

hinaus ist um so weniger statthaft, als auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen jedenfalls ein weitergehender Ersatzanspruch der Brenneigenthümer nicht anzuerkennen wäre. Wenn der Gesetzgeber die Gewerbefreiheit durch staatliche Monopolisirung gewisser Gewerbe beschränkt, so verletzt er dadurch (von besondern, durch Privileg, unvordenkliche Zeit u. dgl. ausnahmsweise als Privatrecht erworbenen Gewerbeberechtigungen abgesehen) kein erworbenes Recht der bisher das betreffende Gewerbe betreibenden Bürger auf Ausübung ihres Gewerbes. Denn ein derartiges erworbenes Recht besteht nicht. Die Befugniß zum Gewerbebetriebe beruht einfach auf dem Gesetze, auf dem geltenden objektiven Rechte; sie verändert (erweitert oder beschränkt) sich daher mit demselben; findet der Gesetzgeber es aus Rücksichten der allgemeinen Wohlfahrt geboten, der natürlichen Freiheit bezüglich der Ausübung gewisser Gewerbebetriebe engere Schranken zu ziehen, als dies bisher der Fall war, beziehungsweise gewisse Gewerbe der Privatthätigkeit überhaupt gänzlich zu entziehen, so mag er dadurch wohl unter Umständen Privatinteressen empfindlich schädigen; Privatrechte auf Fortbetrieb des Gewerbes verletzt er durch eine solche Aenderung des objektiven Rechts nicht.

6. Von diesem prinzipiellen Standpunkte aus erscheint denn die in Rede stehende Forderung als unbegründet. Dem landwirthschaftlichen Besitze des Entschädigungsansprechers wird ja durch das eidgenössische Alkoholgesetz irgendwelche Eigenthumsbeschränkung, wofür einzig nach dem Gesetze Entschädigung zu gewähren ist, nicht auferlegt; es steht vielmehr dem Entschädigungsansprecher dessen bestimmungsgemäße Benutzung zum landwirthschaftlichen Betriebe nach wie vor rechtlich völlig frei. Daß der Wegfall der bisher in der Brennerei erzeugten Schlempe für diesen landwirthschaftlichen Betrieb thatsächlich nachtheilig sein mag, berechtigt nach dem Gesetze nicht zu einer Entschädigungsforderung. Vielmehr würde durch die Guttheilung einer solchen Forderung, dem klaren Willen des Gesetzes zuwider, Entschädigung dafür gewährt, daß dem Brenneigenthümer für die Zukunft die gewinnbringende Verwendung eines Brenneigenthumsproduktes, der Schlempe, abgeschnitten, also ein Theil des aus der Fabrikation indirekt sich ergebenden Gewinnes entzogen wird. Daran würde gewiß nicht gezweifelt

werden, wenn der Brenneigenthümer die Schlempe, statt sie in seiner eigenen Landwirthschaft zu verwenden, an Dritte verkauft, z. B. an einen Viehzüchter geliefert hätte. Auch in diesem Falle entsteht dem Brenner durch den Wegfall der Schlempe ein Vermögensnachtheil, aber eben ein solcher, auf dessen Ersatz er nach dem Gesetze keinen Anspruch hat. Grundsätzlich liegt aber die Sache auch in dem hier vorliegenden Falle der Verwendung der Schlempe in der eigenen Landwirthschaft des Brenners nicht anders.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Der Urtheilsantrag des Instruktionsrichters, Dispositiv 1 und 2, wird bestätigt und zum Urtheile erhoben.

## XI. Civilstreitigkeiten zwischen Bund und Privaten.

### Différends de droit civil entre la Confédération et des particuliers.

71. Urtheil vom 14. Juni 1889 in Sachen  
Zschokke & Cie gegen Bundesfiskus.\*

A. Durch Vertrag vom 4. Juli 1884 übernahm die Firma Zschokke & Cie in Marau und Zürich die Erd-, Maurer- und Verputzarbeiten für das eidgenössische Chemiegebäude in Zürich gegen bestimmte Einheitspreise auf Nachmaß. Nach Art. 2 dieses zwischen dem eidgenössischen Departement des Innern und der

\* Bei Abdruck dieses Urtheils ist die Darstellung der Parteienbringen und des Beweisergebnisses weggelassen, da sich das für die Entscheidung selbst Erhebliche aus den Entscheidungsgründen ergibt. Ebenso ist überhaupt alles dasjenige weggelassen, was das II. Rechtsbegehren der Klage betrifft, da dieses eine Reihe von Reklamationen technischer Natur enthält, deren Beurtheilung ohne juristisches Interesse ist.

Firma Zschokke & Cie abgeschlossenen Vertrages hat die Ausführung dieser Arbeiten zu geschehen auf Grundlage a) der bezüglichen Pläne, b) des Voranschlages, c) der speziellen Uebernahmebedingungen, d) der allgemeinen Bedingungen für die Uebernahme und Ausführung der Arbeiten, sowie für die Lieferungen zu den eidgenössischen Bauten, e) der bezüglichen Uebernahmsofferten der Herren Zschokke & Cie. Aus den allgemeinen Bedingungen sind folgende Bestimmungen hier hervorzuheben:

„Art. 3. Jeder Uebernahme liegen die betreffenden Pläne, Voranschläge und Bedingungen zu Grunde. Sollten Pläne und Voranschläge nicht genügende Auskunft ertheilen, so wäre solche bei der Bauleitung einzuholen. Für alle in Folge Nichtbeachtung dieser Vorschrift entstehenden Fehler und Nachteile ist der Unternehmer verantwortlich.“

„Art. 8. Der Unternehmer hat die aufgestellten Pläne und Vorschriften genau zu befolgen....“

„Durch Modifikationen im Bauprojekt veranlasste Reduktion des Ausmaßes von Arbeitsgattungen und Lieferungen oder gänzlicher Wegfall einzelner derselben geben dem Unternehmer kein Recht, auf Entschädigungsforderungen wegen entgehendem Gewinn. Umgekehrt ist er zur Ausführung von Mehrarbeiten und Mehrlieferungen innerhalb des vorgeschriebenen Termins und zu den Affordpreisen bis zum Betrage von 25 % der Gesamtaffordsumme verpflichtet.“

„Art. 9

„Arbeiten, welche nicht im Voranschlage oder in der Preisnote des Unternehmers vorgesehen sind, hat der Unternehmer, auf vorübergehende Preisvereinbarung hin, auch auszuführen. Ist eine Verständigung über den Preis der unvorhergesehenen Arbeiten nicht möglich, so können dieselben von der eidgenössischen Bauverwaltung direkt einem andern Unternehmer übertragen werden.“

„Art. 13. Der Unternehmer hat Pläne und Voranschläge nachzusehen und zu studiren und die Bauleitung auf allfällige Maßverschreibungen und sonstige Mängel aufmerksam zu machen. Im Unterlassungsfalle wäre er für alle Folgen verantwortlich.“

„Art. 15. Die Beschaffung der erforderlichen Werk- und Materialpläne liegt ohne besondere Vergütung dem Unternehmer ob, dessen Sache es auch ist, wenn nöthig, eigene Zu- und Abfuhrwege zur Baustelle anzulegen.“

„Art. 16.

„Wird einem Unternehmer ein Theil seiner Arbeiten von einem andern Unternehmer beschädigt, so hat er sich an diesen zu wenden.“

„Art. 19. Vollendungsfristen.

„Witterungsverhältnisse, Mangel an Arbeitern, Arbeitseinstellung der Arbeiter, Theuerung des Materials und der Arbeitslöhne fallen bei den Vollendungsfristen nicht in Berücksichtigung.“

„Eine Fristverlängerung soll nur ertheilt werden, wenn unvorhergesehene Schwierigkeiten des Baugrundes sich zeigen oder außerordentliche Naturereignisse die Arbeiten unterbrechen.“

„Glaubt ein Unternehmer durch die Arbeiten eines andern Unternehmers an der rechtzeitigen Vollendung seiner eigenen Arbeiten verhindert zu werden, so hat er dies der Bauleitung schriftlich anzuzeigen, welche entscheiden wird, ob eine Fristverlängerung einzutreten habe oder nicht. Unterläßt der Unternehmer die Anzeige an die Bauleitung, so verliert er jeden Anspruch auf Verlängerung des Vollendungstermins.“

„Art. 20. Entschädigungsforderungen.

„Forderungen für Aufbesserungen kontrahirter Preise und Entschädigungen für Mehrauslagen, welche dem Unternehmer in Folge ungünstiger Witterungsverhältnisse, Vertheuerung der Material- und Arbeitspreise, Terminüberschreitungen anderer Unternehmer oder sonstiger, nicht von Fällen höherer Gewalt herrührender Umstände erwachsen, finden keine Berücksichtigung.“

„Die Preise für sämtliche Artikel des Kostenvoranschlages verstehen sich fix und fertig im Bau dargemacht. Für Vorbereitung-, Hilfs- und Vollendungsarbeiten wird keine Extraentschädigung vergütet, wenn hiefür im Voranschlage nicht spezielle Ansätze aufgenommen sind.“

Aus den speziellen Uebernahmsbedingungen und dem Voranschlage ist hier hervorzuheben: Nach § 1 der speziellen Uebernahmsbedingungen ist der Unternehmer verpflichtet, den Anordnungen der Bauleitung (Professoren Bluntschli und Bafius) „nach Maßgabe der vereinbarten Bedingungen in allen Stücken nachzukommen.“ Nach § 12 ist der Aushub nach Anordnung der Bauleitung auf dem Bauplatze abzulagern respektive einmal zu verkarren. Der Ueberschluß des Aushubes über die Auffüllung ist im Maße von circa 1900 Kubikmeter abzufahren. Der Unternehmer hat das Tagwasser in seinen Kosten zu entfernen und es darf das Fundament überall erst begonnen werden, nachdem der Grund von der Bauleitung untersucht und tragfähig befunden worden ist (§ 13). In dem Preise der Erdarbeiten ist inbegriffen das Hinterfüllen und Feststampfen an den Mauern (§ 29) sowie die Lieferung und Beschaffung sämtlicher Materialien u. s. w. (§ 36). Nach § 37 ist der Unternehmer verpflichtet, die übernommenen Arbeiten derart zu fördern, daß 1. sämtliches Mauerwerk bis 30. November 1884 auf Sockelhöhe (+ 464.00) fertig gestellt ist; 2. sämtliches Mauerwerk bis 30. April 1885 auf die Höhe von Quote 473.22 gebracht ist; 3. der Mittelbau bis zum 30. Juni 1885 zum Aufschlagen des Dachstuhls bereit ist; 4. die Gewölbe der Flügelbauten bis 30. Juni 1885 vollendet sind u. s. w. Im Voranschlage ist die abzuhebende und an bestimmter Stelle des Bauplatzes abzulagernde Humusschicht auf 1280 Kubikmeter, der Erdaushub für Fundamente, Keller u. s. w. zusammen nach Abrechnung der Humusschicht auf 8400 Kubikmeter berechnet und wird bemerkt, davon seien auszuheben und auf dem Bauplatze nach Angabe zu lagern respektive einmal zu verkarren 6500 Kubikmeter in gleicher Weise auszuheben und abzufahren 1900 Kubikmeter. Für das Abheben der Humusschicht war ein Einheitspreis von 75 Cts. per Kubikmeter, für den übrigen abzulagernden Erdaushub ein Einheitspreis von 80 Cts. per Kubikmeter und für die abzufahrende Aushubmasse ein solcher von 2 Fr. 20 Cts. per Kubikmeter vereinbart. In Plänen und Voranschlag war für das Gebäude eine einfache, normale Fundierungsweise vorgesehen.

B. Von der Bauleitung waren vor dem Vertragsabschlusse,

auf dem Bauplatze eine Anzahl (8) Sondirgruben angelegt worden und es hatten diese mit Ausnahme einer einzigen, in welcher sich eine breiartige Masse und etwas Wasser vorfand, trockenen Baugrund ergeben. Nach dem Beginne der am 21. Juli 1884 angefangenen Erdarbeiten der Firma Jschoffe & Cie stellte sich nun aber heraus, daß diagonal durch den ganzen Bauplatz ein starker Zubrang von Berg- und Druckwasser auftrat, welches die mittlern und tiefern Erdschichten vollständig durchweichte und zu beweglichem Schlamm umgestaltete. Gestützt auf vom 18. August 1884 an vorgenommene umfassende Untersuchungen des Baugrundes wurde daher die vorgesehene Fundierungsweise des Gebäudes theilweise abgeändert; für einen Theil des Gebäudes (den linken vordern Flügel und das nördliche Ende des Mittelbaues) wurde eine (im Bauvertrage nicht vorgesehene) Pfahlrostfundation vorgeschrieben, für den hintern Flügel (für welchen die Pfahlrostfundation ebenfalls war in Aussicht genommen worden) wurde gemäß Schreiben der Bauleitung vom 5. September 1884 hievon Umgang genommen und nur verbreiterte Betonirung angeordnet. Für den Mittelbau wurde eine tiefere Fundierung, als vorgesehen gewesen, angeordnet. Ueber die für die Pfählungsarbeiten zu bezahlenden Preise, haben sich die Parteien durch Schreiben vom 27., 29. und 30. August 1884 verständigt. Gleichzeitig mit Stellung ihrer sachbezüglichen Preisofferte (durch Schreiben vom 27. August 1884) war die Firma Jschoffe & Cie unter Hinweis auf die unvorhergesehenen Schwierigkeiten des Baugrundes im Sinne von Art. 19 der allgemeinen Bedingungen auch um eine entsprechende Verlängerung der durch Art. 37 der Uebernahmsbedingungen vorgesehenen Termine eingekommen. In Folge dessen wurde am 25. Oktober 1884 zwischen den Parteien ein „Nachtrag zum Vertrag der Erd-, Mauer- und Verputzarbeit am Neubau des Chemiegebäudes für das eidgenössische Polytechnikum“ abgeschlossen, welcher lautet: „Zusatz § 37 ad 1 Termin 30. November wird fallen gelassen in der Meinung, daß die Bauunternehmung den Bau wo möglich noch vor Winter soweit führt, als durch Sockelhöhe (+ 464) bezeichnet ist; ad 2 Termin wird auf 20. Mai 1885 gesetzt; ad 3 und 4 werden die Termine auf 8. Juli 1885 angesetzt; alle übrigen Termine

bleiben. Hiemit fallen alle Reklamationen, die in Betreff der durch Pfählung vermehrten Arbeiten entstanden, fort.“ Vor dem Abschlusse dieses Vertrages, im September-Oktober 1884, war seitens der Bauleitung wiederholt darauf gedrungen worden, daß die Firma Zschokke & Cie zum Zwecke rechtzeitiger Vollendung der Arbeiten eine größere Anzahl von Arbeitern, insbesondere Maurern, einstelle, — in einem Schreiben vom 23. September 1884 war eine allmähliche Vermehrung der Maurer bis auf 160 in Aussicht genommen, während die Unternehmung bis 25. September deren höchstens 40, anfangs Oktober 70—80 und im November 80—98 verwendete, — es waren im Fernern Ausstellungen wegen mangelhafter Organisation der Arbeiten, wegen mangelhafter Materialbeschaffung, insbesondere wegen Mangels oder fehlerhafter Beschaffenheit von Steinen u. s. w. erhoben und damit in dem erwähnten Schreiben vom 23. September 1884 die Androhung verbunden worden, daß, wenn nicht sofort eine Besserung der Verhältnisse eintrete, die Bauleitung gezwungen wäre, die Arbeiten anderweitig auf Kosten der Firma Zschokke & Cie, zu vergeben. Die Firma Zschokke & Cie, welche einzelne frühere Reklamationen der Bauleitung nicht ausdrücklich bestritten hatte, protestirte gegen letztere Androhung mit Schreiben vom 27. September 1884; sie behauptete, wegen der unvorhergesehenen Schwierigkeiten des Baugrundes an die ursprünglichen Vollendungstermine nicht mehr gebunden zu sein, wies auf die Abänderung der Dispositionen bezüglich der Fundirungsweise hin und konstatarie endlich, daß trotz mehrfacher Reklamationen erst am 26. September das Material der Dohlenbaute an der Südfronte und am 22. September das Material der Dohlenbaute an der hintern Gebädefronte derart entfernt worden sei, daß mit der Geleisanlage für den Materialtransport für Maurerarbeiten habe begonnen werden können. Letztere Bemerkung bezog sich darauf, daß, wie die Bauleitung der Unternehmung Zschokke & Cie bereits am 26. Juli mitgetheilt hatte, gleichzeitig mit den Erdarbeiten der Firma Zschokke & Cie (vom 28. Juli an) auf dem Bauplatze auch Kanalisationsarbeiten und zwar durch eine andere Unternehmung, die Firma Ehrensperger & Burthardt, durchgeführt werden sollten und durchgeführt wurden. Schon am 28. Juli

hatte die Firma Zschokke & Cie der Bauleitung bemerkt, daß sie durch die zu späte Inangriffnahme der Erstellung von Dohlen mit der abgebböhten Auffüllung nicht bis an die Stützmauer längs der Universitätsstraße habe vordringen können, sondern circa 4 Meter hinter derselben habe zurückbleiben müssen und daß sie für die erschwerte Auffüllung dieser Partie auf „spätere gütige Berücksichtigung“ rechne. Gegenüber spätern, ihren Arbeitsbetrieb betreffenden, Reklamationen der Bauleitung vom 1. und 9. Oktober 1884 hielt die Firma Zschokke & Cie mit Schreiben vom 8. und 10. Oktober daran fest, daß sie in ihren Arbeiten, speziell auch in der Materialbeschaffung, einerseits durch die unvorhergesehenen Fundationschwierigkeiten und die damit zusammenhängenden Anordnungen der Bauleitung, andererseits durch die verspätete Inangriffnahme der Kanalisationsarbeiten gehindert worden sei und hielt ihre Reklamation betreffend das Material der Dohlenbauten, welches die freie Bewegung auf dem Bauplatze, die Anfuhr und Ablagerung des Materials u. s. w. gehindert habe, fest. Als nun die auf 24. Dezember 1884 abgeschlossene erste Rechnung über die von der Firma Zschokke & Cie übernommenen Bauarbeiten (zufolge welcher die Gesamtverdienstsumme sich auf 145,132 Fr. 87 Cts. belief) der Firma Zschokke & Cie zur Anerkennung vorgelegt wurde, unterzeichnete dieselbe fragliche Abrechnung zwar am 25. April 1885, allein mit dem Vorbehalte, daß sie in der Lage sein werde, der Bauleitung „mit Bezug auf Differenzen welche zwischen den Uebernahms- und Vertragsgrundlagen einerseits und der Bauausführung andererseits bestehen, „Reklamationseingabe einzureichen.“ Der Bau wurde in der Hauptsache noch einige Tage vor dem ursprünglichen vertraglichen Vollendungstermine (30. November 1884) bis auf Sockelhöhe fertig gebracht und später programmgemäß vollendet.

C. Am 5. Juni 1885 reichte die Firma Zschokke & Cie dem eidgenössischen Departement des Innern eine Eingabe ein, in welcher sie gegenüber der Abrechnung für das Baujahr 1884 eine Mehrforderung von 31,506 Fr. 19 Cts. geltend machte; ebenso reichte sie am 17. Februar 1886 eine Ergänzungsrechnung zu der zweiten Abrechnung d. h. derjenigen für das Baujahr 1885 ein, welche in verschiedenen Posten eine Mehrforde-

nung von insgesamt 6321 Fr. 32 Cts. enthielt. Die Reklamation für das Baujahr 1884 wurde indessen vom eidgenössischen Departement des Innern des gänzlichen, diejenige für das Baujahr 1885 zum größern Theile d. h. mit Ausnahme zweier Posten von 15 Fr. 10 Cts. und 364 Fr. 35 Cts. zurückgewiesen.

D. Mit Klageschrift vom 1. Dezember 1886 stellte nunmehr die Firma Ischoffe & Cie beim Bundesgerichte das Rechtsbegehren: Die schweizerische Eidgenossenschaft habe den Klägern außer den von ihr anerkannten Beträgen noch zu bezahlen:

1. Hinsichtlich der ersten Abrechnung eine Gesamtsumme von 35,352 Fr. 73 Cts., eventuell von 30,820 Fr. 53 Cts. (recte nach Berichtigung eines Rechnungs- oder Schreibfehlers von 34,473 Fr. 86 Cts. eventuell 31,699 Fr. 40 Cts.), nebst Zins zu 5 % seit dem 5. Juni 1885.

2. Hinsichtlich der zweiten Abrechnung eine Summe von 5959 Fr. 66 Cts., nebst Zins zu 5 % seit dem 17. Februar 1886, beides unter Kostenfolge.

Der schweizerische Bundesfiskus trug auf Abweisung der Klage unter Kostenfolge an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Mit ihrem ersten Rechtsbegehren fordert die Klägerin in vier verschiedenen Posten Ersatz von Mehrkosten für Erd- und Maurerarbeiten, von Einbußen respektive Mehrauslagen auf Beschaffung des Steinmaterials, von anderweitigen besondern Auslagen für Einstellung von Arbeitern u. s. w. und von entgangenem Unternehmergewinn. Gestützt werden diese Ansprüche sämmtlich einerseits auf die unvorhergesehene, schwierige Beschaffenheit des Baugrundes, für welche der Bauherr einzustehen habe, andererseits auf angeblich vertragswidrige Handlungen der Bauleitung; als solche vertragswidrige Handlungen werden geltend gemacht, das Drängen auf Beschleunigung der Arbeiten durch Vermehrung der Arbeitskräfte und Materialien, sowie die Anordnung, daß gleichzeitig mit den Fundamentierungsarbeiten der klägerischen Firma auch die einem andern Unternehmer vergebenen Kanalisationsarbeiten auf dem Bauplatze auszuführen seien; nicht recht klar ist, ob auch die Anordnung frühzeitiger Aushebung des sog-

nannten Warmluftkanals als vertragswidrige Handlung der Bauleitung will bezeichnet werden oder ob dieselbe bloß als ein durch die unvorhergesehene schlechte Beschaffenheit des Baugrundes verursachtes Erschwerniß der Arbeiten angeführt wird.

2. Die Klägerin hat die Ausführung der Erd-, Maurer- und Verputzarbeiten für das eidgenössische Chemiegebäude in Zürich nicht um einen Gesamt- (Pauschal-)Preis, wohl aber um, für die verschiedenen Arbeitskategorien vertraglich zum Vornherein genau bestimmte, Einheitspreise auf Ausmaß übernommen. Es liegt also zwar nicht ein Werkvertrag à prix fait oder forfait im eigentlichen Sinne des Wortes, wohl aber ein Werkvertrag mit vertraglich genau bestimmten respektive bestimmbareren Löhnen vor (Art. 364 des Obligationenrechtes).

3. Thatsächlich steht fest, daß durch die nicht vorgesehene schlechte Beschaffenheit des Baugrundes die Arbeiten der Klägerin in gewissem Maße erschwert und vertheuert worden sind. Fragt sich nun aber, ob und inwiefern der Klägerin deshalb ein Anspruch an den Bauherrn zustehe, so ist zunächst zu betonen, daß insoweit wegen der Schwierigkeiten des Baugrundes vom Unternehmer Arbeiten ausgeführt wurden, welche im Bauvertrag nicht vorgesehen und für welche daher ein Vertragspreis nicht bestimmt war, durchgängig in Anwendung des Art. 9 der allgemeinen Bestimmungen besondere Preise zwischen den Parteien vereinbart und dem Unternehmer bezahlt wurden. Dies ist nicht nur, wie von den Parteien in den Rechtschriften hervorgehoben wurde, in Betreff der Pfählungsarbeiten geschehen, sondern wie die Akten ergeben (s. Schreiben der Bauleitung an die Unternehmer vom 15. Oktober 1884, Zeugenaussage des Professor Latus und L. Abrechnung S. 48, 109), auch in Betreff des Erdaushubes für die tiefere (als außervertragliche Arbeit im Sinne des Art. 9 cit. behandelte) Fundirung des Mittelbaues. Es handelt sich also nur darum, ob dem Unternehmer für erschwerte Ausführung vertraglich vorgesehener Arbeiten ein Anspruch auf Preisaufbesserung oder Entschädigung zustehe. Wenn die Klägerin behauptet hat, als vertraglich nicht vorgesehene Arbeiten erfolge der hiefür eingetretenen Erschwernisse die Leistungen für Ablagerung des Aushubmaterials auf der Baustelle und für Transporte, so

ist dies nicht richtig; die betreffenden Leistungen sind ja vertraglich vorgesehen und vom Unternehmer übernommen, und es kann sich nur um eine Erschwerung der Ausführung handeln. Die Vermehrung der Quantitäten der vertraglich vorgesehenen Arbeitsgattungen über das im Voranschlage angenommene Maß hinaus sodann ist in Art. 8 der allgemeinen Bestimmungen ausdrücklich vorgesehen, indem dort der Unternehmer verpflichtet wird, solche Mehrarbeiten bis zu dem Betrage von 25 % der Gesamttaffordsumme innerhalb des vorgeschriebenen Termins und zu den Affordpreisen auszuführen; auch in Betreff dieser Mehrleistungen handelt es sich also (da dieselben in casu 25 % der Gesamttaffordsumme keinesfalls überschreiten) durchaus um vertraglich vorgesehene Arbeiten.

4. Der Anspruch, es habe der Bauherr für die zufolge unvorhergesehener Schwierigkeiten des Baugrundes eingetretene Erschwerung der (vertraglich vorgesehenen) Arbeiten aufzukommen, wird von der Klägerin alternativ als „Entschädigungs-“ oder „Preisaufbesserungsanspruch“ bezeichnet; derselbe wird denn auch auf einen doppelten Rechtsgrund gestützt, einerseits auf ein Verschulden des Bauherrn beziehungsweise seiner Leute, andererseits darauf, daß dem Unternehmer nach Vertrag oder Gesetz (Art. 19 u. 20 der allgemeinen Bedingungen und Art. 364 Absatz 3 D.-R.) ein Anspruch auf Preiserhöhung zustehe.

5. Soweit der Anspruch auf ein Verschulden des Bauherrn respektive seiner Leute begründet wird, erscheint derselbe als unbegründet. Das Verschulden des Bauherrn respektive seiner Leute soll darin liegen, daß dieselben es unterlassen haben, den Baugrund vor der Vergabung des Baues gehörig zu untersuchen, daß sie insbesondere die angelegten Sondirgruben nicht bis auf oder unter die Fundamenttiefe getrieben haben. Der Bauherr hat nun eine Verpflichtung, den Baugrund zu untersuchen, nicht etwa vertraglich übernommen; es könnte sich also nur um ein außerkontraftliches Verschulden (im Sinne der Art. 50 u. ff. D.-R.) handeln. Ein solches liegt aber nicht vor. Denn das Gesetz statuiert keine Pflicht des Bauherrn, den Baugrund vor Abschluß eines Werkvertrages zu untersuchen; es steht also dem Bauherrn vollkommen frei, eine solche Untersuchung gänzlich

zu unterlassen oder in der ihm beliebigen, mehr oder weniger gründlichen, Weise vorzunehmen. Mag also auch immerhin richtig sein, daß bei Anlage der Sondirgruben nicht in technisch fehlerloser Weise ist verfahren worden, so liegt doch darin eine den Bauherrn zum Schadenersatz verpflichtende rechtswidrige Handlung nicht. Daß etwa der Bauunternehmer über die Beschaffenheit des Baugrundes in arglistiger Weise getäuscht worden sei, hat er selbst nicht behauptet.

6. Eher läßt sich fragen, ob nicht der Bauherr für das Ergebnis der von ihm veranstalteten Sondirungen unter dem Gesichtspunkte einer vertraglichen Zusicherung der Verlässlichkeit desselben könne verantwortlich gemacht werden. Es ist indeß auch dies (was übrigens von der Partei nicht, jedenfalls nicht mit Klarheit, behauptet worden ist) richtiger zu verneinen. Der Bauvertrag enthält kein ausdrückliches Versprechen, daß der Bauherr die Garantie dafür übernehme, es werde der Baugrund diejenige Beschaffenheit besitzen, welche (im Wesentlichen) die Sondirgruben zeigten und welche übrigens auch bei Bearbeitung des ursprünglichen Bauprojektes offenbar vorausgesetzt war. Allerdings kann die Haftung des Bauherrn nicht nur durch ein solches ausdrückliches Versprechen (ein promissum) begründet werden, sondern greift auch dann Platz, wenn der Bauherr dem Unternehmer beim Vertragsabschlusse in irgend welcher Weise eine bestimmte Zusicherung der Verlässlichkeit vorgenommener Vorstudien giebt (dictum), z. B. auf deren Ergebnisse in der Bauauschreibung oder im Bauvertrage in einer Weise Bezug nimmt, woraus zu folgern ist, er versichere positiv deren Richtigkeit. Allein auch ein solches dictum ist im vorliegenden Falle nicht dargethan. Es ist weder im Bauvertrage auf das Ergebnis der Sondirungen Bezug genommen, noch auch behauptet, daß anderweitig dem Unternehmer die Richtigkeit des Ergebnisses der Sondirungen zugesichert worden sei. Es liegt daher nur vor, daß der Bauherr, zunächst wohl im eigenen Interesse, behufs richtiger Bearbeitung des Bauprojektes, eine Anzahl Probelöcher angelegt hat, welche auch den Unternehmern für Stellung ihrer Preisofferten einen gewissen Anhaltspunkt geben mochten, nicht aber, daß irgendwie zugesichert worden sei, der Baugrund werde durchgängig von der durch die

Probellöcher dargelegten Beschaffenheit sein. Wenn der Unternehmer in dieser Beziehung sicher gehen wollte, so mußte er eine ausdrückliche Erklärung des Bauherrn veranlassen respektive denselben nach Art. 3 der allgemeinen Bedingungen um weitere Aufschlüsse erforderlichenfalls um Vornahme ausgedehnterer Sondierungen angehen.

7. Ob dem Unternehmer wegen der unvorhergesehenen Schwierigkeiten des Baugrundes ein Anspruch auf Preiserhöhung zustehe, ist im vorliegenden Falle ausschließlich nach den Bestimmungen des Vertrages und nicht nach dem Gesetze (Art. 364 Absatz 3 D.-R.) zu beurtheilen. Der Vertrag normirt ja (Art. 19 und 20 der allgemeinen Bedingungen) in erschöpfender Weise die Voraussetzungen, unter welchen der Unternehmer Anspruch auf Fristerstreckung einerseits und Preisaufbesserung andererseits habe und schließt diese Ansprüche für alle andern Fälle aus. Es liegt also die, und zwar ausdrückliche, Erklärung des Bauunternehmers vor, daß er die Gefahr aller andern, nach dem Vertrage zu einer Preisaufbesserung nicht berechtigenden, Schwierigkeiten und Zufälle übernehme.

8. Handelt es sich also in dieser Beziehung ausschließlich um die Auslegung des Vertrages, so schließt Art. 20 der allgemeinen Bedingungen jeden Anspruch auf Preisaufbesserung aus, sofern es sich um Mehrauslagen handelt, welche in Folge „(sonstiger), nicht von Fällen höherer Gewalt herrührender, Umstände erwachsen.“ Er erkennt also einen Preisaufbesserungsanspruch nur an, wenn dem Unternehmer durch Umstände, welche von „Fällen höherer Gewalt herrühren“ Mehrauslagen erwachsen sind. Zuzugeben ist nun der Klägerin, daß der Ausdruck „höhere Gewalt“ hier nicht ohne weiters in demjenigen, übrigens ja bekanntlich durchaus nicht unbestritten feststehenden, Sinne verstanden werden darf, welcher demselben in Anwendung der das Transport- und Haftpflichtrecht betreffenden Gesetze durch Doktrin und Praxis beigelegt wird, daß sich vielmehr in erster Linie fragen muß, welche Bedeutung die vertragschließenden Parteien nach Natur und Zusammenhang des Vertrages mit diesen Worten verbunden haben. Wenn in Verträgen die Haftung einer Partei bis zur höhern Gewalt ausbedungen wird, so muß zunächst untersucht werden, wie weit nach dem konkreten Vertragswillen da-

durch die Haftung der Partei für Zufälle habe ausgedehnt werden wollen; nur insoweit Anhaltspunkte für einen abweichenden konkreten Parteiwillen nicht vorliegen, ist derjenige Begriff der höhern Gewalt zu unterstellen, welcher in Doktrin und Praxis, zunächst des Transport- und Haftpflichtrechtes, sich herausgebildet hat (s. Goldschmidt in seiner Zeitschrift XVI S. 329, XXIII S. 309). Allein auch nach Sinn und Geist des Vertrages kann nun hier die unvorhergesehene Schwierigkeit des Baugrundes nicht als ein „Fall höherer Gewalt“ bezeichnet werden. Wenn zwar der Beklagte ausführt, es können unvorhergesehene Schwierigkeiten des Baugrundes schon deshalb nicht als „höhere Gewalt“ im Sinne des Art. 20 betrachtet werden, weil sie in Art. 19 der allgemeinen Bedingungen besonders erwähnt und nur als Grund einer Terminverlängerung nicht aber einer Preisaufbesserung anerkannt seien, so dürfte diese Ausführung kaum als zwingend erscheinen; es könnte derselben vielmehr entgegen gehalten werden, es liege nach der Natur und der Fassung des Vertrages jedenfalls nahe, daß die gleichen Momente, welche nach Art. 19 zu einer Fristverlängerung berechtigen, auch zu einer Preisaufbesserung berechtigen sollen und es sei daher der in Art. 20 gebrauchte Ausdruck „Fälle höherer Gewalt“ bloß eine zusammenfassende Bezeichnung, in welcher wie zweifellos die in Art. 19 besonders hervorgehobenen „außerordentlichen Naturereignisse“ so auch die dort erwähnten unvorhergesehenen „Schwierigkeiten des Baugrundes“ inbegriffen seien. Allein dieser Auffassung steht doch entgegen daß Art. 20 der allgemeinen Bedingungen jedenfalls nur solche Umstände als Fälle „höherer Gewalt“ behandelt wissen will, gegen deren störenden Einfluß der Bauunternehmer sich in keiner Weise sicher stellen kann. Dies gilt nun von den Schwierigkeiten des Baugrundes keineswegs unbedingt und jedenfalls nicht in Fällen der vorliegenden Art, wo es sehr wohl möglich war, die Beschaffenheit des Baugrundes rechtzeitig zu ermitteln, und der Bauunternehmer es nach Art. 3 der allgemeinen Bedingungen in der Hand gehabt hätte, darüber genaue Aufschlüsse zu erlangen und sich damit sicher zu stellen.

9. Besteht somit ein Anspruch wegen der unvorhergesehenen Schwierigkeiten des Baugrundes nicht, so sind auch die Ansprüche wegen angeblich vertragswidriger Anordnungen der Bauleitung

nicht begründet. Es ist nicht richtig, daß der Klägerin die alleinige Benützung des Bauplatzes zugesichert gewesen und sie daher berechtigt sei, wegen der gleichzeitigen Inanspruchnahme des Bauplatzes für die Kanalisationsarbeiten Entschädigung zu verlangen. Denn nach Art. 15 der allgemeinen Bedingungen ist die Beschaffung der erforderlichen Werk- und Materialplätze Sache des Unternehmers und Art. 16 ibidem sieht die Möglichkeit gleichzeitiger Thätigkeit mehrerer Unternehmer auf Ein- und demselben Bauplatze ausdrücklich vor. Die Bauleitung war daher berechtigt, die gleichzeitige Ausführung der Kanalisations- und der Fundamentierungsarbeiten anzuordnen; wenn die Klägerin, entgegen der Voraussetzung der allgemeinen Bedingungen, sich die ausschließliche Benützung des Bauplatzes überhaupt oder für eine gewisse Zeit sichern wollte, so mußte sie dies zur ausdrücklichen Vertragsbedingung machen. Selbstverständlich ist allerdings, daß der Bauherr während der Bauzeit über den Bauplatz nicht in einer Weise verfügen darf, daß dadurch dem Unternehmer die (rechtzeitige) Ausführung der Baute praktisch verunmöglicht würde. Dies ist aber hier nicht geschehen; vielmehr hatte die gleichzeitige Inanspruchnahme des Bauplatzes zur Ausführung der Kanalisationsarbeiten nur etwelche Erschwerungen der klägerischen Arbeiten zur Folge, welche sich aber die Klägerin eben angesichts des vertraglichen Rechtes der Bauleitung, andere Arbeiten für die gleiche Zeit anzuordnen, gefallen lassen muß. Daß die Kanalisationsarbeiten einen größern Umfang annahmen und längere Zeit beanspruchten, als ursprünglich wohl vorauszusehen war, mag richtig sein; allein es erscheint dies eben als eine jener Zufälligkeiten des Baues, welche der Unternehmer vertraglich übernommen hat. Es haben denn auch während des Baues die Unternehmer gegen die gleichzeitige Anordnung der Kanalisationsarbeiten an sich nicht protestirt, wenn sie auch wiederholt über einzelne damit verbundene Beschwernisse sich beklagten.

10. Das Drängen der Bauleitung auf Beschleunigung des Baues durch Vermehrung der Arbeitskräfte u. s. w. erscheint ebenfalls nicht als vertragswidrig. Nach dem Gutachten der Sachverständigen war das Verlangen der Bauleitung um Einstellung einer größern Zahl von Arbeitern technisch, durch die Lage des Baues, gerechtfertigt. Wenn allerdings die Bauleitung in ihrem

Schreiben vom 23. September 1884 die Einstellung einer, wie sich ergab, überflüssig großen Zahl von Arbeitern anregte, so hat sie doch einen positiven Befehl in diesem Sinne nicht ertheilt und es haben denn auch die Unternehmer der fraglichen Anregung keine Folge gegeben, sondern sich mit derjenigen Arbeiterzahl begnügt, welche zu Vollendung des Baues ausreichte. Ueberhaupt waren die Unternehmer gemäß § 1 der Uebernahmebedingungen „nur nach Maßgabe der vereinbarten Bedingungen,“ nicht aber unbedingt zu Befolgung der Weisungen der Bauleitung verpflichtet, also berechtigt, vertragswidrige Weisungen der Bauleitung, welche z. B. bezweckt hätten, sie zu vorzeitiger Vollendung des Baues zu nöthigen, einfach abzulehnen. Sie waren also durchaus nicht unbedingt genöthigt, dem Drängen der Bauleitung um Vermehrung der Arbeitskräfte u. s. w. nachzugeben und hätten dies auch jedenfalls, sofern die betreffenden Anstinnen ihnen als vertragswidrig und ihrem Interesse zuwiderlaufend erschienen wären, nicht gethan, ohne vorher zum Mindesten die Entscheidung der administrativen Oberbehörde, des Oberbauinspectorates, anzurufen und ausdrücklich zu erklären, daß sie dem Begehren nur auf Rechnung des Bauherrn nachkommen.

11. Was endlich die frühzeitige Ausführung des sogenannten Warmluftkanals im Mittelbau anbelangt, so ist diese Arbeit durch Burkhardt & Grensperger als Unterakkordanten der Firma Zscholke & Cie ausgeführt worden und es erhellt weder, daß die betreffende Anordnung der Bauleitung vertragswidrig gewesen, noch daß die Firma Zscholke & Cie gegen dieselbe aus diesem Grunde protestirt hätte.

12. Ist somit die mit dem ersten Klagebegehren geltend gemachte Forderung schon an sich unbegründet, so bedarf es einer Untersuchung der nicht unzweifelhaften Frage, inwiefern auf die betreffende Reklamation eventuell durch den Nachtragsvertrag vom 25. Oktober 1884 verzichtet wäre, nicht.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Klägerin wird mit dem ersten Antrage ihrer Klageschrift abgewiesen.....