

herum — auf welchen Zeitpunkt der Beklagte den Anfang setzt — begonnen, so stellt anderseits die Vorinstanz nicht fest, dass ein Geschlechtsverkehr schon vor diesem Datum stattgefunden habe, sondern sie entscheidet gegen den Beklagten, weil er den Beweis für den von ihm behaupteten Anfangstermin nicht geleistet habe. Diese Verteilung der Beweislast stützt die Vorinstanz zu Unrecht auf Art. 314 ZGB. Hiernach ist allerdings die Vaterschaft des Beklagten zu vermuten, wenn er in der kritischen Zeit mit der Mutter des Kindes verkehrt hat, allein die Vermutung entfällt, wenn Tatsachen nachgewiesen sind, welche erhebliche Zweifel an der Vaterschaft rechtfertigen. Dahin gehört die Tatsache, dass nach dem Reifegrad des Kindes die Konzeption nicht im betreffenden Zeitpunkt erfolgt sein kann. Die Vaterschaft des Beklagten ist also, weil sein zugegebener Verkehr in die kritische Zeit fällt, zunächst zu vermuten, aber die Vermutung wird widerlegt mit dem Nachweis, dass ein am 25. November mit allen Zeichen des Ausgetragenseins geborenes Kind nicht erst um den 24. April herum gezeugt worden sein kann. Dieser Nachweis kann dem Beklagten auferlegt werden; ihm aber den Beweis dafür, dass kein früherer Geschlechtsverkehr stattgefunden hat, zuzumuten, hiesse die Beweislastverteilung von Art. 314 Abs. 1 umkehren; denn wenn der zugegebene Geschlechtsverkehr gemäss Art. 314 Abs. 2 ausser Betracht fällt, so muss eben die Vermutung des Art. 314 Abs. 1 durch Nachweis eines weiteren Geschlechtsverkehrs in der kritischen Zeit wiederhergestellt werden, und dieser Nachweis liegt, wie immer der Nachweis der Beiwohnung, der Klägerschaft ob. Es ist auch nicht möglich, mit den von der Vorinstanz angeordneten Überlegungen prozessualer Natur zu ihrem Resultat zu gelangen; denn die Beweislastverteilung ist bundesrechtlich geordnet und kann durch die kantonalen Prozessgesetze nicht abgeändert werden. Dagegen wäre natürlich die Vorinstanz frei gewesen, auf Grund des Zugeständnisses eines spätern Geschlechtsverkehrs im Zusammenhang mit

den aus den vorgelegten Briefen sich ergebenden Anhaltspunkten auf Geschlechtsverkehr schon erheblich vor dem zugegebenen Datum zu schliessen. Damit wäre sie im Rahmen der ihr zustehenden Beweiswürdigung geblieben. Allein diesen Beweisschluss hat die Vorinstanz nicht gezogen, sondern sie stellte darauf ab, dass der Beklagte den Beweis für die erst spätere Beiwohnung nicht erbracht habe; dabei liess sie die Anhaltspunkte aus jenen Briefen lediglich in dem Sinne mitsprechen, dass ihm angesichts derselben die Beweislast noch umso eher zugemutet werden könne, was allerdings ein untaugliches Argument ist.

II. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

34. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. Juni 1932 i. S. Bernet und Konsorten gegen Landwirtschaftlichen Verein Gommiswald.

Widerspruchsklage. Art. 107 SchKG.

Die Fristbestimmung des Art. 107 Abs. 2 SchKG ist zwingender Natur. Erw. 2 a.A.

Erbengemeinschaft. Art. 602 ZGB.

In dringlichen Fällen und solange, als die Dringlichkeit dauert, ist jeder Erbe befugt, von sich aus namens der Erbengemeinschaft zu handeln. Erw. 2.

Dabei kommt es auf die grundsätzliche Dringlichkeit an, gleichviel ob sich nachträglich herausstellt, dass im casu zufällig ein gemeinsames Handeln aller Erben möglich gewesen wäre. Erw. 3.

(Einschränkung der bisherigen Rechtsprechung, durch die für alle Fälle das gemeinsame Handeln sämtlicher Erben gefordert wurde.)

A. — Der im Jahre 1913 verstorbene Landwirt Leo Bernet in Gommiswald hatte durch Testament verfügt, dass sein in einem kleinen landwirtschaftlichen Betrieb bestehender Nachlass bis zum 25. Altersjahr des Sohnes

Albert, d. h. bis zum 20. Oktober 1931 ungeteilt bleibe und dass die Nutzung während dieser Zeit zunächst sämtlichen Erben und von 1919 an der Witwe zustehen solle. Im Jahre 1919 verheiratete sich die Witwe mit einem Otto Bernet, mit dem sie in der Folge die Landwirtschaft gemeinsam betrieb.

B. — Am 4. April 1930 wurden in Fortsetzung einer gegen Otto Bernet geführten Betreibung des Landwirtschaftlichen Vereins Gommiswald auf der Liegenschaft der Ehefrau und ihrer Kinder mehrere Stück Vieh und verschiedene landwirtschaftliche Gerätschaften im Gesamtschätzungswerte von 6300 Fr. gepfändet. Der anwesende Sohn erster Ehe, Albert Bernet, bezeichnete diese Objekte als Eigentum der Erbmasse des Leo Bernet, worauf « den Erben des Leo Bernet » gemäss Art. 107 SchKG Frist zur Klage angesetzt wurde. Zugestellt wurde diese Aufforderung an Albert Bernet. Binnen der zehntägigen Frist verlangten die Mutter Frau Amalia Bernet-Bernet, sowie die beiden Töchter Frau Amalia Bisang-Bernet und Frau Rosa Brägger-Bernet, vertreten durch Dr. M. Stampfli, Vorladung des Pfändungsgläubigers vor Vermittleramt. Das vierte Mitglied der Erbgemeinschaft, Albert Bernet, wurde im Begehren, wie der Anwalt erklärt, aus Versehen weggelassen. Am Vermittlungsvorstand, der nach Ablauf der zehntägigen Frist stattfand, korrigierte der Anwalt das Versehen. Albert Bernet wurde als vierter Kläger beigefügt und der Leitschein auch auf ihn ausgestellt. Die Kläger behaupten und der Vermittler bezeugt es, dass der damalige Vertreter des beklagten Vereins mit dieser Ergänzung einverstanden gewesen sei. Die Klage wurde von allen vier Erben eingereicht. Der Beklagte verlangte in erster Linie Ausweisung des Albert Bernet aus dem Verfahren, weil seine Klage nicht ordnungsgemäss eingeleitet worden sei; den übrigen Erben sodann bestritt er die Legitimation, die Widerspruchsklage allein fortzuführen.

C. — Die Klage wurde von beiden kantonalen Instanzen

abgewiesen, vom Kantonsgericht mit folgender Begründung. Der Mitkläger Albert Bernet habe nicht binnen der zehntägigen Frist des Art. 107 SchKG das Vermittlungsbegehren gestellt, das ist Klage angehoben, sondern erst nachher am Vermittlungsvorstand. Wenn die Gegenpartei damals mit dem Auftreten Bernets als vierten Klägers einverstanden gewesen sein sollte, so sei das unerheblich, weil es sich bei der Frist zur Widerspruchsklage um eine Verwirkungsfrist handle, deren Einhaltung von Amtes wegen berücksichtigt werden müsse. In der gesetzlichen Frist sei also die Klage bloss von drei der vier Miterben angehoben worden. Da gemäss Art. 602 ZGB Miterben nur insgesamt um Erbschaftsgegenstände klagend auftreten können, so fehle den drei Klägerinnen die Aktivlegitimation. Im übrigen könne der Beklagte den einzelnen Klägerinnen gegenüber die Einlassung auch gestützt auf Art. 64 der kantonalen Zivilprozessordnung verweigern (wo bestimmt ist, dass sich der Beklagte bei Unteilbarkeit der Leistung und bei solidarischem Charakter der Berechtigung solange nicht auf die von einem einzelnen Berechtigten erhobene Klage einzulassen brauche, als der Kläger nicht entweder in Gemeinschaft mit seinem Mitberechtigten auftrete oder ihm für den Fall des Unterliegens genügende Sicherheit gegen deren Ansprüche biete). Der Mutter Bernet aber als derzeitiger Nutzungsberechtigten der Erbschaft das Recht zur Klage ohne die übrigen Miterben einzuräumen, sei nicht möglich.

D. — Mit der gegen dieses Urteil rechtzeitig eingereichten Berufung verlangen die Kläger Gutheissung der Klage, eventuell Rückweisung des Prozesses zu materieller Behandlung an die Vorinstanz.

Sie machen geltend, aus Art. 107 SchKG ergebe sich keineswegs, dass eine an und für sich verwirkte Frist nicht durch Zustimmung der Gegenpartei wiederherstellbar wäre. Wer hier ausser dem Beklagten als einzigem Pfändungsgläubiger ein Interesse an der Einhaltung der Klagefrist haben könnte, das alsdann von Amtes wegen

wahrgenommen werden müsste, sei nicht einzusehen. Aus Art. 602 ZGB folge übrigens nicht, dass auch im Widerspruchsprozesse alle Erben gemeinsam auftreten müssen. In Wirklichkeit seien die Kläger in diesem Prozesse in Verteidigungsstellung, sie wehren einen Angriff auf ihr Eigentum ab. Dazu müsse jeder einzelne Miterbe berechtigt erklärt werden, selbst wenn man ihm mit der Praxis des Bundesgerichts die Berechtigung zu Verfügungen über den gemeinsamen Anspruch nicht einräumen wolle. Zum mindesten wäre anzunehmen, dass die Mutter Bernet im Namen der Erben klage, also auch des Albert Bernet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — (Berufungsvoraussetzungen.)

2. — Die Unterlassung der Widerspruchsklage binnen der zehntägigen Frist hat nach Art. 107 Abs. 3 SchKG die Verwirkung des Drittanspruches zur Folge. Nach dem hier zur Anwendung gelangenden st. gallischen Recht liegt die Klageanhebung im Vermittlungsbegehren. Musste die Klage, wie die Vorinstanz annimmt, von allen Erben angehoben werden, so war der Anspruch demnach verwirkt, wenn das Vermittlungsbegehren nicht innert der zehntägigen Frist von sämtlichen Erben, einschliesslich des Albert Bernet, gestellt wurde. Ob der Beklagte eine allfällige Versäumnis der Frist geltend machte oder ob er gar ausdrücklich auf diese Einrede verzichtete, ist unerheblich. Die Fristbestimmung des Art. 107 Abs. 1 SchKG soll ein geordnetes Betreibungsverfahren gewährleisten, ist also im öffentlichen Interesse und nicht einmal in erster Linie um des Betreibungsgläubigers willen aufgestellt. Das bedeutet, dass der Richter von Amteswegen zu prüfen hat, ob die Frist eingehalten ist.

Die Vorinstanz stützt ihre Auffassung, dass dort, wo der Anspruch einer Erbengemeinschaft zustehe, die Klage von sämtlichen Erben angehoben werden müsse, auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach einzelne Erben nicht befugt sind, zum unverteilten Nachlass gehörende

Ansprüche gerichtlich geltend zu machen, sei es auch zuhanden der Erbengemeinschaft als solcher (vgl. BGE 50 II 219 ; 51 II 269). Der Schluss aus dieser Rechtsprechung ist richtig. Es kann nach derselben nichts darauf ankommen, ob es sich um die Verfolgung eines Anspruches oder, wie hier, im Grunde genommen lediglich um die Abwehr eines Angriffes handelt ; denn die Prozessführung wurde, mit Ausnahme derjenigen, die einen Anspruch aller Erben gegen einen einzelnen von ihnen zum Gegenstande hat (BGE 54 II 243), schlechtweg der Gemeinschaft vorbehalten. Der vorliegende Fall zeigt aber die Notwendigkeit einer weiteren Einschränkung dieser Rechtsprechung.

Kommt ein gemeinsames Vorgehen wegen Uneinigkeit der Erben oder aus irgendeinem andern Grunde nicht zustande, so soll nach der bisherigen Auffassung ein gemäss Art. 602 Abs. 3 zu bestellender Vertreter für sie handeln. Dieser Weg ist, wie bei der Widerspruchsklage offenbar wird, praktisch nicht immer gangbar. Steht nur eine so kurze Frist zur Verfügung, so ist schon ungewiss, ob es den Erben auch nur gelinge, in dieser Zeit die erforderlichen Besprechungen untereinander abzuhalten, zumal wenn sie zahlreich sind und weit auseinander wohnen oder wenn nicht einmal alle Erben bekannt sind. Auch abgesehen von diesen Besprechungen genügen aber die übrigen Schwierigkeiten, um die Wahrung der Frist zum mindesten ernstlich zu gefährden : dass zunächst ein Erbe schlüssig werde, die Bestellung eines Vertreters zu veranlassen, dass er zu dem genannten Zwecke die Behörde anrufe, dass diese, was mancherorts nicht von einem Tag auf den andern geschehen kann, zusammentrete und den Vertreter ernenne, dass der Vertreter über den Sachverhalt gehörig unterrichtet werde, dass er seinerseits nötigenfalls einen Anwalt instruiere und dass so schliesslich noch rechtzeitig genug eine richtig abgefasste Klage eingereicht werde — denn nicht überall liegt, wie im Kanton St. Gallen, die Klageanhebung im Gesuch um den Vermittlungsvorstand — hat gegenteils für den

Regelfall als unmöglich zu gelten. Demgegenüber genügt es nicht, dass der einzelne Erbe inzwischen wie jeder Dritte als Geschäftsführer ohne Auftrag für die Gemeinschaft handeln kann; denn gerade die Prozessführung durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag kann praktisch Schwierigkeiten machen. Vielmehr muss dem einzelnen Erben das Recht zuerkannt werden, in allen dringenden Fällen zur Wahrung der Interessen der Erbengemeinschaft und unter Verantwortlichkeit dieser gegenüber als ihr Vertreter zu handeln und insbesondere auch in ihrem Namen zu klagen. Als dringlich sind dabei die Fälle zu erachten, wo es gilt, eine kurze Frist zu wahren oder sonstwie drohenden Schaden durch rasches Handeln von der Erbengemeinschaft abzuwenden. Hiezu gehört die Einreichung einer Widerspruchsklage. In Art. 602 Abs. 2 ZGB sind die « gesetzlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse » des einzelnen Erben gegenüber der Gesamtheit in der Tat auch vorbehalten. Wenn diese Befugnisse im Gesetz nirgends ausdrücklich umschrieben sind, so bestehen sie nichtsdestoweniger, und zwar in dem Umfange, wie sie sich für die Erbengemeinschaft als Notwendigkeit herausstellen, d. h. in den eben erwähnten Fällen von Dringlichkeit.

Bestehen bleiben die Befugnisse solange, als die Sache dringlich ist. Wird es inzwischen möglich, eine Entschliessung der Miterben zu provoziere oder durch die Behörde einen Vertreter ernennen zu lassen, so soll der einzelne Erbe nicht weiterhin von sich aus mit Wirkung für die Erbengemeinschaft handeln. Vom Zeitpunkt an, wo die Dringlichkeit aufhört, entfällt seine gesetzliche Vollmacht, es müssen entweder alle Erben gemeinsam auftreten oder es hat an Stelle des bisherigen gesetzlichen ein, sei es von der Gemeinschaft oder von der Behörde eingesetzter Vertreter zu handeln. Was speziell die Prozessführung anlangt, so ist darnach der einzelne Erbe zwar zur Anhebung der dringlichen Klage als Vertreter der Erbengemeinschaft berechtigt, aber nicht zur Fort-

setzung des Prozesses nach gewahrter Frist. Und da seine Prozessvollmacht an den Anwalt nicht weiter reichen kann, als seine materiellrechtliche Vertretungsbefugnis, so bedarf der Anwalt für die Fortsetzung des Prozesses der Bestätigung seiner Vollmacht durch die Gesamtheit der Erben oder durch den eingesetzten Erbenvertreter. Ohne solche wird ein auf den Namen der Gesamtheit der Erben gefälltes Urteil der Anfechtung aus den Nichtigkeitsgründen unterliegen, welche sich aus dem Mangel rechtmässiger Vertretung ergeben.

3. — Das Recht der Witwe Bernet und der beiden Töchter, Frau Bisang-Bernet und Frau Brägger-Bernet, als Erben namens der Erbengemeinschaft die Widerspruchsklage einzureichen, muss somit bejaht werden, ja es hätte genügt, dass die Klage durch eine von ihnen angehoben worden wäre. Sie ist auch rechtzeitig, d. h. innerhalb zehn Tagen seit der dazu ergangenen Aufforderung, eingereicht worden. Ob in casu — rückwärts gesehen — trotz der Kürze der Frist das gemeinsame Handeln aller Erben möglich gewesen wäre und lediglich aus Versehen unterblieben ist, spielt keine Rolle. Der einzelne Erbe ist grundsätzlich berechtigt, ohne seine Miterben vorzugehen, wo im Interesse der Gemeinschaft rasches Handeln geboten ist.

Fraglich erscheint nur, ob wirklich im Namen der Erbengemeinschaft innerhalb der Frist des Art. 107 SchKG geklagt worden ist. Im Rubrum der Klage, d. h. des Vermittlungsbegehrens, sind als Parteien lediglich die Witwe Bernet und die beiden Töchter aufgeführt. Allein aus dem Rechtsbegehren in Verbindung mit der Pfändungsurkunde und der Fristsetzung ergibt sich, dass im Namen aller Erben geklagt werden wollte. Es handelt sich also lediglich um eine ungenaue Bezeichnung der nach dem Klageinhalt als Erbengemeinschaft sicher bestimmten Partei, also um ein als Schreibfehler zu qualifizierendes Versehen, das nach bekanntem Grundsatz ohne weiteres zu korrigieren ist, und das der klä-

rische Anwalt denn auch bei erster Gelegenheit, nämlich im Vermittlungsvorstand, korrigiert hat.

Bei diesem Ergebnis mag dahingestellt bleiben, ob die Witwe Bernet nicht auch in ihrer Stellung als Nutzniesserin des Nachlasses zur eingereichten Widerspruchsklage legitimiert gewesen wäre.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Kantonsgerichtes von St. Gallen vom 3. Februar 1932 aufgehoben und die Sache zur materiellen Beurteilung zurückgewiesen wird.

35. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 8. Juli 1932 i. S. Wagner gegen Wagner-Kaufmann und Kinder.

Bäuerliches Erbrecht. Art. 620 ff. ZGB.

1. Befinden sich in einer Erbschaft neben einem landwirtschaftlichen Gewerbe noch andere Objekte, z. B. Miethäuser, so kann nicht ein Erbe gestützt auf Art. 620 die Zuweisung des Ganzen verlangen. Erw. 1.
2. Nebenbetrieb im Sinne von Art. 625 ist nur eine Erwerbstätigkeit, die mit dem Landwirtschaftsgewerbe in einem innern Zusammenhange steht, z. B. eine Schweinemästerei oder Fuhrhaltereie. Erw. 2.

Im Jahre 1923 starb Josef Wagner-Kaufmann, Landwirt im « Brühl » in Stans. Als Erben hinterliess er vier Söhne aus erster Ehe und eine Witwe mit fünf minderjährigen Kindern zweiter Ehe. Der unbewegliche Nachlass bestand in 2,345 ha Land, drei Wohnhäusern, einem Stall und einer Holzhütte.

Mit vorliegender Klage verlangte Eduard Wagner, ein Sohn erster Ehe, die Liegenschaften seien ihm gemäss Art. 620 ZGB zu dem von der kantonalen Güterschätzungskommission ermittelten Ertragswert von 54,000 Fr. ungeteilt zuzuweisen. Die Klage richtete sich, da die andern

Söhne erster Ehe auf die Zuweisung verzichtet hatten, gegen die Witwe und die Kinder zweiter Ehe. Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage und verlangten ihrerseits widerklageweise, dass ihnen die Liegenschaften gemäss Art. 625 ZGB zum Verkehrswert, den sie auf 60,000 Fr. schätzen, zugewiesen werden.

Von den kantonalen Instanzen wurde die Widerklage gutgeheissen, vom Bundesgericht Klage und Widerklage abgewiesen.

Aus den Erwägungen :

1. — Ein wenn auch kleines landwirtschaftliches Gewerbe ist im Nachlass vorhanden : die 2,345 ha offenen, anbaubaren Landes mit den nötigen Gebäulichkeiten, nämlich der Scheune und demjenigen der drei Häuser, das sich nach Anlage und Grösse als Wohngelegenheit für den Bewirtschafter des Heimwesens eignet. Welches der Häuser das ist, kann heute dahingestellt bleiben. Die zwei verbleibenden Häuser sind zum Vermieten da, gehören daher nicht zum landwirtschaftlichen Gewerbe. Damit ist bereits gesagt, dass das Begehren des Klägers, es seien ihm alle Liegenschaften gestützt auf Art. 620 ZGB zum Ertragswerte zuzuweisen, nicht gutgeheissen werden kann, auch wenn er die subjektiven Voraussetzungen für den Betrieb der Landwirtschaft erfüllt.

2. — Die Zuweisung an die Widerkläger wurde von der Vorinstanz in erster Linie auf Art. 625 ZGB gestützt, aber zu Unrecht.

Art. 625 regelt den Fall, wo mit einem landwirtschaftlichen Gewerbe ein anderes Gewerbe als Nebenbetrieb verbunden ist. Unter einem solchen Nebengewerbe ist eine Erwerbstätigkeit (« une industrie » sagt der französische Text) zu verstehen, die einen innern Zusammenhang mit dem Landwirtschaftsbetrieb aufweist, sei es dass z. B. die Arbeitskräfte, die Maschinen des landwirtschaftlichen Gewerbes auch im Nebenbetrieb Verwendung finden können oder umgekehrt, sei es dass die Produkte