

## S. 423 / Nr. 71 Obligationenrecht (d)

BGE 58 II 423

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

Regeste:

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. o. verneint.

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

Seite: 424

Schweizerischen Bankgesellschaft in Zürich ein auf ihren Namen lautendes Depot, das u. a. 4020 Aktien der La Industrial Paraguaya S. A. umfasste, und erteilte in der bezüglichen Vereinbarung mit der Schweizerischen Bankgesellschaft dem Beklagten, Heinrich Kubny-Kotzian, ihrem Neffen, a 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 138000 Pes. 6% Ceduals 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 Paraguaya 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

Seite: 425

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 Cedulae Hypothecarias in Argentinien Schenkungsbestimmungen getroffen hat, nun dieses Depot F 7437 gänzlich aufzulösen. Die verbleibenden Titel «Aktien La Industrial Paraguaya 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 Paraguaya S. A. Buenos Aires verkaufen zu lassen, was im Laufe des Sommers 1929 geschah. Als Gegenwert wurden im Laufe des Herbstes 81637 Fr. 58 Cts. vergütet.

B. - Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger «als Testamentsvollstrecker der in Höngg verstorbenen Frau Witwe Pauline Schwalb» Verurteilung des Beklagten zur Bezahlung von 83000 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

Seite: 426

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 blossе 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 100000 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

Seite: 427

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, stehen gemäss Art. 245 Abs. 2 OR unter den Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen. Daher kann ihre

Seite: 428

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