

unter Lebenden vorzunehmen, begründet werden müsste, namentlich ob eine solche Unvereinbarkeit nur aus dem ausdrücklichen Wortlaut des Erbvertrags selber entnommen oder aber, entgegen der für die Auslegung von letztwilligen Verfügungen geltenden Praxis (BGE 69 II 383), auch aus Elementen ausserhalb desselben, z. B. aus den Umständen des Vertragsschlusses, den gegenseitigen Beziehungen der Vertragsparteien usw. abgeleitet werden dürfte. Denn im vorliegenden Falle sind keine schlüssigen Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass sich die Eheleute Sachs gegenseitig bezüglich der Verwandten des Vorversterbenden soweit die Hände zu binden beabsichtigten. Ein dahingehender, stillschweigend vorausgesetzter Wille lässt sich auch nicht aus dem zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung von 1887 geltenden Rechtszustand ableiten. Das aargauische BG enthielt über die Zulässigkeit von Schenkungen bei korrespondierendem Testament keine Bestimmungen, und einschlägige Entscheide sind nicht nachgewiesen. Da sich die aargauische Praxis im allgemeinen beim Fehlen gesetzlicher Bestimmungen an die gemeinrechtliche Doktrin hielt, darf angenommen werden, dies wäre auch bezüglich der Frage der Anfechtbarkeit solcher Schenkungen der Fall gewesen, wenn sie noch unter dem alten Recht zu beurteilen gewesen wäre. Nach gemeinem Recht aber hatte bei derartigen korrespondierenden Verfügungen unter Ehegatten der Überlebende, der den Nachlass des Vorverstorbenen ohne Belastung mit einer Nacherbschaft erhielt, die völlig freie Verfügung über denselben; auch Schenkungen, sogar bezüglich der vom Vorverstorbenen ererbten Grundstücke, standen ihm frei (DERNBURG V S. 265 ff.) Bestand demnach damals die Möglichkeit einer Anfechtung von Schenkungen durch die im korrespondierenden Testament eingesetzten Dritterben nicht, so können sich auch die Eheleute Sachs im Jahre 1887 eine solche Sicherung gegen Benachteiligung der Verwandten des Vorversterbenden nicht als ohnehin bestehend vorgestellt haben. Wenn sie sie daher wünsch-

ten, hatten sie allen Anlass, dies im Testament deutlich zu sagen, was mit den vorliegenden Bestimmungen desselben nicht geschehen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die beiden Berufungen werden gutgeheissen, die angefochtenen Urteile aufgehoben und die Klagen abgewiesen.

46. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. November 1944 i. S. Eggli gegen Bänninger.

Erteilung. Nachlassliegenschaft geht trotz testamentarischer Zuteilungsvorschrift mit dem Tod des Erblassers in das (Gesamt-)Eigentum der *Erbengemeinschaft* über (Art. 560, 602 ZGB). Der Erblasser kann jedoch verfügen, dass, in Abweichung von der Regel des Art. 617 ZGB, der Zeitpunkt des Todes — statt der Teilung — den *Stichtag für die Abrechnung* bilden, also Nutzen und Schaden der Liegenschaft in der Zwischenzeit schon auf Rechnung des Erwerbers gehen solle.

Partage successorale. Les immeubles deviennent propriété (commune) de la *communauté successorale* à compter du jour du décès du défunt, même s'il a disposé autrement (art. 560, 602 CC). Le défunt peut cependant ordonner, en dérogation à l'art. 617 CC, que ce sera le jour du décès au lieu du jour du partage qui sera *décisif pour le règlement de compte*, autrement dit que l'acquéreur aura les profits et les charges de l'immeuble dès le jour du décès.

Divisione successoria. Gli immobili diventano proprietà (comune) della *comunione successoria* a contare dal giorno della morte del *de cuius*, anche s'egli ha ordinato altrimenti (art. 560, 602 CC). Il *de cuius* può tuttavia ordinare (in deroga all'art. 617 CC) che il giorno della sua morte e non quello della divisione sarà decisivo per la liquidazione dei conti, ossia che l'acquirente dell'immobile avrà i rischi ed i profitti dell'immobile dal giorno della morte del *de cuius*.

A. — Am 6. Dezember 1940 starb in Zürich Frau Berta Greutert geb. Bünzli, die Ehefrau des am 10. Juli 1938 verstorbenen Johannes Greutert. Sie hinterliess als Erben ihre beiden Töchter: Marta, verehelichte Bänninger, und Laura, verehelichte Eggli. Die Erbschaft stellt laut Inventar ein Reinvermögen von Fr. 60,712.45 dar. Unter den Aktiven befindet sich die Liegenschaft Pflanzschulstrasse

Nr. 77 in Zürich, die in der Steuertaxation auf Fr. 105,000.— bewertet und mit einer Schuldbriefschuld von Fr. 54,000.— belastet ist.

Frau Greutert hinterliess ein eigenhändiges Testament, das u. a. folgende Bestimmungen enthält :

« Meine Liegenschaft Pflanzschulstrasse Nr. 77 in Zürich 4 soll meiner Tochter Marta Bänninger-Greutert zum Anrechnungswert von Fr. 104,000.— zugestellt werden unter Überbindung der bestehenden Hypothek mit Zins bis zum Todestag und Vergütung des Restes an die gemeinsame Erbmasse.

Die Schuld der Frau Bänninger für die Liegenschaft, das Wohnungsmobiliar soweit dasselbe nicht vergabt ist und das übrige Vermögen bilden die gemeinsame Erbmasse, ist unter die beiden Kinder gleichwertig zu teilen sowie sämtliche Wäsche. »

B. — Da sich die Erbinnen über die Erbteilung nicht einigen konnten, reichte Frau Bänninger-Greutert die Teilungsklage ein. Von den zahlreichen von beiden Parteien ans Recht gesetzten Streitpunkten sind die meisten durch Vergleich oder rechtskräftigen Entscheid erledigt. Vor Bundesgericht ist u. a. noch streitig das Begehren der Beklagten Frau Eggli, die Klägerin Frau Bänninger habe den Ertrag der ihr zufallenden Liegenschaft für die Zeit vom Tode der Erblasserin bis zur Teilung (Fr. 4755.— pro Jahr) in die Erbmasse einzuwerfen und es sei infolgedessen die von der Vorinstanz festgestellte Ziffer des reinen Nachlassvermögens um den entsprechenden Betrag zu erhöhen.

Die Klägerin trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Im Testament ist verfügt, Frau Bänninger solle die Liegenschaft Pflanzschulstrasse Nr. 77 zum Anrechnungswert von Fr. 104,000.— unter Überbindung der bestehenden Hypothek mit Zins bis zum Todestag der Erblasserin erhalten. Das Bezirksgericht legte, darin der Auffassung der Klägerin folgend, diese Verfügung dahin aus : Frau Bänninger solle nach dem Willen der Erblasserin sofort nach dem Tode derselben, nicht erst im Zeitpunkt der Erbteilung, in Nutzen und Schaden der Liegenschaft eintreten,

sodass die inzwischen sich ergebenden Nutzungen der Liegenschaft an sie persönlich, nicht in die Erbmasse fallen. Demgegenüber vertrat die Beklagte den Standpunkt, bis zum Moment der Erbteilung gehöre die Liegenschaft zur Erbmasse, und die Klägerin sei verpflichtet, den auf Fr. 4755.— errechneten Jahresertrag bis zu diesem Zeitpunkt in die Erbmasse einzuwerfen.

Das Obergericht schloss sich der Auffassung der ersten Instanz an, fügte jedoch bei, es hätte dieser Testamentsbestimmung hinsichtlich der Zinsenanrechnung gar nicht bedurft, weil Nutzen und Lasten einer Liegenschaft von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergehen. Gemäss Art. 560 ZGB erwerben die Erben die Liegenschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers ; das Grundeigentum gehe ohne Eintragung im Grundbuch auf die Erben über ; die streitige Liegenschaft sei daher, was übrigens die Beklagte anerkenne, mit dem Tode der Mutter an Frau Bänninger übergegangen, der sie nach Testament zukommen soll.

Dieser Auffassung kann nicht beigeppflichtet werden. Nach Art. 560 ZGB ging wohl die Liegenschaft mit dem Tode der Erblasserin kraft Gesetzes an die Erben über, aber an die Erbgemeinschaft ; die Erben werden Gesamteigentümer (Art. 602 ZGB). Daran kann eine Teilungsvorschrift der Erblasserin nichts ändern, wie sie in der streitigen Testamentsklausel liegt. Wenn die Beklagte etwas anderes anerkannt hat, so ist das nicht ein Tatsachenzugeständnis, sondern eine rechtlich unrichtige Würdigung der Verhältnisse, die für den Richter nicht verbindlich ist. Art. 617 ZGB, wonach der Zeitpunkt der Teilung für die Bewertung der zu teilenden Sachen und insbesondere der Grundstücke massgebend ist, gilt auch, wenn Teilungsvorschriften des Erblassers bestehen, sofern dieser nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt hat.

Im vorliegenden Falle hat nun aber die Erblasserin eine derartige Bestimmung getroffen. Sie liegt in der Verfügung, dass der Übernehmerin die bestehende Hypothek

und die bis zum Todestag aufgelaufenen Hypothekarzinsen auf die Übernahmesumme von Fr. 104,000.— anzurechnen seien, während sie den Rest des Liegenschaftswertes in die Erbmasse einzahlen müsse. Die Erblasserin hat damit mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass ihr Todestag der Stichtag für die Abrechnung sei, und dass die Übernehmerin die Liegenschaft von diesem Tage an in eigenem Nutzen und Schaden haben solle. Die von den Parteien diskutierte Frage, ob in dieser Verfügung eine Begünstigungsabsicht der Erblasserin gegenüber der Klägerin liege, ist belanglos. Zur mehr nur scheinbaren Begünstigung wird die Teilungsvorschrift nur deshalb, weil die Erbteilung nicht sofort durchgeführt wurde. Tatsache bleibt, dass die Erblasserin der Frau Bänninger die Liegenschaft unter ganz bestimmten Modalitäten zuerkannte: sie sollte die Hypothekarschulden und die *bis zum Todestag* aufgelaufenen Zinsen übernehmen und den « Rest » an die gemeinsame Erbmasse vergüten. Der Todestag ist also in unzweideutiger Weise zum Abrechnungstermin gemacht. Es kann darüber umso weniger ein Zweifel bestehen, als die Erblasserin an späterer Stelle des Testaments beifügt, die Schuld der Frau Bänninger aus der Liegenschaftsübernahme und das Wohnungsmobilien sollen die gemeinsame Erbmasse bilden und unter den beiden Töchtern gleichwertig geteilt werden. Damit ist in unmissverständlicher Weise gesagt, dass die Vergütungsforderung aus der auf den Todestag abgerechneten Liegenschaftsübernahme durch Frau Bänninger anstelle der Liegenschaft selbst zur Teilungsmasse gehören soll. Ob sich die Erblasserin bewusst war, dass daraus im Falle der Verzögerung der Erbteilung der Frau Bänninger ein Vorteil erwachsen könne, oder ob sie diese Überlegung nicht anstellte, ist ungewiss. Aber darauf kommt neben dem klaren Wortlaut der Verfügung auch nichts an; denn die Begünstigung erfolgt aus der Verfügung selbst, und wenn die Erblasserin sie hätte ausschliessen wollen, so hätte sie es zum Ausdruck bringen müssen. Wenn die Klägerin selbst erklärte, von einer Be-

günstigung könne nicht gesprochen werden, so wollte sie damit nicht dem Inhalt der Verfügung eine vom Wortlaut abweichende Deutung geben, sondern offenbar nur sagen, es liege keine erbrechtliche Begünstigung darin, aus welcher die Beklagte Rechte herleiten könne. In der Tat kann der Vorteil, welcher der Klägerin aus dieser Teilungsvorschrift erwächst, bei der Pflichtteilsfestsetzung keine Rolle spielen, weil die verfügbare Quote nach dem Stand der Erbschaft im Zeitpunkt des Todes des Erblassers zu berechnen ist (Art. 474¹ ZGB); diese Quote kann nicht dadurch geschmälert werden, dass die Erben die Teilung verzögern. Es muss mithin in diesem Berufungspunkte beim Entscheid der Vorinstanz sein Bewenden haben.

II. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

47. Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. Oktober 1944 i. S. Boetsch gegen Hickert.

Bürgschaft, ungerechtfertigte Bereicherung.
Passivlegitimation beim Bereicherungsanspruch aus Zahlung auf Grund einer ungültigen Bürgschaft.

Cautionnement. Enrichissement illégitime.
Qualité pour défendre à une action pour enrichissement illégitime par suite d'un paiement fait en raison d'un cautionnement invalide.

Fideiussione. Indebito arricchimento.
Legittimazione passiva nell'azione d'indebito arricchimento in seguito a pagamento effettuato in base ad una fideiussione non valida.

4. — Die beiden kantonalen Instanzen haben einen Bereicherungsanspruch des Beklagten abgelehnt mit der Begründung, ungerechtfertigt bereichert wäre allenfalls nicht der Kläger, sondern die Kantonalbank, der der Beklagte eine Nichtschuld bezahlt habe. Die Schuld des Klägers gegenüber der Bank würde wieder aufleben, wenn

der Beklagte von dieser seine ohne gültigen Grund geleistete Zahlung zurückforderte.

Dass der Beklagte einen Bereicherungsanspruch hat, steht ausser Zweifel. Er hat die in Frage stehenden Zahlungen nicht vorgenommen, um der Bank oder dem Kläger ein Geschenk zu machen, sondern weil er sich dazu für verpflichtet hielt auf Grund der von ihm eingegangenen Bürgschaft. Er beabsichtigte also, eine Verbindlichkeit zu erfüllen, die er infolge eines Irrtums über die Rechtslage als bestehend ansah, während sie in Wirklichkeit gar nicht existierte. Wie das Bundesgericht seit mehreren Jahrzehnten in konstanter Rechtsprechung entschieden hat, ist aber zur Entstehung eines Bereicherungsanspruches nicht ein Irrtum über Tatsachen erforderlich, sondern es genügt auch ein blosser Rechtsirrtum (BGE 40 II 253, 41 II 485, 64 II 127). Art. 494 Abs. 4 des Entwurfs für die Revision des Bürgschaftsrechts vom 20. Dezember 1939 sah sogar ausdrücklich vor, dass eine Zahlung aus ungültiger Bürgschaft nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden könne. Diese Bestimmung wurde dann aber gestrichen mit der Begründung, dass sie als blosser Wiederholung eines allgemein gültigen Grundsatzes überflüssig sei (Protokoll I der nationalrätlichen Kommission S. 27; Protokoll I der ständerätlichen Kommission S. 20; StenBull NR 1940 S. 75, 78; StenBull StR 194 S. 406).

Fraglich ist somit einzig, gegen wen sich der Bereicherungsanspruch des Beklagten richtet, ob gegen den Gläubiger, der die nicht geschuldete Bürgschaftszahlung empfangen hat, oder gegen den Hauptschuldner. Diese Frage ist bisher vom Bundesgericht noch nie entschieden worden, und auch das Schrifttum zum schweizerischen Recht nimmt zu ihr nirgends Stellung. Bei ihrer Beantwortung ist davon auszugehen, dass nach Art. 492 OR der Bürgschaftsvertrag zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger der Hauptschuld abgeschlossen wird, und nicht etwa zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner.

Letzterer sucht zwar in der Regel den Bürgen und führt ihn dem Gläubiger zu, um den in seinem Interesse liegenden Bürgschaftsvertrag zustande zu bringen. Ein Vertragsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner wird dagegen durch den Bürgschaftsvertrag nicht geschaffen. Eine Zahlung, die der Bürge auf Grund desselben vornimmt, erfolgt also nicht in Erfüllung einer Vertragspflicht gegenüber dem Hauptschuldner, die im Bürgschaftsvertrag verwurzelt wäre. Es lässt sich deshalb bei Ungültigkeit der Bürgschaft auch nicht sagen, der Bürge habe bezahlt, weil er sich dem Hauptschuldner gegenüber dazu für verpflichtet gehalten habe, in welchem Falle er nach der herrschenden Meinung einen Bereicherungsanspruch gegen diesen hätte (AEBLI, Die ungerechtfertigte Bereicherung nach schweizerischem OR, S. 82 f; Komm. OSER-SCHÖNENBERGER, N. 7 zu Art. 63 OR; Komm. BECKER 2. Aufl. N. 6 zu Art. 63 OR; VON TUHR-SIEGWART I S. 406 bei Note 56; ferner für das deutsche Recht Enneccerus § 220 Ziffer I 2 lit. d).

Der zahlende Bürge erfüllt aber auch nicht die Schuld des Hauptschuldners, sondern seine eigene, auf dem Bürgschaftsvertrag mit dem Gläubiger beruhende Verpflichtung, die auf Ersatzleistung im Falle des Ausbleibens der Leistung des Hauptschuldners geht (Komm. BECKER, N. 21, Komm. BECK, N. 78 ff., Komm. OSER-SCHÖNENBERGER, N. 6, alle zu Art. 492 OR). Aus diesem Grunde bewirkt denn auch die Zahlung des Bürgen lediglich den Untergang seiner eigenen, selbständigen Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger, während die Hauptschuld dadurch nicht erlischt, sondern, sofern die Bürgschaft gültig ist, als Regressforderung auf den zahlenden Bürgen übergeht (OSER-SCHÖNENBERGER a.a.O.). Ist die Bürgschaft ungültig, so hat der vermeintliche Bürge dem Gläubiger eine Leistung erbracht, zu der er nicht verpflichtet war und auf die — was für die Entscheidung der hier zur Diskussion stehenden Frage den Ausschlag gibt — der Gläubiger auch keinen Anspruch hatte. Dieser hat vielmehr vom allein massgebenden Ver-

hältnis zum Bürgen aus betrachtet ein indebitum erhalten und ist deshalb zu dessen Rückerstattung nach Bereicherungsgrundsätzen verpflichtet. Auch die eidgenössischen Räte gingen bei der Behandlung des bereits erwähnten Art. 494 Abs. 4 des Entwurfs für das revidierte Bürgschaftsrecht offenbar von der Auffassung aus, dass ein Bereicherungsanspruch aus ungültiger Bürgschaft sich gegen den Gläubiger richte. Eine Minderheit wollte nämlich den genannten Abs. 4 ausmerzen, weil die Rückforderung einer bereits erfolgten Bürgschaftszahlung unmoralisch wäre (Protokoll I der nationalrätlichen Kommission, S. 27). Hievon könnte aber selbstverständlich überhaupt nicht gesprochen werden, wenn der Bereicherungsanspruch sich gegen den Hauptschuldner richten würde, der durch die Zahlung des vermeintlichen Bürgen von der Hauptschuld gegenüber dem Gläubiger befreit wäre und mangels gültiger Bürgschaft auch keinem Regressanspruch seitens des Bürgen ausgesetzt ist.

Die hier vertretene Auffassung, die übrigens auch diejenige des römischen wie des gemeinen Rechtes war (vgl. hierüber HERFORTH, Irrige Bezahlung einer fremden Schuld, S. 91 ff.), ergibt sich aber nicht nur aus der rechtlichen Konstruktion des Bürgschaftsverhältnisses, sondern wird zudem den Anforderungen der Billigkeit und der praktischen Vernunft am besten gerecht. Denn meistens wird der Bürge doch gerade deshalb eintreten müssen, weil der Hauptschuldner zahlungsunfähig ist. Bei Ungültigkeit der Bürgschaft den vermeintlichen Bürgen ausschliesslich an diesen zu verweisen, liefe daher praktisch auf eine Entrechtung des ersteren hinaus, die eine unbillige Härte bedeuten würde.

5. — Richtet sich aber der Bereicherungsanspruch des vermeintlichen Bürgen gegen den Gläubiger, so folgt daraus notwendigerweise, dass gegenüber dem Hauptschuldner wenigstens vorerst ein solcher Anspruch nicht besteht. Denn solange der Gläubiger damit rechnen muss, dass er wegen Ungültigkeit der Bürgschaft zur Rückgabe

der empfangenen Zahlung verhalten werden kann, solange ist auch der Hauptschuldner noch der Gefahr ausgesetzt, dass der Gläubiger auf ihn greift. Er ist daher nicht endgültig bereichert. Eine bloss provisorische Bereicherung fällt aber als Grundlage für einen Bereicherungsanspruch natürlich zum vorneherein ausser Betracht.

Diese Rechtslage, die eine bloss e Ausgangssituation darstellt, kann sich jedoch unter Umständen in der Weise verändern, dass der dem vermeintlichen Bürgen primär gegen den Gläubiger zustehende Bereicherungsanspruch dahinfällt und damit der Gelderwerb des Gläubigers unanfechtbar wird. Das hat zur Folge, dass auch der Hauptschuldner nicht mehr mit einer Belangung durch den Gläubiger zu rechnen braucht. Er ist also im Umfang der vom vermeintlichen Bürgen geleisteten Zahlung nummehr endgültig bereichert, so dass einem Vorgehen des letzteren gegen ihn auf Herausgabe dieser sekundär eingetretenen Bereicherung nichts im Wege steht.

Unanfechtbar kann der Gelderwerb des Gläubigers z. B. dadurch werden, dass der Bereicherungsanspruch des vermeintlichen Bürgen ihm gegenüber verjährt. Dies fällt hier ausser Betracht...

Der vermeintliche Bürge kann aber auch auf seinen primären Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger verzichten und dadurch den Gelderwerb des letzteren zum endgültigen werden lassen. Ihm ein solches Vorgehen zu verwehren, besteht kein Anlass. Dem Hauptschuldner widerfährt damit kein Unrecht, da seine Situation dadurch nicht verschlechtert wird. Denn würde der vermeintliche Bürge seine Zahlung vom Gläubiger zurückverlangen, so verbliebe diesem seine Forderung aus dem Hauptschuldverhältnis im entsprechenden Umfang, so dass der Schuldner den Betrag dann eben aus diesem Titel schuldig wäre.

Ein solcher Verzicht des Beklagten ist hier in der Tat anzunehmen.