

parties en cause — sont antérieurs à la date de l'entrée en vigueur du CCS. C'est donc bien à la lumière du droit genevois que devait se déterminer le contenu de la servitude invoquée. Et c'est également à la lumière de ce droit (cf. art. 1 al. 1 Titre final CCS) que l'instance cantonale a eu à rechercher quels ont pu être les effets juridiques de l'inaction de la demanderesse depuis le moment où elle a acheté sa propriété (9 avril 1908) jusqu'au moment où elle a ouvert action (17 mai 1911).

Quant à l'exception tirée par le défendeur de l'art. 2 CCS, c'est avec pleine raison que l'instance cantonale l'a déclarée mal fondée. La demanderesse a un intérêt évident à exiger le respect intégral d'une servitude qui est de nature à augmenter la valeur de sa propriété et l'on ne saurait considérer comme un acte de chicane le simple exercice d'un droit constitué de par la libre volonté des parties. Le défendeur n'a nullement établi que, par suite de modifications de l'état de fait existant lors de la constitution de la servitude, celle-ci ait perdu toute utilité pour le fonds dominant; il ne peut donc invoquer l'art. 736 CCS, d'autant qu'en procédure il n'a pris aucunes conclusions tendant à faire prononcer la radiation de servitude prévue à cet article.

Le recourant n'ayant élevé aucune critique contre l'indemnité allouée à la demanderesse par l'arrêt attaqué, il n'y a pas lieu pour le Tribunal fédéral de revoir sur ce point la décision de l'instance cantonale.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt attaqué est confirmé.

40. **Arrest der II. Zivilabteilung vom 25. Juni 1913**  
in Sachen **Gürtler, Kl. u. Ver.-Kl., gegen Hegotten Laub,**  
Bekl. u. ebenfalls Ver.-Kl.

**Bauhandwerkerpfandrecht. Intertemporales Recht (Erw. 2).** — *Berechnung der Frist des Art. 839 Abs. 2, insbesondere wenn die Arbeit später vollendet worden ist, als ursprünglich vorgesehen war, oder wenn die dem Kläger übertragene Arbeit diesem vor deren Vollendung entzogen worden ist (Erw. 3).* — *Umfang des einzutragenden Pfandrechtes bei Unterakkordverhältnissen (Erw. 5 und 6).* — *Kann der Eigentümer dem auf Pfandeintragung klagenden Unterakkordanten Einreden entgegenhalten, die sich auf sein (des Eigentümers) Verhältnis zum Oberakkordanten beziehen? (Erw. 8.)*

A. — Die Beklagten haben am 24. Juni oder Juli 1911 dem seither in Konkurs geratenen Baumeister Albert Kurz in Basel die Erstellung eines Wohnhauses auf einer Liegenschaft, die sie gleichzeitig von Kurz kauften, zum Pauschalpreise von 68,000 Fr. übertragen. Am 23. November 1911 wurden sie dann im Grundbuch als Eigentümer der Liegenschaft eingetragen.

Inzwischen, nämlich am 27. September 1911, hatte Kurz die Maurerarbeiten zum Preise von 25,000 Fr. an den Kläger weitervergeben.

Nachdem Mitte Januar 1912 die Rohbauschatzung stattgefunden und der Kläger 63 % der ihm obliegenden Maurerarbeiten ausgeführt hatte, ermächtigte Kurz die Beklagten am 10. April 1912, die noch ausstehenden Maurerarbeiten anderweitig zu vergeben. Von dieser Ermächtigung machten die Beklagten Gebrauch, und es hat infolgedessen der Kläger jene Arbeiten nicht vollendet.

Am 1. Mai 1912 stellte der Kläger beim Zivilgerichtspräsidenten das Gesuch um Bewilligung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes im Betrage von 10,000 Fr. (gleich dem für die ausgeführten Arbeiten angeblich geschuldeten Werklohn von 20,000 Fr., abzüglich bezahlter 10,000 Fr.). Da jedoch ein vom Zivilgerichtspräsidenten mit der Schätzung der ausgeführten Arbeiten beauftragter Experte diesen Arbeiten einen Wert von nur 13,550 Fr. beimaß, bewilligte der Präsident — unter Ansetzung einer Klagfrist — die vorläufige Eintragung nur für

den Betrag von 3350 Fr. Diese Bewilligung erfolgte am 22. Mai 1912, die entsprechende Eintragung im Grundbuch unmittelbar darauf.

B. — Innerhalb der ihm vom Gerichtspräsidenten angeetzten Frist stellte nun der Kläger folgendes Rechtsbegehren:

„Es sei die Grundbuchverwaltung Basel-Stadt anzuweisen, auf „Sekt. II, Parz. 2457, Luzernerring 120 (Gebau Luzernerring/Burgfelderstraße) ein Bauhandwerkerpfandrecht im Betrage von „3550 Fr. zu Gunsten des Klägers einzutragen.“

Gegenüber dieser Klage haben die Beklagten, zum Teil schon vor den kantonalen Instanzen, zum Teil erst vor Bundesgericht, vor letzterem jedoch ohne Ausführung neuer Tatsachen, folgende Standpunkte eingenommen:

1. Das ZGB sei auf den vorliegenden Fall noch nicht anwendbar, da der Werkvertrag noch unter dem alten Recht abgeschlossen, und auch die Arbeit, für welche das Bauhandwerkerpfandrecht beansprucht werde, zum größten Teil noch im Jahre 1911 ausgeführt worden sei.

2. Das Gesuch um Bewilligung der vorläufigen Eintragung sei erst nach Ablauf der dreimonatlichen Frist des Art. 839 Abs. 2 ZGB gestellt worden, und auch die vorläufige Eintragung selbst sei erst nach Ablauf dieser Frist erfolgt; denn die letzte Arbeitsleistung des Klägers habe Mitte Januar stattgefunden; seither habe der Kläger bloß noch Schlacken „eingebracht“, jedoch nicht verarbeitet; übrigens seien diese Schlacken tatsächlich gar nicht für den Neubau der Beklagten verwendet worden.

Das Gesuch sei auch deshalb verspätet, weil der Kläger nach seinem Vertrage mit Kurz verpflichtet gewesen wäre, die ihm obliegenden Arbeiten bis Anfangs Dezember 1911 „für und fertig zu erstellen“. Daraus, daß er dieser Verpflichtung nicht nachgekommen sei, könne er keine Rechte ableiten.

Der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes sei somit verwirkt.

3. Die Beklagten hätten eine Kautionshypothek im Betrage von 15,000 Fr. zu Gunsten des Kurz errichtet und brauchten deshalb nicht auch noch dem Kläger eine Sicherheit zu bestellen.

4. Den Beklagten stehe gegenüber Kurz (weil der Ehe mann

Laub für die Schlofferarbeiten sein eigener Unteraffordant gewesen sei) ebenfalls eine Bauforderung zu, wovon gemäß ausdrücklicher Vereinbarung zwischen ihnen und Kurz 11,722 Fr. mit dem entsprechenden Teil des dem Kurz geschuldeten Werklohnes zu verrechnen seien. Diese Verrechnung sei „ausgeschlossen, wenn nun die Unteraffordanten des Kurz Pfandrechte für ihre Forderungen an Kurz, zu Lasten des Baues des Käufers Laub eintragen lassen wollen“. Gerade diese Verrechnungsklausel lasse es wider Treu und Glauben erscheinen, wenn sie „durch Bauhandwerkerpfandrechte nun aufgehoben werden solle“.

5. Den Beklagten, als den spätern Erwerbem der in Betracht kommenden Liegenschaft, könne die Einräumung eines Bauhandwerkerpfandrechtes auf dieser Liegenschaft nicht zugemutet werden; der Kläger hätte die Eintragung vor dem Eigentumserwerb der Beklagten verlangen sollen.

6. Eventuell könnte das Pfandrecht nur für 2568 Fr. 70 Cts. errichtet werden; denn seit der Bewilligung der vorläufigen Eintragung habe der Kläger noch eine weitere Zahlung von 981 Fr. 30 Cts. erhalten. (Die Tatsache dieser Zahlung wird vom Kläger zugegeben; er bringt jedoch die 981 Fr. 30 Cts. von dem Betrage von 5300 Fr. in Abzug, für welchen der Gerichtspräsident nach seiner, des Klägers Auffassung die provisorische Eintragung hätte bewilligen sollen.)

C. — Während der Pendenz des Prozesses vor II. Instanz haben die Beklagten bei der kantonalen Gerichtskasse einen Betrag von 4300 Fr. „als Pfandsicherheit für die Ansprüche des Klägers“ hinterlegt, und es ist deshalb das Grundbuchamt vom Instruktionsrichter des Appellationsgerichtes angewiesen worden, das vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrecht zu löschen.

D. — Durch Urteil vom 15. April 1913 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt erkannt:

„Es wird festgestellt, daß dem Kläger für Bauarbeiten auf dem „Grundstück Sektion II Parzelle 2457 Luzernerring 120 des „Grundbuches des Kantons Basel-Stadt eine Forderung von „2568 Fr. 70 Cts. zusteht. Für diese Forderung besteht an Stelle „eines Bauhandwerkerpfandrechtes ein Faustpfandrecht an den von „den Beklagten am 19. März 1913 bei der Gerichtskasse deponierten

„4300 Fr. Die Gerichtskasse wird angewiesen, an dieser Summe als Pfandhalter für den Kläger den Besitz auszuüben.

„Mit seinem weitergehenden Begehren wird der Kläger abgewiesen.“

Die Begründung dieses Urteils läßt sich folgendermaßen zusammenfassen:

Nach Art. 4 SchlZ ZGB sei auf den vorliegenden Fall das neue Recht anzuwenden. — Die Frist des Art. 839 Abs. 2 sei gewährt, weil einerseits für den Beginn der Frist das Datum in Betracht komme, an welchem dem Kläger die Arbeiten entzogen wurden, also der 10. April 1912, andererseits aber das Gesuch um Bewilligung des vorläufigen Eintrages am 1. Mai 1912, also vor Ablauf der Frist, gestellt worden sei. — Die von den Beklagten angeblich dem Kurz geleistete Sicherheit könne dem Kläger nicht angerechnet werden. — Die Einrede der Verrechnung sei unbegründet, weil nach Abzug der 11,722 Fr., bis zu welchem Betrage die Beklagten verrechnen zu können behaupten, noch ein Betrag von 46,278 Fr. verbleibe, den sie dem Kurz in bar zu bezahlen verpflichtet seien. Auch wenn sie also „den ganzen Wertlohn, der dem Kläger von Kurz versprochen wurde, 25,000 Fr., bar bezahlen müßten, würde der Betrag, den sie auch an Kurz bar bezahlen müßten, nicht überschritten“. — Für die Höhe des einzutragenden Pfandrechtes komme grundsätzlich der Schätzwert der vom Kläger geleisteten Arbeiten in Betracht. Dieser betrage nach der vom Zivilgerichtspräsidenten im Verfahren über die vorläufige Eintragung angeordneten Expertise 13,550 Fr. Hievon seien die bezahlten 10,981 Fr. 30 Cts. abzugiehen, so daß noch ein Betrag von 2568 Fr. 70 Cts. verbleibe. In dieser Höhe sei daher die Klage gutzuheßen.

E. — Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, und zwar:

a) der Kläger mit dem Antrag, es sei der pfandberechtigte Betrag auf 3550 Fr. zu erhöhen;

b) die Beklagten mit dem Antrage auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Parteien sind darüber einig, daß dem Kläger an den bei der kantonalen Gerichtskasse hinterlegten 4300 Fr. ein Pfand-

recht bis zum Betrage von 3550 Fr. dann und in dem Umfange zusteht, wenn und insoweit er vor der Leistung dieser Barkaution einen Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes besaß. Die zu entscheidende Rechtsfrage geht somit dahin, ob und inwieweit dem Kläger vor der Hinterlegung jener 4300 Fr. ein solcher Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes zustand.

2. — Vor allem ist auf Grund des Art. 3 SchlZ ZGB — ob auch auf Grund des Art. 4, kann dahingestellt bleiben — die Anwendbarkeit des neuen Rechts auf den vorliegenden Fall zu bejahen. Dabei ist es unerheblich, ob (mit Leemann, in Schweiz. Juristenzeitung 8 S. 300) als „Rechtsverhältnis, dessen Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird“, das Eigentumsrecht, oder aber (was dem Ausdruck „Rechtsverhältnis“ wohl besser entsprechen dürfte) die Rechtsbeziehungen zwischen Bauhandwerker und Eigentümer betrachtet werden, die ja in der Tat unabhängig vom Willen der Beteiligten und sogar in zwingender Weise (vergl. Art. 837 Abs. 2) direkt durch das ZGB umschrieben werden und überhaupt erst durch dieses geschaffen worden sind.

Dem Klageanspruch steht somit der Umstand nicht entgegen, daß der Werkvertrag, auf Grund dessen der Kläger die in Betracht kommenden Arbeiten ausgeführt hat, aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des ZGB stammt, und daß auch der größere Teil dieser Arbeiten noch im Jahre 1911 ausgeführt worden ist. Es genügt, daß der Kläger am 1. Januar 1912 unbestrittenermaßen eine, die Liegenschaft der Beklagten betreffende Bauforderung besaß, und daß die Frist des Art. 839 Abs. 2 jedenfalls damals noch nicht abgelaufen war.

3. — In der Sache selbst erscheint zunächst die von den Beklagten erhobene Einrede, daß die erwähnte dreimonatliche Frist in der Folge nicht gewährt worden sei, als unbegründet.

Vorerst ist es nämlich unrichtig, wenn die Beklagten davon ausgehen, daß für den Beginn des Fristenlaufes der Zeitpunkt maßgebend sei, in welchem die betreffende Arbeit nach dem in Betracht kommenden Werkvertrag hätte beendet sein sollen. Der Wortlaut des Art. 839 Abs. 2 bietet hierfür keine Anhaltspunkte, und

es wäre denn auch eine offenbar unnötige Härte gewesen, wenn das Gesetz den Handwerker, der seine Arbeit einige Tage später vollendet, als es ihm vielleicht möglich gewesen wäre, dafür mit dem Verlust seines Pfandanspruchs bestraft hätte. Außerdem würde es große praktische Nachteile mit sich gebracht haben, wenn in allen Fällen, in denen ein Handwerker oder Unternehmer seine Arbeit später beendet hat, als ursprünglich vorgesehen war, der Richter darauf verwiesen worden wäre, anlässlich des Entscheides über das Bauhandwerkerpfandrecht und diesem Entscheide vorgängig die Frage zu untersuchen, ob eine allfällige Verspätung auf ein Verschulden des Handwerkers, oder aber auf ein zufälliges Moment, oder auf höhere Gewalt, oder auf das Verschulden des Bestellers oder eines Dritten usw. zurückzuführen sei.

Die weitere Frage, ob (entsprechend dem Wortlaut des Art. 839 Abs. 2) die Eintragung als solche vor Ablauf der drei Monate zu erfolgen hat, oder ob es genügt, daß innerhalb dieser Frist das Gesuch um Bewilligung der Eintragung gestellt wird, kann hier dahingestellt bleiben. Denn, wie es sich auch damit verhalten mag, so erscheint doch jedenfalls als Ausgangspunkt der Frist im vorliegenden Falle entgegen der Auffassung der Beklagten nicht das Datum der letzten Arbeitsleistung oder Materiallieferung des Klägers (wobei übrigens noch zu entscheiden wäre, ob eine angeblich im Februar oder März erfolgte „Einbringung“ von Schlacken als Arbeitsleistung zu betrachten sei, bezw. ob sie auch als bloße Materiallieferung, weil sie immerhin einen Teil der dem Kläger laut Werkvertrag obliegenden Arbeiten und Materiallieferungen bildete, zur Unterbrechung der Frist des Art. 839 Abs. 2 geeignet war). Vielmehr ist mit Rücksicht auf den Umstand, daß dem Kläger die Arbeiten vor deren Vollendung entzogen wurden, dasjenige Datum als maßgebend zu betrachten, an welchem dieser Entzug der Arbeiten stattgefunden hat. Erst von diesem Zeitpunkt an stand fest, daß der Kläger für den in Betracht kommenden Bau keine Arbeit mehr zu leisten habe, und erst von diesem Zeitpunkte an war er daher zur genauen Ausrechnung des Betrages seiner Bauforderung in demselben Maße befähigt, wie er es sonst im Momente der Fertigstellung der Arbeit gewesen wäre.

Würde übrigens anders entschieden, und die dreimonatliche Frist

des Art. 839 Abs. 2 unter allen Umständen, also auch im Falle des Arbeitsentzuges, vom Datum der letzten effektiven Arbeitsleistung an berechnet, so könnte jedesmal dann, wenn (z. B. infolge schlechter Witterungsverhältnisse oder infolge eines Streiks) seit der letzten Arbeitsleistung eines Bauhandwerkers drei Monate verstrichen sind, dieser dadurch um sein gesetzliches Pfandrecht verstrichen sein, dieser dadurch um sein gesetzliches Pfandrecht gebracht werden, daß ihm die Arbeiten entzogen würden, m. a. W. der Eigentümer hätte es in der Hand, durch sein einseitiges Vorgehen die dreimonatliche Frist zum Ablauf zu bringen, bevor sie normalerweise überhaupt zu laufen beginnen konnte.

Im vorliegenden Falle hat nun der Entzug der Arbeiten frühestens am 10. April 1912 stattgefunden, und es war also die dreimonatliche Frist am Tage der provisorischen Eintragung des Pfandrechtes (22. Mai) ebensowenig abgelaufen, wie am Tage der Einreichung des bezüglichen Gesuches (1. Mai).

4. — Nach dem Gesagten ist die Klage — vorbehaltlich des Entscheides über die von den Beklagten erhobenen Einreden der Sicherheitsleistung und der Verrechnung — für den ganzen eingeklagten Betrag von 3550 Fr. gutzuheißen, sofern es richtig ist, daß der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes grundsätzlich für den Betrag der Forderung des Handwerkers, und nicht wie die Vorinstanz annimmt, für den Schätzungswert der von ihm geleisteten Arbeit besteht. Denn die ursprüngliche Forderung des Klägers aus seinem Werkvertrage mit Kurz betrug, wie jetzt nicht mehr bestritten ist, 15,300 Fr. (= 63 % der Affordsumme von 25,000 Fr. abzüglich 450 Fr. für Mängel), und es beläuft sich daher seine Restforderung (nach Abzug der 10,981 Fr. 30 Cts., die ihm bezahlt worden sind,) auf 4318 Fr. 70 Cts., also auf mehr als den Betrag, für welchen die Pfandsicherheit verlangt wird. Sollte dagegen der Anspruch des Bauhandwerkers auf Eintragung eines Pfandrechtes grundsätzlich für den Schätzungswert der geleisteten Arbeit bestehen, so wäre die Rechnung der Vorinstanz richtig, wonach der Kläger ein Pfandrecht nur für den Betrag von 2568 Fr. 70 Cts. (gleich dem Schätzungswert der geleisteten Arbeit, 13,550 Fr., abzüglich der bezahlten 10,981 Fr. 30 Cts.) beanspruchen kann.

5. — Zu Gunsten der Auffassung, daß der Anspruch auf Ein-

tragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes grundsätzlich für den Betrag der Forderung des Unternehmers oder Handwerkers besteht, spricht zunächst der Wortlaut des Art. 837 Ziff. 3, wonach die „Errichtung eines gesetzlichen Pfandrechtes“ in der Tat „für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer“ verlangt werden kann, während von einer Schätzung der geleisteten Arbeit oder von deren Wert im Gesetze nirgends die Rede ist. Die Auffassung der Vorinstanz, daß auf den Schätzungswert abzustellen sei, könnte somit nur dann gutgeheißen werden, wenn sich aus dem Zusammenhang der einschlägigen Bestimmungen oder aus deren Entstehungsgeschichte mit absoluter Sicherheit ergeben würde, daß entgegen dem Wortlaut des Art. 837 die Sicherstellung der Bauhandwerker im Betrage des Schätzungswertes der von ihnen geleisteten Arbeit beabsichtigt war. Nun finden sich allerdings in den Materialien des Gesetzes verschiedene Ausprüche, die dahin lauten, es müsse den Bauhandwerkern der durch sie geschaffene Mehrwert der Liegenschaft gesichert werden, und es ist auch zuzugeben, daß dieser Mehrwert als solcher nicht wohl anders, als durch eine Schätzung, bestimmt werden kann. Allein einerseits hat der Bauhandwerker, falls der Schätzungswert der geleisteten Arbeit mehr beträgt, als der dafür geschuldete Werklohn, kein Interesse daran, daß das Pfandrecht für den ganzen Schätzungswert errichtet werde, statt einfach für den Betrag seiner Forderung (da er ja doch unter keinen Umständen mehr als diesen letztern Betrag liquidieren kann); anderseits aber erscheint es unbillig, dem Bauhandwerker für seine allfällige Mehrforderung über den Schätzungswert der geleisteten Arbeit hinaus den Anspruch auf Errichtung eines Pfandrechtes zu verweigern. Abgesehen davon nämlich, daß jede Schätzung auf einer mehr oder weniger subjektiven Grundlage beruht, ist namentlich zu berücksichtigen, daß bei Forfaitverträgen ein mäßiger Zuschlag zum voraussetzlichen Erststellungspreis — als Ausgleich für das Risiko einer Überschreitung dieses Preises — durchaus gerechtfertigt sein kann, und daß daher auch in der Gewährung eines Pfandrechtes für den im Falle der Nichtüberschreitung entstehenden Unternehmergeinn keine ungehörige Begünstigung des Bauhandwerkers liegt.

Die Interessen der Handwerker und Unternehmer recht-

fertigen somit keineswegs die von der Vorinstanz getroffene Entscheidung, wonach das Bauhandwerkerpfandrecht grundsätzlich auf den Schätzungswert der geleisteten Arbeit zu beschränken ist. Die Vorinstanz hat sich denn auch, wie aus der Motivierung des angefochtenen Urtheiles deutlich hervorgeht, bei ihrem Entscheide weniger durch die Rücksicht auf die Interessen der Bauhandwerker, als vielmehr durch die Erwägung leiten lassen, daß dem Eigentümer die Einräumung eines Pfandrechtes für einen höhern Betrag, als den Schätzungswert der geleisteten Arbeit, nicht zugemutet werden könne, weil nämlich nur dieser Schätzungswert der geleisteten Arbeit einen „festen Maßstab“ bilde, „nach welchem der Eigentümer selbst bei Vergebung der Bauarbeiten an den ersten Unternehmer seine Belastung ungefähr berechnen“ könne. Wird indessen diese Argumentation der Vorinstanz näher geprüft, so ergibt sich, daß auch die Interessen des Eigentümers einerseits die Limitierung der Bauhandwerkerpfandrechte auf den Schätzungswert der geleisteten Arbeit durchaus nicht immer erfordern, daß aber anderseits diese Interessen unter Umständen gerade durch die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes in der Höhe jenes Schätzungswertes sehr erheblich verletzt werden können. Bleibt nämlich der Schätzungswert unter dem Betrage, den der Eigentümer auf Grund seines Werkvertrages für die betreffenden Arbeiten schuldet, so hat dieser Eigentümer kein schutzwürdiges Interesse daran, daß den Bauhandwerkern für die Differenz zwischen jenem Betrage und dem Schätzungswert der geleisteten Arbeiten nicht auch eine dingliche Sicherheit bestellt werde; denn diese Differenz muß er ja so wie so bezahlen. Übersteigt aber der Schätzungswert der geleisteten Arbeiten den vom Eigentümer geschuldeten Werklohn — weil z. B. die bestellten Arbeiten infolge irgend eines Umstandes, den der Bauherr sonst (nach den Grundsätzen über den Werkvertrag) nicht zu vertreten hätte, teurer ausgefallen sind, als er und der Generalunternehmer vorausgesehen hatten, oder weil gar Arbeiten ausgeführt worden sind, die der Eigentümer überhaupt nicht bestellt hatte und deren Gegenwert er auch nicht etwa auf Grund einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder eines andern ähnlichen Rechtsverhältnisses schuldet —, so ist der Eigentümer bei der von der Vorinstanz gewählten Lösung gegen die Inanspruchnahme für unvorhergesehen

hohe Bauforderungen gerade nicht geschützt, da er ja dann u. U. für bedeutend höhere Beträge haftet, als er bei der Vergebung der Arbeiten berechnen konnte.

6. — Da somit das von der Vorinstanz gewählte Mittel zum Schutze des Eigentümers gegen Überraschungen — Limitierung seiner Haftung auf den Schätzungswert der geleisteten Arbeit — in den einen Fällen zu weit geht, in den andern dagegen versagt, und zwar letzteres gerade da, wo ein solches Schutzmittel am nötigsten wäre, so ist der Schätzungswert der geleisteten Arbeiten als Faktor für die Berechnung der Höhe des Bauhandwerkerpfandrechtes überhaupt auszuschalten, und es ist der Schutz des Eigentümers gegen die Inanspruchnahme für Bauforderungen, auf deren Höhe er nicht bestimmend einwirken konnte, in anderer Weise zu suchen, nämlich dadurch, daß seine Haftung, die allerdings grundsätzlich für die Forderungen der einzelnen Handwerker und Unternehmer, und zwar auch für die Forderungen der Unterakkordanten gegen die Oberakkordanten besteht, auf diejenigen Beträge limitiert wird, die er selber (oder ein von ihm zum Bauen ermächtigter Dritter; vergl. § 18 Satz 2 des deutschen Reichsgesetzes über die Sicherung von Bauforderungen vom 1. Juni 1909) für die betreffenden Arbeiten schuldig geworden ist.

Für diese Lösung, die bereits in der einschlägigen Literatur angedeutet worden ist (vergl. Scheidegger, in *Zschr. f. schw. R.* 1913 S. 11 f.), bietet allerdings das Gesetz selber keine direkten Anhaltspunkte. Es ist indessen davon auszugehen, daß die Verpflichtung des Eigentümers zur Einräumung von Bauhandwerkerpfandrechten eine Art gesetzlicher Haftpflicht darstellt, die als solche — analog der Haftpflicht des Fabrikherrn für die in seinem Betriebe vorkommenden Unfälle — zwar kein Vertragsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten, wohl aber eine gewisse kausale Beziehung zwischen dem durch den Haftpflichtigen zu deckenden Schaden einerseits und einem von ihm geschaffenen Zustande andererseits voraussetzt, in dem Sinne, daß der Eigentümer nur für diejenigen Bauforderungen haftet, zu deren Entstehung er durch den Abschluß eines Werkvertrages oder durch sein sonstiges Verhalten Anlaß gegeben hat. Gleichwie der Fabrikant, obwohl seine Haftpflicht nicht vom Bestande eines direkten Ver-

tragsverhältnisses zwischen ihm und dem verunglückten Arbeiter abhängig ist, doch immerhin nur für diejenigen Unfälle haftet, die sich in seinem Betriebe ereignet haben, und deren Eintritt er somit ermöglicht hat, so wollte offenbar auch der Eigentümer, der auf seinem Grundstücke einen Bau erstellen läßt, nur für diejenigen Bauforderungen haftbar gemacht werden, zu deren Entstehung er, direkt oder indirekt, durch den von ihm erteilten Bauauftrag oder in anderer Weise, Anlaß gegeben hat; das ist aber bei den Bauforderungen der Unterakkordanten regelmäßig nur insoweit der Fall, als sie sich auf Arbeiten beziehen, die der Eigentümer (oder der vom Eigentümer zum Bauen ermächtigte Dritte) bestellt hat, und auch dies nur insoweit, als ihr Preis denjenigen Betrag nicht übersteigt, mit welchem sie bei der Festsetzung des Preises für den ganzen Bau in Rechnung gestellt worden waren. Nur bis zu diesem Betrage besteht zwischen der Forderung des Unterakkordanten und der Erteilung des Bauauftrages seitens des Eigentümers (oder des mit seiner Ermächtigung bauenden Dritten) derjenige Kaufaltnexus, mit Rücksicht auf welchen dem Eigentümer zugemutet werden kann, für eine nicht gegen ihn, sondern gegen einen Dritten bestehende Forderung eine dingliche Sicherheit zu leisten; denn nur bis zu diesem Betrage kann davon gesprochen werden, daß der Eigentümer die (ihm vielleicht ganz unbekanntem) Unterakkordanten indirekt zur Leistung von Arbeit und zur Kreditierung des dafür geschuldeten Werklohnes veranlaßt und in gewissem Sinne aufgemuntert habe (weil ja normalerweise die vom Bauherrn dem Generalunternehmer geschuldeten Beträge in erster Linie zur Bezahlung der Unterakkordanten bestimmt sind).

Diese Lösung entspricht denn auch allein der Billigkeit. Einerseits nämlich schützt sie den Eigentümer gegen die Gefahr, für mehr aufkommen zu müssen, als für den Betrag, den er selber schuldig geworden ist und daher so wie so bezahlen muß; andererseits kann dem Unterakkordanten, wenn er für seine Forderung gegen den Oberakkordanten oder den Generalunternehmer eine dingliche Sicherheit erwerben will, immerhin zugemutet werden, sich vor Ausführung seiner Arbeit darüber zu vergewissern, daß dieser Arbeit auch wirklich eine Forderung seines Vormannes oder des Generalunternehmers gegen den Eigentümer entspricht. Für den Fall aber,

216 A. Oberste Zivilgerichtsinstanz. — I. Materiellrechtliche Entscheidungen.

daß ein Unterakkordant durch den Eigentümer, oder durch diesen im Vereine mit dem Generalunternehmer, sei es über den Umfang der bestellten Arbeiten, sei es über den dafür festgesetzten Preis, irreführt würde, genügt der in Art. 2 ZGB liegende Schutz; desgleichen für den Fall, daß infolge von Kollusion zwischen dem Eigentümer und einem insolventen Generalunternehmer der von jenem zu zahlende Gesamtpreis absichtlich so niedrig angesetzt worden ist, daß es von vornherein unmöglich war, daraus die Unterakkordanten zu bezahlen.

7. — Die Entscheidung der Frage, ob eine bestimmte Einzelarbeit im Generalbauvertrag vorgesehen war, bzw. bis zu welchem Betrage der dafür geforderte Preis den Bedingungen jenes Vertrages entspricht, mag allerdings unter Umständen Schwierigkeiten bieten. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn kein, sämtliche Arbeiten umfassendes „Devis“ existiert, oder wenn zwar ein solches „Devis“ aufgestellt worden war, nachträglich aber im Einverständnis mit dem Bauherrn Abänderungen getroffen worden sind, oder wenn zwar das „Devis“ eingehalten wurde, daraus aber nicht ersichtlich ist, welcher Teil der Gesamtkordsumme dem Generalunternehmer über seine Auslagen hinaus als Vergütung für die Beaufsichtigung der Arbeiten und als Unternehmergewinn zukommen sollte, usw. Auch wird es oft vor Fertigstellung des ganzen Baues nicht wohl möglich oder doch jedenfalls nicht leicht sein, zu ermitteln, ob und in welchem Maße die Summe der Forderungen der einzelnen Unterakkordanten den im Vertrage zwischen dem Eigentümer und dem Generalunternehmer für ihre Leistungen vorgesehenen Gesamtbetrag übersteigen wird, und in welchem Maße daher bei der Gewährung der Bauhandwerkerpfandrechte für die bereits fertiggestellten Arbeiten eine (natürlich proportionale) Reduktion jener Forderungsbeträge einzutreten hat. Derartige Fragen sind indessen im vorliegenden Falle nicht zu lösen, da die Beklagten die Einrede, daß die vom Kläger ausgeführten Arbeiten nicht zu denjenigen Arbeiten gehören, die sie dem Kurz bestellt haben, oder daß die Forderung des Klägers (einschließlich der ihm geleisteten Abschlagszahlungen von 10,981 Fr. 30 Cts., also seine ursprüngliche Forderung von 15,300 Fr.) mehr betrage, als bei einer Gesamtkordsumme von 68,000 Fr. auf die Maurerarbeiten

(oder genauer: auf den ausgeführten Teil dieser Arbeiten) entfallen könne, nicht erhoben haben, und übrigens auch keine Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß diese Einrede mit Erfolg hätte erhoben werden können.

8. — Aus den vorstehenden Ausführungen in Verbindung mit dem in Erwägung 4 Gesagten ergibt sich, daß der Anspruch des Klägers auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechtes im eingeklagten Betrage von 3550 Fr. gutzuheissen ist, sofern nicht etwa die von den Beklagten erhobene Einrede der Sicherheitsleistung oder diejenige der Verrechnung als begründet erscheint.

Was zunächst die Einrede der Sicherheitsleistung betrifft, so genügt es, zu konstatieren, daß die Beklagten selber nicht behaupten, sie hätten dem Kläger eine Sicherheit bestellt, sondern nur: sie hätten zu Gunsten des Generalunternehmers Kurz eine Kautionshypothek errichtet. Nach Art. 839 Abs. 3 hat aber die Leistung der „hinreichenden Sicherheit für die angemeldete Forderung“, sofern dadurch die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechtes verhindert werden will, zweifellos zu Gunsten des Gläubigers der „angemeldeten Forderung“, also zu Gunsten desjenigen zu erfolgen, der das Bauhandwerkerpfandrecht beansprucht. Dies war im vorliegenden Falle der Kläger und nicht der Generalunternehmer Kurz. Die Einrede der Sicherheitsleistung ist daher von vornherein unbegründet, und es braucht auf die Frage, ob tatsächlich eine Kautionshypothek von 15,000 Fr. zu Gunsten des Kurz errichtet worden sei, sowie auf die weitere Frage, ob diese Kautionshypothek eine „hinreichende Sicherheit“ im Sinne des Gesetzes bildete, nicht eingetreten zu werden.

Ähnlich verhält es sich mit der Einrede der Verrechnung. Die Beklagten behaupten nämlich nicht, es stehe ihnen eine Forderung gegenüber dem Kläger zu, sondern nur, sie hätten eine Gegenforderung (im Betrage von 11,722 Fr.) gegen den Generalunternehmer Kurz. Es ist nun nicht einzusehen, weshalb die Beklagten berechtigt sein sollten, sich für diese, ihnen angeblich gegen Kurz zustehende Forderung auf Kosten des Klägers bezahlt zu machen, so daß die vom Kläger geleistete Arbeit trotz der Institution des Bauhandwerkerpfandrechtes doch wieder nicht ihm, dem Kläger,

sondern den Beklagten, bezw. dem Kurz als dem Schuldner der Beklagten, zu gute kommen würde. Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß die Forderung der Beklagten von angeblich 11,722 Fr. ihrerseits ebenfalls eine Bauforderung sein soll (da der Ehemann Laub in Bezug auf die Schlosserarbeiten sein eigener Unterakkordant gewesen sei). Denn, wenn den Beklagten ebenfalls eine Bauforderung im angegebenen Betrage zusteht, so sind sie für diese Forderung schon dadurch gesichert, daß sie für deren Betrag zu Gunsten keines andern Bauhandwerkers ein Pfandrecht zu errichten brauchen, ferner auch dadurch, daß sie sich durch Verrechnung dieses Betrages mit einem entsprechenden Teil des dem Kurz von ihnen geschuldeten Werklohnes ohne weiteres bezahlt machen können. Es würde deshalb geradezu einer doppelten Eintreibung gleichkommen, wenn sie auch noch das dem Kläger einzuräumende Bauhandwerkerverpfandrecht um den Betrag dieser Forderung kürzen könnten.

9. — Die Frage endlich, ob und eventuell unter welchen Voraussetzungen der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerverpfandrechtes auch gegenüber einem solchen Eigentümer geltend gemacht werden könne, der nicht selber Bauherr ist, und der auch die Ermächtigung zum Bauen nicht erteilt hat, sondern die Liegenschaft erworben hat, als sie bereits überbaut war (vergl. darüber Urteil der Rekurskammer des zürch. Oberger. vom 13. Juli 1912 i. S. Schweikert g. Jauch, in der Schweiz. Juristenzeitung 9 S. 93 f.; Wieland, ebendasselbst S. 81 ff.; Leemann, ebendasselbst S. 84 ff.; Scheidegger, in Ztschr. f. schw. R. 1913 S. 17 ff.; endlich Urteil der I. Appellationskammer des zürch. Oberger. vom 3. Mai 1913 i. S. Göhner g. Schweikert), braucht anlässlich des vorliegenden Falles nicht entschieden zu werden. Denn es sind unbestrittenemassen die Beklagten, die dem Kurz den Bauauftrag erteilt haben, und zwar zu einer Zeit, als bereits feststand, daß sie, die Beklagten, die Eigentümer der Liegenschaft sein würden. Daß dann die Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch erst einige Zeit später erfolgte, als die Arbeiten vielleicht schon begonnen waren, ist bei dieser Sachlage unerheblich.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird dahin gutgeheißen, daß die pfandberechtigte Forderung von 2568 Fr. 70 Cts. auf 3550 Fr. erhöht wird.

#### 4. Obligationenrecht. — Code des obligations.

41. Arrêt de la 1<sup>re</sup> section civile du 19 avril 1913

dans la cause *Fabrique suisse de machines à coudre S. A. et Rochat, déf. et rec., contre Orezoli, dem. et int.*

Art. 50 et 55 anc. CO. — Plainte injustifiée. — **L'omission consciente et volontaire** d'une circonstance de l'affaire lors de la rédaction d'une plainte pénale constitue un **acte illicite** de la part du plaignant, parce qu'il en dénature ainsi le sens et la portée.

A. — J. M. Orezoli, négociant, actuellement à Bordeaux, a été employé à titre de courtier par Ernest Rochat, représentant-dépositaire, à Genève, de la Fabrique suisse de machines à coudre à Lucerne. Il était, ainsi que l'a admis l'instance cantonale, autorisé à faire les encaissements pour le compte de son patron, à charge de rendre compte chaque semaine des rentrées opérées par lui; il recevait à titre de rémunération un salaire fixe et une commission sur les machines vendues par son intermédiaire; enfin, Rochat prélevait sur les commissions attribuées à son employé une retenue proportionnelle qui constituait en faveur de la maison une garantie pour le remboursement des commissions payées sur les affaires non rentrées.

Le 9 décembre 1910, Orezoli, qui était en tournée à la Roche (Haute Savoie), annonçait par lettre à son patron son intention de le quitter; il lui donnait diverses indications sur les affaires en cours, ainsi que la liste de ses derniers encaissements formant une somme de 194 fr. 75; il lui rappelait