S. 395 / Nr. 74 Obligationenrecht (d)

BGE 63 II 395

74. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Dezember 1937 i. S. Meyer und Settele gegen Lussy und Konsorten.

Regeste:

OR Art. 242, Abs. 1: Die Schenkung von Hand zu Hand kann wirksam durch Besitzeskonstitut erfolgen (Änderung der Rechtsprechung).

Die Vorinstanz hat die nicht versteuerten Wertschriften nicht zur Erbschaft des Goar Anton Meyer gerechnet und diese daher nur auf Fr. 53878.75 gewertet, indem sie davon ausgegangen ist, er habe jene Wertschriften noch zu Lebzeiten seiner Ehefrau rechtswirksam geschenkt, ungeachtet der Eigentums- bzw. Besitzübertragung durch blosses constitutum possessorium, im Gegensatz zu BGE 47 II 115, im Anschluss an die Kritiken dieser Entscheidung von E. REICHEL, Juristenzeitung I S. 87; J. ROSSEL, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 1922, 345; BECKER, Note 2 zu OR 242; OSER-SCHÖNENBERGER, Note 38 zu OR 239. Demgegenüber hatte seinerzeit das Bundesgericht das Besitzkonstitut nicht für eine Schenkung von Hand zu Hand als genügend gelten lassen. weil Art. 242 OR die «Übergabe der Sache» vom Schenker an den Beschenkten fordert. Indessen drückt sich Art. 184 OR nicht anders aus bezüglich der Lieferung des Kaufgegenstandes, die nichtsdestoweniger anerkanntermassen auch durch jeden möglichen Ersatz der «Übergabe», insbesondere durch Besitzkonstitut, stattfinden kann, und hat sich eine derart enge Auslegung des Art. 242 Abs. 1 OR auch gar nicht durchführen lassen bei der Besitzeanweisung (BGE 52 II 368), die doch im gleichen Artikel wie das Besitzkonstitut, Art. 924 ZGB, als Besitzübertragung «ohne Übergabe»

Seite: 396

geordnet ist, während bei der Verpfändung, um das Besitzkonstitut auszuschliessen, ausdrücklich bestimmt worden ist (in Art. 884 Abs. 3 ZGB): «Das Pfandrecht ist nicht begründet, solange der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält». Insofern das Besitzkonstitut als untauglich für die (im übrigen formlose) Handschenkung bezeichnet wurde, weil es nicht geeignet sei, dem Schenker die Entäusserung genügend zum Bewusstsein zu bringen, um ihn vor unbedachten Schenkungen zu schützen, ist kein zureichender Unterschied gegenüber der Besitzeanweisung zu erkennen, ebenso nicht gegenüber einer rein formalen «Übergabe» im engeren Sinne und unmittelbar darauf folgenden Rückgabe auf Grund des besonderen Rechtsverhältnisses, kraft dessen der Schenker im Besitz der verschenkten Sache verbleiben soll. Es ist nicht einzusehen, wieso der Schenker eines weitergehenden als des in Art. 249 OR vorgesehenen Schutzes bedürfen sollte, ausser dass sein animus donandi klar und eindeutig zum Ausdruck zu kommen hat, womit gleichzeitig auch dessen Erben genügend geschützt werden, und ebenso, in Verbindung mit der paulianischen Anfechtungsklage, dessen Gläubiger, denen das Gesetz offenbar keinen weitergehenden Schutz gewähren wollte (auch nicht denjenigen aus Art. 188 ZGB, BGE 61 II 314). Das hier in Frage stehende Erfordernis würde insbesondere die Schenkungen unter den ja weitestgehend Mitbesitz ausübenden Ehegatten in einer allzusehr an das römisch-rechtliche Verbot erinnernden und mit dessen Unterdrückung kaum zu vereinbarenden Weise erschweren. Aus allen diesen Gründen kann an der bisherigen Rechtsprechung nicht festgehalten werden