

es den Kantonen, die zuständigen Behörden zu bezeichnen und das Verfahren zu regeln (Art. 288, 373, 397, 434, 439 Abs. 3). Die Kantone können Verwaltungs- oder Gerichtsbehörden, aber auch die vormundschaftlichen Behörden damit betrauen. In jedem Falle sind sie in der Ausgestaltung des Instanzenzuges frei. Soweit daher das zürcherische EG zum ZGB die vormundschaftlichen Behörden über die ihnen vom ZGB zugewiesenen Aufgaben hinaus für zuständig erklärt, steht einem Weiterzug der Entscheide der Justizdirektion an den Regierungsrat, wie ihn § 13 des Gesetzes über die Organisation und Geschäftsführung des Regierungsrates vom 26. Februar 1939 gegenüber allen Verfügungen einer Direktion vorsieht, von Bundesrechts wegen nichts entgegen, während § 75 EG zum ZGB insofern gegen Bundesrecht verstösst, als dort der Rekurs an den Regierungsrat für zulässig erklärt wird gegenüber Verfügungen der Justizdirektion als zweiter Aufsichtsbehörde, also in Angelegenheiten, die das ZGB den vormundschaftlichen Behörden zuweist. Im Falle Hund (BGE 47 II 15) wurde diese Unterscheidung nicht gemacht, weshalb die dortigen Ausführungen missverständlich sind. Im Ergebnis ist jener Entscheid aber richtig, da die vormundschaftlichen Behörden dort nicht kraft kantonalen Rechtes zuständig waren, sondern sich auf Grund eines fehlerhaften Urteils irrtümlich für zuständig hielten und einen Entscheid trafen, den das Bundesrecht dem Scheidungsrichter zuweist. Im vorliegenden Falle dagegen handelte die Justizdirektion nicht als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde, sondern als die nach kantonalem Recht zuständige Behörde, weshalb der Rekurrent die angefochtene Verfügung an den Gesamtregierungsrat hätte weiter ziehen können. Diese stellt somit keinen letztinstanzlichen Entscheid dar.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

III. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

47. Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. Juli 1941 i. S. Rieser-Honauer und Kinder gegen Honauer.

Erbteilung. Ausgleichung (Art. 626 ff. ZGB) *und Herabsetzung* (Art. 522 ff. ZGB).

1. Ausgleichung des nachträglich entdeckten Teilungsvermögens kann ohne weiteres mit einer Klage auf Zahlung verlangt werden. Dem Beklagten steht zu, statt Zahlung Realteilung anzubieten (Art. 628 ZGB).
2. Der Umstand, dass für den Ausgleichungsanspruch allenfalls zu Unrecht Arrest gelegt wurde (Art. 271 SchKG), hat auf jenen Anspruch selbst keinen Einfluss.
3. Hat der Erblasser einen Sohn oder eine Tochter auf den Pflichtteil gesetzt und für den Rest des betreffenden Erbteils deren Nachkommen als Erben eingesetzt, so haben diese die Rechte gesetzlicher Erben. Analoge Anwendung der Vorschriften über die Enterbung (Art. 578/9 ZGB).
4. Art. 626 Abs. 2 ZGB enthält keine blosse Willensvermutung, sondern einen Rechtssatz, der nur vor einer ausdrücklichen abweichenden Verfügung weicht.
5. Wegen Verletzung des Pflichtteils durch eine bereits vollzogene Verfügung braucht, nachdem die Erbteilung im übrigen durchgeführt ist, keine besondere Gestaltungsklage angehoben zu werden. Zulässig ist Leistungsklage, wobei die Herabsetzung nach Art. 522 ff. ZGB als Klagegrund angeführt ist.

Partage successoral. Rapports (art. 626 ss. CC) *et réduction* (art. 522 ss. CC).

1. Le rapport des biens soumis au partage et découverts après coup peut être demandé par le moyen d'une action en paiement. Le défendeur peut offrir le partage en nature plutôt que le paiement (art. 628 CC).
2. Si le demandeur a obtenu un séquestre pour sa créance en rapport, fût-ce sans droit (art. 271 LP), ce fait demeure sans influence sur la créance elle-même.
3. Lorsque le testateur a réduit la part d'un fils ou d'une fille à la réserve, tout en instituant héritiers, pour la quotité disponible de la part ainsi réduite, les descendants de ce fils ou de cette fille, ces descendants ont les droits des héritiers légaux. Application par analogie des règles relatives à l'exhérédation (art. 578 s. CC).
4. L'art. 626 al. 2 CC ne fixe pas la volonté présumée du testateur. Il constitue une règle de droit dont l'application ne peut être exclue que par une disposition expresse et contraire du *de cuius*.
5. Lorsqu'une disposition déjà exécutée lèse la réserve et que le partage est terminé quant au reste, le lésé n'a pas besoin d'in-

tenter une action particulière aux fins d'obtenir un jugement constitutif. Il peut intenter une action en paiement et fonder sa demande sur les art. 522 ss. CC (réduction).

Divisione dell' eredità. Collazione (art. 626 e seg. CC) e *riduzione* (art. 522 e seg. CC).

1. La collazione dei beni soggetti a divisione e scoperti anteriormente può essere domandata mediante azione tendente al pagamento. La parte convenuta può offrire la divisione in natura anziché il pagamento (art. 628 CC).
2. Se l'attore ha ottenuto (anche a torto) un sequestro pel suo credito a dipendenza della collazione, ciò non influisce sul credito stesso.
3. Se il testatore ha ridotto alla legittima la porzione d'un figlio o d'una figlia e ha istituito eredi della parte disponibile i discendenti di questo figlio o di questa figlia, questi discendenti hanno, per la porzione disponibile in seguito a tale riduzione, i diritti di eredi legali. Applicazione per analogia delle norme relative alla diseredazione (art. 578 e seg. CC).
4. L'art. 626 cp. 2 CC non stabilisce soltanto la volontà presunta del testatore. E' una norma di diritto, la cui applicazione non può essere esclusa che in virtù di una disposizione espressa e contraria del *de cuius*.
5. Se una disposizione già eseguita lede la legittima e la divisione è terminata per quanto riguarda il resto, il leso non è tenuto a promuovere un'azione particolare per ottenere un giudizio di carattere costitutivo, ma può promuovere un'azione tendente al pagamento e basare la sua domanda sugli articoli 522 e seg. CC (riduzione).

A. — Der am 6. Mai 1937 gestorbene Johann Honauer hinterliess als Erben seine vier Kinder Marie (Frau Rieser), Jean, Emil und Helvi (Frau Schneebeli). Die Tochter Marie hatte er mit letztwilliger Verfügung vom 1. März 1932 auf den Pflichtteil gesetzt, mit der Massgabe, dass der Rest ihres Erbteils ihren Kindern zufallen und von der hiefür bezeichneten Person verwaltet werden solle. Die Erben legten diese Anordnung der Teilung zugrunde.

B. — Die Erbschaft wurde in zwei Komplexen von netto Fr. 94,355.— und Fr. 61,380.— verteilt. Erst nachträglich erfuhr die Erbin Marie Rieser-Honauer, dass die Miterben Emil und Helvi vom Erblasser je Fr. 30,000.— erhalten und dem Bruder Jean einen Teil gemäss Vereinbarung vom 23. September 1937 abgegeben hatten (Emil Fr. 10,000.— und Helvi Fr. 9000.—, je in Obligationen). Nun verlangte der Ehemann Rieser namens der Frau und der Kinder — deren Erbgut ihm durch Beschluss des

Gemeinderates von Hergiswil vom 7. Juni 1938 zur Verwaltung zugewiesen ist — einen zusätzlichen Erbanteil von Fr. 15,000.— (1/4 der Fr. 60,000.—), liess dafür gegenüber dem im Auslande wohnenden Emil Honauer in Luzern befindliches Vermögen arrestieren und erhob beim Amtsgericht Luzern-Stadt « Arrestforderungsklage » auf Zahlung von Fr. 15,000.— mit Zins zu 5 % seit dem 7. Mai 1937 zum Ausgleich an die von ihm vertretenen Kläger, eventuell auf Zahlung von Fr. 11,150.76 mit Zins an die Ehefrau als Ergänzung von deren Pflichtteil.

C. — Das Obergericht des Kantons Luzern wies mit Urteil vom 7. Februar 1941 das Hauptbegehren der Klage angebrachtermassen und das Eventualbegehren schlechtweg ab. Gründe: Ausgleich von Vorempfängen könne nur bei der Erbteilung selbst verlangt werden. Es bedürfte daher zunächst der Anfechtung der abgeschlossenen Teilung, und auch nach erfolgreicher Anfechtung stünde den Klägern kein Anspruch auf Zahlung, sondern nur auf erneute, bessere Vornahme der Erbteilung zu, der mit Erbteilungsklage zu verfolgen wäre. Das Eventualbegehren auf Geldzahlung wegen Verletzung des Pflichtteils sei un begründet, weil die beanstandete Zuwendung an den Beklagten und andere Miterben als rechtmässig zu gelten habe, solange sie nicht mit Erfolg durch eine besondere Herabsetzungsklage als Gestaltungs-klage angefochten sei. Aus demselben Grunde könne auch nicht Schadenersatz aus unerlaubter Handlung oder Herausgabe einer un gerechtfertigten Bereicherung verlangt werden.

D. — Mit der vorliegenden Berufung halten die Kläger an ihren Begehren fest. Den Betrag der Eventualforderung ermässigen sie auf Fr. 7500.— mit Zins.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Das Verschweigen von Vorempfängen, die auch nur möglicherweise der Ausgleichung oder der Herabsetzung unterliegen, stellt angesichts der gegenseitigen Auskunftspflicht der Erben (Art. 607 Abs. 3, 610 Abs. 2

ZGB ; vgl. BGE 59 II 129) gewiss eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 OR dar. Das hat aber nicht zur Folge, dass nun neben dem allfälligen Ausgleichungs- oder Herabsetzungsanspruch der Klägerschaft ein Anspruch auf Ersatz eben der zur Herstellung des vollen Erbteils bzw. des Pflichtteils allenfalls zu erbringenden Leistungen aus unerlaubter Handlung bestehe. Vielmehr sind diese Leistungen an und für sich aus Erbrecht geschuldet und daher als solche geltend zu machen. Als Schaden aus unerlaubter Handlung kann dann nur in Betracht fallen, was sich unter Umständen gerade zufolge des Verschweigens nicht mehr einbringen lässt, also ein als adäquate Folge des Verschweigens anzuspreekender Ausfall, und ferner besondere Aufwendungen, die ebenfalls wegen des unerlaubten Verschweigens notwendig wurden und nicht anderweitig vergütet werden, wie etwa Prozesskosten, die nach dem zutreffenden Verfahrensrecht nicht zu ersetzen sind. Derartige Schadensfolgen sind aber nicht Gegenstand der vorliegenden Klage ; diese zielt nur auf die erwähnten auf erbrechtlicher Grundlage beruhenden Leistungen ab.

2. — Die Kläger (als welche das Obergericht mit Recht die Frau und die Kinder des nur als deren gesetzlicher Vertreter handelnden Max Rieser betrachtet) begründen denn auch ihre Ansprüche, trotz der nach dem Gesagten verfehlten Anrufung von Art. 41 ff. OR, aus Erbrecht. Was hiebei zunächst den Ausgleichungsanspruch betrifft, so glaubt das Obergericht, sie auf den Weg einer besondern Klage auf Anfechtung der erfolgten Teilung und auf Vornahme einer neuen Teilung verweisen zu sollen. Dem ist jedoch nicht beizupflichten. Indem die Kläger den ihnen zukommenden Anteil am neu entdeckten Vorempfang des Beklagten (und anderer Miterben) verlangen, bringen sie deutlich zum Ausdruck, dass sie die erfolgte Erbteilung nicht als vollständig gelten lassen, und zu weitergehender Anfechtung haben sie keinen Grund, wenn sie es eben bezüglich der von jener Teilung betroffenen Gegenstände bei der getroffenen Auseinandersetzung bewenden lassen

wollen. Es handelt sich darnach nur noch um eine Verteilung der neu entdeckten Zuwendungen. Das Obergericht erachtet hiefür eine Teilungsklage für gegeben, weil die Ausgleichung nicht notwendig durch Geldleistung zu vollziehen ist (Art. 628 ZGB). Dieser Umstand rechtfertigt es jedoch nicht, die auf Geldleistung gehende Klage ohne weiteres abzuweisen. Die Ausgleichung muss nicht in jedem Falle, kann aber immer durch Geldleistung bewirkt werden ; der Ausgleichungspflichtige hat nach der angeführten Vorschrift die Wahl. Handelt es sich, wie hier, nur noch um die Verteilung von Aktivvermögen, so ist daher dem Erben, der zu kurz gekommen zu sein glaubt, nicht zu verwehren, einfach den ihm zukommenden Geldwert einzuklagen. Sache des Beklagten ist es, abgesehen von grundsätzlichen Einwendungen gegen die Ausgleichungspflicht und deren Mass, die Teilung in Natur zu beantragen. Die vorliegende Ausgleichungsklage ist daher zu beurteilen unter Berücksichtigung eines Realangebotes des Beklagten, falls ein solches nach den Prozessgrundsätzen gültig und rechtzeitig gestellt wurde. Damit wird dessen Wahlrecht in richtiger Weise beachtet.

3. — Der Ausgleichungsklage kann nicht entgegengehalten werden, der auch anders als durch Geldleistung erfüllbare Anspruch stelle keine fällige Geldforderung im Sinne von Art. 271 SchKG dar, weshalb dafür nicht hätte Arrest gelegt werden dürfen. Sollte dem auch so sein, so wäre nur die Arrestlegung als unberechtigt dargetan, keineswegs die Klage selbst ; diese ist ohne Rücksicht auf die ja nur als Sicherungsmassnahme erfolgte Arrestlegung zu beurteilen. Im vorliegenden Falle ist auch nicht etwa der auf die Arrestlegung gegründete Gerichtsstand streitig geworden.

4. — Die Zuwendung der Fr. 60,000.— an den Beklagten und einen oder zwei weitere Erben untersteht als Vermögensabtretung an Nachkommen nach Art. 626 Abs. 2 ZGB der Ausgleichungspflicht, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt hat. Das Ober-

gericht anerkennt als allenfalls anspruchsberechtigt nur die Erstklägerin, nicht auch deren Kinder als eingesetzte Erben. Mit Unrecht. Setzt der Erblasser ein Kind mit der Massgabe auf den Pflichtteil, dass der restliche Erbteil dieses Kindes dessen Nachkommen als Erben zufallen solle, so sind die letztern für den ihnen zugewiesenen Teil der Erbschaft als gesetzliche Erben zu betrachten. Das folgt aus den Vorschriften über die Enterbung. Nach Art. 478 Abs. 2 und 3 ZGB fällt der Anteil des Enterbten, sofern der Erblasser nicht anders verfügt hat, an die gesetzlichen Erben des Erblassers, wie wenn der Enterbte den Erbfall nicht erlebt hätte, und gleichermassen behalten die Nachkommen des Enterbten ihr Pflichtteilsrecht. Sie sind also als *gesetzliche* Erben des Erblassers zu betrachten, obschon ihnen der Enterbte nach dem Gesetz im Erbrechte vorgeht und sie nur zufolge der auf letztwilliger Verfügung beruhenden Enterbung als Erben einzutreten haben. Als gesetzliche Erben haben sie auch die sich allenfalls aus Art. 626 ff. ZGB ergebenden Ausgleichungsansprüche, ohne dass der Erblasser sie auch noch ausdrücklich zu Erben eingesetzt und diese Vorschriften für sie anwendbar erklärt zu haben braucht (vgl. BGE 53 II 205). Selbst wenn die Enterbung als solche mit Erfolg angefochten ist und daher der Pflichtteil des Enterbten beobachtet werden muss, gilt doch nach Art. 479 Abs. 3 ZGB grundsätzlich dieselbe Ordnung im Rahmen des verfügbaren Teils; in diesem Umfang treten also mangels abweichender Verfügung des Erblassers wiederum dieselben Personen als gesetzliche Erben ein, mit den ihnen als solchen zustehenden Rechten. Es kann nicht anders sein, wenn der Erblasser von vornherein den Pflichtteil eines Kindes respektiert und ihm nur den Rest seines Erbteils zugunsten seiner Nachkommen entzogen hat; diese haben für den ihnen zukommenden restlichen Erbteil des betreffenden Kindesstammes als gesetzliche Erben zu gelten.

5. — Nach Art. 626 Abs. 2 ZGB ist der Beklagte nur dann von der Ausgleichungspflicht entbunden, wenn der

Erblasser diese Pflicht ausdrücklich aufgehoben hat. Ein darauf gerichteter Wille des Erblassers genügt nicht; Art. 626 Abs. 2 ZGB enthält keine blosser Auslegungsregel, sondern einen auf Billigkeit beruhenden Rechtssatz, der nur vor einer ausdrücklich die Aufhebung der Ausgleichung verfügenden Erklärung zurücktritt; diese Erklärung, obwohl erbrechtlicher Natur, ist dagegen an keine Form gebunden (BGE 44 II 360, 45 II 520). Im vorliegenden Falle kommt, mangels entsprechender letztwilliger Verfügung, nur die angeblich gegenüber dem Zeugen Stocker abgegebene Erklärung in Betracht, vorausgesetzt dass darin eine ernstliche Anordnung solchen Inhalts zu sehen ist. Das kann auf Grund der vorliegenden Akten nicht entschieden werden, da das Obergericht, gemäss dem Ausgangspunkte seiner Betrachtung, die Aussagen dieses Zeugen als unerheblich gar nicht gewürdigt hat. Dies muss nun noch nachgeholt werden; angesichts des übrigen Prozesstoffes, namentlich der in zweiter Instanz dazugetretenen Protokolle und weiteren Akten und darunter vor allem des Briefes des Zeugen an den Anwalt der Kläger vom 6. Dezember 1940 wird eine nochmalige Einvernahme des Zeugen notwendig sein. Das bedingt die Rückweisung der Sache an das Obergericht zu neuer Entscheidung.

6. — Für den Fall, dass seine Ausgleichungspflicht bejaht wird, erhebt der Beklagte seinerseits Ausgleichungsansprüche. Diese sind jedoch, abgesehen von dem bei der Teilung bereits berücksichtigten Vorempfang der Frau Rieser von Fr. 4331.25, nicht mehr beachtlich; denn bei der Teilung haben die Erben nach Treu und Glauben stillschweigend auf Ausgleichung der ihnen damals bereits bekannten Vorempfänge, die sie nicht berücksichtigten, verzichtet; darauf kann der Beklagte nicht ohne Nachweis eines Willensmangels zurückkommen.

7. — Im Falle der Abweisung des Hauptbegehrens der Klage ist das aus Verletzung des Pflichtteils hergeleitete Eventualbegehren zu beurteilen. Die Abweisung aus dem uneinlässlichen Grunde, dass vor der Leistungsklage eine

Gestaltungsklage auf Herabsetzung der als pflichtteilverletzend beanstandeten Verfügung erhoben werden müsste, ist nicht haltbar. Bei Anfechtung einer noch nicht vollzogenen Verfügung, insbesondere einer solchen von Todes wegen, mag mit einer derartigen Gestaltungsklage auszukommen sein; die Erbteilung kann solchenfalls auf Grund der durch das Urteil berichtigten Verfügung vorgenommen werden. Handelt es sich aber um eine bereits vollzogene Verfügung unter Lebenden, und ist die Teilung im übrigen schon durchgeführt, so hat die Berichtigung letzten Endes in einer Leistung zu bestehen, die dem Verletzten den Pflichtteil verschafft. Solchenfalls besteht kein Grund, eine unmittelbar auf Leistung gerichtete Klage, die sich auf die Pflichtteilsverletzung stützt, abzulehnen. Vielmehr steht dem Benachteiligten frei, auf diese Weise zu klagen, statt zunächst ein besonderes Rechtsbegehren um Herabsetzung der Verfügung zu stellen. Die Klage ist um ihrer Begründung willen als Herabsetzungsklage entgegenzunehmen. Das Urteil schafft alsdann zwischen den Prozessparteien Rechtskraft über diesen Klagegrund, und es mag dem Gerichte anheimgestellt werden, die bezügliche Entscheidung noch ausdrücklich, vorgängig der allfälligen Verurteilung zu einer Leistung, in die Urteilsformel aufzunehmen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung der Kläger wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 7. Februar 1941 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an das Obergericht zurückgewiesen.

Vgl. auch III. Teil Nr. 54. — Voir aussi III^e partie n° 54.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

48. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. September 1941

i. S. Hungarian Discount & Exchange Bank Ltd.
gegen Bankhaus Kleinwort, Sons & Co.

Internationales Privatrecht. Arrestprosequierungsklage für eine sowohl hinsichtlich der Entstehung wie hinsichtlich der Wirkungen vom ausländischen Recht beherrschte Forderung. Vorbehalt des schweizerischen *ordre public*. Berufung an das Bundesgericht.

1. Die Frage, welches von verschiedenen in Betracht fallenden *fremden Rechten* anzuwenden sei, ist vom Bundesgericht nicht zu überprüfen, und damit auch nicht die Qualifikationsfrage. Erw. 1.
2. Der *Garantievertrag* untersteht als selbständiges Vertragsverhältnis beim Fehlen einer besondern Parteiabrede dem Recht desjenigen Landes, mit welchem er den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist. Erw. 2.

Droit international privé. Action tendante à la validation du séquestre dans un cas où la créance est régie par le droit étranger quant à sa naissance et à ses effets. Réserve de l'*ordre public suisse*. *Recours en réforme au Tribunal fédéral.*

1. Lorsque plusieurs *droits étrangers* entrent en ligne de compte, le Tribunal fédéral ne peut rechercher lequel est applicable. Dans le même cas, il ne peut examiner la question que pose la qualification de l'acte juridique considéré. Consid. 1.
2. Le *contrat de garantie* est soumis, comme lien contractuel autonome, au droit du pays avec le territoire duquel il est dans les rapports les plus étroits. Consid. 2.

Diritto internazionale privato. Azione volta ad ottenere la convalida del sequestro d'un credito cui è applicabile, tanto per ciò che riguarda la sua causa quanto per ciò che concerne i suoi effetti, il diritto estero. Riserva dell'*ordine pubblico svizzero*. *Ricorso in appello al Tribunale federale.*

1. La questione di sapere quale sia applicabile tra *parecchi diritti esteri* che entrano in linea di conto, non dev'essere esaminata dal Tribunale federale, neppure per quanto concerne la qualifica dell'atto giuridico. Consid. 1.
2. Il *contratto di garanzia* è sottoposto, come vincolo contrattuale autonomo, al diritto del paese col cui territorio si trova nei rapporti più stretti. Consid. 2.

A. — Ein Bankenkonsortium unter Führung von Goldman Sachs & C^{te} in New York gewährte der Firma Ganz