

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 berechtigte), 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

Charakter nach die Vertragsfolgen teilweise ersetzen sollen (vgl. v. TUHR, OR I S. 322; RABEL, Der sog. Vertrauensschaden im schweizerischen Recht, ZSR NF Bd. 27 S. 325; BGE 15 S. 451 Erw. 5). Die Haftung beruht also auf einem unvollkommenen Vertragstatbestand und ist daher eine vertragsähnliche. Es rechtfertigt sich daher, die Bestimmungen über das Vertragsrecht ergänzend beizuziehen (vgl. auch BECKER, Kommentar zu Art. 26 OR Note 1 S. 100 und zu Art. 39 OR Note 4 S. 154; a. A. OSER, Kommentar II. Auflage zu Art. 39 OR Note 7 S. 261; BURCKHARDT, Die Revision des schweizerischen OR in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, ZSR NF Bd. 22 S. 498; SIMONIUS, Über den Ersatz « aus dem Dahinfallen des Vertrages » erwachsenen Schadens, ZSR NF Bd. 37 S. 232). Das ruft aber auch einer analogen Anwendung des Art. 403 OR; denn wenn mehrere gemeinsame Auftraggeber, falls sie für sich selber einen Auftrag erteilen, solidarisch haften, so rechtfertigt sich eine derartige Solidarität auch, wenn sie als Stellvertreter ohne Vollmacht gemeinsam für einen Dritten aufgetreten sind und in der Folge mangels Genehmigung durch den Vertretenen dem Vertragsgegner gegenüber haftbar wurden.

### 73. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. November 1932

#### i. S. Migros A.-G. gegen Tanner und Baumgartner.

Eine Klage wegen unlauteren Wettbewerbes kann auch von einem Betroffenen, der nicht ausdrücklich persönlich angegriffen wurde, angehoben werden.  
OR Art. 48.

Der eingeklagte Zeitungsartikel der Beklagtschaft (Migros A.-G.) stellt sich als eine Geschäftsreklame auf dem Gebiete des Kaffeehandels dar. Sein Zweck ist offensichtlich der die Vorteile, welche die Migros A.-G. den Konsumenten bietet oder zu bieten glaubt, in möglichst helles Licht zu rücken

und ihre Leistungen über diejenigen der Klägerin zu stellen. Dabei hat die Beklagtschaft freilich keine bestimmten Namen, also auch nicht denjenigen der Klägerin, ausdrücklich genannt. Die Beklagtschaft hält dieser daher in erster Linie die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation entgegen. Dieser Einwand ist jedoch nicht begründet. Art. 48 OR erkennt einen Unterlassungs- und allfälligen Schadenersatzanspruch ganz allgemein demjenigen zu, der durch unwahre Auskündigung oder andere Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigt wird; dazu bedarf es aber keineswegs eines unmittelbar gegen bestimmte Konkurrenten gerichteten Angriffs. Jede irreführende, schwindelhafte Reklame, wie überhaupt jede unrichtige Angabe über geschäftliche Verhältnisse, welche den Anschein eines besonders günstigen Angebotes erweckt, kann geeignet sein, andere Gewerbetreibende, insbesondere diejenigen, die in demselben Geschäftszweig tätig sind, in ihrer Kundschaft zu beeinträchtigen; denn wer durch ein solches Gebahren Kunden an sich lockt, entzieht diese gleichzeitig seiner Konkurrenz. In solchen Reklamen wird aber äusserst häufig nicht auf bestimmte mit Namen genannte Konkurrenten Bezug genommen, sondern die betreffenden Gewerbetreibenden beschränken sich oft darauf, ihre eigenen Leistungen ganz allgemein denjenigen der Konkurrenz gegenüberzustellen. Wieso nun die Betroffenen sich gegen ein derartiges Gebahren — durch das sie unter Umständen in gleichem Masse gefährdet bzw. geschädigt werden, wie wenn der Angriff direkt gegen sie erfolgte — nicht sollten zur Wehre setzen können, ist schlechterdings nicht erfindlich. Bei der gegenteiligen Auffassung würde für eines der wichtigsten Gebiete des Wettbewerbes der Schutz gegen illoyales Gebahren in einer Weise beschränkt, die geradezu auf eine Schutzlosigkeit hinauslaufen würde; denn derjenige, der sich nicht scheut, die Leistungen seiner Konkurrenten durch unwahre Angaben herunterzumachen, um dadurch seine