

dernière disposition ne vise, il est vrai, expressément que la détermination du mode et de l'étendue de la réparation ainsi que de la gravité de la faute, et confère implicitement à cet égard toute liberté d'appréciation au juge. Mais on serait tenté d'étendre ce pouvoir du juge à tous les éléments que comporte la détermination de la responsabilité, et, partant, aussi à la question de la cause du dommage, soit au rapport de causalité. En effet, on doit reconnaître que, dans les procès en dommages-intérêts, seule la libre investigation et la libre appréciation de toutes les circonstances permet au juge de prononcer en pleine connaissance de cause et, partant, de rendre un jugement à tous égards juste et équitable. Aussi bien la loi fédérale du 28 mars 1905 sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer, etc. (art. 20) et la loi fédérale du 24 juin 1902 concernant les installations électriques (art. 38) prévoient, la première, que « le juge prononce librement, sans être lié en matière de preuves, par les lois de procédure » et, la seconde, que « le tribunal prononce sur les faits et sur le montant de l'indemnité, en appréciant librement l'ensemble de la cause, sans être lié par les règles des lois de procédure en matière de preuves ». Mais du fait que, dans ces lois spéciales, le législateur fédéral a pris soin de statuer l'entière liberté d'appréciation du juge, tandis qu'à l'art. 43 CO, au lieu d'employer une formule aussi générale, il a spécifié l'objet de cette libre appréciation (mode et étendue de la réparation, gravité de la faute), on doit conclure que, dans le domaine de la responsabilité fondée sur le droit commun, le législateur a voulu limiter quelque peu la liberté du juge. WEISS (Berufung an das Bg in Zivilsachen, p. 262) arrive à la même conclusion. Il estime que l'art. 51 al. 1 CO ancien, qui correspond à l'art. 43 CO révisé, consacre le principe de la libre appréciation des preuves seulement en ce qui concerne le dommage et non en ce qui concerne l'acte dommageable. Et REICHEL (Commentaire de

l'OJF, note 3 sur art. 56 p. 59), qui range l'art. 51 al. 1, au nombre des dispositions de procédure relatives à la preuve, n'attribue pas à cette disposition une portée autre que celle qui ressort de ses termes mêmes. Le Tribunal fédéral ne l'a pas fait non plus (RO 31 II p. 705).

Quant à la demande de suspension du procès, elle a été rejetée par le Tribunal cantonal pour des motifs de procédure qui échappent au contrôle du Tribunal fédéral.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

rejette le recours et confirme le jugement attaqué.

**39. Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Mai 1928 i. S.  
Schoch gegen Erbgemeinschaft Kalt.**

Art. 554 ZGB: Rechtsstellung des Erbschaftsverwalters (Erw. 1).

Art. 602 ZGB: Teilliquidation bezüglich eines Erbschaftsaktivums infolge Verzichts eines Erben zu Gunsten der übrigen Erben auf einen dem Nachlass zustehenden Anspruch? (Erw. 2).

Schulderrlass: Beweislast. Die Nichtgeltendmachung einer Forderung während längerer Zeit ist an sich kein schlüssiges Indiz für den Erlasswillen des Gläubigers.

A. — Am 8. Juli 1907 stellte der Kläger Schoch seiner Schwägerin, Melanie Kalt, folgenden Schuldschein aus: « Der Unterzeichnete bescheinigt, von Frl. Melanie Kalt ein Darlehen von Franken fünftausend erhalten zu haben, verzinslich zum jeweiligen Zinsfuß der Schweiz. Volksbank in Genf. Das Darlehen ist für fünf Jahre unkündbar. Sollte vor Ablauf der ersten fünf Jahre das Kapital nicht sechs Monate vorher gekündigt worden sein, so bleibt das Darlehen für weitere fünf Jahre verbindlich. » Melanie Kalt lebte damals, und zwar bereits seit 1894, im Haushalte des Klägers in Genf und arbeitete als Angestellte in dem von Schoch geführten Stellen-

vermittlungsbureau für Hotelpersonal gegen ein Monats-salär von 100 Fr. nebst freier Wohnung und Verpflegung. Auch nach Aufgabe dieses Bureaus im Jahre 1916 hatte sie unentgeltlich Kost und Logis beim Kläger bis 1921, in welchem Jahre sie nach Bern zog, wo sie am 1. März 1926 starb. Ihre gesetzlichen Erben waren ein Bruder, die Kinder eines verstorbenen Bruders und drei Schwestern, worunter die Ehefrau des Klägers.

Am 11. Mai 1926 ordnete die Vormundschaftskommission der Einwohnergemeinde Bern gestützt auf Art. 554, Ziff. 1 und 3 ZGB die Erbschaftsverwaltung über den Nachlass an und bestellte Notar Roth als Erbschaftsverwalter mit dem Auftrag, « die Erbschaft in gesetzlicher Weise zu liquidieren und der Vormundschaftskommission s. Zt. hierüber Bericht und Abrechnung einzureichen ».

In einer Betreibung vom 29. Juni 1927 erwirkten die Beklagten auf Rechtsvorschlag des Betriebenen hin am 16. August 1927 durch Entscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Zürich provisorische Rechtsöffnung für den Betrag von 5000 Fr. nebst 6% Zins seit 1. August 1921, sowie für die Betreibungs- und 27 Fr. Rechtsöffnungskosten und 50 Fr. Entschädigung für Umtriebe.

B. — Mit der vorliegenden, am 23. August 1927 beim Bezirksgericht Zürich eingereichten Klage verlangt Schoch die Aberkennung dieser Forderung mit der Begründung, dass M. Kalt ihm die Darlehensschuld schenkungsweise erlassen habe, als er im Mai 1916 infolge der Krise im Hotelgewerbe sein Stellenvermittlungsbureau habe aufgeben müssen und dadurch erwerblos geworden sei. Seit 1916 sei denn auch die Verzinsung unterblieben.

In der mündlichen Verhandlung vor Bezirksgericht vom 13. Oktober 1927 führte sein Vertreter u. a. aus: Die Erblasserin habe Schoch in Anwesenheit seiner Frau erklärt: « Das Geld gehört ja eigentlich doch Dir

und was mein ist, ist auch Dein. » Diese Äusserung sei auch gegenüber Frau Marti und Frau Wasmer erfolgt. Eventuell werde der Zinsfuss von 6% bestritten und gegenüber dem Zinsanspruch für die Zeit vom 1. August 1921 bis 1. August 1922 die Verjährungseinrede erhoben.

C. — Mit Urteil vom 15. Dezember 1927 wies das Bezirksgericht Zürich die Klage ab, unter gleichzeitiger Beschränkung des Zinsanspruches für die in Betreibung gesetzte Forderung von 5000 Fr. auf 5% seit 29. Juni 1927 (Datum des Zahlungsbefehls).

Gegen diese Urteil appellierte Schoch an das Obergericht. In einer Eingabe vom 6. Februar 1928 erhob er die « Vorfrage »: « Kann eine nichtjuristische Person, Erbengemeinschaft der Melanie Kalt, Aberkennungs-beklagte, dem Aberkennungskläger Schoch den Prozess machen ? »

Mit Urteil vom 8. Februar 1928 hat das Obergericht des Kantons Zürich den erstinstanzlichen Entscheid bestätigt.

D. — Hiegegen richtet sich die Berufung des Klägers mit dem Begehren um Gutheissung der Klage.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. Was vorab die Legitimation von Notar Roth zur Geltendmachung der streitigen Forderung anbetrifft, übersieht die Vorinstanz, dass Roth durch die Vormundschaftskommission der Einwohnergemeinde Bern von Amtes wegen gestützt auf Art. 554, Ziff. 1 und 3 ZGB als Erbschaftsverwalter ernannt worden ist. Zur Bestellung eines Erbschaftsvertreters auf Begehren eines Miterben hin gemäss Art. 602, Abs. 3 ZGB, wie sie das Obergericht hier als erfolgt annimmt, wäre nach Art. 7 des bernischen Einführungsgesetzes zum ZGB einzig der Regierungsstatthalter zuständig gewesen.

Den Aufgabenkreis des amtlichen Erbschaftsverwalters im Sinne von Art. 554 ZGB umschreibt das Gesetz nicht.

Indessen ergibt sich sowohl aus der systematischen Einordnung dieses Instituts unter die «Sicherungsmassregeln», als auch aus der Natur der gesetzlich vorgesehenen Anwendungsfälle, dass dem Erbschaftsverwalter in der Regel bloss eine auf Erhaltung und Verwaltung, nicht auch auf Liquidation des Nachlasses gerichtete Tätigkeit zukommt (vgl. BGE 42 II 342; 47 II 41 f.). Dieses Verwaltungsrecht schliesst aber notwendig auch die Befugnis in sich, Forderungen des Erblassers einzuziehen und dessen Rechte und Pflichten allenfalls gerichtlich feststellen zu lassen, indem es sich dabei um zu einer ordnungsmässigen Verwaltung gehörende, der Erhaltung und Sicherung der Erbschaft dienende Massnahmen handelt (vgl. ESCHER, N. 6 und TUOR, N. 19 zu Art. 554 ZGB). Insoweit ist daher der amtliche Erbschaftsverwalter auf die gleiche Linie zu stellen wie der Willensvollstrecker und der Erbschaftsvertreter gemäss Art. 602, Abs. 3 ZGB. Vermöge des ihm durch behördlichen Ernennungsakt übertragenen Amtes zur Verwaltung des Nachlassvermögens handelt er als Vertreter der in der Erbengemeinschaft verbundenen Gesamtheit der Erben unabhängig vom Willen des einzelnen Erben kraft eigenen Rechts. Er ist daher wie zu Prozessen für, bzw. gegen die Erbschaft, so auch zu Betreibungen für, bzw. gegen sie aktiv und passiv legitimiert und infolgedessen ohne weiteres auch befugt, Vollmacht zur Prozessführung namens der Erbengemeinschaft zu erteilen (BGE 53 II 208). Dabei untersteht er der Aufsicht der Behörde und gegen von ihm beabsichtigte oder getroffene Massnahmen ist dem einzelnen Erben das Beschwerderecht gegeben (Art. 595, Abs. 3 ZGB). Dass sich aber hier ein Erbe beschwert habe, ist aus den Akten nicht ersichtlich.

2. Da es sich bei der in Betreibung gesetzten Forderung um einen Anspruch der noch ungeteilten Erbschaft handelt, der gemäss feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht von einzelnen Erben allein geltend

gemacht werden kann, und zwar selbst nicht mit dem Antrag auf Leistung an sämtliche Erben gemeinsam (BGE 50 II 220), sondern nur von der Gesamtheit der Erben, wäre ein Ausscheiden der Ehefrau des Klägers aus der Erbengemeinschaft mit Bezug auf den streitigen Anspruch im Wege einer Teilliquidation durch Verzicht auf ihre Rechte zu Gunsten ihrer Miterben möglich gewesen (vgl. BGE 51 II 270). Einen derartigen Verzicht hat aber Frau Schoch nicht erklärt, sondern sich darauf beschränkt, den von den übrigen Erben behaupteten Anspruch zu bestreiten und gegen dessen Geltendmachung durch Betreibung zu protestieren.

3. — In der Sache selbst stellt der Kläger nicht in Abrede, am 8. Juli 1907 von der Erblasserin ein Darlehen von 5000 Fr. erhalten zu haben. Er behauptet auch nicht mehr, dass die Darlehensforderung verjährt sei, welche Einrede übrigens haltlos wäre, weil das Darlehen erst am 8. Juli 1917 zur Rückzahlung fällig geworden und die Betreibung formrichtig am 29. Juni 1927, also vor Ablauf der zehnjährigen Frist, angehoben worden ist (Art. 127 OR). Dagegen macht er geltend, dass die Erblasserin ihm die Darlehensschuld mündlich erlassen habe. Nach der Regel des Art. 8 ZGB, wonach derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet, trifft ihn hiefür die Beweislast. Anders wäre es, wenn er den Schuldschein zurückerhalten hätte, indem alsdann die Vermutung des Art. 89, Abs. 3 OR Platz greifen würde, dass die Schuld getilgt oder in anderer Weise (wie z. B. gerade durch Erlass) erloschen sei. Tatsächlich hat aber die Erblasserin den Schuldschein in einem bei der Tochter des Klägers, Frau Rudhardt in Genf, deponierten Köfferchen aufbewahrt.

Gemäss seiner eigenen Zugabe in der Berufungsbegründung vermag sich der Kläger für den Nachweis des behaupteten mündlichen Schuldlasses einzig auf das Zeugnis seiner Frau zu stützen, der die Erblasserin

« die Schenkung bestätigt und sogar schriftlich offeriert habe ». Die Einvernahme dieses Zeugen hat indessen die Vorinstanz in Anwendung von § 185 der zürcherischen ZPO abgelehnt und hiebei muss es für das Bundesgericht sein Bewenden haben.

Da darnach die behauptete Äusserung der Erblasserin nicht als nachgewiesen gelten kann, mag dahinstehen, welche Bedeutung ihr beizulegen wäre.

Der blosser Umstand aber, dass die Erblasserin — wohl mit Rücksicht auf ihre verwandtschaftlichen Beziehungen zum Kläger — während Jahren weder die Zinsen eingefordert, noch die Rückzahlung des Darlehenskapitals verlangt hat, bildet kein schlüssiges Indiz für ihren Erlasswillen. Denn aus der Nichtgeltendmachung eines Anspruches während einer bestimmten Zeit leitet das Gesetz nur die Verjährung ab. Während der Verjährungsfrist aber steht es dem Gläubiger regelmässig frei, seine Vertragsrechte geltend zu machen, wann er will. Zur Annahme, dass er dieselben aufgegeben habe, ist weiter erforderlich, dass zu seinem passiven Verhalten während längerer Zeit noch besondere Umstände hinzukommen, die in Verbindung mit jenem den Schluss auf einen Erlasswillen als begründet erscheinen lassen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 14. März 1928 i. S. Gattiker & Co. c. Hürlimann). Derartige Verumständungen sind aber hier nicht gegeben.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. Februar 1928 bestätigt.

### III. KANTONALES RECHT

#### DROIT CANTONAL

#### 40. Arrêt de la Section de droit public du 2 juin 1928,

dans la cause **Noséda contre Etat de Berne.**

*Responsabilité de l'Etat pour les fautes de ses fonctionnaires.* — D'après le droit bernois, l'Etat ne peut être actionné en dommages-intérêts, à raison de fautes de l'un de ses fonctionnaires, avant qu'une décision de l'autorité administrative compétente n'ait constaté que l'agent en cause a manqué aux devoirs de sa charge.

Par arrêt du 2 juin 1927, maintenant un jugement de la Cour d'appel du canton de Berne, du 16 mars 1927, le Tribunal fédéral a constaté que la décision du Président du Tribunal du district de Neuveville, du 11 septembre 1926, ordonnant l'inscription provisoire d'une hypothèque d'entrepreneur au profit d'Antoine Noséda sur l'immeuble Vessaz & C<sup>ie</sup>, était devenue caduque, faute d'enregistrement dans le délai légal, et qu'elle avait, dès lors, été radiée à bon droit du registre foncier. (RO 53 II p. 216).

Alléguant que le soin de procurer cette inscription incombait au Greffier du Tribunal de Neuveville, et que le préjudice résultant de l'annulation de l'hypothèque découlait, par conséquent, d'une faute dudit fonctionnaire, Noséda s'était adressé au Conseil exécutif du canton de Berne, le 27 avril 1927 déjà. Il invoquait l'art. 51 de la loi bernoise sur la responsabilité des autorités et des fonctionnaires publics, et priait, dès lors, le gouvernement cantonal de se déterminer dans les trente jours sur la réclamation en 32 000 fr. de dommages-intérêts qu'il entendait formuler contre l'Etat de Berne.