

3. — Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, jedoch lediglich, soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung verlangt wird. Zum Entscheid über die weiter beantragte Feststellung, dass die revidierten Statuten der Beschwerdeführerin dem zwingenden Rechte des OR entsprechen, ist ausschliesslich der ordentliche Richter zuständig.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung der Direktion der Justiz des Kantons Zürich vom 15. August 1949 wird aufgehoben.

55. Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. Oktober 1949

i. S. Schmeichler gegen Zürich, Direktion des Innern.

Zivilstandsregister. Eintragung des Todes gemäss Art. 49 Abs. 1 ZGB ist nicht nur beim Verschwinden auf Schweizergebiet, sondern auch beim Verschwinden eines Schweizers im Ausland zulässig, wenn der Tod im Sinne von Art. 34 und 49 Abs. 1 nach den Umständen als sicher erscheint. Wann ist diese Voraussetzung erfüllt ?

Registre de l'état civil. Lorsque, d'après les circonstances de l'espèce, la mort doit être tenue pour certaine dans le sens des art. 34 et 49 al. 1 CC, l'inscription du décès est possible selon l'art. 49 al. 1 CC non seulement quand la disparition s'est produite en Suisse mais aussi quand il s'agit d'un Suisse disparu à l'étranger. Quand la mort doit-elle être tenue pour certaine ?

Registro di stato civile. Allorchè, secondo le circostanze del caso concreto, la morte dev'essere considerata come certa a norma degli art. 34 e 49 cp. 1 CC, l'iscrizione del decesso è possibile a' sensi dell'art. 49 cp. 1 CC non solo quando la scomparsa è avvenuta in Svizzera, ma anche quando si tratta d'uno Svizzero scomparso all'estero. Quando la morte dev'essere considerata come certa ?

A. — Am 2. August 1947 bestieg Harald Pagh, geb. 11. November 1906, der an seinem Heimatorte Zürich wohnhaft war, in Buenos Aires das Flugzeug « Star Dust » der British South American Airways Corporation, um nach Santiago de Chile zu fliegen. Das Flugzeug verliess

Buenos Aires um 13.46 Uhr und richtete um 17.41 Uhr an den Flugplatz von Santiago die radiotelegraphische Meldung, dass es um 17.45 Uhr dort eintreffen werde. Seither hörte man vom Flugzeug und seinen elf Insassen nichts mehr. Die Suchaktionen blieben ohne jeden Erfolg. Der Bericht des Air-Commodore Vernon Brown an das britische Ministerium für Zivilluftfahrt vom 22. Dezember 1947 kam zum Schlusse, das Flugzeug sei wahrscheinlich am 2. August 1947 zwischen 17.41 Uhr und 17.45 Uhr in den chilenischen Anden abgestürzt, und es sei mit dem Tode der Insassen zu rechnen.

B. — Mit Zuschrift an den Regierungsrat des Kantons Zürich vom 11. Juli 1949 stellten die Mutter und der Bruder von Harald Pagh das Gesuch, dieser sei gemäss Art. 34 ZGB als tot zu erklären. Die Direktion des Innern des Kantons Zürich als kantonale Aufsichtsbehörde in Zivilstandssachen hat am 28. Juli 1949 entschieden, diesem Gesuch werde nicht entsprochen, weil der Tod einer verschwundenen Person nur dann gemäss Art. 49 ZGB auf Weisung der Aufsichtsbehörde in das Todesregister eingetragen werden könne, wenn sie *auf Schweizergebiet* unter Umständen verschwunden sei, wie Art. 34 ZGB sie voraussetzt, und weil es im vorliegenden Falle mangels gehörigen Nachweises des Todes auch nicht möglich sei, auf Grund von Art. 117 Abs. 2 ZStV die Eintragung des Todes in das Familienregister anzuordnen.

C. — Mit ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht beantragt die Mutter des Verschwundenen, es sei gestützt auf Art. 34 und 49 ZGB « die Todeserklärung für Herrn Harald Pagh auszusprechen », eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Vorinstanz und das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement beantragen Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Mit Recht hat die Vorinstanz das Gesuch um « Todeserklärung » des Harald Pagh dahin aufgefasst, dass

von ihr der Erlass einer Weisung an das Zivilstandsamt zur Eintragung des Todes im Sinne von Art. 49 Abs. 1 ZGB verlangt werde.

2. — Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Tod eines verschwundenen Schweizerbürgers in das schweizerische Zivilstandsregister eingetragen werden kann, beurteilt sich ausschliesslich nach schweizerischem Recht, auch wenn der Betreffende nicht in der Schweiz, sondern im Auslande verschwunden ist.

3. — Muss der Tod einer verschwundenen Person nach den gegebenen Umständen als sicher angenommen werden, obschon niemand die Leiche gesehen hat, so ist nach Art. 49 Abs. 1 ZGB die Eintragung des Todesfalles in das Todesregister (vgl. das Marginale zu Art. 48 bis 51) auf Weisung der Aufsichtsbehörde statthaft. Diese — in Art. 88 ZStV wiederholte — Bestimmung knüpft an Art. 34 ZGB an, wonach der Tod einer Person, auch wenn niemand die Leiche gesehen hat, als erwiesen betrachtet werden kann, sobald die Person unter Umständen verschwunden ist, die ihren Tod als sicher erscheinen lassen.

In Ziff. 3 des Kreisschreibens vom 29. Juni 1929 (BBl 1929 II S. 3) hat das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement erklärt, der Tod eines im Auslande verschwundenen Schweizer könne nicht auf blosser Weisung der Aufsichtsbehörde in das schweizerische Todesregister eingetragen werden; Art. 49 ZGB beziehe sich nur auf Fälle, wo das Verschwinden in der Schweiz stattgefunden habe, wie sich dies übrigens schon aus der Stellung des Artikels im ZGB ergebe. In Ziff. 5 des Kreisschreibens vom 23. November 1943 (BBl 1943 S. 1262) hat das Departement diese « Weisung », der die Vorinstanz gefolgt ist, bestätigt und beigelegt, in Fällen des Verschwindens im Auslande sei nachzuforschen, « ob der Tod der verschwundenen Person im Auslande registriert worden ist, oder ob sonstwie Aufzeichnungen, amtliche Berichte, Protokolle und dergleichen vorliegen, die es möglich machen, den Sachverhalt einwandfrei zu ermitteln. In diesem Fall kann auf Grund

bestimmter Dokumente, die die Tatsache als gewiss erscheinen lassen, nach Massgabe von Art. 117 der Zivilstandsverordnung die kantonale Aufsichtsbehörde ermächtigt sein, den Tod in das Familienregister der Heimatgemeinde eintragen zu lassen. Wenn dieses Verfahren nicht befolgt werden kann, so ist noch die Möglichkeit vorhanden, nach Massgabe von Art. 49 Abs. 2 ZGB den Tod vom schweizerischen Gericht feststellen zu lassen.»

a) Diesen Meinungsäusserungen ist von vornherein insoweit nicht beizupflichten, als sie die Anwendung von Art. 49 Abs. 1 ZGB im Falle des Verschwindens eines Schweizer im Ausland als unzulässig erklären. Nach seinem ganz allgemein gehaltenen Wortlaut gilt Art. 49 Abs. 1 wie Art. 34 ZGB nicht nur beim Verschwinden auf Schweizergebiet, sondern in jedem Falle des Verschwindens unter Umständen, die den Tod der verschwundenen Person als sicher erscheinen lassen. Auch der Zweck der streitigen Vorschrift fordert diese Auslegung. Das Interesse der Hinterbliebenen an einem möglichst raschen und einfachen Verfahren zur Herstellung der formellen Voraussetzungen, unter denen die aus dem Tode des Verschwundenen sich ergebenden Rechte geltend gemacht werden können, und das öffentliche Interesse daran, dass der Inhalt des Zivilstandsregisters mit den Tatsachen übereinstimmt, bestehen beim Verschwinden einer Person im Ausland in genau gleicher Weise wie beim Verschwinden in der Schweiz.

Wieso sich aus der Stellung im ZGB ergeben soll, dass Art. 49 Abs. 1 nur im zuletzt genannten Falle anwendbar sei, ist nicht erfindlich. Die Art. 48 und 50 ZGB, die mit Art. 49 (und dem auf die Eintragung von Veränderungen bezüglichen Art. 51) unter dem Marginalen « C. Register der Todesfälle » zusammengefasst sind, dürften sich zwar nur auf die Anzeige der in der Schweiz erfolgten Todesfälle und Leichenfunde bzw. auf die Eintragung der von einem schweizerischen Gerichte ausgesprochenen Verschollenerklärung beziehen. Daraus folgt aber keineswegs,

dass für Art. 49 eine entsprechende Beschränkung gelte. Art. 49 ist der Ausfluss von Art. 34 ZGB, über dessen allgemeine Tragweite kein Zweifel herrschen kann. Aus Art. 39 Abs. 2 ZGB geht zudem hervor, dass der Gesetzgeber in Art. 48 ff. die Führung des Todesregisters und die Pflicht zur Anzeige von Todesfällen und Leichenfunden nicht abschliessend ordnen, sondern darüber nur einige wichtige Grundsätze aufstellen wollte. Der Bundesrat hielt sich im Rahmen der ihm durch Art. 39 Abs. 2 verliehenen Kompetenz, wenn er in Art. 87 ZStV (im Kapitel über die Beurkundung des an der Leiche festgestellten Todes, vgl. das auf Art. 75 bis 87 bezügliche Marginale «B. Die Beurkundung des Todes» im Gegensatz zu dem auf Art. 88 bis 90 bezüglichen Marginal «C. Die Beurkundung des Todes eines Verschwundenen») bestimmte, der im Ausland erfolgte Tod eines Schweizers, für den ein ordentlicher zivilstandsamtlicher Ausweis nicht beigebracht werden könne, werde auf Anordnung des Richters im Todesregister seiner Heimat beurkundet. Es lässt sich also nicht sagen, Art. 49 Abs. 1 ZGB könne beim Verschwinden im Ausland deswegen nicht angewendet werden, weil das schweizerische Todesregister grundsätzlich nur für die Beurkundung von in der Schweiz eingetretenen Tatsachen bestimmt sei.

Die Tatsache, dass die zuverlässige Ermittlung des Sachverhalts beim Verschwinden im Ausland für die schweizerischen Behörden in der Regel schwieriger ist als beim Verschwinden auf Schweizergebiet, rechtfertigt es ebenfalls nicht, die Anwendung von Art. 49 Abs. 1 ZGB beim Verschwinden im Ausland grundsätzlich auszuschliessen. Vielmehr ist von Fall zu Fall — mit der durch die Natur der Sache gebotenen Strenge — zu prüfen, ob die als sichere Anzeichen des Todes zu wertenden Umstände des Verschwindens genügend nachgewiesen seien oder nicht.

Die Annahme, dass Art. 49 Abs. 1 nur beim Verschwinden auf Schweizergebiet gelte, kann sich endlich auch nicht darauf stützen, dass die ZStV die Zuständigkeit

zur Beurkundung des Todes verschwundener Personen im Todesregister nur für den Fall des Verschwindens auf Schweizergebiet, nicht auch für den Fall des Verschwindens im Ausland ordnet (Art. 89). Selbst wenn dies nicht bloss auf einem Versehen beruhen, sondern als Ausdruck der Auffassung gelten sollte, dass im zuletzt genannten Falle die Todesbeurkundung auf Weisung der Aufsichtsbehörde unzulässig sei, so käme hierauf nichts an, da die ZStV als blosser Verordnung nicht den Anwendungsbereich einer Bestimmung des Gesetzes einschränken vermag.

Es besteht also kein stichhaltiger Grund dafür, den Art. 49 Abs. 1 trotz seiner allgemeinen Fassung nur beim Verschwinden auf Schweizergebiet anzuwenden. In BGE 56 I 546 ff. wurde denn auch stillschweigend vorausgesetzt, dass diese Bestimmung beim Verschwinden eines Schweizers im Auslande grundsätzlich anwendbar sei.

Die Frage, welche Aufsichtsbehörde und welches Zivilstandsamt die Beurkundung des Todes eines im Auslande verschwundenen Schweizers anzuordnen bzw. vorzunehmen habe, ist, da die ZStV in diesem Punkte eine Lücke aufweist und ein Gewohnheitsrecht nicht besteht, gemäss Art. 1 ZGB auf dem Wege der richterlichen Rechtsfindung zu lösen. Dabei erscheint es als sachgemäss, analog Art. 89 Abs. 2 ZStV auf den letzten schweizerischen Wohnsitz abzustellen. Bei Schweizern, die nie in der Schweiz wohnten, kommt (wie im Falle der Verschollenerklärung, Art. 35 Abs. 2 ZGB) nur die Zuständigkeit der Behörden der Heimat in Frage.

b) Ist Art. 49 Abs. 1 ZGB beim Verschwinden eines Schweizers im Ausland anwendbar, so bleibt für die Anwendung von Art. 117 Abs. 2 ZStV auf solche Fälle kein Raum. Wenn feststeht, dass das Verschwinden unter Umständen von der in Art. 49 Abs. 1 und Art. 34 bezeichneten Art erfolgt ist, kommt es nach Art. 49 Abs. 1 zur Eintragung in das Todesregister, die gemäss Art. 117 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 120 Ziff. 1 ZStV ohne weiteres die Eintragung in das Familienregister nach sich

zieht. Wenn dagegen die erwähnte Voraussetzung nicht erfüllt ist, darf der Tod ebensowenig nach Art. 117 Abs. 2 ZStV (direkt) in das Familienregister wie nach Art. 49 Abs. 1 ZGB in das Todesregister eingetragen werden. Die Eintragungen im Familienregister haben anders als die Eintragungen in den laut Art. 185 Abs. 2 ZStV durch das Familienregister ersetzten B-Registern, die im Rechtssinne keine Beurkundungen darstellten und daher keinen öffentlichen Glauben genossen (SCHEURER, Die Verordnung über die schweiz. Zivilstandsregister, 1917, zu § 2 Ziff. 2 S. 4, Ziff. 3 S. 5 und zu § 27 Ziff. 2 S. 37; EGGER, Komm. zum ZGB, 2. Aufl., Art. 39 N. 9; vgl. auch. 189 Abs. 1 ZStV), die gleiche Beweiskraft wie die Eintragungen im Todesregister, d. h. sie erbringen gemäss Art. 9 ZGB und Art. 28 Abs. 1 ZStV für die eingetragenen Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit der Eintragung nachgewiesen ist. Dies gilt auch für die nach Art. 117 Abs. 2 erfolgten Eintragungen. Der zweite Satz dieser Bestimmung, aus dem die Vorinstanz ableiten möchte, dass durch eine solche Eintragung « keine authentische Todesurkunde geschaffen » würde, bestätigt nur, was gemäss Art. 9 und 45 ZGB für alle Eintragungen im Zivilstandsregister (und gemäss Art. 49 Abs. 2 ZGB namentlich auch für die Todeseintragungen gemäss Art. 49 Abs. 1) gilt: dass auf Feststellung ihrer Unrichtigkeit geklagt werden kann. Die Eintragung des Todes eines im Ausland verschwundenen Schweizers in das Familienregister zuzulassen, obwohl die Voraussetzungen von Art. 49 Abs. 1 und 34 ZGB nicht erfüllt sind, liefe also auf eine Umgehung von Art. 49 Abs. 1 hinaus. Etwas Derartiges kann und will Art. 117 Abs. 2 ZStV nicht anordnen. Da nach Art. 71, 87 und 95 ZStV die Geburt, der an der Leiche festgestellte Tod und die Trauung eines Schweizers im Ausland, für die ein ordentlicher zivilstandsamtlicher Ausweis nicht beigebracht werden kann, auf Anordnung des Richters in die betreffenden Einzelregister der Heimat (und gestützt hierauf dann in das Familienregister) eingetragen werden, und da für die Beurkundung

des Todes eines im Ausland verschwundenen Schweizers Art. 49 Abs. 1 ZGB massgebend ist, liegt überhaupt die Annahme nahe, dass sich Art. 117 Abs. 2 ZStV nur auf andere Zivilstandsfälle als Geburt, Tod und Trauung beziehe.

4. — In BGE 56 I 550 hat das Bundesgericht die Grundsätze entwickelt, die die Anwendung von Art. 34 und 49 ZGB beherrschen müssen. Als sicher kann darnach der Tod nur angenommen werden, « wenn für das Leben einer Person bei der Art ihres Verschwindens... nicht nur eine grosse Gefahr bestanden hat, sondern wenn die Person nachgewiesenermassen von einem Ereignis betroffen worden ist, das notwendig ihren Tod zur Folge haben musste », wenn also ein anderer Ausgang völlig ausgeschlossen ist. Im vorliegenden Falle ist nun allerdings höchst wahrscheinlich, dass das Flugzeug abstürzte und alle Insassen umkamen. Nicht nur ist das Flugzeug spurlos verschwunden, sondern nach den Akten hat keine der Personen, die sich im kritischen Zeitpunkt an dessen Bord befanden, später irgendwelche Lebenszeichen gegeben. Absolut ausgeschlossen sind andere Möglichkeiten aber nicht. Wenn man auch gelten lassen will, dass ein Absturz als sicher anzunehmen ist, so ist doch nicht absolut sicher, dass alle Insassen dabei umgekommen sind, und dass insbesondere Harald Pagh dabei das Leben verloren hat. Andere Möglichkeiten sind, so entfernt sie auch liegen mögen, nicht undenkbar. Die Eintragung des Todes kann daher nicht gemäss Art. 49 Abs. 1 stattfinden, und auch eine Klage auf Feststellung des Todes im Sinne von Art. 49 Abs. 2 ZGB kann nicht zum Ziele führen. Für solche Fälle ist die Verschollenerklärung wegen Verschwindens in hoher Todesgefahr (Art. 35 ff. ZGB) gegeben.

Die neuere französische Gesetzgebung (Loi du 31 mai 1924, relative à la navigation aérienne, nunmehr Art. 87 ff. des Code civil in der Fassung gemäss Ordonnance vom 30. Oktober 1945) lässt beim Verschwinden eines Flugzeugs freilich die gerichtliche Feststellung des Todes der Insassen mit nachfolgender Eintragung des Todes in das

Zivilstandsregister zu (vgl. PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 3. A. 1946, I N. 649 ff.). Diese Bestimmungen können jedoch für die Auslegung von Art. 34 und 49 ZGB nicht wegleitend sein. Das schweizerische Recht lässt die Verschollenerklärung einer in hoher Todesgefahr verschwundenen Person innert viel kürzerer Frist zu als das französische und kommt den Interessen der Hinterbliebenen auch bei der Ausgestaltung der Wirkungen der Verschollenerklärung weiter entgegen als dieses letztere. Namentlich gestattet es die Auflösung der Ehe mit dem Verschollenerklärten (Art. 102), während sich der Gatte eines «absent» nach französischem Recht niemals wieder verheiraten kann (PLANIOL-RIPERT a.a.O. N. 490). Das schweizerische Recht darf daher bei der Regelung der Todeseintragung füglich strenger sein als das französische.

Das deutsche Gesetz über die Verschollenheit, die Todeserklärung und die Feststellung der Todeszeit vom 4. Juli 1939, das mit Wirkung ab 15. Juli 1939 an die Stelle der §§ 13 bis 20 des deutschen BGB getreten ist, bestimmt in § 1 Abs. 2, verschollen sei nicht, «wessen Tod nach den Umständen nicht zweifelhaft ist», schliesst damit die Todeserklärung im Sinne von §§ 2 ff. für solche Personen aus und sieht in §§ 39 ff. ein gerichtliches Verfahren zur Feststellung des Todes und des Zeitpunktes des Todes solcher Personen vor. Im Sinne von §§ 2 ff. für tot erklärt werden kann u. a. nach § 6, «wer bei einem Fluge, insbesondere infolge Zerstörung des Luftfahrzeugs, verschollen ist.» Hieraus dürfte sich ergeben, dass der deutsche Gesetzgeber wie im vorliegenden Falle das Bundesgericht den blossen Umstand, dass jemand infolge Zerstörung eines Flugzeugs verschwunden ist, nicht als genügend ansieht, um den Tod als unzweifelhaft erscheinen zu lassen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

56. Sentenza 13 ottobre 1949 nella causa Banca dello Stato del Cantone Ticino contro Dipartimento di giustizia del Cantone Ticino.

Art. 794 cp. 2 CC. Nel caso d'un'ipoteca d'importo massimo non si deve far luogo alla domanda d'annotazione del saggio dell'interesse.

Art. 799 cp. 2 CC. La modificazione di un atto ipotecario già esistente richiede per la sua validità l'atto pubblico, eccettuato le stipulazioni complementari che liberano il gravato, quali, ad esempio, lo sgravio del pegno, la riduzione della somma garantita. La trasformazione d'un'ipoteca d'importo massimo in un'ipoteca a garanzia d'un mutuo fisso non porta seco una siffatta liberazione.

Art. 794^a ZGB. Bei Maximalhypotheken kann die Eintragung des Zinsfusses nicht verlangt werden.

Art. 799^a ZGB. Die Änderung einer bestehenden Hypothek bedarf zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Ausgenommen sind ergänzende Vereinbarungen, die auf Aufhebung von Belastungen gehen, wie etwa Pfandentlassung, Herabsetzung der pfandgesicherten Forderung. Die Umwandlung einer Maximalhypothek in eine feste Hypothek bringt keine solche Entlastung mit sich.

Art. 794 al. 2 CC. S'agissant d'une hypothèque d'un montant maximum, l'inscription du taux de l'intérêt ne peut être requise.

Art. 799 al. 2 CC. La modification d'une hypothèque existante nécessite pour sa validité un acte authentique, à moins qu'il ne s'agisse d'une stipulation complémentaire qui libère le grevé, telle, par exemple, que celle qui a pour effet de dégrever le gage ou de réduire la somme garantie. La transformation d'une hypothèque d'un montant maximum en une hypothèque d'un montant fixe n'entraîne pas une libération de ce genre.

A. — Con istromento notarile 5 agosto 1930 Battista Geninazzi concesse alla Banca dello Stato del Cantone Ticino un'ipoteca di primo grado per la somma di 5000 fr. a garanzia di tutti i suoi impegni dipendenti da anticipi in conto corrente.

Nel 1941, dopo la morte del debitore, i di lui eredi conclusero con la banca un accordo nel senso ch'essi si riconoscevano debitori solidali della somma di 4000 fr. risultante dal saldo del conto corrente chiuso il 30 giugno 1941, impegnandosi ad ammortizzare questa somma in ragione di 80 fr. all'anno, con l'interesse del 3,75 %.

Dopo che l'ipoteca di 5000 fr. era stata ridotta a 2740 fr.