

Nachtrag mit den Vorinstanzen nichts anderes als ein Hinweis darauf gesehen werden, wie jene Renten bezahlt werden können, ohne dass dafür feste Anlagen in Anspruch genommen werden müssen.

Lassen sich somit die formungültigen letztwilligen Verfügungen ihrem Inhalt nach nicht als Begünstigungserklärungen zu Gunsten der Beklagten mit Bezug auf die Lebensversicherungsansprüche auffassen, so erübrigt es sich, zu den weiteren Fragen Stellung zu nehmen ob die in einer letztwilligen Verfügung ausgesprochene Zuweisung eines Lebensversicherungsanspruches als extratestamentarische Begünstigung in Betracht fallen kann, wenn die letztwillige Verfügung formungültig ist, und ob es zur Wirksamkeit einer solchen Begünstigung *inter vivos* einer gegenüber dem Versicherer oder dem Begünstigten abgegebenen Erklärung bedürfe.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 28. November 1922 bestätigt.

4. Urteil der II. Zivilabteilung vom 26 April 1923

i. S. Testamentsvollstrecker des Nachlasses Henneberg gegen Gebhardt und Neumann.

Vermächtnis einer bestimmten Geldsumme in fremder Währung mit Zweckauflage. — Auslegung. Hat der Legatar bei Entwertung jener Währung auf eine höhere als die ausgesetzte Summe Anspruch ?

A. — Der am 15. Dezember 1918 verstorbene Karl Gustav Henneberg in Zürich hatte eine letztwillige Verfügung über seinen Nachlass mit verschiedenen Nachträgen errichtet. In der Hauptverfügung vom

27. September 1914 ordnete er u. a. an, dass vom letzten Dreissigstel seines Nachlasses gewisse Beträge nebst einem Jahresgehalt an seine namentlich aufgeführten Dienstboten zu bezahlen und seine Haupterben (seine Schwester und deren Kinder) « den Rest von diesem Dreissigstel in Görlitz und Marklissa an Wohltätigkeitsanstalten nach bestem Gutdünken verteilen können ». In einem Nachtrag vom 1. Mai 1917 sodann bestimmte Henneberg : « Von dem letzten, dem dreissigsten Dreissigstel vermache ich noch fünfzigtausend Mark der Universität Freiburg i/Breisgau mit der Bestimmung, ein « Horst Henneberg-Stipendium » zu errichten. Die Zinsen zur freien Verfügung des hohen Rektorats. » Diese Verfügung war dadurch veranlasst, dass sein einziger, im Jahre 1914 im Kriege gefallener Sohn Horst an der Universität Freiburg i. B. studiert hatte.

B. — Nachdem der Kurs der deutschen Mark im Verhältnis zum Schweizerfranken auf ungefähr 10 und auch deren Kaufkraft im Lande stark gefallen war, bevor dieses Vermächtnis zur Auszahlung gelangte, fassten die Testamentsvollstrecker Hennebergs am 7. Oktober 1920 den Beschluss : « Die Willensvollstrecker werden in lückenergänzender Auslegung des Vermächtnisses vom 1. Mai 1917 (in Verbindung mit sämtlichen letztwilligen Verfügungen) der Universität Freiburg i. B. sofort nach Erledigung der Erbschaftssteuerverfahren in Lindau das Vermächtnis von 50,000 Mark in Markwährung auszubezahlen. Sie belasten diese Auszahlung auf dem Konto des letzten Dreissigstels und werden einen etwaigen Überschuss des letzten Dreissigstels über die Summenvermächtnisse zu gleichen Teilen : a) den gesetzlichen Erben . . . zur Verteilung an Wohltätigkeitsanstalten in Görlitz und Marklissa, b) der Universität Freiburg i/B. zur Ergänzung der « Horst Henneberg-Stiftung » zuweisen. » Der Begründung des Beschlusses ist zu entnehmen : Die dem Restvermäch-

nis über das letzte Dreissigstel vorgehenden Summenvermächtnisse machen rund 60,000 Fr. aus ; das Restvermächtnis an Wohltätigkeitsanstalten in Görlitz und Marklissa habe der Erblasser somit entsprechend seiner eigenen Schätzung seines Vermögens auf rund 90,000 Fr. gewertet. Als er zu einer Zeit, da sich über die frühere Schätzung des Vermögens Zweifel aufdrängen mussten, das letzte Dreissigstel noch mit dem Legat an die Universität Freiburg i/B. belastete, welches zum damaligen Kurs von ungefähr 80 rund 40,000 Fr. ausmachte, habe er angenommen, die Universität Freiburg werde ungefähr gleichviel erhalten, wie die Restvermächtnisnehmer, jedenfalls aber werde die Summe ausreichen, um einerseits seinem Sohn Horst auf der Universität Freiburg i/B. ein dauerndes ehrendes Andenken zu erhalten, anderseits ein andständiges Stipendium auszurichten, wie es beim Kurs von 125 oder auch nur 100, mit welchem der Erblasser als optimistischer deutscher Patriot rechnete, eingetroffen wäre, während dieser aus der Verfügung deutlich ersichtliche Zweck vereitelt würde, wenn entsprechend dem Wortlaut einfach 50,000 Mark ausgerichtet werden sollten. Daher rechtfertigte es sich, in zweckerhaltender Auslegung der Verfügung von der Wortauslegung abzuweichen. Der Ausgleich mit dem Restvermächtnis werde am besten dadurch gefunden, dass die Horst Henneberg-Stiftung durch 50 % des Restes des letzten Dreissigstels ergänzt werde, wobei deren sich dabei ergebende mässige Bevorzugung des nähern begründet wird.

C. — Mit der vorliegenden Klage verlangen die gesetzlichen Erben Hennebergs, die Nachkommen seiner vorverstorbenen Schwester, Aufhebung des Beschlusses der Testamentsvollstrecker.

D. — Durch Urteil vom 2. Dezember 1922 hat das Obergericht des Kantons Zürich die Klage zugesprochen.

E. — Gegen dieses am 13. Februar zugestellte Urteil haben die Beklagten am 21. Februar die Berufung an

das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Wie das Bundesgericht bereits in einem andern Prozess zwischen den heutigen Parteien ausgesprochen hat (Urteil vom 5. Oktober 1922, A S 48 II S. 310 ff. E. 1), können die Zivilgerichte Klagen gegen die Willensvollstrecker nicht von der Hand weisen, wenn damit Verfügungen derselben angefochten werden, welche materielle rechtliche Ansprüche zum Gegenstand haben, mögen dabei im Grunde auch Rechte Dritter, wie vorliegend der Universität Freiburg, im Streite liegen. Auch ist dem Umstand keine Bedeutung beizumessen, dass die Willensvollstrecker nicht schon im Rubrum als Beklagte aufgeführt sind, nachdem sie die Klage gleichwohl als gegen sie gerichtet gelten lassen und die Vorinstanz vom Standpunkt des kantonalen Prozessrechts aus nicht Bedenken erhebt.

2. — Wenn auch die Universität Freiburg i/B. sich am Prozess nicht beteiligt hat, so bildet Gegenstand des Prozesses im Grunde doch die Frage, ob eine höhere als die ziffermässig ausgesetzte Summe von 50,000 Mark als der Universität Freiburg i/B. zugewendet anzusehen sei. Die Beklagten haben dies angenommen, im wesentlichen deshalb, weil die Summe von 50,000 Mark zur Erfüllung des gesetzten Zweckes, nämlich der Errichtung eines Horst-Henneberg-Stipendiums, nicht mehr hinreiche, nachdem nicht nur der Wechselkurs, sondern insbesondere auch die interne Kaufkraft der deutschen Mark derart gesunken sind, dass ihr Wert zur Zeit der Ausrichtung des Vermächtnisses kaum mehr einen Zehntel des Wertes betrug, der ihr vor dem Krieg während eines langen Zeitraumes inne wohnte. Welchen höheren Betrag als 50,000 Mark der Erblasser gewollt habe, lässt auch die Auslegung der Beklagten nicht sicher erkennen ; die Beklagten und die

von ihnen produzierten Gutachten stellen auf denjenigen Betrag ab, der nötig sein wird, um im Zeitpunkt der Ausrichtung des Legates ein gleich grosses Stipendium auszusetzen, wie es nach dem Werte der Mark zur Zeit der Testamentserrichtung hätte ausgesetzt werden können; sie stellen aber auch auf den Zeitpunkt des Todes ab für den Wertmesser, nach dem sich die gewollte Summe richten solle. Diesem Versuch die unzweideutig ausgesetzte bestimmte Geldsumme zu ersetzen durch einen nach dem Zweckbedürfnis veränderlichen Betrag, kann jedoch nicht gefolgt werden. Das Testament, das von einem gebildeten und geschäftsgewandten Erblasser mit Sorgfalt und minutiöser Berücksichtigung von Einzelheiten verfasst wurde, bietet keinen Anhaltspunkt für eine solche dem natürlichen Sinne und Zwecke der Verwendung einer bestimmten Geldsumme widersprechende Auslegung. Der Erblasser war sich als Kaufmann, der in Deutschland sowohl als der Schweiz Vermögen besass und Geschäfte betrieb und dem die Währungsschwankungen vertraut waren, wohl bewusst, dass eine bestimmte Summe in Mark dem beigefügten Zwecke je nach den Geldmarktverhältnissen in kurzer Zeit nicht mehr in gleicher Weise wie bei der Testamentserrichtung entsprechen könnte. Es wäre für ihn das nächstliegende gewesen, wenn er überhaupt den Umfang des Legates vom Zweckbedarf abhängig machen wollte, einen veränderlichen Betrag auszusetzen. Der Erblasser hat die bestimmte Summe bis zu seinem Tode nicht geändert, obschon die Mark bis dahin auf 60 gefallen war, und doch hat er bis wenige Wochen vor seinem Tode noch in andern Punkten Änderungen am Testamente vorgenommen. Wenn ihm der Betrag von 50,000 Mark in ihrem Werte zur Zeit der Testamentserrichtung als richtiger Ausdruck der Erinnerung an seinen Sohn vorschwebte, so entsprach auch schon diese entwertete Summe nicht mehr seinem die Zweckbestimmung betreffenden Willen und er

hätte sie gewiss geändert. Ausserdem fehlt es auch sonst an Anhaltspunkten dafür, dass in Wirklichkeit nicht die bestimmte Summe vermacht wurde, sondern eine unbestimmte, zu künftigen Stipendien genügende Summe; wenn das letztere gewollt gewesen wäre, so hätte der Erblasser den Umfang der Stipendien, die dann als das Objekt des Vermächtnisses erscheinen würden, in seiner genauen Redaktionsweise auch genau umschrieben, während so die Zweckangabe nur ganz allgemein und ohne die Möglichkeit einer Präzision erfolgte, was zeigt, dass der Umfang des Legates allein durch die Summe und deren Zinsen bestimmt wurde. Wäre übrigens davon auszugehen, der Erblasser habe den Wert des Markbetrages im Zeitpunkt des Todes noch als genügend für den von ihm gesetzten Zweck erachtet, so hätte er auch darum keinen Anlass gehabt, den Umfang des Vermächtnisses anders als nach dem ausgesetzten Markbetrage zu bestimmen, weil er annehmen durfte, die Auszahlung des Legates werde in kurzer Zeit nach seinem Tode erfolgen und bis dahin eine eventuelle Entwertung unbedeutend sein. Die Auszahlung konnte er mit Recht für den Zeitpunkt des Antrittes der Erbschaft resp. des Ablaufs der Ausschlagungsfrist, also kurze Zeit nach dem Tode, voraussehen, da in seinem Nachlass genügend sofort verfügbare Mittel zur Auszahlung vorhanden waren, bevor der ganze Nachlass liquidiert war; an eine Verzögerung in der Auszahlung, wie sie tatsächlich erfolgte, zu denken hatte er keinen Anlass.

Das Vermächtnis einer bestimmten Summe mit einer Zweckauflage ist nicht anders zu behandeln als dasjenige einer individuell bestimmten Sache zu gleichem Zwecke; beim Sachvermächtnis aber wird der Erbe, wenn sich die Sache nicht im Nachlass vorfindet, nicht verpflichtet (ZGB Art. 484 Abs. 3), und wenn die Sache nach Eröffnung der Erbschaft entwertet wird, so trägt der Legatar das Risiko (Art. 485); dies trifft auch zu,

wenn die vermachte Sache infolge des Verschwindens oder der Entwertung nicht mehr zum ausgesetzten Zwecke, für den sie bestimmt wurde, geeignet ist. Wenn der Erblasser für diese Fälle keine Ersatzverfügung getroffen hat, so bleibt der Zweck unerfüllt, auch wenn dadurch der Wille des Testators, wie er aus der Zwecksetzung hervorgeht, noch sehr unerfüllt bleibt. Es ist nicht einzusehen, warum dies beim vorliegenden Summenvermächtnis anders wäre; auch hier hätte der Erblasser, der das Entwertungsrisiko kannte, durch eine Ersatzverfügung für Vermeidung seiner Folgen sorgen müssen.

Das eine der von den Beklagten produzierten Gutachten hat denn auch das von ihm verteidigte Abgehen von der bestimmten Summe nur damit zu rechtfertigen gesucht, dass im vorliegenden Falle durch die Erweiterung des Legates zu Gunsten der Universität Freiburg über die 50,000 Mark hinaus keinem andern Bedachten ein diesem bestimmt zugesicherter Betrag entzogen werde; da die Wohltätigkeitsanstalten in Görlitz und Marklissa nur den Rest des letzten Dreissigstels erhalten sollen und sie nicht einmal bestimmt genannt seien, sei es dem Erblasser nicht darauf angekommen, dass sie bei Erhöhung des Legates an Freiburg weniger erhalten. Allein es kann für die Auslegung des Legates an Freiburg nichts darauf ankommen, dass die Zuwendung an die Wohltätigkeitsanstalten nicht in bestimmten Beträgen erfolgte; dadurch, dass ihnen kein bestimmter Betrag, sondern der Rest einer Nachlassquote zugewendet wurde, erhielten sie ohne weiteres kraft Gesetzes, auch wenn der Erblasser an diese Folge nicht dachte, die Vorteile aus der Abfindung der vorgehenden Vermächtnisschulden mit geringeren Aufwendungen bei Kursentwertung als früher. Auch nach dieser Richtung hat der Erblasser die faktisch lange nach seinem Tode eingetretene Veränderung der Verhältnisse nicht vorausgesehen und daher keine Verfügung zu ihrer Korrektur getroffen; aber deswegen kann

nicht seine Verfügung so umgestaltet werden, wie wenn er diese Veränderung vorausgesehen hätte. Wenn der Erblasser den letzten Dreissigstel ausschliesslich durch Aussetzung bestimmter Beträge (ohne Restverfügung) verteilt hätte, von der Voraussetzung aus, dass auch der ganze Dreissigstel eigentlich einem bestimmten Betrag gleichkomme, so könnte man die einzelnen Beträge nur als Bruchteile des Dreissigstels behandeln; allein der Erblasser berücksichtigte wohl die Unbestimmtheit des Quotenumfanges und hat nun auch das ganze Risiko dieser Unsicherheit demjenigen zugeschoben, dem er den Rest der Quote vermachte und der jetzt infolgedessen auch unerwartet mehr erhält, wie er vielleicht auch beim Minderwert des Quotenrestes unerwartet viel weniger hätte erhalten können.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Dezember 1922 bestätigt.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

5. Sentenza 8 marzo 1923 della seconda sezione civile nella causa *Eredi Wessel e Consorti c. Antognini*.

Ipoteca eretta a favore di un titolo al portatore e costituente, col titolo stesso, un sol atto. — L'originale del titolo è depresso in mani terze: in cercolazione si trova l'unica copia ufficiale autentica dell'istromento. — Validità di siffatta ipoteca. — Art. 793, 799, 824, 825, 875 CCS: 14, 846 CO: 40 e 53 regol. reg. fondiario.

A. — Con istromento 30 gennaio 1919 a rogito del notaio Laurenti, Otto Hürlimann-Ganz in Lugano si pro-