

mentar N. 8 zu ZGB 657, GUTBROD, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag S. 42 ff., WARNEYER, Kommentar Ziff. III zu § 313 BGB, OBERNECK, Das Reichsgrundbuchrecht Bd. I. S. 476 ff.)...

2.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 23. Juni 1931 wird bestätigt.

79. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Oktober 1931 i. S. Politische Gemeinde Rapperswil gegen Spiller.

Nichterfüllung einer begrenzten Gattungsschuld. Abweisung der Schadenersatzforderung des Käufers von Pflastersteinen aus einem bestimmten Steinbruch mangels Verschuldens des Verkäufers, wenn durch unvorhergesehene geologische Verhältnisse die Ausbeute unverhältnismässig erschwert wurde. OR Art. 97, 119.

A. — Eine Abordnung des Gemeinderates der Klägerin, Gemeinde Rapperswil, hatte am 15. Dezember 1927 den dem Beklagten, Josef Spiller, gehörenden Steinbruch in Sarnen besichtigt. Am 21. Dezember 1927 bot Spiller der Gemeinde Rapperswil schriftlich Kleinpflastersteine im Masse von 8/10 samt den erforderlichen Rundsteinen zum Kaufe an, lieferbar in täglichen Mengen von 30 Tonnen ab 20. Mai 1928, zum Preise von 435 Fr. per Wagen zu 10 Tonnen bei Abnahme von 100 bis 150 Wagen im Ganzen, franco Station Sarnen. Am 4. Januar 1928 bestätigte der Beklagte den Empfang einer durch das Telephon gemachten Bestellung der Klägerin von ca. 125 Wagen Kleinpflastersteinen gemäss Offerte vom 21. Dezember 1927. Im Namen des Gemeinderates bestätigte am 5. Januar 1928 auch die Baukommission der Stadt Rapperswil den « Auftrag », doch beschränkte sie die Lieferung in ihrem Brief auf ca. 120 Wagen.

Am 21. April 1928 schrieb die Klägerin dem Beklagten : « Am 16. April laufenden Jahres liessen Sie uns... durch Ihren Vertreter mündlich erklären, dass Ihnen die Erfüllung Ihrer Lieferungspflicht nicht möglich sei. Da wir mit der Fertigstellung der Strasse nicht zuwarten können, sehen wir uns veranlasst, Ihnen den Auftrag daher zu entziehen und uns anderweitig einzudecken. Für den uns daraus entstehenden Schaden machen wir Sie verantwortlich. » Die Eröffnung des Beklagten, dass er nicht erfüllen könne, war damit begründet worden, dass sich im Frühjahr 1928 im Steinbruch in Sarnen unerwartete Schwierigkeiten gezeigt hätten, indem ganze Bänder von Schutt zum Vorschein gekommen seien ; auch habe sich herausgestellt, dass die Formation des guten Gesteins stark « berg einfallend » sei.

Am 4. Mai 1928 antwortete der Beklagte auf eine Anfrage der Klägerin, ob er nicht wenigstens ein gewisses Quantum Steine liefern könne : « Nachdem Sie mir mit dem oben erwähnten Schreiben den mir erteilten Auftrag leider entzogen haben, sah ich mich veranlasst, meine Lieferungsdispositionen zu ändern, sodass ich nunmehr wirklich nicht in der Lage bin, Ihrem Wiederauftrag zu entsprechen. » Am 26. Mai 1928 berichtete die Klägerin dem Beklagten, es sei ihr mit grosser Mühe und vielen Kosten gelungen, die nötigen Pflastersteine auf den massgebenden Termin durch die Firma Losinger & Cie. aus dem Waadtland zu beziehen. Es seien ihr aber Mehrkosten in der Höhe von 5916 Fr. erwachsen, für welche sie den Beklagten verantwortlich mache. Darauf erwiderte der Beklagte mit Brief vom 1. Juni 1928 : « Ich bedaure sehr, dass Sie auf die Vorschläge meines Vertreters, des Herrn Graf, nicht eingegangen sind, der Ihnen am 16. April in Rapperswil die Proposition unterbreitete, Ihre Bestellung derart zu effektuieren, dass 60 Wagen ab Bruch Sarnen und 60 Wagen ab Bruch Wolfenschiessen geliefert werden sollen, beide Lieferungen innert vorgeschlagener Lieferfrist. Demzufolge finde ich, Sie sollten Ihre Mehrkostenforderung im vorerwähnten Schreiben fallen lassen. »

B. — Am 30. November 1928 hat die Politische Gemeinde Rapperswil gegen Josef Spiller Klage über die Streitfrage erhoben:

« Ist der Beklagte gerichtlich zu verhalten, als schuldig und sofort zahlbar gegenüber der Klägerin anzuerkennen den Betrag von 5916 Fr. nebst 5^o/_o Zins seit 25. Mai 1928? »

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.

C. — Das Kantonsgericht des Kantons Unterwalden ob dem Wald hat die Klage am 17. Januar 1931 abgewiesen, nachdem es, namentlich über die geologischen und Ausbeutungsverhältnisse im Steinbruch Sarnen des Beklagten, eine Expertise eingeholt hatte.

D. — Auf Appellation der Klägerin hat das Obergericht des Kantons Unterwalden ob dem Wald die Klage ebenfalls abgewiesen.

E. — Gegen diesen Entscheid hat die Klägerin rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen und den Antrag gestellt, die Klage sei gutzuheissen.

F....

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Schuld des Beklagten, Pflastersteine zu liefern, war an sich eine Gattungsschuld, d. h. Gegenstand der Obligation waren nicht individuelle, sondern der Gattung nach bestimmte Sachen. Immerhin lag keine gewöhnliche Gattungsschuld vor, sondern eine sogenannte begrenzte Gattungsschuld, bei der das bestellte Quantum aus einem beschränkten Vorrat von Gattungssachen, hier aus dem Steinbruch des Beklagten in Sarnen, zu liefern war (von TUHR OR I S. 51). Bei der gewöhnlichen Gattungsschuld tritt Unmöglichkeit der Leistung nicht ein, so lange die Gattung vorhanden ist und der Schuldner die nötige Menge ohne unerschwingliche Mühe und Aufwendungen an einem andern als dem vorgesehenen Orte beschaffen kann, während bei der gemischt generischen Obligation der Schuldner mit Untergang des Vorrates

frei wird (von TUHR, OR I S. 51, II S. 496, insbesondere Note 16). Es leuchtet ohne weiteres ein, dass dieser Unterschied im vorliegenden Fall von Belang ist, denn wenn der Beklagte lediglich Steine bestimmter Qualität zu leisten gehabt hätte, und nicht speziell solche aus dem Steinbruch in Sarnen, hätte er sich grundsätzlich auf die in Sarnen eingetretene Unmöglichkeit der erwarteten Ausbeute nicht berufen können, sondern anderswo, z. B. bei der spätern Bezugsquelle der Klägerin in Bex, wenn auch unter gewissen Schwierigkeiten, umsehen müssen.

2....

3. — Die Expertise hat die im Steinbruch in Sarnen eingetretenen Veränderungen geradezu unter den Begriff der höhern Gewalt geordnet. Auf diese Auffassung sind die kantonalen Gerichte jedoch mit Recht nicht eingetreten, denn erstens braucht der Frage der höhern Gewalt nicht nachgegangen zu werden, wenn nach Gesetz für die Befreiung des Beklagten Schuldlosigkeit genügt (OR 97 u. 119), und zweitens muss das Ereignis, damit höhere Gewalt vorliege, wenigstens nach der objektiven Theorie, der das Bundesgericht näher steht (BGE 4 S. 474 24 II S. 634 EXNET, Der Begriff der höhern Gewalt, GRÜNHUT's Zeitschrift Bd. 10 S. 497, OSER, Kommentar Ziff. 2 zu Art. 487), ausser dem Betriebskreis des beklagten Unternehmens entsprungen sein, was bei den hier vorliegenden geologischen Verhältnissen wohl nicht zutrifft.

Die Vorinstanz hat auf das Zeugnis Bernat, auf den Augenschein des Kantonsgerichtes und auf folgende Ausführungen des Sachverständigen abgestellt: Dieser habe verschiedene Male Gelegenheit gehabt, den Steinbruch Sarnen zu besichtigen und die Veränderung der Felsstruktur zu konstatieren. Die für die Sprengarbeiten günstigen kleinen Bänke unterhalb der untern grossen Felsenschicht seien verloren gegangen, während diese selbst bergwärts falle. Die Sprengungen in der grossen Bank wären einerseits sehr kostspielig, andererseits

würden sie den guten Stein demolieren, weshalb davon abgesehen werden müsse. Dazu habe sich noch der weitere Übelstand ergeben, dass sich die Schichten auf einmal viel stärker bergewärts geneigt hätten, als früher, sodass bei Sprengungen die obere Schichten einfach nach unten nachgegeben hätten, mit dem Resultat, dass das Rohmaterial nur mit grösster Mühe habe heraufgebracht werden können. Zufolge dieser Verhältnisse sei der Abbau im Jahre 1928 stark gehindert und die Produktionsfähigkeit erheblich gemindert worden. Eine so bedeutende Veränderung der Schichtenlage, wie sie hier zu Tage getreten sei, habe der Experte bisher noch nie konstatiert.

Diese Ausführungen erweisen sich somit als tatsächliche Feststellungen des Obergerichtes, an die das Bundesgericht gemäss OG Art. 81 gebunden ist. Die Frage, ob das Gutachten aus dem Rechte zu weisen gewesen wäre, weil sich der Experte auch über Rechtsfragen verbreitete, gehört nicht dem Bundeszivilrecht an und ist durch die Vorinstanz übrigens nach kantonalem Prozessrecht offenbar mit Recht verneint worden, denn es stand ihr ja frei, die rechtlichen Bemerkungen des Gutachtens einfach ausser Acht zu lassen. Die Klägerin hat ausserdem gerügt, dass die Einvernahme des beklaglichen Vertreters Graf durch das Gericht zwar abgelehnt worden sei, dass sich der Experte aber dennoch auch auf Erkundigungen gestützt habe, die bei diesem Graf eingeholt worden seien. Auch diese Frage ist jedoch eine solche der Beweiswürdigung, und sie ist vom kantonalen Prozessrecht beherrscht.

Prüft man nun an Hand dieser tatsächlichen Ergebnisse das angebliche Verschulden des Beklagten, so muss es verneint werden. Es handelte sich um Verhältnisse in der Natur, auf die er keinen Einfluss hatte. Ihnen zu begegnen und die Ausbeute aus den verfügbaren Schichten so zu fördern, dass er hätte erfüllen können, wäre für ihn nicht erschwinglich gewesen. Umgekehrt steht nach dem Beweisverfahren fest, dass andere Abnehmer bei derar-

tigen Schwierigkeiten des Steinlieferanten Nachsicht üben, d. h. dass solche Verhältnisse im Verkehrsleben der Branche allgemein nicht als Verschulden gewertet werden.

Die Klägerin kann sich nicht darauf berufen, dass der Beklagte in diesem Falle wenigstens hätte leisten sollen, was ihm möglich gewesen sei, denn er hat ja ein solches Angebot gemacht, und sie hat es abgelehnt. Daraus ergibt sich, dass er für den ihr erwachsenen Schaden überhaupt nicht haftbar ist.

Endlich kann nicht geltend gemacht werden, der Beklagte hätte den Vertrag überhaupt nicht abschliessen sollen. Daraus hätte die Klägerin nur eine Schadenersatzforderung ableiten können, wenn sie behauptet hätte, er habe das Versiegen der Ausbeute schon bei Abschluss des Vertrages im Vorjahr vorausgesehen oder bei gehöriger Sorgfalt voraussehen können; das hat sie aber nicht getan und auch nicht tun können.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Unterwalden ob dem Wald vom 23. Juni 1931 wird bestätigt.

80. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. Oktober 1931 i. S. Hoppe-Moser gegen Wyss u. Kons.

Schenkung, OR Art. 242 ff.:

Inwiefern ist Besitzesübertragung Voraussetzung der Gültigkeit?

Auflage, wodurch sich der Schenker die Oberverwaltung vorbehält.

Die 1925 verstorbene Mutter der Klägerin hatte 1913 im Namen von vier in den Jahren 1902 bis 1906 geborenen Kindern eines Verwandten bei der Zürcher Kantonalbank eigene Wertschriften hinterlegt und dabei bestimmt, dass die Zinsen (nach Abzug der Verwaltungskosten) in von