

Form des Art. 90 OG eingehalten. Die Beschwerde kann daher als zivilrechtliche an die Hand genommen werden, obwohl sie nicht als solche bezeichnet ist.

2. — Ob und in welchem Verfahren ein Willensvollstrecker in seiner Tätigkeit eingestellt werden könne, ist im ZGB nicht bestimmt. Indessen unterstellt Art. 518 in Verbindung mit Art. 595 Abs. 3 ZGB den Willensvollstrecker ebenso wie den Erbschaftsverwalter der Aufsicht der « zuständigen Behörde », welche jeder Kanton samt dem vor ihr zu beobachtenden Verfahren zu bestimmen hat (Art. 54 des Schlusstitels des ZGB). Bei der betreffenden Behörde können sich die Erben — jeder einzelne Erbe — wegen bereits getroffener oder auch erst beabsichtigter Massregeln beschweren, worauf die Behörde — übrigens unter Umständen auch von Amtes wegen — die gebotenen Anordnungen zu treffen hat. Zu der Aufsichtsgewalt gehört nach zutreffender herrschender Lehre die Befugnis, einen unfähigen oder pflichtvergessenen Erbschaftsverwalter oder Willensvollstrecker abzusetzen, d. h. in seiner Tätigkeit einzustellen. Für den Erbschaftsverwalter ergibt sich dies schon als Gegenstück zur behördlichen Ernennung. Der Willensvollstrecker ist allerdings vom Erblasser beauftragt; allein auch er kann nach dem Gesetz nur unter Vorbehalt der behördlichen Aufsicht amten, und den am Nachlass materiell Berechtigten kann nicht zugemutet werden, einen der Aufgabe nicht gewachsenen oder sich ihr nicht gehörig widmenden Willensvollstrecker in seinem Amte zu belassen. Der Willensvollstrecker hat den Erblasser nicht etwa in dem Sinne zu vertreten, dass er über das nachgelassene Vermögen so verfügen könnte, wie es dem Erblasser selbst zu seinen Lebzeiten zugestanden hatte. Er hat vielmehr nur die letztwilligen Verfügungen zu vollziehen und mit der Erbschaft so zu verfahren, wie es den Rechten der materiell Beteiligten entspricht (BGE 48 II 308). Er selbst hat nur ein sogenanntes Verwaltungsrecht, d. h. ein sekundäres Recht (v. TUHR OR S. 22), während

die Vermögensrechte, die den Nachlass ausmachen, wie Eigentum, beschränkte dingliche Rechte an Sachen Anderer, Forderungsrechte usw. auf die Erben übergegangen sind. Somit bedeutet die Absetzung eines Willensvollstreckers nicht die Aberkennung eines ihm zustehenden Vermögensrechtes, sondern bloss die Aufhebung einer ihm aufgetragenen Verwaltungsbefugnis. Hiefür das Verfahren eines Zivilprozesses vorzusehen, besteht keine Veranlassung. Die Einstellung eines Willensvollstreckers in seiner Tätigkeit ist vielmehr eine Ordnungsmassnahme kraft Aufsichtsrechts der Behörde, anders als die Anfechtung der Einsetzung des Willensvollstreckers wegen Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung oder wegen Überschreitung der Verfügungsbefugnis des Erblassers (BGE 44 II 107, 51 II 55 Erw. 4 und 5).

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Soweit die Beschwerde als zivilrechtliche zu betrachten ist, wird sie abgewiesen.

#### IV. SACHENRECHT

##### DROITS RÉELS

**34. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. September 1940**  
i. S. Spar- und Leihkasse Huttwil A.-G. gegen Schürch-Müller,  
Eheleute.

Ein *Schuldbrief* oder eine *Gült* kann im Grundbuch gelöscht und neu eingetragen werden :  
— zwecks Aufhebung des bisherigen und Begründung eines neuen Schuldverhältnisses (Novation)  
— oder einfach zwecks neuer Darstellung des im bisherigen Pfandtitel verkörperten Schuldverhältnisses : insbesondere berichtigungshalber (Art. 977 Abs. 2 ZGB) oder zur Erzielung besserer Übersicht, etwa wegen inhaltlicher Änderungen gemäss Art. 874 ZGB.

Ob das eine oder das andere zutreffe, bestimmt sich nach Sinn und Tragweite der rechtsgeschäftlichen Verfügung oder

der behördlichen Anordnung, worauf sich die Grundbuchoperation stützt.

Art. 703/803, 801, 855, 874, 977 ZGB, 501 OR.

Une *cédula hypothécaire* ou une *lettre de rente* peut être radiée et nouvellement inscrite au registre foncier :

— en vue d'opérer novation du droit incorporé dans le titre de gage,

— ou simplement pour donner à ce droit une nouvelle forme en vue d'opérer une rectification (art. 977 al. 2 CC), par exemple, ou une simplification, en particulier dans le cas des changements visés à l'art. 874 CC.

L'existence ou l'inexistence d'une novation ressortit du contenu de l'acte juridique ou de la décision administrative sur la base desquels la radiation et la réinscription ont lieu. Art. 703/803, 801, 855, 874, 977 CC ; art. 501 CO.

Una *cartella ipotecaria* o una *cartella di rendita fondiaria* può essere cancellata e nuovamente iscritta nel registro fondiario :  
— allo scopo di novare il diritto incorporato nel titolo di pegno,  
— o semplicemente per dare a questo diritto una nuova forma : in particolare a motivo di una rettifica (art. 977 ep. 2 CC) o in vista di una chiarificazione, soprattutto nei casi di modificazione previsti dall'art. 874 CC.

Che esista o no novazione risulta dal contenuto dell'atto giuridico o della decisione amministrativa, sulla cui base la cancellazione e la reinscrizione sono operate.

Art. 703/803, 801, 855, 874, 977 CC, art. 501 CO.

A. — Frau Marie Schürch-Müller war Eigentümerin zweier Heimwesen im Grundbuchkreis Pfäffikon (Kanton Zürich). Das eine Heimwesen bestand aus 12, das andere aus 16 Grundstücken. Auf jenen 12 Grundstücken lastete im 2. Rang ein Inhaberschuldbrief von Fr. 8000.—, auf den 16 letztern ein Namensschuldbrief von Fr. 13,000.—, welche beide der Klägerin gehörten. Am 6. Dezember 1930 gingen die zwei Heimwesen zufolge Kaufes auf Johann Wüthrich über. Die Klägerin nahm ihn als neuen Schuldner für die Schuldbriefforderungen an, verlangte aber die Solidarbürgschaft der Verkäuferin und deren Ehemannes — der Beklagten des vorliegenden Rechtsstreites —, die am 29. Dezember 1930 geleistet wurde.

B. — Die zwei Heimwesen wurden in eine Güterzusammenlegung gemäss Art. 703/803 ZGB einbezogen. Darnach erhielt Wüthrich an Stelle der 28 Grundstücke 9 Katastergrundstücke des Güterzusammenlegungs- und Vermessungswerks. Der neue Bestand wurde bereits am 1. Oktober

1933 rechtskräftig zugeteilt, jedoch erst am 30. Juni 1938 nach durchgeführter Vermessung in das Grundbuch eingetragen. Inzwischen nahm Wüthrich das amtliche bauerliche Sanierungsverfahren nach dem Bundesbeschluss vom 28. September 1934 in Anspruch. Die Nachlassbehörde (Bezirksgericht Pfäffikon) genehmigte am 1. Oktober 1935 die vom Sachwalter vorgeschlagenen Sanierungsmassnahmen. Der Zürcher Bauernhilfsskasse war nach Art. 20 des Bundesbeschlusses eine Sanierungshypothek zu errichten für ein Darlehen, soweit dieses zur Tilgung gedeckter Zinse diene, unmittelbar hinter den gedeckten Kapitalien, d. h. nach dem Ergebnis der Schätzung den Kapitalien des ersten Ranges. Das Grundbuchamt trug nun für die Bauernhilfsskasse ein Gesamtpfandrecht auf allen 28 Grundstücken des Schuldners im 2. Rang ein und vereinigte die dadurch in den 3. Rang gedrängten Schuldbriefe der Klägerin in einen einzigen Namensschuldbrief von Fr. 21,000.— gleichfalls mit Gesamtpfandrecht auf den 28 Grundstücken. Es teilte der Klägerin am 27. Dezember 1935 darüber mit : « Die beiden ungedeckten Schuldbriefe per Fr. 13,000.— und Fr. 8000.— wurden heute in einen Schuldbrief per Fr. 21,000.— vereinigt, da aus grundbuchtechnischen Gründen ein nachgehendes Pfandrecht nicht weniger Grundpfande haben darf, als die vorgehenden Schuldbriefe ». Am 18. Januar 1936 wurden die alten Schuldbriefe im Grundbuch gelöscht und die Pfandtitel durch Zerschneiden entkräftet, und am 9. Mai 1936 erhielt die Klägerin den vom 27. Dezember 1935 datierten neuen Schuldbrief von Fr. 21,000.—.

C. — Nach Ansicht der Beklagten bewirkte die Löschung der alten Schuldbriefe den Untergang der von ihnen verbürgten Hauptschuld und damit den Hinfall der Bürgschaftsverpflichtungen. Sie zahlten mit Berufung darauf die am 1. Mai 1938 verfallenen Schuldbriefzinse nicht und forderten die in den Vorjahren gezahlten Zinse als Nichtschuld zurück.

D. — Die Klage auf Feststellung des Fortbestandes der

Bürgschaftsverpflichtungen vom 29. Dezember 1930 für die nun vereinigten Schuldbriefforderungen und auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der am 1. Mai 1938 verfallenen Zinse samt Mahnspesen und Betriebskosten wurde vom Appellationshof des Kantons Bern am 14. März 1940 abgewiesen. Die Klägerin hat ihr Begehren mit der vorliegenden Berufung erneuert.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Nach Art. 855 ZGB wird mit der Errichtung eines Schuldbriefes oder einer Gült das Schuldverhältnis, das der Errichtung zu Grunde liegt, durch Neuerung getilgt. An die Stelle des betreffenden Schuldverhältnisses, sei es Kauf, Darlehen oder etwas anderes, tritt also die Schuldbrief- oder Gültforderung, die weder Bedingung noch Gegenleistung verträgt (Art. 854), und der gegenüber die Einreden gemäss Art. 872 ZGB beschränkt sind. Abweichende Abreden können einem gutgläubigen Erwerber nicht entgegengehalten werden (Art. 855 Abs. 2 ZGB). Auf die Bedeutung dieser Neuerung als einer Einredebeschränkung weisen auch die Erläuterungen zu den entsprechenden Bestimmungen der Art. 836 ff. des Vorentwurfs hin, und es ist dort im übrigen bemerkt, die Aufnahme einer solchen Vorschrift, wie sie nun Art. 855 enthält, empfehle sich, um Zweifeln vorzubeugen, obschon sich der Grundsatz gewissermassen schon aus der Natur dieser näher zu ordnenden Grundpfandforderungen ergebe. All dies bezieht sich auf den Fall der Umwandlung einer auf irgendeinem Rechtsgrund beruhenden Forderung in eine abstrakte Grundpfandforderung. Auch der Randtitel von Art. 855 (« Verhältnis zur ursprünglichen Forderung ») hat nur dies im Auge ; unter der ursprünglichen ist die am Anfang jeweilen vorhandene kausale Forderung zu verstehen. Für den Fall der Umwandlung eines bereits bestehenden in einen neuen Schuldbrief ist damit nichts gesagt. Natürlich tritt solchenfalls der neue Schuldbrief an die Stelle des alten und ist hinfort für den grundbuch-

lichen Verkehr im gleichen Sinne massgebend wie bisher der alte. Die Frage ist aber, ob damit die Identität der Forderung aufgehoben sei oder der neue Schuldbrief einfach die bisherige Forderung neu zu verkörpern habe, sei es unverändert oder, wenn er Änderungen enthält, eben nach Massgabe des geänderten Inhalts. Solch formale Erneuerung eines Schuldbriefeintrags- und -pfandtitels, ohne Neuerung des materiellen Forderungsverhältnisses, kann dem Willen der Beteiligten entsprechen und wird jedenfalls durch die Art. 854 und 855 ZGB nicht ausgeschlossen ; denn die ursprüngliche Forderung steht nicht mehr in Frage, und den Bestimmungen des Schuldbriefrechts ist durch die Forderung, wie sie als Schuldbriefforderung bereits vorhanden war, genügt. Freilich fällt noch Art. 801 ZGB in Betracht, wonach das Grundpfand untergeht « mit der Löschung des Eintrages, sowie mit dem vollständigen Untergang des Grundstückes ». Allein diese Bestimmung betrifft nur die Löschung zwecks Aufhebung, nicht auch die Löschung zwecks Ersetzung durch einen die nämliche Forderung betreffenden neuen Eintrag. Das erhellt aus Art. 977 Abs. 2, wo vorgesehen ist, dass sich eine blosser Berichtigung, welche das Rechtsverhältnis keineswegs aufheben soll, auf dem Wege der Löschung des bestehenden Eintrages und dessen Ersetzung durch einen neuen erzielen lässt. Angesichts dieser Bestimmung erweist sich die Ansicht als unhaltbar, die Löschung eines Grundpfandrechts könne überhaupt nur im Sinne der Aufhebung vorgenommen werden. Vielmehr ist darnach möglich, dass ein neuer Eintrag an die Stelle eines alten, gelöschten tritt, ohne dem Fortbestand des materiellen Rechtsverhältnisses Abbruch zu tun. Wenn die blosser auf Versehen beruhende Unrichtigkeit eines Eintrages Veranlassung zu einer Löschung und zu einer neuen Eintragung sein kann, so auch die vertragliche Änderung des Inhalts eines fortbestehenden Rechtsverhältnisses. Es ist allgemein anerkannt, dass ein Rechtsverhältnis, ohne dass es deshalb aufgehoben und durch ein neues ersetzt werden

müsste, Änderungen erfahren kann (v. TUHR OR 573), und für Schuldbrief und Gült sind derartige Änderungen in Art. 874 ZGB in Betracht gezogen. Dabei ist unter anderm der Fall einer Pfandentlassung genannt; gleich muss es sich verhalten mit einer Pfandvermehrung sowie mit der Ersetzung bestehender Pfänder durch andere, was ja nichts anderes als eine Verbindung von Pfandentlassung und Pfandvermehrung ist. All dies lässt sich also ohne Aufhebung der bisherigen Schuldbrief- oder Gültforderung bewirken, natürlich nur auf Grund des allenfalls erforderlichen Rechtsgrundausseses. Werden dabei die Eintragungen unübersichtlich, so mag nach Art. 64 Abs. 3 GBV für den bestehenden Pfandtitel ein neuer ausgestellt werden, ohne Beeinträchtigung der materiellen Ansprüche. Es kann sich aber auch die Löschung des bestehenden Grundbucheintrages zwecks Ersetzung durch einen neuen als angebracht erweisen, gleichfalls nur im Sinne formaler Verbesserung, ohne Aufhebung des materiellen Rechtsverhältnisses. Das verdient ebenso zugelassen zu werden wie die erörterte Löschung zwecks Berichtigung nach Art. 977 Abs. 2 ZGB. Solchenfalls liegt eine Löschung des Eintrages zwecks Aufhebung des Rechts im Sinne von Art. 801 nicht vor, ist daher die bestehende Schuldbriefforderung nicht im Sinne von Art. 501 OR erloschen und fragt sich nur, ob die allfällige materielle Änderung des Rechtsverhältnisses irgendwelche Folgen bezüglich der Rechtsstellung der Bürgen mit sich bringe.

2. — Das Gesagte wird durch das vom Appellationshof angerufene Urteil der I. Zivilabteilung (BGE 64 II 284 ff.) nicht in Frage gestellt. In jenem Falle liess der Gläubiger mit Zustimmung des Schuldners einen neuen Schuldbrief errichten, ohne dass ein Grund zu formaler Ersetzung vorgelegen hätte, vielmehr gerade zum Zweck, ein völlig neues Rechtsverhältnis erstehen zu lassen und die Spuren des bisherigen zu verwischen; somit konnte ein das Rechtsverhältnis selbst betreffender Neuerungs-wille angenommen und an diese Machenschaft die strenge Folge des Hinfalles

der Bürgschaften geknüpft werden. Es mag ungeprüft bleiben, ob bei der Ersetzung eines Schuldbriefs durch einen andern zunächst zu vermuten sei, es handle sich um die Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses, oder nicht. Die grundbuchlichen Massnahmen, woraus die Beklagten den Hinfall ihrer Bürgschaft herleiten, beruhen gar nicht auf einer rechtsgeschäftlichen Verfügung von Gläubiger und Schuldner, sondern auf einer vom Grundbuchverwalter im Anschluss an das Sanierungsverfahren von Amtes wegen getroffenen Anordnung, welcher sich die Beteiligten bloss unterzogen haben, der Schuldner durch Unterzeichnen des neuen Pfandtitels, die Klägerin durch Einsenden der alten, zu entkräftenden Titel. Die Anordnung geschah keineswegs im Sinne der Aufhebung der bestehenden Forderungen, wozu das Grundbuchamt gar nicht befugt gewesen wäre. Das Amt liess sich einzig von «grundbuchtechnischen Gründen» leiten und nahm auch darauf Bedacht, die Verzinsungs- und Rückzahlungsbestimmungen für jeden der den Summen der alten Schuldbriefe entsprechenden Teilbeträge des neuen Schuldbriefes getrennt fortbestehen zu lassen. Sowohl die Pfandausdehnung wie auch die Vereinigung der beiden Schuldbriefe und die dadurch bedingte Vinkulierung des Inhabertitels sind als Änderungen identisch gebliebener Schuldbriefforderungen verstanden. Über diese Änderung als solche haben sich die Beklagten nicht beschwert und auch gegenüber der vorliegenden Klage keinen Anspruch auf Wiederherstellung geltend gemacht. Übrigens dürfte gegen die den Beklagten denn auch nicht nachteilige Pfandausdehnung nichts einzuwenden sein, zumal mit Rücksicht auf die Güterzusammenlegung, womit eben ein einziges Heimwesen geschaffen werden sollte. Dagegen hätte sich die Pfandvermehrung sehr wohl getrennt für jeden Schuldbrief vornehmen lassen, so dass beide Schuldbriefe nebeneinander im gleichen Rang stünden, womit auch die erwähnte Vinkulierung unnötig wäre.

3. — Der Zinsanspruch der Klägerin ist der Höhe nach

nicht bestritten. Verzugszinsen werden jedoch, statt wie verlangt vom Verfall an, erst von der Anhebung der Betreibung an, somit seit 8. Oktober 1938 geschuldet (Art. 105 OR).

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 14. März 1940 aufgehoben und die Klage dahin zugesprochen, dass

a) festgestellt wird, dass die von den Beklagten am 29. Dezember 1930 für Beträge von Fr. 13,000.— und Fr. 8000.—, je nebst Zinsen und Kosten, zu Gunsten der Klägerin für deren Schuldbriefforderungen von Fr. 13,000.— und Fr. 8000.—, nunmehr vereinigt in einen Schuldbrief von Fr. 21,000.— gegenüber Johann Wüthrich, Landwirt, eingegangenen Solidarbürgschaften noch zu Recht bestehen ;

b) die Beklagten solidarisch verurteilt werden, der Klägerin einen am 1. Mai 1938 fällig gewordenen Zinsbetrag von Fr. 945.— nebst Fr. 2.— Mahnspesen, beides mit Verzugszins vom 8. Oktober 1938 an, und Fr. 11.20 Betreibungskosten zu zahlen.

## V. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 35. Urteil der I. Zivilabteilung vom 2. Oktober 1940 i. S. Portner gegen Zybach.

*Verjährungsfrist des Zivilanspruchs aus strafbarer Handlung, Art. 60 Abs. 2 OR ; Bedeutung des Freispruchs im Strafverfahren. Verhältnis von Art. 60 Abs. 3 OR zur Willensmängel lehre.*

*Délai de prescription applicable à la prétention civile issue d'un acte punissable, art. 60 al. 2 CO ; portée de l'acquiescement. Rapports de l'art. 60 al. 3 CO avec la théorie des vices du consentement.*

*Termine di prescrizione applicabile alla pretesa civile risultante da atto punibile, art. 60 ep. 2 CO ; portata di un verdetto di assoluzione. Rapporto dell'art. 60 ep. 3 CO con la teoria dei vizi del consenso.*

*Aus dem Tatbestand :*

Der Kläger Portner kaufte im Jahre 1931 von der Beklagten Frau Zybach ein Chalet mit Pension. Die nach Anzahlung und Übernahme der Grundpfandschulden verbleibende Restschuld von Fr. 25,600.— war je zur Hälfte am 1. Januar 1937 und 1. Januar 1942 zu zahlen. Im Jahre 1932 entdeckte der Kläger, dass die Beklagte ihn über das Bestehen eines Pensionspatentes sowie über den Gästebesuch getäuscht hatte. Er bezahlte jedoch gleichwohl den Zins bis 1935. Im Jahre 1937 erstattete er gegen Frau Zybach Strafanzeige wegen Betruges. Das Obergericht Bern stellte fest, dass objektiv der Tatbestand des Betruges gegeben sei, sprach aber die Beklagte wegen Unzurechnungsfähigkeit frei. Anfangs 1939 betrieb die Beklagte den Kläger auf Bezahlung der am 1. Januar 1937 fällig gewordenen Hälfte der Restschuld. Der Appellationshof Bern wies die Aberkennungsklage Portners ab. Das Bundesgericht bestätigt diesen Entscheid.

*Aus den Erwägungen :*

(Abweisung der Einrede der einseitigen Unverbindlichkeit wegen Genehmigung des Vertrages durch positives konkludentes Verhalten des Klägers, Zinszahlung in Kenntnis der Täuschung).

4. — Der Schadenersatzanspruch, den der Kläger gestützt auf Art. 31 Abs. 3 OR geltendmacht und gegenüber der Kaufpreisforderung zur Verrechnung stellt, war vor Eintritt der Fälligkeit der letzteren verjährt. Die in Betreibung gesetzten Fr. 12,800.— waren als 1. Hälfte der Schuldbriefsumme am 1. Januar 1937 fällig. Damals waren über vier Jahre verstrichen, seit der Kläger die Täuschung entdeckt hatte, der er zum Opfer gefallen war. Die in Art. 31 Abs. 3 dem Getäuschten vorbehaltene Forderung ist aber ein Anspruch aus Delikt. Die Bestimmung bezweckt lediglich, die Anwendbarkeit der Art. 41 ff. OR zu garantieren (BGE 47 II 186 ff.). Die Verjährungs-