

Arbeiten ergab sich, dass das Baggermaterial nicht diese im Baubeschrieb angegebene Beschaffenheit aufwies, weshalb die Klägerschaft die Beklagte für die ihr hiedurch erwachsenen Mehrkosten belangte.

Aus den Erwägungen:

Nach der neuen Fassung der Vorschrift des Art. 373 Abs. 2 OR hat der Unternehmer entgegen dem Art. 364 alt OR einen Anspruch auf Preiserhöhung nicht nur bei Eintreten ausserordentlicher Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten, sondern auch bei solchen, die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren. Bei dieser Erweiterung hatte der Gesetzgeber gerade den dem vorliegenden Tatbestand verwandten Fall im Auge, wo ein Werkvertrag auf Grund einer Expertise (zumal mit Bezug auf die Bodenbeschaffenheit) abgeschlossen worden war (vgl. Protokoll der Expertenkommission zur Revision des OR vom 9. März 1909 S. 6; v. CASTELBERG, Die rechtliche Bedeutung des Kostenansatzes beim Werkvertrag, Zürcher Dissertation 1917 S. 49 f.; FICK, Kommentar zu Art. 373 OR, Note 14 S. 682). Die Vorinstanz hat demzufolge grundsätzlich mit Recht den Standpunkt vertreten, dass auch vorliegend die auf Grund der Sondierproben in den Baubeschrieb aufgenommene Beschaffenheitsbezeichnung als eine von den Parteien als massgebend erachtete Vertragsvoraussetzung angesehen worden sei, deren Nichtzutreffen einen Nachforderungsanspruch der Klägerschaft gemäss Art. 373 Abs. 2 OR zu begründen vermöchte. Hierbei ist aber hervorzuheben — und das scheinen sowohl die Vorinstanz, wie die Experten, nicht oder jedenfalls nicht genügend berücksichtigt zu haben — dass, wie dies bereits früher dargetan worden ist, diese Angaben von den Parteien nicht wörtlich aufgefasst und als unverbrüchlich massgebend erachtet werden durften; denn da hier das Deltagebiet eines grossen Flusses, der aus dem Gebirge stammendes Geschiebe führt, in Frage stand,

mussten sich die Parteien bewusst sein, dass angesichts der geringen Zahl der ausgeführten Sondierungen bis zu einem gewissen Grade mit Überraschungen zu rechnen war, ganz abgesehen davon, dass auch die Sondierproben selber auf mannigfaltige Schichtenlagerungen, d. h. einen in gewissem Rahmen heterogenen Seegrund, hinwiesen. Dazu kommt, dass durch Art. 373 Abs. 2 OR ohnehin eine übermässige Erschwerung gefordert ist, um eine Preiserhöhung zu begründen. Die Vereinbarung einer zum voraus genau bestimmten Vergütung schliesst naturnotwendig immer ein spekulatives Moment in sich; wenn daher der Gesetzgeber in Art. 373 Abs. 2 OR einseitig zu Gunsten der Unternehmer für gewisse Fälle eine Erhöhung der vertraglich vereinbarten Preise vorgesehen hat, so muss er hierunter nur ganz besonders schwerwiegende Ausnahmeverhältnisse, nicht aber schon jede geringfügige Abweichung von den von den Parteien vorausgesetzten Tatumständen verstanden haben (vgl. auch SIEGWART, Der Einfluss veränderter Verhältnisse auf laufende Verträge nach der Praxis der schweizerischen Gerichte seit dem Kriege, abgedruckt in der Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) zur 59. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, S. 86).

71. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. November 1932 i. S. Kubny-Kotzian gegen Hänseler.

Auftrag und Vollmacht, ein Bankdepot zurückzuziehen, ermächtigt nicht dazu, deponierte Wertschriften zu verschenken, sondern der Auftrag zu einer solchen Schenkung ist besonders nachzuweisen, und zwar genügt Auftrag zur Schenkung von Todes wegen nicht, sofern er nicht in Testamentsform erteilt wurde (Art. 245 Abs. 2 OR). Auftrag zur Schenkung unter Lebenden i. e. verneint.

A. — Am 21. März 1928 errichtete die damals 78jährige Frau Pauline Schwalb geb. Kotzian in Höngg bei der

Schweizerischen Bankgesellschaft in Zürich ein auf ihren Namen lautendes Depot, das u. a. 4020 Aktien der La Industrial Paraguay S. A. umfasste, und erteilte in der bezüglichen Vereinbarung mit der Schweizerischen Bankgesellschaft dem Beklagten, Heinrich Kubny-Kotzian, ihrem Neffen, « den Auftrag und die Vollmacht, neben ihr und soweit sie dies nicht selbst tun wird, über die Hinterlage selbständig, jedes unabhängig vom andern, zu verfügen, dieselbe zu vermehren, zu vermindern oder ganz zurückzuziehen ». Demgemäss ermächtigte Frau Schwalb die Schweizerische Bankgesellschaft, « die Hinterlage an Herrn Heinrich Kubny auf Verlangen ganz oder teilweise aushinzugeben und überhaupt dessen Dispositionen über die Hinterlage zu befolgen, wie wenn sie von ihr selbst ausgegangen wären », und anerkannte die alleinige Quittung des Kubny auch für sich selbst als voll verbindlich. Schliesslich wurde bestimmt, « dass sowohl diese Aufträge, als auch die der Schweizerischen Bankgesellschaft erteilte Ermächtigung mit dem Tod von Frau Schwalb nicht erlöschen ».

Am 14. April 1928 errichtete Frau Schwalb ein öffentliches Testament, worin sie als ihren Willensvollstrecker den Kläger bestellte.

Am 29. Dezember 1928 schrieb Frau Schwalb an die Schweizerische Bankgesellschaft: « ... Ich habe das Vermögen von meinen 138,000 Pes. 6 % Cedula Hipotecarias Argentinas Serie 21/22 meines Depots bei Ihnen ... für meine Verwandten in Argentinien bestimmt und wird wie folgt zugeteilt: (folgt Aufzählung). Ich erteile hiemit der Bank den Auftrag, ab 1. Januar 1929 aus diesen Titeln ein neues Depot zu bilden. Dieses Depot ist zu Eigentum der bezeichneten Personen ... Die Aktien La Industrial Paraguay sind wie vor auf meinen Namen im Depot weiter zu führen. »

In den folgenden Tagen wurde Frau Schwalb von einer schweren heftigen Krankheit befallen.

Mit Datum des 7. Januar 1929 schrieb der Beklagte

an die Schweizerische Bankgesellschaft: « Nach Rücksprache mit der Frau Schwalb gebe ich Ihnen hiemit den Auftrag, nachdem dieselbe unterm 29. Dezember 1928 über die Titel Cedula Hypotecarias in Argentinien Schenkungsbestimmungen getroffen hat, nun dieses Depot F 7437 gänzlich aufzulösen. Die verbleibenden Titel « Aktien La Industrial Paraguay S. A. » sind auf ein neues Depot lautend « Helene Kubny geb. Kotzian », Schwester der Frau Pauline Schwalb, zu übertragen. Über dieses neue Depot Helene Kubny geb. Kotzian ... erteilt mir letztere ihre Vollmacht », weswegen sie das Schreiben mitunterzeichnete. Die Bankgesellschaft handelte dementsprechend.

Am 8. Januar 1929 starb Frau Schwalb geb. Kotzian.

Am 25. Januar 1929 wurde das Testament in Anwesenheit des Beklagten amtlich eröffnet.

In der Folge beauftragte der Beklagte im Namen seiner Mutter die Schweizerische Bankgesellschaft, die 4020 Aktien der La Industrial Paraguay S. A. Buenos Aires verkaufen zu lassen, was im Laufe des Sommers 1929 geschah. Als Gegenwert wurden im Laufe des Herbstes 81,637 Fr. 58 Cts. vergütet.

B. — Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger « als Testamentsvollstrecker der in Hönegg verstorbenen Frau Witwe Pauline Schwalb » Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung von 83,000 Fr. (Börsenwert der verkauften Aktien) nebst 5 % Zins « an die Klägerschaft ».

C. — Das Obergericht des Kantons Zürich hat am 17. Juni 1932 die Klage zugesprochen, ebenso das Bundesgericht.

Aus den Gründen :

Aus der von Frau Schwalb mit der Schweizerischen Bankgesellschaft geschlossenen Vereinbarung über die Hinterlegung ihres Vermögens ergibt sich freilich, dass sie dem Beklagten « Auftrag und Vollmacht » erteilte, über das hinterlegte Vermögen zu verfügen. Damit wurde

zunächst der Schweizerischen Bankgesellschaft das Recht eingeräumt, ihre Pflichten aus dem Hinterlegungsvertrag durch Leistung an den Beklagten zu erfüllen. Aber auch der Beklagte konnte daraus gewisse Befugnisse bezüglich des von Frau Schwalb hinterlegten Vermögens für sich in Anspruch nehmen, die jedoch nicht über die blosse Vermögensverwaltung hinausgingen, so zwar, dass er der Frau Schwalb oder allfällig ihren Erben erstatten musste, was er aus dem Depot bei der Schweizerischen Bankgesellschaft zurückzog. Dementsprechend hätte sich der Beklagte auch gar nie einfallen lassen, bloss auf jene Vereinbarung hin Vermögenswerte von nicht viel weniger als 100,000 Fr. aus dem Depot der Frau Schwalb an seine eigene Mutter zu verschenken. Um eine Schenkung aber handelt es sich dabei in der Tat, da nur ein kleiner Teil als Entgelt für Pflege während der letzten Lebensjahre angesprochen werden konnte. Vielmehr bringt der Beklagte zu seiner Rechtfertigung vor, Frau Schwalb habe ihm am Tage vor ihrem Tod aufgetragen, in dieser Weise über die hinterlegten streitigen Aktien zu verfügen. Um dies tun zu können, bedurfte der Beklagte keiner besondern Ermächtigung, sondern genügte die ihm in der Vereinbarung mit der Schweizerischen Bankgesellschaft erteilte Vollmacht zum Rückzug des Depots. Aber um die streitigen Aktien dem Vermögen der Frau Schwalb entfremden zu dürfen, insbesondere mit Verbindlichkeit auch für deren Erben und den für sie handelnden Willensvollstrecker, bedurfte er eines besondern Auftrages, den erhalten zu haben ihm zu beweisen obliegt. Indessen kann der Beklagte einen direkten Beweis nicht antreten; er will den Indizienbeweis führen. Allein alle die vom Beklagten angeführten Indizien wären keinesfalls schlüssig genug, um darzutun, dass Frau Schwalb die streitigen Aktien schlechthin habe an die Mutter des Beklagten verschenken wollen, auch auf die Gefahr hin, dass sie für sie verloren wären, sofern die damals unmittelbar drohende Todesgefahr wieder vorübergehen sollte. Als Frau Schwalb

eine gute Woche vorher über die Verteilung anderer bei der Schweizerischen Bankgesellschaft deponierter Wertschriften Bestimmungen getroffen hatte, wonach sie ebenfalls aus dem Depot ausgeschieden und daraus ein neues Depot auf die Namen der damals Begünstigten gebildet werden sollte, war sie ja auch darauf bedacht gewesen, die Nutzniessung, ja sogar die Verfügung über das zu bildende Depot bis an ihr Lebensende sich vorzubehalten. Damals nahm sie die heute streitigen Aktien ausdrücklich aus. Mag sie dies auch in der Meinung getan haben, dieselben später der Mutter des Beklagten zuzuhalten, so ist nicht anzunehmen, dass sie dies dann ohne den gleichen Vorbehalt hätte tun wollen. Und dass sie es erst in extremis tat, trägt zur Überzeugung bei, sie habe sich nicht im Gedanken, weiterleben zu können, der streitigen Aktien zugunsten der Mutter des Beklagten entäussern, sondern ihr dieselben erst auf den Tod hin zuhalten wollen. Diese Betrachtungsweise drängt sich umsomehr auf, als es schon an und für sich naheliegt, eine in Lebensgefahr gemachte Schenkung als an die stillschweigende Bedingung geknüpft anzusehen, der Schenker werde die Gefahr nicht überleben. Dementsprechend dürfte beim Fehlen jedes einigermaßen schlüssigen Beweises für das Gegenteil nicht angenommen werden, die plötzlich schwer erkrankte Frau Schwalb habe dem Beklagten aufgetragen, den Besitz der streitigen Aktien jetzt sofort auf seine Mutter zu übertragen (mit der blossen Anlage eines Depots auf deren Namen war ja an den Besitzverhältnissen noch nichts geändert), sondern müsste angenommen werden, Frau Schwalb habe dem Beklagten aufgetragen, dies erst nach ihrem Tode zu tun. Inhalt des Auftrages wäre dann also gewesen, dass der Beklagte an Stelle der Frau Schwalb nach deren Tod eine Schenkung ausrichten sollte. Allein Schenkungen, die nicht noch zu Lebzeiten des Schenkers ausgerichtet werden sollen, stehet gemäss Art. 245 Abs. 2 OR unter den Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen. Daher kann ihre

Ausrichtung nur in der Form einer Verfügung von Todes wegen wirksam vorgesehen werden und ist insbesondere ein Auftrag, ein solches Geschäft für den Auftraggeber nach dessen Tode zu besorgen, nur in dieser Form gültig. Dem Beklagten stand somit kein gültiger Rechtsgrund zur Seite, um die streitigen Aktien der Erbschaft der Frau Schwalb zu entfremden und seiner Mutter zu überlassen. — Sollte aber die Ausscheidung der streitigen Aktien aus dem Depot der Frau Schwalb und die Bildung eines neuen Depots für die Mutter des Beklagten ohne Vorbehalt des Verfügungsrechtes zugunsten der Frau Schwalb auf den Brief des Beklagten vom 7. Januar hin von der Schweizerischen Bankgesellschaft gerade noch unmittelbar vor dem Tode der Frau Schwalb ausgeführt und damit die Schenkung noch zu Lebzeiten der Frau Schwalb ausgerichtet worden sein, so wäre dies auf eine Überschreitung des dem Beklagten erteilten Auftrages zurückzuführen, der, wie ausgeführt, keinesfalls dahin aufgefasst werden könnte, die streitigen Aktien seien noch vor ihrem Tode vorbehaltlos an die Mutter des Beklagten zu verschenken. Im einen wie im andern Falle schuldet der Beklagte den Erben der Frau Schwalb Schadenersatz wegen unbefugter Verfügung über das Bankdepot, wozu ihn die erteilte Vollmacht legitimierte (aber nicht berechnigte), und zwar besteht der zu ersetzende Schaden aus dem Werte der Aktien im Zeitpunkte der Wegnahme, weil dadurch dem Testamentsvollstrecker verunmöglicht wurde, seinerseits darüber zu verfügen, insbesondere sie alsbald zum damaligen noch guten Kurse zu verkaufen. Infolge des seitherigen Kurssturzes kann daher der Ersatz nicht mehr in gleichartigen Aktien, sondern nur noch in Geld geleistet werden und zwar im Umfang des damaligen Kurswertes der Aktien. Dass von der derart ermittelten Ersatzsumme der Bereicherungsanspruch der Klägerschaft gegen die Mutter des Beklagten abgezogen werde, hat der Beklagte nicht verlangt.

**72. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung
vom 8. November 1932 i. S. Roller u. Kons. gegen Lüscher.**

Die Haftung des vollmachtlosen Stellvertreters gegenüber dem Vertragsgegner für den zufolge Ablehnung der Genehmigung des Vertrages durch den Vertretenen diesem entstandenen Schaden ist eine vertragsähnliche. Die Bestimmungen über das Vertragsrecht sind ergänzend beizuziehen. Auch die Vorschrift des Art. 403 OR ist analog anwendbar.

Aus dem Tatbestand :

Die Beklagten, Mitglieder der vom Gemeinderat von Laufenburg bestellten Baukommission, beauftragten den Kläger, für die genannte Gemeinde ein Projekt für eine Badeanstalt auszuarbeiten, dessen Bezahlung die Gemeinde nachher verweigerte, weil die Beklagten ohne Vollmacht gehandelt hatten und die Gemeinde den Auftrag nicht genehmigte.

Der Kläger erhob daher gegen die Beklagten Klage mit dem Begehren, diese seien solidarisch zu verpflichten, ihm den zufolge der Nichtgenehmigung des Vertrages entstandenen Schaden zu ersetzen.

Das Bundesgericht hat den Anspruch anerkannt.

Aus den Erwägungen :

Was den Art. 403 OR anbelangt, so ist richtig, dass es sich hiebei um eine aus einem bestehenden Auftragsverhältnis fließende vertragliche Haftung handelt, während vorliegend kein Vertrag zustande gekommen ist. Trotzdem beruht aber die Haftung aus Art. 39 OR nicht auf einer unerlaubten Handlung, weil sie ja kein Verschulden voraussetzt. Das Verhalten des vollmachtlosen Stellvertreters stellt einen (unter Umständen auch unverschuldeten) Verstoß gegen die Pflichten dar, welche durch den Eintritt in Vertragsverhandlungen entstehen; daran knüpft das Gesetz Rechtsfolgen, die ihrem rechtspolitischen