

pflicht des Ehemannes nach Art. 160 ZGB sodann, auf die weiter verwiesen wird, gibt der Ehefrau lediglich einen Anspruch auf Leistung dessen, was zu ihrem eigenen standesgemässen Unterhalte erforderlich ist. Es kann damit nicht noch der Unterhalt einer anderen Person, der Schwester der Ehefrau verlangt werden, da darin eine unzulässige Ausdehnung des Kreises der Unterstützungspflichtigen über den durch Art. 328 ZGB gezogenen Rahmen läge. Nur was die Ehefrau nach Art. 160 ZGB rechtlich fordern kann, bildet aber ihr Vermögen und nur nach dem Umfange dieses Rechtsanspruchs lässt sich beurteilen, ob ihre Verhältnisse günstige sind, d. h. ihr die Unterstützung anderer Personen gestatten. Dazu kommt, dass der Ehemann kraft seiner Unterhaltspflicht gegenüber der Ehefrau überhaupt nicht etwa gehalten ist, ihr bestimmte Geldsummen auszusetzen, aus denen etwas für die Klägerin zurückzulegen der Beklagten zugemutet werden könnte; er genügt seinen Verpflichtungen, solange die Ehegatten zusammenleben, wenn er der Frau den Unterhalt in der ehelichen Gemeinschaft, in natura gewährt, sodass auch schon deshalb aus dem erwähnten Gesichtspunkte die durch Art. 329 vorausgesetzte Leistungsfähigkeit der Beklagten nicht hergeleitet werden kann.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 12. Juli 1919 bestätigt.

II. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

77. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. Oktober 1919

i. S. Inderbitzin gegen Inderbitzin.

Verkauf eines landwirtschaftlichen Heimwesens mit Inventar durch den Vater an zwei seiner Söhne um eine bewusstermassen unter dem wahren Werte stehende Gegenleistung. Ausgleichungspflicht der Erwerber gegenüber den anderen Kindern für die Differenz zwischen dem Werte und der Gegenleistung; Kompensation mit einer Ausgleichsforderung der Erwerber nach Art. 633 ZGB. Beschränkung der Ausgleichungspflicht auf den Betrag des Erbteils des Ausgleichungspflichtigen infolge nachgewiesener Absicht des Erblassers, diesen durch die Zuwendung zu begünstigen (Art. 629 ZGB). Herabsetzungsklage wegen Verletzung des Pflichtteils in bezug auf den Ueberschuss. Verjährung (Art. 533 ZGB) Analoge Anwendung von Art. 139 OR.

A. — Durch Vertrag vom 15. Mai 1913 trat Josef Inderbitzin Vater in Ingenbohl die ihm gehörende Hälfte des Heimwesens zur Lehmatte in Ingenbohl mit dazu gehöriger Vieh- und Fahrhabe an seine Söhne Viktor und Martin ab: Die Erwerber hatten den auf diese Hälfte entfallenden Teil der die betreffenden Liegenschaften als ganzes belastenden Hypotheken von zusammen 20,598 Fr. zu übernehmen: ferner verpflichteten sie sich, den Veräusserer, « solange er lebt, in Speise, Trank und Kleidung stets unklagbar zu unterhalten und zu verpflegen, gegebenen Falls Arzt- und Arzneirechnungen zu bezahlen und ihn nach seinem Absterben anständig und christlich beerdigen zu lassen. » Die andere Hälfte des Heimwesens zur Lehmatte war Bestandteil des noch unverteilter Nachlasses der schon im Jahre 1893 gestorbenen Ehefrau und Mutter Inderbitzin.

Etwa ein Jahr nach der Abtretung, im März 1914 starb der Vater Inderbitzin : er hinterliess als Erben 11 Kinder, die heutigen Parteien. Gestützt auf Art. 553 Ziff. 2 und 3 ZGB wollte das Waisenamt Ingenbohl über den Nachlass ein Inventar aufnehmen ; da indessen Liegenschaften und Fahrhabe bereits auf die Söhne Viktor und Martin übergegangen waren, konnte es keine weiteren Aktiven feststellen. Nachträglich teilten dann Martin und Viktor Inderbitzin im März 1915 dem Waisenamte zu Händen der anderen Erben mit, dass beim Abschluss des Abtretungsvertrages ausser der Viehhabe im Verkaufswerte von 10,150 Fr. noch Wertschriften und Guthaben für 9316 Fr. 20 Cts. vorhanden gewesen seien.

Sechs der Kinder des Vaters Inderbitzin, die heutigen Kläger, erhoben darauf zunächst gegen die Söhne Viktor und Martin Klage auf Ungültigerklärung der im Mai 1913 erfolgten Abtretung der Liegenschaft samt Vieh- und Fahrhabe, weil der Erblasser bei deren Vornahme nicht mehr handlungsfähig gewesen sei. In der mündlichen Verhandlung vor Gericht verwiesen sie eventuell auch auf die Bestimmungen des ZGB über die Ausgleichungspflicht unter den gesetzlichen Erben und über den Pflichtteil und verlangten, dass die zu Gunsten der Beklagten vom Erblasser getroffenen Verfügungen in dem Masse herabgesetzt werden, als sie den Pflichtteil der Kläger verletzen. Durch rechtskräftig gewordenes Urteil vom 23. Januar 1918 wies das Bezirksgericht Schwyz die Klage ab, da der Beweis für die angebliche Urteilsunfähigkeit des Vaters Inderbitzin nicht habe geleistet werden können. Auf das eventuelle Herabsetzungsbegehren trat es nicht ein, weil nach dem massgebenden ursprünglichen Rechtsbegehren die Klage nicht darauf gerichtet sei.

Im Juli 1918 leiteten dann die nämlichen Kläger gegen Viktor und Martin Inderbitzin sowie drei weitere Geschwister Xaver, Alois und Anna, verheiratete Reichmuth eine zweite — Gegenstand des heutigen Prozess bildende — Klage ein, mit der sie verlangten :

« Es sei gerichtlich festzustellen, wie gross der Nachlass des am 10. März 1914 gestorbenen Vaters Inderbitzin und wie er zu teilen sei, wobei,

a) die Beklagten alles, was sie vor oder nach dem Tode des Erblassers durch Kauf, Schenkung oder sonstwie aus dem Vermögen jenes erhalten, zur Ausgleichung zu bringen hätten, sei es durch Einwerfung in natura, sei es durch Zahlung dem Werte nach ;

b. eventuell der Pflichtteil der Kläger an allem Vermögen des Erblassers vor dem Verkaufe eines Teiles der Aktiven an die Beklagten zu bestimmen und die Zuwendungen an letztere, soweit dadurch der Pflichtteil verletzt werde, herabzusetzen seien. »

Zur Begründung wurde geltend gemacht, dass schon der Wert der den Beklagten Viktor und Martin vom Erblasser abgetretenen Liegenschaften allein weit über den von ihnen als Gegenleistung übernommenen Hypotheken stehe ; auch die Viehhabe sei mit den angegebenen 10,150 Fr. zu niedrig geschätzt. Der Abtretungsvertrag vom 15. Mai 1913 enthalte demnach eine versteckte Schenkung, die nach Art. 626 ZGB der Ausgleichung unterworfen sei. Dabei möge zugegeben werden, dass Viktor und Martin Inderbitzin wegen ihrer dem Erblasser im gemeinsamen Haushalt geleisteten Dienste vor den übrigen Geschwistern, die sich vom Vater getrennt und selbständig gemacht hätten, eine billige Abfindung beanspruchen dürften. Es könnten dabei aber nur die letzten fünf Jahre vor dem Tode des Erblassers in Betracht fallen : was vorher liege, sei verjährt, da Art. 633 ZGB auf die Zeit vor dem 1. Januar 1912 keine Anwendung finde. Auch abgesehen hiervon könnten diese Lohnansprüche niemals die Höhe des Vorteils erreichen, den die beiden sich durch Erwerb des Heimwesens mit Vieh- und Fahrhabe um die Hypotheken gesichert hätten. Eventuell, bei Verneinung der Ausgleichungspflicht hätten die Kläger nach Art. 628, 629 in Verbindung mit Art. 527 ZGB zum mindesten ein Recht darauf, dass die darin liegende Zu-

wendung soweit herabgesetzt werde, als nötig sei, um ihnen ihren Pflichtteil zukommen zu lassen. Da die Klage sich als Erbteilungsklage darstelle, welche nach Art. 604 ZGB jederzeit erhoben werden könne, könne von einer Verjährung dieses Anspruchs nicht die Rede sein. Uebrigens wäre auch die Verjährung als durch die erste Klage vom Jahre 1915 unterbrochen anzusehen. Hinsichtlich der Beklagten Xaver und Alois Inderbitzin und Frau Reichmuth-Inderbitzin, die auch nach der Darstellung der Kläger keine Zuwendungen unter Lebenden erhalten haben, wurde bemerkt, dass die Klage als Teilungsklage gegen alle Erben gerichtet werden müsse, die mit der verlangten Teilung nicht einverstanden seien, also auch gegen die erwähnten Geschwister, da sie sich den gestellten Rechtsbegehren widersetzt hätten.

In der Klagebeantwortung bestritten die letztwähnten drei Beklagten vorerst ihre Passivlegitimation, da sie mangels eines Vorempfanges oder einer letztwilligen Verfügung des Erblassers zu ihren Gunsten von der Pflicht zur Ausgleichung oder Rückleistung zwecks Ergänzung des Pflichtteils nicht betroffen werden könnten.

Viktor und Martin berichtigten bei der persönlichen Befragung ihre Angaben im Briefe vom März 1915 dahin, dass die ausser dem Heimwesen mit Vieh- und Fahrhabe vorhandenen Wertschriften und Guthaben Fr. 12,085 betragen hätten, denen einige von ihnen beglichene Passiven gegenübergestanden seien, und anerkannten, dass diese den Nachlass ausmachenden Aktiven unter Vorbehalt ihrer Lohnansprüche aus Art. 633 ZGB der Teilung unter alle Erben unterliegen. Im übrigen beantragten sie Abweisung der Klage und erhoben zugleich zusammen mit dem Mitbeklagten Xaver Inderbitzin Widerklage mit dem Begehren, es sei den Widerklägern gestützt auf Art. 633 ZGB eine aus dem Nachlass vorweg zu deckende « Ausgleichsforderung » von insgesamt 20,000 Fr. zuzuerkennen. Die verlangte Ausgleichung zu Gunsten der Kläger wurde mit der Be-

gründung abgelehnt, dass es der Wille des Vaters Inderbitzin gewesen sei, durch die Abtretung des Heimwesens die Beklagten Viktor und Martin für ihre langjährigen treuen Dienste zu belohnen, d. h. vor den Miterben zu begünstigen, was nach Art. 626 Abs. 2 und 629 ZGB die Ausgleichungspflicht ausschliesse, und gegenüber dem eventuell erhobenen Herabsetzungsansprüche die Einrede der Verjährung erhoben, da die Kläger vom Umfange des Nachlasses und der Verletzung des Pflichtteils mehr als ein Jahr vor Klageerhebung Kenntnis gehabt hätten.

B. — Durch Urteil vom 28. Februar 1919 hat das Bezirksgericht Schwyz erkannt :

« 1. Der Nachlass des am 19. März 1919 gestorbenen Vaters Josef Inderbitzin beträgt 11,085 Fr. an Wertschriften. Hievon wird im Sinne von Art. 633 ZGB an Xaver Inderbitzin ein Vorausbezug von 3644 Fr. bewilligt. Der Rest von 7441 Fr. ist unter alle Erben gleichmässig zu verteilen.

2. Die weitergehenden Ansprüche in Klage und Widerklage sind abgewiesen. »

In den Erwägungen wird ausgeführt, dass der Beweis für das Vorhandensein weiterer Nachlassaktiven als der von den Beklagten Viktor und Martin Inderbitzin angegebenen 12,085 Fr. Wertschriften und Guthaben nicht habe erbracht werden können. Als Passiven, für die nicht die beiden Genannten durch den Abtretungsvertrag vom 15. Mai 1913 als Gegenleistung persönlich die Schuldpflicht übernommen hätten, seien abzuziehen 1000 Fr., sodass sich ein reiner Nachlass von 11,085 Fr. ergebe. Was das Begehren der Kläger um Ausgleichung betreffe, so falle in Betracht, dass ein Anspruch darauf nach Art. 629 ZGB, wenn die Zuwendung den Erbanteil des Empfängers übersteige, — was hier zweifellos zutrefte — nicht bestehe, falls der Erblasser nachweisbar damit den Erben habe begünstigen wollen. Ein solcher Fall liege hier vor, indem aus den eidlichen Aussagen des Beklagten Viktor Inderbitzin in Verbindung mit dem Zeugnis des

Gemeindeschreibers Wiget hervorgehe, dass der Erblasser durch die Abtretung des Heimwesens den beiden Söhnen eine Belohnung für die ihm von ihnen geleisteten Dienste habe zukommen lassen wollen. Die Kläger hätten mithin die darin für sie liegende Benachteiligung nur mit der Herabsetzungsklage anfechten und mit ihr Rückleistung der Summe verlangen können, die nötig sei, um das ihnen aus dem Nachlass Zufallende auf den Pflichtteil zu ergänzen. Der Herabsetzungsanspruch erscheine aber, wie die Beklagten mit Recht geltend machen, als verjährt. Von dem oben festgestellten reinen Nachlass sei ferner dem Beklagten Xaver Inderbitzin für seine Arbeit im Gewerbe des Vaters ein Vorausbezug nach Art. 633 von 3644 Fr. zuzuerkennen. Die Beklagten Viktor und Martin Inderbitzin seien für ihre dahingehenden Ansprüche bereits durch die Ueberlassung des Heimwesens mit Vieh- und Fahrhabe abgefunden. Ein weiterer Ausgleich wäre nicht mehr billig und sei daher abzulehnen. Die Zeugenaussage des Gemeindeschreibers Wiget, der vom Erblasser bevollmächtigt worden war, den Abtretungsvertrag für ihn abzuschliessen, ging dahin, Vater Inderbitzin habe ihm bei diesem Anlasse erklärt, es sei schon lange sein Wille gewesen, seinen Liegenschaftsbesitz den Söhnen Martin und Viktor abzutreten, weil sie immer ohne Lohn bei ihm gewesen seien.

Das Kantonsgericht des Kantons Schwyz bestätigte am 26. Mai 1919 das erstinstanzliche Urteil, indem es die Appellation der Kläger gegen dasselbe abwies und auf eine Anschlussappellation der Beklagten, womit sie Anerkennung einer « kompensationsfähigen Ausgleichsforderung von 11,085 Fr. » verlangten, aus prozessualen Gründen (Nichterlegung des gesetzlichen Kostenvorschusses) nicht eintrat.

C. — Gegen das Urteil des Kantonsgerichts haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Begehren um Gutheissung der Klage im Sinne des

Haupt- oder Eventualbegehrens. Die Beklagten haben Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Feststellung des beim Tode des Erblassers Vater Inderbitzin noch vorhandenen, nicht auf Grund des Abtretungsvertrages vom 15. Mai 1913 auf die Söhne Viktor und Martin übergegangenen Vermögens auf 12,085 Fr. und der Nachlasspassiven auf 1000 Fr. ist von den Klägern schon vor der zweiten kantonalen Instanz nicht mehr angefochten worden und steht heute ausser Streit. Dasselbe gilt für die teilweise Gutheissung der Widerklage durch Zuerkennung einer Forderung von 3644 Fr. nach Art. 633 ZGB an den Beklagten Xaver Inderbitzin, da ein hiegegen gerichtetes Berufungsbegehren nicht vorliegt. Zur Beurteilung verbleiben demnach nur die Begehren der Kläger um Ausgleich, eventuell Herabsetzung der in der erwähnten Abtretung liegenden Zuwendung und für den Fall, als ihnen stattgegeben werden sollte, die weitere Frage, ob nicht auch die Beklagten Viktor und Martin Inderbitzin berechtigt seien, demgegenüber eine Forderung nach Art. 633 ZGB geltend zu machen, da ihr dahingehendes Widerklagebegehren von den Vorinstanzen ausschliesslich mit Rücksicht auf die Verneinung der Ausgleichspflicht abgelehnt worden ist und ihnen deshalb die Möglichkeit gegeben werden muss, darauf zurückzukommen, wenn jene Pflicht zu bejahen wäre.

2. — Dies ist aber in der Tat der Fall. Nach Art. 626 Abs. 1 ZGB haben die gesetzlichen Erben alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser bei Lebzeiten auf Anrechnung an ihren Erbteil zugewendet hat. Abs. 2 ebenda stellt die Vermutung auf, dass, was Nachkommen als « Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass und dergleichen » vom Erblasser erhalten haben, ihnen auf Anrechnung an den Erbteil zugewendet worden sei : denn er verpflichtet die

Nachkommen, alle solchen Zuwendungen zur Ausgleichung zu bringen, wenn nicht der Erblasser ausdrücklich das Gegenteil verfügt. Da die Vorschriften über die Ausgleichungspflicht auf der, der Regel entsprechenden Annahme beruhen, dass der Erblasser seine Nachkommen gleichstellen wolle, soll die Ausgleichung nicht gegen seinen unzweideutig erklärten Willen erfolgen. Als «Zuwendung» im Sinne des Artikels erscheint dabei anerkanntermassen auch die sog. gemischte Schenkung, d. h. die in das Gewand eines entgeltlichen Rechtsgeschäftes unter Lebenden gekleidete Vermögensabtretung, bei der die Gegenleistung, der Preis bewusst niedriger angesetzt worden ist als der Wert der abgetretenen Gegenstände, in der Absicht, die Differenz dem Empfänger unentgeltlich zukommen zu lassen. Da dies hier zutrifft, indem die beiden Vorinstanzen feststellen, dass schon die den Beklagten Viktor und Martin Inderbitzin abgetretenen Liegenschaften allein ohne die Vieh- und Fahrhabe erheblich mehr wert seien, als die als Gegenleistung übernommenen Hypotheken ausmachen, sind demnach die beiden Beklagten grundsätzlich verpflichtet, den dadurch empfangenen Vermögensvorteil zur Ausgleichung zu bringen. Daran ändert die Tatsache nichts, dass der Erblasser ihnen damit eine Erkenntlichkeit für die Dienste erweisen wollte, die sie ihm seit ihrer Volljährigkeit in seiner Wirtschaft geleistet hatten. Auch wenn man annimmt, dass dem so war, vermöchte dadurch die Ausgleichungspflicht an sich nicht ausgeschlossen zu werden, weil in diesem Motiv zur Vermögensabtretung die ausdrückliche auf jenen Erfolg gerichtete Erklärung, wie sie Art. 626 Abs. 2 ZGB verlangt, noch nicht erblickt werden kann. Zum mindesten wäre nicht klar, ob die Beklagten damit von der Ausgleichung auch in Bezug auf den Teil der Zuwendung befreit sein sollten, der den Wert der von ihnen geleisteten Dienste übersteigt.

Die Konsequenz ist, dass ihnen umgekehrt grundsätzlich auch die Befugnis gewahrt werden muss, für die

letzteren ihrerseits gegenüber den Klägern einen angemessenen Vorausbezug im Sinne des Art. 633 ZGB bei der Teilung zu fordern, da sie unter diesen Umständen dafür nicht, wie es die Vorinstanzen angenommen haben, schon durch die bei Lebzeiten empfangene Zuwendung als abgefunden betrachtet werden können. Und zwar sind dabei alle von ihnen seit ihrer Volljährigkeit geleisteten Dienste zu berücksichtigen, auch diejenigen die vor dem 1. Januar 1912 und mehr als fünf Jahre hinter dem Erbfall zurückliegen. Die Bestimmung des Art. 633 ZGB findet als erbrechtliche auf alle nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingetretenen Erbfälle Anwendung ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt, in welchem die den Ausgleichanspruch begründende Arbeit dem Erblasser zugewendet worden ist. Da sie gerade dazu bestimmt ist, dem betreffenden Kinde eine angemessene Abfindung für den Fall zu gewährleisten, wo es mangels Bestehens eines Dienstverhältnisses im Rechtssinne eine Forderung auf Lohn gegenüber dem Erblasser nicht gehabt hätte, kann auch von einer Anwendung der Verjährungsvorschrift des Art. 128 Ziff. 3 OR darauf nicht die Rede sein. Es genügt, in dieser Hinsicht auf das Urteil des Bundesgerichts vom 15. Januar 1919 i. S. Rochat (AS 45 II S. 3 ff.) zu verweisen, wo die eben aufgeworfenen Fragen näher erörtert sind. Die Ausgleichung, zu welcher die Beklagten gegenüber der Erbschaft verpflichtet sind, und diejenige, worauf sie selbst nach Art. 633 ZGB Anspruch haben, sind gegen einander aufzurechnen. Es hätte keinen Zweck, sie — was rechnerisch auf dasselbe hinauskommen würde — zu verpflichten, den ganzen Ueberschuss des Wertes der Liegenschaften samt Vieh- und Fahrhabe über die Hypotheken in die Erbmasse einzuwerfen, und andererseits gleichzeitig für befugt zu erklären, aus letzterer einen Ausgleich nach Art. 633 zum voraus zu nehmen. Einzuwerfen bzw. den Beklagten auf ihre ordentliche Erbquote anzurechnen ist demnach nur die Summe, um welche die Ansprüche, welche die Kläger aus Art. 626 zu

stellen haben, höher sind als die Gegenansprüche der Beklagten aus Art. 633.

Die abweichende Auffassung der Vorinstanz, wonach eine Ausgleichungspflicht der Beklagten überhaupt, grundsätzlich nicht bestehen würde, weil einerseits als feststehend angenommen werden müsse, dass die ihnen zugekommene Zuwendung mehr ausmache als der Erbteil, der ihnen ohne dieselbe zugefallen wäre, andererseits aus den Akten hervorgehe, dass der Erblasser ihnen damit bewusst einen Vorteil habe zuwenden, d. h. sie vor den übrigen Erben begünstigen wollen, ist nicht haltbar. Art. 629 ZGB, auf den sich das angefochtene Urteil dafür stützt, enthält keine Ausnahme von der in Art. 626 hinsichtlich der Ausgleichungspflicht der Nachkommen aufgestellten Regel. Er umschreibt lediglich den Umfang dieser Pflicht für einen bestimmten Fall. Die nach Art. 626 zur Ausgleichung zu bringende Zuwendung kann so gross sein, dass sie den Erbteil des Empfängers übersteigt. Dann erhebt sich die Frage, wie weit die Ausgleichungspflicht reicht, ob sie lediglich zur Folge hat, dass der Ausgleichungspflichtige vom übrigen Nachlasse nichts mehr erhält oder ob er darüber hinaus auch noch den Mehrbetrag zu Gunsten der anderen Erben in die Erbmasse einzahlen muss. Diese im gemeinen Rechte bestrittene Frage löst das ZGB in Art. 629 Abs. 1 (vergl. übrigens auch schon Art. 625) im Gegensatz zu den meisten andern Gesetzgebungen dahin, dass grundsätzlich auch der Mehrbetrag ausgeglichen, d. h. in den Nachlass eingeschossen werden muss. Die Ausgleichungspflicht wird insoweit zur Herausgabepflicht. Sie fällt aber in diesem Umfange dann weg, wenn derjenige, den sie trifft, dartut, dass der Erblasser ihn habe begünstigen wollen. Art. 629 kann demnach, auch wenn seine Voraussetzungen zutreffen sollten, niemals dazu führen, dass die Beklagten überhaupt von der Ausgleichung befreit würden, sondern nur, dass sich diese dem Betrage nach auf die Höhe ihres Erbteils, d. h. auf die Anrechnung der Zuwendung bis

zum Betrage des letzteren beschränkt, während ein allfälliger Ueberschuss unter Vorbehalt der Vorschriften über die Herabsetzungsklage ihnen verbleibt. Nur für diesen « Ueberschuss » nicht für die Zuwendung überhaupt wird nach dem klaren Wortlaute des Art. 629 die Ausgleichungspflicht beim Nachweise der « Begünstigungsabsicht » ausgeschlossen.

3. — In dieser Beschränkung hat dagegen die Vorinstanz die Anwendbarkeit des Artikels mit Recht bejaht. Im Gegensatz zu Art. 626 ZGB, der für die Befreiung von der Ausgleichung überhaupt eine « ausdrückliche Erklärung » verlangt, stellt Art. 629 an den Nachweis, dass der Erblasser den Erben mit der Zuwendung habe begünstigen und damit von der Pflicht zur Herausgabe eines allfälligen Mehrbetrages über den Erbteil habe entbinden wollen, keine besonderen Anforderungen. Es ist demnach dafür jedes Beweismittel zulässig, sodass der Schluss darauf unter Umständen auch ohne weitere Anhaltspunkte schon aus der Art des Rechtsgeschäftes selbst und dessen Veranlassung gezogen werden kann. Im vorliegenden Falle muss dafür schon die von der Vorinstanz an Hand der eidlichen Aussagen der Beklagten und des Zeugnisses des Gemeindegewerbers Wiget in nicht aktenwidriger und deshalb für das Bundesgericht verbindlicher Weise getroffene Feststellung genügen, dass es der wiederholt erklärte Wille des Vaters Inderbitzin war, durch die streitige Vermögensabtretung den Söhnen Viktor und Martin ein Aequivalent für ihre langjährigen Dienste in seinem Bauerngewerbe zukommen zu lassen, da darin in Verbindung mit der niedrigen Festsetzung des Preises zugleich auch die Absicht unverkennbar zum Ausdruck gekommen ist, sie vor den übrigen Erben zu bevorzugen. Diese Wirkung wäre aber vereitelt, wenn die Beklagten die abgetretenen Werte in vollem Umfang in die Erbschaft einwerfen und sich darein gleichmässig mit den übrigen Erben teilen müssten. Die Regel, dass der Ausgleichungspflichtige sich die Zuwendung nicht nur auf seinen

Erbteil anrechnen zu lassen, sondern darüber hinaus sogar auch einen allfälligen Mehrbetrag dem Nachlass zu erstatten habe, enthält eine so weit gehende Ausdehnung der Kollationspflicht, dass an den Beweis der Begünstigungsabsicht kein allzu strenger Masstab angelegt werden darf.

4. — Ein Mittel, die darin liegende Bevorzugung der beiden Beklagten rückgängig zu machen, hätte den Klägern nur insofern zugestanden, als sie, soweit dadurch ihr Pflichtteil verletzt sein sollte, die Herabsetzungsklage hätten anstrengen und mit ihr Rückleistung des zur Ergänzung ihrer Erbquote auf den Pflichtteil nötigen Betrages hätten verlangen können. Dieser Anspruch ist aber verjährt. Nach Art. 533 ZGB muss die Herabsetzungsklage innert eines Jahres von dem Zeitpunkt an erhoben werden, wo die Erben von der Verletzung ihrer Rechte Kenntnis erhalten haben. Im vorliegenden Falle steht aber fest, dass die Kläger spätestens seit dem März 1915 um die Abtretung der Liegenschaften mit Vieh- und Fahrhabe an die Beklagten Viktor und Martin Inderbitzin und um den Umfang des übrigen Nachlasses wussten, sodass die Frist zur Klage von da an zu laufen begann. Der im Jahr 1915 eingeleitete erste Prozess auf Ungiltigerklärung des Abtretungsvertrages hätte, nachdem das Bezirksgericht Schwyz auf das darin eventuell gestellte Herabsetzungsbegehren wegen eines verbesserlichen prozessualen Fehlers, weil nicht im ursprünglichen Klagepetitum enthalten, nicht eingetreten ist, die Verjährung nur verhindern können, wenn die Kläger darauf jenes Begehren innert 60 Tagen seit Rechtskraft des Urteils neuerdings in richtiger Form anhängig gemacht hätten (Art. 139 OR, der zufolge Art. 7 ZGB auch hier Anwendung findet). Dies ist aber unbestrittenermassen nicht geschehen, indem das fragliche Urteil am 28. Februar 1918 rechtskräftig geworden ist, während die vorliegende Klage erst im Juli 1918 eingeleitet wurde. Der Versuch der Kläger, die Verjährung durch Berufung auf die

in Art. 604 ausgesprochene Unverjährbarkeit des Anspruches auf Erbteilung zu beseitigen, geht fehl. Kraft der erwähnten Vorschrift können sie allerdings mit der vorliegenden Klage, soweit sie auf Teilung des Nachlasses gerichtet ist, nicht ausgeschlossen werden; es fehlt ihnen aber die Möglichkeit, dabei die in der Zuwendung der Liegenschaften samt Vieh- und Fahrhabe liegende Zuwendung an die Beklagten im Sinne des Art. 475 ZGB zum Nachlass hinzuzurechnen. Die Zuwendung bleibt bestehen und kann nur nach noch Art. 626, 629 zur Ausgleichung gebracht, nicht aber herabgesetzt werden.

5. — Zur Bestimmung des Umfanges der Ausgleichungspflicht und der Erbteile der Parteien ist demnach in der Weise vorzugehen, dass zunächst

1. der Wert der abgetretenen Liegenschaften mit Vieh- und Fahrhabe und zwar zur Zeit des Todes des Erblassers, nicht der Abtretung (Art. 630 ZGB),

2. die auf dem abgetretenen Liegenschaftenanteil haftenden Hypotheken,

3. der jedem der beiden Söhne Viktor und Martin gebührende Voraus im Sinne des Art. 633 ZGB,

festgestellt werden. Ergibt sich nach Abzug der Beträge unter Ziff. 2 und 3 von dem Werte der Liegenschaften mit Vieh- und Fahrhabe nach Ziff. 1 ein Plus, so ist es von den beiden genannten Söhnen nach Art. 626 zur Ausgleichung zu bringen, d. h. zu dem von der Vorinstanz festgestellten Nachlasse von 7441 Fr. (11,085 Fr. abzüglich 3644 Fr. Voraus des Sohnes Xaver) hinzuzurechnen. Der so sich ergebende Betrag ist sodann unter alle Kinder zu verteilen, wobei die Söhne Viktor und Martin sich ihre Zuwendung, die für jeden von ihnen besonders zu berechnen ist, auf ihren Erbteil anrechnen zu lassen haben. Uebersteigt dieselbe diesen Teil, so ist damit auch gesagt, dass sie aus der Erbschaft nichts mehr zu beanspruchen haben, mit anderen Worten, dass die 7441 Fr., welche das beim Erbfall noch vorhandene Vermögen des Erblassers (nach Abrechnung der Vorausbezüge aus Art. 633)

bildeten, ausschliesslich den übrigen Erben, unter Ausschluss der Söhne Viktor und Martin zukommen. Andererseits kann beide auf Grund der Ausgleichungspflicht infolge des Zutreffens der Ausnahme des Art. 629 Abs. 1 auch nur diese und keine weitere Folge, insbesondere nicht diejenige treffen, dass sie den Ueberschuss in den Nachlass einzuzahlen hätten. Erreicht umgekehrt die Zuwendung ihren Erbteil nicht, so müssen sie berechtigt sein, für die Differenz ebenfalls noch an der Teilung zu partizipieren.

Die Sache ist daher zur Vornahme der erwähnten Feststellungen und neuer Beurteilung in diesem Sinne zurückzuweisen. Auf Grund der vorliegenden Akten ist eine endgiltige Entscheidung nicht möglich, da beide Vorinstanzen sich mit der bloss allgemeinen Feststellung begnügt haben, dass die Zuwendung dem Werte nach den Erbteil der beiden Beklagten übersteige, ohne den Wert derselben in einer bestimmten Summe festzustellen, andererseits auch jene allgemeine Feststellung deshalb nicht massgebend sein kann, weil dabei die Ausgleichungsansprüche der Beklagten nach Art. 633 — die bei der abweichenden Auffassung der Vorinstanz in der Frage der Ausgleichungspflicht nach Art. 626 ausser Betracht fielen — nicht berücksichtigt worden sind.

Die von den beiden Söhnen eingegangene Verpflichtung zur Gewährung lebenslänglichen Unterhalts u. s. w. an den Vater kann als den Wert der Zuwendung mindernder Faktor deshalb nicht in Betracht gezogen werden, weil es sich dabei um einen Verpfändungsvertrag handeln würde, der nach Art. 522 OR an die Form des Erbvertrages gebunden wäre. Diese Form ist aber hier nicht eingehalten worden, sodass rechtlich gesprochen eine Verpflichtung der Uebernehmer zu jenen Leistungen überhaupt nicht bestand.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil

des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz vom 29. Mai 1919 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die kantonalen Instanzen zurückgewiesen wird.

78. Arrêt de la II^{me} Section civile du 4 décembre 1919
dans la cause **Alméras** contre **Weller**.

Testament oral. L'inobservation d'une seule des prescriptions de forme prévues aux art. 506 et 507 CC suffit en principe à rendre le testament nul et de nul effet. Les opérations confiées aux témoins doivent se succéder sans solution de continuité, à moins d'impossibilité matérielle établie.

A. — Gustave Marcelin, décédé à Genève le dimanche 25 juin 1916, à 5 heures du matin, a fait, trois heures à peu près avant sa mort, un testament oral par lequel il laisse toute sa fortune à dame veuve Alméras. En présence de trois autres témoins, dame Gaston Pasquier a écrit les dernières volontés du défunt, sous sa dictée. Le texte, daté « Plainpalais, le 24 juin 1916 » et signé de quatre témoins, a été confié à dame Alméras. Cette dernière informa, le 25 juin, par téléphone, le notaire Ami Moriaud du décès de Marcelin et lui dit qu'elle avait une pièce importante à lui remettre. S'étant rendu au domicile mortuaire le lundi matin, le notaire reçut de dame Alméras le testament qu'il emporta à son étude. Puis il s'adressa au Juge de Paix, qui lui dit que les témoins devaient déposer eux-mêmes le documents. Convoqués à son étude par l'intermédiaire de dame Alméras, les témoins s'y rendirent le mercredi 28 juin. Le notaire leur remit le procès-verbal dressé par dame Pasquier et, munis de cette pièce, ils se présentèrent devant le Juge de Paix le même jour. Là ils affirmèrent que Marcelin leur avait paru jouir de toutes ses facultés intel-