

ändern, dass das Heimwesen der Klägerin zugewiesen werde.

Die Erben des verstorbenen Beklagten, nämlich seine Frau und zwei Töchter, erklärten den Rechtsstreit fortsetzen zu wollen und beantragen Abweisung der Berufung und Bestätigung des obergerichtlichen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Mit ihrer Klage hat die Klägerin einmal den Anspruch des Beklagten auf Übernahme der Liegenschaft bestritten und ausserdem zugleich einen eigenen Anspruch auf Zuteilung geltend gemacht.

a) Das letztere Begehren der Klägerin auf Zuteilung des Heimwesens an sie selber hätte von den kantonalen Instanzen nicht anhand genommen werden sollen, da es nicht nur gegen den Beklagten als Mitbewerber, sondern auch gegen die übrigen Miterben hätte gerichtet werden müssen. Denn damit, dass diese gegen die von der Schatzungskommission verfügte Zuteilung an den Beklagten keine Klage einleiteten, anerkannten sie lediglich den Anspruch dieses Bruders auf Übernahme der Liegenschaft, nicht aber eventuell — d. h. für den Fall des Ausscheidens desselben als Übernehmer — die Berechtigung der Klägerin auf Übernahme. Durch eine gegen den Bruder allein gerichtete Klage konnte bezüglich des Anspruchs der Klägerin kein für alle Beteiligten verbindlicher Entscheid herbeigeführt werden. Eine Zuteilung der Liegenschaft an die Klägerin gemäss ihrem Eventualberufungsantrag käme schon deshalb nicht in Frage.

b) Der Anspruch des Erben auf Übernahme eines Heimwesens gemäss Art. 620 f. ZGB wird, weil er von der persönlichen Eignung des Ansprechers abhängig ist (Art. 620 Abs. 1) und im Bestreitungsfall unter Berücksichtigung seiner persönlichen Verhältnisse beurteilt werden muss (Art. 621 Abs. 1), nicht vererbt. Der Anspruch des Beklagten ist mithin bei seinem Tode nicht auf seine Erbinnen übergegangen; diese können daher den Prozess nicht fort-

führen. Der Wegfall des Beklagten als Ansprecher und als Prozesspartei wegen Todes hat, gleichwie nach der Praxis der Tod einer Partei im Scheidungsprozess (BGE 46 II 179) und im Verfahren betr. Kinderzuteilung (Urteil vom 29. September 1944 i. S. Schocher), zur Folge, dass das Verfahren als gegenstandslos geworden dahinfällt, und zwar nicht nur bezüglich der vorliegenden Berufung, sondern auch was den dem Tode des Beklagten vorausgegangen Teil des Prozesses anbelangt. Dem ist dadurch Rechnung zu tragen, dass — gemäss dem Berufungshauptantrag — der Entscheid der Vorinstanz aufgehoben wird, ansonst es bei diesem sein Bewenden hätte, was praktisch auf eine Zuteilung der Liegenschaft an die Erbinnen des verstorbenen Beklagten hinausliefe.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil, ausser im Kostenpunkte, aufgehoben und das Verfahren als gegenstandslos erklärt.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

53. Urteil der II. Zivilabteilung vom 7. November 1946 i. S. Genossenschaft für Wohnungsbau am Zürichsee gegen Kieswerk Bassersdorf A.-G.

Bauhandwerkerpfandrecht, Art. 837 Ziff. 3 ZGB.

Der Lieferant einer individuell bestimmten, auf Grund eines Werklieferungsvertrags eigens für den Bau hergestellten und abgepassten Sache ist eintragungsberechtigt, auch wenn er sie nicht selber dem Bau eingefügt hat.

Hypothèque légale de l'artisan et de l'entrepreneur, art. 837 ch. 3 CC.

Le fournisseur d'une chose individualisée, spécialement fabriquée en vue de son adaptation à l'immeuble a le droit de requérir l'inscription de l'hypothèque même si ce n'est pas lui qui l'a incorporée à l'immeuble.

Ipoteca legale degli operai e imprenditori, art. 837, cifra 3, CC.
 Il fornitore d'una cosa individualizzata, specialmente fabbricata per essere adattata all'immobile, ha il diritto di chiedere, anche s'egli stesso non l'ha incorporata all'immobile, l'iscrizione dell'ipoteca.

A. — Die « Genossenschaft für Wohnungsbau am Zürichsee » liess im Sommer 1944 auf ihren Grundstücken in der Au-Wädenswil durch die Bauunternehmung Hermann Wetzel A.-G. zwei Mehrfamilienhäuser errichten. Diese Firma vergab die Herstellung und Lieferung der Granitobalkendecken samt dazugehörigen Verteileisen der Kieswerk Bassersdorf A.-G.; diese lieferte die Bauteile der Bauunternehmung ab, die sie in die Bauten einfügte. Für ihre Forderung von Fr. 8062.20 an die Bauunternehmung erwirkte die Lieferantin der Granitdecken beim Einzelrichter die vorläufige Eintragung eines Baupfandrechts an den Grundstücken der Bauherrin. Der Klage der Gläubigerin auf Feststellung ihrer Forderung und definitive Eintragung des Pfandrechts setzte die beklagte Grundeigentümerin verschiedene Einwendungen entgegen, von denen sie vor Bundesgericht einzig noch die hauptsächliche aufrechterhält, nämlich es fehle zum gesetzlichen Tatbestand des Art. 837 Ziff. 3 ZGB das Erfordernis der Arbeitsleistung zu dem Bau. Die Klägerin habe laut Faktur nur Betonbalken und Verteileisen « franco Baustelle » geliefert, während die Herstellung der Decken durch Einbau der Betonbalken von der Bauunternehmung Wetzel A.-G. besorgt worden sei. Es handle sich bei der Leistung der Klägerin um einen blossen Kaufvertrag über die Lieferung von Lagerware, nicht um Spezialanfertigung nach einem besondern Plan.

B. — Mit Urteil vom 14. Mai 1946 schützte jedoch das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage auf Grund seiner tatsächlichen Feststellung, « dass die von der Klägerin der Hermann Wetzel A.-G. für die Bauten der Beklagten gelieferten Betonbalken auf Bestellung hin, genau nach Mass und in bestimmter Ausführung, hergestellt und auf den Platz geliefert worden seien, dass es sich also um keine blosse Lager- oder Handelsware gehandelt hat ».

C. — Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Berufung der Beklagten mit dem Antrag auf Aufhebung desselben und Abweisung der Klage. Die Klägerin trägt auf Bestätigung des Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Vor Bundesgericht noch streitig und daher zu prüfen ist einzig die Frage, ob die Lieferung der Klägerin als eine Leistung von Material und Arbeit eines Unternehmers oder Handwerkers für den Bau im Sinne von Art. 837 Ziff. 3 ZGB zu betrachten ist. Die Vorinstanz hat sie im Anschluss an ein Präjudiz (Aarg. Obergericht, VAR 18, S. 14) und an die Literatur (LEEMANN, Komm. Art. 837 N. 39; HOFFMANN, Das gesetzliche Grundpfandrecht, S. 23, u. A.) mit Recht bejaht. Zutreffend wird dabei das Kriterium darin erblickt, dass es sich um die Lieferung von unvertretbaren Sachen handelt, die eigens für den betreffenden Bau auf Grund eines Werkvertrages angefertigt worden sind und deren Zurückbehaltung daher den Lieferanten nicht vor Schaden bewahren würde, weil sie anderweitig nicht oder nur schwer verwendbar wären. Wo, wie hier, Gegenstand des Vertrages die Herstellung einer individuell bestimmten Sache aus vom Hersteller zu lieferndem Material und deren Übereignung bildet, liegt kein Kaufvertrag vor, allerdings auch nicht ein reiner Werkvertrag, sondern ein aus beiden Vertragstypen gemischtes Geschäft, ein sog. Werklieferungsvertrag, der aber nach der Rechtsprechung als *Werkvertrag* behandelt wird (vgl. BGE 24 II 545, 26 II 584, 29 II 48). Damit ist beim vorliegenden Pfandbestellungsanspruch die persönliche Voraussetzung des Art. 837 Ziff. 3 ZGB gegeben. Denn danach sind eintragungsbe-rechtigt Handwerker und Unternehmer, die zum Bau Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, im Gegensatz zum blossen Verkäufer, nämlich zum Lieferanten von Material oder von Sachen, die er zwar selbst herstellt, aber als vertretbare Lagerware wie z. B. Backsteine, Ziegel usw. Unternehmer in diesem Sinne ist jeder, der auf Grund eines Werkvertrages bzw. Werklieferungs-

vertrages verpflichtet ist. Der Ausdruck Unternehmer ist hier im gleichen Sinne zu verstehen wie in Art. 363 OR, als Bezeichnung der zur Werkleistung verpflichteten Vertragspartei. Ob auf Bestellerseite der Bauherr selber oder, wie im vorliegenden Falle, ein Dritter, etwa eine Bauunternehmung, als Partner des Werkvertrags auftrete, ist für die Anspruchsberechtigung des Werklieferanten unerheblich (BGE 39 II 214 f., 40 II 265, 56 II 166).

Dass das als Bestandteil des Baues mit individueller Anpassung an dessen technische Gegebenheiten hergestellte und auf den Platz gelieferte Werk auch vom Lieferanten selber in den Bau eingefügt werde, verlangt das Gesetz nicht. Die sachliche Voraussetzung des Art. 837 Ziff. 3 — Lieferung von Material und Arbeit « zu der Baute » — ist mit dem durch den Bauunternehmer (Wetzel A.-G.) vollzogenen Einbau der abgepassten Deckenbalken erfüllt; denn dadurch wurden diese Bestandteile des Gebäudes und ihr Wert dem Grundstück einverleibt. In dieser Tatsache liegt der Rechtsgrund für dessen Pfandhaftung und daher die Voraussetzung für die Entstehung des gesetzlichen Pfandbestellungsanspruchs des Baugläubigers gegen den Grundeigentümer. Die gegenteilige Auffassung, wonach das Pfandrecht zu versagen wäre, wenn ein Dritter und nicht der Werklieferant selber die gelieferte Sache einbaute (vgl. WIELAND, Komm. Art. 837 N. 7 b a.E. und ZR 12 Nr. 152), widerspräche dem Schutzzweck des Instituts. Denn damit würden z. B. Schreiner, Spengler und andere Unternehmer, die ihr Werk (Fenster, Türen, Dachkännel) nicht selbst im Bau anschlagen, ausgeschaltet, obwohl sie zum Bau Material und Arbeit geliefert haben, wie das Gesetz die sachliche Voraussetzung des Pfandbestellungsanspruches bestimmt.

Die Einwendung der Beklagten endlich, die Klägerin sei mit ihrer Lieferung nicht vorleistungspflichtig gewesen, sondern habe nach Art. 83 OR ohne gleichzeitige Bezahlung ihre Leistung zurückbehalten können, ist nicht stichhaltig. Da es sich bei den Granito-Balkendecken um eine

auf die Bauten abgepasste und daher nicht vertretbare Sache handelte, die nach der Feststellung der Vorinstanz nicht oder nur schwer, also nicht ohne Schaden, anderweitig verwendbar war, wäre der Klägerin mit dem Zurückbehaltungsrecht wenig geholfen gewesen. Zudem kann — ebenfalls nach vorinstanzlicher Feststellung — die Tauglichkeit der Betonbalken vor ihrem Einbau nicht abschliessend geprüft werden. Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin sei nicht vorleistungspflichtig, geht übrigens schon deshalb fehl, weil diese das Werk, die Betonbalken, zuerst herstellen muss, bevor sie sie abliefern kann; und mit diesem Hauptteil ihrer Werklieferungspflicht muss sie auf alle Fälle in Vorleistung treten, selbst wenn sie dann die Ablieferung nach Art. 82 f. OR ohne gleichzeitige Bezahlung verweigern könnte. Eben wegen dieser Vorleistungspflicht und gegen das damit verbundene Risiko kann sich der Baugläubiger nicht durch andere Mittel als durch den gesetzlichen Pfandbestellungsanspruch sichern. Der Einwand der Beklagten, dessen Bejahung im vorliegenden Falle führe zu einer unzulässigen Erweiterung dieses Rechtsinstituts, trifft daher nicht zu.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgericht des Kantons Zürich vom 14. Mai 1946 bestätigt.

54. Urteil der II. Zivilabteilung vom 19. September 1946 i. S. Neue Fleisch A.-G. gegen Massmünster und Streitberufene.

Art. 886 und 903 ZGB : Nichtanwendung dieser Vorschriften auf einen Fall mehrfacher Verpfändung, der sich nicht als eigentliche Nachverpfändung darstellt.

Art. 886 et 903 CC : Ces dispositions ne s'appliquent pas à un cas de nantissement multiple dans lequel il ne s'agit pas d'un droit de gage subséquent.

Art. 886 e 903 CC : Queste disposizioni non si applicano ad un caso di pegno multiplo, che non appare come un vero e proprio pegno posteriore.