

sie nun unter diesen Umständen es auf sich habe nehmen wollen, ihren Anspruch zunächst gegen Rau & C<sup>ie</sup> geltend zu machen, d. h. gegen Rau & C<sup>ie</sup> zu prozessieren, statt sich zunächst an den Beklagten zu halten und den Arrest zu prosequieren, ist ohne weiteres ausgeschlossen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. März 1920 bestätigt.

**46. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Juli 1920**  
i. S. Hauri und Mitbeklagte gegen Bockhorn.

**Werkvertrag :** Für Rücktritt nach Art. 366 OR gelten allgemeine Bestimmungen von Art. 107 bis 109 OR (Fristansetzung). — Schuldner hat sich auf Unangemessenheit der Nachfrist zu berufen und innert angesetzter Frist nach Möglichkeit zu erfüllen. — Rücktrittserklärung schon bei Fristansetzung zulässig und genügend.

A. — Die Beklagten sind Eigentümer des Grundstückes Kat. Nr. 4655, einer ehemaligen Kiesgrube im obern Hard in Zürich. Unterm 7. u. 8. Oktober 1910 haben sie einen Vertrag mit dem Beklagten Bockhorn abgeschlossen, nach welchem sich der Beklagte zur Ausfüllung der Kiesgrube verpflichtet hat. Die Ausfüllung hatte in der Weise zu geschehen, dass vom Kiesgrubenweg aus, der gegen die Badenerstrasse führt, Schutt abgeladen werden soll. Der Beklagte war verpflichtet, « von der Seite des Kiesgrubenweges aus auf der ganzen Länge der auszufüllenden Grube das Terrain jedes Jahr in der Höhe des Weges zum mindesten 5 m vorzurücken, d. h. die Grube auf der Höhe des Weges je 5 m in der Rich-

tung gegen seine eigene Grube auszufüllen », bis die ganze Liegenschaft ausgeebnet sein würde. Hierfür und für den Unterhalt des Grubenweges hatten die Beklagten dem Kläger eine jährliche Entschädigung von 600 Fr., zahlbar je am Ende eines Jahres, zu entrichten. Der Vertrag begann am 1. Januar 1911 und sollte bis zur vollständigen Ausfüllung der Kiesgrube dauern.

Am 31. Januar 1918 stellte der Kläger den Beklagten Rechnung über seine Landausfüllung im Jahre 1917. Mit Brief vom 12. Februar 1918 lehnten die Beklagten die Bezahlung dieser Rechnung mit der Begründung ab, der Kläger sei seiner vertraglichen Verpflichtung, die Ausfüllung um wenigstens 5 m vorzurücken, nicht nachgekommen. Wenn eine Ausfüllung vorgenommen worden sei, so sei es in geringer, kaum merklicher Weise geschehen ; es werde ihm daher eine Frist bis zum 12. März 1918 angesetzt, um die Ausfüllung in vertragsgemässer Weise nachzuholen, widrigenfalls die Beklagten gezwungen sein würden, vom Verträge zurückzutreten. Mit Schreiben vom 14. Februar 1918 wies der Kläger diese Aussetzungen als unbegründet zurück. Bis dahin habe er vertragsgemäss ausgefüllt ; infolge des Krieges sei aber nicht wie in normalen Zeiten gebaut worden ; trotzdem seien im Jahre 1917 über 1000 Bennen Schutt abgeladen worden, und es werde die Zeit wieder kommen, wo der doppelte Flächeninhalt ausgefüllt werde ; die Fristansetzung werde nicht angenommen. Die Beklagten bestritten mit Brief vom 16. Februar 1918, dass der Kläger seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt habe und hielten an der Fristansetzung zur nachträglichen Erfüllung unter Androhung des Rücktrittes fest. Sodann behaupteten sie, der Kläger habe gemäss Vereinbarung nicht etwa Bauschutt, sondern gute Erde in die Grube zu führen. Es verstehe sich von selbst, dass der Preis von 600 Fr. nicht nur für Schuttablagerung vereinbart worden sei. Der Kläger verwahrte sich am 18. Februar gegen diese Auslegung, und am 4. April 1918

erklärten die Beklagten den Rücktritt vom Vertrage indem sie geltend machten, der Kläger habe jedes Jahr mindestens 5 m auszufüllen; wenn er in frühern Jahren mehr als 5 m ausgefüllt habe, so könne er das nicht auf die Verpflichtung eines nächsten Jahres anrechnen.

Der Kläger führte die Ausfüllung auch während und nach der Nachfrist nicht weiter, und die Beklagten schlossen mit dem Strasseninspektorat der Stadt Zürich unterm 21. Mai 1918 einen Vertrag über die Ausfüllung der Grube ab.

B. — Der Kläger erhob am 17. Juni 1918 gegen die Beklagten Klage auf Bezahlung von 600 Fr., die am 31. Dezember 1917 fällig gewesen seien, sowie zur Feststellung, dass die Beklagten an den Vertrag vom Oktober 1910 gebunden seien. Das Bezirksgericht Zürich (III. Abteilung) hat mit Urteil vom 4. Juli 1919 die Beklagten solidarisch verpflichtet, den Vertrag zu halten und dem Kläger 600 Fr. zu bezahlen. Das Obergericht des Kantons Zürich (II. Abteilung) hat jedoch mit Urteil vom 12. Februar 1919 die Klage auf Bezahlung der 600 Fr. abgewiesen, dagegen die Feststellungsklage gutgeheissen.

C. — Gegen dieses Urteil haben die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht erklärt und beantragt, es sei auch die Feststellungsklage abzuweisen, eventuell sei die Sache zur Beweisergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Kläger hat Gutheissung des angefochtenen Urteils beantragt.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Vor der Bundesinstanz ist nur noch die Feststellungsklage streitig. Zu ihrer Beurteilung ist das Bundesgericht zuständig, da die Voraussetzungen der Berufung, auch was den Streitwert anbelangt, gegeben sind. Denn der Kläger behauptet selbst, und es ist von den Beklagten nicht bestritten, dass es bis zur vollständigen Ausfüllung der Kiesgrube noch wenigstens 10 Jahre gehen werde. Mit dem Rechtsstreit über den

Weiterbestand des Vertrages ist somit eine zehnmalige Jahresleistung von 600 Fr. in Frage gestellt, so dass der gesetzliche Streitwert von 2000 Fr. mehr als erreicht ist.

2. — In der Sache selbst hat die Vorinstanz den zwischen den Parteien bestehenden Vertrag mit Recht in der Weise ausgelegt, dass der Kläger die Ausfüllungsarbeiten jährlich wenigstens um 5 m weiterführen müsse, und dass es ihm, entgegen der Auffassung der ersten Instanz, nicht gestattet sei, die allfällige Minderarbeit eines Jahres mit der allfälligen Mehrarbeit eines andern Jahres zu verrechnen. Dabei hat die Vorinstanz verbindlich festgestellt, dass der Kläger Ende 1917 statt 35 m nur circa 30 m aufgefüllt habe. Er hat sich also mit einer Mindestjahresleistung im Verzuge befunden. Da der streitige Vertrag ein Werkvertrag ist, so beurteilen sich die Folgen dieses Verzuges nach Art. 366 OR, wobei der Verzug darin besteht, dass der Unternehmer die Ausführung des Werkes « in vertragswidriger Weise verzögert hat ». Nach dem Wortlaut dieses Artikels könnte man zur Annahme versucht sein, er räume dem Besteller ein Rücktrittsrecht « ohne weiteres » ein; es gelten jedoch die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über den « Rücktritt » (Art. 107 bis 109) auch für diesen Artikel, so dass die Fristansetzung der Beklagten zu ihrem Rücktritte notwendig war.

3. — Es fragt sich daher nur noch, ob die angesetzte Nachfrist von einem Monat im gegebenen Falle angemessen gewesen sei oder nicht; allein der Kläger hätte sich gegenüber der angesetzten Frist selber darauf berufen sollen, dass sie zu kurz sei (AS 15 S. 867) und hätte auf jeden Fall, soweit es während der angesetzten Frist möglich gewesen wäre, mit der Arbeit weiterfahren sollen, um den Beklagten zu zeigen, dass es ihm mit der Vertragserfüllung ernst sei (AS 29 II 266). Statt dessen hat er zur Erfüllung seines Vertrages überhaupt nichts mehr getan. Mag somit die angesetzte Frist angemessen

oder zu kurz gewesen sein, so waren die Beklagten angesichts des Verhaltens des Klägers zum Rücktritt berechtigt (vergl. OSER, Komm. S. 334.; BECKER, Komm. S. 446 Anm. 11).

4.—Der Kläger erhebt indessen die weitere Einsprache, der Rücktritt sei zu spät erklärt worden, indem diese Erklärung erst am 4. April 1918 erfolgt sei, während die Nachfrist bereits am 12. März abgelaufen sei. Allein der Rücktritt wurde unmittelbar nach der Fristansetzung im Schreiben vom 16. Februar 1918, angedroht, wodurch die nach dem Ablauf der Frist unverzüglich abzugehende Rücktrittserklärung gemäss BE vom 23. März 1917 in Sacher Huber gegen Benesak (AS 43 II 173) unnötig geworden ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Dezember 1919 aufgehoben und die Klage gänzlich abgewiesen.

**47. Arrêt de la I<sup>re</sup> section civile du 19 juillet 1920**

dans la cause **Delacrétaz** contre **Addor & Cie.**

Art. 41, 55 et 58 CO — Accident survenu au cours de la construction d'un bâtiment et ayant eu pour cause l'état de défectuosité inhérent aux travaux. — Exclusion de la responsabilité du propriétaire qui a confié la construction à des entrepreneurs indépendants et à la charge duquel aucune faute personnelle ne peut être relevée.

A. — La société en commandite **Addor & Cie** a fait construire, en 1917, sur un terrain situé en bordure des routes d'Ouchy, de Mont-Choisi et du Closelet, à Lausanne, un bâtiment comprenant notamment un garage d'automobiles.

Le 27 décembre 1917 au matin, alors que les travaux étaient encore en voie d'exécution, un des manœuvres employés à la construction découvrit au fond d'une fosse, à l'intérieur du bâtiment, un cadavre qui fut identifié quelques heures plus tard et qu'on reconnut être celui d'un agent de la police locale : le sergent **Léon-Jules Delacrétaz**, né en 1883.

Une enquête fut aussitôt ouverte par le Juge informateur de Lausanne. D'après le procès-verbal de l'inspection locale, la fosse où se trouvait le corps de l'agent **Delacrétaz** avait été creusée en vue de l'installation d'un ascenseur. Une ouverture avait été pratiquée dans la paroi nord du bâtiment, à niveau et en bordure de l'avenue de Mont-Choisi, afin de permettre l'accès direct dans la cage du futur ascenseur. Cette ouverture pouvait se fermer au moyen d'une porte à trois panneaux mobiles, mais le seuil n'était pas encore installé et la porte, comme la plupart des autres portes du bâtiment à ce moment-là, n'avait encore ni poignée ni serrure. Elle s'ouvrait alors directement sur la fosse. Celle-ci, longue de 5 m. et large de 2 $\frac{1}{2}$  m., présentait à partir du niveau de la route une profondeur de 8 à 9 mètres.

Le Dr **Zbinden**, commis par le Juge informateur à l'effet de procéder à la levée du corps et se déterminer sur les causes de la mort, constata une fracture à la base du crâne et conclut à une mort accidentelle, survenue au cours de la nuit précédente.

Une enquête fut également ordonnée sur les occupations du sergent **Delacrétaz** au cours de la soirée du 26 décembre. Elle ne fournit que les renseignements suivants : le sergent **Delacrétaz** avait quitté le poste de police de la Palud, vers minuit et quart, son service terminé, en compagnie d'un de ses collègues, dont il se sépara au bas de la rue du Grand Saint-Jean. Quelques instants plus tard il fut aperçu par un autre de ses collègues au moment où il montait la rue Pépinet.

Il est établi, d'autre part, que le sergent **Delacrétaz**,