

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 beklagten 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

ihr selbst auszuwählenden und dann dem Depot beizufügenden Wertschriften anzulegen seien, dass jedem der Geschwister bei Vollendung des 25. Lebensjahres sein Anteil herauszugeben sei, dass bei vorherigem Tod eines der Geschwister dessen Anteil auf « die andern Geschwister resp. Deponenten » übergehe, und dass Depotschein, Kontokorrentauszüge und die bezüglichen Korrespondenzen an sie selbst zu senden seien. Den Eltern der Kinder schrieb sie, sie schenke diesen unter den erwähnten Bedingungen 200,000 Fr., womit jene ihr Einverständnis erklärten. Den Depotschein übergab die Schenkerin unter Mitteilung an die Kantonalbank zunächst dem Vater der Beschenkten; später verwahrte sie ihn selbst.

Nach dem Tode der Schenkerin erhob deren Tochter gegen den Testamentsvollstrecker und die mit Vermächtnissen Bedachten die vorliegende Klage mit dem Antrag auf Feststellung, dass die derart geschenkten Wertschriften gemäss Art. 475 und 527 (Ziff. 3) ZGB zum Nachlasse hinzuzurechnen seien und dass ihr Pflichtteil von dem um diese Summe vermehrten Nachlasse zu berechnen sei, unter entsprechender Herabsetzung der von der Erblasserin ausserdem ausgesetzten Vermächtnisse.

Die Klage wurde von allen Instanzen abgewiesen, vom Bundesgericht u. a. aus folgenden

#### *Erwägungen :*

Die geschenkten Wertschriften sind gemäss Art. 475, 527 Z. ff. 3 ZGB (zum Zwecke der Berechnung und eventuell Ergänzung des Pflichtteils der Klägerin) zur Erbschaft hinzuzurechnen, wenn die Schenkung (von der Erblasserin frei widerrufen werden konnte oder) erst während der letzten fünf Jahre vor ihrem Tode ausgerichtet wurde, und umso mehr, wenn sie erst nach ihrem Tod ausgerichtet war, nämlich bei der Vollendung des 25. Lebensjahres der drei überlebenden Beschenkten in den Jahren 1927 ff.

Nach der Auffassung der Klägerin soll die für die

Eigentumsübertragung unerlässliche Besitzesübertragung ausgeblieben sein, mindestens bis zum Tode der Erblasserin. Allein schon vor der Hinterlegung hatte die Erblasserin der Kantonalbank erklärt — und war diese einverstanden —, dass die Wertschriften für die beschenkten Kinder, und zwar in deren Namen, zur Verwaltung und Verwahrung entgegenzunehmen seien, was gegen eine blosser Hinterlegung zugunsten der beschenkten Kinder als Dritter spricht. Sinngemäss verurkundete die Kantonalbank im Depotschein, dass die Geschwister Sulzer-Wart ihr die Wertschriften zur Aufbewahrung übergeben haben, wogegen die Erblasserin nichts einwendete, ebensowenig wie dagegen, dass alle das Depot betreffenden Mitteilungen an die Geschwister Sulzer-Wart adressiert (jedoch, wie es die Erblasserin verlangt hatte, an sie selbst zugestellt) wurden. Dass die Kantonalbank hiezu Hand bot, ohne eine ausdrückliche Vollmacht der Beschenkten zu verlangen, ist unter den gegebenen Umständen leicht verständlich. Nur folgerichtig war es, dass die Erblasserin dann den Depotschein dem Vater der Beschenkten übergab — und zudem die Kantonalbank hievon benachrichtigte —, was weder durch den Zweck der Beweissicherung noch der Geheimhaltung zureichend erklärt wird; hätte für erstere doch irgendwelche Bescheinigung der Kantonalbank ausgereicht, und hinderte letzterer die Erblasserin nicht, später den Depotschein doch wieder zu sich zurückzunehmen, wohl zur Erleichterung der vorbehaltenen Verwaltung. Folgerichtig war auch, dass die Depotgebühren der Depotrechnung zu belasten und somit von den Beschenkten zu tragen waren.

In dieser Hinterlegung im Namen der Beschenkten in Verbindung mit der Aushändigung des Depotscheines an deren gesetzlichen Vertreter, Entgegennahme desselben durch ihn und Mitteilung an den Depositar liegt eine Besitzanweisung im Sinne des Art. 924 ZGB. Dieser Betrachtungsweise steht es nicht entgegen, dass die Erblasserin gewisse Verwaltungsbefugnisse, die regel-

mässig dem Hinterleger zustehen, zunächst sich vorbehielt (und für den Fall ihres Todes bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres der Beschenkten dem Vater derselben einräumte). Sie übte diese Befugnisse als Vertreterin der Beschenkten aus, wozu die mit der Schenkung verbundene, die gesetzlichen Verwaltungsbefugnisse des Vaters der Beschenkten vorderhand ausschliessende Auflage sie ermächtigte, und dementsprechend verkehrte die Kantonalbank in der eben geschilderten Weise mit der Erblasserin und wünschte nach dem Tode des einen Beschenkten, dass die Erblasserin auf dem Depotschein für das aufgehobene Depot seines Teiles «namens der Geschwister Sulzer-Wart» quittiere, zu welchem Zwecke die Ermächtigung nach der Natur des Geschäftes den Tod überdauerte. (Aus dem gleichen Rechtsgrund übte seit dem Tode der Erblasserin der Vater der Beschenkten auch nach deren Volljährigkeit bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres die Verwaltung aus.) Selbst wenn man der Klägerin zugestehen will, dass die Erblasserin wegen der vorbehaltenen Verwaltung im Besitze der hinterlegten Wertschriften geblieben sei, so verschaffte doch die Verpflichtung der Kantonalbank, die Wertschriften für die Beschenkten zu verwahren, also ohne deren Zustimmung nicht etwa der Erblasserin ersatzlos zurückzugeben, diesen den Mitbesitz (im weitern Sinne des Gesamtbesitzes verstanden), der nicht voraussetzt, dass die mehreren Besitzer zum gleichen Zwecke besitzen (was ja auch bezüglich des Inhaltes eines Tresorfaches nicht zutrifft; vgl. OSTERTAG, Note 31 vor Art. 919 ZGB), also auch hier angenommen werden darf, wo die Beschenkten Eigenbesitz, die Erblasserin unselbständigen, beide bloss mittelbaren Besitz hatten. Einräumung solchen Mitbesitzes genügt aber als Besitzesübergang, wie Art. 714 ZGB ihn für die Eigentumsübertragung an Fahrnis, ja sogar wie Art. 884 ZGB ihn für deren Verpfändung fordert (vgl. OSTERTAG, Note 26 vor Art. 919 ZGB). Und zwar auch bei der Schenkung. Freilich hat die bisherige Rechtsprechung

des Bundesgerichts (BGE 47 II S. 118 Erw. 2) ein blosses *constitutum possessorium* für die Schenkung von Hand zu Hand nicht genügen lassen, weil es formlose Schenkungen ermöglichen würde, was mit dem Formzwang beim Schenkungsversprechen im Widerspruch stünde, insbesondere dem Schenker die Tragweite der Schenkung nicht zum Bewusstsein brächte. Immerhin verlangt die Rechtsprechung nicht geradezu die körperliche Übergabe, sondern lässt die Besitzanweisung genügen (vgl. BGE 52 II S. 368), woran festzuhalten ist. Jedenfalls kommt die Entäusserung in genügender Intensität, viel deutlicher als beim Besitzeskonstitut, allermindestens ebenso deutlich wie beim schriftlichen Schenkungsversprechen, demjenigen zum Bewusstsein, welcher Wertschriften auf den Namen des Beschenkten hinterlegt, auch wenn er sich die Oberverwaltung vorbehält, da er sich unmöglich einer Täuschung darüber hingeben kann, dass er die Wertschriften gegen den Willen des Beschenkten nicht mehr zurückerhält. Vorliegend war diese Hinterlegung zudem von einem schriftlichen Schenkungsversprechen an den gesetzlichen Vertreter der Beschenkten begleitet. Infolgedessen fehlt es an einem zureichenden Grunde dafür, bei der in Erfüllung dieses Versprechens vorgenommenen Besitzesübertragung die besondere Förmlichkeit zu verlangen, die nach dem Gesagten vielmehr als Ersatz für die Förmlichkeit des Schenkungsversprechens gedacht ist, wo es an einem solchen fehlt. Dementsprechend verlangt denn das Gesetz (Art. 242 OR) die Übergabe nur bei der Schenkung von Hand zu Hand, ohne aber für die Besitzesübertragung in Erfüllung eines formgültigen Schenkungsversprechens ein besonderes Erfordernis aufzustellen (so auch OSTERTAG, Note 10 zu Art. 924 ZGB).