

les primes payées par les demandeurs, lesquelles, — à l'exception de la réserve destinée à couvrir les dangers futurs, — n'existent plus à l'heure qu'il est, mais ont été, conformément à leur destination, employées en partie pour couvrir les frais d'administration de la défenderesse, en partie pour payer les capitaux assurés dans les cas de décès survenus dans l'intervalle. Il est incontestable que la défenderesse a le droit d'exiger une juste compensation pour le temps pendant lequel elle a supporté le risque. Le fait qu'elle a été chargée du risque pendant sept ans au moins, ne disparaîtrait pas en suite de la résiliation judiciaire du contrat.

A cela s'ajoute encore dans le cas particulier que la violation contractuelle à la charge de la défenderesse n'a point trait à son obligation principale, consistant dans le paiement de la somme assurée de 10 000 francs en cas de décès d'un des demandeurs, mais se rapporte seulement à une obligation accessoire, et que le dommage, que la défenderesse aurait à souffrir par la résiliation du contrat ab initio, ne se trouverait évidemment en aucun rapport avec le préjudice causé aux demandeurs par la cessation ou par la diminution de la participation aux bénéfices. Le mode le plus juste de dommages-intérêts serait évidemment, dans l'espèce, une diminution proportionnelle de la prime annuelle à payer par les demandeurs.

La défenderesse a déclaré à l'audience de ce jour vouloir diminuer cette prime de 10 % et il y a lieu de donner aux parties simplement acte de cette déclaration.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

1° Le recours est admis ; en conséquence, le jugement rendu par le Tribunal cantonal de Neuchâtel, le 4 Décembre 1889, est réformé en ce sens que les conclusions de la demande sont repoussées comme mal fondées.

2° Il est pris acte de la déclaration de la défenderesse, relative à la réduction de la prime de 10 %.

53. Urtheil vom 2. Mai 1890 in Sachen
Stadt Zürich gegen Borsari & Cie.

A. Durch Urtheil vom 1. Februar 1890 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt :

1. Die Klage ist im Betrage von 19,989 Fr. 66 Cts. nebst Zins à 5 % seit 19. Juni 1886 gutgeheissen, im weitergehenden Betrage dagegen abgewiesen ; die Widerklage ist im Betrage von 12,318 Fr. 52 Cts. gutgeheissen ; es hat demnach die Beklagte und Widerklägerin an die Klägerin und Widerbeklagte 7671 Fr. 14 Cts. nebst Zins à 5 % seit 19. Juni 1886 zu bezahlen.

2. Die zweitinstanzliche Staatsgebühr ist auf 200 Fr. festgesetzt.

3. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten sind beiden Parteien zu gleichen Theilen aufgelegt.

4. U. f. w.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen beide Parteien die Weiterziehung an das Bundesgericht.

Der Anwalt der Beklagten und Widerklägerin trägt darauf an, das angefochtene Urtheil sei in dem Sinne abzuändern, daß unter Annahme vertraglichen Verschuldens Seitens der Klägerin und Widerbeklagten die Widerklage in vollem Umfange gutgeheissen werde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge für die Gegenpartei, eventuell sei jedenfalls die Beschwerde der Gegenpartei zu verwerfen.

Der Anwalt der Klägerin und Widerbeklagten trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde, sowie auf gänzliche Abweisung der Widerklage, nöthigenfalls nach Einholung der erforderlichen Beweise, an, unter Kosten- und Entschädigungsfolge ; eventuell wäre die Widerklage jedenfalls nur in noch geringerem Betrage gutzuheissen, als die Vorinstanz dies gethan habe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. Durch Vertrag vom 26. Februar 1886 hat die Stadt Zürich der Firma J. Borsari & Cie., Unternehmerin von Cementarbeiten, in Zollikon „die affordweise Ausführung der Erd-

und Maurerarbeiten für die Erweiterung des Niederdruckreservoirs beim Polytechnikum“ gegen vertraglich bestimmte Einheitspreise übertragen. Die Erweiterung sollte durch Erstellung eines neuen Reservoirs in unmittelbarem Anschlusse an das alte, geschehen. Die Vergebung der Baute erfolgte auf Grund eines detaillirten Bauplanes und Bedingnißheftes. Die Bauleitung und Oberaufsicht ist nach Art. 3 des Vertrages dem Stadttingenieur übertragen, welcher für die Absteckungen, die spezielle Beaufsichtigung und Kontrolle einen Bauführer bezeichnet; der Unternehmer hat sich den Weisungen der Bauleitung zu unterziehen, vorbehaltlich seines Rekurses an den Bauherrn resp. den Stadtrath. Die Bauleitung behält sich nach Art. 2 des Vertrages vor, alle Verhältnisse, über welche weder durch den Plan noch das Bedingnißheft genügende Auskunft gegeben ist, nachträglich durch schriftliche oder mündliche Vorschriften zu regeln. Am 8. März 1886 wurde mit den Arbeiten begonnen; in der Nacht vom 31. März auf den 1. April stürzte dann aber der den Erweiterungsarbeiten zugekehrte Theil des alten (gefüllten) Reservoirs ein und das ausströmende Wasser zerstörte theilweise die neuen Arbeiten. Ueber die Ursache der Katastrophe ist durch die Vorinstanzen an Hand der erhobenen Expertise festgestellt worden, daß dieselbe wesentlich dadurch verursacht wurde, daß die Abgrabungen für das neue Reservoir in 3 Meter hoher Schicht auf die ganze Länge bis in die nächste Nähe der Scheidemauer des alten Reservoirs getrieben wurden, ohne die der Letztern dadurch entzogene natürliche Stütze gleichzeitig durch anderweitige Vorkehrungen, insbesondere durch Ausführung von Strebepfeilern zu ersetzen, ein Bauvorgang, welchen die Experten als technisch durchaus verfehlt bezeichnen. Eine in der Nacht vom 31. März auf 1. April 1886 vorgekommene Ueberfüllung des alten Reservoirs bot, nach dem Gutachten der Experten, nichts Ungewöhnliches dar und habe nur deshalb zum Einsturze der Scheidemauer führen müssen, weil diese in viel zu weitgehender Weise bloßgelegt worden war. Bei Unterzeichnung des Bauvertrages hatte der Stadttingenieur den Unternehmer auf die Nothwendigkeit zeitiger Erstellung der Strebepfeiler aufmerksam gemacht, war jedoch darauf, nachdem der Unternehmer es abgelehnt hatte, sich an derartige Vorschriften binden zu lassen, nicht

weiter beharrt und es ist überhaupt nach der thatsächlichen Feststellung der Vorinstanz nicht erwiesen, daß von der Bauleitung gegenüber dem Unternehmer jemals auf rationeller Stützung des alten Werkes mit Bestimmtheit beharrt worden wäre. Nachdem nun der Unternehmer den Lohn für die von ihm ausgeführten Arbeiten verlangte, stellte die Stadt Zürich dieser, an sich im Betrage von 19,989 Fr. 66 Cts. anerkannten, Forderung kompensations- und widerklagsweise eine Schadenersatzforderung für den durch den Einsturz des alten Reservoirs ihr entstandenen Schaden (von 24,637 Fr. 4 Cts.) entgegen. Die erste Instanz (Bezirksgericht Zürich) hat die Schadenersatzklage in vollem Umfange gutgeheißen, indem sie grundsätzlich ausführte: Nach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Werkvertrage sei der Unternehmer auch zu sachgemäßem Anschlusse der Neubaute an das alte Reservoir verpflichtet gewesen; wenn er daher durch unvorsichtiges Vorgehen den theilweisen Einsturz des alten Reservoirs herbeigeführt habe, so treffe ihn ein vertragliches Verschulden. Die der städtischen Baubehörde vorbehaltene Bauleitung und Bauaufsicht seien nur Recht, nicht Pflicht der Stadt gewesen; habe die Stadt von diesem Rechte keinen oder keinen vollen Gebrauch gemacht, so könne darin weder eine Billigung des vom Unternehmer beobachteten Verfahrens, noch ein Mitverschulden der Stadt gefunden werden. Es bleibe die volle Verantwortlichkeit des Unternehmers, dessen volle Sachkenntniß der Werkvertrag präsumire, bestehen. Nach der Expertise aber könne kein Zweifel darüber obwalten, daß der Beklagte durch die sorglose Art und Weise der Ausführung der Ausgrabungsarbeiten den Einsturz des alten Reservoirs verschuldet habe. Die zweite Instanz hat (theilweise abändernd) in der aus Fakt. A ersichtlichen Weise erkannt, im Wesentlichen mit der Begründung: Der zwischen den Parteien abgeschlossene Werkvertrag erstreckte sich nur auf die Erstellung des neuen Anbaues; seine Verpflichtung, diesen neuen Anbau so zu erstellen, daß dadurch das alte Reservoir keinen Schaden leide, sei keine dem Unternehmer durch den Vertrag überbundene, also keine vertragliche Verpflichtung. Wenn auch als selbstverständlich habe gelten können, daß das alte Reservoir beim Anbau des neuen nicht geschädigt werden dürfe, so fehle es doch an einer klaren

Willenseinigung der Parteien darüber, daß die Sicherung der bisherigen Baute bei Erstellung der neuen eine Vertragspflicht des Bauunternehmers und Vertragsbestandtheil sein solle. Dem Unternehmer habe also in dieser Richtung nicht eine besondere Vertragspflicht obgelegen, sondern er sei nur Kraft „allgemeiner Menschenpflicht“ gehalten gewesen, die Abgrabung nicht in einer Weise vorzunehmen, welche eine Schädigung der anstoßenden Wasserbaute habe zur Folge haben müssen. Diese Verpflichtung habe für ihn ganz gleicher Weise bestanden, gleichviel ob das alte Reservoir einem Dritten oder dem Bauherrn gehört habe und habe ebensogut bezüglich alles andern nachbarlichen Eigenthums gegolten. Nach der Expertise stehe außer Zweifel, daß der Unternehmer diese allgemeine Pflicht nicht erfüllt habe; er sei daher aus Art. 50 D.-R. Schadenersatzpflichtig. Allein ebenso zweifellos sei, daß den Geschädigten ein Mitverschulden treffe, welches nach Art. 51 Abs. 2 D.-R. zu einer Ermäßigung der Schadenersatzforderung führen müsse. Gehe man nämlich davon aus, daß die vom Beklagten verletzte Verpflichtung keine vertragliche, sondern eine allgemein menschliche gewesen sei, so habe sich die Widerklägerin, als sie gesehen habe, daß der Unternehmer sie nicht erfülle, nicht passiv verhalten dürfen, sondern sei verpflichtet gewesen, alles zu thun, was in ihrer Macht gestanden habe, um den Schaden zu verhindern, und dies wäre ihr im vorliegenden Falle sehr leicht gewesen. Schon darin, daß sie dies nicht gethan habe, liege ein Verschulden, dessen Kausalzusammenhang mit dem Schaden zweifellos feststehe. Ein weiteres Verschulden der Widerklägerin liege darin, daß die Verpflichtung des Unternehmers zu besondern Vorsichtsmaßregeln behufs Sicherung des alten Reservoirs nicht auch zu einer vertraglichen erhoben worden sei. Die volle Sachkenntniß in dieser Beziehung sei in erster Linie bei der Widerklägerin und ihren Organen vorhanden gewesen, während dieselbe beim Widerbeklagten, der sich als Unternehmer von Erdarbeiten und Cementbauten, nicht aber als Ingenieur qualifizire, nicht zu vermuthen gewesen sei, wenn man auch allerdings bei ihm, da er ein nicht unschwieriges Werk unternommen habe, eine gewisse Sachkunde habe erwarten dürfen. Zudem habe sich die Widerklägerin wohl denken können, daß, weil die Sicherung des

alten Reservoirs bedeutende Kosten verursache, dies auf die Höhe des Angebotes einwirken werde und daß der Unternehmer, beim Mangel besonderer vertraglicher Vorschriften hierüber, in Versuchung geführt werde, diese Kosten in seinem Angebote nicht zu berücksichtigen und dann auch bei der Ausführung nicht ganz sachgemäß zu verfahren, zumal wenn er nicht völlig sachkundig sei. Daß in der Nacht der Katastrophe eine etwelche Ueberfüllung des alten Reservoirs stattgefunden habe, erscheine nicht als ein besonderes Verschulden der Widerklägerin, da dies nichts ungewöhnliches gewesen und die Widerklägerin nicht verpflichtet gewesen sei, sich dessen zu enthalten. Immerhin werde dadurch das Verschulden der Widerklägerin einigermaßen verstärkt, da sie die durch den Arbeitsvorgang des Unternehmers herbeigeführten Gefahren habe kennen und daher auch wissen müssen, daß dieselben durch die Ueberfüllung des Reservoirs vergrößert werden, so daß sie um so mehr Anlaß gehabt hätte, dafür zu sorgen, daß entweder das alte Reservoir genügend gesichert werde oder dann wenigstens keine übermäßige Ueberfüllung stattfinde. Das gleiche gelte davon, daß die Widerklägerin einem Begehren des Unternehmers um Leerung der letzten Kammer des alten Reservoirs nicht entsprochen habe. Das Verschulden, welches die Widerklägerin treffe, sei nun allerdings ein solches ihrer Angestellten und werde daher nur gemäß Art. 62 D.-R. zu deren Ungunsten wirksam. Die Widerklägerin habe nun aber den in Art. 62 D.-R. vorbehaltenen Entlastungsbeweis gar nicht unternommen und habe auch nicht behauptet, daß es sich um ein Verschulden öffentlicher Beamten handle, welches nicht beim Betriebe eines Gewerbes erfolgt sei und für welches daher gemäß Art. 64 D.-R. der Grundsatz des Art. 62 cit. nicht gelte; sie scheine im Gegentheil damit einverstanden zu sein, daß sie ein Verschulden ihrer Angestellten selbst zu verantworten habe. Das Unternehmen der städtischen Wasserversorgung erscheine auch, da es sich ohne Steuerzuschuß selbst erhalten, ja eher noch der Stadt eine Einnahme liefern solle, als Gewerbe im Sinne der Art. 62 und 64 D.-R. In Anbetracht aller Verhältnisse rechtfertige es sich, jeder Partei die Hälfte des entstandenen Schadens aufzuerlegen.

2. Bei rechtlicher Prüfung der Beschwerden muß sich in erster

Linie fragen, ob der Unternehmer durch die Art und Weise der Vornahme seiner Grabarbeiten für das neue Reservoir einer Vertragspflicht zuwider gehandelt habe, ob er also vertraglich verpflichtet gewesen sei, die fraglichen Arbeiten so vorzunehmen, daß dadurch das alte Reservoir nicht geschädigt werde. Der Anwalt des Unternehmers hat heute behauptet, es sei dies durch die vorinstanzliche Entscheidung in für das Bundesgericht verbindlicher Weise verneint; denn es handle sich in dieser Beziehung um eine thatsächliche Feststellung über die Willensrichtung der Parteien beim Vertragsschlusse. Dies erscheint indes nicht als richtig. Die Vorinstanz gelangt zu dem Schlusse, daß in der gedachten Richtung eine vertragliche Verpflichtung des Unternehmers nicht bestanden habe, nicht auf Grund rein thatsächlicher Erwägungen, vielmehr beruht ihre Entscheidung mit auf ihrer rechtlichen Anschauung über die Ausdehnung der kraft gesetzlicher Regel beim Werkvertrage dem Unternehmer obliegenden Vertragspflichten; denn die Vorinstanz stützt ihre Entscheidung nicht etwa darauf, daß im vorliegenden Falle nach Sinn und Zusammenhang des Vertrages oder nach den Umständen von den Parteien eine besondere Vereinbarung sei getroffen worden, sondern sie geht vielmehr davon aus, daß nach der kraft gesetzlicher Regel geltenden regelmäßigen Gestaltung des Verhältnisses beim Werkvertrage eine Vertragspflicht des Unternehmers in der fraglichen Richtung nicht bestehe, worauf sie im Weiteren feststellt, daß eine solche im vorliegenden Falle auch nicht besonders ausbedungen worden sei. In ersterer Beziehung handelt es sich aber unzweifelhaft um eine rechtliche, der Nachprüfung des Bundesgerichtes unterstehende, und nicht um eine rein thatsächliche Entscheidung. Nun ist unbestritten, daß der Unternehmer beim Werkvertrage zu sorgfältiger Ausführung des ihm verdungenen Werkes vertraglich verpflichtet ist und dem Besteller für jedes Verschulden vertraglich haftet, welches er selbst oder seine Leute in Ausführung des Vertrages begehen (vergl. Art. 113, 115, 351 D.-R.). Zur sorgfältigen Ausführung des verdungenen Werkes gehört aber gewiß in aller Regel, sofern nicht etwa der Besteller selbst dies übernommen hat und dergleichen, auch, daß der Unternehmer bei Ausführung des Werkes die nach den Verhältnissen gebotenen Vorsichts-

maßregeln treffe, damit nicht durch die Ausführung des Werkes Schaden an andern Sachen des Bestellers oder Dritter eintrete. Verfüßt der Unternehmer hiegegen, so verletzt er dem Besteller gegenüber seine Vertragspflicht zu sorgfältiger Ausführung des Werkes. So wird doch kein Zweifel darüber obwalten können, daß, wenn der Unternehmer eines Anbaues an ein bestehendes Haus bei dessen Ausführung Baufehler begeht, in Folge deren Neubau und bestehender Bau zusammenstürzen, er dem Besteller für den ganzen entstehenden Schaden ex contractu haftet, z. B. also für Fehler seiner Leute nach Art. 105 und 351 D.-R. schlechthin und ohne Vorbehalt des bei außerkontraktlichen Schädigungen dem Geschäftsherrn durch Art. 62 D.-R. nachgelassenen Entlastungsbeweises verantwortlich ist. Ob der bereits bestehende in Folge des Verschuldens des Unternehmers beschädigte, Bau dem Besteller oder einem Dritten gehört, ist für die rechtliche Natur der Haftpflicht des Unternehmers gegenüber dem Besteller gleichgültig; insofern letzterer, z. B. wegen der nach Art. 67 D.-R. den Eigenthümer eines Gebäudes oder Werkes treffenden Verantwortlichkeit, durch die Schädigung des Eigenthums eines Dritten selbst geschädigt ist, haftet ihm der Unternehmer ex contractu. Dagegen ist natürlich die Haftung des Unternehmers gegenüber einem geschädigten Dritten keine vertragliche sondern eine Haftung ex delicto; zwischen ihm und dem Dritten besteht ja eben kein besonderes, durch Vertrag begründetes rechtliches Band, welches dem Unternehmer besondere, nicht schon Kraft allgemeinen Gebotes der Rechtsordnung jedermann gegenüber bestehende Pflichten auferlegt und es gelten daher naturgemäß für seine Verantwortlichkeit gegenüber dem Dritten in mancher Beziehung (z. B. rücksichtlich der Beweislast, der Haft für seine Leute u. s. w.) andere Grundsätze als für seine Verantwortlichkeit gegenüber dem Vertragsgegner. Im vorliegenden Falle nun war dem Unternehmer die Erstellung eines Anbaues an das bestehende Reservoir zum Zwecke der Erweiterung des letztern verdungen worden; der Werkvertrag wurde daher, seinem ausgesprochenen Sinn und Zweck nach, nur dann richtig ausgeführt, wenn bei der Neubaute so vorgegangen wurde, daß das alte Reservoir erhalten und das neue an dasselbe angeschlossen wurde. Ließ es der Unternehmer

an den zur Erreichung dieses Zweckes nöthigen Vorsichtsmaßregeln fehlen, so hat er, da nichts dafür vorliegt, daß etwa der Bauherr selber die Sicherung der alten Baute übernommen hätte, den Vertrag nicht richtig erfüllt, sondern gegen seine vertragliche Verpflichtung verstoßen. Man kann nach dem Thatbestande der Vorinstanzen nicht zweifelhaft sein, daß der Zusammenbruch des alten Reservoirs durch den technisch fehlerhaften Bauvorgang bei der dem Widerbeklagten verbundenen Baute des neuen Reservoirs herbeigeführt wurde, daß hierin und nicht etwa in andern Umständen, wie in der Ueberfüllung des Reservoirs, in der Nichtentleerung einer Kammer desselben und dergleichen die wirkende Ursache der Katastrophe liegt. Im Prinzip kann daher die Haftpflicht des Unternehmers nicht bestritten werden; es ist indeß, nach den Bestimmungen des Werkvertrages und den Umständen des Falles, in concreto nicht einzig der Unternehmer sondern theilweise auch der Bauherr für den verfehlten Bauvorgang verantwortlich zu machen. Es mag in der Regel richtig sein, daß der Bauherr dadurch, daß er sich die Bauaufsicht und die Befugniß zu neuen leitenden Anordnungen während des Baues vorbebehält, nur ein Recht sich wahrt, von dem er nach Belieben gar keinen oder einen mehr oder weniger ausgedehnten Gebrauch machen kann, nicht aber eine Pflicht übernimmt, wie dies die erste Instanz ausführt. Allein im vorliegenden Falle standen nun, nach der thatsächlichen Feststellung der zweiten Instanz, sich ein völlig sachverständiger, resp. von Sachkundigen berathener und vertretener Bauherr und ein zum mindesten nicht vollständig sachkundiger Unternehmer gegenüber. Der Bauherr, welcher auch die detaillirten Baupläne hatte ausarbeiten lassen, hatte seinen Organen die Bauleitung und Bauaufsicht, sowie das Recht vorbehalten, alle in Plan und Devis nicht geregelten Verhältnisse zu ordnen; er ließ auch thatsächlich durch einen Bauführer eine ständige Kontrolle über die Arbeiten des Unternehmers ausüben. Bei diesem Sachverhalte darf angenommen werden, daß hier der Bauherr gegenüber dem Unternehmer nicht nur das Recht sondern auch die Pflicht durch den Vertrag übernommen habe, seine Kontrolle über die Arbeiten des Unternehmers auszuüben, insbesondere denselben nicht bei, durch mangelhafte Sachkenntniß

veranlaßten, gefährlichem Bauvorgange ohne ernstlichen Einspruch gewähren zu lassen, vielmehr bei derartigen Vorkommnissen einzuschreiten und zum mindesten, was für ihn ein leichtes gewesen wäre, dem Unternehmer die volle Ausdehnung der Gefahr klar zu legen. Nach dem ganzen Sachverhalte durfte hier der Unternehmer auf ein solches Verhalten des Bauherrn, respektive seiner Organe rechnen, also annehmen, daß der Bauherr seine Befugnisse nicht nur im eigenen Interesse, sondern auch im Interesse des Unternehmers ausübe und sich vorbehalte. Wenn auch ausdrücklich im Vertrage dem Bauherrn eine Kontrollpflicht nicht auferlegt ist, so darf doch in der angegebenen Richtung eine solche hier als stillschweigend vereinbart gelten; gerade beim Werkvertrag muß als beidseitig zugesichert nicht nur gelten, was ausdrücklich ausgesprochen ist, sondern auch, was die Regeln der guten Treue fordern. Hier durfte aber der Unternehmer gewiß gemäß den Regeln der guten Treue erwarten, daß der Bauherr ihn auf Gefahren des Arbeitsvorganges, die dem Bauherrn, respektive seinen Organen bei einiger Aufmerksamkeit nicht entgehen konnten, dem nicht völlig sachkundigen Unternehmer dagegen entgegen mochten, mit Ernst und Nachdruck aufmerksam machen und zweckwidrigen Anordnungen nicht unthätig zusehen werde. Haben also sowohl der Bauherr als der Unternehmer gegen die ihnen nach dem zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisse obliegenden Pflichten verstoßen und dadurch gemeinsam den Schaden herbeigeführt, so entspricht es der Gerechtigkeit, den letztern zwischen den Parteien zu theilen, und zwar, wie auch die zweite Instanz dies gethan hat, zu gleichen Theilen. Denn das Verschulden erscheint als ein gemeinsames und gleiches. Die Umstände, welche der Vertreter des Widerbeklagten zu weitergehender Entlastung des letztern geltend gemacht hat, — die Ueberfüllung des Reservoirs und die Nichtentleerung einer Kammer desselben — sind unerheblich; denn, wie die Vorinstanzen hinlänglich gezeigt haben, liegt diesen Umständen kein vertragswidriges Verhalten der Stadt zu Grunde und es hätten auch dieselben für sich allein, ohne den fehlerhaften, von beiden Parteien gleichmäßig verschuldeten, Bauvorgang, die Katastrophe niemals herbeigeführt.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung beider Parteien wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 1. Februar 1890 sein Bewenden.

54. Urtheil vom 9. Mai 1890 in Sachen
Haas gegen Himmler und Peter.

A. Durch Urtheil vom 25. März 1890 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Klage ist abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Staatsgebühr wird festgesetzt auf 60 Fr.
3. Die erst- und zweitinstanzlichen Kosten sind dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger hat die Beklagten für die aussergerichtlichen Kosten und Umtriebe in beiden Instanzen zusammen und im Ganzen mit 70 Fr. zu entschädigen.
5. U. s. w.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Kläger die Weiterziehung an das Bundesgericht, mit dem Antrage, es wolle das Bundesgericht, die vom Kläger formulirten Rechtsbegehren unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gegner guthetigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Kaufbrief vom 7. April 1883 traten Felix Himmler in Zollikon und Notar Peter in Riezbach dem Bierbrauer Haas in Riezbach einen Theil eines ihnen gemeinschaftlich gehörenden Landkomplexes an der Seefraße in Riezbach zu Eigenthum ab. Im Kaufvertrage wurde unter Ziffer 3 der neu konstituirten Servituten die Bestimmung aufgenommen: „Der Käufer hat auf das zurückbleibende Grundeigenthum der Verkäufer — Häuser zc. inbegriffen — bis und mit dem obern und untern

„Fach und vor am Gäßli das Vorkaufsrecht vor einem allfälligen Käufer zum gleichen Preis, den ein Dritter bietet und zwar sowohl auf das ganze als auf einzelne Theile.“ Nach dem Tode des einen Miteigenthümers Peter wurde zwischen dem Vormunde seiner Erbin Hulda Peter und dem Miteigenthümer Himmler ein Vertrag betreffend Realtheilung ihres Miteigenthums abgeschlossen und, trotz Einsprache des L. Haas, notarialisch gefertigt, wobei das dem letztern zustehende Vorkaufsrecht beiden Theilen überbunden wurde. L. Haas erhob hierauf gerichtliche Klage gegen F. Himmler und Hulda Peter, indem er beantragte, die Beklagten seien pflichtig, dem Kläger laut eingeräumtem Vorkaufsrecht die Liegenschaften Nr. 137 a, 137 b, 196, 955 u. s. w., in Zollikon gelegen, gegen gerichtlich festzustellenden Preis zu Eigenthum zuzufertigen oder das Miteigenthumsverhältniß in Aufhebung des Theilungsvertrages vom 28. Juni 1889 mit Vorkaufsrecht des Klägers wiederherzustellen, eventuell sie seien unter Solidarhaft zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung von 10,000 Fr. zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, weil das dem Kläger vertraglich eingeräumte Vorkaufsrecht nur bei Verkauf an einen Dritten, nicht aber bei Realtheilung unter den Miteigenthümern zur Geltung kommen könne und eine vom Kläger behauptete weitergehende mündliche Verabredung, auch wenn sie wirklich getroffen worden sei und mündlich gültig habe getroffen werden können, doch nie den Sinn gehabt haben könne, die Freiheit der Miteigenthümer zur Realtheilung ihres Eigenthums zu beschränken.

2. Es muß zunächst von Amteswegen die Kompetenz des Bundesgerichtes zu Beurtheilung der Beschwerde geprüft werden. Diese ist zu verneinen. Im Streite liegt die Tragweite des dem Kläger bei dem Liegenschaftskauf vom 7. April 1883 eingeräumten Vorkaufsrechts. Der Kläger behauptet, daß er zufolge dieses Vorkaufsrechts befugt sei, von den Beklagten, sofern diese nicht länger in der Eigenthumsgemeinschaft verharren wollen, die Ueber-eignung ihrer Liegenschaften gegen angemessenen Preis zu verlangen; er behauptet also, die Beklagten seien Kraft der bei dem Liegenschaftskaufe vom 7. April 1883 getroffenen Verständigung