

die Beklagte dagegen berechnete, ohne Realangebot ihrerseits Frist anzusetzen. Das hat sie am 26. November 1927 in unzweideutiger Weise getan; hinsichtlich der Einwendung, die Frist sei zu kurz gewesen, ist auf die zutreffenden und erschöpfenden Erwägungen des Handelsgerichtes zu verweisen. Der Rücktritt der Beklagten war deshalb gültig, und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen, soweit es die Feststellungsbegehren 1 und 2 der Klage abgewiesen hat.

Damit fällt aber auch das Klagebegehren 3 als unbegründet dahin, denn wenn der Vertrag durch den Rücktritt der Beklagten aufgehoben wurde, fiel auch die Verpflichtung zur Verzinsung der Summen von 6841 Fr. 40 Cts. und 12,318 Fr. dahin.

6. — Hinsichtlich des vierten Rechtsbegehrens der Klage hat das Handelsgericht zum vorneherein den Zinsfuß von 6 auf 5 % herabgesetzt, was von den Klägern nicht angefochten worden ist. Diese haben auch keinen Einspruch dagegen erhoben, dass von der so reduzierten Zinssumme von 4726 Fr. eine Gegenforderung der Beklagten von 2610 Fr. 20 Cts. in Abzug gebracht worden ist.

Der Berufungsantrag der Beklagten, es sei auf Punkt 4 der Klage überhaupt nicht einzutreten, da hier die *exceptio rei iudicatae* erhoben werden könne, ist ohne weiteres abzulehnen. Da im ersten Prozess die Faktoren der Verzinsung nicht beurteilt worden sind, kann von einem rechtskräftigen Entscheid darüber nicht die Rede sein. Die Genfer Gerichte hatten in dem vom Bundesgericht bestätigten Erkenntnis lediglich *intérêts de droit* zugesprochen, das heisst die nach Gesetz geschuldeten Zinse, sodass die Höhe für den Streitfall einem spätern Verfahren vorbehalten blieb. Wenn nun aber die Beklagte eventuell Abweisung des Klagebegehrens No. 4 verlangt hat, setzte sie sich in einen offensichtlichen Widerspruch mit ihrer Einrede der abgeurteilten Sache, denn dass grundsätzlich Zinse geschuldet sind, war damals schon erkannt worden.

So bleibt nur noch die Frage streitig, ob die Vorinstanz

von dem an Zins nach Abzug der Gegenforderung geschützten Betrag von 2115 Fr. 80 Cts. wiederum Zins zu 5 % seit der Fälligkeit, d. h. seit dem 12. November 1927 zusprechen durfte, oder ob sie damit gegen Art. 105 Abs. 3 OR verstossen hat. Die Frage ist in letzterem Sinne zu entscheiden; Verzugszinse dürfen nach dem klaren Wortlaut von Art. 105 Abs. 3 auch von der Betreibung oder Klage an keine Verzugszinsen tragen (VON TUHR, OR I 62, II 543/44, a. A. OSER-SCHÖNENBERGER, Kommentar N. 4 zu Art. 105 OR).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung der Kläger wird abgewiesen.

70. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Oktober 1932 i. S. Frutiger und Lanzrein und Konsorten gegen A.-G. für Dornier-Flugzeuge.

Erhöhung des Werklohnes gemäss Art. 373 Abs. 2 OR zufolge des Auftretens ausserordentlicher Umstände, die nach den von den Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren (andere Beschaffenheit des vom Bauherrn dem Unternehmer zur Ausführung von Auffüllarbeiten angewiesenen Baggermaterials).

Aus dem Tatbestand :

Die Beklagte übertrug der Klägerschaft die Herrichtung ihres Flugplatzes bei Altenrhein, wozu auch Terrainauffüllungen nötig waren. Als Materialgewinnungsstelle wurde den Unternehmern der Seegrund mindestens 50 m ausserhalb dem Werftgelände angewiesen, wobei im Baubeschrieb ausdrücklich erwähnt wurde : « Das zur Gewinnung zur Verfügung stehende Material besteht laut dem Ergebnis einiger Sondierungen, die den Unternehmern zur Einsicht zur Verfügung stehen, aus Rheinletten und feinem, vollständig reinem Sand, dem stellenweise kleine Kiesel beigemischt sind... » Bei der Ausführung der

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. c. verneint.

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