

in der Bedeutung von « einzig » bekannt, sodass sich auch deswegen fragt, ob « Unic » der Schutzfähigkeit entbehrt. Das von « unique » abweichende Wortbild fällt hier weniger in Betracht, da Fremdwörter im Deutschen und namentlich im Geschäftsleben häufig unterschiedlich und unrichtig geschrieben werden. Indessen gehört « unique » — auch hier wieder im Gegensatz zu « extra » und « prima » — zu den wenig geläufigen Fremdwörtern, sodass « Unic » vom deutschsprechenden Durchschnittskäufer weit eher noch als Phantasiewort denn als reine Beschaffenheitsangabe verstanden wird. Wäre es anders, so würde die Frage, ob « Unic » Gemeingut sei, jedenfalls schon im kantonalen Verfahren aufgeworfen worden sein.

Für das italienische Sprachgebiet stellt sich die Frage nicht, da sich im Italienischen mit « Unic » kein Sinn verbindet.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 14. Januar 1944 bestätigt.

I. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

45. Urteil der II. Zivilabteilung vom 16. November 1944 i. S.
Keusch gegen Telemann-Sachs und Konsorten.

Erbeinsetzungsvertrag.

1. Altrechtliches *korrespondentes Testament* von seit 1912 verstorbenen Eheleuten beurteilt sich inhaltlich nach ZGB und zwar nach Erbvertragsrecht. Es ist bei jeder einzelnen Testamentsbestimmung zu prüfen, ob sie korrespondentiver und damit erbvertraglicher Natur ist (Art. 2 Abs. 2, Art. 15, 16 Abs. 2 SchIT/ZGB).
2. *Art. 494 Abs. 3 ZGB* : « Unvereinbarkeit » und daherige *Anfechtbarkeit von Schenkungen des Vertragserblassers* folgt nicht schon aus dem Begriff des Erbvertrags, sondern setzt eine besondere obligatorische Verpflichtung des Erblassers, solche zu unterlassen, voraus.

Institution d'héritier par contrat.

1. *Testament conjonctif* de l'ancien droit fait par des époux décédés depuis 1912. Il est soumis quant au fond au code civil suisse et plus particulièrement aux dispositions sur le pacte successoral. On doit examiner à propos de chacune de ses dispositions si elles ont un caractère réciproque et si, par conséquent, elles engagent les parties l'une envers l'autre (art. 2 al. 2, 15, 16 al. 2 Tit. fin. CC).
2. *Art. 494 al. 3 CC* : Le fait de conclure un pacte successoral n'empêche pas à lui seul de faire des donations. Celles-ci ne sont *attaquables* comme inconciliables avec les clauses du pacte que si le disposant s'est engagé à ne pas faire de donations.

Istituzione d'erede per contratto successorio.

1. Un *testamento corrispettivo*, anteriore all'entrata in vigore del CC, di coniugi deceduti posteriormente al 1912, è sottoposto, quanto al contenuto, al CC, e più precisamente alle norme reggenti il contratto successorio. Occorre esaminare al riguardo se ogni disposizione testamentaria ha carattere reciproco, se cioè implica, per i due testatori, reciproci obblighi (art. 2 cp. 2, 15, 16 cp. 2 Tit. fin. CC).
2. *Art. 494 cp. 3 CC* : L'inammissibilità e pertanto la *possibilità di contestazione di donazioni* del disponente non si desumono dall'istituto medesimo del contratto successorio. Le donazioni del contraente possono essere impugnate come inconciliabili con il contratto successorio solo quando il disponente si sia impegnato a non fare delle liberalità.

A. — Die kinderlosen Eheleute Sachs-Käppeli in Muri, die mit dem gemeinsam betriebenen Landesproduktenhandel ein ansehnliches Vermögen erworben hatten, errichteten am 23. Dezember 1887 folgende « Letzte Willensverordnung » :

« ART. 1. Das Vermögen, welches dasjenige von uns hinterlässt, welches zuerst stirbt, soll dem überlebenden Ehegatten zum ausschliesslichen und alleinigen Eigentum zufallen.

ART. 2. Nach dem Absterben beider oben genannten Testatoren soll die Verlassenschaft folgendermassen vererbt werden :

a) Die eine Hälfte des Nachlasses soll den Nachkommen des J. Sachs von Winterswil, verstorben in Beinwil, d. h. den Geschwistern und deren Kindern des Testators Josef Sachs zufallen.

b) Die andere Hälfte der Verlassenschaft soll den Nachkommen des Adam Käppeli von Knutwil, Kt. Luzern, verstorben in Niesenberg, d. h. den Geschwistern und deren Nachkommen der Testatorin Frau Sachs als Eigentum zufallen.

ART. 3. Im Falle, dass der Testator Josef Sachs vor seiner Ehefrau mit Tod abgeht und letztere eine neue Ehe eingehen würde, soll dieselbe das Eigentum und die Nutzniessung an der in jenem Zeitpunkte vorhandenen Hälfte des Gesamtvermögens verlieren und es soll für die sub Art. 2 a genannten Erben sofort die Erbfolge in die Hälfte des Gesamtvermögens eröffnet werden.

ART. 4. Dem Testator Josef Sachs soll es bei Lebzeiten sowohl als nach dem Tode seiner Ehefrau freistehen, jederzeit einseitig über den sub Art. 2 a seinen Verwandten zugewendeten Vermögensanteil frei anders letztwillig zu verfügen. Der Testatorin Frau Karolina Sachs soll für den Fall, dass Testator Josef Sachs vor ihr mit Tod abgeht, das Recht gewahrt bleiben, jederzeit einseitig über den sub Art. 2 b ihren Verwandten zugewendeten Erbteil anders letztwillig zu verfügen. »

Nach dem Tode des Ehemannes Sachs im Jahre 1918 betrug dessen Hinterlassenschaft Fr. 85,683.—, während die im Januar 1940 verstorbene Ehefrau Sachs nur noch Fr. 13,188.50 hinterliess.

Frau Sachs hatte in den Jahren 1931-37 zwei Mitgliedern der mit ihr befreundeten Familie Keusch in Muri, nämlich der Frau Verena Keusch-Meier und dem Jakob Keusch-Bernet, verschiedene unentgeltliche Zuwendungen im Betrage von zusammen Fr. 24,000.—, bzw. Fr. 4500.— gemacht. Am 20. November 1936 hatte sie mit letztwilliger Verfügung einige kleine Vermächtnisse ausgesetzt und den Verfasser des Testaments, Fürsprech Dr. G. Küchler in Muri, zum Willensvollstrecker bestellt.

B. — Mit Klagen vom 22. August 1940 belangten die im Testament von 1887 als Erben eingesetzten beiderseitigen Seitenverwandten der Eheleute Sachs-Käppeli die Zuwendungsempfänger Frau Keusch-Meier und Jakob Keusch auf Rückerstattung der von der Erblasserin empfangenen Schenkungen in natura oder dem Werte nach an die Erbmasse, weil sie den Bestimmungen des gemeinsamen Testaments der Eheleute von 1887 und desjenigen der Frau Sachs von 1936 zuwiderliefen.

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage unter Berufung auf das alleinige und ausschliessliche Eigentum der Erblasserin an dem nach dem Tode des Ehemannes verbliebenen Gesamtvermögen.

C. — Mit Urteilen vom 28. April 1944 hat das Obergericht des Kantons Aargau die Klagen gutgeheissen, die Schenkungen als anfechtbar erklärt und die Beklagten verurteilt, deren Gegenwert — Fr. 24,000.— bzw. Fr. 4500.— zum Zwecke der Erbteilung in die Erbmasse einzuwerfen.

Die Vorinstanz führt aus, bei der « letzten Willensverordnung » von 1887 handle es sich nicht um ein gegenseitiges, sondern um ein altrechtliches sog. korrespondierendes Testament mit erbvertraglichem Charakter, dessen « besonderes Merkmal nach gemeinrechtlicher Lehre und aargauischer Gerichtspraxis die Unmöglichkeit des einseitigen Widerrufs oder einseitiger Abänderung und das Gebundensein an die Zustimmung der Mittestatoren dafür bilde ». Dieses Merkmal treffe auf das vorliegende Testament zweifellos zu, indem nichts dafür spreche, dass die Eheleute Sachs die einseitige Widerruflichkeit ihrer Verordnung hätten stipulieren wollen. Auf das korrespondierende Testament seien daher die Grundsätze des Erbvertrages, hief insbesondere auch Art. 494 ZGB, anwendbar. Inhaltlich habe man es weder mit einer fiduziarischen Nacherbeneinsetzung im Sinne des § 947 aarg. BG noch mit einer solchen gemäss Art. 488 ZGB, sondern mit einer sog. Nacherbeneinsetzung auf den

Überrest zu tun. Denn es könne keinem Zweifel unterliegen, dass die Eheleute Sachs sich grundsätzlich gegenseitig das freie Eigentum und die unbeschränkte Verfügungsmacht des Überlebenden über den ganzen Nachlass des vorverstorbenen Teils einräumen wollten, nicht nur eine mit der Pflicht zur Erhaltung der Substanz belastete, nutznießungsähnliche Berechtigung. Trotzdem könne es nicht in der Absicht der Eheleute gelegen haben, sich als Vorerben gegenseitig auch das Recht zur *schenkungsweise* Veräusserung von Nachlassgut an Dritte inter vivos einzuräumen. Wenn man noch in guten Treuen eine Befugnis des Vorerben, für sich selber, d. h. zur Bestreitung seines eigenen Unterhaltes, frei über die Substanz des Nachlasses zu verfügen, bejahen könne, so wäre ein solches Verfügungsrecht zu Schenkungen an Dritte mit dem präsumtiven Willen der Testatoren nicht mehr in Einklang zu bringen. Eine Vermutung zugunsten einer Befugnis bestehe nicht; im Gegenteil sei anzunehmen, dass der Erblasser das freie Verfügungsrecht bloss dem Vorerben persönlich gewähren wollte. Der Text der «letzten Willensverordnung» spreche gegen eine weitergehende Freiheit (Art. 2, 3, 4 der Verordnung). Durch diese Bestimmungen sollten einmal die Verschleuderung der den Erben des Erstverstorbenen verfangenen Hälfte des Gesamtvermögens durch den Überlebenden sowie gegebenenfalls unlautere Manipulationen vor der Wiederverheiratung der Ehefrau vermieden werden; andererseits dürfte Art. 4, wonach der überlebende Ehegatte nur letztwillig über die eine Hälfte des frühern Gesamtvermögens verfügen könne, der Gedanke zugrunde liegen, dass er auf diese Weise nach Möglichkeit gegen die Wechselfälle des Lebens gesichert sein sollte. Es würde offenbar dem Willen des Testaments und Treu und Glauben widersprechen und daher einen Rechtsmissbrauch im Sinne des Art. 2 ZGB darstellen, wenn der überlebende Ehegatte und Vorerbe, der bis zum Lebensende vom Nachlass des Erstverstorbenen profitieren dürfe, darüber hinaus durch

Schenkungen unter Lebenden auch noch jene Hälfte des Nachlasses unmittelbar vor seinem Tode verschleudern könnte, über die der vorverstorbene Ehegatte gemäss Art. 2 bezw. 4 letztwillig verfügt hatte und über die der Vorerbe daher letztwillig nicht verfügen dürfe. Darum könne eine Befugnis des überlebenden Vorerben zur Vornahme von Schenkungen aus dem Gesamtgut weder vor dem Text und Willen des Testaments noch vor Art. 2 ZGB standhaben, weshalb die erfolgten Zuwendungen gemäss Art. 494 Abs. 3 ZGB anfechtbar seien.

D. — Gegen diese Urteil richteten sich die vorliegenden Berufungen der beiden Beklagten mit dem Antrag auf Abweisung der Klagen.

Die Kläger tragen auf Bestätigung der angefochtenen Urteile an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

I. — Da die Eheleute Sachs nach dem Inkrafttreten des ZGB gestorben sind, beurteilen sich nach Art. 15 SchlT/ZGB (arg. e contrario) die vorliegenden erbrechtlichen Verhältnisse allgemein und daher auch bezüglich des altrechtlichen gegenseitigen Testaments vom 23. Dezember 1887 nach ZGB (BGE 43 II 149, 51 II 52). Einzig für die Beurteilung der Gültigkeit der Verfügung hinsichtlich der Form gilt nach Art. 16 Abs. 2 SchlT das alte aargauische Recht. Es ist nicht streitig, dass das gemeinsame Testament der Eheleute Sachs-Käppeli in der Form dem Recht des alten aarg. BG entspricht und daher gültig ist.

Für die inhaltliche Auslegung des Testaments ist jedoch das neue Recht anwendbar (BGE 56 II 258). Da dieses das gemeinsame Testament, jedenfalls soweit es korrespondierend ist, nicht anerkennt (BGE 47 II 52), ist für die Beurteilung der Wirkungen von derjenigen neurechtlichen Verfügungsart auszugehen, welche zur Erreichung des von den Testatoren beabsichtigten wesentlichen Zweckes gewählt werden müsste. Das charakteristische Merkmal

des korrespondierenden Testaments des alten aargauischen Rechts ist dessen Unwiderrufflichkeit. Es war im aarg. BG sowenig wie das gewöhnliche gemeinsame Testament besonders normiert, wurde jedoch von der Praxis unter dem Einfluss der gemeinrechtlichen Lehre doch zugelassen und in der Frage der Bindung der Kontestatoren dem Erbvertrage gleich gestellt (Aarg. VJS 3, 165; 24, 35), der zwischen Ehegatten geschlossen Ehevertrag hiess (§§ 957, 958). Auch im vorliegenden Falle erklärt die Vorinstanz die altrechtliche Verfügung von Todes wegen als korrespondierendes Testament mit erbvertraglichem Charakter. An diese Gleichstellung des korrespondierenden Testaments mit dem Erbvertrag nach kantonalem Recht ist das Bundesgericht gebunden, da die Fortgeltung des aargauischen Rechts in dieser Beziehung der Vorbehaltsklausel des Art. 2 Abs. 2 SchlT nicht widerstreitet.

Immerhin kommt der erbvertragliche Charakter nicht dem ganzen Testamente zu, sondern nur denjenigen Bestimmungen desselben, welche korrespondierend, d. h. gegenseitig voneinander abhängig sein sollen. Da nun Art. 4 des vorliegenden gemeinsamen Testaments jedem Ehegatten das Recht wahrte, über die seinen eigenen Verwandten zugewandte Hälfte des Gesamtvermögens letztwillig anders zu verfügen, so fehlt demnach der beidseitigen Verfügung des Art. 2 zu Gunsten der *eigenen* Verwandten jedes Ehegatten dieses für die Annahme der Korrespondenz entscheidende Erfordernis und damit der erbvertragliche Charakter. Der Vorbehalt der anderweitigen letztwilligen Verfügung des Art. 4 hat die Wirkung, dass bezüglich der den *eigenen* Verwandten jedes Kontestators zugedachten Hälfte eine erbvertragsähnliche Gebundenheit überhaupt nicht besteht, also auch nicht mit Bezug auf Verfügungen unter Lebenden. Die der Verwandtschaft der Ehefrau Sachs angehörenden Kläger können sich daher nicht auf die Anfechtbarkeitsbestimmung des Art. 494 Abs. 3 ZGB berufen, weshalb ihnen gegenüber die Klage zum vornherein abgewiesen werden muss. Die

Unterscheidung zwischen den beiden Klägergruppen ist indessen ohne praktische Bedeutung, weil auch die Klage der Verwandten des Ehemannes Sachs, bezüglich deren die überlebende Ehefrau erbvertraglich gebunden war, sich als unbegründet erweist.

2. — Gemäss Art. 494 Abs. 2 ZGB kann der Erblasser, der einen Erbvertrag abgeschlossen hat, über sein Vermögen inter vivos frei verfügen. Von solchen Verfügungen unter Lebenden unterliegen jedoch nach Abs. 3 Schenkungen, die mit seinen Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, der Anfechtung. Unter welchen Voraussetzungen aber Schenkungen mit den erbvertraglichen Bindungen unvereinbar sind, ist dem Text des Gesetzes nicht zu entnehmen und daher nur im Wege der Auslegung abzuklären.

a) Die Entstehungsgeschichte der Bestimmung führt zu keiner absolut sichern Antwort, weist indessen deutlich in die eine Richtung.

Der Teilentwurf von 1895 zum Erbrecht unterstellt korrespondierende Testamente dem Recht der Erbverträge (Art. 455 Abs. 4). Nach Art. 492 kann in den Fällen, wo der Erblasser aus dem Vertrag Gegenleistungen erhält, der Vertragserbe Schenkungen desselben unter Lebenden anfechten.

Der Vorentwurf von 1900 dagegen bestimmt in Art. 516 Abs. 2: « Er (der Erblasser) behält die freie Verfügung über sein gegenwärtiges Vermögen »; Abs. 3: « Verfügungen von Todes wegen, die mit dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, unterliegen der Anfechtung ». Daraus scheint sich zu ergeben, dass Schenkungen unter Lebenden überhaupt in keinem Falle anfechtbar sind (so Prof. A. MARTIN, Exposé zum Erbrecht des VE, Genf 1901, S. 48: « Il en résulte qu'il ne lui (au disposant) est pas interdit de faire une donation entre vifs »). Von dem zitierten Text weicht allerdings die französische Fassung des Art. 516 Abs. 3 VE offensichtlich ab mit dem Wortlaut: « Peuvent être attaquées toutes autres libéralités qui seraient en

contradiction avec le pacte successoral ». Der Gesetzesredaktor geht in seinen Erläuterungen zum VE (1901) ausdrücklich vom deutschen Text aus, nimmt aber dennoch, entsprechend Art. 492 des Entwurfs, ein Anfechtungsrecht des Vertragserben gegenüber Schenkungen des Erblassers an, falls dieser Gegenleistungen erhalten habe, wobei dann nach den bezüglichen ausführlichen Vorschriften der französischen Rechte vorzugehen wäre (Erl. II, S. 79; 2. Ausg. von 1914 I S. 400).

Die Frage kam in der Expertenkommission zur Sprache (Sitzung vom 12. März 1902, zu Art. 516 VE). GOTTOFREY wies auf die erwähnte Divergenz der beiden Fassungen hin. OSER stellte den Antrag, in Abs. 3 nach « Verfügungen von Todes wegen » beizufügen *oder Schenkungen*, mit der Begründung, wer nach dem Erbvertrag etwas schenke, tue es auf Rechnung des Gegenkontrahenten. Der Präsident nahm den Antrag zu redaktioneller Prüfung entgegen. Auf einen spätern Antrag BÜHLMANN auf Ablehnung des Antrags OSER bemerkte der Referent HUBER, letzterer beziehe sich wohl auf die Beschränkung im Sinne des Art. 547 VE (Herabsetzung, jetzt Art. 527). « Weitere Ausschliessung der Schenkung könne sich *aus dem Vertrag selbst ergeben*. Schenkungen sollen zugelassen werden, soweit sie *nicht mit dem Vertrag unvereinbar seien* ». OSER bezeichnete eine blosse Anfechtbarkeit von Schenkungen im Rahmen der Herabsetzung nach Art. 547 VE als ungenügend, schon wegen der dortigen Befristung auf 10 Jahre rückwärts vom Tode. PLANTA pflichtete BÜHLMANN bei und erwiderte OSER, « es sei ja nicht ausgeschlossen, dass jemand in einem Erbvertrag *sich Garantien geben lasse dafür*, dass nach dem Abschluss desselben *Schenkungen nicht mehr vorgenommen werden. Habe das nicht stattgefunden*, so sehe er nicht ein, warum nachher die Schenkungen ausgeschlossen sein sollen », womit BÜHLMANN sich einverstanden erklärt.

In der Abstimmung wurde der Art. « im Sinne der gewalteten Diskussion in der Fassung des Entwurfs » angenommen.

Im Entwurf vom 18./28. Mai 1904 erscheint dann Abs. 3 (nun Art. 498) in seinem heutigen Wortlaut; die Botschaft enthält über die Frage der Schenkungen nichts (S. 51 f.). In den weitern Beratungen kommt der Gegenstand nicht mehr zur Sprache (Sten. Bull. Dez. 1905 S. 1380, 1383; März 1906 S. 191).

b) Nach diesen Äusserungen der Experten erscheint jedenfalls die Auslegung nicht zulässig, dass der Begriff des Erbvertrags bezw. die durch ihn bewirkte Bindung an sich schon das Verbot von Schenkungen unter Lebenden in sich schliesse. Dagegen spricht auch der Wortlaut von Art. 494 Abs. 3 ZGB, wenn er von « Schenkungen, die mit seinen *Verpflichtungen* aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind », redet. Entgegen dem Text des Abs. 1 begründet der Erbeinsetzungsvertrag als solcher gar keine Verpflichtung des Erblassers, sondern ist eine Verfügung (von Todes wegen), die unmittelbar das Erbrecht des Eingesetzten begründet und mit deren Vornahme der Erblasser seiner « Verpflichtung » bereits genügt hat (ESCHER, Komm., Art. 494 II und dort zit. Lit.; KRETZSCHMAR, *Erbrecht*, 2. Aufl. § 49 II 3). Insbesondere begründet der Vertrag keine Verpflichtung des Erblassers, dem Erben ein bestimmtes, ja überhaupt ein Vermögen zu hinterlassen, sondern sichert ihm lediglich die Erbentstellung. Die im Begriff des Erbvertrags liegende Bindung enthält nur die Unwiderrufflichkeit der Verfügung von Todes wegen. Eine Verpflichtung des Erblassers, irgendwelche oder bestimmte Schenkungen unter Lebenden zu unterlassen, müsste im Erbvertrag durch einen obligatorischen Zusatz zu dessen wesentlichem, rein Verfügungsmässigem Inhalt besonders begründet werden.

Für die grundsätzliche Zulässigkeit von Schenkungen spricht ferner der Umstand, dass Abs. 3 die unvereinbaren als Ausnahmekategorie nennt. Wäre die Unzulässigkeit die Regel, so liesse sich eher eine Heraushebung der unanfechtbaren Schenkungen im positiven Sinne erwarten, z. B. « und Schenkungen, vorbehaltlich der nach dem Erbvertrag erlaubten ».

c) Die Annahme eines prinzipiellen Ausschlusses würde auch der geschichtlichen Entwicklung widersprechen. Im gemeinen Recht war der Vertragserblasser in seiner Dispositionsfähigkeit inter vivos grundsätzlich nicht beschränkt, auch nicht hinsichtlich Schenkungen, unter Vorbehalt der Anfechtung von dolosen, auf Schädigung des Vertragserben ausgehenden Schenkungen (BESELER, Erbverträge, 1835, 2. Teil Bd. I, S. 257/68; DERNBURG, Bürg. Recht V S. 275). Ebensowenig kannten diejenigen kantonalen Erbrechte, die den Erbvertrag zuließen und auf denen daher das ZGB unmittelbar fusst, einen grundsätzlichen Ausschluss der Schenkung unter Lebenden (HUBER, Privatrecht II S. 326). Das BGB endlich lässt das Recht des Vertragserblassers zu Verfügungen unter Lebenden, auch zu Schenkungen, unangetastet mit der Ausnahme der Anfechtbarkeit von Schenkungen mit der Absicht der Beeinträchtigung des Vertragserben (§§ 2286/87; DERNBURG V S. 276, KRETZSCHMAR 343 ff.). Es liegt kein Anhaltspunkt dafür vor, dass das ZGB mit der Aufstellung eines grundsätzlichen Verbots der Schenkung über alle diese Rechte hätte hinausgehen wollen. Auch die Annahme, die Anfechtbarkeit der Schenkung folge schon aus der blossen tatsächlichen Beeinträchtigung des Vertragserben, läuft auf die Aufstellung einer gesetzlichen Präsuntion für die Unvereinbarkeit hinaus, die im Gesetz keine Stütze findet. In dieser Beziehung lässt sich an der in BGE 62 II 134 vertretenen Auffassung, wonach die Zulässigkeit einer Schenkung einen dahingehenden Vorbehalt im Erbvertrag voraussetze, nicht festhalten. Beim Fehlen einer klaren gegenteiligen Vorschrift des Gesetzes muss umgekehrt als Grundsatz und Regel die Verfügungsfreiheit des Erblassers gelten und die Ausnahme davon, die Unvereinbarkeit von Schenkungen, im Erbvertrag in Form einer obligatorischen Verpflichtung ausbedungen sein.

d) Sachlich wäre nicht einzusehen, warum aus der Zahl der das Vermögen schmälernenden, aber anerkannter-

massen durch den Erbvertrag nicht ausgeschlossenen lebzeitigen Verfügungen des Erblassers gerade die Schenkung herausgenommen sein sollte. Der Erblasser kann nach Abschluss des Erbvertrages sein Vermögen für Liebhabereien ausgeben oder verspielen und damit die Anwartschaft bzw. das Erbrecht des Vertragserben beeinträchtigen, ohne dass dieser etwas dagegen tun könnte, abgesehen von der Anregung vormundschaftlicher Massnahmen nach Art. 370 ZGB. Es ist unerfindlich, wieso nur gerade Schenkungen von dieser Verfügungsfreiheit ausgenommen sein sollten, die, zumal wenn sie aus Motiven der Dankbarkeit erfolgen, jedenfalls nicht unvernünftiger oder unmoralischer sind als die genannten Arten, das Recht des Vertragserben auszuhöhlen. Der Umstand allein, dass — unter dem Gesichtspunkt der Situation des Empfängers betrachtet — die Rückforderung einer unentgeltlichen Zuwendung weniger Bedenken erweckt als die einer entgeltlichen, genügt nicht, um eine derartige dem System des Gesetzes widersprechende Einschränkung der Verfügungsfreiheit des Vertragserblassers zu rechtfertigen. Mit der generellen Zulassung der Anfechtbarkeit der Schenkung ginge man im Schutz des Vertragserben viel weiter als im Pflichtteilsschutz, wo die Herabsetzung von nicht frei widerruflichen Schenkungen auf 5 Jahre vom Tode rückwärts begrenzt ist (Art. 527 Ziff. 3), während sich nach Art. 494 Abs. 3 keine zeitliche Grenze ergäbe. Und für die analoge Anwendung der Fünfjahresgrenze des Art. 527 Ziff. 3 bietet sich, trotz der Bemerkung HUBERS in der Expertenkommission, gesetzestechnisch keinerlei Anhaltspunkt.

Inwieweit die Anfechtung nach Art. 494 Abs. 3 wegen Schädigungsabsicht gegenüber dem Vertragserben zuzulassen wäre, braucht hier nicht untersucht zu werden, denn solche Motive der Frau Sachs sind weder aus den Akten ersichtlich noch von den Klägern behauptet. Dahingestellt bleiben kann ferner, in welcher Form eine positive Verpflichtung des Vertragserblassers, keine Schenkungen

unter Lebenden vorzunehmen, begründet werden müsste, namentlich ob eine solche Unvereinbarkeit nur aus dem ausdrücklichen Wortlaut des Erbvertrags selber entnommen oder aber, entgegen der für die Auslegung von letztwilligen Verfügungen geltenden Praxis (BGE 69 II 383), auch aus Elementen ausserhalb desselben, z. B. aus den Umständen des Vertragsschlusses, den gegenseitigen Beziehungen der Vertragsparteien usw. abgeleitet werden dürfte. Denn im vorliegenden Falle sind keine schlüssigen Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass sich die Eheleute Sachs gegenseitig bezüglich der Verwandten des Vorversterbenden soweit die Hände zu binden beabsichtigten. Ein dahingehender, stillschweigend vorausgesetzter Wille lässt sich auch nicht aus dem zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung von 1887 geltenden Rechtszustand ableiten. Das aargauische BG enthielt über die Zulässigkeit von Schenkungen bei korrespondierendem Testament keine Bestimmungen, und einschlägige Entscheide sind nicht nachgewiesen. Da sich die aargauische Praxis im allgemeinen beim Fehlen gesetzlicher Bestimmungen an die gemeinrechtliche Doktrin hielt, darf angenommen werden, dies wäre auch bezüglich der Frage der Anfechtbarkeit solcher Schenkungen der Fall gewesen, wenn sie noch unter dem alten Recht zu beurteilen gewesen wäre. Nach gemeinem Recht aber hatte bei derartigen korrespondierenden Verfügungen unter Ehegatten der Überlebende, der den Nachlass des Vorverstorbenen ohne Belastung mit einer Nacherbschaft erhielt, die völlig freie Verfügung über denselben; auch Schenkungen, sogar bezüglich der vom Vorverstorbenen ererbten Grundstücke, standen ihm frei (DERNBURG V S. 265 ff.) Bestand demnach damals die Möglichkeit einer Anfechtung von Schenkungen durch die im korrespondierenden Testament eingesetzten Dritterben nicht, so können sich auch die Eheleute Sachs im Jahre 1887 eine solche Sicherung gegen Benachteiligung der Verwandten des Vorversterbenden nicht als ohnehin bestehend vorgestellt haben. Wenn sie sie daher wünsch-

ten, hatten sie allen Anlass, dies im Testament deutlich zu sagen, was mit den vorliegenden Bestimmungen desselben nicht geschehen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die beiden Berufungen werden gutgeheissen, die angefochtenen Urteile aufgehoben und die Klagen abgewiesen.

46. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. November 1944 i. S. Eggli gegen Bänninger.

Erbteilung. Nachlassliegenschaft geht trotz testamentarischer Zuteilungsvorschrift mit dem Tod des Erblassers in das (Gesamt-)Eigentum der *Erbengemeinschaft* über (Art. 560, 602 ZGB). Der Erblasser kann jedoch verfügen, dass, in Abweichung von der Regel des Art. 617 ZGB, der Zeitpunkt des Todes — statt der Teilung — den *Stichtag für die Abrechnung* bilden, also Nutzen und Schaden der Liegenschaft in der Zwischenzeit schon auf Rechnung des Erwerbers gehen solle.

Partage successorale. Les immeubles deviennent propriété (commune) de la *communauté successorale* à compter du jour du décès du défunt, même s'il a disposé autrement (art. 560, 602 CC). Le défunt peut cependant ordonner, en dérogation à l'art. 617 CC, que ce sera le jour du décès au lieu du jour du partage qui sera *décisif pour le règlement de compte*, autrement dit que l'acquéreur aura les profits et les charges de l'immeuble dès le jour du décès.

Divisione successoria. Gli immobili diventano proprietà (comune) della *comunione successoria* a contare dal giorno della morte del *de cuius*, anche s'egli ha ordinato altrimenti (art. 560, 602 CC). Il *de cuius* può tuttavia ordinare (in deroga all'art. 617 CC) che il giorno della sua morte e non quello della divisione sarà decisivo per la liquidazione dei conti, ossia che l'acquirente dell'immobile avrà i rischi ed i profitti dell'immobile dal giorno della morte del *de cuius*.

A. — Am 6. Dezember 1940 starb in Zürich Frau Berta Greutert geb. Bünzli, die Ehefrau des am 10. Juli 1938 verstorbenen Johannes Greutert. Sie hinterliess als Erben ihre beiden Töchter: Marta, verheiratete Bänninger, und Laura, verheiratete Eggli. Die Erbschaft stellt laut Inventar ein Reinvermögen von Fr. 60,712.45 dar. Unter den Aktiven befindet sich die Liegenschaft Pflanzschulstrasse