

durchaus unbillig, da ihm zur gegebenen Zeit nie bekanntgegeben wurde, mit welchen Summen der Klägerin ausgeholfen werde, so dass er gar nicht Gelegenheit hatte, seine dahingehenden Verpflichtungen zu überblicken und etwas für deren Begrenzung zu tun. Von sich aus Rechenschaft zu fordern, hatte er keine Veranlassung, solange ihm nicht zu erkennen gegeben wurde, dass er für Ersatz in Anspruch genommen werden wolle. Ob die Klägerin seinerzeit gegenüber ihren Geschwistern zur Ausgleichung der empfangenen Beträge verpflichtet sei, ist für die Ersatzpflicht des Beklagten nicht von entscheidender Bedeutung.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 8. November 1930 bestätigt.

III. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

24. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. März 1931

i. S. Ulrich-Zimmermann gegen Schwaller.

1. Die lebzeitige Abtretung von Grundeigentum an die präsumptiven Erben ist ein gewöhnliches Kaufs- oder Schenkungsgeschäft, das der Eintragung im Grundbuch bedarf. Art. 656 Abs. 1 ZGB.
Kauf und Schenkung von Grundeigentum müssen als solche verurkundet sein. Art. 216 u. 242 OR. (Erw. 1.)
2. Ausgleichung nach Art. 633 ZGB. Der Ausgleichsanspruch richtet sich auch gegen den überlebenden Ehegatten. (Erw. 2.)
3. Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes zum Ertragswert an einen einzelnen Erben. Einheit des Gewerbes. Art. 620 ZGB. (Erw. 3.)

Aus dem Tatbestand :

A. — Der vorliegende Rechtsstreit betrifft den Nachlass des am 13. Juni 1927 in Vitznau verstorbenen Gottlieb Schwaller aus Luterbach. Schwaller war zweimal verheiratet. Aus der ersten Ehe stammen seine sieben Kinder, gegen die (zusammen mit dem Erbschaftsverwalter) sich die Klage richtet und die ihrerseits Widerklage erhoben haben. Die Klägerin ist die zweite Frau des Erblassers. Er heiratete sie am 15. März 1927, als er bereits 78 Jahre alt und schwer krank war. Die Klägerin stand damals im Alter von 37 Jahren.

B. — Der Prozess ist am 10. Dezember 1930 in zweiter Instanz vom Obergericht des Kantons Solothurn beurteilt worden. Gegen dieses Urteil erklärte die Klägerin und Widerbeklagte in nachstehenden Punkten rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht :

1) « Erb-, Abtretungs- und Teilungsvertrag (Lebzeitige Abtretung und Teilung) ». Unter dieser Überschrift hatte der Erblasser am 27. November 1923 mit den Kindern über einen Teil seiner Liegenschaften einen öffentlich beurkundeten Vertrag abgeschlossen, der im wesentlichen Folgendes bestimmte :

« Der Teilungshalter Gottlieb Schwaller tritt hiermit die hievorigen aufgeführten Liegenschaften samt den darauf haftenden Schulden seinen Kindern... zu freiem, verfügbarem Eigentum ab. Mit dieser Abtretung verzichtet der Vater gleichzeitig auf jegliche Schleisszinszahlung der Kinder für das abgetretene Vermögen, sodass die sämtlichen Liegenschaften in das nutzbare Eigentum der Kinder übergehen... »

» Im allseitigen Einverständnis übernimmt Gottlieb Schwaller, Sohn, die sämtlichen Liegenschaften mit Ausnahme von Grd. Buch Luterbach Nr. 111, Kreuzacker, zum Anschlagswert von 64,800 Fr. Er ist im Grundbuch als Alleineigentümer einzutragen. Mit diesen Liegenschaften übernimmt er auch die darauf

haftenden Hypothekschulden, samt Zinsausstand, Wert 27. November 1923 14,083 Fr. 75 Cts.... Gottlieb Schwaller wird somit herauschuldig 50,716 Fr. 25 Cts. Soll zahlen... » (es folgen die Namen der einzelnen Geschwister, mit Ausnahme von Emil Schwaller, denen der Übernehmer je einen Betrag von 7650 Fr. herauszahlen soll; ihm selbst ist ein Anteil von 7864 Fr. 45 Cts. ausgesetzt).

» Der Erbteil des Emil Schwaller beträgt 7650 Fr. Auf Rechnung übernimmt er Grdb. Luterbach Nr. 111... zum Anschlagswerte von 5200 Fr. Die darauf haftende Hypothek, Wert 27.XI.23 per 2151 Fr. 80 Cts. übernimmt er ebenfalls zur Bezahlung... Die Differenz per 4601 Fr. 80 Cts. wird ihm der Bruder Gottlieb Schwaller zum Ausgleich seiner Übernahme herauschuldig. »

Die Klägerin verlangte, der Vertrag sei als ungültig zu erklären. Zur Begründung machte sie geltend, dass es sich in Wirklichkeit um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, um eine Schenkung handle, die nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 45 II 31 und 53 II 104) nicht in die Form des Erbvertrages gekleidet werden könne. Übrigens sei die gesetzliche Form des Erbvertrages gar nicht gewahrt, indem die Zeugen der Aufsetzung des Vertrages nicht beigewohnt haben. Abgesehen von der Form sei der Vertrag auch deshalb ungültig, weil in der Urkunde vom Schenkungswillen nichts erwähnt werde; es liege nichts als eine abstrakte Abtretung vor.

Die Vorinstanz nimmt Gültigkeit des Vertrages an. Richtig sei, dass man es nicht mit einer Verfügung von Todes wegen, sondern mit einer Zuwendung unter Lebenden zu tun habe, wofür gemäss Art. 657 ZGB die öffentliche Beurkundung erforderlich gewesen sei. Diesem Erfordernis habe aber die vorliegende Urkunde entsprochen. Auf die unrichtige Überschrift komme es nicht an.

Die Klägerin hält mit der Berufung die Anfechtung des Vertrages aufrecht.

2) Ausgleichsansprüche der Kinder nach Art. 633 ZGB. Fünf der Kinder Schwaller haben über den Eintritt ihrer Mündigkeit hinaus noch im Haushalte des Vaters gelebt und ihm ihre Arbeit zugewendet. Dafür hat die Vorinstanz den Söhnen je rund 500 Fr. und der Tochter 300 Fr. pro Jahr zugesprochen, was für Emil Schwaller 1800 Fr., für Gottlieb 500 Fr., für Kilian 2500 Fr., für Viktor 2400 Fr., für Anna, verheiratete Strähl, 3600 Fr. ausmachte.

Die Klägerin widersetzt sich dieser Ausgleichung. Die Kinder seien der überlebenden Ehefrau gegenüber nach Art. 633 wie nach Art. 626 ff. ZGB überhaupt nicht ausgleichsberechtigt. Zudem würden die Ansprüche nach der bundesgerichtlichen Praxis (BGE 48 II 316) in den Teilungsprozess gehören, um den es sich hier nicht handle. Auf jeden Fall seien sie in Anbetracht der damaligen Lohnansätze bedeutend zu hoch und müssten daher sicher um die Hälfte herabgesetzt werden.

3) Behandlung der noch im Nachlass befindlichen landwirtschaftlichen Grundstücke. Die Vorinstanz hat die Grundstücke gestützt auf Art. 620 ZGB ungeteilt und zum Ertragswert dem Sohne Gottlieb Schwaller zugewiesen, der im Jahre 1923 schon den andern Teil der dem Vater gehörenden Liegenschaften übernommen hatte. Dem Entscheid liegt ein Gutachten zu Grunde, in welchem die Nachlassgrundstücke als einheitliches landwirtschaftliches Gewerbe bezeichnet werden. Die Klägerin spricht ihnen diesen Charakter ab und behauptet, das Gutachten beantworte in Wahrheit nur die Frage, wie aus den übrig gebliebenen Grundstücken ein einheitliches Landwirtschaftsgewerbe gemacht werden könne. Dass dies möglich sei, genüge aber nicht, um sie gemäss Art. 620 ZGB ungeteilt einem einzelnen Erben zum Ertragswert zuzuweisen.

Aus den Erwägungen:

1. — Der « Erb-, Abtretungs- und Teilungsvertrag »

vom 27. November 1923 lautet dahin, dass das Eigentum an den Liegenschaften zunächst auf die Gesamtheit der Kinder und von dieser dann auf den Sohn Gottlieb und zu einem kleinen Teile auf den Sohn Emil übertragen werde, wobei im Grundbuch unmittelbar die beiden letzteren als Eigentümer einzutragen seien. Wäre das wörtlich zu verstehen, so könnte der Vertrag nicht als gültig anerkannt werden. Denn eine Übertragung von Grundeigentum an die präsumptiven Erben durch blossen Vertrag, wie sie nach solothurnischem Rechte möglich gewesen zu sein scheint, gibt es nach neuem, eidgenössischem Rechte nicht. Die « lebzeitige Abtretung » ist, wie das Bundesgericht schon früher erklärt hat (BGE 45 III 164), ein gewöhnliches Kaufs- oder Schenkungsgeschäft. Daraus folgt ohne weiteres, dass auch hier für den Eigentumsübergang an die Gesamtheit der Kinder die nicht gewollte Eintragung im Grundbuch notwendig gewesen wäre. Das hat die Vorinstanz trotz ihres Hinweises auf das oben zitierte bundesgerichtliche Urteil übersehen. Sie will den Vertrag zwar nicht als erbrechtlichen, dagegen immerhin als « Abtretungs- und Teilungsvertrag » gelten lassen. Die Grundstücke unter sich teilen konnten aber die Kinder nur dann, wenn sie vorher als Gesamtheit das Eigentum daran erworben hatten, was eben mangels Eintragung im Grundbuch nicht der Fall war.

Die wörtliche Auslegung des Vertrages entspricht indessen dem wahren Sachverhalt nicht. Darum, dass zunächst die Gesamtheit der Kinder das Eigentum erhalte, war es im Grunde genommen niemand zu tun. Wenn trotzdem alle zugezogen wurden, so geschah das unverkennbar aus der unrichtigen, aber landläufigen Meinung heraus, der Vater dürfe nicht zu Gunsten einzelner Erben über sein landwirtschaftliches Gewerbe verfügen, ohne dass auch die andern ihre Zustimmung geben. So kam dann auf der Amtsschreiberei, die offenbar ebenfalls noch gänzlich im alten Rechte befangen war, dieser seltsame « Erb-, Abtretungs- und Teilungsvertrag » zustande. An

der Tatsache, dass das Eigentum an den Grundstücken in Wirklichkeit vom Vater Schwaller auf die Söhne Gottlieb und Emil übertragen werden wollte, änderte die falsche Formulierung jedoch nichts. Der Umweg, der im Vertrage über die Gesamtheit der Kinder gemacht wurde, ist daher zu ignorieren. In dem, was bleibt, kommt der wahre Parteiwille zum Ausdruck, weshalb auch nur das zur Eintragung im Grundbuch bestimmt worden ist.

Ebensowenig wie die überflüssige Einschaltung der Geschwister bei der Eigentumsübertragung schadet dem Vertrage seine erbvertragliche Form. Voraussetzung für die Gültigkeit ist nur, dass diese Form für den Vertrag auch seinem wahren Inhalte nach genüge. Dem steht keineswegs entgegen, was das Bundesgericht in den von der Klägerin zitierten Urteilen, BGE 45 II 31 und 53 II 104, ausgesprochen hat. Jene Kaufsakte wurden nicht deswegen als ungültig erklärt, weil sie in der Form von Erbverträgen abgefasst waren, sondern weil es sich entgegen dem Wortlaut der Urkunden effektiv um Schenkungen handelte. Diesem Falle wäre allerdings der vorliegende gleichzustellen, wenn im Vertrage nur eine abstrakte Abtretung verurkundet wäre, wie die Klägerin behauptet. Denn sowohl Kauf wie Schenkung einer Liegenschaft müssen nach Art. 216 bzw. 242 OR als solche verurkundet sein. Die Behauptung der Klägerin trifft aber gar nicht zu. Was die Parteien wollten, Kauf verbunden mit Schenkung, ist tatsächlich beurkundet, wenn auch diese Ausdrücke selbst im Vertrage nicht vorkommen: Vater Schwaller tritt dem Sohne Gottlieb den Hauptkomplex der Liegenschaften für 64,800 Fr. und dem Sohne Emil die Liegenschaft Grdb. 111 für 5200 Fr. zu Eigentum ab, erlässt ihnen einen Teil des Kaufpreises und wendet das, was der Sohn Gottlieb noch « herausschuldet », schenkungsweise den übrigen Kindern zu. Die öffentliche Beurkundung nun, die für den Verkauf der Liegenschaften erforderlich war, liegt

nach der Erklärung des Obergerichtes vor. Diese Erklärung ist vom Bundesgericht, da die öffentliche Beurkundung dem kantonalen Rechte untersteht, als verbindlich hinzunehmen (Art. 57 OG). Für die Schenkung der auf dem Sohne Gottlieb lastenden « Herausschuldigkeit » an die andern Kinder bedurfte es sodann gemäss Art. 165 OR nur der einfachen Schriftlichkeit, die sich in dem Plus der öffentlichen Beurkundung ebenfalls erfüllt findet, während für den Erlass der Kaufpreisanforderungen gemäss Art. 115 OR nicht einmal Schriftlichkeit notwendig gewesen wäre. Der Vertrag ist somit in allen Teilen gültig.

2. — Der Einwand der Klägerin, dass die Feststellung der Ausgleichsansprüche nach Art. 633 ZGB verfrüht sei, ist nicht stichhaltig. In dem von ihr angeführten bundesgerichtlichen Urteile BGE 48 II 316 wurde die Geltendmachung dieser Ansprüche deswegen auf den Zeitpunkt der Teilung verwiesen, weil sich die Ansprüche u. a. auch nach dem Umfang des Nachlasses richten und dieser erst bei der Teilung feststehe. Hier hat nun aber die Klägerin gerade selbst Feststellung ihres Erb- und Pflichtteils dem Werte nach verlangt, was die Bestimmung der den Kindern nach Art. 633 ZGB zustehenden Ausgleichsansprüche voraussetzt. Die Vorinstanz ist zwar auf dieses Begehren nicht eingetreten. Dies geschah aber mit der Begründung, dass es Sache der Amtsschreiberei sei, nach rechtskräftiger Beurteilung sämtlicher Streitfragen das Erbe jedes Beteiligten festzustellen. Die vorausgehende Prüfung der Ausgleichsansprüche bleibt daher gleichwohl nötig.

Die Ausgleichung nach Art. 633 ZGB ist von derjenigen nach Art. 626 ff. grundsätzlich verschieden. Bei Art. 633 geht es um die Vergütung der von einem Erben dem Erblasser erbrachten Leistungen, bei Art. 626 ff. um das Einwerfen bzw. Anrechnen der vom Erblasser dem Erben gemachten Zuwendungen. Wenn hier der Grundsatz gelten sollte, dass Kinder gegenüber dem überlebenden

Ehegatten nicht ausgleichsberechtigt sind, so würde sich darum dieser Grundsatz nicht ohne weiteres auch auf den Tatbestand des Art. 633 erstrecken, sondern müsste dort ebenfalls vorgesehen sein. Das ist nicht der Fall. Art. 633 gibt einen Ausgleich « bei Teilung der Erbschaft », ohne eine Einschränkung in dem Sinne zu treffen, dass nur die Erbteile der Kinder damit belastet werden dürfen. Es ist auch sachlich nicht einzusehen, weshalb der Anspruch nicht allen Erben gegenüber sollte geltend gemacht werden können.

Was die Dauer der geleisteten Dienste betrifft, so steht das Bundesgericht vor verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz. Die Bestimmung der Ansätze andererseits ist eine Frage des Ermessens, in welche das Bundesgericht nur eingreifen könnte, wenn die Vorinstanz die Grenzen der Billigkeit überschritten und damit das Gesetz verletzt hätte. Das ist nicht geschehen. Wenn man berücksichtigt, dass die Söhne dem Betriebe nacheinander als Meisterknechte vorstanden und dass der Vater die Kinder ausserordentlich knapp hielt, während die Klägerin in ihrem kurzen Braut- und Ehestand in ausgiebigem Masse von ihm bedacht wurde, so erscheint der Ansatz von 300 Fr. pro Jahr für die Tochter und 500 Fr. für die Söhne auch beim Lohnniveau um die Jahrhundertwende durchaus nicht willkürlich.

3. — Die Vorinstanz hat das Gutachten, durch welches die Nachlassgrundstücke als einheitliches landwirtschaftliches Gewerbe bezeichnet wurden, schlüssig gefunden. Damit ist die Frage für das Bundesgericht erledigt, sofern das Gutachten nicht von unrichtigen rechtlichen Voraussetzungen ausgeht. Das wird von der Klägerin geltend gemacht. Zu Unrecht. Wie es sich mit der Wohnung verhält, ist zwar aus dem Gutachten nicht klar ersichtlich. Auf jeden Fall sind aber die nötigen Räume dafür vorhanden. Was fehlt, sind einzig die Schweinestallungen und auch diese könnten in schon bestehenden Gebäulichkeiten eingerichtet werden. Deswegen darf also nicht

gesagt werden, das Gutachten beantworte bloss die Frage, wie es möglich wäre, ein einheitliches landwirtschaftliches Gewerbe zu begründen. Die notwendigen Ergänzungen sind verhältnismässig zu unbedeutend, als dass nicht schon jetzt von einem einheitlichen Gewerbe im Sinne von Art. 620 gesprochen werden könnte. Im übrigen bilden die Nachlassgrundstücke auch nach der Meinung der Klägerin zum mindesten zusammen mit den dem Sohne Gottlieb im Jahre 1923 abgetretenen Liegenschaften eine Einheit. Umsoweniger besteht daher Anlass, der Wiedervereinigung die erwähnten geringfügigen Mängel entgegenzuhalten, sofern darauf, dass nicht erst jetzt das Ganze übernommen werden soll, sondern ein Teil schon vorausbezogen wurde, überhaupt etwas ankommt.

Die Eignung des Ansprechers zur Bewirtschaftung ist nicht bestritten.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Solothurn vom 10. Dezember 1930 bestätigt.

25. Arrêt de la II^e Section civile du 8 mai 1931
dans la cause **Demoiselle Fryer-Paczensky**
contre **Dames Nozeran et Papet.**

Art. 505 et 519 Cc. — L'action en annulation d'un testament est recevable encore qu'elle ne soit pas dirigée contre tous les bénéficiaires de l'acte. Le jugement n'aura toutefois d'effets qu'entre les parties au procès. Nullité d'un testament olographe qui n'indique pas le lieu où il a été rédigé. Conditions auxquelles il peut être fait appel aux éléments extrinsèques. Inapplicabilité de l'art. 2 Cc. en cas d'action en annulation pour vice de forme.

A. — Demoiselle Jeanne Raymond, d'origine genevoise et domiciliée à Genève, est décédée en cette ville le 21 janvier 1930 ayant fait un testament par lequel elle instituait Demoiselle Ethel-Augusta Fryer-Paczensky « légataire

universelle » de tous les biens qu'elle délaisserait à l'époque de son décès tant en biens meubles qu'en immeubles, à charge par celle-ci d'exécuter divers legs, notamment à « la Paroisse catholique de St-Joseph », à la « Paroisse catholique de Compensières » et à « Demoiselle Monique Fournier, sa filleule, 15, avenue Lecorbeille à Meudon ». Le testament se terminait par les mots suivants : « J'entends que ma succession soit liquidée d'après les lois de Genève mon canton d'origine, Fait, daté et signé en entier de ma main le sept novembre mil neuf cent vingt-neuf (7 novembre 1929.) (signé) Jeanne Raymond ».

Par exploit du 8 mai 1930, Dame Nozeran née Raymond et Dame Papet née Raymond, cousines germaines de la testatrice et ses seules héritières légales, ont ouvert action contre Demoiselle Fryer-Paczensky en concluant à ce qu'il plaise au Tribunal prononcer la nullité du testament et dire que les demanderesses, en leur qualité d'héritières légales de la défunte, ont droit chacune pour sa part et portion à l'universalité de la succession.

Cette demande était fondée sur le fait que, contrairement à l'art. 505 Cc, le testament ne contenait pas l'indication du lieu où il avait été rédigé.

Demoiselle Fryer-Paczensky a conclu à l'irrecevabilité de l'instance à raison de ce que tous les bénéficiaires des legs n'avaient pas été mis en cause et en tout cas au rejet. Subsidiairement, elle offrait d'établir une série de faits d'où il résulterait que la libéralité qui lui était faite s'expliquerait par diverses raisons, notamment d'ordre sentimental et moral, et que le testament ne pouvait avoir été rédigé qu'à Genève.

Par jugement du 24 octobre 1930, le Tribunal de première instance de Genève a adjugé aux demanderesses leurs conclusions et condamné la défenderesse aux dépens.

B. — Ce jugement a été confirmé par la Cour de Justice civile de Genève par arrêt du 6 février 1931.

C. — La défenderesse a recouru en réforme en reprenant ses conclusions tendantes principalement au renvoi de la