

schen jenen und den reinen Erwerbsgeschäften des Art. 19 Abs. 2 ZGB. Ohne Zweifel umfasst daher Art. 282 ZGB neben den ausdrücklich genannten Verpflichtungen auch die Verfügungen. Beide Arten der Rechtsgeschäfte bewirken eine Vermögensverminderung, jene durch eine Vermehrung der Passiven und diese durch eine Verminderung der Aktiven und erfordern deshalb nach dem Schutzzweck des Art. 282 ZGB auch die gleiche Behandlung.

3. — Die streitige Vereinbarung hätte übrigens bei ihrer Vorlage von der Vormundschaftsbehörde nicht genehmigt werden dürfen, weil sie eine erhebliche Schenkung ist. Durch den Verzicht auf den Unterhaltsanspruch sollte der Beklagte unentgeltlich von seiner Unterhaltspflicht befreit werden. Ein solcher Erlass der ganzen Forderung kann nicht als Vergleich ausgelegt werden, um einer Reduktionsklage des Ehemannes gemäss Art. 157 ZGB vorzubeugen. — Für das Kind bestand auch keine sittliche Pflicht, durch Verzicht auf den Unterhaltsbeitrag dem geschiedenen Vater die abermalige Verheiratung zu ermöglichen. Gemäss Art. 408 ZGB in Verbindung mit Art. 240 Abs. 2 OR ist aber die wegen ihres Streitwertes von über Fr. 4000. — als erheblich zu bezeichnende Schenkung aus dem Vermögen des handlungsunfähigen Klägers verboten (BGE 63 II 129).

4. — Hingegen wäre — entgegen der Auffassung der Vorinstanz — die richterliche Genehmigung des Verzichtes auf den Unterhaltsbeitrag gemäss Art. 158 Ziff. 5 ZGB nicht erforderlich, wenn bei Abschluss des Erlassvertrages nach Art. 282 ZGB ein Beistand des Kindes mitwirkt und die Vormundschaftsbehörde zustimmt. Diese ist ebenso geeignet, die Interessen des Kindes zu wahren, wie der Richter gemäss Art. 157 ZGB. Das in Art. 282 ZGB vorgesehene Verfahren erspart allen Beteiligten die unnötigen Weiterungen eines Prozesses und schützt zugleich das Kind gegen nachteilige Abkommen der Ehegatten. Können sich die Parteien mit Einschluss des Beistandes und der Vormundschaftsbehörde gemäss Art.

282 ZGB nicht einigen, so muss allerdings der Richter gemäss Art. 157 angerufen werden, was der Beklagte hier indessen — auch widerklageweise — unterlassen hat.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt.

#### IV. ERBRECHT

##### DROIT DES SUCCESSIONS

###### 13. Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. Februar 1943

i. S. Hagmann gegen Hagmann.

1. Ausgleichungspflicht der Nachkommen, Art. 626 Abs. 2 ZGB : Was ist ausdrückliche Verfügung des Gegenteils ?
2. Der Anspruch auf Herabsetzung (Wahrung des Pflichtteils) ist nicht im Anspruch auf Ausgleichung enthalten. Art. 522 ff., 626 ff. ZGB.
  1. Obligation de rapporter des descendants, art. 626 al. 2 CC. Que faut-il entendre par « disposition contraire expresse » ?
  2. L'action en rapport ne comprend pas l'action en réduction (sauvegarde de la réserve), art. 522 et sv., 626 et sv. CC.
1. Obbligo di collazione dei discendenti, art. 626 cp. 2 CC. Che devesi intendere per « espresa disposizione contraria » ?
2. L'azione di riduzione (a salvaguardia della legittima) non è compresa nell'azione di collazione. Art. 522 e seg., 626 e seg. CC.

A. — Der Zimmermeister Johann Hagmann verkaufte mit Vertrag vom 25. Mai 1929 und Ergänzung vom 25. Oktober 1929 seine Liegenschaften in Winterthur-Seen einem seiner Söhne, Fritz, zum Preise von Fr. 77,000. In Ziffer 6 der Vertragsergänzung wurde bestimmt : « Infolge dieses Kaufes, sowie des noch abzuschliessenden Vertrages betreffend die Übernahme der Materialvorräte, des Viehstandes und der Geschäftsguthaben durch den Käufer Fritz Hagmann, sind dessen Ansprüche an den Verkäufer aus Zuwendung von Arbeit in den Jahren 1926-1929 (d. h. für die Zeit, in welcher der Verkäufer mit Hilfe des Erwerbers allein sein Geschäft betrieben hat)

vollständig ausgeglichen. Dagegen bleiben die weitem Lohnansprüche des Erwerbers an den Verkäufer ausdrücklich vorbehalten; sie werden also durch diese Verträge betreffend Liegenschaften, Fahrhabe etc. in keiner Weise berührt. Ebenso werden die seinerzeitigen erbrechtlichen Ansprüche des Erwerbers an den Nachlass des Verkäufers in keiner Weise beeinflusst, d. h. der Käufer steht beim Erbgang den übrigen Erben vollständig gleichberechtigt gegenüber. » Die damals vorhandenen Geschäftsguthaben sollten nach dem am gleichen Tage, 25. Oktober 1929, geschlossenen Kaufvertrag über die Viehhabe dem Vater Hagmann bleiben.

B. — Am 30. März 1933 stellte Johann Hagmann folgende Erklärung aus: « Ich bestätige hiermit, dass ich meine Forderung an meinen Sohn Fritz datierend anlässlich der Geschäftsübernahme überlasse. Die mit Chargé vom 12. Januar 1931 durch meinen Agenten Dickenmann in Winterthur aufgestellte Forderung ist somit als erloschen zu betrachten. »

C. — Endlich verfügte Johann Hagmann am 30. September 1933 letztwillig: « 2. Als Ausgleich dafür, dass ich meinem Sohn Fritz Hagmann die Liegenschaft in Seen zu einem Preise überlassen habe, dass er darauf bestehen kann, sollen a) die meinem Sohne Hans Hagmann in Kollbrunn leihweise übergebenen Fr. 6000.— samt Zins schenkungsweise quittiert sein, b) die meinem Sohne Jakob Hagmann nach Amerika mitgegebenen Fr. 4000.— samt dem Reisegeld und die Beträge der inzwischen für ihn bezahlten Lebensversicherungsprämien ihm schenkungsweise überlassen sein. »

D. — Johann Hagmann starb am 1. Mai 1935. Im Streit über dessen Erbschaft hält Hans Hagmann mit der vorliegenden Berufung an dem vom Obergericht des Standes Zürich abgewiesenen Begehren fest, Fritz Hagmann sei zu verpflichten, eine Reihe von Vermögenswerten im Sinne von Art. 626 Abs. 2 ZGB zur Ausgleichung zu bringen, nämlich Fr. 10,000.— mit Zins zu

5 % seit 25. Oktober 1929 (den Restbetrag des dem Erblasser geschuldeten Kaufpreises), Fr. 275.25, 213.40, 180.—, 15.20, 1478.70 (für den Erblasser einkassierte Beträge aus Geschäftsguthaben) und Fr. 160.— (vom Erblasser für ihn bezahlte Fracht- und Zollspesen). Eventuell wird die Herabsetzung der erwähnten Zuwendungen beantragt, was das Obergericht, im Gegensatz zum Gericht erster Instanz, wegen Fehlens eines ordnungsgemäss gestellten Begehrens als unstatthaft erklärte.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Die Zuwendungen, deren Ausgleichung Hans Hagmann verlangt, fallen alle unter den vom Erblasser am 30. März 1933 ausgesprochenen Schulderlass: dieser bezieht sich nach der zutreffenden Auslegung durch das Obergericht nicht nur auf die besonders erwähnten Forderungen, die der Erblasser durch den Agenten Dickenmann eintreiben liess, sondern ebenso auf die nicht von Dickenmann geltend gemachten Beträge von Fr. 15.20 und 1478.70.

2. — Was der Erblasser einem Nachkommen durch Vermögensabtretung, Schulderlass und dergleichen zugewendet hat, steht unter der Ausgleichungspflicht, « sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt » (Art. 626 Abs. 2 ZGB). Diese Verfügung ist an keine Form gebunden, und sie kann so gut wie anlässlich der Zuwendung später getroffen werden; sie ist einseitig und wideruflich (BGE 68 II 78). Das Erfordernis einer « ausdrücklichen » Verfügung geht zurück auf das justinianische Recht (Nov. 18 c. 6: « nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem »). Bei Anwendung dieser Bestimmung wurde als genügend ausdrücklich erachtet jede unzweideutige Erklärung des Willens, dass der Erbe die Zuwendung im voraus haben solle (WINDSCHEID-KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts III 495 Anm. 9). Noch weitherziger ist die französische Praxis zu den Art. 843 Abs. 1 und 919 Code civil: eine unentgeltliche

Zuwendung habe schon dann als « *expressément par préciput et hors part* » ausgerichtet zu gelten, wenn eine dahingehende Absicht auch nur aus den Begleitumständen hervorgehe (PLANIOU et RIBERT, *Traité pratique*, t. 4 no. 578). So weit wie die letztere Ansicht kann im schweizerischen Recht nicht gegangen werden. Wird doch landläufig von einer ausdrücklichen eben im Gegensatz zu einer bloss stillschweigenden Willenserklärung gesprochen. Zudem unterscheidet sich Art. 626 Abs. 2 in seiner Fassung deutlich von Art. 629 (BGE 50 II 105). Indessen bedarf es nicht etwa einer Erklärung, die geradeswegs die Aufhebung der Pflicht zur Ausgleichung der betreffenden Zuwendung ausspricht. Es genügt die Anordnung einer andern, unzweideutig als ausschliesslich zu verstehenden Art des Ausgleichs. Darin liegt eine verständliche und daher im Sinne des Art. 626 Abs. 2 ZGB ausdrückliche « gegenteilige » Verfügung.

Im vorliegenden Falle hat der Erblasser in der unter A erwähnten Vertragsbestimmung verfügt, dass der Mehrwert der Liegenschaft über den zu zahlenden Preis den Ausgleich dadurch finden solle, dass dem Erwerber keine Lohnansprüche für die Jahre 1926-1929 gegen den Vater zustehen. Im übrigen sollen die Rechte des Erwerbers unberührt bleiben, insbesondere dereinst bei Teilung des Nachlasses des Verkäufers. Die Kaufverträge sollen dessen erbrechtliche Stellung nicht beeinflussen. Damit ist der Erwerber von der Pflicht, jenen Mehrwert zur Ausgleichung zu bringen, entbunden.

Von der erwähnten Vertragsbestimmung wird nicht betroffen der erst mehrere Jahre später gewährte Schulderrlass. Auch die Erlassurkunde selbst enthält keine Aufhebung der Ausgleichspflicht. Dagegen kommt Ziffer 2 des ein halbes Jahr später errichteten Testaments in Betracht (oben C). Wenn es dort heisst, den beiden andern Söhnen Hans und Jakob werden gewisse Schulden erlassen « als Ausgleich dafür, dass ich meinem Sohne Fritz Hagmann die Liegenschaft in Seen zu einem Preise über-

lassen habe, dass er darauf bestehen kann », so ist zwar in erster Linie ein Erlass zugunsten der Söhne Hans und Jakob ausgesprochen. Indem aber gesagt wird, dies geschehe zum Ausgleich für die billige Zuwendung der Liegenschaft an Fritz, ist zugleich verfügt, diese letztere Zuwendung solle ihrerseits damit ihren Ausgleich finden, und zwar dem Zweck des Testamentes entsprechend dann auch bei der Erbteilung. Das ist wiederum eine gegenteilige Verfügung im Sinne von Art. 626 Abs. 2 ZGB.

Der Berufungskläger will freilich diese Testamentsbestimmung nur auf den ursprünglichen vertraglichen Preis beziehen, wogegen das Obergericht feststellt, dass der Testator gerade dem inzwischen ausgesprochenen Schulderrlass habe Rechnung tragen wollen, also unter dem im Testament erwähnten Preis den demgemäss verminderten Preis verstanden habe. Diese Entscheidung betrifft die tatsächliche Willensmeinung des Testators, das heisst einen psychischen Vorgang, somit eine vom Bundesgericht nicht zu überprüfende Tatfrage (BGE 60 II 330 ; 66 II 61). Nach dieser Willensmeinung des Testators wirkt sich auch der Erlass der Buchguthaben, überhaupt aller in Frage stehenden Forderungen schliesslich als Minderung des Kaufpreises aus.

Der Beklagte I (Fritz Hagmann) ist demnach von der Ausgleichungspflicht für die mit dem Schulderrlass vom 30. März 1933 verbundene Zuwendung befreit worden, indem der Erblasser letztwillig das Gegenteil verfügt hat.

3. — Auf den eventuell erhobenen Herabsetzungsanspruch ist nicht einzutreten. Ein dahingehendes Begehren wurde in kantonaler Instanz nicht, jedenfalls nicht prozessual gültig gestellt (Urteil des Obergerichts, Erw. II, Vernehmlassung vom 17. November 1942). Als neues Begehren ist es in der bundesgerichtlichen Instanz ausgeschlossen (Art. 80 OG). Die Ansicht des Berufungsklägers, der Herabsetzungsanspruch nach Art. 522 ZGB sei im Ausgleichungsanspruche nach Art. 626 Abs. 2 ZGB inbegriffen, geht fehl. Es handelt sich um Ansprüche,

die nach Inhalt und Rechtsgrund verschieden sind, auch dann, wenn sie sich gegen denselben Miterben richten und dieselbe Zuwendung des Erblassers betreffen. Fällt solohenfalls der Herabsetzungsanspruch nur bei Verneinung der Ausgleichungspflicht in Betracht, so stellt er doch keine Unterart des Ausgleichungsanspruchs selbst dar. Er muss also, sei es auch nur in eventuellem Sinne, gesondert neben dem Ausgleichungsanspruch erhoben werden, sofern das kantonale Prozessrecht die Ausgleichungsklage nicht ohne weiteres als eventuelle Herabsetzungsklage gelten lässt.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Standes Zürich vom 12. Mai 1942 bestätigt.

## V. SACHENRECHT

### DROITS RÉELS

Vgl. Nr. 20. — Voir n° 20.

## VI. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

14. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. April 1943 i. S. Kaiser gegen Widmer.

#### *Feststellungsklage.*

Art. 20 OR gewährt einen Feststellungsanspruch. Ob sich die Zulässigkeit der Feststellungsklage allgemein nach Bundesrecht beurteilt, wird offen gelassen.

L'art. 20 CO confère une action en constatation de droit. La question de savoir si la recevabilité d'une telle action se juge en règle générale selon le droit fédéral est laissée indécidée.

L'art. 20 CO consente un'azione di accertamento d'un diritto. La questione se la ricevibilità di una siffatta azione si giudichi, in generale, secondo il diritto federale, rimane indecisa.

Der Kläger verkaufte dem Beklagten im Jahre 1938 das von ihm in Luzern betriebene Teppichgeschäft. Er verpflichtete sich bei einer Konventionalstrafe von Fr. 20,000 während der Führung des Geschäftes durch den Beklagten weder in Luzern noch im Umkreise von 20 km ein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen oder sich an einem gleichartigen Geschäft zu beteiligen. Mit der vorliegenden Klage verlangte er, es sei festzustellen, dass diese Konkurrenzklausel gegen die guten Sitten verstosse und daher aufzuheben, eventuell auf 4 Jahre zu beschränken sei. Subeventuell sei festzustellen, dass die Konventionalstrafe als übermässig herabzusetzen sei, ferner dass die Konkurrenzklausel keine kumulative Wirkung habe und der Kläger nach Bezahlung der Konventionalstrafe vom Konkurrenzverbot befreit sei.

Das Amtsgericht Luzern-Stadt wies die Klage ab.

Das Obergericht des Kantons Luzern wies mit Urteil vom 13. Januar 1943 die Klage ab, soweit es darauf eintrat.

Mit der Berufung verlangt der Kläger, die Klage sei im vollen Umfange gutzuheissen.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Rechtsbegehren der Klage sind Feststellungsbegehren. Die Vorinstanz hat ihre Zulässigkeit auf Grund des kantonalen Prozessrechtes geprüft und nur für die beiden ersten Begehren bejaht.

Nach der gegenwärtigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes beurteilt sich die Zulässigkeit der Feststellungsklage nach kantonalem Prozessrecht. Doch besteht von Bundesrechts wegen — ohne Rücksicht auf das kantonale Prozessrecht — ein Feststellungsanspruch in bestimmten Einzelfällen, in denen das Bundesrecht einen solchen Anspruch ausdrücklich oder stillschweigend vorsieht (vgl. BGE 45 II 462, 55 II 138). Demgegenüber wird in der