

Es versteht sich von selbst, dass diese Ausgestaltung des Kaufrechts, welcher zufolge der Kläger die Liegenschaft auch allfälligen späteren Erwerbem um den Preis von 160,000 Fr. wieder entziehen konnte, deren Verkäuflichkeit empfindlich beeinträchtigte. Dann kann aber nicht geleugnet werden, dass die Verbindlichkeit, welche Henz durch die Einräumung des Kaufrechts an den Kläger begründete, noch zu seinen Lebzeiten für ihn selbst aktuell geworden ist und sich nicht auf das spätere Nachlassvermögen beschränkte (vgl. AS 46 II S. 234 f. Erw. 3). Somit braucht hier zu der von den Beklagten aufgeworfenen grundsätzlichen Frage nicht Stellung genommen zu werden, ob die Formen der Verfügungen von Todes wegen, speziell des Erbvertrages, beobachtet werden müssen, wenn durch gegenseitigen Vertrag Verpflichtungen eingegangen werden, welche erst die Erben der Kontrahenten oder mindestens einen derselben, nicht aber schon die bezw. den Kontrahenten selbst treffen.

2. — Als unbegründet erweisen sich aber auch die an der heutigen Verhandlung nicht mehr erörterten, aus Art. 20 OR, 2 und 27 ZGB hergeleiteten materiellen Einwendungen gegen den Bestand des streitigen Kaufrechts. Durch die zum voraus erfolgte ziffermässige Feststellung des Kaufpreises für die ganze Dauer des Kaufrechts wurde ganz natürlicherweise der Spekulation durch den Kläger Vorschub geleistet. Allein wenn es auch vielleicht stossend erscheinen mag, bei langer Dauer des Kaufrechts den Kaufpreis vorweg zu bestimmen, so kann darin beim Fehlen irgendwelcher gesetzlicher Einschränkung der Vertragsfreiheit doch nichts unzulässiges, insbesondere nicht eine verwerfliche Freiheitsbeschränkung im Sinne des Art. 27 ZGB gesehen werden. Nicht anders verhält es sich mit Bezug auf die Hinausschiebung der Befugnis zur Ausübung des Kaufrechts auf einen unbestimmten Zeitpunkt; denn auch in dieser Beziehung sprengt jedenfalls die vom ursprünglichen Text abwei-

chende öffentlich beurkundete Fassung vom 8. Oktober 1915, die allein massgebend ist, den gesetzlichen Rahmen nicht. Angesichts der bedeutenden Höhe des von Henz den Beklagten hinterlassenen Vermögens kann der Vertrag auch nicht als gegen die guten Sitten verstossend angesehen werden, obwohl er infolge der starken Wertsteigerung auf Kosten der Beklagten sehr zum Vorteil des Klägers ausgeschlagen hat. Endlich ist es auch nicht Rechtsmissbrauch, wenn dieser nach den Vorteilen, welche der Vertrag ihm bereits geboten hat, sich auch noch den ihm durch das Kaufrecht eingeräumten Vorteil zu nutze machen will.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 6. Juni 1924 bestätigt.

58. Urteil der II. Zivilabteilung vom 15. Oktober 1924
i. S. **Gemeinde Kloten gegen Altorfer.**

Eine in der Strafuntersuchung abgegebene Erklärung der Bereitschaft zur Übertragung von Grundeigentum genügt nicht zur gerichtlichen Zusprechung desselben (Erw. 1).
Schadenersatz aus unerlaubter Handlung für entgangenen Gewinn (Erw. 4).

Amtspflichtverletzung. Aus der Schädigung von Staat oder Gemeinde durch strafbare Amtspflichtverletzung ihrer Beamten erwächst jenen — vorbehältlich abweichender kantonaler Vorschriften — eine Schadenersatzanspruch aus Art. 41 ff. OR in Konkurrenz mit ihrem (quasi-)kontraktlichen Anspruch (Erw. 2).

Unmöglichkeit der Naturalrestitution durch gerichtliche Zusprechung des Eigentums an Grundstücken (Erw. 5).

Bedeutung des Art. 61 OR (Erw. 2).

OR Art. 41 ff., insbesondere 42, 43, 61; ZGB Art. 656, 665.

A. — Am 7. November 1921 fragte Dr. Bosshart als Sachwalter der Verlassenschaft von Regula Baur-Steffens Erben die Vorsteherschaft der Zivilgemeinde Kloten,

deren Präsident der Beklagte war, an, ob sie sich für den Ankauf von vier näher bezeichneten Waldparzellen interessiere. Die Vorsteherschaft beriet am 9. November über die Sache, und am 16. November ersuchte « im Auftrage der Zivilvorsteherschaft » deren Aktuar, Jean Hegner, den Dr. Bosshart, ihr die « spezifizierte Schätzung von jedem einzelnen Stück anzugeben, da bei eventueller Einigung ein Kauf nicht ausgeschlossen sein wird ». Auf diese Antwort kam Dr. Bosshard erst am 22. Februar 1922 durch an Hegner zuhanden der Zivilvorsteherschaft gerichtetes, jedoch von der Post dem Beklagten übergebenes Schreiben zurück, in welchem er ihr mitteilte, dass inzwischen die Genossenschaft zum Roten Ackerstein die betreffenden Waldparzellen für 5000 Fr. gekauft habe, und ihr in deren Auftrag die Waldparzellen abermals zum Kauf offerierte mit dem Beifügen, dass jene gewillt wäre, sie so ziemlich zum gleichen Preise abzugeben. Der Beklagte gab hievon der Vorsteherschaft keine Kenntnis, sondern trat für eigene Rechnung in Kaufsunterhandlungen mit Dr. Bosshart und schloss am 3. März zum Preis von 5000 Fr. mit ihm ab; die Fertigung fand am 9. März statt.

In der Folge beschloss die Gemeindeversammlung, gegen den Beklagten Strafanzeige wegen Amtspflichtverletzung zu erstatten. In der Einvernahme durch den Strafuntersuchungsbeamten gab der Beklagte folgende Erklärung ab: « Ich erkläre mich nun heute bereit, alle vier Grundstücke, die ich am 9. März erworben, um den gleichen Preis von 5000 Fr. der Gemeinde zu Eigentum zu überlassen... » Am 19. Oktober 1922 verurteilte das Bezirksgericht Bülach den Beklagten wegen vorsätzlicher Amtspflichtverletzung zu 200 Fr. Busse.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Politische Gemeinde Kloten, mit welcher die Zivilgemeinde Kloten seither vereinigt wurde, dass der Beklagte verurteilt werde, die vier Waldgrundstücke zum Ankaufspreis kostenlos an sie abzutreten beziehungsweise zu über-

tragen, unter entsprechender Anrechnung der seit dem Kauf vorgenommenen Nutzungen, auf alle Fälle aber ihr den aus diesem Holzkauf entstandenen Verlust (2200 Fr.) nebst übrigen Kosten (für Untersuchung durch den Bezirksrat 82 Fr. 65 Cts. und Schätzung der Waldparzellen 35 Fr.) zu vergüten.

B. — Durch Urteil vom 16. Februar 1924 hat das Obergericht des Kantons Zürich das Begehren der Klägerin, dass der Beklagte verpflichtet werde, gekaufte Waldgrundstücke ihr zu übertragen, abgewiesen, dagegen den Beklagten zur Bezahlung von 1000 Fr. an die Klägerin verurteilt.

C. — Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, die Klägerin mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage in vollem Umfang, der Beklagte mit dem Antrag auf Abweisung der Klage, eventuell Rückweisung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Klägerin stützt die Klage zunächst auf die vom Beklagten in der Strafuntersuchung abgegebene Erklärung. In dieser Beziehung ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass nach dem kantonalen Zivilprozessrecht nur ein durch Gerichtsbeschluss festgestelltes « Zugeständnis » dem richterlichen Urteil gleichstehe, welches gemäss Art. 656 und 665 ZGB einen Liegenschaftseigentumserwerbsgrund abzugeben vermöchte; doch fehle es an einer solchen Feststellung. Diese auf der Anwendung des kantonalen Prozessrechts beruhende Entscheidung ist der Überprüfung des Bundesgerichts entzogen. Hievon abgesehen könnte dem richterlichen Urteil im Sinne der angeführten Vorschriften des ZGB nur die vor dem Zivilrichter ausgesprochene Anerkennung eines bei diesem gestellten Rechtsbegehrens auf Verurteilung zur Eigentumsübertragung gleichgestellt werden. Die Grundlage eines Vertrages auf Eigentumsübertragung zu bilden aber war jene Erklärung

deswegen nicht geeignet, weil es an ihrer öffentlichen Beurkundung fehlte, welche nach der wiederum für das Bundesgericht verbindlichen Anwendung des kantonalen Einführungsrechts durch die Vorinstanz nur der Notar, also nicht etwa der Strafuntersuchungsbeamte vornehmen könnte.

2. — Im weiteren leitet die Klägerin die Klage aus der Amtspflichtverletzung her, welche der Beklagte dadurch beging, dass er die Erklärung der Genossenschaft zum Roten Ackerstein, wonach diese gewillt war, die streitigen Waldparzellen an die Klägerin zu verkaufen, deren Organen vorenthielt und sich selbst zu nutze machte. In dieser Beziehung ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass die Klage nur damit begründet werden könne, der Beklagte habe sich eine unerlaubte Handlung zuschulden kommen lassen; sie hat das Vorliegen einer solchen bejaht und « für den Schadenersatz die allgemeinen Rechtssätze zur Anwendung » gebracht, « da der Kanton Zürich die Haftung der Gemeindebeamten nicht anders geordnet hat ». Dieser Anschauungsweise kann nicht beigestimmt werden. Vielmehr ist im Verhalten des Beklagten in erster Linie eine Verletzung rechtsgeschäftlicher, nämlich der aus dem Beamtenverhältnis, in welchem der Beklagte zur Rechtsvorgängerin der Klägerin stund, fließenden Verpflichtungen zu erblicken, und es war daher in erster Linie zu prüfen, ob der erhobene Schadenersatzanspruch unter diesem Gesichtspunkt begründet sei. Das hiebei gewonnene Ergebnis wäre freilich der Nachprüfung durch das Bundesgericht nicht unterworfen gewesen, weil das Beamtenverhältnis für die kantonalen und Gemeindebeamten vom kantonalen öffentlichen Recht beherrscht wird (Art. 362 OR). Die allgemeinen Rechtssätze über Schadenersatz, worunter die Vorinstanz die Vorschriften der Art. 41 ff. OR über die Entstehung der Obligationen durch unerlaubte Handlung verstanden haben dürfte, können nur dann zur Anwendung gebracht

werden, wenn angenommen werden darf, dass in Konkurrenz mit dem oben umschriebenen vertraglichen oder vertragsähnlichen Anspruch der Klägerin auch ein Schadenersatzanspruch aus Zivildelikt zustehe. Dieser Auffassung könnte nicht etwa Art. 61 OR entgegengehalten werden, wonach über die Pflicht von öffentlichen (kantonalen) Beamten oder Angestellten, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, zu ersetzen, die Kantone abweichende Bestimmungen aufstellen können, mit der Argumentation, dass, wo dies, wie in Zürich, nicht geschehen ist, die Art. 41 ff. OR ohne weiteres platzgreifen. Wie besonders der französische Text (*la législation... cantonale peut déroger aux dispositions du présent chapitre...*) zeigt, darf diese Bestimmung nur dahin verstanden werden, dass die Kantone die Anwendung der Vorschriften des Bundesrechts über Deliktobligationen auf Amtspflichtverletzungen der kantonalen Beamten zu Gunsten der von ihnen selbst erlassenen Vorschriften solcher Art ausschliessen können; dann kann ihr aber nichts für die Entscheidung der Frage entnommen werden, ob beim Fehlen kantonaler Vorschriften über die Beamtenhaftpflicht gestützt auf die Art. 41 ff. OR ein Schadenersatzanspruch wegen Amtspflichtverletzung geltend gemacht werden kann vom Kanton oder der Gemeinde, welche sich zur Begründung ihrer Ansprüche aus Amtspflichtverletzung in erster Linie auf vertragliche beziehungsweise vertragsähnliche Rechtsbeziehungen berufen können. Vielmehr lässt sich diese Frage nur dann bejahen, wenn die Amtspflichtverletzung zugleich die Begriffsmerkmale der unerlaubten Handlung im Sinne des Art. 41 ff. OR aufweist, was für jeden einzelnen Fall der Amtspflichtverletzung besonders zu prüfen ist. Im vorliegenden Fall ist nun eine unerlaubte Handlung anzunehmen, weil es sich um eine nach dem Strafrecht des Kantons Zürich strafbare Amtspflichtverletzung handelt. Nachdem der Beklagte durch das Strafgericht

einer strafbaren Amtspflichtverletzung schuldig befunden worden und dieses Urteil in Rechtskraft erwachsen ist, muss der Zivilrichter davon ausgehen, dass die Widerrechtlichkeit im Sinne des Art. 41 OR gegeben sei (vgl. Art. 53 OR). Dabei kann es keinen Unterschied ausmachen, ob das Vergehen in der Zuwiderhandlung gegen ein allgemein, für jedermann geltendes Verbot besteht oder gegen ein Verbot, dem nur derjenige unterworfen ist, welchem durch ein besonderes Rechtsverhältnis weitergehende Pflichten auferlegt sind, wie es beim sogenannten reinen Amtsvergehen zutrifft. — Eine ähnliche Konkurrenz vertraglicher und deliktischer Schadenersatzansprüche wird übrigens auch bei ausschliesslich vom Bundeszivilrecht beherrschten Verhältnissen bisweilen angenommen, so bei der Unterschlagung oder Beschädigung hinterlegter Sachen; sie allein ermöglicht es, auch Anstifter und Gehülfen zu belangen.

Kommt sonach Bundesrecht zur Anwendung, so ist das angefochtene Urteil — abgesehen von der erwähnten Beschränkung — der Nachprüfung durch das Bundesgericht unterworfen.

3. — (Verschuldensfrage.)

4. — Die Vorinstanz hat eine im Kausalzusammenhang mit der Amtspflichtverletzung des Beklagten stehende Schädigung der Klägerin beziehungsweise ihrer Rechtsvorgängerin darin erblickt, dass jener ihr die Gelegenheit abschnitt, die streitigen Waldgrundstücke im Schätzwert von rund 7000 Fr. um 5000 Fr. zu kaufen, indem sie davon ausging, es wäre ohne das Dazwischentreten des Beklagten zum Kauf durch die Klägerin gekommen. Demgegenüber macht der Beklagte hauptsächlich geltend, der Klägerin habe ein Rechtsanspruch auf die Waldparzellen nicht zugestanden, zumal mangels öffentlicher Beurkundung keine verbindliche Kaufofferte vorlag. Allein bei der unerlaubten Handlung nicht weniger als bei der Nichterfüllung eines Vertrages fällt

als Schaden nicht nur die Minderung des vorhandenen Vermögens des Betroffenen, sondern auch die Vereitelung einer künftigen Vermögensvermehrung, d. h. der entgangene Gewinn in Betracht. Dabei wird nicht etwa vorausgesetzt, dass ein Rechtsanspruch des Betroffenen auf Erwerb der in Frage stehenden Vermögenswerte bereits begründet sei — ein solcher Rechtsanspruch wäre ja zu seinem gegenwärtigen Vermögen zu rechnen —, sondern es genügt die rein tatsächliche Aussicht auf den Erwerb. Freilich darf der Kausalzusammenhang nur angenommen werden, wenn feststeht, dass der Betroffene den Gewinn hätte machen können und dass er ihn gemacht haben würde, sofern er nicht durch die unerlaubte Handlung daran gehindert worden wäre. Somit ist als durch die Vorenthaltung oder Beseitigung der Vertragsofferte eines Dritten beziehungsweise der Einladung zur Stellung einer solchen Offerte herbeigeführte Schädigung der Vermögensvorteil anzusehen, welchen der Vertrag dem Betroffenen eingetragen hätte, sofern angenommen werden kann, die Offerte beziehungsweise Einladung zur Stellung einer solchen hätte zum Vertragsschluss geführt. Dies ist anzunehmen, wenn unter den gegebenen Umständen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge der Vertragsschluss mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war. Der Bejahung dieser Frage durch die Vorinstanz ist beizustimmen: (wird näher ausgeführt).

5. — Ist somit der Beklagte der Klägerin als Rechtsnachfolgerin der Zivilgemeinde Kloten zum Ersatz des dieser entgangenen Gewinns verpflichtet, so kann er doch nicht, wie die Klägerin will, zum Ersatz *in natura*, d. h. zur Überlassung der Waldparzellen an die Klägerin verurteilt werden. Nur dann kann dem Kläger durch gerichtliches Urteil Liegenschaftseigentum zugesprochen werden, wenn ihm ein Erwerbsgrund zur Seite steht und das Urteil eine Willenserklärung, speziell die Eintragungsbewilligung, zu ersetzen bestimmt ist, welche der be-

klagte Eigentümer abzugeben sich weigert, obwohl er dazu verpflichtet ist (Art. 665 Abs. 1 ZGB). Dagegen vermag das Urteil nicht einen Erwerbsgrund erst zu schaffen, der sonst noch nicht bestünde; dies trifft aber vorliegend zu, da die Art des Schadenersatzes erst durch das gerichtliche Urteil bestimmt wird (Art. 43 Abs. 1 OR) und daher bis zum Urteil noch dahinstund, ob Naturalherstellung oder Geldersatz zu leisten sei. (Bestimmung der Höhe des Geldersatzes.)

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Beide Berufungen werden abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Februar 1924 bestätigt.

59. Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Oktober 1924

i. S. Krieger und Riedl gegen Witwe Huber und Kinder.

Unerlaubte Handlung: Verantwortlichkeit des Automobilführers und des neben demselben mitfahrenden Eigentümers des Automobils. Mitverschulden des durch den Unfall Getöteten.

A. — Am 17. November 1923, gegen 6 Uhr Abends, fuhr bei tiefer Dunkelheit und stürmischem Wetter der 1880 geborene Xaver Huber in Kriens mit einem, mit Langholz schwer beladenen Wagen von der Schattenbergstrasse in die Hauptstrasse von Kriens ein. Huber führte die « Nefpe » (Lenkvorrichtung am hintern Teil des Wagens), sein Sohn Xaver die zwei eigenen Pferde und Franz Bürgisser zwei Vorspannpferde. Der Wagen wurde, als er sich ungefähr auf der Mitte der Hauptstrasse, Richtung Luzern, befand, angehalten. Der zufällig vorbeikommende Polizeikorporal Koller forderte Vater Huber auf, das Fuhrwerk vorschriftsgemäss mit Licht zu versehen. Hierauf bemühten sich Huber und seine Begleiter, die in der Mitte des Wagens hängende Laterne

anzuzünden, allein es war wegen des stürmischen Wetters nicht möglich. Deswegen wollten sie mit dem Wagen etwas weiter hinaus fahren, um an geschützter Stelle die Laterne anzuzünden. Als Vater Huber zu diesem Zweck zur « Nefpe » zurückging, und der Sohn sich wieder nach vorne zu den Pferden begab, fuhr plötzlich ein dem Beklagten Krieger gehörendes, vom Mitbeklagten Riedl geführtes und von 5 Personen besetztes Automobil von hinten mit voller Wucht in den Holzwagen hinein. Vater Huber wurde überfahren, und hinter dem Automobil tot aufgefunden, der Chauffeur Riedl wurde durch die in das Automobil eingedrungenen Spitzen des Langholzes auf seinem Fahrersitz eingeklemmt und schwer verletzt. Die anderen Insassen des Automobils, insbesondere der neben dem Chauffeur sitzende Eigentümer Krieger, wurden nicht oder nicht erheblich verletzt. Das Automobil geriet unter die Spitzen des Holzes, und blieb dort stecken. Die vordere rechte Laterne wurde eingedrückt, die Stirnscheibe und das Steuerrad zertrümmert, der Kotflügel zerdrückt und das Verdeck hinten vom Holz durchstossen.

In der vom Statthalteramt Luzern-Land durchgeführten Strafuntersuchung wurde festgestellt, dass Riedl, welcher nicht Angestellter Kriegers ist, sondern ein eigenes Geschäft betreibt, diesen aus freien Stücken von Luzern nach Kriens geführt hatte. Die Fahrgeschwindigkeit soll nach den Angaben Kriegers im Moment des Zusammenstosses 20 bis 25 km, nach der Darstellung des Riedl zirka 22 km betragen haben, während der Augenzeuge Schindler erklärt, das Automobil sei neben ihm « vorbeigesaust », und die Tramangestellten Müller und Klarer, welche das Automobil zirka 200 m vor der Unfallstelle haben vorbeifahren sehen, dessen Fahrgeschwindigkeit auf « zirka », bzw. « mindestens 40 km » schätzen. Krieger und Riedl haben ausgesagt, dass sie vom Holzfuhrwerk vor dem Zusammenstoss nichts bemerkt haben; infolge des strömenden Regens sei die Stirnscheibe nass