l'on voulait admettre avec Gauch (Werkvertrag, n. 240) que l'accord

pourrait n'être qu'implicite, la solution ne serait pas différente. La seule invocation de la Norme SIA 118 par l'architecte dans une lettre concernant les délais de paiement ne constitue que la référence à un usage dans la profession sur ce point particulier. L'attitude générale des parties – notamment la procédure de réception – démontre qu'elles ne se considéraient pas comme soumises à la Norme. 3. En conséquence, le maître ne peut invoquer les défauts dans le délai de «garantie» de la Norme; il faut s'en tenir à l'art. 367 CO. *TC NE 1.10.1990; RJN 1990 p. 57 s.* (161)

Note: La première affirmation est erronée. Si les conditions générales seront en principe intégrées *expressément* à un contrat, rien n'empêche qu'elles le soient aussi *implicitement*. La règle vaut également pour la Norme SIA 118. Il est vrai que le préambule de la Norme précise que celle-ci ne lie les parties «que si elles sont expressément convenues de l'intégrer au contrat». Il s'agit là d'une affirmation erronée que l'on ne retrouve pas dans la version allemande («... wird sie dadurch rechtsverbindlich, dass die Partner sie als Bestandteil ihres Vertrages bezeichnen»); il n'y a en effet aucune raison pour que le régime diffère pour cette Norme, d'autant moins que le préambule n'a comme tel pas de portée juridique spéciale. Le Tribunal en est d'ailleurs conscient, puisqu'il vérifie aussi si l'intégration pourrait avoir été faite implicitement; les conclusions auxquelles il aboutit sur ce point n'appellent aucune remarque. (pt)

Grundstückkaufvertrag – Contrat de vente immobilière

Kauf von Bauland, das entgegen der Zusicherung nicht vollständig eingezont ist. OR 200 I (*Acquisition d'un terrain à construire – Mise en zone partielle contraire à la garantie – CO 200 I*).

1. Die S. AG verkaufte Urs Z. und Alfred S. ein Grundstück im Halte von 3213 m² für Fr. 385 560.– zu hälftigem Miteigentum. Im Vertrag wurde u.a. festgehalten, dass es sich «...um voll erschlossenes und überbaubares Bauland» handle. Die Grundbucheintragung erfolgte am 18. Juli 1983. Ein erstes Baugesuch wurde wegen Überschreitung der zulässigen Geschosshöhe am 8. Juni 1984 abgewiesen. Ein zweites Baugesuch für ein Einfamilienhaus wurde bewilligt, obwohl gemäss der Begründung des Entscheides vom gesamten Grundstück nur die ausserhalb des Waldabstands liegende Fläche von rund 1250 m² überbaut werden konnte und die Ausnutzungsziffer von 0,25 bei einer Bruttogeschossfläche des Neubaus von 422,2 m² somit überschritten wurde. Am 31. Mai 1985 teilten die Käufer der Verkäuferin mit, sie schätzten den Minderwert der Parzelle auf ca. Fr. 200 000.–; am 8. November 1985 erhoben sie Klage auf Preisreduktion, die letztinstanzlich vom Bundesgericht abgewiesen wurde. 2. In der Vertragsbestimmung, wonach die Beklagte den Baulandcharakter des verkauften Grundstücks in seinem ganzen Umfang von 3212 m² bestätigt hat, ist die Zusicherung zu sehen, das ganze Grundstück sei als Bauland eingezont. Der Umstand, dass das Gebiet entlang des Waldes nicht eingezont war, stellt somit einen Sachmangel dar. 3. Die Kläger hätten den fehlenden Baulandcharakter zwar durch Konsultation des Zonenplans und des Baureglements der Gemeinde B. ohne weiteres feststellen können. «Wegen der ausdrücklichen Zusicherung als Bauland waren sie aber vor Vertragsabschluss nicht verpflichtet, bei Wahl und Berücksichtigung der Kaufsache auch nur ein Mindestmass an Sorgfalt zu beobachten.» *BGr. (TF) 12.4.1988; ZBGR 1990, S. 367.* (162)

Anmerkung: 1. Der Verkäufer haftet nicht für Mängel, die der Käufer zur Zeit des Kaufes gekannt hat (OR 200 I). Vorbehalten ist der Fall, da sich der Verkäufer verpflichtet hat, den Mangel vor Übergabe des Kaufobjekts zu beseitigen (vgl. *Schumacher* bei Koller [Hrsg.], Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, Nr. 715). Vgl. analog betr. einen Mietvertrag BGE 104 II 274, dazu *Guhl/Merz/Koller*, S. 380. 2. Vgl. zum referierten Entscheid auch die Nr. 163 und 164. (ak)

Prüfungs- und Rügeobliegenheit bei zugesicherten Eigenschaften – Rechtzeitigkeit der Mängelrüge – OR 201, 203 (*Devoir de vérification et d'avis de qualités promises – Avis donné en temps utile – CO 201, 203*).

1. Die Zusicherung einer Eigenschaft enthebt den Käufer nicht von der Obliegenheit, die Kaufsache zur Wahrung seiner Mängelrechte auch hinsichtlich der zugesicherten Eigenschaften auf Mängel zu prüfen und rechtzeitig Mängelrüge zu erheben. 2. Wenn beinahe zwei Drittel des verkauften Grundstücks entgegen der Zusicherung nicht in der Bauzone liegen, so stellt dies einen offenen Mangel im Sinne von OR 201 I dar, «der im Anschluss an die Prüfung der gekauften Sache nach Massgabe des üblichen Geschäftsganges sofort zu rügen ist, andernfalls diese als genehmigt gilt». *BGr. (TF) 12.4.1988; ZBGR 1990, S. 367.* (163)

Anmerkung: 1. Zum Sachverhalt vgl. oben Ziff. 1 von Nr. 162. 2. Der Kauf eines Miteigentumsanteils an einer Sache ist nicht Rechtskauf, sondern Sachkauf wie der auf die Verschaffung von Alleineigentum gerichtete Kauf. 3. Dass die Prüfungs- und Rügeobliegenheit von OR 201 auch hinsichtlich zugesicherter Eigenschaften gilt, entspricht feststehender Praxis (*Schumacher* bei Koller [Hrsg.], Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, Nr. 753). Diese Praxis lässt sich dogmatisch sowohl durch OR 201, der das Prüfungs- und Rügeerfordernis ganz allgemein aufstellt, wie auch durch Schluss e contrario aus OR 203, wonach lediglich bei *absichtlicher* Täuschung durch den Verkäufer die Verletzung der Prüfungs- und Rügeobliegenheit nicht schadet, begründen. Im Ergebnis vermag sie jedoch nicht zu überzeugen: Wer eine Eigenschaft zusichert, hält den Käufer naturgemäss von der Prüfung der Kaufsache hinsichtlich der zugesicherten Eigenschaft ab. Es scheint daher wenig gerechtfertigt, dem Verkäufer, der zur unterlassenen Prüfung/Rüge Anlass gegeben hat, die Berufung auf die fehlende Prüfung/Rüge zu gestatten. Aus analoger Überlegung hat das Bundesgericht entschieden, Nichtkenntnis des Handelsregisters schade trotz OR 933 nicht, «wenn die Gegenpartei zum guten Glauben an eine vom Register eintrag abweichende Rechtslage Anlass gegeben hat» (BGE 106 II 351). Man kann sich fragen, ob diese an Treu und Glauben orientierte Rechtsprechung nicht auf den vorliegenden Zusammenhang ausgedehnt werden sollte. Zwingende Gründe stünden dem nicht entgegen, auch nicht OR 203. Diese Bestimmung hätte nach wie vor ihre selbständige Bedeutung, indem sie bei absichtlicher Täuschung über das Nichtvorhandensein vorausgesetzter Eigenschaften die Berufung auf die Verletzung der Prüfungs- und Rügeobliegenheit ausschliesse. (ak)

Rechtzeitigkeit der Mängelrüge – Beweislast; Feststellung der Rechtzeitigkeit durch den Richter – OR 201 (*Avis donné en temps utile – Fardeau de la preuve – Constatation par le juge – CO 201*).

Die prozessrechtskonforme Behauptung der verspäteten Mängelrüge durch den Verkäufer ist Voraussetzung für die Notwendigkeit des Nachweises der Rechtzeitigkeit durch den Käufer, da der Richter die Rechtzeitigkeit nicht von Amtes wegen zu prüfen hat. *BGr. (TF) 12.4.1988; ZBGR 1990, S. 367.* (164)

Anmerkung: 1. Zum Sachverhalt s. oben Ziffer 1 von Nr. 162. 2. Rügt der Käufer Mängel nicht rechtzeitig, so verwirkt er dadurch die Mängelrechte, womit die Mängelhaftung des Verkäufers für die betreffenden Mängel erlischt. Die zu späte Erhebung der Mängelrüge ist somit eine rechtsvernichtende Tatsache, «die zum Verlust der vorerst bestandenen Mängelrechte führt» (*Gauch*, BR 1982, S. 17, mit Bezug auf den Werkvertrag; *Schumacher* bei Koller [Hrsg.], Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, Nr. 768; anders – entgegen der herrschenden Auffassung – *Gautschi*, N 26 zu OR 367, der die rechtzeitige Mängelrüge als Voraussetzung für die Entstehung der Mängelrechte betrachtet). Aus dieser Auffassung folgt, dass der Verkäufer die nicht rechtzeitige Mängelrüge zu behaupten hat (Genaueres bei *Gauch*, a.a.O.). Nach allgemeiner Regel würde er auch die Beweislast tragen (Behauptungs- und Beweislast decken sich im allgemeinen, Kummer, N 43 zu ZGB 8). Richtigerweise ist jedoch die Beweislast «umzukehren», um den Verkäufer vor unzumutbaren Beweisschwierigkeiten zu bewahren (BGE 107 II 54, *Gauch*, a.a.O.). (ak)

könnten, ist der auf den Erblasser lautende bestehende Grundbucheintrag nicht gegenstandslos und drängt sich eine Angleichung dieses Falles «an den Tatbestand, in welchem der Eigentümer aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist ..., in keiner Weise auf» (BGE a.a.O. S. 275). Damit wird zugegebenermassen der Anwendungsbe- reich dieser Ersitzungsmöglichkeit gewaltig reduziert. Das Bundes- gericht umschreibt diesen Restbereich allerdings nicht näher und lässt insbesondere die Frage offen, ob beim Sonderfall, da mangels (anderer) Erben das Gemeinwesen die Erbschaft erlange, diese Er- sitzung möglich wäre (BGE a.a.O. S. 273). 4. Der Entscheid geht schliesslich auf die Frage ein, was eine nicht eingetragene Erbteilung für rechtliche Auswirkungen haben könnte. Für diesen Fall würde es dem Ersitzungsprätendenten, der über einen entsprechenden Rechtstitel (der die Teilung beinhaltet) verfügt, die Durchsetzung seines Anspruchs auf Eintragung im Grundbuch ermöglichen (BGE a.a.O. S. 274). Dem Schreibenden ist nicht so recht klar, wieso denn dieser Ansprecher neben dem Rechtstitel Erbteilung noch den Rechtstitel Ersitzung geltend machen müsste. Oder könnte diesfalls eine Art Verjährung der Teilungsvereinbarung eingetreten sein, welche mittels Ersitzung geheilt würde? Im übrigen zeigt dieser Fall, dass die von Rechtsprechung und fast einhelliger Lehre leider abge- lehnte Theorie der Realteilung an Grundstücken durch in formloser Übereinstimmung mit den Miterben erlangten Eigenbesitz (Jaeggi, in SJZ 63 [1967], S. 165 ff.) vielleicht doch besser ist als ihr Ruf. (bs)

Propriété – Modification conventionnelle d'une restriction lé- gale – Nécessité de la forme authentique – CC 680 II, 732 II (Eigentum – Rechtsgeschäftliche Abänderung einer gesetzlichen Beschränkung – Erfordernis der öffentlichen Beurkundung – ZGB 680 II, 732 II).

1. Les dispositions sur les distances aux limites de propriété et entre bâtiments, contenues dans le droit public cantonal, peu- vent être modifiées par convention si le droit cantonal l'auto- rise. 2. Les conventions modifiant de telles dispositions sont, conformément à l'art. 680 al. 2, soumises à la forme authen- tique. TF (BGr.) 20.9.1990; ATF (BGE) 116 II 419 ss = SJ 1991, p. 213 ss. (168)

Note: Cet arrêt devrait mettre fin à une longue controverse doctrinale sur la portée de l'art. 680 al. 2 CC (cf. notamment P. Liver, Das Eigentum, in *Traité de droit privé suisse*, vol. V/1, Bâle 1977, p. 198 sv.; P. Piote, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, in *Traité de droit privé suisse*, vol. V/3, Fribourg 1978, p. 44; A. Meier-Hayoz, Das Grundeigentum II, commentaire bernois, vol. IV, 1, 3, Berne 1975, n. 99 ad art. 680; P. H. Steinauer, Les droits réels, tome II, Berne 1990, no 1802). La décision du Tri- bunal fédéral semble surtout inspirée par le souci de favoriser la sé- curité juridique et de protéger le propriétaire qui s'écarte de la res- triction telle qu'elle est prévue par la loi. L'arrêt a toutefois été rendu dans un contexte un peu particulier (il s'agissait d'étendre une restriction de droit public cantonal conformément à la faculté of- fert par le droit cantonal et le Tribunal avait à se prononcer en ten- ant compte du pouvoir d'examen limité du conservateur du registre foncier). (phs)

Atteinte au droit de propriété par l'exercice d'une servitude sur la parcelle voisine – Action en cessation du trouble fondée sur le droit de voisinage – Qualité pour défendre – CC 679, 684 (Verletzung des Eigentumsrechts durch die Ausübung einer Dienstbarkeit auf der Nachbarparzelle – Unterlassungsklage aus Nachbarrecht – Passivlegitimation – ZGB 679, 684).

Lorsque l'excès dans l'exercice du droit de propriété dont se plaint un voisin est consécutif à l'exercice (en lui-même régu- lier) d'une servitude foncière, l'action en cessation du trouble qui n'est dirigée que contre le propriétaire est irrecevable. *Cour de Justice GE 28.9.1990; SJ 1991, p. 184 ss.* (169)

Note: Dame G., propriétaire d'une parcelle bâtie, se plaint de ce que l'un de ses voisins a constitué en faveur d'un autre voisin une servitude de passage et de parage. Elle considère que les véhicules garés par le titulaire de la servitude gênent l'accès à son propre fonds et qu'il y a par conséquent excès dans l'exercice de la propriété sur le fonds grevé, en

violation du droit de voisinage (art. 679 et 684 CC). Elle ouvre action contre le propriétaire du fonds grevé et contre le titulaire de la servitude foncière. En cours de procédure, ce dernier vend sa parcelle. Dame G. omet toutefois d'assigner le nouveau titulaire de la servitude. L'action (contre le propriétaire grevé et contre l'ancien titulaire de la servitude) est déclarée irrecevable par la Cour genevoise, qui contribue ainsi à cla- rifier une question importante. Il est admis depuis longtemps en juris- prudence et en doctrine que, en dépit du texte de l'art. 679 qui n'envi- sage qu'une action ouverte contre le propriétaire, la demande fondée sur cette disposition peut aussi être dirigée contre le titulaire d'un droit réel limité conférant l'usage du fonds d'où provient l'atteinte (voir no- tamment ATF 70/1944 II 85/99 = JdT 1944 I 523/530 et 88/1962 II 252/264 = JdT 1963 I 166/173). Plus récemment, le Tribunal fédéral a aussi admis la qualité pour défendre du titulaire d'un droit personnel sur le fonds concerné, pour autant que ce droit confère l'usage du fonds (ATF 104/1978 II 15/20 = JdT 1978 I 599/605, arrêt critiqué par P. Liver dans RSJ 1980, p. 138). Plus délicate est cependant la question de savoir si le demandeur peut librement choisir contre qui il veut agir (le pro- priétaire et/ou le titulaire du droit réel ou personnel). Dans l'arrêt de 1978 précité, le Tribunal fédéral a jugé que la qualité pour défendre du *propriétaire* devait être examinée selon les circonstances concrètes, en recherchant si effectivement celui-ci a contribué à la violation du droit de voisinage par le type de droit qu'il a constitué (notamment au vu du but pour lequel le fonds a été mis à la disposition du titulaire de la servi- tude ou du droit personnel). Il a admis en l'espèce cette qualité pour dé- fendre, s'agissant d'une commune qui avait loué un fonds à une entre- prise en vue d'évacuer des eaux usées (ATF 104 précité, p. 22). Dans la mesure où le propriétaire a conféré sur un immeuble un *droit personnel*, cette décision paraît justifiée, car le propriétaire qui est condamné à faire cesser le trouble est ensuite en mesure, vu la nature du contrat qu'il a passé avec le titulaire du droit personnel, d'exiger de celui-ci qu'il prenne les mesures nécessaires pour que l'atteinte prenne fin (voir Liver, RJB 1980, p. 138). Autre est la situation si le propriétaire a con- cédé sur son fonds un *droit réel limité* car, selon la doctrine, le pro- priétaire n'est pas en mesure dans ce cas de contraindre le titulaire du droit à mettre fin au trouble, à moins que celui-ci n'ait son origine dans une utilisation excessive du droit en question (voir Liver, RJB 1980, p. 138; P. Liver, Die Grunddienstbarkeiten, commentaire zurichois, Zurich 1980, n. 107 ad art. 737; A. Meier-Hayoz, Das Grundeigentum, commen- taire bernois, Berne 1965, n. 66 ad art. 679). Dans l'affaire qu'avait à trancher la Cour genevoise, c'était la constitution même de la servitude que le demandeur souhaitait remettre en cause, car l'exercice de celle-ci par son titulaire était en lui-même régulier. Le propriétaire du fonds grevé n'aurait donc pas pu imposer au bénéficiaire de la servitude de faire cesser le trouble. La décision de la Cour de Justice déclarant l'ac- tion irrecevable pour le motif qu'elle n'était plus dirigée contre le béné- ficiaire actuel de la servitude s'inscrit donc dans la ligne de la doctrine rappelée ci-dessus. En définitive, alors que la qualité pour défendre du titulaire du droit réel limité ou du droit personnel doit toujours être ad- mise lorsque l'exercice de ce droit est à l'origine de la violation du droit de voisinage, la qualité pour défendre concurrente du propriétaire dé- pend de deux conditions: il faut d'abord qu'il ait mis le fonds à disposi- tion en vue d'un certain usage, dont est ensuite résultée l'atteinte; il faut en outre qu'il soit juridiquement en mesure d'exiger du titulaire du droit réel limité ou du droit personnel qu'il mette fin à l'atteinte. (phs)

Nuisances résultant de travaux de construction d'une route – Demande d'indemnité pour expropriation des droits de voi- sinage – LEx 5, CC 684 (Störungen wegen Strassenbauarbeiten – Entschädigungsforderung wegen Enteignung des Nachbarrechts – EntG 5, ZGB 684).

1. En matière civile, si l'atteinte due à des travaux de construc- tion est inévitable, le voisin ne peut prétendre à une indemnité que si les limites du droit de propriété ont été inéluctablement dépassées au sens de l'art. 684 CC: il s'agit pour le juge de procéder à une pesée des intérêts en présence (d'une part, ceux du propriétaire ayant excédé ses droits et, d'autre part, ceux du voisin ayant subi un dommage). Dans le domaine de l'expro- priation, le caractère excessif sera d'autant moins facilement re- connu que, de façon générale, l'ouvrage répond à un intérêt pu- blic important. 2. En matière d'immissions dues au trafic routier, les voisins ne sauraient prétendre à indemnisation qu'en cas de dommage spécial (atteinte excédant la limite du tolérable),

grave (respect du principe de proportionnalité) et imprévisible. 3. Ces critères ne sont pas applicables aux travaux de construction de routes, pour lesquels les limites de la tolérance se fixent conformément à l'art. 684 CC, «eu égard à l'usage local, à la situation et à la nature de l'immeuble». *TF (BGr.) 25.1.1991; ATF (BGE) 117 Ib ... = SJ 1991, p. 186 ss.* (170)

Passage nécessaire – CC 694 I (Notweg – ZGB 694 I).

1. Le propriétaire n'ayant qu'une issue insuffisante sur la voie publique peut exiger de ses voisins qu'ils lui cèdent le passage nécessaire. 2. L'octroi d'un tel passage est réservé aux véritables cas de nécessité: accès inexistant ou fortement entravé, excluant l'utilisation et l'exploitation rationnelles de l'immeuble. *TC (KGr.) FR 19.3.1990 et 21.5.1990; Extraits 1990, p. 27 ss et 31 ss.* (171)

Note: Dans les deux cas, le Tribunal cantonal fribourgeois, suivant en cela la jurisprudence et la doctrine restrictives en la matière, a refusé de reconnaître le passage nécessaire. Dans le premier cas, l'accès au garage des recourants ne pouvait se faire sans empiéter sur le fonds de l'intimé; il s'est toutefois avéré que, d'une part, le stationnement d'un véhicule automobile sur la parcelle des recourants était possible et que, d'autre part, l'aménagement d'une autre issue était envisageable. Dans le second cas, suite à l'implantation par l'intimé d'une haie de tuyas dans l'alignement de la servitude de passage au bénéfice du recourant, ce dernier requit l'octroi d'un passage nécessaire; il a cependant été établi que, bien qu'incommode, le passage à pied ou par des véhicules, tant ordinaires que de livraison, n'était pas impossible. (phs)

Servitude de passage à pied – Action en raison du trouble – Placement d'une clôture sur le fonds servant – CC 737, 928 (Fusswegrecht – Besitzesstörungsklage – Umzäunung des belasteten Grundstücks – ZGB 737, 928).

1. Sous réserve d'une convention contraire, le placement d'une clôture sur le fonds servant ne constitue pas une aggravation excessive de l'exercice d'une servitude de passage à pied, pour autant qu'il soit justifié par des intérêts dignes de protection du propriétaire du fonds servant. 2. Lorsque le but recherché par le propriétaire du fonds servant est avant tout d'éviter que des promeneurs ou des bêtes sauvages ne pénètrent sur son fonds, il ne se justifie pas de fermer à clé les portes de la clôture. 3. Dans une action en raison du trouble, le demandeur doit prouver le trouble qui peut résulter du comportement du défendeur. En l'occurrence, si le propriétaire du fonds servant se promène avec un chien sur son immeuble, il ne trouble, en principe, pas l'exercice de la servitude. *TC TI 16.12.1988; Rep. 1989 p. 484 ss.*

Nutzungsdiensbarkeit an einem Teil eines Grundstücks – ZGB 745 ff., 781 (Servitude d'usage sur une partie d'un immeuble – CC 745 ss, 781).

1. Die Nutzniessung i.S. von Art. 745ff. ZGB kann nicht derart auf einzelne Teile eines Grundstücks beschränkt werden, dass der Nutzen an den übrigen Teilen dem Eigentümer verbleibt. 2. Eine in dieser Weise auf einzelne Teile eines Grundstücks beschränkte Nutzungsdiensbarkeit kann nur als andere Dienbarkeit i.S. von Art. 781 ZGB im Grundbuch eingetragen werden. *BGr. (TF) 20.9.1990; BGE (ATF) 116 II 281.* (173)

Anmerkung: 1. Ein Vater trat seinem Sohn ein Grundstück auf Rechnung künftiger Erbschaft ab. Er behielt dabei für sich und seine Ehefrau ein lebenslangliches und unentgeltliches Nutzungsrecht an der sich in der abgetretenen Liegenschaft befindenden 3-Zimmer-Wohnung mit Nebenräumen vor. Gemäss Vertrag sollte diese Berechtigung sowohl als irreguläre Dienbarkeit nach Art. 781 als auch als Nutzungsdiensbarkeit im Sinne von Art. 745ff. ZGB eingetragen werden. Grundbuchamt, kantonale Aufsichtsbehörde und Bundesgericht haben dieses Ansinnen abgewiesen und nur die Eintragung als irreguläre Personalservitut gemäss Art. 781 ZGB zugelassen. Im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht

hatte das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement den gleichen Standpunkt wie die Beschwerdeführer vertreten. 2. Der Wille der Parteien, unabhängig vom Kleid, d.h. vom Sachenrechtstyp, unter welchen das Gewollte fallen soll, ist klar: Die Eltern möchten ihren Kindern auf Rechnung künftiger Erbschaft ein Grundstück abtreten, sich aber die Nutzung an einer Wohnung oder bestimmten Räumlichkeiten, welche Teil dieses Grundstücks sind, vorbehalten. Dies soll es den Eltern ermöglichen, vorerst selber in diesen Räumlichkeiten zu leben, dann aber gegebenenfalls – auf Dauer oder vorübergehend! – dieses Nutzungsobjekt zu vermieten. Das Bundesgericht anerkennt, es bestehe «ein erhebliches Interesse daran, das Eigentum an einer Liegenschaft zu veräussern und sich ein Recht vorzubehalten, einen Teil des Gebäudes weiter bewohnen und allenfalls auch vermieten zu können» (BGE a.a.O. S. 288). Dabei besteht, was das Bundesgericht nicht erwähnt, gerade auch ein Interesse daran, eine Wohnung nur vorübergehend zu vermieten. 3. Wie soll nun dieses Interesse rechtlich sauber befriedigt werden? Das Bundesgericht bringt als eine Möglichkeit eine rein vertragliche Absicherung. Demnach wären die Eltern am ganzen abgetretenen Grundstück nutznießungsberechtigt, würden aber dem Abtretungsempfänger (ihrem Kind) als dem Eigentümer «vertraglich ein Benutzungsrecht an einzelnen Teilen einräumen» (BGE a.a.O. S. 288). Das Bundesgericht möchte indessen «die Beteiligten nicht einfach auf diesen rein obligatorischen Weg» verweisen. Sie hätten «schon wegen der Pfändbarkeit der Nutznießungserträge ein Interesse an der dinglichen Absicherung ihres Verhältnisses» (BGE a.a.O.). – Aber auch ein dingliches Wohnrecht im Sinne von Art. 776ff. ZGB vermag die Beteiligten nicht zu befriedigen. Ist doch ein solches Wohnrecht nach herrschender Lehre entgegen in neuerer Zeit vertretenen a.M. anders als die Nutznießung der Ausübung nach nicht übertragbar, was im Klartext besagt, dass die Eltern diese Wohnung nicht vermieten könnten. Daran hält das BGr. entgegen der eben erwähnten a.M. fest (BGE a.a.O. S. 289). 4. Bleiben die zwei Varianten, um die es im vorliegenden Fall explizit gegangen ist: eine Nutznießung nach Art. 745ff. ZGB, aber eben entgegen dem gesetzlichen Typus beschränkt auf bestimmte räumliche Teile des belasteten Grundstücks, oder aber eine irreguläre Personalsdienbarkeit gemäss Art. 781 ZGB. Das Bundesgericht verneint die Möglichkeit einer räumlich beschränkten Nutznießung. Dies geschieht vorwiegend mit der Begründung, die Regeln über die Lastentragung durch den Nutzniesser (Art. 764f. ZGB) sprächen dafür, «dass der ganze mögliche und zulässige Nutzen dem Nutzniesser zustehen soll» (BGE a.a.O. S. 284). Das Bundesgericht erkennt dabei nicht, dass diese Regeln dispositiver Natur sind, lehnt aber diese Lösung vor allem auch deshalb ab, weil angesichts dieser dispositiven Lastentragungsregeln in casu ein grosser Vertragsregelungsbedarf (bis hin zur Festlegung einer Wertquote) bestünde (BGE a.a.O. S. 284). Demgegenüber bejaht es die Möglichkeit, den gewünschten Inhalt in eine irreguläre Personalservitut nach Art. 781 ZGB zu kleiden, dies namentlich auch gestützt auf die grosszügige Umschreibung des möglichen Inhalts in Art. 781 Abs. 1 ZGB (BGE a.a.O. S. 290). 5. Der Entscheid hinterlässt ein gewisses Unbehagen. Erstens einmal akzeptiert das Bundesgericht die Lösung irreguläre Personalsdienbarkeit nach Art. 781 ZGB offensichtlich nur um den Preis, dass dann eine solche Dienbarkeit nicht übertragen werden könnte, was zwar – wie das Bundesgericht zutreffend bemerkt – «vorliegend nicht zur Diskussion» steht (BGE a.a.O. S. 290), was aber der gesetzlichen Regelung der irregulären Personalservituten widerspricht (vgl. Art. 781 Abs. 2 ZGB). Sodann steht der Sache nach die eingeräumte Berechtigung der Nutznießung nach Art. 745ff. ZGB doch bedeutend näher als den (sonstigen) irregulären Personalservituten nach Art. 781 ZGB, die doch, was den Inhalt der Nutzung angeht, auf die Grunddienbarkeiten ausgerichtet sind (vgl. die Besprechung dieses BGE in «Der bernische Notar» 52 [1991], S. 192ff. auf S. 203). Mag sein, dass man um der Rechtssicherheit willen nun doch die bundesgerichtliche Lösung nicht mehr in Frage stellen sollte, damit Eltern und deren potentielle Erben bei der Wahl dieser sachlich begründeten Lösung nicht zwischen Tisch und Stuhl fallen. Vielleicht war aber die ursprünglich vorgesehene und vom EJPD für vernünftig gehaltene Lösung einer Kombination von Art. 745 mit Art. 781 ZGB doch nicht so ausgefallen, wie dies prima vista aussieht. (bs)

Einfriedung eines «Hofes» – FR EGZGB 267 I (Clôture d'une «cour» – FR LACCS 267 I).

1. Für die Art der Einfriedung ist das kantonale Recht vorbehalten (Art. 697 Abs. 2 ZGB). 2. Nach freiburgischem Recht muss eine 120 cm übersteigende Einfriedung um das übersteigende Mass von der Grenze zurückversetzt werden. Einfriedungen von Höfen, Gärten und Weiden können indessen nach Bedürfnis erhöht werden (Art. 267 Abs. 1 FR EGZGB). 3. Unter

einem Hof ist das um ein Bauern- oder Landhaus gelegene Gelände zu verstehen, auf dem in der Regel Kleintiere, insbesondere Geflügel, gehalten werden. *KGr. (TC) FR 2.10.1990; Extraits 1990, S. 26.* (174)

Anzeige der Fertigstellung des Gebäudes ans Grundbuchamt bei Begründung und Eintragung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes / Kompetenzen der Stockwerkeigentümersversammlung – ZGB 712m, GBV 33c (*Communication de l'achèvement du bâtiment au registre foncier après l'inscription de propriétés par étages avant la construction du bâtiment / Compétences de l'assemblée des copropriétaires – CC 712m, ORF 33c*).

1. Im Fall der Begründung von Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes bedarf es zur Eintragung ins Grundbuch eines von allen Eigentümern unterzeichneten Aufteilungsplanes. Sodann wird sowohl auf dem Grundbuchblatt des gemeinschaftlichen Grundstücks als auch bei allen Stockwerkeinheiten die Anmerkung «Begründung des StWE vor der Erstellung des Gebäudes» angebracht (Art. 33c Abs. 1 und 2 GBV). 2. Die Fertigstellung des Gebäudes ist dem Grundbuchamt anzuzeigen (Art. 33c Abs. 3 GBV). Zur Löschung der Anmerkung ist festzustellen, dass Gebäude und Aufteilung sich gegenüber der Beschreibung in Begründungsakt und Aufteilungsplan nicht verändert haben. 3. Diese Anzeige ist der Beschlussfassung durch die Stockwerkeigentümergeinschaft zugänglich. 4. Dabei ist ein einstimmiger Beschluss aller Stockwerkeigentümer erforderlich, weil die Anzeige voraussetzt, dass sämtliche Stockwerkeigentümer die Erklärung abgeben, das fertiggestellte Gebäude entspreche den Aufteilungsplänen. *OGr. ZH 8.6.1990; ZR 1990, Nr. 67, S. 148ff.* (175)

Propriété par étages – Débiteur de la rente du droit de superficie – CC 712h, 712i (*Stockwerkeigentum – Schuldner des Bau-rechtzinses – ZGB 712h, 712i*).

1. Le droit de superficie qui sert d'immeuble de base à la propriété par étages constitue impérativement une partie commune (art. 712b al. 2). 2. Le paiement de la rente du droit de superficie représente une charge commune qui oblige la communauté en tant que telle. La communauté pourra donc être actionnée ou poursuivie (art. 712i al. 2), puisque la créance en question doit être satisfaite par son patrimoine. *TF (BGr.) 7.1.1991; ATF (BGE) 117 II ... = SJ 1991, p. 329 s.* (176)

Propriété par étages – Frais communs – Débiteur en cas de propriété collective d'une part d'étage – CC 649, 712h, 712i (*Stockwerkeigentum – Gemeinschaftliche Kosten – Schuldner im Falle von gemeinschaftlichem Eigentum einer Stockwerkeinheit – ZGB 649, 712h, 712i*).

1. La responsabilité solidaire des propriétaires collectifs d'une part d'étage n'existe, pour les frais communs, que si la loi ou une convention la prévoit. 2. En l'absence d'une convention contraire, les copropriétaires ne sont pas soumis à une responsabilité solidaire. 3. En revanche, l'art. 603 prévoit une telle responsabilité pour les membres d'une hoirie propriétaires d'une part d'étage. *TC (KGr.) VS 3.9.1990; RVJ (ZWR) 1990, p. 253 ss.* (177)

Propriété par étages – Action contre une décision de l'assemblée – Délai pour l'inscription provisoire d'une hypothèque légale garantissant les frais communs – CC 75, 712h, 712i, 839 (*Stockwerkeigentum – Klage gegen einen Beschluss der Gemeinschaft – Frist für die provisorische Eintragung eines gesetzlichen Pfandrechts zur Sicherung von gemeinschaftlichen Kosten – ZGB 75, 712h, 712i, 839*).

1. La décision de répartition des frais qui viole l'art. 712h al. 3 CC n'est pas nulle, mais annulable au moyen de l'action prévue par l'art. 75 CC. Le délai d'un mois prévu par cette disposition est de nature péremptoire. 2. Le propriétaire d'étage qui n'a pas attaqué en justice la décision dans le délai d'un mois ne peut plus ensuite en contester la validité en soulevant une exception lors de la demande d'inscription provisoire d'une hypothèque légale au sens de l'art. 712i. 3. Le renvoi de l'art. 712i al. 3, qui fait référence aux dispositions relatives à la constitution de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, n'englobe pas le délai d'inscription de trois mois. La réquisition visant l'inscription d'une hypothèque légale destinée à garantir les frais communs peut être formulée en tout temps. *TC TI 29.7.1988; Rep. 1989, p. 479 ss.* (178)

Cédule hypothécaire – Pouvoir d'examen du conservateur – Inscription provisoire – CC 965, 966; ORF 14, 20, 24, 53 (*Schuldbrief – Prüfungsbefugnis des Grundbuchverwalters – Vorläufige Eintragung – ZGB 965, 966; GBV 14, 20, 24, 53*).

1. Une opération au registre foncier ne peut avoir lieu sans légitimation du requérant quant à son droit de disposition et au titre fondant l'opération. Saisi d'une réquisition de création d'une cédule hypothécaire, le conservateur limite en principe son examen à un contrôle formel. 2. Une telle réquisition n'a pas à mentionner les droits de gage antérieurs: à défaut, les mentions figurant au registre foncier sont déterminantes. Mais si elle les mentionne et qu'il existe une divergence entre les indications de la réquisition et celles résultant du registre, la réquisition doit être rejetée. 3. L'inscription provisoire prévue à l'art. 966 al. 2 CC n'est qu'une faculté à disposition du conservateur; il ne fait donc pas montre de formalisme excessif en rejetant une telle possibilité en cas de correction du titre juridique. *TF (BGr.) 19.4.1990; ATF (BGE) 116 II 291 = SJ 1991, p. 121 ss.* (179)

Verjährung des Anspruchs auf Eintragung in das Grundbuch bei Grundeigentumserwerb – ZGB 665 I, OR 127, ZGB 2 II (*Prescription de la prétention en inscription au registre foncier – CC 665 I, CO 127, CC 2 II*).

1. Der Anspruch des Erwerbers von Grundeigentum auf Eintragung ins Grundbuch ist lediglich ein persönliches Recht gegen den Eigentümer auf Vornahme der Anmeldung beim Grundbuchamt, und bei diesbezüglicher Weigerung des Eigentümers das Recht, sich das Eigentum gerichtlich zusprechen zu lassen (Art. 665 Abs. 1 ZGB). 2. Der Anspruch verjährt, da das Bundeszivilrecht keine anderweitige Regelung vorsieht, mit Ablauf von zehn Jahren ab Fälligkeit (Art. 127, 130 Abs. 1 OR). 3. Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) in der Anrufung der Verjährungseinrede ist vorliegend zu verneinen, da die Klägerin es ihrer eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben hat, dass die Eintragung während der Verjährungsfrist unterblieben ist. *KGr. (TC) VS 9.11.1989; ZWR (RVJ) 1990, S. 248ff.* (180)

Legitimation des Notars zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Grundbuchsachen – GBV 103 I, OG 103 lit. a (*Qualité du notaire pour former un recours de droit administratif en matière de registre foncier – ORF 103 I, OJ 103 lit. a*).

1. Die Legitimation des Notars zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde wegen Abweisung einer Grundbuchanmeldung beurteilt sich nach dem revidierten Art. 103 Abs. 1 GBV in Verbindung mit Art. 103 lit. a OG. 2. Sofern die berufliche Tätigkeit des Notars zur Diskussion steht, ist nicht ausschlaggebend, ob die Anmeldung aus formellen oder materiellen Gründen abgewiesen wurde. *BGr. (TF) 15.6.1990; BGE (ATF) 116 II 136.* (181)

Anmerkung: 1. Ein Notar beurkundete einen «Kaufrechtsvertrag mit Kaufverpflichtung». Das Kaufrecht wurde auf die Dauer von fünf Jahren eingeräumt und sollte im Grundbuch vorgemerkt werden. Der Kaufrechtsnehmer verpflichtete sich, das Kaufrecht frühestens bei Beginn der Fünfjahresdauer und spätestens vor deren Ablauf auszuüben. Der Grundbuchverwalter lehnte die Anmeldung des Vertrages durch den Notar zur Vormerkung im Grundbuch ab. Der Notar beschwerte sich dagegen im eigenen Namen bei der kantonalen Aufsichtsbehörde. Diese verneinte die Legitimation des Notars zur Beschwerde. Das Bundesgericht hiess die gegen den Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde gerichtete Verwaltungsgerichtsbeschwerde gut. 2. Nach dem früheren Wortlaut von Art. 103 Abs. 1 GBV hatte nur «der Anmeldende das Recht», bei Abweisung einer Grundbuchanmeldung Beschwerde zu erheben. Bereits unter dieser Regelung hat indessen das Bundesgericht entschieden, dass sich die Legitimation zur Beschwerde nicht auf den Anmeldenden beschränke, sondern sich nach den für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde schlechthin geltenden Grundsätzen bestimme (so schon BGE 104 Ib 378). In der Zwischenzeit ist Art. 103 Abs. 1 GBV revidiert worden (Änderung vom 18.11.1987, in Kraft seit 1.1.1988). Danach sind neben dem Anmeldenden beschwerdebefugt «alle übrigen, die von der Abweisung berührt sind». Damit wurde Art. 103 Abs. 1 GBV dem Art. 103 lit. a OG («wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat») angepasst. 3. Zur Beschwerde legitimiert ist nach dem vorliegenden Entscheid auch der Notar, der das Rechtsgeschäft öffentlich beurkundet hat, welches den Rechtsgrund für die Eintragung im Grundbuch beinhaltet. Dies auch dann – und darin liegt die besondere Tragweite des Entscheides –, wenn die Eintragung nicht aus formellen Gründen verweigert wird, sondern wo die Abweisung in Zusammenhang mit der inhaltlichen Richtigkeit der Urkunde steht (es also um die Frage geht, ob das durch Rechtsgeschäft Gewollte der Sache nach eintragungsfähig sei). Der Notar ist gemäss BGE a.a.O. S. 139 deshalb als im Sinne von Art. 103 Abs. 1 GBV bzw. 103 lit. a OG «berührt» zu betrachten, weil die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfrage sich auch darüber ausspricht, ob er seine berufliche Tätigkeit richtig ausgeübt habe. An der Beantwortung dieser Frage habe der Notar «besonders im Hinblick auf eine allfällige Verantwortlichkeitsklage ... ein offensichtliches Interesse» (BGE a.a.O. S. 139). 4. Müsste dann aber nicht jedem Anwalt – das hatte die kantonale Aufsichtsbehörde gegenüber dem Notar eingewendet –, der ein Gesuch oder eine Beschwerde angeblich bei einer unzuständigen Behörde, zu spät oder mit unzureichender Begründung eingereicht hat, ebenfalls ein selbständiges Beschwerderecht eingeräumt werden? Das Bundesgericht verwirft diesen Einwand mit der Begründung, er übersehe, «dass der hier zu beurteilende Rechtsstreit das besondere Verfahren der Grundbuchbeschwerde» beschlage «und damit zur Frage der daran Beteiligten» führe (BGE a.a.O. S. 139). Die Aussage des Bundesgerichts wirkt fast wie eine *petitio principii* (als Beweismittel wird das zu Beweisende benutzt), ist es aber der Sache nach nicht. Der Notar ist eben nicht bloss ein am besonderen Verfahren der Grundbuchbeschwerde Beteiligter, sondern bereits bei der Schaffung des Faktums, welches zur Grundbuchanmeldung und über die Abweisung zur Beschwerde führt, mit im Spiel. 5. Zum Schluss sei noch auf eine formelle Seite dieses Entscheides hingewiesen. Im vorliegenden BGE (a.a.O. S. 138) wird auf die «Regeste» eines früheren BGE hingewiesen. Das Bundesgericht hat also zu Recht keine Bedenken, die Kurzfassung seiner Entscheide mit dem Singular «Regeste» zu bezeichnen, den es nach Duden nicht geben dürfte. Mut zu einem sinnvollen Helvetismus also! (bs)

Diverses – Divers

Contrat de bail – Reprise de bail – Indemnité payée par le nouveau locataire à l'ancien – Lésion – CO 254, 19 et 20, 21 (Mietvertrag – Übernahme des Mietvertrags – Ersatzzahlung des neuen Mieters an seinen Vorgänger – Übervorteilung – OR 254, 19, 20, 21).

1. Le contrat par lequel un locataire cède son bail avant terme à un tiers est un contrat bilatéral, qui s'accompagne souvent de la reprise d'un fonds de commerce (vente du mobilier, d'installations, de la clientèle, du stock, etc.). Un tel contrat est valable s'il correspond effectivement à une contre-prestation, ce qui est le cas si l'ancien locataire accepte effectivement de céder avant terme le bail dont il profite. Ce n'est plus le cas si le contrat avait pris ou allait prendre fin. En effet, le pur «pas-de-porte» qu'un candidat paye au locataire en place pour qu'il fasse en

sorte que le local lui soit attribué est nul. 2. Un contrat de cession prévoyant un montant de 40 000 frs pour la cession d'un matériel valant au plus 2500 est lésionnaire et peut être invalidé selon l'art. 21 CO, pour autant qu'il y ait eu abus de la situation de faiblesse de la victime. Admis en l'occurrence pour l'inexpérience d'un carrossier désireux de se mettre à son compte, mais qui ne trouve pas de locaux convenables et qui accepte dès lors de payer tout ce qui est exigé pour réaliser son projet. L'application analogique de l'art. 20 al. 2 CO permet au juge de réduire la prestation jusqu'au montant de la contre-prestation. *Cour de justice, GE 25.I.1991; SJ 1991 p. 467-471.* (182)

Note: Voilà une décision courageuse, qui mérite publicité. La tension sur le marché du logement est suffisante, sans que les (anciens) locataires exigent des nouveaux leur tribut, en l'absence de toute contre-prestation réelle. L'arrêt admet avec raison la nullité du «simple pas-de-porte». On peut se demander s'il ne conviendrait pas d'aller plus loin et de considérer que tout contrat monnayant la seule cession d'un bail (sans reprise d'autres biens) n'est pas nul en soi, parce qu'il revient à tirer un profit injustifié de la tension qui existe sur le marché du logement. La contrariété aux mœurs (art. 19 al. 1 CO) peut résulter de l'abus d'une situation économique déséquilibrée (dans ce sens é.g., J.-B. Zufferey-Werro, Le contrat contraire aux bonnes mœurs, thèse Fribourg 1988, p. 233 ss). Le droit des cartels dans son essence interdit en effet les abus qu'une partie peut précisément déduire d'une distorsion de la concurrence. Si l'on admet le contraire, on verra rapidement apparaître sur le marché des entreprises dont la seule préoccupation sera de prendre à bail le plus possible de locaux pour les céder ensuite à des prix plus élevés. Les juges n'ont en l'occurrence pas eu besoin d'aller si loin puisqu'il n'y avait pas de bail à reprendre. La disproportion entre les prestations étaient telle pour le reste qu'elle appelait l'application de l'art. 21 CO. Le fait que les juges aient facilement admis l'abus de la situation de faiblesse du carrossier n'est pas surprenant par les temps qui courent. Chacun essaye d'en tirer profit et la chose est aisée, à Genève sans doute plus qu'ailleurs. Que l'avertissement serve à chacun. (pt)

Déménagement de mobilier avec prestations accessoires – Application des règles du mandat – Obligation de signaler les augmentations de coûts – Niée en l'espèce – CO 398, 440 II (Möbeltransport mit zusätzlichen Leistungen – Auftragsrecht – Anzeigepflicht bei Kostensteigerung – Verneint im vorliegenden Fall – OR 398, 440 II).

1. Le déménagement de mobilier est régi par les dispositions du contrat de transport (CO 440 ss); s'il y a des prestations importantes en plus (formalités douanières, démarches pour l'exonération des droits de douane, emballage et déballage), il s'agit d'un contrat mixte. 2. Selon l'art. 440 II CO, les règles du mandat sont applicables à titre supplétif au contrat de transport; cette règle est discutable car le transport de mobilier se rapproche davantage d'un contrat d'entreprise que d'un mandat. 3. Si le mandataire a violé ses obligations, le mandant peut exiger une réduction des honoraires. En l'espèce, il considèrerait que le transporteur ne l'avait pas suffisamment informé des coûts supplémentaires résultant des autres prestations et de l'augmentation du volume à transporter. Les principes valables pour l'architecte ne peuvent être transposés sans modification à un cas de ce genre. Le mandant avait en tout temps la possibilité de demander un devis, auquel il a renoncé; il ne pouvait ignorer les frais supplémentaires qu'entraînerait l'exécution de tâches qui sont extérieures au seul transport. 4. L'obligation de signaler une augmentation de prix n'est exigée «que pour éviter une atteinte dommageable aux intérêts du mandant, lorsque celui-ci est mal informé, qu'il est dans l'erreur ou que le mandant a des raisons de penser que tel est le cas». Ces conditions ne sont pas réunies en l'espèce. *TC NE 29.I.199; RJN 1990 p. 58-60.* (183)

Werkeigentümerhaftung – Haftung für ein mangelhaftes «Plauschbad» – OR 58 (Responsabilité du propriétaire d'ouvrage – Responsabilité pour une piscine d'amusement défectueuse – CO 58).

1. Im Wellenbad S. in A. sprang der fünfzehnjährige D. am südlichen Bassinrand aus 1,3 m Höhe kopfvoran in das 1,6 m tiefe Wasser. Er zog sich dabei eine Querschnittläsion zu und ist seither Tetraplegiker. Unter ausführlicher Würdigung aller erheblichen Umstände bejaht das Bundesgericht die deliktische Haftung des Eigentümers aus OR 58 (Werkeigentümerhaftung). 2. Ein Werkmangel im Sinne des Art. 58 OR liege vor, wenn das Werk bei bestimmungsgemäsem Gebrauch keine genügende Sicherheit biete. Das aber sei der Fall, wenn die bauliche Anlage und das Betriebskonzept eines «Plauschbades» die jugendlichen Badegäste dazu ver-

leite, an einer gefährlichen Stelle ins Wasser zu springen, und der Werkeigentümer trotz erkannter Gefahr keine zumutbaren Schutzvorkehrungen treffe (Rubrum). 3. Mit Rücksicht auf das mitwirkende Verschulden des Geschädigten hatte die Vorinstanz den Schadenersatzanspruch um einen Drittel reduziert. Das Eventualbegehren des haftpflichtigen Eigentümers, den Anspruch um einen grösseren Betrag herabzusetzen, wurde vom Bundesgericht aus verschiedenen Erwägungen (namentlich auch im Hinblick auf das jugendliche Alter des Geschädigten) abgelehnt. BGr. (TF) 19.9.1990; BGE (ATF) 116 II 422 ff. (184)

Journées du droit de la circulation routière 1992

Strassenverkehrsrechts-Tagung 1992

à l'Université de Fribourg / an der Universität Freiburg
les 17 et 18 mars 1992 / am 19. und 20. März 1992
organisées par le Séminaire de droit privé de l'Université de Fribourg,
en collaboration avec l'ACS et l'ARCA
organisiert durch das Seminar für Privatrecht der Universität Freiburg,
im Zusammenhang mit dem ACS und der HMV

Thèmes:

1. Les conditions générales de la branche automobile (P. Tercier)
2. Les enfants dans la circulation routière
– aspects de droit pénal (R. Roth)
– aspects de droit civil (G. Chappuis)
3. La réforme du droit de la responsabilité civile (P. Widmer)
4. Les nouveautés du droit de la circulation routière (B. Rusconi, P. Tercier, E. Murer)

Themen:

1. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Automobilbranche (P. Gauch)
2. Die Kinder im Strassenverkehr
– Strafrechtliche Aspekte (H. Schultz)
– Privatrechtliche Aspekte (R. Geisseler)
3. Die Reform des Haftpflichtrechtes (P. Widmer)
4. Neuigkeiten im Strassenverkehrsrecht (H. Schultz, P. Gauch, E. Murer)

Renseignements et inscription auprès du Séminaire de droit privé de l'Université de Fribourg, tél. (037) 21 93 12

Auskünfte und Anmeldung beim Seminar für Privatrecht der Universität Freiburg,
Tel. (037) 21 93 12