

tradiert, und übten lediglich als Depositare für diesen den Gewahrsam an denselben aus, erscheint jedenfalls als unbegründet. Eine körperliche Übergabe hat unbestrittenermaßen nicht stattgefunden, sondern der Besitzerwerb Gittermanns könnte sich nur auf ein *constitutum possessorium* gründen; zum Nachweis eines solchen hätten die Beklagten darzuthun; daß der beidseitige übereinstimmende Vertragswille die Parteien auf Besitzübertragung an den Erwerber gerichtet gewesen, und die körperliche Übergabe an diesen auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses unterblieben sei, demzufolge die Titel noch im Gewahrsam der Veräußerer bleiben sollten. Allein dieser Nachweis ist nicht erbracht. Die Beklagten behaupten, aus dem dem Gittermann ausgestellten Vorbereau, in welchem gesagt sei, die Titel seien ihm cediert und folgen mit, ergebe sich, daß sie demselben die Übergabe angeboten hätten, und die Übergabe sei sodann dadurch wirklich zu Stande gekommen, daß sie die Titel fortan als Depositare Gittermanns aufbewahrt hätten. Als Depositare wären die Beklagten jedoch verpflichtet gewesen, demselben die Titel auf jederzeitige Aufforderung hin herauszugeben, ohne sich darauf berufen zu können, daß der Kaufpreis noch nicht völlig bezahlt war. Die Annahme eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Hinterlegungsvertrages würde danach voraussetzen, daß die Beklagten dem Gittermann den noch nicht bezahlten Kaufrest von 95 Fr. kreditiert hätten. Dies ist nicht zu vermuten, vielmehr mangels Beweises für das Gegenteil anzunehmen, daß nach der beidseitigen Parteimeinung die Titel dem Gittermann nur gegen Bezahlung des Kaufrestes sollten herausgegeben werden. Ein hinreichender Beweis dafür, daß die Beklagten sich verpflichten wollten, dem Gittermann auf erstes Begehren die Titel auch ohne gleichzeitige Bezahlung des Kaufrestes zu verabsorgen, kann nämlich unmöglich in der von ihnen hervorgehobenen Thatsache gefunden werden, daß sie die Titel in ein besonderes, mit der Aufschrift *Depot Gittermann* versehenes Couvert legten, und in der Quittung über die von Gittermann beim Abschluß des Kaufvertrages bezahlten 2803 Fr. 35 Cts. bemerkten: « les titres restent déposés chez nous. » Wie die Vorinstanz mit Recht bemerkt hat, ist der gebrauchte Ausdruck *Depot* in der Geschäftssprache vieldeutig, und es kann

in Anbetracht des Umstandes, daß Gittermann die Titel noch nicht vollständig bezahlt hatte, im vorliegenden Falle in dessen Verwendung mehr nicht gefunden werden, als die Äußerung des Willens, daß die Titel zur Übergabe an Gittermann bereit zu halten seien, bis sie derselbe gegen Entrichtung des noch verbleibenden Kaufpreises in Empfang nehme.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird als unbegründet abgewiesen, und daher das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Baselstadt in allen Teilen bestätigt.

73. Auszug aus dem Urteil vom 14. Juli 1899
in Sachen Schlosser gegen Läng.

*Verhältnis des Art. 104 O.-R. zu Art. 141 und 10 daselbst.
Rückgabe eines Schuldscheines an den Schuldner. Schenkungsweiser Nachlass? Abgrenzung des eidgenössischen und des kantonalen Rechtes.*

Der Beklagte Schlosser hatte am 1. September 1882 zu Gunsten des Klägers Läng, des Onkels seiner Ehefrau, eine „Obligation“ ausgestellt, laut welcher jener diesem 3600 Fr., verzinslich zu $4\frac{1}{2}\%$ schuldete. Bei einem Besuche der Eheleute Schlosser am 8. April 1894 übergab der Kläger der Ehefrau Schlosser u. a. diese Obligation. In der Folge erhob er Klage auf Herausgabe des Schuldscheines, indem er im Wesentlichen behauptete, er habe den Schuldtitel nicht etwa schenkungsweise herausgegeben, sondern nur auf das Vorgeben der Ehefrau Schlosser, sie möchte etwas darin nachlesen, und in der Hoffnung, denselben demnächst wieder zurückzuerhalten. Die Eheleute Schlosser (gegen welche beide die Klage gerichtet war), nahmen den Standpunkt ein, die Schuld sei schenkungsweise erlassen worden. Von beiden Seiten wurde ein umfassender Indizienbeweis geführt. Gestützt auf denselben nahm der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern an, es könnte jedenfalls nicht von einer Schenkung von Hand

zu Hand, sondern nur von einer solchen auf den Todesfall die Rede sein, dafür aber — führte er aus — mangelten die nach bernerischem Rechte vorgeschriebenen Förmlichkeiten. Er hieß daher die Klage, soweit sie gegen den Ehemann Schlosser gerichtet war, gut; gegen die Ehefrau Schlosser wurde die Klage wegen mangelnder Passivlegitimation abgewiesen.

Der Beklagte Ehemann Schlosser ergriff gegen das ihn verurteilende Erkenntnis des Appellations- und Kassationshofes die Berufung an das Bundesgericht, indem er behauptete, das angefochtene Urteil enthalte eine Verletzung des Art. 104 O.-R., wonach die Rückgabe des Schuldscheines an den Schuldner die Vermutung begründe, daß die Schuld getilgt sei.

Das Bundesgericht ist auf die Berufung wegen Inkompetenz nicht eingetreten. In den Gründen seines Urteils führt es zunächst aus, daß Art. 104 O.-R. allerdings an sich anwendbar sei, da die behauptete Rückgabe nach Inkrafttreten des schweizerischen Obligationenrechtes stattgefunden habe. Sodann fährt das Urteil fort:

Art. 104 O.-R. derogiert unzweifelhaft dem Grundsatz des Art. 141 O.-R., wonach der schenkungsweise gewährte Nachlaß durch das kantonale Recht bestimmt wird, nicht; es folgt aus der Rechtsvermutung des Art. 104 O.-R. speziell nicht etwa, daß zum schenkungsweise Nachlasse die Rückgabe des Schuldscheines an den Schuldner genüge, sondern die Form des schenkungsweise Nachlasses regelt sich gemäß Art. 10 O.-R., ungeachtet des Art. 104 O.-R., nach kantonalem Rechte. Wenn daher feststeht, daß der Rückgabe des Schuldscheines jedenfalls ein anderer Tilgungsgrund der Forderung als derjenige des schenkungsweise Nachlasses nicht zu Grunde liegt, so beurteilt sich die weitere Frage, ob ein gültiger schenkungsweise Nachlaß vorliege, nach kantonalem Rechte und es entziehen sich daher die sachbezüglichen kantonalen Entscheidungen der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Im vorliegenden Falle nun ist, nach den gesamten Vorbringen der Parteien, speziell der Beklagten vor der kantonalen Instanz, vollständig klar, daß ein anderer Tilgungsgrund der Forderung als derjenige des schenkungsweise Nachlasses völlig ausgeschlossen ist, daß es sich vielmehr nur fragen

kann, ob durch die Herausgabe der streitigen Obligation, wie sie am 8. April 1894 erfolgte, ein gültiger schenkungsweise Nachlaß vollzogen worden sei. Diese Frage aber wird von der kantonalen Instanz auf Grund der Würdigung der Beweisergebnisse positiv verneint, indem sie zu der Schlußfolgerung gelangt, sofern bei der Herausgabe der Obligation eine Schenkungsabsicht überhaupt obgewaltet habe, so habe es sich dabei jedenfalls nicht um eine Schenkung von Hand zu Hand, sondern höchstens um eine solche von Todeswegen gehandelt und diese sei wegen mangelnder Form nach kantonalem Rechte ungültig. Diese Entscheidung entzieht sich als eine kantonalmrechtliche der Nachprüfung des Bundesgerichtes und da dieselbe für das Schicksal des Rechtsstreites ausschlaggebend ist, so ist das Bundesgericht zur Beurteilung der Berufung materiell inkompetent. Daß die vorinstanzliche Entscheidung auf einer bundesrechtswidrigen Verteilung der Beweislast beruhe, kann nicht gesagt werden, da dieselbe auf der positiven Feststellung beruht, daß ein kantonalmrechtlich gültiger schenkungsweise Nachlaß jedenfalls nicht vorliege, also tatsächlich davon ausgeht, die Rechtsvermutung des Art. 104 O.-R. wäre unter allen Umständen widerlegt.

74. Urteil vom 15. Juli 1899 in Sachen Schweizerische Handelsgesellschaft gegen Stauffer.

Haft der Direktionsmitglieder einer Genossenschaft für Schaden, den diese durch Spekulationen ihres Geschäftsführers erlitten hat. Art. 715 O.-R.; Art. 113 eod. Beweislast. — Stellung des Geschäftsführers in concreto. — Thatsächliche Feststellung, inwieweit vom Bundesgericht auf Aktenwidrigkeit nachzuprüfen (Art. 81, Abs. 1 Org.-Ges.)? — Kenntnis der Generalversammlung von den Spekulationen; Décharge.

A. Durch Urteil vom 3. Februar 1899 hat das Handelsgesicht des Kantons Aargau erkannt:

Die Klägerin ist mit ihrer Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit