

matière de cautionnement solidaire des époux (RO 51 II p. 27 et suiv.). Si l'on peut admettre, dans le cas où la femme et le mari se portent ensemble cautions solidaires d'une tierce personne, que l'on est en présence d'une intercession de la femme, il n'en est certainement pas de même lorsque la femme contracte un emprunt solidairement avec son mari ; il faut en pareil cas rechercher, comme on l'a fait ci-dessus, quel a été l'usage des fonds et la portée du contrat dans son ensemble ; la solidarité de l'engagement ne joue pas de rôle décisif.

II. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

80. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. Dezember 1928 i. S. Schell gegen Landtwing.

Nach Eröffnung der amtlichen Liquidation ist keine Einmischung in die Erbschaftsangelegenheiten i. S. von Art. 571 Abs. 2 ZGB mehr möglich (Erw. 1).

Wird ein Erbe während des öffentlichen Inventars von der zuständigen Behörde zur Verwaltung der Erbschaft ermächtigt, so können seine Massnahmen nicht als Einmischung i. S. von Art. 571 Abs. 2 ZGB in Betracht fallen (Erw. 2).

Die Grenze, wo die Verwaltungshandlung aufhört, notwendig zu sein, ist von Fall zu Fall festzulegen ; der Kreis soll nicht eng gezogen werden (Erw. 3).

Es ist nicht erforderlich, dass einer Einmischungshandlung der Wille, den Nachlass anzutreten, zu Grunde liege ; sobald die Massnahme objektiv den in Art. 571 Abs. 2 gezogenen Rahmen überschreitet, ist die Ausschlagungsbefugnis verwirkt (Erw. 4).

Ist das Ausschlagungsrecht einmal verwirkt worden, so wird an der dadurch bewirkten Haftung des Erben für die Nachlassschulden durch eine nachträgliche Anordnung der amtlichen oder konkursamtlichen Liquidation nichts geändert (Erw. 6).

Aus dem Tatbestand :

Am 4. August 1918 starb in Zug der Bankier Georg Schell. Einziger Erbe war sein Bruder, der Beklagte. Dieser erwirkte die Anordnung des öffentlichen Inventars und nach dessen Abschluss eine Verlängerung der Deliberationsfrist bis Ende 1918. Bei deren Ablauf verlangte er die amtliche Liquidation. Infolge von Kursverlusten verschwand der ursprünglich vorhanden gewesene Aktivenüberschuss und am 12. Januar 1922 wurde über den Nachlass der Konkurs eröffnet.

Mit der vorliegenden Klage belangt der Kläger den Beklagten als Erben auf Herausgabe von Wertpapieren, die er seinerzeit dem Erblasser verpfändet hatte, eventuell auf Bezahlung ihres Wertes, mit der Begründung, der Beklagte habe durch Erbenhandlungen i. S. von Art. 571 Abs. 2 ZGB die Erbschaft angenommen. Als solche führt er an : 1. zwei Vereinbarungen des Beklagten mit dem Vermieter des Erblassers vom 24. August 1918, durch welche einerseits der Mietvertrag vorzeitig aufgehoben wurde, anderseits dem Vermieter einige zum Nachlass gehörige Gegenstände (Installationen in der Wohnung : Linoleums, Ofen mit Rohren, Gartenhaus mit Vorhängen) zum Preis von ca. 900 Fr. verkauft wurden ; 2. die (nach der eigenen Darstellung des Klägers erst nach Eröffnung der amtlichen Liquidation erfolgte) Aneignung eines Teiles des Nachlassmobiliars und von Früchten der Nachlassliegenschaften, und 3. den am 11. November 1918 erfolgten Abschluss von zwei Verträgen, gestützt auf welche dann zwei gegen den Nachlass hängige Prozesse abgeschrieben wurden. Im einen dieser Prozesse hatte ein gewisser Widmer den Erblasser auf Bezahlung von rund 61,000 Fr. aus Lizenzverträgen eingeklagt, und im andern verlangte die Konkursmasse eines gewissen Pfefferkorn, dass die Eigentumsansprüche des Erblassers betreffend ein Erfindungspatent « Perco » samt zugehörigen Apparaten abzuweisen sei. Im Vertrag mit Pfefferkorn verkaufte nun der Beklagte

die streitigen Patente und Apparate dem Pfefferkorn zum Preis von 6000 Fr., zahlbar an Widmer. Widmer seinerseits trat dem Beklagten die gegen den Erblasser eingeklagten Ansprüche ab um den Preis von 16,000 Fr., wovon 10,000 Fr. in bar und der Rest durch Abtretung der eben erwähnten Forderung des Beklagten gegenüber Pfefferkorn zu leisten waren, wobei der Beklagte eine Gewähr für den Eingang der Forderung an Pfefferkorn wegbedang.

Der Beklagte nimmt den Standpunkt ein, alle diese Massnahmen seien notwendige Verwaltungshandlungen gewesen, für die er zudem von der Erbteilungskommission Vollmacht gehabt habe. Und sollte er mehr als unbedingt notwendige Verwaltungsmassnahmen vorgenommen haben, so liege darin allenfalls eine Vollmachtsüberschreitung, keinesfalls aber eine Erbenhandlung.

Alle Instanzen haben die Klage gutgeheissen; das Bundesgericht aus folgenden Gründen:

1. — Mit Recht ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass der Beklagte nach Eröffnung der amtlichen Liquidation sich nicht mehr i. S. des Art. 571 ZGB in die Erbschaftsangelegenheiten einmischen konnte. Während der Ausschlagungsfrist besteht bezüglich des Schicksals der Erbschaft Unsicherheit darüber, ob der berufene Erbe die Erbschaft annehme und damit den zunächst resolutiv bedingten Erwerb definitiv gestalte oder nicht. Nach Art. 571 Abs. 2 ZGB verwirkt die Ausschlagungsbefugnis, wer sich « vor Ablauf der Frist », d. h. solange das Schicksal der Erbschaft noch nicht entschieden ist, in die Erbschaftsangelegenheiten einmischt; die Einmischungshandlung soll also nach dem Willen des Gesetzes gerade der bis dahin vorhandenen Unsicherheit ein Ende bereiten. Ist dieser Entscheid dagegen schon vorher gefallen und läuft daher keine Ausschlagungsfrist mehr, so kann auch keine Ausschlagungsbefugnis mehr verwirkt werden.

Der erwähnte Schwebezustand wird nun beseitigt

ausser durch den Fristablauf durch die Erklärung der Ausschlagung, durch die Erklärung des Antrittes oder durch das Verlangen der amtlichen Liquidation (vgl. Art. 588 ZGB). Ob man das Begehren um amtliche Liquidation als Erbschaftsannahme oder als Ausschlagung auffassen will, ist gleichgültig; im einen wie im andern Falle wird damit das vorläufige, bedingte Erbessein, welches Art. 571 ZGB voraussetzt, beendet und bestehen nur noch die in Art. 593 ff. ZGB beschriebenen Rechtsbeziehungen zur Erbschaft. — Die Veranlassung der amtlichen Liquidation vereinigt übrigens Elemente der Annahme wie der Ausschlagung in sich. Aber im Verhältnis zu den Gläubigern des Erblassers ist sie zweifellos Ausschlagung, denn sie beseitigt die persönliche Haftung des Erben für die Schulden des Erblassers und überlässt dem Zugriff der Gläubiger nur die Erbschaftsaktiven. Nun zieht ja die Einmischung in die Erbschaftsangelegenheiten ausschliesslich mit Rücksicht auf die Erbschaftsgläubiger die Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis nach sich. Diesen Gläubigern gegenüber ist aber mit der Eröffnung der amtlichen Liquidation die Nichthaftung des Erben für die Erbschaftsschulden, also die Ausschlagung so gut erklärt wie mit der gewöhnlichen Ausschlagung.

2. — Wäre der Beklagte während des öffentlichen Inventars von der zuständigen Behörde zur Verwaltung der Erbschaft bevollmächtigt gewesen, so könnten seine Massnahmen nicht als Einmischung i. S. von Art. 571 ZGB in Betracht fallen; denn dann hätte er in seiner Eigenschaft als Beauftragter, als Organ des Nachlasses gehandelt, und wo er seinen Auftrag überschritten hätte, da wäre er als Verwalter aus dem Auftrag verantwortlich. Nun steht jedoch fest, dass zur Verwaltung der Erbschaft während des öffentlichen Inventars nicht der Beklagte, sondern Dr. Iten und Josef Iten von der gemäss Art. 78 des zugerischen EG zum ZGB zuständigen Erbteilungskommission bestimmt worden sind. Dadurch

war der Erbe selbst von der Verwaltung ausgeschlossen, soweit nicht diese Verwalter ihrerseits ihn beizogen; womit nicht gesagt ist, dass Verwaltungshandlungen, die ein Erbe gleichwohl vornimmt, ohne weiteres eine Einmischung in die Erbschaftsangelegenheiten i. S. von Art. 571 Abs. 2 ZGB darstellen, sondern nur, dass der behördlich bestellte Verwalter eine solche Mitverwaltung durch den Erben nicht zu dulden und nicht anzuerkennen braucht. Auch vom unbefugten Erben vorgenommen, bleibt die Verwaltungshandlung, was sie ist, und hat, solange sie durch die blosse Verwaltung oder durch den Fortgang der Geschäfte des Erblassers gefordert war, keine Verwirkungsfolgen. Nur wenn es sich um einen diesen Rahmen überschreitenden Eingriff in die Erbschaft handelt, kann von einer Einmischung in die Erbschaft i. S. der genannten Bestimmung die Rede sein. Im vorliegenden Fall haben die eingesetzten Verwalter nach der Feststellung der Vorinstanz die Vornahme von Verwaltungshandlungen durch den Beklagten geduldet; umsoweniger dürfen die Handlungen, die sich als blosse Verwaltung der Erbschaft darstellen, als Erbenhandlungen i. S. von Art. 571 ZGB bezeichnet werden.

3. — Mit der Vorinstanz sind die Aufhebung des Mietvertrages betreffend die Wohnung des Erblassers und der Verkauf einiger zur Wohnung gehöriger Einrichtungen im Gesamtwert von 908 Fr. an den neuen Mieter als notwendige Verwaltungshandlungen anzusehen. Die Grenze, wo die Verwaltungshandlung aufhört, notwendig zu sein, muss von Fall zu Fall festgestellt werden. Die Sonderstellung des zur Erbschaft Berufenen legt es dabei nahe, sie nicht allzu eng zu ziehen. Es kann nicht verkannt werden, dass der noch nicht zur Annahme entschlossene Erbe mit Rücksicht auf die Interessen, die er im Falle eines Erbschaftsantrittes hat, die begreifliche Tendenz hat, seine Verwaltungsbefugnisse auszudehnen. Mit einer eher einschränkenden Auslegung würde man

ihm daher eine übermässige Aufmerksamkeit zumuten. Im vorliegenden Falle ist übrigens, was einmal die Aufhebung des Mietvertrages betrifft, ein Zweifel ausgeschlossen. Es gehörte zu den selbstverständlichen Pflichten einer sorgsamten Verwaltung, dass eine unnütz gewordene Wohnungsmiete aufgehoben wurde, damit der Erbschaft nicht unnötige Kosten erwachsen. Und es darf gleichfalls als ein Akt vernünftiger Verwaltung betrachtet werden, dass dabei dem neuen Mieter gewisse Akzessorien der Wohnung (Bodenbelag aus Linoleum, ein in der Wohnung installierter Ofen samt Rohren, ein Gartenhaus samt Vorhängen und Einrichtungen) verkauft wurden. Denn alle diese Sachen waren offenbar für die Bedürfnisse dieser Wohnung hergerichtet und hätten ohne Verbindung mit ihr erheblich an Wert eingebüsst. Daher hatte die Erbschaft ein dringendes Interesse daran, dass diese einzig günstige Gelegenheit zum Verkauf benützt wurde.

4. — In Betracht fallen daher lediglich noch die beiden Verträge mit Widmer und Pfefferkorn. Hier wendet der Beklagte in erster Linie ein, diese bilden ein Ganzes und die ganze Transaktion sei an die Bedingung geknüpft worden, dass er überhaupt die Erbschaft antreten werde.

Dieser Standpunkt lässt sich einzig auf den Ingress des Vertrages mit Pfefferkorn stützen: « In der Voraussetzung, dass Karl Schell den Nachlass seines Bruders Georg antritt... ». Allein bei näherem Zusehen kann nicht bezweifelt werden, dass es sich damals um definitive, unbedingte Abmachungen handelte (wird näher ausgeführt).

Mit der Feststellung, dass die Verträge bedingungslos abgeschlossen worden sind, ist allerdings nicht gesagt, ob der Beklagte dabei als annehmender Erbe gehandelt habe oder ob er es nur tat in der Meinung, er könne als Geschäftsführer ohne Auftrag für die Erbschaft handeln, ohne damit seiner endgültigen Stellungnahme betreffend Annahme oder Ausschlagung vorzugreifen (wofür u. a.

der Passus zu sprechen scheint: « in der Voraussetzung, dass Karl Schell den Nachlass antritt. ») Es kann jedoch dahingestellt bleiben, welche dieser beiden Möglichkeiten im vorliegenden Fall zutrifft, weil es gar nicht auf den Willen ankommt, der dem Verhalten des Beklagten zugrunde lag, sondern einzig darauf, ob objektiv eine über die notwendige Verwaltung des Nachlasses hinausgehende Massnahme vorliegt oder nicht.

Im Gegensatz zum deutschen Recht ist nach dem ZGB für den endgültigen Erbschaftserwerb keine Annahmeerklärung erforderlich (vom Fall der notorischen Insolvenz des Nachlasses abgesehen); schlägt der Erbe nicht innert der hiefür laufenden Frist aus, so wird er definitiv Erbe, ob er dies nun gewollt hat oder nicht: Art. 571 Abs. 1 ZGB. Wie hier auf den Willen des Erben nicht Rücksicht genommen wird, so wenig braucht es bei den Tatbeständen von Abs. 2 dieses Artikels zu geschehen, es wäre denn, dass das Gesetz selbst etwas anderes bestimmt hätte. Das ist aber nicht der Fall. In dieser Vorschrift wird der Aneignung und Verheimlichung von Erbschaftssachen — welche unbestrittenermassen die Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis strafweise und unter allen Umständen nach sich ziehen — die Einmischung in die Erbschaftsangelegenheiten ohne Unterschied gleichgestellt und für jeden dieser Fälle ohne Einschränkung bestimmt, dass der Erbe nicht mehr ausschlagen könne. Diese Regelung erscheint auch als gerechtfertigt: In Frage stehen lediglich Handlungen, deren Vornahme nicht durch die Sorge um die Erhaltung des Erbschaftsbestandes gefordert waren. Es ist nicht einzusehen, warum ein Erbe derartige — zumeist für den Fall der Annahme in seinem eigenen Interesse liegende — Massnahmen treffen und sich gleichzeitig doch das Ausschlagungsrecht wahren können soll. Man kann es nicht als unbillig bezeichnen, wenn ihm zugemutet wird, sich für das eine oder andere zu entscheiden. Die gegenteilige Auffassung, welche —

allerdings ohne nähere Begründung — von ESCHER, Anm. 3 zu Art. 571; TUOR Nr. 9 ff. zu Art. 571 und ROSSEL et MENTHA I S. 623 vertreten wird, hätte zur Folge, dass in jedem Fall Erhebungen über das Vorhandensein des Annahmewillens gemacht werden müssten, die der Natur der Sache nach sehr oft mit Schwierigkeiten verbunden sind; jedenfalls wäre damit eine Quelle von Streitigkeiten und Verzögerungen in der Liquidation der Erbschaften zugelassen, deren Vermeidung im Interesse der Beteiligten liegt. Richtig ist, dass nur bei dieser Auslegung, welche den Willen des Handelnden berücksichtigt, die Geltendmachung von Willensmängeln, welche im Fall der ausdrücklichen Annahmeerklärung von der Doktrin übereinstimmend zugelassen wird, möglich erscheint. Allein diese Auslegung findet im Gesetz keine Stütze und muss daher abgelehnt werden.

5. — Es ist daher lediglich zu untersuchen, ob der Abschluss der beiden Verträge und die damit zusammenhängende Erledigung der beiden gegen den Nachlass hängigen Prozesse objektiv als Einmischung in die Erbschaftsangelegenheiten oder als Handlungen zu betrachten sind, die nicht durch die blosse Verwaltung und durch den Fortgang der Geschäfte des Erblassers gefordert waren.

Dem Beklagten ist zuzugeben, dass nicht jede Prozessführung für den Nachlass den in Art. 571 Abs. 2 gezogenen Rahmen überschreitet. Auf diese Frage braucht hier jedoch nicht näher eingegangen zu werden, weil vorliegend Prozessführung für den Nachlass gar nicht in Frage steht, vielmehr die hängigen Prozesse durch aussergerichtliche Vergleiche erledigt worden sind, worauf dann die Prozesse als gegenstandslos abgeschrieben wurden. Der Beklagte findet allerdings, dass, wenn die Prozessführung eine blosse Verwaltungshandlung darstellen könne, dies noch umsomehr von der aussergerichtlichen Erledigung eines Streites gelten müsse.

Das ist aber offensichtlich unrichtig: Dem Richter die Frage vorlegen, was Rechtens sei, eventuell einen bereits eingeleiteten Prozess weiterverfolgen, ist zweifellos eine viel weniger einschneidende Massnahme, als den streitigen Anspruch veräussern oder den Verzicht des Gegners auf denselben mit Mitteln der Erbschaft erkaufen. Durch diese letztern Handlungen hat der Beklagte die Erbschaft in ihrem Bestand verändert, was jedenfalls da, wo es sich, wie hier, um verhältnismässig bedeutende Bestandteile der Erbschaft handelt, über die blosser Verwaltung hinausgeht und eine Verfügung über die Erbschaft bedeutet, die keineswegs durch den Fortgang der Geschäfte des Erblassers gefordert war. Der Beklagte hat daher durch den Abschluss dieser beiden Verträge gemäss Art. 571 Abs. 2 ZGB das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, verwirkt.

6. — Die Verwirkung der Ausschlagungsbefugnis konnte durch die nachträgliche Eröffnung der amtlichen Liquidation nicht ungeschehen gemacht werden. Richtig ist, dass gemäss Art. 593 Abs. 2 ZGB die amtliche Liquidation nicht mehr verlangt werden kann, wenn der Nachlass angetreten ist. Daraus folgt aber nur, dass die zuständige Behörde nach erfolgtem Antritt die amtliche Liquidation nicht mehr bewilligen soll, und nicht umgekehrt, dass die dennoch bewilligte amtliche Liquidation den geschehenen Erbschaftsantritt hinfällig werden lässt. Die Anordnung der amtlichen Liquidation ist Sache der Verwaltungsbehörden, welche naturgemäss nur summarisch prüfen können, ob die Voraussetzungen des Art. 593 ZGB wirklich vorhanden sind oder nicht. Die Feststellung dagegen, ob das Ausschlagungsrecht verwirkt wurde, steht den Gerichten zu, welche bei ihrem Entscheid durch die Stellungnahme der Verwaltungsbehörden nicht gebunden sein können. Und sowenig wie die Durchführung der amtlichen Liquidation konnte die Eröffnung des Nachlasskonkurses auf den einmal erfolgten Erbschaftsantritt und die daraus folgende

Haftung des Beklagten für die Schulden des Nachlasses von Einfluss sein.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

81. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung
vom 15. November 1928 i. S. Mieterbaugenossenschaft Zürich
gegen Häfner.

Bauten auf fremdem Grundstück. Ersatzanspruch des bauenden Materialeigentümers. Art. 671 f. ZGB.

Dieser ist nicht beschränkt auf die Fälle, wo die Verwendung des Materials ohne Willen des Materialeigentümers stattgefunden hat (Erw. 2).

Erfolgte der Einbau auf Grund eines zwischen dem Grundeigentümer und dem Materialeigentümer abgeschlossenen Vertrages, so beurteilt sich der Ersatzanspruch nicht nach Art. 672 ZGB, sondern nach Vertragsrecht (Erw. 1).

Tatbestand:

Die Mieterbaugenossenschaft Zürich errichtete im Jahre 1925 an der Balberstrasse in Zürich 2 zwölf Einfamilienhäuser, wofür ihr die Stadt Zürich eine Subvention, sowie ein Darlehen gewährte. Eines dieser Häuser vermietete sie laut Vertrag vom 20. Oktober 1925 für einen Mietzins von Fr. 1950.— pro Jahr, unter Vereinbarung einer dreimonatlichen Kündigungsfrist, mit Antritt auf 1. Januar 1926 an W. Häfner. Dieser liess im Hinblick auf den Abschluss dieses Vertrages, um das Haus wohnlicher zu gestalten, im Einverständnis mit der Mieterbaugenossenschaft, aber auf eigene Kosten eine Reihe baulicher Veränderungen (Einrichtung einer Zentralheizung, Einbau von Wandkästen und Sitzbänken, Verbesserung der elektrischen Installationen