

freilich im Falle einer amtlichen Liquidation das dort errichtete Inventar auch als Sicherungsinventar nach Art. 490 Abs. 1 verwendet werden und damit eine zweite Inventarisierung überflüssig machen. Rechtlich handelt es sich aber bei den Vorschriften des Art. 595 nichtsdestoweniger um eine Sonderregelung für die amtliche Liquidation, welche für andere Fälle, in denen Nachlassinventare zu errichten sind, keine Geltung hat. Wenn das Inventar nach Art. 595 noch gar nicht aufgenommen ist, oder wenn aus irgendeinem Grunde geboten erscheint, neben diesem noch ein besonderes Inventar nach Art. 490 Abs. 1 zu errichten, braucht demnach mit dessen Aufnahme von Bundesrechts wegen durchaus nicht notwendig der Erbschaftsverwalter betraut zu werden. Hat aber der Erbschaftsverwalter keinen Anspruch darauf, so steht nach Art. 518 Abs. 1 ebensowenig dem Willensvollstrecker ein solcher zu. Vielmehr bleibt es dabei, dass auch im Falle, wo ein Willensvollstrecker ernannt ist, die Kantone frei sind zu bestimmen, wer die Inventaraufnahme besorgen soll.

Damit schliesst das Bundesrecht natürlich andererseits nicht aus, dass die Kantone diese Aufgabe dem Willensvollstrecker zuweisen. Insoweit die Vorinstanz das verneint und die behördliche Inventarisierung für die nach Art. 490 Abs. 1 ZGB allein zulässige hält, ist ihre Auffassung daher unzutreffend. Das müsste, für sich allein genommen, zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führen, damit sie nach kantonalem Recht neu entscheide; denn sie hat dabei eidgenössisches Recht statt kantonales Recht angewendet — nicht kantonales statt eidgenössisches, wie der Beschwerdeführer geltend macht —, was nach der Praxis ebenfalls mit der zivilrechtlichen Beschwerde angefochten werden kann (vgl. BGE 48 I S. 233 und seitherige Rechtsprechung). Allein tatsächlich lässt die Vorinstanz keinem Zweifel darüber offen, dass sie die Inventaraufnahme durch den Willensvollstrecker unabhängig von der bundesrechtlichen Regelung auch

mit Art. 46 des kantonalen Einführungsgesetzes für unvereinbar hält. Das ist Auslegung kantonalen Rechtes, mit deren Überprüfung das Bundesgericht auf dem Wege der zivilrechtlichen Beschwerde nicht befasst werden kann.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Beschwerde wird abgewiesen.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 7. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Februar 1934 i. S. Bütting gegen Schindler & Co.

Rückforderung des Geleisteten beim Rücktritt vom Vertrag nach Art. 109 Abs. 1 OR. Anwendung der zehnjährigen Verjährungsfrist.

*Aus den Erwägungen :*

6. — Wer vom Vertrage zurücktritt, kann das Geleistete zurückfordern und überdies Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens verlangen, sofern der Schuldner nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. Art. 109 OR.

Gegenüber der Rückforderung der Anzahlung von 1625 Fr. hat die Beklagte jedoch die Einrede der Verjährung erhoben. Der Anspruch sei ein solcher aus ungerechtfertigter Bereicherung, und zwar eine *condictio ob causam finitam*, für welche die einjährige Verjährungsfrist des Art. 67 Abs. 1 OR gelte (von *TURR* OR I S. 383, II S. 551). Die Vorinstanz hat die Verjährungseinrede gutgeheissen. Es kann ihr jedoch nicht beigezählt werden, da auf den Rückforderungsanspruch gemäss

Art. 109 Abs. 1 OR die zehnjährige Verjährungsfrist anzuwenden ist. Die bereits vollzogene Leistung erscheint nach dem Rücktritt allerdings als grundlos, und das Bundesgericht hat schon unter der Herrschaft des alten Obligationenrechtes den in dessen Artikel 124 gewährten Rückforderungsanspruch für das Geleistete als *condictio sine causa* bezeichnet (BGE 25 II S. 399, HAFNER, Nr. 1 zu Art. 124 aOR). Allein wenn der Gesetzgeber in Art. 109 Abs. 1 (aOR Art. 124) nicht einfach auf die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung verwiesen, sondern einen selbständigen gesetzlichen Anspruch auf Rückerstattung des Geleisteten gewährt hat, so hat das einen guten Sinn, und auf Art. 62 Abs. 2 OR wäre nur zurückzugreifen, wenn sich der Anspruch nicht aus Art. 109 ableiten liesse (so auch von TUHR OR II S. 551). Es ist nämlich nicht einzusehen, wieso für die Ansprüche, welche Art. 109 dem Zurücktretenden verleiht, nicht dieselbe Verjährungsfrist gelten soll und wieso gar der Schadenersatzanspruch normalerweise noch nicht verjährt sein soll, während der Rückforderungsanspruch, der nicht an die Voraussetzung eines Verschuldens des Schuldners geknüpft ist und der doch als der primäre erscheint, schon verjährt ist. Dass der Schadenersatzanspruch auf Grund von Art. 109 Abs. 2 der zehnjährigen Verjährung und nicht der einjährigen des Art. 60 OR unterworfen ist, wird allgemein anerkannt (von TUHR OR II S. 552, BECKER, Kommentar N. 3 zu Art. 109). Die theoretische Schwierigkeit, die darin besteht, dass ein Anspruch als vertraglicher dargestellt werden soll, während der Vertrag schon dahingefallen ist, verhält sich aber beim Schadenersatzanspruch nicht anders als beim Rückforderungsanspruch, und wenn der Anspruch auf Schadenersatz, der aus einem durch Rücktritt bereits aufgehobenen Vertrag entspringt, deshalb nach den Grundsätzen über die Vertragsverletzung behandelt wird, weil er mittelbar auf einem vertragswidrigen Benehmen des Schuldners beruht (von TUHR OR I S. 552), so trifft diese Erwägung

auch für den Rückforderungsanspruch zu. Es mag auch darauf hingewiesen werden, dass zum negativen Interesse, welches der Gläubiger nach Art. 109 Abs. 2 bei Verschulden des Schuldners verlangen kann, auch der Ersatz für die allenfalls durch Zufall bereits untergegangene Leistung einer bestimmten Sache gehört (OSER-SCHÖNENBERGER N. 7 zu Art. 109 OR, von TUHR OR II S. 552), dass es aber gewiss widersinnig wäre, wenn der Gläubiger seinen Anspruch länger behalten sollte, wenn die geleistete Sache durch Zufall untergegangen ist, als wenn sie noch in natura vorhanden ist. Ferner ist nicht zu übersehen, dass auch bei der Rückforderung aus Entwehrung (Art. 195 OR), aus Wandelung (Art. 208 OR) und bei ausbedungenem Rücktrittsrecht nicht die kurze Verjährung des Art. 67 OR gilt (von TUHR OR I S. 383), dass aber eine Unterscheidung, namentlich auch zwischen gesetzlichem und vertraglichem Rücktritt, die auch das deutsche Recht nicht macht (BGB § 327, 346, ENECCERUS, Lehrbuch S. 150), nicht gerechtfertigt wäre. Die Einwendung, dass der durch Art. 109 Abs. 1 verliehene Rückforderungsanspruch jedenfalls inhaltlich ein reiner Bereicherungsanspruch sei, hält ebenfalls nicht stand, denn die Bereicherungsgrundsätze sind nur zur Berechnung heranzuziehen und bei Leistung einer Sache nur wenn die Sache nicht mehr in natura zurückgegeben werden kann (BGE 57 II S. 323, BECKER Nr. 2, OSER N. 4 zu Art. 109). Der Rückforderungsanspruch nach Art. 109 Abs. 1 verjährt also wie der Schadenersatzanspruch auf Grund von Art. 109 Abs. 2 erst in zehn Jahren, und der Grund liegt bei beiden Ansprüchen darin, dass der Vertragsgegner des ein gesetzliches Rücktrittsrecht Ausübenden seinen ihm obliegenden vertraglichen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist (ENECCERUS, Lehrbuch S. 150); «der Schuldvertrag behält also eine auf Rückgängigmachung seiner bisherigen Wirkungen gerichtete Wirkungskraft» (GIERKE, Deutsches Privatrecht III S. 308). Die Einrede der Verjährung ist daher abzuweisen.