

## **Ersatzpflicht des Grundeigentümers gemäss Art. 672 ZGB bei fehlendem vertraglichem Anspruch und der Begriff des guten Glaubens**

***Führt eine Unternehmerin Mehrarbeiten ohne Vertrag auf fremdem Grund aus, kommt der sachenrechtliche Ausgleichsanspruch gemäss Art. 672 ZGB zur Anwendung. Dessen Höhe hängt von einem grosszügig ausgelegten guten Glauben ab.***

***L'entrepreneur qui effectue des travaux supplémentaires sur le fonds d'autrui sans contrat peut réclamer une indemnité équitable selon l'art. 672 CC. Le montant dépend de la bonne foi des acteurs, mais celle-ci ne s'interprète pas selon l'art. 3 CC.***

Urteil des Bundesgerichts vom 31. Juli 2013 (4A\_178/2013)

*BR 2014, 287f.*

Rechtsanwalt PD Dr. ARNOLD F. RUSCH, LL.M.

### **Der Fall**

Die Unternehmerin Y klagte gegen die Bauherrin X auf Bezahlung des ausstehenden Werklohns, der auf *Mehrarbeiten* beruhte. Der vereinbarte Werklohn betrug Fr. 110'424.60. Eine Nachtragsofferte ging von total Fr. 246'116.25 aus, während sich die Forderung am Schluss wegen Zusatzleistungen auf Fr. 318'126.24 belief. Davon blieb die Bauherrin Fr. 109'948.70 schuldig. Die relevanten AGB – es handelte sich um die SIA 118 – sahen vor, dass die Bauleitung Arbeiten genehmigen kann (Art. 33 Abs. 2, 84 SIA 118). Weitere, von der Bauleitung Z gestellte AGB, die gemäss Art. 21 SIA 118 den Vorrang beanspruchen, sahen indes vor, dass Nachträge nur mit *schriftlicher Genehmigung durch die Bauherrschaft* gültig seien. Diese blieb vorliegend trotz zweimaliger Anfrage aus. Das Handelsgericht des Kantons Zürich als Vorinstanz verneinte eine stillschweigende Aufhebung des Genehmigungserfordernisses, schützte aber die Klage im vollen Umfang von Fr. 109'948.70 gestützt auf Art. 672 ZGB, indem es den guten Glauben der Unternehmerin und der Bauherrin bejahte.<sup>1</sup> [BR 2014, 287/288]

### **Der Entscheid**

Das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid. Art. 672 ZGB differenziert beim Ersatzanspruch anhand des guten oder bösen Glaubens der Grund- und der Materialeigentümerin. Das Bundesgericht und die Vorinstanz bejahten die Gutgläubigkeit der *Material- und der Grundeigentümerin*. Sind beide Parteien gutgläubig, so erfolge ein Ausgleich nach Bereicherungsrecht *analog* (E. 2.3.1),<sup>2</sup> was mangels substantiierter Bestreitung im Quantitativ zur Zusprechung der ganzen ausstehenden Werklohnforderung führte (E. 2.3.3). Handels- und Bundesgericht verwenden dabei nicht den gewöhnlichen Massstab des Art. 3 Abs. 2 ZGB, sondern ein abgeschwächtes Kriterium, wonach guter Glaube immer dann vorhanden sei, „*wenn unredliches, moralisch verwerfliches Handeln ausgeschlossen erscheint*“.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Handelsgericht des Kantons Zürich, Urteil vom 20. Februar 2013, HG080248-O. Die Vorinstanz schloss auch die Anwendung der GoA aus, die Art. 672 ZGB vorgehen würde (E. 10.3; vgl. dazu PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011, N 1310 und BGE 99 II 131/134).

<sup>2</sup> In diesem gesetzlich nicht geregelten Fall (gutgläubiger Materialeigentümer baut auf fremdem Boden) kommt der Bereicherungsanspruch analog zur Anwendung (E. 2.3.1, HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Basler Kommentar ZGB II, 4. Aufl., Basel 2011, ZGB 672 N 10).

<sup>3</sup> BGE 95 II 221/227 – darauf verweist E. 2.2.2 (E. 11.3. bei der Vorinstanz, Fn. 1); diese Definition deckt sich mit älteren Entscheidungen, vgl. BGE 57 II 253/256, BGE 82 II 283/289 f., BGE 99 II 131/146 f., Urteil BGer 5C.200/1999, E. 3c;

## Anmerkungen

Der gute Glaube bezieht sich für die Grundeigentümerin auf die Fremdheit des Materials, für die Unternehmerin auf die Fremdheit des Bodens oder in einem *weiteren Sinne* auf die Zustimmung der Grundeigentümerin.<sup>4</sup> Wie kann die Unternehmerin für die Belange des Art. 672 ZGB gutgläubig sein, wenn sie die Bauherrin zweimal erfolglos aufgefordert hat,<sup>5</sup> die Nachtragsofferte zu genehmigen? Zwar hat die *Bauleitung* die speziellen AGB in den Vertrag gestellt, die im Widerspruch zur SIA 118 die Notwendigkeit der Genehmigung durch die Bauherrin vorsahen.<sup>6</sup> Angeichts der zweifachen, expliziten Aufforderung durch die Unternehmerin ist der Einwand aber *undenkbar*, diese habe den Genehmigungsvorbehalt nicht gekannt.

JÄGGI postuliert ein abgeschwächtes Gutglaubenserfordernis für Fälle „*qualifizierter Unklarheit der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse*“.<sup>7</sup> Die Verhältnisse waren vorliegend aber glasklar. Dies zeigt schon die zweifache Genehmigungsaufforderung, die trotz Fristsetzung ohne Antwort blieb. Richtig ist deshalb die Rückbesinnung auf den allgemeinen Gutglaubensmassstab des Art. 3 Abs. 1/2 ZGB, wie dies HAAB und LEEMANN vertreten.<sup>8</sup>

Wenn die Entscheide sodann eine Analogie zum Bereicherungsrecht suchen (E. 2.3.1),<sup>9</sup> so wäre dies der Fall der *aufgedrängten Bereicherung*, die wertungsmässig mit Art. 672 Abs. 3 ZGB übereinstimmt. Die Bauherrin muss die Bereicherung nur im *allermindesten Umfang* erstatten.<sup>10</sup> Dies versöhnt mich wieder mit dem Entscheid, denn die beklagte Grundeigentümerin und Bauherrin hat die Bereicherungsforderung im Quantitativ nicht substantiiert bestritten (E. 2.3.3; bei der Vorinstanz E. 11.3). Im Ergebnis erhielt die Unternehmerin dadurch aber auch den *vertraglichen Gewinn*, für den der Konditionsschuldner unabhängig vom guten Glauben nicht aufkommen muss. Den abzuziehenden Gewinn hätten die Gerichte m.E. in analoger Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR auch bei der Kondition schätzen oder ermessensweise festsetzen können.<sup>11</sup>

Unpassend scheint die Strenge bei der Beurteilung der stillschweigenden Aufhebung des Genehmigungsvorbehalts (E. 10.2 f. bei der Vorinstanz) im Vergleich zur Grosszügigkeit bei der Bejahung der Gutgläubigkeit im Rahmen des Art. 672 ZGB (E. 11.3 bei der Vorinstanz). Mir scheint, die Massstäbe sollten korrelieren, insbesondere wenn wie vorliegend klar ist, dass es einer Genehmigung bedarf und diese trotz Aufforderung mit Fristansetzung ausbleibt. Bei dieser Sachlage müsste man sich sogar fragen, *ob die trotzdem weiterbauende Unternehmerin sich nicht doch moralisch verwerflich verhalten hat*. Bei der Bauherrin stimmt hingegen die Gutgläubigkeit mit der fehlenden konkludenten Zustimmung überein.

---

ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Band IV, 1. Abteilung, 2. Teilband, 3. Aufl., Bern 1974 (zit. BK-MEIER-HAYOZ), ZGB 672 N 6; BERNHARD SCHNYDER, Der gute Glaube im Immobiliarsachenrecht, ZBGR 1985, 65 ff., 81.

<sup>4</sup> BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 3), ZGB 672 N 5 f.; SCHNYDER (Fn. 3), 81; BGE 81 II 267/276.

<sup>5</sup> E. 10.1. des vorinstanzlichen Entscheides (Fn. 1).

<sup>6</sup> Dies ergibt sich aus dem Entscheid der Vorinstanz (Fn. 1), E. 4, 5.1., 8.2.2.

<sup>7</sup> PETER JÄGGI, Berner Kommentar, Band I, Bern 1966, ZGB 3 N 41, auf den BGE 95 II 221/227 verweist.

<sup>8</sup> ROBERT HAAB, Zürcher Kommentar, Band IV, 1. Abteilung, Zürich 1977, ZGB 671-673 N 12 („...diese Formulierung geht entschieden zu weit.“); HANS LEEMANN, Berner Kommentar, Band IV, 1. Abteilung, 2. Aufl., Bern 1920, ZGB 672/673 N 9.

<sup>9</sup> BGE 99 II 131/138 f.; BGE 95 II 221/226.

<sup>10</sup> PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, N 1517b; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, N 58.14.

<sup>11</sup> Vgl. MARTIN SCHWAB, Münchener Kommentar, 6. A., München 2013, BGB 818 N 82a; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 1.10.2008 (7 U 214/07), NJW-RR 2009, 805 f., 806; vgl. Urteil BGer 4A\_665/2012, E. 3.2.2 und 3.2.4. (Schadensschätzung sogar *ex officio* re Bruttoeinkommen/Aufwand); vgl. zum Ermessen SYBILLE HOFER, Berner Kommentar, Band I, 1. Abteilung, 2. Aufl., Bern 2012, ZGB 3 N 18, m.w.H.