

nehmen. Die Vorinstanz meint, der Kläger habe mit anderweitigen intimen Beziehungen der Mutter rechnen müssen, da sie sich ihm selbst schon nach flüchtiger Bekanntschaft hingegeben hatte. Massgebend sind jedoch die Voraussetzungen, von denen der Kläger elf Monate später ausgehen durfte, als ihm der Vormundschaftsbeamte den Abschluss eines Alimentationsvertrages vorschlug. Es fehlte beim Kläger jede Veranlassung, ohne eigene Nachforschungen einen solchen Vertrag zu schliessen, nur um die Angelegenheit möglichst still zu erledigen, wie etwa bei einem fehlbar gewordenen Ehemann. Dieser sofortige Vertragsschluss war ihm nur zuzumuten, wenn der mit ihm verhandelnde Beamte sich auf eine ernsthafte Untersuchung der Sachlage stützen konnte, nach deren Ergebnis keine Anhaltspunkte für Einredetatsachen nach Art. 314 Abs. 2 oder Art. 315 ZGB vorlagen. In Wirklichkeit deuteten aber bereits die Angaben der Mutter über die Zeit der Schwängerung, wie sie im Schwangerschaftsprotokoll vom 1. Juni 1941 enthalten sind, auf Mehrverkehr hin, und darüber hinaus war Ehrenbold über solchen Verkehr der Mutter orientiert, der mindestens möglicherweise in die kritische Zeit fiel und den er dem Kläger verschwieg. Er wusste, dass der Kläger von der Aussichtslosigkeit, sich einer Vaterschaftsklage zu widersetzen, ausging. Hat der Kläger doch die von Ehrenbold gestellte Frage, ob er Dritte kenne, die mit der Mutter verkehrt hätten, ausdrücklich verneint. Wohl um diesem Umstande Rechnung zu tragen, erklärte er dem Kläger, der Vertrag könne angefochten werden, wenn sich ein Irrtum ergeben sollte. Jedenfalls genügte die Erkennbarkeit, um die Anfechtung wegen Grundlagenirrtums zu rechtfertigen. Sie stellt das objektive Moment des Grundlagenirrtums dar, das nach Lehre und Rechtsprechung zum OR vorliegen muss (BGE 53 II 35, 127, 143; GUEL, OR § 16, III). Es steht nichts entgegen, den auf Verkehrsgeschäfte zugeschnittenen Art. 24 Ziff. 4 auf andere Verträge, wie den vorliegenden, analog anzuwenden,

in der Weise, dass statt auf Treu und Glauben « im Geschäftsverkehr » auf die besondern Umstände des Vertragschlusses abgestellt wird. Das führt wie dargetan zur Gutheissung der vorliegenden Klage. Gründe der Rechtsicherheit, wie sie bei Anfechtung einer förmlichen Kindeserkennung mit Standesfolge zu besonderer Strenge mahnen, sind beim blossen Alimentationsvertrage nicht gegeben. Auch bedeutet es keine ungebührliche Benachteiligung von Mutter und Kind, dass die Einreden aus Art. 314 Abs. 2 und Art. 315 ZGB, mit dem sich darauf beziehenden Willensmangel, erst nachträglich zur Beurteilung gelangen. Dieser Umstand erschwert vielmehr die Rechtsverfolgung des nach Art. 314 Abs. 1 ZGB als Vater zu vermutenden Klägers, der ausserdem den Willensmangel nachzuweisen hat.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 20. Juni 1944 aufgehoben und die Klage geschützt.

IV. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

35. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. September 1944 i. S. Beuttner gegen Beuttner.

- Einnischung in die Erbschaft, Art. 571 Abs. 2 ZGB :
- ist auch möglich bei überschuldeter Erbschaft (Erw. 1) ;
 - liegt nicht vor, wenn der verfügende Erbe die betreffenden Sachen nicht als zur Erbschaft gehörend betrachtet (Erw. 4).
- Verfügung über Fahrnis durch *constitutum possessorium* (Art. 717 ZGB) :
- als besonderes Rechtsverhältnis kommt eine leihweise Belastung beim Veräusserer in Betracht (Erw. 3) ;
 - der Eigentumsübergang als solcher wird nicht in Frage gestellt durch seine allfällige Unwirksamkeit gegenüber Dritten (Erw. 3), ebensowenig wie durch Ansprüche der Gläubiger nach Art. 579 ZGB und Art. 285 ff. SchKG.

Il peut y avoir immixtion selon l'art. 571 al. 2 CC même si la succession est insolvable (consid. 1).

Il n'y a pas d'immixtion de la part de l'héritier qui dispose de choses qu'il estime ne pas appartenir à la succession (consid. 4).

Aliénation d'une chose mobilière par constitut possessoire (art. 717 CC) :

Le fait de laisser la chose aliénée en mains de l'aliénateur à titre de prêt constitue un acte juridique particulier (consid. 3).

Le transfert de propriété comme tel demeure valable lors même qu'il serait inopposable à des tiers ou attaquant en vertu des art. 579 CC ou 285 et suiv. LP (consid. 3).

Può esistere ingerenza a' sensi dell'art. 571 cp. 2 CC anche se la successione è insolubile (consid. 1).

L'erede, che dispone di cose che ritiene non appartenere alla successione, non s'ingerisce (consid. 4).

Alienazione d'una cosa mobile mediante costituito possessorio (art. 717 CC) :

Il fatto di lasciare la cosa alienata nelle mani dell'alienante a titolo di prestito è un atto giuridico particolare (consid. 3).

Il trapasso di proprietà come tale è valido anche se non fosse opponibile a terzi o fosse impugnabile in virtù degli art. 579 CC e 285 e seg. L.E.F. (consid. 3).

Aus dem Tatbestand :

A. — Der am 4. Mai 1942 gestorbene Richard Beuttner schuldete seiner geschiedenen Ehefrau Emilie Mooser laut Urteil vom 3. April 1935 Fr. 3000.— Genugtuung, monatliche Unterhaltungsbeiträge von Fr. 300.— bis zu ihrer allfälligen Wiederverheiratung (wozu es nicht kam) und Fr. 900.— Prozessentschädigung. Die Rente war grundpfändlich sicherzustellen. Im Konkurs des Richard Beuttner erhielt Frau Mooser ein Treffnis von Fr. 344.80, dagegen für Fr. 37,729.65 « Pfandausfall... sowie Prozessentschädigung » am 12. Februar 1936 einen Verlustschein.

B. — Am 26. April 1942, acht Tage vor seinem Tode, trat Richard Beuttner dem Beklagten, einem seiner Neffen, seinen Aktienbestand und sein Mobiliar ab gegen die Verpflichtung, den Ertrag und den Kapitalerlös der Aktien in erster Linie zur Unterstützung einer Schwester und einer Tante sowie weiterer Familienglieder Beuttner zu verwenden. Als Sohn eines vorverstorbenen Bruders des Erblassers war der Beklagte samt seinen Geschwistern und einigen Onkeln und Tanten — Geschwistern des Erblassers — auch selbst Miterbe.

Am 8. Mai 1942 meldete Frau Mooser, die von den ihr zugesprochenen Leistungen ausser dem Konkurstreffnis nichts erhalten zu haben scheint, beim Beklagten als « Sachwalter der Erbschaft R. Beuttner » eine Forderung von Fr. 28,200.— an, nämlich (unter Verzicht auf Verzugszinse) die bis zum Tode des Erblassers aufgerechneten Unterhaltsbeiträge für sieben Jahre = Fr. 25,200.— und « Prozesskosten » (sollte heissen Genugtuung) von Fr. 3000.—. Der Beklagte wies sie auf die Überschuldung der Erbschaft und die im Gange befindlichen Verhandlungen mit andern Gläubigern hin. Es handelte sich um zwei Gläubiger mit Verlustscheinen von insgesamt mehr als Fr. 200,000.—. Es gelang dem Beklagten, sich diese Verlustscheine für je Fr. 500.— abtreten zu lassen. Der Frau Mooser bot er als Abfindung eine Monatsrente von Fr. 50.— auf Lebenszeit, zu leisten von der A.-G. vormals Richard Beuttner & Co., mit seiner persönlichen Ausfallgarantie an. Sie nahm dieses Angebot mit eingeschriebenem Expressbrief vom 30. Mai 1942 mit ausdrücklicher Erwähnung der einzelnen Punkte an.

C. — Die ihr vorgelegte Abtretungsurkunde betreffend den Verlustschein unterzeichnete Frau Mooser dann aber nicht. Am 17. Juli 1942 trat sie den Verlustschein der heutigen Klägerin ab, der Gattin eines Miterben des Beklagten, Oskar Beuttner. Dieser und anscheinend auch andere Miterben verlangten vom Beklagten im Juni 1942 die Abtretung der von ihm erworbenen Verlustscheine an die Erbschaft insgesamt gegen entsprechenden Ersatz seiner Aufwendungen. Unter der Drohung gerichtlicher Schritte fand er sich zu einer dahingehenden Erklärung bereit.

D. — Die vorliegende Klage auf Zahlung des Verlustscheinsbetrages mit Zins seit dem 9. September 1942 wurde vom Bezirksgericht Weinfelden abgewiesen, vom Obergericht des Kantons Thurgau dagegen am 27. April 1944 gutgeheissen. Beide kantonalen Instanzen sind der Ansicht, der Beklagte habe sich in die Erbschaft eingemischt

und diese damit angetreten. Er hafte daher für die Schulden des Erblassers unbeschränkt. Das Bezirksgericht hält aber eine Vereinbarung zwischen dem Beklagten und der geschiedenen Frau des Erblassers für bewiesen, wonach deren ursprüngliche Forderung nicht mehr bestehe, sondern dieser nur die (vom Beklagten nach wie vor anerkannte) Monatsrente von Fr. 50.— zukomme. Das Obergericht verneint dagegen das Vorliegen einer solchen Vereinbarung. Der Beklagte zieht die Sache an das Bundesgericht weiter und hält an der Abweisung der Klage fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der Erbe, der sich « in die Angelegenheiten der Erbschaft eingemischt... hat », verliert nach Art. 571 Abs. 2 ZGB das ihm sonst während einer bestimmten Frist zustehende Ausschlagungsrecht. Diese Vorschrift gilt analog auch bei offenkundiger oder amtlich festgestellter Überschuldung der Erbschaft, wobei die Ausschlagung nach Art. 566 Abs. 2 ZGB vermutet wird ; also auch hier, wo das Steuerinventar vom 11. Mai 1942 gegenüber Verlustscheinen von mehr als Fr. 200,000.— als Aktiven nur die jeweiligen vom Erblasser versteuerten « Beuttner »-Aktien im Nominal- und Steuerwert von Fr. 15,000.— verzeichnete, die dann übrigens auf Rekurs des Beklagten auch noch aus dem Steuerinventar der Erbschaft gestrichen wurden. Mischt sich ein Erbe in eine solche Erbschaft, so wird dadurch die Vermutung der Ausschlagung für ihn entkräftet, und zwar gleichfalls mit der Wirkung, dass er als annehmender Erbe gilt, ohne nachträglich noch ein Ausschlagungsrecht zu haben.

2. — Eine Einmischung des Beklagten sieht die Vorinstanz zunächst darin, dass er es unternahm, « die drei Verlustscheinsgläubiger der Erbschaft vergleichsweise mit einer geringen Summe, die er der Erbmasse belastete, abzufinden ». Aber der Beklagte zahlte die Abfindung für die Verlustscheine der Schweizerischen Volksbank und der « Zürich-Unfall » aus eigenen Mitteln und liess die Verlust-

scheine an sich selbst abtreten. Nur durch Drohungen des Oskar Beuttner und, wie es scheint, weiterer Miterben, erklärte er sich bereit, sie an die Erbschaft insgesamt gegen entsprechende Belastung derselben mit den Aufwendungen weiterabzutreten, und stellte eine entsprechende Bescheinigung aus. Sollte nun in dieser Übernahme zu Lasten der Erbschaft eine Einmischung liegen, so wäre sie in erster Linie dem Oskar Beuttner und den auf seiner Seite stehenden Miterben zuzuschreiben. Alle diese Erben wollen aber von einem Erbschaftsantritte sowenig wissen wie der Beklagte, und weder dieser noch auch die Klägerin denken daran, sie bei ihrem Verhalten in diesem Sinne zu behaften. Nach dem damaligen Stande der Verhandlungen der Erben behielten sich denn auch alle die Ausschlagung noch vor. Die Übernahme der beiden Verlustscheine durch die Erbschaft auf deren Rechnung stand nach Treu und Glauben unter der Voraussetzung des endgültigen Erbschaftsantrittes durch sämtliche oder wenigstens durch diejenigen Erben, die dann Titulare der Verlustscheine sein sollten. Mangels dieser Voraussetzung fiel die Übernahmevereinbarung dahin, und der Beklagte wurde wiederum (endgültig) Alleineigentümer der betreffenden Verlustscheine auf eigene Rechnung. Auch mit Frau Emilie Mooser verständigte sich der Beklagte nicht für Rechnung der Erbschaft, sondern für eigene Rechnung sowie der A.-G. vormals Richard Beuttner & Co., die er als Verwaltungsratsmitglied vertrat.

3. — Der Beklagte verfügte freilich auch über aktives Vermögen. Er verkaufte die ihm vom Erblasser übertragenen « Pinsel »-Aktien für Fr. 5244.75 und schritt zur Liquidation des Mobiliars. Diese Vermögensstücke hatte ihm aber der Erblasser schon zu Lebzeiten übertragen. Der Beklagte verfügte also nicht über Erbschaftssachen. Zur Übertragung der auf den Inhaber ausgestellten « Pinsel »-Aktien hatte es nur der Übergabe bedurft. Und bei den Namenaktien der erwähnten « Beuttner »-A.-G. trat die Abtretungserklärung an Stelle eines Indossamentes.

Das auf diesen Aktien stehende Indossament auf einen andern Verwandten war durch dessen Reverserklärung entkräftet. Dementsprechend verhält es sich auch mit dem Mobilien, das vom selben Verwandten im Konkurs des Erblassers für Fr. 1450.— gekauft und dann wieder vom Erblasser zurückgenommen worden war. Freilich blieb das Mobilien auch nach der Abtretung zu Eigentum an den Beklagten im Besitze des Erblassers. Aber die Übertragung war durch *constitutum possessorium* gemäss Art. 717 ZGB wirksam erfolgt. Nach der neueren Rechtsprechung kann auch eine Schenkung von Hand zu Hand auf diese Art gültig vollzogen werden (BGE 63 II 395). Indem das Mobilien im Gewahrsam des Veräusserers blieb, war es ihm zu weiterem Gebrauch geliehen. Das « besondere Verhältnis », kraft dessen der Veräusserer es im Sinne von Art. 717 ZGB behielt, war also eine Gebrauchsleihe. Die Ansicht, es müsse sich um die Ausübung des (unmittelbaren) Besitzes für den Erwerber, nicht im eigenen Interesse des Veräusserers handeln, trifft nicht zu. Art. 202 des alten OR, worauf Art. 717 ZGB zurückgeht, erwähnte ausdrücklich den Fall der Vermietung an den Veräusserer. Ebenso kommt eine Gebrauchsleihe in Betracht.

Mit dieser Auslegung des Rechtsgeschäftes ist die Annahme einer Schenkung auf den Todesfall widerlegt, die der Form einer Verfügung von Todes wegen bedurft hätte. Und die allfällige Unwirksamkeit der durch Besitzkonstitut vollzogenen Eigentumsübertragung « gegenüber Dritten, wenn damit ihre Benachteiligung... beabsichtigt worden ist » (Art. 717 ZGB), berührt nicht den Eigentumsübergang als solchen. Dieser ist unter den vom Gesetz bestimmten Umständen « Dritten gegenüber » unwirksam in dem Sinne, dass Dritte auf das betreffende Vermögen greifen können, « als ob » es noch dem Veräusserer gehörte. Ein solcher Anspruch steht hier nicht zur Beurteilung, auch nicht Ansprüche nach Art. 285 SchKG oder Art. 579 ZGB. Es geht nur um das durch allfällige solche Zugriffs- oder Anfechtungsrechte nicht berührte Eigentum. Hatte

der Beklagte, wie dargetan, das Eigentum durch lebzeitige Zuwendung des Erblassers erhalten, so waren die betreffenden Sachen nicht Erbschaftsgut, und seine Verfügungen stellen sich deshalb nicht als Einmischung in die Erbschaft dar. Das Ungehörige, das in den vom überschuldeten Erblasser vollzogenen Schenkungen an den Beklagten liegt, macht die Übertragung nicht etwa nach Art. 20 OR nichtig. Diese Vorschrift ist nicht anwendbar; der Tatbestand einer Gläubigerbenachteiligung fällt unter die erwähnten Spezialnormen, die an der Gültigkeit des Eigentumsüberganges an sich nichts ändern (vgl. von TUHR, Schweizerisches OR S. 223 Anm. 46).

4. — Wäre übrigens die unter Lebenden erfolgte Veräusserung an den Beklagten aus irgendeinem Grunde nicht rechtsgültig, so könnte diesem dennoch nicht Einmischung in die Erbschaft vorgehalten werden. Es wäre ihm zugute zu halten, dass er die am 26. April 1942 vorgenommene Übertragung für gültig hielt, mochte auch der eine oder andere Miterbe sie nicht gelten lassen wollen. Allerdings ist entschieden worden, es komme bei Anwendung von Art. 571 Abs. 2 ZGB darauf an, ob das Verhalten des betreffenden Erben sich objektiv als Einmischung in die Erbschaft darstelle, und nicht auf seinen Willen (BGE 54 II 422). Daran ist trotz der laut gewordenen Kritik grundsätzlich festzuhalten. Wenn GUHL (Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 1929 S. 429) auf die Normen der Willensauslegung bei Rechtsgeschäften, insbesondere die sogenannte Vertrauenslehre hinweist, anerkennt er übrigens, dass keinesfalls auf den innern Willen abgestellt werden könnte. Es handelt sich aber überhaupt nicht um eine solche Willensauslegung. Die Verfügung über Erbschaftssachen hat an sich nicht die Erklärung über Erbschaftsantritt oder -ausschlagung zum Gegenstand. Das Gesetz geht auch nicht davon aus, ob eine Verfügung im einzelnen Falle auf einen dahingehenden Willen (im Sinne der Vertrauenslehre) schliessen lasse. Es knüpft an Verfügungen, die nicht bloss der Verwaltung oder der

Abwendung von Gefahren dienen, die Folge des Erbschaftsantrittes, ohne Rücksicht darauf, ob eine dahingehende Willenskundgabe vorliegt oder nicht. Es genügt eine über Verwaltungs- und Schutzvorkehrungen hinausgehende Verfügung über Erbschaftsgut. Als subjektives Moment ist jedoch nach bewährter Lehre erforderlich, dass der handelnde Erbe sich der Zugehörigkeit der betreffenden Sache zur Erbschaft bewusst ist. Einmischung in die Erbschaft mit der Folge des Erbschaftsantrittes (*gestio pro herede*) kann ihm nicht vorgehalten werden, wenn er die Sachen, über die er verfügte, gar nicht als solche der Erbschaft betrachtete: L. 87 D. de acquirenda vel omitenda hereditate (29, a); MANIGK, Willenserklärung und Willensgeschäft S. 244: *gestio pro suo*, d. h. in der Annahme, es handle sich um eigene Sachen, nicht um solche aus dem Nachlass; ESCHER, zu Art. 571 ZGB Bemerkung 10, und andere.

5. — Der frühere Anwalt des Beklagten irrte sich also, als er im Briefe vom 20. Juli 1942 von Erbenhandlungen seines Klienten sprach, durch die dieser die Erbschaft angetreten habe. Der Irrtum wurde denn auch berichtigt, als die Klägerin Ansprüche als Zessionarin der Verlustscheinsforderung der geschiedenen Frau des Erblassers erhob, übrigens schon vorher stillschweigend durch Ausschlagung der Erbschaft unter Mitteilung an den Gegenanwalt. Indessen mag ungeprüft bleiben, ob jene Stellungnahme den Beklagten irgendwie zu binden vermöchte; denn die vorliegende Klage muss jedenfalls aus einem andern Grunde abgewiesen werden. Es steht ihr die Vereinbarung des Beklagten mit der Zedentin Frau Emilie Mooser entgegen...

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Thurgau vom 27. April 1944 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

V. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

Vgl. Nr. 35. — Voir n° 35.

VI. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

36. Extrait de l'arrêt de la 1^e Section civile du 10 octobre 1944 dans la cause D^r X c. Y.

Responsabilité des fonctionnaires. Responsabilité du médecin.

1. Lorsque le canton n'a pas fait usage de la faculté de régler la responsabilité de ses fonctionnaires pour le dommage qu'ils causent dans l'exercice de leur charge (art. 61 CO), cette responsabilité est régie par les art. 41 et sv. CO. C'est le cas pour le chirurgien qui procède à une opération non pas en vertu d'un mandat privé, mais dans l'accomplissement de sa fonction publique de médecin d'un hôpital cantonal.
2. Le chirurgien a le devoir d'identifier l'organe qu'il va sacrifier. S'il se trompe et opère un autre organe, on peut présumer qu'il n'a pas pris les précautions voulues; il lui incombe alors d'établir que, vu les circonstances particulières du cas, sa méprise ne lui est pas imputable à faute.

Haftung des Arztes; Beamtenhaftung.

1. Hat ein Kanton nicht Gebrauch gemacht von der Möglichkeit, Bestimmungen aufzustellen über die Verantwortlichkeit seiner Beamten für den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen (Art. 61 OR), so sind für die Haftung Art. 41 ff. OR massgebend. Dies ist der Fall für den Chirurgen, der eine Operation nicht auf Grund eines privatrechtlichen Auftrages vornimmt, sondern in Ausübung seiner öffentlichen Funktion als kantonaler Spitalarzt.
2. Der Chirurg ist verpflichtet, das Organ, das er zu entfernen beabsichtigt, genau zu identifizieren. Operiert er versehentlich ein anderes Organ, so ist zu vermuten, dass er nicht die erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Er trägt daher die Beweislast dafür, dass ihm sein Versehen mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles nicht zum Verschulden angerechnet werden könne.