

d'entreprise et, d'autre part, sur l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, la valeur litigieuse de ces deux objets doit être additionnée en vertu de l'art. 52 LTF. Il en résulte une valeur litigieuse de CHF 40 571.10 (2 x CHF 20 285.55). Cela signifie que les recourants auraient dû interjeter un recours en matière civile et non pas un recours constitutionnel subsidiaire. Toutefois, l'intitulé erroné du recours ne nuit pas et l'acte déposé doit être interprété comme recours en matière civile (consid. 1.1 et 1.2). Sur le fond, le litige porte sur la question de savoir si la cour cantonale a violé l'art. 29 al. 3 Cst. en n'incluant pas dans les charges mensuelles des recourants le solde d'impôt dû par ceux-ci pour l'année fiscale 2007. Le Tribunal fédéral constate tout d'abord que la jurisprudence relative à cette question n'est pas univoque et saisit l'occasion pour rendre un arrêt de principe. En application de la procédure prévue à l'art. 23 LTF, les Cours réunies ont décidé que les dettes d'impôt échues, dont le montant et la date d'exigibilité sont établis, doivent être prises en considération pour l'examen de l'indigence de la personne qui sollicite l'octroi du bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite, pour autant qu'elles soient effectivement payées (consid. 5.2.2).

## Le commentaire

L'arrêt du Tribunal fédéral mérite d'être approuvé. Sur le plan procédural, il ne fait pas l'ombre d'un doute que les valeurs litigieuses de deux conclusions distinctes doivent être additionnées si elles ne s'excluent pas (art. 52 LTF). Cette addition peut avoir pour conséquence que la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000, ce qui ouvre la voie du recours

en matière civile et permet au recourant de faire examiner librement l'application du droit fédéral par le Tribunal fédéral (ATF 134 III 379 consid. 1.2). Cependant, lorsque le recourant invoque uniquement la violation de droits fondamentaux, le Tribunal fédéral limitera son examen aux griefs invoqués et motivés de manière précise (art. 106 al. 2 LTF). Peu importe, dans un tel cas, que le recourant ait interjeté un recours en matière civile ou un recours constitutionnel subsidiaire. En l'occurrence, cela signifie que le jugement du Tribunal fédéral aurait été identique même si la valeur litigieuse avait été inférieure à CHF 30 000. Quant au fond, c'est à juste titre que la Haute Cour estime que les arriérés d'impôt doivent être pris en compte pour déterminer si le requérant est indigent, car il y a lieu d'examiner l'ensemble de sa situation financière.<sup>1</sup> Reste à noter que le Tribunal fédéral a rendu son arrêt en application de l'art. 29 al. 3 Cst. En ce qui concerne la base légale, il convient de souligner que le Code de procédure civile suisse (CPC), qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, consacre un chapitre entier à l'assistance judiciaire (art. 117 à 123 CPC). Toutefois, bien que nombreuses, ces nouvelles dispositions constituent principalement une codification de l'abondante jurisprudence développée par le Tribunal fédéral et ne contiennent pas de nouveautés notables par rapport aux critères qui ont été dégagés de l'art. 29 al. 3 Cst.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> STEFAN MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV), Bâle 2008, p. 92 s.

<sup>2</sup> STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zurich/Bâle/Genève 2008, § 16 n° 51; JACQUES HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, Bâle 2009, p. 91.

# Bankgarantien im Bauwesen

Eine Bankgarantie kann erst beansprucht werden, wenn die Bedingungsklausel erfüllt ist. Dabei ist vom Wortlaut der betreffenden Klausel auszugehen. Im späteren Zivilprozess sind Fehler im Rahmen der „Ziehung“ der Garantie nicht mehr heilbar.

Entscheid des Bundesgerichts vom 30.11.2009 (4A\_342/2009).

Peter Reetz, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Zürich

## Der Entscheid

(135) 1. Gemäss dem Wortlaut der Valutierungsklausel tritt die Anzahlungsgarantie erst «nach Einzahlung des Anzahlungsbetrags» auf dem Konto der Unternehmerin bei der garantierenden Bank in Kraft, wobei der Anzahlungsbetrag

an zwei Textstellen mit CHF 1 183 000 umfangmässig umschrieben wird. 2. Die Vorinstanz hat ohne Verletzung von Bundesrecht dafür gehalten, dass die Bedingungsklausel dahingehend zu verstehen sei, dass die Anzahlungsgarantie erst mit Überweisung des *gesamten* Anzahlungsbetrags von CHF 1 183 000 in Kraft trete. 3. Die Beschwerdeführerin (Bestellerin) vermag keinen Beleg für ihre Ansicht darzubringen, dass die Valutierungsklausel bei einer Anzahlungsgarantie im Allgemeinen dahingehend zu verstehen sei, dass sie stets im Umfang irgendeiner Zahlung wirksam würde,

auch wenn diese (wie hier) den vertraglich vorgesehenen Anzahlungsbetrag nicht erreicht. 4. Im Sinne einer *streng formalisierten Betrachtungsweise* ist in Bezug auf die Erfüllung der in der Garantie vorgesehenen Bedingungen *vom Wortlaut der betreffenden Klausel auszugehen*. 5. Nimmt die garantierende Bank eine Bestimmung in eine Anzahlungsgarantie auf, wonach deren Inanspruchnahme erst nach Eingang des Anzahlungsbetrags möglich ist, bringt sie damit gegenüber dem Begünstigten (Besteller) zum Ausdruck, dass eine Zahlungsverpflichtung nur dann entsteht, wenn die vorgesehene Anzahlung (im gesamten Umfang und nicht bloss in teilweisem Umfang) geleistet worden ist. 6. Eine selbständige Garantie wird *im Hinblick auf einen bestimmten Vertrag ausgestellt*. Der aus der Garantie begünstigte Besteller kann die Garantie daher nicht abrufen, um die Folgen der mangelnden Ausführung eines anderen Vertrages als des Grundvertrages zu decken. Eine Inanspruchnahme ausserhalb des abgesicherten Risikos ist unzulässig und die Bank hat die Zahlung zu verweigern, sofern der zweckwidrige Abruf («Ziehung») für die Bank offensichtlich war.

### Anmerkung

Was hat der vorliegende Entscheid mit *Bauprozessrecht* zu tun? Sehr viel, nämlich das Folgende: 1. Auch der gewiefteste Prozessualist kann einen vermeintlichen Anspruch aus einem Garantievertrag dann nicht mehr gerichtlich durchsetzen, wenn schon der Abruf (d.h. die «Ziehung») der Garantie – welcher *vorprozessual* erfolgt – den Vorgaben des Garantievertrages nicht entsprochen hat. 2. Im vorliegenden Fall waren zwei Garantien gestellt worden: (i) Eine An-

zahlungsgarantie/Vorauszahlungsgarantie und (ii) eine Ausführungsgarantie/Erfüllungsgarantie. Die Anzahlungsgarantie/Vorauszahlungsgarantie konnte dabei deshalb nicht beansprucht werden, weil der Garantievertrag an die Bedingung geknüpft worden war, dass der *gesamte Anzahlungsbetrag auf ein Konto der Unternehmerin bei der garantierenden Bank einbezahlt worden ist*. Dies war indes in casu nicht der Fall: Einbezahlt wurden statt der vorgesehenen CHF 1 183 000 nur CHF 1 100 000, d.h. der vorgesehene Betrag abzüglich der Mehrwertsteuer von 7,6%. *Damit aber fehlte es an einer Bedingung für die Gültigkeit dieser Garantie* (bzw. für das Zustandekommen des Garantievertrages). Die Ausführungsgarantie/Erfüllungsgarantie wiederum konnte sodann nicht beansprucht werden, da diese nur die *Ausführung eines bestimmten Vertrages* sicherte. Da dieser Vertrag (zu dessen Sicherung die Garantie gestellt worden war) später durch einen anderen Vertrag (wenngleich für dasselbe Bauobjekt) ersetzt worden war und *da im Garantieabruf offenbar der spätere* (nicht in der Garantie genannte) *Vertrag genannt worden war*, konnte auch die Ausführungsgarantie/Erfüllungsgarantie nicht beansprucht werden. 3. Daraus ergeben sich *zwei Merkpunkte*: (i) Eine Anzahlungsgarantie/Vorauszahlungsgarantie kann – wenn dies in derselben so vorgesehen ist – nur in Anspruch genommen werden, wenn die entsprechende Anzahlung vom Besteller im *vollen Umfang* geleistet worden ist. (ii) Eine Ausführungsgarantie/Erfüllungsgarantie *hat den Vertrag*, dessen Ausführung/Erfüllung sie garantieren soll, *korrekt zu bezeichnen*. 4. Sind diese Voraussetzungen im Einzelfall nicht erfüllt, ist später prozessual nichts mehr zu machen bzw. es hat der Anwalt die *Klientenschaft* darauf hinzuweisen, dass ein Prozess diesfalls (mehr oder weniger) aussichtslos ist.

# Substanziierungspflicht mit Bezug auf einen vertraglich eingeräumten Anspruch auf Fristerstreckung

Ist die Frage, ob gehörig substantiiert worden ist, eine Tatfrage oder eine Rechtsfrage? Ein aussergerichtliches Zugeständnis macht die prozessuale Bestreitung nicht unwirksam, ist indes im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Obliegenheit zur präzisen Formulierung von Rechtsbegehren vor Bundesgericht an Hand des vorinstanzlichen Entscheides; Nichteintreten im Unterlassungsfall. Substanziierungspflicht mit Bezug auf einen angeblich eingetretenen Verspätungsschaden (als Anwendungsfall der Pflicht zu einer substantiierten Bestreitung). Der Erfolg einer Rüge vor Bundesgericht setzt grundsätzlich voraus, dass die dieser zu Grunde liegenden tatsächlichen und rechtlichen Standpunkte – soweit möglich – bereits vor der Vorinstanz geltend gemacht worden sind.

Entscheid des Bundesgerichts vom 8.12.2009 (4A\_141/2008).

**Peter Reetz**, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV  
Bau- und Immobilienrecht, Zürich

## Der Entscheid

(136) 1. Vorliegend geht es um die Frage, ob die Beklagte Anspruch auf Fristerstreckung hat. In diesem Zusammenhang ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz *substantiierte Behauptungen dazu verlangte, welche konkreten Umstände zu welchen Verzögerungen von welcher Dauer geführt hätten und dass die Beklagte dafür nicht verantwortlich sei*. Die Beklagte zeigt nicht auf, inwiefern die Vorinstanz überhöhte Anforderungen an die Substanziierungspflicht gestellt hätte und welche von ihr geforderten Angaben nicht nötig wären, um den Anspruch auf Fristerstreckung zu substantiieren. Eine Verletzung von Bundesrecht durch überhöhte Substanziierungsanforderungen ist nicht dargetan. 2. Soweit die Beklagte durch zahlreiche Hinweise auf die Akten belegen will, dass sie die Substanziierungsanforderungen erfüllt habe, versucht sie, den von der Vorinstanz verbindlich festgestellten Sachverhalt in Bezug auf die Parteivorbringen im Prozess zu ergänzen, ohne aber dazu eine vorliegend zulässige Sachverhaltsrüge im Sinne von Art. 97 BGG zu erheben. Mit den entsprechenden, von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Vorbringen ist sie nicht zu hören. 3. Die Vorinstanz lehnte eine Behauptung der Klägerin auf ausserprozessualen Erklärungen ab. Massgebend seien allein die Behauptungen im Prozess. *Ein aussergerichtliches Zugeständnis mache die prozessuale Bestreitung nicht unwirksam*. Das aussergerichtliche Zugeständnis einer rechtserheblichen Tatsache sei blosser Erkenntnisquelle der Beweiswürdigung. Komme es bei rechtserheblichen, substantiiert dargelegten und im Prozess bestrittenen Tatsachen zu einem Beweisverfahren, so sei das *aussergerichtliche Zugeständnis im Rahmen der Beweiswürdigung ein Indiz für die Wahrheit der fraglichen Tatsache*. Diese Ansicht der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden. 4. Die Klägerin

verlangt mit ihren präzisierten Rechtsbegehren ausdrücklich nur insoweit die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides, als die Beschwerde der Klägerin *abgewiesen* wurde. Nun ist aber die Vorinstanz auf nahezu sämtliche Rügen der Klägerin *nicht eingetreten*. *Die Klägerin hätte daher diesbezüglich beantragen müssen, der vorinstanzliche Entscheid sei (auch) insoweit aufzuheben, als auf ihre Beschwerde nicht eingetreten wurde*. Dies hat sie nicht getan, was die Unzulässigkeit der Beschwerde zur Folge hat, da das Bundesgericht nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen darf (Art. 107 Abs. 1 BGG). 5. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hat die Beklagte sehr wohl behauptet, der Klägerin sei kein Schaden entstanden, namentlich dass sie erfolgreich allfällige Schadenersatzansprüche der Wohnungskäufer habe abwehren können. *Lagen aber entsprechende Behauptungen der Beklagten vor, durfte die Vorinstanz, ohne Art. 161 Abs. 1 OR oder Art. 8 ZGB zu verletzen, von der Klägerin verlangen, dass sie ihre Bestreitung substantiiere und ihren angeblichen Verspätungsschaden konkretisiere*. Eine Bezifferung verlangte die Vorinstanz nicht. Die Vorinstanz stellte aber fest, die Klägerin habe noch nicht einmal versucht, einen solchen Verspätungsschaden zu konkretisieren. Im Gegenteil habe sie anerkannt, tatsächlich Schadenersatzforderungen der Wohnungskäufer entgangen zu sein. Die Klägerin behauptet mit Verweis auf ihre Klage (Rz. 56), den ihr durch die Bauverzögerung entstandenen Schaden substantiiert zu haben. Die von der Klägerin an besagter Stelle vorgetragene «Berechnung» von 380 zusätzlichen Tagen à CHF 6000.– pro Tag liess die Vorinstanz nicht genügen, da diese Berechnung nicht auf behaupteten effektiven solchen Beträgen basiere, sondern auf einer Art fiktiven «Vorhaltezeitschätzung» für angeblich länger tätig gewesene Unternehmer. Nachdem diese Darlegung in der Tat in der Luft hing und zu Recht als weder plausibel noch der Bauwirklichkeit entsprechend beurteilt wurde, stellte die Vorinstanz *keine zu hohen Anforderungen an die Substanziierungspflicht, wenn sie verlangte, die Klägerin hätte angeben müssen, welche Unternehmer konkret weshalb zu welchen*

*Mehrkosten welche zusätzlichen oder Mehrleistungen wegen der Bauverzögerung hatten erbringen müssen. Die entsprechende Rüge der Klägerin ist unbegründet. 6. Dem angefochtenen Urteil ist nicht zu entnehmen und die Klägerin belegt nicht mit Hinweisen auf dieses, dass die Klägerin diesen Umstand vor der Vorinstanz als gegen die Herabsetzung sprechenden Grund geltend gemacht hätte. Auch wenn das Sachgericht die Herabsetzung der Konventionalstrafe in Würdigung der Umstände des Einzelfalles vorzunehmen hat, ist es nicht gehalten, von sich aus nach Umständen, welche die Parteien nicht geltend gemacht haben, zu forschen.*

### **Anmerkung**

1. Das Bundesgericht führt aus, der Nachweis, man habe die Substanziierungsanforderungen im kantonalen Verfahren erfüllt, könne *nicht* durch (blosse) Aktenhinweise allein erfolgen. Gemäss Bundesgericht stellt eine derartige Rüge eine Ergänzung des von der Vorinstanz verbindlich festgestellten Sachverhaltes *in Bezug auf die Parteivorbringen* dar, wes-

halb eine *Sachverhaltsrüge im Sinne von Art. 97 BGG zu erheben* sei bzw. hätte erhoben werden müssen. 2. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dieser Ansicht nicht zu folgen: Ob erforderliche Tatsachenbehauptungen ausreichend substantiiert sind oder nicht, ergibt sich trefflich aus den Akten (und zwar namentlich aus den Rechtsschriften und aus den protokollierten Parteivorträgen, vgl. Art. 235 Abs. 2 CH-ZPO i.V.m. Art. 228 CH-ZPO) – wobei es diesbezüglich (d.h. hinsichtlich der Frage, ob die Substanziierung rechtsgenügend war) auch nicht darauf ankommt, ob in den von der Vorinstanz in ihrem Entscheid regelmässig als solche wiedergegebenen hauptsächlichen Parteistandpunkten diese Tatsachenbehauptungen erwähnt sind oder nicht. Vor allem aber stellt die Frage, ob rechtsgenügend substantiiert wurde, eine Rechtsfrage und nicht eine Tatfrage dar, denn über diese Frage kann unmöglich ein Beweisverfahren durchgeführt werden, weshalb die rechtliche Natur dieser Frage nicht strittig sein kann. Es ergibt sich daher, dass die Rüge, die Vorinstanz habe die Anforderungen an die erforderliche Substanziierung überspannt, keine Sachverhaltsrüge im Sinne von Art. 97 BGG ist, sondern eine Rüge der Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG darstellt.