

Art. 738 N. 4 und LEEMANN zum gl. Art. N. 4) sich auf den Boden gestellt, der Inhaber des berechtigten Grundstückes, der eine gerichtliche Feststellung des Umfanges der Dienstbarkeit im Sinne ihrer Präzisierung erwirkt habe, sei berechtigt, eine entsprechende Aenderung des Grundbucheintrages vornehmen zu lassen.

Im konkreten Fall muss nun aber, auch nach der Auslegung, welche die Vorinstanzen dem Urteil vom 23. März 1916 gegeben haben, angenommen werden, dass dieses Urteil die Grundbucheintragung mit absoluter Wirkung interpretieren und nicht nur feststellen wollte, ob der konkrete Conditoreibetrieb die Servitutsrechte beeinträchtigt. Auf Grund der obenstehenden grundsätzlichen Ausführungen ist daher der Klägerin die Eintragung zu bewilligen. Ob die Klägerin an dieser Eintragung ein Interesse hat oder nicht, ist hier nicht mehr zu prüfen. Die Entscheidung der Interessenfrage war Sache des Feststellungsurteiles vom 23. März 1916. Damals musste sich der Richter darüber schlüssig werden, ob die Klägerin an der mit der Feststellungsklage verlangten Präzisierung des Dienstbarkeitsrechtes ein Interesse habe. Nachdem damals das Bezirksgericht dieses Interesse rechtskräftig bejaht hat, kann nicht heute die Eintragung deswegen verweigert werden, weil der bestehende Grundbucheintrag über den Umfang des Rechtes schon genügenden Aufschluss gebe.

Immerhin kann der Eintrag nicht in dem von der ersten Instanz angenommenen Umfange, sondern nur im Umfange von Dispositiv 1 des Urteils vom 23. März 1916 angeordnet werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird im Sinne der Motive gutgeheissen und das Grundbuchamt Zürich dementsprechend angewiesen, im Grundbuch als Ergänzung des bereits bestehenden Servitutseintrages weiter einzutragen: « Dem jeweiligen Eigentümer der Liegenschaft Kat. Nr. 1003

in Zürich 1 ist zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers der Liegenschaft Kat. Nr. 982 in Zürich 1 verboten, auf dem genannten Grundstück Dessertweine und andere Weine, Wurst- und Fleischwaren zum Genuss an Ort und Stelle zu verkaufen oder verkaufen zu lassen und dem Verkaufslokal den Namen « Café » beizulegen. »

Vgl. auch Nr. 15. — Voir aussi n° 15.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

63. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. Oktober 1920
i. S. Buchser und Mitkläger gegen Stadtgemeinde Zürich.

Submissionsausschreibung: ist hier Einladung zu Eingaben von Offerten. — Submittent entschädigungspflichtig bei offenbarem Missbrauch mit Ausschreibung. — Submissionsordnung der Stadt Zürich ist nicht Zivilrecht und wird durch blosse Ausschreibung noch nicht Vertragsbestandteil.

A. — Am 10. Oktober 1917 hat das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich für das Heidseewerk einen allgemeinen Wettbewerb eröffnet über die Ausführung des Zulaufkanals von der Wasserfassung bis zum Wasserschloss, bestehend in einem Stollen und einer Holz- oder Betonleitung. Die klagenden Bauunternehmer bewarben sich — neben zwei andern Baufirmen — um die Arbeit, nachdem sie vom Elektrizitätswerk die nötigen Unterlagen zur Ausarbeitung ihrer Eingaben verlangt und erhalten hatten. Jedem Bewerber wurde nebst dem je ein Exemplar der städtischen Submissionsordnung

vom 21. Februar 1914 zugestellt. Die Kläger sind Mitglieder des schweizerischen Baumeisterverbandes, der unter anderm die Bekämpfung der Auswüchse in der Konkurrenz und die Regelung des Submissionswesens bezweckt. In dieser Absicht hat der Verband eine Berechnungsstelle geschaffen, die bei öffentlichen Wettbewerben in Verbindung mit den Mitgliedern, welche sich um die Arbeit zu bewerben gedenken, ein Normalangebot ausarbeitet, das die Bewerber dann in ihren Eingaben nicht über ein in jedem einzelnen Falle festzustellendes Mass hinaus über- oder unterbieten dürfen. Für die ausgeschriebenen Arbeiten am Heidseewerke setzte die Berechnungsstelle die Normalsumme auf 1,912,595 Fr. fest mit einem Spielraum von je 5 % für Auf- oder Abgebote. Die Kläger reichten innert diesem Rahmen ihre Eingaben ein, die sich zwischen den Beträgen von 1,816,965 Fr. und 2,015,411 Fr. bewegen, während der Voranschlag der Beklagten nur einen Kostenaufwand von 1,264,857 Fr. also beiläufig über 550,000 Fr. weniger als das Mindestangebot vorsah. Mitte Dezember 1917 teilte die Kanzlei des Bauwesens der Beklagten den Bewerbern mit, dass die Erstellung des Zuleistungskanals an die Firma Favre & C^{ie} in Zürich vergeben sei; der Zulaufstollen samt dem Wasser Schloss und dem Apparatenhaus werde dagegen gemäss Beschluss des Stadtrates vom 8. Dezember 1917 in Regie ausgeführt. Die Kläger verwahrten sich hiegegen, und einige von ihnen beschwerten sich beim Stadtrate, der die Beschwerden jedoch mit Beschluss vom 23. Januar 1918 abwies.

B. — Die Kläger erhoben daher Klage gegen die Stadt Zürich mit den Rechtsbegehren, es sei festzustellen, 1. dass der Stadtrat mit dem Beschluss vom 8. Dezember 1917 ihnen gegenüber die städtische Submissionsordnung verletzt habe, und 2. dass ihnen daher die Beklagte grundsätzlich schadenersatzpflichtig sei. Als Schaden, der ihnen infolge zweckloser Ausarbeitung

ihrer Eingaben entstanden sei, machten sie zusammen 17,000 Fr. nebst 5 % Zins seit dem 4. Juli 1918 geltend, eventuell klagten sie auch auf Ersatz des entgangenen Gewinns von 100,000 Fr., liessen dann aber dieses letzte Rechtsbegehren fallen.

C. — Am 10. Oktober 1919 hat das Bezirksgericht Zürich durch ein Vorurteil erkannt, dass die Beklagte für einen Verstoss gegen die Submissionsordnung den Kläger schadenersatzpflichtig sei, wogegen es die weitem Fragen, ob die Beklagte tatsächlich der Submissionsordnung zuwidergehandelt habe, und welcher Schaden den Klägern daraus erwachsen sei, vorläufig offen liess, weil diese Fragen erst nach Durchführung des Beweisverfahrens beantwortet werden könnten.

Mit Urteil vom 25. Februar 1920 ist das Obergericht des Kantons Zürich aus prozessualen Gründen auf die beiden Feststellungsbegehren nicht eingetreten, hat jedoch die durch das Vorurteil der ersten Instanz erledigte Frage der grundsätzlichen Haftung verneint und die Klage abgewiesen.

D. — Gegen dieses Urteil haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrage, die Schadenersatzklage sei gutzuheissen, eventuell sei die Sache zur Beweisergänzung und neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In der heutigen Verhandlung haben sie diesen Antrag erneuert, und die Beklagte hat Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Nach dem Berufungsantrag ist heute nur das Rechtsbegehren auf Schadenersatz, soweit es noch aufrechterhalten wird, zu beurteilen. Der streitige Anspruch ist zivilrechtlicher Natur, weshalb die Zuständigkeit des Bundesgerichts ohne Weiteres gegeben ist.

2. — Die Kläger gehen von der Auffassung aus, die Submissionsausschreibung sei als eine Offerte anzusehen,

durch deren Annahme vermittelt Einreichung einer Eingabe seitens eines Unternehmers zwischen den Parteien ein Vertrag oder wenigstens ein Vorvertrag zu Stande gekommen sei. Als Vertrag käme vorliegend zunächst ein Werkvertrag in Frage, doch könnte von einem solchen vor dem Zuschlag nicht gesprochen werden, weil der Werkvertrag erst später, nachdem auf Grund der Eingaben dessen Inhalt näher bestimmt ist, zum Abschluss gelangen würde. Es liegt aber auch kein Vorvertrag vor, der auf den Abschluss eines Werkvertrages gerichtet wäre, da der Vorvertrag, wie der Hauptvertrag selbst, der Angabe seines wesentlichen Inhaltes bedarf, mit der Ausschreibung und den Eingaben aber eine Einigung über den Werklohn noch nicht erfolgt ist und es auch an der Bestimmtheit des Gegenkontrahenten, sowie am verbindlichen Vertragswillen fehlt. Wollte die Ausschreibung als Offerte zu einem Auftrage aufgefasst werden, so wäre eine Schadenersatzpflicht des Ausschreibenden nur dann begründet, wenn in der Ausschreibung eine Vergütung für durch die Eingabe entstandene Bemühungen und Auslagen zugesagt worden oder eine solche üblich sein würde (Art. 349, Abs. 3 OR). Die Ausschreibung der Beklagten enthält keine derartige Zusage und eine bezügliche Uebung ist nicht behauptet worden.

Die Submissionsausschreibung ist lediglich eine Einladung zur Einreichung von Unternehmerofferten und daher für die Beklagte nicht verbindlich. Die Beklagte hat ihr Projekt nebst Kostenberechnung selbst ausgearbeitet und lediglich zwecks Vergebung der Arbeit sich Preisangebote geben lassen; die Eingaben der Kläger fussten auf diesem fertigen Projekte der Beklagten, und ein selbständiger Wert kam ihnen nicht zu.

3. — Eine Entschädigungspflicht des Ausschreibenden wegen ausserkontraktlichen Verschuldens wäre zu bejahen, wenn mit der Ausschreibung offenbar Missbrauch getrieben worden wäre. Dies wäre dann anzu-

nehmen, wenn die Beklagte, obschon sie von vornherein beabsichtigt hätte, die ausgeschriebene Arbeit in Regie auszuführen, die Unternehmer zu zweckloser Bewerbung und Anwendung von Kosten veranlasst und die eingegangenen Bewerbungen grundlos unberücksichtigt gelassen hätte. Für ein solches, den guten Sitten widersprechendes Verhalten der Beklagten bieten die Akten aber keinerlei Anhaltspunkte. Der der Beklagten von den Klägern gemachte Vorwurf, bei Einleitung des Wettbewerbes dadurch arglistig gehandelt zu haben, dass sie den Bewerbern die Einsichtnahme in das geologische Gutachten für den Stollenbau vorenthalten und dadurch die zu hohe Einschätzung des geologischen Risikos und der daherigen Kosten veranlasst habe, entbehrt nach der aktenkonformen Feststellung der Vorinstanz der tatsächlichen Grundlage.

4. — Es kann sich daher nur noch fragen, ob der allgemeine Rechtsstandpunkt mit Rücksicht auf die Submissionsordnung der Beklagten eine Aenderung erleide und ein Verstoss gegen sie geeignet sei, einen Schadenersatzanspruch der Klägerin zu begründen. Durch die Submissionsordnung werden keine zivilrechtlichen Normen aufgestellt, sie ist lediglich eine Verwaltungsverordnung und zwar eine Dienstanweisung an die Angestellten der Beklagten über das Vergeben von Lieferungen und Arbeiten. Die Kläger können daraus keine subjektiven Rechte für sich ableiten und die Beklagte auch nicht wegen einer allfälligen Verletzung solcher Rechte zivilrechtlich verantwortlich machen. Mit der Vorinstanz ist auch die weitere Frage zu verneinen, ob sich die Beklagte nicht dadurch den Klägern gegenüber zur Beobachtung der Submissionsordnung verpflichtet habe, dass sie den sich meldenden Unternehmern sowohl die Submissionsordnung selbst, als auch die gedruckten allgemeinen Bedingungen für Arbeiten und Lieferungen zu Tiefbauten zustellte; denn die Submissionsordnung wird selbstverständlich

erst durch den Abschluss des Werkvertrages zum Vertragsbestandteil; ihre Zustellung an die Unternehmer hatte nur die Bedeutung, dieselben über die Grundlage zu unterrichten, gestützt auf welche ihnen die Beklagte den Zuschlag zu gewähren und den Werkvertrag mit ihnen abzuschliessen gedachte.

5. — Die Kläger werfen endlich der Beklagten vor, sie durch die Zustellung der Submissionsordnung in den Glauben versetzt zu haben, als würden auf Grund derselben die ausgeschriebenen Arbeiten an einen der Bewerber vergeben. In dieser Erwartung seien die Kläger getäuscht worden und daraus resultiere eine widerrechtliche Schadenzufügung und die Haftbarkeit der Beklagten im Sinne von Art. 41 ff. OR. Dem Stadtrat, als Organ der Beklagten, kann nun aber nicht zur Last gelegt werden, willkürlich oder rechtswidrig gehandelt zu haben, wenn er im Hinblick auf die Berechnungen seiner sachverständigen Angestellten, die hiezu nach Feststellung der Vorinstanz durchaus befähigt waren, die Eingaben der Kläger für wesentlich übersetzt erachtet und deshalb von Vergabung der Arbeit an einen der Kläger Umgang genommen hat.

6. — Bei dieser Sachlage erscheint es als unnötig auf eine nähere Erörterung darüber einzugehen, welche rechtliche Bedeutung der Tatsache beizumessen sei, dass von zehn Bewerbern nur acht klagend gegen die Stadtgemeinde Zürich aufgetreten sind.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Februar 1920 bestätigt.

**64. Arrêt de la I^e section civile du 26 octobre 1920
dans la cause Moulin & C^{ie} contre Junker & Ruh.**

Art. 84 et 103 CO: Marchandises payables en Allemagne; prix stipulé en francs suisses. Faculté pour le débiteur de se libérer en marks. Conditions de change résultant, en l'espèce, de l'accord tacite des parties. A défaut même de cet accord, obligation pour le débiteur en demeure de supporter la différence des cours entre le jour de l'échéance et le jour du paiement, comme une des conséquences normales de la demeure.

A. — Par contrat du 5 juin 1895, Junker & Ruh, manufacture d'appareils de chauffage, à Karlsruhe, ont concédé à Henri Moulin, à Lausanne, auquel a succédé dans la suite la Société Moulin & C^{ie}, défenderesse au présent procès, un droit de représentation et la vente exclusive de leurs marchandises dans la plus grande partie du canton de Vaud. Moulin s'engageait à vendre les dites marchandises aux prix fixés par Junker & Ruh, moyennant une remise de 25% sur les prix plus un supplément de 5% pour les commandes par wagons. Les marchandises devaient être livrées franco de port et de droits d'entrée au lieu de destination. Moulin s'engageait, d'autre part, à régler les factures par traites tirées par Junker & Ruh à trois mois dès la date des factures ou au comptant, dans le délai de quatre semaines, en bénéficiant alors d'un escompte de 2%.

Le chiffre d'affaires entre parties s'éleva progressivement jusqu'en 1913, année où il atteignit la somme de 38 000 fr. La guerre le restreignit considérablement mais à ce moment la défenderesse était encore débitrice des demandeurs d'une somme assez importante.

Les commandes de Moulin & C^{ie} se faisaient en francs suisses, sur la base des catalogues de Junker & Ruh également établis en francs. Les relevés de compte envoyés par Junker & Ruh, de même que les factures relatives