Urteilskopf

99 II 131

20. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. Juni 1973 i.S. Stadtgemeinde Zürich gegen Umberto Bonomo Söhne AG.
Regeste (de):
Forderungsklage eines vom Generalunternehmer nicht voll bezahlten, nicht durch ein gesetzliches Pfandrecht gesicherten Bauunternehmers gegen den Bauherrn.

Anspruch aus Vertrag (Art. 363 OR), aus Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 OR), aus Haftung des Geschäftsherrn (Art. 55 OR) oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 OR)? (Erw. 2).

Ersatzanspruch des Materialeigentümers gegen den Grundeigentümer (Art. 672 ZGB).

Gesetzgeberischer Grund, Voraussetzungen, Natur und Umfang dieses Anspruchs (Erw. 3-9).

Regeste (fr):
Action dirigée contre le maître de l'ouvrage par un entrepreneur qui n'a pas été entièrement payé par l'entrepreneur général et n'est pas garanti par une hypothèque légale.

Prétentions dérivant d'un contrat (art. 363 CO), d'une gestion d'affaires (art. 419 CO), de la responsabilité de l'employeur (art. 55 CO) ou de l'enrichissement illégitime (art. 62 CO)? (consid. 2).

Droit à indemnité du propriétaire des matériaux contre le propriétaire du fonds (art. 672 CC).

Ratio legis, conditions, nature et étendue de ce droit (consid. 3-9).

Regesto (it):
Azione diretta contro il committente da un appaltatore speciale parzialmente insodisfatto dall'appaltatore generale e non garantito da ipoteca legale.

Pretesa dipendente da contratto (art. 363 CO), da gestione d'affari senza mandato (art. 419 CO), da responsabilità del padrone d'azienda (art. 55 CO) o da arricchimento indebito (art. 62 CO)? (consid. 2).

Diritto al risarcimento del proprietario dei materiali nei confronti del proprietario del fondo (art. 672 CC).

Ratio legis, presupposti, natura e portata di questo diritto (consid. 3-9).

Sachverhalt ab Seite 131

BGE 99 II 131 S. 131

A.- Gemäss "Pauschal-Werkvertrag" vom 4. August 1967 übertrug die Stadtgemeinde Zürich der Systembau AG in Zürich die schlüsselfertige Erstellung des Primarschulhauses Schauenberg auf städtischem Grundbesitz in Zürich-Affoltern zum pauschalen Werkpreis von Fr. 3'191,400.–. Nach Ziffer 6 dieses Vertrages hatte

die Systembau AG die Arbeits- und Auftragsvergebungen an Handwerker, Unternehmer und Lieferanten selbständig und in eigenem Namen vorzunehmen. Entgegen dieser Bestimmung schloss die Systembau AG mit der Umberto Bonomo Söhne AG in Zürich am 20. Dezember

1968 einen Werkvertrag über 211 Baumeisterarbeiten im Namen der Stadt Zürich ab, als deren Vertreterin sie sich bezeichnete. Nach Fertigstellung des Schulhauses verlangte die Umberto Bonomo Söhne AG von der Stadt Zürich die Bezahlung des Restguthabens von Fr. 278'563.35, das ihr aufgrund ihrer Abrechnung über die ausgeführten Arbeiten nach Abzug der von der Systembau AG geleisteten Zahlungen von Fr. 808'776.60 noch zustand. Am 17. November 1969 ersuchte sie den Einzelrichter für nichtstreitige Rechtssachen des Bezirks Zürich um Bewilligung der vorläufigen Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf der Schulhausliegenschaft für ihr Restguthaben nebst 5% Zins seit 15. November 1969. Mit Verfügung vom 16. Dezember 1969 entsprach der Einzelrichter diesem Begehren und setzte der Gesuchstellerin Frist zur Klage auf Feststellung ihrer Forderung (als Pfandsumme) und definitive Eintragung des Pfandrechts. Am 26. Februar 1970 wurde über die Systembau AG der Konkurs eröffnet.

B.- Innert der ihr gesetzten Frist erhob die Umberto Bonomo Söhne AG gegen die Stadtgemeinde Zürich beim Bezirksgericht Zürich Klage mit den Streitfragen: "1. Ist nicht festzustellen, dass der Klägerin gegenüber der Beklagten für eine Pfandsumme von Fr. 278'563.35 nebst 5% Zins ab 15. November 1969 ein Bauhandwerkerpfandrecht zusteht und ist nicht demzufolge die mit Verfügung Nr. 86/1969 vom 16. Dezember 1969 vom Einzelrichter des Bezirksgerichtes Zürich in nichtstreitigen Rechtssachen vorläufig angeordnete Eintragung definitiv einzutragen? 2. Ist nicht eventuell festzustellen, dass die Beklagte für die fragliche Bauhandwerkerforderung von Fr. 278'563.35 in anderer Weise angemessene Sicherheit zu leisten hat? 3. Ist nicht ferner die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 278'563.35 nebst Zins von 5 % ab 15. November 1969 zu bezahlen und zwar a) aus Werkvertrag,
b) eventuell aus ungerechtfertigter Bereicherung, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten?" Mit Urteil vom 11. September 1970 wies das Bezirksgericht die Klage ab. Es erachtete die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes zulasten der Schulhausliegenschaft, die zum Verwaltungsvermögen der Beklagten gehöre, aufgrund von Art. 9 und 10 des Bundesgesetzes über die Schuldbetreibung

gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts vom 4. Dezember 1947 als unzulässig und verneinte auch den Anspruch der Klägerin auf eine anderweitige Sicherstellung. Die eingeklagte Forderung sprach es des Klägerin ab, weil die Systembau AG zum Vertragsabschluss im Namen der Beklagten nicht ermächtigt gewesen sei und diese den Vertrag nicht genehmigt habe, so dass zwischen den Parteien kein Vertrag zustande gekommen sei, und weil die Beklagte der Klägerin auch nicht als Geschäftsherrin (Art. 55 OR) oder aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR) hafte.

C.- Das Obergericht des Kantons Zürich, an das die Klägerin appellierte, erachtete die Sicherstellungsansprüche der Klägerin ebenfalls als unbegründet, stimmte dem Bezirksgericht auch darin zu, dass die Klägerin die Beklagte weder aus Vertrag noch als Geschäftsherrin oder aus ungerechtfertigter Bereicherung belangen könne,

und entschied, die Voraussetzungen für einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag seien nicht gegeben. Es nahm dagegen an, die Beklagte habe der Klägerin nach Art. 672 ZGB den objektiven Wert des von dieser gelieferten Materials und des weitern Bauaufwandes abzüglich der von der Systembau AG an sie geleisteten Zahlungen zu ersetzen, sofern das Baugrundstück durch ihre Aufwendungen einen entsprechenden Mehrwert erlangt habe. Mit Urteil vom 12. Dezember 1972 sprach es der Klägerin unter diesem Titel den Betrag von Fr. 241'488.62 nebst Zins zu, auf den die Parteien am Schluss des kantonalen Verfahrens, vom gerichtlichen Gutachten über die erwähnten Werte ausgehend, die restliche Werklohnforderung der Klägerin für den Fall der grundsätzlichen Gutheissung der Klage vergleichsweise beziffert hatten. Es nahm dabei an, der durch die Aufwendungen der Klägerin geschaffene objektive Mehrwert des Grundstücks entspreche dem Wert dieser Aufwendungen. Im übrigen wies es die Klage ab.

D.- Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf vollständige Abweisung der Klage. Das Bundesgericht heisst die Berufung in dem Sinne gut, dass es das angefochtene Urteil aufhebt und die Sache zur Aktenergänzung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweist.

BGE 99 II 131 S. 134

Erwägungen

Erwägungen:

1. Soweit das Obergericht die Klagebegehren 1 und 2 abgewiesen hat, ist sein Urteil mangels einer Berufung der Klägerin rechtskräftig geworden (Gegenschluss aus Art. 54 Abs. 2 OG). Die Klägerin kann daher die Zahlung ihrer Restforderung nicht durch Inanspruchnahme einer dafür bestehenden Sicherheit erzwingen. Vielmehr kann sich nur noch fragen, ob der Klägerin gegenüber der Beklagten ein direktes Forderungsrecht zustehe, wie es mit Klagebegehren 3 geltend gemacht wurde.

2. Die Klägerin behauptet vor Bundesgericht nicht mehr, sie habe einen vertraglichen Anspruch gegen die Beklagte. In der Berufungsantwort hat sie sich vielmehr der Auffassung des Obergerichts, dass zwischen den Parteien kein Vertrag zustande gekommen sei, ausdrücklich angeschlossen. Aufgrund der tatsächlichen Feststellungen des Obergerichts, die für das Bundesgericht verbindlich sind (Art. 63 Abs. 2 OG), ist das Bestehen vertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien in der Tat zu verneinen.
Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag stehen der Klägerin gegenüber der Beklagten, wie die Vorinstanz mit Recht angenommen hat, nicht zu, weil die Klägerin nicht die Absicht hatte, im Sinne von Art. 419 OR ohne Auftrag zu handeln (BGE 75 II 226). Auf Art. 55 OR kann die Klägerin ihre Forderung gegen die Beklagte schon deshalb nicht stützen, weil die Systembau AG, die gegenüber der Klägerin unbefugterweise als Vertreterin der Beklagten aufgetreten ist, in ihrer Eigenschaft als Generalunternehmerin nicht eine Hilfsperson der Beklagten im Sinne von Art. 55 OR war. Schliesslich ist der Vorinstanz auch darin beizustimmen, dass die Beklagte der Klägerin nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR) haftet. Die Bauarbeiten der Klägerin auf der Schulhausliegenschaft, die der Beklagten zugute kamen, gehören zu den Leistungen, welche die Systembau AG der Beklagten im "Pauschal-Werkvertrag" vom 4. August 1967 versprochen hatte. Die Gültigkeit dieses Vertrages ist nicht umstritten. Die in den Bauarbeiten der Klägerin liegende Zuwendung an die Beklagte stellte sich also, von der Beklagten aus betrachtet, als eine vertragliche Leistung der Systembau

AG dar. Sie entbehrte somit vom Standpunkt der Beklagten aus nicht eines gültigen Grundes und konnte deshalb keine im Sinne von Art. 62 OR ungerechtfertigte Bereicherung der Beklagten bewirken (vgl. BGE 97 II 71 Erw. 4b, wo ein entsprechender Sachverhalt zu beurteilen war; für das deutsche Recht vgl. die in analogen Fällen ergangenen Urteile des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen vom 5. Oktober 1961 und 31. Oktober 1963, BGHZ 36 Nr. 5 S. 30 ff. und 40 Nr. 42 S. 272 ff., die einen Bereicherungsanspruch gegen den Grundeigentümer ebenfalls verneinen). Zu prüfen bleibt also nur, ob die Klägerin von der Beklagten aufgrund des vom Obergericht angewendeten Art. 672 ZGB eine Entschädigung fordern könne.

3. Das Grundeigentum umfasst nach Art. 667 Abs. 2 ZGB unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken u.a. alle Bauten auf dem Grundstück (sog. Akzessionsprinzip). Art. 671 Abs. 1 ZGB bestätigt diesen Grundsatz für den Fall des Bauens mit fremdem Material oder auf fremdem Boden, indem er bestimmt, dass das hiezu verwendete Material Bestandteil des Grundstücks wird. Die Absätze 2 und 3 von Art. 671 umschreiben die Voraussetzungen, unter denen der Eigentümer des Materials und der Grundeigentümer die Trennung und Herausgabe des Materials bzw. dessen Wegschaffung verlangen können. Im Anschluss daran bestimmt Art. 672 ZGB: "Findet keine Trennung des Materials vom Boden statt, so hat der Grundeigentümer für das Material eine angemessene Entschädigung zu leisten. Bei bösem Glauben des bauenden Grundeigentümers kann der Richter auf vollen Schadenersatz erkennen. Bei bösem Glauben des bauenden Materialeigentümers kann er auch nur dasjenige zusprechen, was der Bau für den Grundeigentümer allermindestens wert ist." Diese Bestimmung schreibt vor, dass und in welchem Umfang die Vermögensverschiebung auszugleichen ist, die infolge des durch das Akzessionsprinzip bewirkten Übergangs einer mit fremdem Material erstellten Baute ins Eigentum des Grundeigentümers zu dessen Gunsten eintritt, wenn eine Trennung des Materials vom Boden unterbleibt (vgl. BGE 81 II 436, BGE 95 II 226 Erw. 2b). Indem diese Bestimmung den Anspruch des Materialeigentümers auf solchen "Ersatz" (vgl. den Randtitel) besonders regelt, unterscheidet sie sich von dcn Art. 726

Abs. 3 und 727 Abs. 3 ZGB, die im Anschluss an die Vorschriften über den Erwerb von Fahrniseigentum infolge von Verarbeitung, Verbindung und Vermischung bestimmen: "Vorbehalten bleiben die Ansprüche auf Schadenersatz und aus Bereicherung". Durch die Sonderregelung des Art. 672 ZGB unterscheidet sich das ZGB auch vom deutschen BGB, nach dessen § 951 ein Rechtsverlust infolge Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück (§ 946) wie ein solcher, der auf Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung beweglicher Sachen beruht (§§ 947-950), unter Vorbehalt der Vorschriften über den Schadenersatz wegen unerlaubter Handlungen, über den Ersatz von Verwendungen und über das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung einen Anspruch auf "Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung" begründet (vgl. dazu BGHZ 40 S. 276 und SOERGEL-SIEBERT, Kommentar zum BGB, Sachenrecht, 10. Aufl. 1968, N. 1 zu § 951, wonach die in dieser Bestimmung enthaltene Verweisung auf das Bereicherungsrecht nicht bloss eine "Rechtsfolgen-", sondern eine "Rechtsgrundverweisung" darstellt). Schon in den Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB wurde bei Behandlung der Vorschriften über Bauten, die mit fremdem Material oder auf fremdem Boden erstellt wurden (Art. 673/74 des Vorentwurfes = VE), auf die Vorschrift über die Verbindung beweglicher Sachen untereinander (Art. 720 VE) Bezug genommen, und zwar in dem Sinne, dass eine allfällige Regelung der vom Vorentwurf (und vom Gesetz) nicht besonders geordneten Fälle, in denen die Verbindung beweglicher Sachen mit einem Grundstück nicht vom Material- oder vom Grundeigentümer, sondern von einem Dritten hergestellt wird, der für die Verbindung beweglicher Sachen untereinander massgebenden Ordnung (Art. 720 VE) entsprechen könnte (Erl. 1. Ausgabe 3. Heft S. 84, 2. Ausgabe 2. Band S.

88). Dem Gesetzgeber war also bewusst, dass die Bestimmungen über den Bau mit fremdem Material oder auf fremdem Boden und die Bestimmungen über die Verbindung beweglicher Sachen untereinander verwandte Fragen regeln. Der Verfasser des Vorentwurfes, Prof. EUGEN HUBER, der die Rechtsvergleichung als unentbehrliches Element der Arbeit des Gesetzgebers betrachtete (Erl. 1. Ausg. 1. Heft, 2. Ausg. 1. Band, je S. 6 unten ff.; BGE 96 II 291 Erw. 7), kannte aber zweifellos auch die Bestimmung

von § 951 des deutschen BGB, die, wie dargelegt, unter Vorbehalt der Vorschriften über den Schadenersatz wegen unerlaubter Handlungen sowie gewisser weiterer Vorschriften auf das Bereicherungsrecht verweist. Wenn das ZGB die mangels Lostrennung des Materials eingreifende Ersatzpflicht des Grundeigentümers gegenüber dem Materialeigentümer gleichwohl nicht einfach den allgemeinen Vorschriften über den Schadenersatz wegen unerlaubter Handlung und über die ungerechtfertigte Bereicherung unterwirft, sondern eine besondere Regelung aufstellt, welche dem Materialeigentümer grundsätzlich in jedem Falle eine Entschädigung zubilligt und ausserdem die bei bösem Glauben des einen oder andern Beteiligten massgebenden Grenzwerte dieser Entschädigung festsetzt (vgl.BGE 54 II 428), so muss angenommen werden, dass der Ersatzanspruch des Materialeigentümers nicht vom Vorliegen einer unerlaubten Handlung des Grundeigentümers im Sinne von Art. 41 ff. OR oder einer ungerechtfertigten Bereicherung desselben im Sinne von Art. 62 ff. OR abhängen, sondern unter Umständen auch beim Fehlen der Voraussetzungen von Art. 41 ff. und 62 ff. OR gegeben sein soll. Dafür spricht auch schon der allgemein gefasste Wortlaut von Art. 672 Abs. 1 ZGB. In BGE 81 II 436 und BGE 95 II 226 Erw. 2b hat das Bundesgericht freilich angenommen, der Erwerb des Eigentums am eingebauten fremden Material durch den Grundeigentümer beruhe auf der im Gesetz vorgesehenen Akzession, entbehre also nicht eines gültigen Grundes und lasse sich daher nicht im Sinne von Art. 62 Abs. 2 OR als ungerechtfertigt bezeichnen. Der Umstand, dass der Grundeigentümer das Eigentum am eingebauten Material kraft Gesetzes erwirbt, wäre jedoch kein Hindernis dafür, beim Fehlen der in Art. 672 ZGB enthaltenen Sonderregelung in Fällen, wo der Grundeigentümer nicht aufgrund von Art. 41 OR zu Schadenersatz verpflichtet werden kann, die Vorschriften der Art. 62 ff. OR über die ungerechtfertigte Bereicherung anzuwenden, so dass dieser Umstand nicht etwa als gesetzgeberischer Grund der Sonderregelung von Art. 672 ZGB gelten kann. Auch die Vermögensverschiebung infolge von Verarbeitung, Verbindung oder Vermischung beweglicher Sachen, die gemäss dem in Art. 726 Abs. 3 und 727 Abs. 3 ZGB ausgesprochenen, diese Möglichkeit als gegeben voraussetzenden Vorbehalt u.a. Bereicherungsansprüche auslösen kann, hat nämlich einen gesetzlichen Grund

(Art. 726/27 ZGB, je Abs. 1 und 2), und im Falle, dass eine bewegliche Sache ohne gültigen Grund veräussert wurde, ist der originäre, kraft Gesetzes eintretende Eigentumserwerb des Empfängers infolge von Verarbeitung, Verbindung oder Vermischung geradezu eine Voraussetzung dafür, dass dem Veräusserer anstelle der Vindikation ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zusteht (vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweiz. OR, 6. Aufl. 1972, S. 207 f. Ziff. Ic 1). Es trifft also nicht zu, dass in einem auf Gesetz beruhenden Eigentumserwerb, wie er z.B. im Falle der Akzession eintritt, keine im Sinne von Art. 62 OR ungerechtfertigte Bereicherung liegen könne (vgl. hiezu.auch Erw. 4b a.E. hienach). Der Grund für die Sonderregelung des Art. 672 ZGB kann auch nicht etwa einfach darin gefunden werden, dass diese Regelung dem bisherigen kantonalen Recht entsprochen hätte. Die Erläuterungen zum VE stellen im Gegenteil fest, dass diese Regelung vom kantonalen Recht (das nach HUBER, Schweiz. Privatrecht, III S. 178 ff. lit. b, zum Teil vom französischen Recht beeinflusst war) wesentlich abweiche (Erl. 1. Ausg., 3. Heft S. 84, 2. Ausg., 2. Band S. 88). Es bleibt also dabei, dass die in

Art. 672 ZGB enthaltene Sonderregelung getroffen wurde, damit dem Materialeigentümer unter Umständen ein Ausgleich gewährt werden kann, den ihm die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht zu verschaffen vermöchte..(Das ZGB trägt der besonderen Lage der Bauhandwerker und -unternehmer, denen diese Regelung vor allem zugute kommt, auch in anderer Weise Rechnung; vgl. Art. 837 ff. ZGB).

4. a) Art. 672 ZGB, der eine kraft Gesetzes eingetretene Vermögensverschiebung zwischen dem Material- und dem Grundeigentümer ausgleichen will, ist nicht anwendbar, wenn der Einbau des Materials aufgrund eines Vertrages zwischen dem Material- und dem Grundeigentümer erfolgte. In diesem Falle richten sich die gegenseitigen Ansprüche nach dem Vertrag, welcher der gesetzlichen Ordnung vorgeht (BGE 54 II 426f. Erw. 1, BGE 57 II 254/55 Erw. 1; WIELAND, N. 1 Abs. 2 zu Art. 672 ZGB; HAAB, N. 2 und 12 zu Art. 671/73 ZGB; MEIER-HAYOZ, 3. Aufl., N. 15 zu Art. 671 und N. 11 zu Art. 672 ZGB). b) Nach seiner Entstehungsgeschichte und nach der Lehre ist Art. 672 ZGB auch dann nicht anwendbar, wenn die Verbindung des Materials mit dem Grundstück von jemandem vorgenommen

wird, der weder Material- noch Grundeigentümer ist. In einem solchen Falle soll es bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze, insbesondere der Regeln über unerlaubte Handlungen und über die ungerechtfertigte Bereicherung, sein Bewenden haben (Erl. 1. Ausg. 3. Heft S. 84, 2. Ausg. 2. Band S. 88; WIELAND, N. 4 zu Art. 672 ZGB; LEEMANN, 2. Aufl., N. 20 ff. zu Art. 672/73 ZGB; HAAB, N. 3 und 27 ff. zu Art. 671/73 ZGB; MEIER-HAYOZ, 3. Aufl., N. 32 ff. zu Art. 671 ZGB). Diese Auffassung entspricht dem Wortlaut des Gesetzes; denn Art. 671 Abs. 1 ZGB, auf dem die ganze Regelung beruht, spricht nur davon, dass entweder jemand zu einem Bau auf eigenem Boden fremdes Material oder zu einem Bau auf fremdem Boden eigenes Material verwendet; der Fall, dass jemand mit fremdem Material auf fremdem Boden baut, wird nicht erwähnt. Wenn in diesem letzten Falle u.a. die Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung anwendbar sind, so bestätigt das im übrigen, dass der blosse Umstand, dass die Vermögensverschiebung zugunsten des Grundeigentümers in der Akzession einen gesetzlichen Grund hat, an und für sich die Annahme einer im Sinne von Art. 62 ff. OR ungerechtfertigten Bereicherung entgegen der in BGE 81 II 436 und BGE 95 II 226 Erw. 2b vertretenen Auffassung nicht hindert (vgl. den drittletzten Absatz von Erw. 3 hiervor). c) Art. 672 Abs. 1 ZGB sagt, der Grundeigentümer habe, wenn keine Trennung des Materials von Boden erfolgt, "für das Material" eine angemessene Entschädigung zu leisten. Bei der Festsetzung dieser Entschädigung fällt jedoch nicht bloss der Wert des eingebauten Materials bzw. der diesem zu verdankende Mehrwert des Grundstücks in Betracht, sondern im Falle, dass der Materialeigentümer baut, ist nach dem Zweck der Vorschrift jedenfalls im Umfang der auf den Bau zurückzuführenden Wertvermehrung des Grundstücks der ganze Bauaufwand des Materialeigentümers (also auch dessen Arbeit) zu berücksichtigen (BGE 82 II 290 f. Erw. 5, BGE 95 II 228 Erw. 2; LIVER, ZBJV 1958 S. 30; MEIER-HAYOZ, 3. Aufl., N. 9 zu Art. 672 ZGB; vgl. Art. 672 Abs. 3 ZGB, wo vom Wert des Baues für den Grundeigentümer die Rede ist). d) In seinem Aufsatz über die Frage: "L'entrepreneur a-t-il droit à l'hypothèque légale en cas de construction sur le fonds d'autrui et de faillite du propriétaire?" (JdT 1970 I 130 ff.) kritisiert PIOTET (S. 132 ff.) u.a. den eben angeführten Entscheid

BGE 95 II 221 ff., und zwar richtet sich seine Kritik nicht bloss gegen die in diesem Entscheid vertretene Auffassung, dass der gutgläubige Bauunternehmer für die ihm nach Art. 672 Abs. 1 ZGB zustehende Entschädi-

gung die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) verlangen könne, sondern auch gegen die diesem Entscheid zugrunde liegende Annahme, dass der Bauunternehmer den Anspruch aus Art. 672 ZGB geltend machen könne, auch wenn er nicht zugleich der Bauherr ist, sondern den Bau aufgrund eines Werkvertrages (d.h. als Unternehmer im Sinne von Art. 363 OR) erstellte. Er führt im wesentlichen aus, im Verhältnis zum Grundeigentümer sei der Unternehmer, wie schon ein Vergleich von Art. 671/73 mit Art. 674 ZGB zeige, nur ein Gehilfe oder Werkzeug des Bauherrn; wenn der Gesetzgeber von dem mit fremdem Material bauenden Grundeigentümer spreche, so meine er damit sicher den Grundeigentümer, der durch einen Unternehmer bauen lasse; entsprechend sei unter dem Materialeigentümer derjenige zu verstehen, der das Material durch einen Unternehmer verwenden lasse und so über das von ihm gekaufte oder ihm vom Unternehmer gelieferte Material verfüge; nur diese Auslegung führe zu richtigen Ergebnissen; normalerweise werde der Unternehmer vom Bauherrn bezahlt; ein Entschädigungsanspruch des Unternehmers gegen den Grundeigentümer lasse sich in diesem Falle offensichtlich nicht rechtfertigen, und es sei auch ausgeschlossen, dass der Unternehmer sich das Eigentum am Boden (Art. 673 ZGB) zuweisen lasse; dagegen sei es richtig, wenn der von einem Mehrwert seines Grundstücks profitierende Grundeigentümer dem Bauherrn, der die Arbeit und das Material auf seine Kosten bestellt und damit den Mehrwert geschaffen habe, einen gewissen Ausgleich in Geld oder sogar die Übertragung des Eigentums am Boden gegen eine Entschädigung schulde; die Art. 671/73 ZGB seien auf die Personen anwendbar, deren rechtliche Stellung nicht durch einen Vertrag geregelt sei; der Unternehmer verzichte durch den Werkvertrag auf das Eigentum an seinem Material; er könne sich also nicht auf Art. 671/73 berufen, um den vertraglich vereinbarten Verlust seines Eigentums auszugleichen; dieser Verlust werde durch seine Forderung gegen den Bauherrn ausgeglichen; die erwähnten Bestimmungen seien nicht dazu da, einen Beteiligten gegen die Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners zu schützen, sondern diese

Regelung erlaube nur, einen Rechtsverlust auszugleichen, der kraft des Akzessionsprinzips ohne gültigen Grund eingetreten sei. Diese Argumente sind jedoch nicht schlüssig. Mit fremdem Material auf eigenem Boden bauender Grundeigentümer im Sinne von Art. 671/73 ist nicht nur der Grundeigentümer, der durch einen Unternehmer bauen lässt, sondern gegebenenfalls auch der Grundeigentümer, der selbst bzw. mit seinen eigenen Leuten baut. Entsprechend darf auch der in diesen Bestimmungen verwendete Begriff des bauenden Materialeigentümers nicht einfach auf denjenigen bezogen werden, der durch einen Unternehmer bauen lässt. Vielmehr ist darunter gemäss dem allgemein gefassten Wortlaut des Gesetzes jeder Eigentümer von Material zu verstehen, der sein Material zu einer Baute auf fremdem Boden verwendet, sei er zugleich der Bauherr oder ein im Auftrag eines solchen tätiger Unternehmer. Der Umstand, dass der Eigentümer des Materials dieses in Ausführung eines von ihm abgeschlossenen Vertrags einbaut, schliesst die Anwendung von Art. 672 ZGB nur dann von vornherein aus, wenn es sich um einen Vertrag mit dem Grundeigentümer handelt; nur ein solcher Vertrag kann der gesetzlichen Ordnung der Beziehungen zwischen dem Material- und dem Grundeigentümer vorgehen und den Übergang des Eigentums am Material auf den Grundeigentümer ohne weiteres rechtfertigen (vgl. lit. a hievor). Ein Vertrag zwischen dem bauenden Materialeigentümer und einem vom Grundeigentümer verschiedenen Bauherrn steht als res inter alios acta den gesetzlichen Ansprüchen des Materialeigentümers gegen den Grundeigentümer grundsätzlich nicht im Wege. Das gleiche gilt für einen Vertrag zwischen dem Grundeigentümer und einem vom Materialeigentümer verschiedenen Unternehmer. (Eine andere Frage ist es, inwiefern die gemäss einem solchen Vertrag zu leistenden und geleisteten Zahlungen den Umfang dieser gesetzlichen Ansprüche beeinflussen; vgl. hiezu Erw. 7 b/c hienach). Die Tatsache schliesslich, dass Art. 672 ZGB nicht in erster Linie zum Zweck erlassen wurde, den Materialeigentümer gegen das Risiko der Zahlungsunfähigkeit eines vom Grundeigentümer verschiedenen Vertragspartners zu schützen, verbietet nicht, dass diese Bestimmung, wenn die Voraussetzungen ihrer Anwendung zutreffen, dem Materialeigentümer unter Umständen einmal zu einer vom Vertragspartner nicht erhältlichen Zahlung

verhilft. Der Anwendung von Art. 672 ZGB zugunsten eines als Unterakkordant tätigen Unternehmers steht auch nicht entgegen, dass ein Unternehmer, der nicht den ganzen Bau erstellt, sondern nur zu dessen Erstellung beigetragen hat, die Zuweisung des Bodens im Sinne von Art. 673 ZGB jedenfalls in der Regel nicht verlangen kann. Die einschränkende Auslegung des Art. 672 ZGB, die PIOTET befürwortet, ist also abzulehnen.

5. Die Klägerin hat mit von ihr geliefertem Material auf einem Grundstück der Beklagten gebaut. Die Behauptung der Beklagten, die Systembau AG habe durch ihre Koordinationsarbeit das schlüsselfertige Schulhaus erstellt "und demgemäss als Drittperson fremdes Material auf fremdem Boden verwendet", was die Anwendung von Art. 672 ZGB ausschlösse (Erw. 4b hievor), trifft nicht zu. Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die für das Bundesgericht verbindlich sind, hat die Systembau AG selber keine Bauarbeiten ausgeführt und somit auch keinerlei Material eingebaut. Sie hat vielmehr sämtliche Bauarbeiten durch Dritte ausführen lassen. Ob zwischen der Klägerin und der Systembau AG, wiewohl diese der Klägerin gegenüber als Vertreterin der Beklagten aufgetreten war, entsprechend der Darstellung der Beklagten ein Vertrag zustandegekommen sei, kann offen bleiben, weil ein solcher Vertrag der Anwendung von Art. 672 ZGB nicht entgegenstünde (Erw. 4d hievor). Der Ersatzanspruch gemäss dieser Bestimmung, die dem Materialeigentümer (namentlich dem bauenden Materialeigentümer) einen besonderen Schutz gewähren will (Erw. 3 hievor), tritt neben eine allfällige Forderung aus Vertrag gegen einen vom Grundeigentümer verschiedenen Besteller (BGE 95 II 227 oben). Der Umstand, dass die Beklagte aufgrund ihres Vertrags. mit der Systembau AG auf die von der Klägerin erbrachten Leistungen Anspruch hatte, schliesst zwar die Annahme einer ungerechtfertigten Bereicherung der Beklagten im Sinne von Art. 62 OR aus (zweitletzter Absatz von Erw. 2 hievor), hindert aber die Anwendung von Art. 672 ZGB so wenig wie ein allfälliger Vertrag zwischen der Klägerin und der Systembau AG, da nur ein Vertrag zwischen Material- und Grundeigentümer der in dieser Bestimmung enthaltenen gesetzlichen Regelung vorgeht (Erw. 4d hievor).
Die Klägerin hat also gegenüber der Beklagten grundsätzlich

Anspruch auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 672 ZGB. Die - von der Klägerin nicht verlangte - Zuweisung des Eigentums an Bau und Boden gemäss Art. 673 ZGB käme schon wegen der besondern Zweckbestimmung der Baute nicht in Frage.

6. Art. 672 ZGB macht die Höhe der dem Materialeigentümer zukommenden "angemessenen Entschädigung" (Abs. 1) vom guten oder bösen Glauben der Beteiligten abhängig, indem er bestimmt, der Richter könne bei bösem Glauben des bauenden Grundeigentümers "auf vollen Schadenersatz erkennen" (Abs. 2) und bei bösem Glauben des bauenden Materialeigentümers "auch nur dasjenige zusprechen, was der Bau für den Grundeigentümer allermindestens wert ist" (Abs. 3). Zur Verurteilung des bauenden Grundeigentümers zu vollem Schadenersatz gemäss Absatz 2 ist nach dem Sinne dieser Vorschrift neben dem bösen Glauben des Grundeigentümers der gute Glaube des Materialeigentümers erforderlich, und die Beschränkung der Entschädigung auf den in Absatz 3 umschriebenen Mindestwert setzt sinngemäss ausser dem bösen Glauben des bauenden Materialeigentümers den guten Glauben des Grundeigentümers voraus. Absatz 2 gilt nach Rechtsprechung und Lehre analog, wenn ein gutgläubiger Materialeigentümer auf dem Boden eines bösglaubigen Grundeigentümers baut (BGE 82 II 288 Erw. 3; WIELAND, N. 3c zu Art. 672 ZGB; LEEMANN, N. 10 zu Art. 672/73 ZGB; HAAB, N. 25 a.E. zu Art. 671/73 ZGB; MEIER-HAYOZ, N. 21 zu Art. 672 ZGB). Eine analoge Anwendung von Absatz 3 kommt in Frage, wenn der bauende Grundeigentümer gutgläubig und der Materialeigentümer bösgläubig

ist (WIELAND, N. 2c zu Art. 672 ZGB; LEEMANN, N. 8 zu Art. 672/73 ZGB; HAAB, N. 12 zu Art. 671/73 ZGB; MEIER-HAYOZ, N. 16 zu Art. 672 ZGB). Für die Bemessung der Entschädigung in den übrigen Fällen (guter oder böser Glaube beider Teile, wenn der Grundeigentümer oder der Materialeigentümer baut), lassen sich dagegen dem Gesetz weder direkt noch auf dem Wege der Analogie bestimmte Richtlinien entnehmen. Auch die Berechnung des nach Absatz 2 zu leistenden vollen Schadenersatzes wird in Art. 672 ZGB nicht näher geregelt. Gewisse Richtlinien ergeben sich jedoch aus der rechtlichen Natur des Entschädigungsanspruches (die auch für seine Verjährung von Bedeutung ist; vgl. BGE 81 II 435 ff. Erw. 3).

BGE 99 II 131 S. 144

a) Ein Grundeigentümer, der in bösem Glauben entweder fremdes Material verwendet oder den Materialeigentümer auf seinem Boden bauen lässt, begeht wenn nicht eine im Sinne von Art. 41 OR unerlaubte, so doch jedenfalls eine deliktsähnliche Handlung, so dass es sich rechtfertigt, zur Berechnung des vollen Schadenersatzes, den er in diesem Falle dem gutgläubigen Materialeigentümer schuldet, die Regeln über den Schadenersatz aus unerlaubter Handlung heranzuziehen. Zu ersetzen ist also grundsätzlich die ganze dem Materialeigentümer widerfahrene Vermögenseinbusse, die im Einbau seines Materials ihre adäquate Ursache hat, gegebenenfalls also auch ein entgangener Gewinn oder der Schadenersatz oder die Vertragsstrafe, die er einem Dritten wegen nicht rechtzeitiger Lieferung zu zahlen hat (WIELAND, N. 2a bb und 3c zu Art. 672 ZGB; LEEMANN, N. 5 zu Art. 672/73 ZGB; HAAB, N. 12 zu Art. 671/73 ZGB; MEIER-HAYOZ, N. 13 zu Art. 672 ZGB). Ist auch der Materialeigentümer bösgläubig, so ist der Schadenersatz in analoger Anwendung von Art. 44 Abs. 1 OR herabzusetzen (im Ergebnis ähnlich WIELAND, N. 2a cc zu Art. 672 ZGB, LEEMANN, N. 6 und 11 zu Art. 672/73 ZGB, HAAB, N. 12 zu Art. 671/73 ZGB und MEIER-HAYOZ, N. 14 und 19 zu Art. 672 ZGB, wonach die Entschädigung in einem solchen Falle in angemessener bzw. billiger Weise zu ermässigen ist). b) Der Anspruch auf Vergütung dessen, was der Bau für den Grundeigentümer allermindestens wert ist, auf den die Entschädigungsforderung des bösgläubig auf fremdem Boden bauenden Materialeigentümers gegen den gutgläubigen Grundeigentümer nach Art. 672 Abs. 3 ZGB beschränkt werden kann, ist offensichtlich kein auf einem unkorrekten Verhalten des Grundeigentümers beruhender Schadenersatzanspruch, für dessen Bemessung die Regeln über den Schadenersatz aus unerlaubter Handlung gelten könnten. Dieser Anspruch lässt sich vielmehr nach seinem gesetzgeberischen Grunde, der nur im Ausgleich eines dem Grundeigentümer zugefallenen Vorteils liegen kann, sowie nach seinem Gegenstande (Mindestwert der Baute für den Grundeigentümer) nur als Bereicherungsanspruch besonderer Art qualifizieren. Der massgebende Mindestwert der Baute für den Grundeigentümer ist ein subjektiver Wert, der nicht nur die mit dem Bauen verbundene Vermögenseinbusse des Materialeigentümers, sondern auch den auf die Baute zurückzuführenden objektiven Mehrwert des Grundstücks weit

BGE 99 II 131 S. 145

unterschreiten kann (WIELAND, N. 3a zu Art. 672 ZGB; LEEMANN, N. 9 zu Art. 672/73 ZGB; HAAB, N. 25 zu Art. 671/73 ZGB; MEIER-HAYOZ, N. 18 zu Art. 672 ZGB). Ein Bereicherungsanspruch ist seiner Natur und seinem Umfange nach auch der Entschädigungsanspruch des bösgläubigen Materialeigentümers gegen den in gutem Glauben bauenden Grundeigentümer (WIELAND, N. 2c zu Art. 672 ZGB; LEEMANN, N. 8 zu Art. 672/73 ZGB; HAAB, N. 12 zu Art. 671/73 ZGB; MEIER-HAYOZ, N. 16 zu Art. 672 ZGB). c) Gleicher Art wie die eben behandelten Ansprüche eines bösgläubigen Materialeigentümers gegen einen gutgläubigen Grundeigentümer sind auch die Ansprüche des Materialeigentümers bei gutem Glauben beider Teile, gleichgültig, ob der eine oder der andere baut. Auch in diesen Fällen kann dem Grundeigentümer mangels eines Verschuldens weder eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR noch ein deliktsähnliches Verhalten

vorgeworfen werden, sondern lässt sich seine Entschädigungspflicht nur mit der auf die Baute zurückzuführenden Wertvermehrung seines Grundstücks rechtfertigen. Auch der Entschädigungsanspruch des gutgläubigen Materialeigentümers gegen einen gutgläubigen Grundeigentümer ist also seinem Wesen nach ein Bereicherungsanspruch. Er unterliegt zwar hinsichtlich seiner Voraussetzungen nicht dem OR, sondern der Sonderregelung von Art. 672 in Verbindung mit Art. 671 ZGB, die für den Materialeigentümer unter Umständen günstiger ist, was sich vor allem darin zeigt, dass nach dieser Regelung anders als nach Art. 62 OR nur ein Vertrag zwischen Grund- und Materialeigentürmer, nicht auch ein Vertrag zwischen dem Grundeigentümer und einem vom Materialeigentümer verschiedenen Unternehmer die Entstehung einer unmittelbar auf Gesetz beruhenden Ausgleichsforderung des Materialeigentümers von vornherein ausschliesst (Erw. 4a und 4d im Unterschied zum zweitletzten Absatz von Erw. 2 hievor). Sobald aber die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 672 Abs. 1 ZGB erfüllt sind, richtet sich der Entschädigungsanspruch des gutgläubigen Materialeigentümers gegen den gutgläubigen Grundeigentümer nach den Regeln des Bereicherungsrechts (Art. 62 ff. OR), die für die Beurteilung eines solchen Anspruchs beim Fehlen der im ZGB getroffenen Sonderregelung in jeder Hinsicht massgebend wären (vgl. den drittletzten Absatz von Erw. 3 hievor).

BGE 99 II 131 S. 146

Anwendbar ist also vor allem die aus Art. 62 OR sich ergebende Regel, dass der aus ungerechtfertigter Bereicherung Klagende vom Beklagten den Ersatz seiner Vermögenseinbusse (der ihm höchstens zukommt, weil nach Art. 62 OR nur eine aus dem Vermögen des Klägers stammende Bereicherung zurückzuerstatten ist) nur insoweit verlangen kann, als der Beklagte infolge der Verminderung des Vermögens des Klägers bereichert ist. Das bedeutet für den Ersatzanspruch des gutgläubigen Materialeigentümers gegen den gutgläubigen Grundeigentümer, dass dieser jenem den Wert des verwendeten Materials und gegebenenfalls den Wert der mit dem Einbau verbundenen Arbeit nur dann voll zu ersetzen hat, wenn sich der objektive Wert des Grundstücks und damit das Vermögen des Grundeigentümers infolge dieses baulichen Aufwandes um den gleichen Betrag erhöht hat; ist der so entstandene Vermögenszuwachs geringer, so beschränkt sich der Ersatzanspruch auf diesen Zuwachs (vgl. LIVER, ZBJV 1958 S. 30 und MEIER-HAYOZ, N. 15 und 20 in Verbindung mit N. 9 und 18 zu Art. 672 ZBG; BGE 54 II 429 Erw. 2 und BGE 95 II 227 /28 Erw. 2 ziehen die objektive Bereicherung des Grundeigentümers bzw. den Wertzuwachs des Grundstücks in Betracht, wogegen in BGE 82 II 290 f. Erw. 5 - was LIVER a.a.O. mit Zustimmung von MEIER-HAYOZ N. 9 kritisiert - als unerheblich erachtet wurde, ob der - an sich mit Recht berücksichtigte - Material- und Arbeitsaufwand des Materialeigentümers zu einem entsprechenden Mehrwert des Grundstücks geführt habe; die ältern Kommentatoren WIELAND, N. 2b und 3b zu Art. 672 ZGB, LEEMANN, N. 7 und 11 zu Art. 672/73 ZGB, und HAAB, N. 12 und 25 zu Art. 671/73 ZGB, stellen auf den objektiven Wert des Materials ab). d) Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 671/73 ZGB nimmt an, ausserhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs (wo der Schutz des guten Glaubens, soweit überhaupt vorgesehen, den auf einem entschuldbaren Irrtum beruhenden Glauben an das Vorliegen einer fehlenden Tatsache voraussetze) habe der Richter den (in Art. 3 ZGB nicht definierten) guten Glauben immer dann gelten zu lassen, wenn die betreffende Person in guten Treuen gehandelt hat, "wenn unredliches, moralisch verwerfliches Verhalten ausgeschlossen erscheint" (BGE 57 II 255f. Erw. 2, BGE 95 II 227 Erw. 2c; im gleichen Sinne BGE 81 II 276 Erw. 8, BGE 82 II 290 Erw. 4 und 291 Erw. 5 a.E.;

BGE 99 II 131 S. 147

vgl. auch den zu Art. 674 ZGB ergangenen Entscheid BGE 41 II 221 Erw. 6). An dieser Umschreibung des Begriffs des guten Glaubens ist im wesentlichen feszuhalten. Sie steht, wie MEIER-HAYOZ (N. 6 zu Art. 672 ZBG) darlegt, im Einklang mit der erweiterten Definition des guten Glaubens, die in der neuern Lehre aufgrund einer vertieften, die Herkunft des Begriffs und den gesetzgeberischen Grund des Gutglaubensschutzes berück-

sichtigenden Betrachtungsweise befürwortet wird (JÄGGI, N. 16 ff. zu Art. 3 ZGB; DESCHENAUX, Schweiz. Privatrecht II S. 209 ff.; vgl. auch LIVER, N. 92 zu Art. 731 ZGB). Der gute Glaube besteht nach dieser Definition darin, dass trotz eines Rechtsmangels das Unrechtsbewusstsein fehlt. Das Fehlen des Unrechtsbewusstseins setzt nicht notwendigerweise die Unkenntnis des Rechtsmangels voraus. Beim Bauen mit fremdem Material oder auf fremdem Boden ist das Fehlen des Unrechtsbewussteins beim Material- oder Grundeigentümer nicht bloss dann anzunehmen, wenn dieser nicht weiss, dass auf fremdem Boden bzw. mit fremdem Material gebaut wird, sondern auch dann, wenn er das zwar weiss, aber z.B. deswegen, weil er an das Einverständnis des andern Teils glaubt, gleichwohl nicht im Bewusstsein handelt, etwas Unredliches zu tun (vgl. MEIER-HAYOZ, N. 6 zu Art. 672 ZGB). Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nach Art. 3 Abs. 2 ZGB nicht berechtigt, sich auf den (möglicherweise tatsächlich vorhandenen oder nach Art. 3 Abs. 1 ZGB zu vermutenden) guten Glauben zu berufen (vgl. hiezu JÄGGI, N. 104 ff. zu Art. 3 ZGB, und DESCHENAUX, S. 226). In der Lehre ist streitig, ob dieseVorschrift nur dann anwendbar sei, wenn der gute Glaube auf der Unkenntnis eines Rechtsmangels beruht (so JÄGGI, N. 105, und DESCHENAUX, S. 227 Ziff. 3), oder ob diese Vorschrift einen weitern Sinn habe und folglich auch dann gelte, wenn der gute Glaube deswegen zu bejahen ist, weil das Unrechtsbewusstsein trotz Kenntnis des Rechtsmangels fehlt, m.a.W. ob in einem solchen Falle der Schutz des an sich vorhandenen guten Glaubens zu versagen sei, wenn der betreffenden Person bei gehöriger Überlegung hätte bewusst sein müssen, dass sie unrecht handle (so PIOTET, JdT 1970 II 134/35, in seinen kritischen Ausführungen zu BGE 95 II 221 ff., wo in Erw. 2c S. 227 dem bauenden Materialeigentümer der gute Glaube zugebilligt wurde, obwohl er sorgfältige Erkundigungen

darüber unterlassen hatte, ob der die Bauarbeit bestellende Hotelgerant der Eigentümer des Hotels sei). Diese Frage kann im vorliegenden Falle offen bleiben, wenn sich ergibt, dass den Parteien nicht vorgeworfen werden kann, die Frage der Rechtmässigkeit ihres Verhaltens mangelhaft überlegt zu haben.

7. a) Die Klägerin nahm unzweifelhaft an und durfte auch annehmen, dass sie berechtigt sei, mit ihrem Material auf dem Grundstück der Beklagten zu bauen. Ihrer Tätigkeit lag allerdings kein gültiger Vertrag zugrunde, wenn zwischen ihr und der Systembau AG, die sich unbefugterweise als Vertreterin der Beklagten ausgab, entgegen der Darstellung der Beklagten kein Vertrag zustande gekommen ist. Es kann ihr aber in diesem Falle kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass sie der Behauptung der Systembau AG, sie sei zum Vertragsabschluss im Namen der Beklagten ermächtigt, nicht misstraute. Die Beklagte ihrerseits nahm an und durfte annehmen, dass die Klägerin ihren Beitrag an den Bau des Schulhauses im Auftrag der Systembau AG leiste und von dieser dafür bezahlt werde. Beide Parteien waren also gutgläubig und haben keine Nachlässigkeit begangen, die allenfalls dazu führen könnte, ihnen das Recht abzusprechen, sich auf ihren guten Glauben zu berufen. Deshalb hat die Klägerin gegenüber der Beklagten nach Erwägung 6c hievor im Rahmen ihrer Vermögenseinbusse grundsätzlich Anspruch auf Ersatz des Vermögenszuwachses, welcher der Beklagten infolge der dem Aufwand der Klägerin zu verdankenden Erhöhung des objektiven Wertes des Baugrundstücks zugefallen ist. b) Die Vermögenseinbusse der Klägerin entspricht dem noch ausstehenden Teilbetrag ihrer Werklohnforderung, der im kantonalen Verfahren auf Fr. 241'488.62 beziffert wurde (lit. C hievor). Die Beklagte behauptet nicht etwa, dieser Betrag übersteige die Summe, welche die Klägerin aufgrund des nach der Darstellung der Beklagten zwischen der Klägerin und der Systembau AG zustandegekommenen Werkvertrages noch zugut habe, m.a.W. der bauliche Aufwand der Klägerin sei bei der Berechnung ihrer Restforderung höher bewertet worden, als das nach Massgabe des behaupteten Vertrags hätte geschehen dürfen. (Wäre dies der Fall, so müsste der den vertragsmässigen Werklohn übersteigende Teil des Aufwandes der Klägerin bei der Berechnung der Entschädigung nach Art. 672 ZGB ausser Betracht bleiben, weil die Vermögenseinbusse der Klägerin

insoweit einer ihr beim Vertragsabschluss unterlaufenen Fehlkalkulation zuzuschreiben wäre und folglich nicht auf den durch das Akzessionsprinzip bewirkten Übergang der Baute ins Eigentum der Grundeigentümerin zurückgeführt werden könnte, für den die Entschädigung nach Art. 672 ZGB dem Materialeigentümer einen Ausgleich bieten soll. Es ist also ausgeschlossen, dass der bauende Materialeigentümer die Folgen einer ihm unterlaufenen Fehlkalkulation mit Hilfe von Art. 672 ZGB auf den Grundeigentümer abwälzt.) c) Nach den in diesem Punkte nicht angefochtenen Feststellungen der Vorinstanz entspricht der von der Klägerin geschaffene objektive Mehrwert des Baugrundstücks dem objektiven Wert ihrer Aufwendungen, der nach dem eben Gesagten dem von ihr beanspruchten Werklohn gleichgesetzt werden darf. Die Beklagte wurde aber dadurch, dass ihr mit dem Eigentum an der Baute auch dieser Mehrwert zufiel, nicht gerade auch um diesen Mehrwert bereichert. Die Gesamtheit der auf ihrem Grundstück ausgeführten Arbeiten brachte ihr vielmehr nur dann einen Vermögenszuwachs, wenn der objektive Wert dieser Arbeiten den Betrag von Fr. 3'191,400.– übersteigt, den sie der Systembau AG für die Erstellung des schlüsselfertigen Schulhauses als Pauschal-Werkpreis bezahlt oder zu zahlen hat. (Wahrscheinlich hat die Beklagte, wie sie behauptet, diesen Betrag bereits voll bezahlt; die Vorinstanz hat das zwar nicht positiv festgestellt; es ist für die Ermittlung einer allfälligen Bereicherung der Beklagten indessen unerheblich, ob diese den erwähnten Betrag schon ganz bezahlt hat oder zum Teil noch schuldet.) Dementsprechend ist die Beklagte durch die Bauarbeiten der Klägerin nur bereichert, wenn der von der Klägerin geschaffene objektive Mehrwert des Grundstücks den Teil des Pauschalpreises übersteigt, der bei proportionaler Aufteilung dieses Preises nach Massgabe des Wertes der Arbeiten der verschiedenen Bauunternehmer und -handwerker auf die Arbeiten der Klägerin entfällt. Diesen Anteil hat die Vorinstanz nicht ermittelt. Das ist nachzuholen. Nach dem normalen Lauf der Dinge wäre allerdings zu erwarten, dass der von der Klägerin in Rechnung gestellte Bauaufwand, mit dessen Wert der darauf zurückzuführende objektive Mehrwert des Grundstücks übereinstimmt, von dem auf diesen Aufwand entfallenden Teil des Pauschalpreises erreicht werde. Die Systembau AG hätte sonst an den von der Klägerin für sie

ausgeführten Arbeiten nicht nur nichts verdient, sondern daran verloren und damit ein sehr schlechtes Geschäft gemacht. Gerade das hat aber die Klägerin vor Obergericht behauptet und unter Beweis gestellt, indem sie in ihrer Appellationsbegründung vorbrachte: "Vermutlich hat die Systembau AG der Stadt Zürich die Arbeiten viel zu billig offeriert. Mit den von der Stadt Zürich erhaltenen Geldern hat sie die aufgebotenen Unternehmer nicht entschädigen können. Die Gesamtleistung sämtlicher am Bau beteiligten Unternehmer übersteigt die Zahlungen der Beklagten erheblich, was die beträchtlichen Verluste der betroffenen Handwerker erklären würde. Diese sehr naheliegende ‚Vermutung' wird im vorliegenden Fall zur vorsorglichen Behauptung erhoben und es wird dafür der Beweis durch Expertise offeriert." Wenn diese Behauptung zutreffen und demgemäss der dem Bauaufwand der Klägerin zu verdankende objektive Mehrwert des Grundstücks den auf diesen Aufwand entfallenden Teil des Pauschal-Werkpreises übersteigen sollte, wäre die Beklagte zum Nachteil der Klägerin um diesen Mehrbetrag bereichert. Diese Bereicherung wäre zwar im Sinne von Art. 62 OR nicht ungerechtfertigt, weil die Beklagte kraft ihres Vertrages mit der Systembau AG auf die fraglichen Materiallieferungen und Arbeitsleistungen Anspruch hatte (Erw. 2 hievor). Sie wäre aber der Klägerin nach der Sondervorschrift von Art. 672 ZGB, die in diesem Punkte für den Materialeigentümer günstiger ist (Erw. 6c hievor), gleichwohl zu ersetzen. Daher hat die Vorinstanz über die wiedergegebene Behauptung der Klägerin Beweis zu erheben und hierauf den eingeklagten Ersatzanspruch neu zu beurteilen.

8. Gegenüber der Behauptung der Beklagten, sie sei nicht bereichert, weil sie die Systembau AG voll entschädigt habe, und die Klägerin habe höchstens einen Schadenersatzanspruch gegen diese Firma, wendet die

Klägerin in der Berufungsantwort ein, nicht sie, sondern die Beklagte müsse "den Schadenersatz bei der Systembau AG suchen"; die Beklagte habe denn auch gegen Verwaltungsräte dieser AG einen Verantwortlichkeitsprozess eingeleitet und dabei auch die im vorliegenden Prozess gegen sie erhobene Forderung "namhaft gemacht" (gemeint offenbar: als Schadensposten aufgeführt); dringe die Beklagte mit ihrem Verantwortlichkeitsanspruch durch, so sei sie (gemeint offenbar: durch das Verhalten der Systembau AG und

die an diese geleisteten Zahlungen) keineswegs geschädigt; müsste die Beklagte die im vorliegenden Prozess eingeklagte Entschädigung nicht zahlen, so müsste sie ihr Schulhaus nur teilweise bezahlen; das dürfe nicht sein. Damit macht die Klägerin dem Sinne nach geltend, die Beklagte müsse ihr den eingeklagten Betrag im Hinblick auf ihre Schadenersatzforderung gegen die Verwaltungsräte der Systembau AG ungeachtet der an diese Firma geleisteten Zahlungen voll vergüten. Dieser Betrachtungsweise kann nicht gefolgt werden. Verantwortlichkeitsansprüche von Gläubigern gegen Verwaltungsräte einer in Konkurs geratenen AG sind Schadenersatzansprüche und setzen daher voraus, dass durch Pflichtverletzungen dieser Personen ein Schaden tatsächlich eingetreten ist (Art. 754 Abs. 1 OR). Ob die Beklagte infolge ihrer Zusammenarbeit mit der Systembau AG einen Schaden erleiden wird, steht erst nach rechtskräftiger Erledigung des vorliegenden Prozesses fest. Vorher verfügt die Beklagte noch gar nicht über Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber Verwaltungsräten der Systembau AG. Der von der Klägerin erwähnte Prozess hat daher auf die Beurteilung der Frage, ob die Beklagte als bereichert zu betrachten sei, keinen Einfluss.

9. Es wird weder behauptet, noch bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin im Konkurs der Systembau AG eine Forderung aus Vertrag oder aus Art. 39 OR angemeldet, deren Zulassung erreicht und dafür eine Dividende zu erwarten oder gar erhalten habe, und die Beklagte macht nicht geltend, dass sich die Klägerin eine solche Dividende auf die eingeklagte Forderung aus Art. 672 ZGB anrechnen lassen müsse. Daher ist die Frage einer solchen Anrechnung im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen (ebensowenig die Frage, ob eine der Klägerin nach Art. 672 ZGB zukommende Ersatzleistung auf eine von ihr im Konkurs der Systembau AG geltend gemachte Forderung anzurechnen wäre).