

www.pauliana-praxis.ch

BGE 130 III 241 = Entscheid 5C.76/2003 vom 12. Dezember 2003

Pra 2004 Nr. 173

Die Praxis

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte

ISSN 1017-8147 – Erscheint 12 x jährlich

www.pra.ch

www.legalis.ch

Helbing Lichtenhahn Verlag, Elisabethenstrasse 8, 4051 Basel

Der Helbing Lichtenhahn Verlag hat die Veröffentlichung der Übersetzung auf www.pauliana-praxis.ch genehmigt. Alle Rechte verbleiben beim Helbing Lichtenhahn Verlag.

E. 2c = Pra 2000 Nr. 85; vgl. dazu SCHNYDER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2000, ZBJV 2001, S. 415). Es ist nach dem Gesagten nicht zulässig, einem Elternteil den persönlichen Verkehr mit seinem Kinde zu verweigern und es dem Beistand zu überlassen, begleitete Besuchstage zu organisieren, wie die Vorinstanz dies im vorliegenden Fall getan hat. Aufgrund der im Bereich der persönlichen Beziehungen der Eltern zu ihrem Kind geltenden Untersuchungs- und Offizialmaxime hätte die Vorinstanz prüfen müssen, ob ein bloss zeitlich begrenztes und/oder begleitetes Besuchsrecht mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Gegebenenfalls hätte sie dem Beistand alsdann einen entsprechenden Überwachungsauftrag erteilen müssen (BGE 122 III 404 E. 3 d S. 408; 128 III 411 E. 3 = Pra 2003 Nr. 5; vgl. HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., S. 138 f. Rz. 19.31 ff., S. 209 Rz. 27.20; BSK ZGB I-BREITSCHMID, N 14 ff. zu Art. 308; HAUSHEER, Die drittüberwachte Besuchsrechtsausübung, ZVW 1/1998, S. 17 ff., insbesondere S. 38–39). Indem die Vorinstanz nicht derart vorgegangen ist, hat sie – entgegen der Ansicht der Klägerin – Bundesrecht verletzt. In diesem Punkt erweist sich die Berufung als begründet, was zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils führt. Die Vorinstanz wird die notwendigen Abklärungen treffen müssen, um über den Umfang und die Modalitäten des persönlichen Verkehrs des Beklagten zu seiner Tochter neu zu befinden.

3. [Kostenfolgen]

Zivilgesetzbuch/Erbrecht/Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Nr. 173 Bundesgericht, II. Zivilabteilung
Entscheid vom 12. Dezember 2003 i.S. Bank X c.
ausgeschlagener Nachlass von A. (5C.76/2003)

Übersetzt von GIANNI RIZZELLO

(Originaltext italienisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung erfolgt; BGE 130 III 241.)

Einleitung eines neuen Prozesses und Verrechnung während eines Verfahrens des öffentlichen Inventars, das zur konkursamtlichen Liquidation der Erbschaft führt (Art. 585 f. ZGB; Art. 297 Abs. 4 SchKG). *Die Frage des von Art. 586 Abs. 3 ZGB für die Anstrengung eines neuen Prozesses während der Dauer des Inventars verlangten Erfordernis der Dringlichkeit wird mit Beendigung des Inventars während des hängigen Prozesses gegenstandslos (E. 2). Für die Verrechnung, die von einem Gläubiger des Erblassers während des Ver-*

fahrens eines öffentlichen Inventars vorgenommenen wurde, welches der konkursamtlichen Liquidation der Erbschaft vorausging, ist die im SchKG für die Nachlassstundung vorgesehene Regelung analog anwendbar (E. 3).

Sachverhalt:

A., Inhaber einer Einzelfirma, starb am 12. September 1997. Am 17. September 1997 ordnete der Pretore des Bezirks Riviera auf Begehren des Sohnes und einzigen Erben des Verstorbenen die Aufnahme eines Inventars an, ernannte B. und C. als Erbschaftsverwalter und erteilte der Einzelfirma die Bewilligung für die vorläufige Fortsetzung ihrer Tätigkeit. Am 20. Februar 1998 stellt der Pretore die Ausschlagung der Erbschaft fest und ordnete die konkursamtliche Liquidation an.

Im Jahr 1994 hatte der Verstorbene bei der Bank X für seine Firma ein Kontokorrentkonto eröffnet. Zwischen dem 15. September und 4. November 1997 leisteten verschiedene Schuldner seines Unternehmens Zahlungen auf dieses Konto in einem Gesamtbetrag von Fr. 243 722.40. Diesen Betrag verrechnete die Bank mit Darlehen, die sie dem Erblasser bzw. dessen Firma gewährte.

Die Erbschaftsverwalter klagten gegen die Bank X auf Feststellung der Unzulässigkeit der Verrechnung und verlangten die Rückzahlung der genannten Summe. Der Pretore hiess die Klage teilweise gut und verurteilte die Beklagte zur Zahlung von Fr. 222 742.40 nebst Zinsen an den ausgeschlagenen Nachlass. Der erstinstanzliche Richter erachtete die rechtliche Situation während der Inventaraufnahme als analog zu jener bei der Nachlassstundung. Somit sei Art. 297 Abs. 4 SchKG i.V.m. Art. 213 Abs. 2 SchKG analog anwendbar. Diese Bestimmung beinhalte ein Verrechnungsverbot, nämlich wenn ein Gläubiger des Konkursiten nach der Konkurseröffnung bzw. der Veröffentlichung der Stundung dessen Schuldner oder Schuldner der Konkursmasse werde. Der erstinstanzliche Richter reduzierte die Forderung um CHF 20 980.–, da dieser Betrag vor Erlass der Verfügung betreffend Inventaraufnahme auf das Konto bezahlt worden war.

Auf Berufung der Beklagten hin bestätigte die II. Zivilkammer des Appellationsgerichts des Kantons Tessin den erstinstanzlichen Entscheid.

Das Bundesgericht weist die Berufung der Bank X ab, mit welcher sie beantragt, das kantonale Urteil sei in dem Sinne abzuändern, dass die Berufung gutgeheissen und die Klage abgewiesen werde.

Aus den Erwägungen:

1. [...]

2.

2.1 Die Vorinstanz bestätigte im Übrigen die Meinung des Pretore, wonach die vorliegende Sache dringlich i.S.v. Art. 586 Abs. 3 ZGB sei, zumal sie darauf abziele, die Zusammensetzung der Erbmasse zu bestimmen.

2.2 Nach Auffassung der Beklagten dagegen lag offensichtlich keine Dringlichkeit – Voraussetzung für die Einleitung eines neuen Verfahrens während der Inventaraufnahme (Art. 586 Abs. 3 ZGB) – vor. Der Entscheid des Erben, die Erbschaft auszuschlagen, habe nicht vom vorliegenden Prozess abgehangen: Mit der Guttheissung des Gesuchs sei deren Verzicht in Anbetracht der vorhandenen Passiven in Millionenhöhe aufgerechnet. Der angefochtene Entscheid verletze in diesem Punkt somit Bundesrecht.

2.3 Während der Dauer des Inventars dürfen nur die notwendigen Verwaltungshandlungen vorgenommen werden (Art. 585 Abs. 1 ZGB). Aus diesem Grund sieht Art. 586 Abs. 3 ZGB vor, dass laufende Prozesse sistiert werden müssen und neue nur mit Ausnahme von dringenden Fällen angehoben werden dürfen. Diese Bestimmungen zielen darauf ab, im Rahmen des Möglichen die Zusammensetzung des Nachlasses unverändert zu lassen (ZK-ESCHER, N 1 zu Art. 585 ZGB und N 1 zu Art. 586 ZGB; BK-TUOR/PICENONI, N 1 zu Art. 585 ZGB und N 2 zu Art. 586 ZGB; BSK ZGB II-WISSMANN, N 1 zu Art. 585 und N 1 zu Art. 586). Als dringend nennt die Lehre insbesondere die in Art. 80, 83, 86, 107, 250 und 289 SchKG vorgesehenen Fälle sowie das Bauhandwerkerpfandrecht. Ebenfalls erachtet sie Prozesse als zulässig, von denen der Entscheid der Erben über die Annahme der Erbschaft abhängt (BK-TUOR/PICENONI, N 5 zu Art. 586 ZGB, ZK-ESCHER, N 8 zu Art. 586 ZGB; BSK ZGB II-WISSMANN, N 6 f. zu Art. 586).

2.3.1 Vorliegend kann der Beklagten beigespflichtet werden, dass die Klage, die sich nur gegen die Verrechnung richtet, keinen dringlichen Charakter zu haben scheint. Sie scheint auch nicht geeignet zu sein, den Entscheid über die Annahme der Erbschaft zu beeinflussen. Tatsächlich resultiert für den Erben die gleiche Vermögenslage der Erbschaft, ungeachtet ob die betreffende Forderung als Passivum der Beklagten und die Zahlungen der Klienten des Erblassers auf das Bankkonto als Aktivum in das Inventar aufgenommen werden, oder ob lediglich die Nettoschuld gegenüber der Bank (und der Saldo nach der Verrechnung) inventarisiert wird.

2.3.2 Auf jeden Fall ist mit dem Verzicht auf die Erbschaft und dem Entscheid betreffend die konkursamtliche Liquidation des Nachlasses die Frage der Dringlichkeit des als [von der Beklagten] als nicht dringlich erachteten Prozesses für den mit dem Fall befassten Richter gegenstandslos geworden. Mit der Beendigung des Inventars entfällt auch der Zweck der unveränderten Beibehaltung des Nachlassvermögens während der Dauer des Inventars.

2.3.3 Im Übrigen ist auch zu beachten, dass die Prozessführung Gegenstand der notwendigen Verwaltung i.S.v. Art. 585 und 586 ZGB sein kann (BGE 54 II 416 E. 5 S. 423) und dass die Lehre die Nichtigkeit nicht als eine der eventuel-

len Folgen einer Handlung, die über die Verwaltung gemäss dieser Normen hinausgeht, erwähnt. Die Vornahme einer nicht notwendigen Verwaltungshandlung kann zu einer Haftung des Verwalters führen, der seine Zuständigkeit überschritten hat (BK-TUOR/PICENONI, N 9 zu Art. 585 ZGB; BSK ZGB II-WISSMANN, N 4 zu Art. 585). Wenn diese Handlung von einem Erben vorgenommen wurde, kann es sich um eine Einmischung i.S.v. Art. 571 Abs. 2 ZGB handeln, die eine Ausschlagung der Erbschaft ausschliesst (ZK-ESCHER, N 4 zu Art. 585 ZGB; BSK ZGB II-WISSMANN, N 3 zu Art. 585; BGE 54 II 416 E. 2 S. 419).

2.3.4 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die fehlende Dringlichkeit der Beklagten nicht hilft.

3.

3.1 Nach Auffassung des kantonalen Gerichts bestehen zwischen dem Institut des Inventars und der Nachlassstundung Ähnlichkeiten, womit auf Ersteres die Vorschriften der Letzteren analog angewandt werden könnten, mitunter Art. 297 Abs. 4 SchKG i.V.m. Art. 213 Abs. 2 SchKG. Beide Institute würden die Interessen aller involvierten Parteien berücksichtigen (Erben, Gläubiger des Nachlasses bzw. Schuldner und deren Gläubiger), nach einer Feststellung und Gewichtung der jeweiligen Rechte und Pflichten. Diese Verfahren bezwecken alsdann die Klärung der Vermögensverhältnisse des Verstorbenen bzw. des Schuldners innerhalb einer bestimmten Zeit im Rahmen eines Verfahrens mit teilweise analogen Auswirkungen, insbesondere was die Publikation für die Feststellung der Guthaben und Schulden betrifft, die in den jeweiligen Inventaren aufzunehmen sind. Zudem seien auch die Folgen für die Gläubiger, die es unterlassen würden, ihre Ansprüche anzumelden oder dies verspätet tun würden, ähnlich. Die kantonalen Richter erwähnen zudem, dass das Gesetz sowohl bei der Nachlassstundung als auch beim Inventar einen Betreibungsstillstand für die Schulden des Schuldners bzw. Erblassers und auch einen Stillstand der Verjährung vorsehe (Art. 586 Abs. 1 und 2 ZGB und Art. 297 Abs. 1 SchKG). Zudem sei in beiden Fällen eine Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit möglich. Auch seien die Folgen beider Institute ähnlich, zumal der Erbe, der die Erbschaft unter Inventar annehme, alle inventarisierten Schulden übernehme. Im angefochtenen Entscheid wird weiter ausgeführt, die analoge Anwendung der Vorschriften über die Nachlassstundung rechtfertige sich nicht nur wegen diesen Ähnlichkeiten, sondern auch wegen der Tatsache, dass es darum gehe, so weit als möglich die Zusammensetzung der Erbschaft unverändert zu lassen, bis sich ein Erbe zur Annahme entscheide. Auf das Inventar müsse man sich daher verlassen können und es dürfe in Anbetracht der vollen Haftung des Erben, der die Erbschaft annehme, nicht geändert werden. Aus den redaktionellen Ungenauigkeiten von Art. 585 und 586 ZGB leitet das kantonale Gericht ab, dass das Stillschweigen des Gesetzgebers betreffend Verrechnung im Rahmen einer In-

ventaraufnahme eine Gesetzeslücke praeter legem sei, die vom Richter gefüllt werden könne.

3.2 Die Beklagte anerkennt, dass es zwischen den beiden Instituten Parallelen gibt, ist jedoch der Auffassung, dass es sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt. Zweck von Art. 586 ZGB sei nur die Wahrung des Erbschaftsvermögens zur Erleichterung der Inventaraufnahme, nicht jedoch wie im Rahmen des Vollstreckungsrechts die Gleichbehandlung der Schuldner. Formelle Ähnlichkeiten erlaubten es nicht, unterschiedliche Institute miteinander zu vermischen. Im Übrigen hätte das kantonale Gericht den historischen Willen des Gesetzgebers unbeachtet gelassen.

3.3 Im Falle eines Verzichts der Erben auf die Erbschaft beschränkt sich das SchKG in Art. 193 auf die Regelung, dass die zuständige Behörde den Richter informiert (Abs. 1 Ziff. 1), welcher die konkursamtliche Liquidation anordnet (Abs. 2). Das SchKG enthält – gleich wie das ZGB (vgl. Art. 580–592) – keine ausdrückliche Bestimmung, welche die Verrechnung bei der Inventaraufnahme regelt, die einer konkursamtlichen Liquidation der von den Erben ausgeschlagenen Erbschaft vorangeht. Zu prüfen ist somit die Auffassung des kantonalen Gerichts, wonach eine Lücke im eigentlichen Sinne vorliege, die vom Richter gefüllt werden könne. Eine solche Lücke setzt voraus, dass der Gesetzgeber es unterlassen hat, einen Punkt, der zu regeln gewesen wäre, tatsächlich zu regeln, sofern sich aus dem Gesetzestext oder dessen Interpretation keine Lösung ergibt. Hat jedoch der Gesetzgeber freiwillig auf die Regelung eines Tatbestands verzichtet, der nicht notwendigerweise zu regeln war, handelt es sich bei diesem Untätigsein um ein qualifiziertes Schweigen. Qualifiziertes Schweigen liegt auch vor, wenn eine bestimmte Lösung gewollt nicht auf andere Sachverhalte angewandt werden soll. Der Richter kann grundsätzlich diese uneigentlichen Lücken nicht füllen, welche sich dadurch kennzeichnen, dass das Gesetz eine Antwort gibt, die als unbefriedigend erachtet wird, es sei denn die Berufung auf die als massgebend erachtete Tragweite der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch oder eine Verfassungsverletzung dar (BGE 129 III 656 E. 4.1 S. 658 = Pra 2004 Nr. 23; BGE 125 III 425 E. 3 S. 427 = Pra 2000 Nr. 31).

3.3.1 So bestehen zwischen dem Institut der Nachlassstundung und der Inventaraufnahme nicht nur, wie im angefochtenen Entscheid ausgeführt, verschiedene Ähnlichkeiten. Der Gesetzgeber hat in der Revision vom 16. Dezember 1994 des SchKG an zwei Stellen ausdrücklich die Dauer eines der Konkursklärung vorangehenden Nachlassverfahrens dem Zeitraum angeglichen, der zwischen dem Tod des Schuldners und der Anordnung der Liquidation der Erbschaft auf dem konkursamtlichen Weg verstreicht. Diese Fristen werden weder in den Gesetzesbestimmungen über die Kollokation von Forderungen erster und zweiter Klasse berechnet (Art. 219 Abs. 5 Ziff. 4 SchKG) noch in den Bestim-

mungen betreffend einen Widerruf i.S.v. Art. 286 und 288 SchKG (Art. 288a Ziff. 3 SchKG). Die Botschaft vom 8. Mai 1991 zur Revision des SchKG rechtfertigt diese Gleichstellung mit der Tatsache, dass zwischen dem Tod des Schuldners und der Liquidation des Nachlasses auf dem konkursamtlichen Weg oft einige Monate verstreichen, insbesondere weil der Ausschlagung der Erbschaft eine Inventaraufnahme vorangeht, die es den Gläubigern verunmöglicht, Fristen zu beschleunigen (BBI 1991 III 1 ff., S. 99). So sind während der Dauer des Inventars Betreibungen für die Schulden des Erblassers ausgeschlossen (Art. 586 Abs. 1 ZGB) und die analoge Bestimmung gilt grundsätzlich (vgl. die Ausnahmen in Art. 297 Abs. 2 SchKG) für den Schuldner, der in den Genuss einer Nachlassstundung kommt (Art. 297 Abs. 1 SchKG). Zu bemerken ist ferner, dass unter dem früheren Recht das Bundesgericht diesen Umstand zum Anlass nahm, den Zeitraum zur Erhebung der Anfechtungsklage nicht nur im Rahmen der Nachlassstundung zu verlängern, sondern auch beim Inventar (BGE 62 III 62 E. 2; 54 II 115 E. 2 S. 119). Zweck von Art. 288a Ziff. 3 und 297 Ziff. 4 SchKG ist die Verhinderung von Missbräuchen (vgl. insbesondere für die Anfechtungsklage KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., [Bern 2003], S. 426 § 52 N 6, und für das Nachlassverfahren BGE 40 III 300 E. 3 S. 304) und demnach der Schutz der Gläubiger sowohl im Falle eines Nachlassverfahrens als während der einer konkursamtlichen Liquidation des Nachlasses vorangehenden Inventaraufnahme.

3.3.2 Art. 213 und 214 SchKG regeln die Verjährung im Rahmen des Konkurses und sehen zur Verhinderung von Missbräuchen Verbote vor (KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, a.a.O., S. 323 § 40 N 46). Der Gesetzgeber erkannte die Möglichkeit von Missbräuchen im Rahmen der Verrechnung auch beim Nachlassverfahren und erstreckte in der Gesetzesnovelle von 1994 die konkursrechtliche Regelung auf alle Arten des Nachlassvertrags (vgl. die zitierte Botschaft, S. 131). An die Stelle des massgebenden Zeitpunkts des Konkursdekretes tritt jener der Veröffentlichung der Nachlassstundung (Art. 297 Ziff. 4 SchKG). Der Gesetzgeber unterliess es jedoch, die Anwendung dieser Bestimmung auch auf das Inventarverfahren auszudehnen, welches einer konkursamtlichen Liquidation vorangeht, wenn die Erbschaft durch die Erben ausgeschlagen wurde; dies trotz der Tatsache, dass der Gesetzgeber – wie gezeigt (oben E. 3.3.1) – der Auffassung war, die Gläubiger des Erblassers verdienen den gleichen Schutz wie die Schuldner im Nachlassverfahren. Die Gesetzesmaterialien lassen auf jeden Fall weder den Schluss zu, dass es sich um ein qualifiziertes Schweigen handelt, noch, dass die Regelung betreffend das Inventar abschliessend ist. Es liegt damit eine eigentliche Gesetzeslücke vor, womit der Richter nach der Regel entscheiden soll, die er als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Unter diesen Umständen stellte das kantonale Gericht zu Recht – wie es der Gesetzgeber in den zwei genannten Fällen bereits ausdrücklich gemacht hat – die beiden Fälle gleich: die Situation vor der konkursamtlichen Liquidation und

diejenige, wo dem Konkurs eine Nachlassstundung vorausgeht. In beiden Fällen werden die Bestimmungen über die Nachlassstundung und insbesondere Art. 297 Abs. 4 SchKG analog auf das Inventar angewendet. Tatsächlich können in der nachfolgenden Liquidation des Nachlasses auf dem konkursamtlichen Weg die Gläubiger des Erblassers wegen der Suspendierung der Betreibungen Opfer von Missbräuchen bei der Verrechnung werden, gleichwie die Gläubiger eines Schuldners, dem eine Nachlassstundung gewährt wurde.

4.–5. [...]

Obligationenrecht/Auftrag

Nr. 174 Bundesgericht, I. Zivilabteilung
Entscheid vom 3. Mai 2004 i.S. A. c. X AG (4C.305/2003)

Bearbeitet und kommentiert von DANIEL SCHWANDER

(Publikation in der Amtlichen Sammlung nicht vorgesehen.)

Devisentermingeschäfte (Art. 398 OR). *Sorgfalts- und Treuepflicht der Bank bei Glattstellung zufolge ungenügender Margendeckung (E. 3).*

Sachverhalt:

A. (der Beklagte) stand seit 1980 in Geschäftsbeziehungen zur X AG (Klägerin) bzw. zu deren Rechtsvorgängerin, der XXX. Ab 1994 erteilte er der Klägerin verschiedene Aufträge zur Durchführung von Devisentermingeschäften, die er über mehrere bei der X AG unter der Stamm-Nr. 1 . . . geführte Konti abwickelte. Als Sicherheit diente ein am 18. Juli 1994 gewährter Lombardkredit von Fr. 45 000.– sowie weitere dem Beklagten eingeräumte und durch Grundpfandverschreibung sichergestellte Kredite (10% Gegenwert). Für die bankseits gewährten Kredite galten im Wesentlichen die «Allgemeinen Geschäftsbedingungen». Unmittelbar nach Ausführung jedes Devisengeschäfts erhielt der Beklagte eine «Devisen Outright Bestätigung» mit der Angabe des Währungskurses und mit dem Vermerk «wir kauften», «wir verkauften», worauf die Angabe der betreffenden Währung, der Höhe des Betrages und der Valuta folgte. Bis Ende 1994 resultierte aus den etwa zwanzig Devisengeschäften im Werte von mehreren Millionen Franken ein Verlust von Fr. 113 200.–. Der Beklagte musste diesen Verlust mit Fr. 66 000.– ausgleichen. Dennoch verblieb auf seinem Konto Nr. 2 . . . per Ende 1994 ein Minussaldo von Fr. 12 944.05. Diese Verluste vermochten den Beklagten jedoch nicht zum Ausstieg aus den Devisengeschäften zu veranlassen.