

die ihm in allen übrigen Kantonen Strafe eintrügen, mit Fug behauptet werden, er habe sich mit der Beiwohnung eines Verbrechens schuldig gemacht, wenn diese Beiwohnung keinem Satz des am Orte der Begehung geltenden Strafrechtes subsumiert werden kann.

Vorliegend ist durch die strafgerichtliche Verurteilung des Beklagten festgestellt, dass er durch seinen Geschlechtsverkehr mit der Klägerin einen Satz des bernischen Strafrechtes verletzt hat, der zum Schutz der noch nicht sechzehnjährigen Mädchen gegen geschlechtliche Berührung aufgestellt worden ist und entsprechend seinem Zwecke ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Mädchens Anwendung finden muss. Damit ist ausser Zweifel gestellt, dass er sich mit der Beiwohnung eines Verbrechens an der Klägerin schuldig gemacht hat.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 1. Juli 1926 bestätigt.

## II. ERBRECHT

### DROIT DES SUCCESSIONS

**55. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 10. November 1926 i. S. Salfinger-Eöhner gegen Böhner.**

**Herabsetzungsklage, Ausgleichung.**

ZGB Art. 522 ff., 626 ff., bes. 629 Abs. 1, 633.

Sind Erbschaftsaktiven nicht vorhanden, haben aber einzelne Kinder Zuwendungen erhalten, die den Betrag ihrer Erbanteile übersteigen, und zwar zwecks Begünstigung, so können die benachteiligten von den begünstigten Kindern nicht nur mit der Herabsetzungsklage Herstellung ihrer Pflichtteile verlangen, sondern gegebenenfalls ausserdem eine billige Ausgleichung für die ihren Eltern zugewendete Arbeit.

Wann darf eine auf Art. 633 ZGB gestützte Klage als verfrüht zurückgewiesen werden? (Erw. 3 i. f.).

**A. —** Die am 4. Dezember 1923 verstorbene Witwe Böhner-Hetzer hinterliess sechs Kinder, worunter die Klägerin und die beiden Beklagten.

Die im Jahre 1875 geborene Klägerin hatte bis zu ihrer im Jahre 1904 erfolgten Verheiratung in dem von der Erblasserin betriebenen und dann im Jahre 1906 aufgegebenen Weisswarengeschäft unentgeltlich gearbeitet.

Drei Häuser, welche die Erblasserin besass, hatte sie an die beiden Beklagten verkauft, und zwar zwei Häuser in Aesch, welche sie zusammen auf 23,700 Fr. zu stehen gekommen waren, am 25. Januar 1917 um 15,250 Fr., und das Haus Klosterberg 11 in Basel am 9. Dezember 1916 gegen Übernahme der bestehenden Hypothekenschulden von 66,000 Fr. und Errichtung einer neuen Hypothek von 12,000 Fr. Letztere Hypothek wurde anfangs 1919 wieder gelöscht.

Die beiden Häuser in Aesch hatten die Beklagten schon im Jahre 1918 um zusammen 34,000 Fr. wieder verkaufen können.

Beim Tode der Erblasserin fand sich ausser Kleidern und Wäsche keinerlei Erbschaftsvermögen vor.

**B. —** Mit Klage vom 4. Dezember 1924 bzw. 27. Januar 1925 stellte die Klägerin folgende Anträge :

« a) Es seien die Beklagten I und II zu verurteilen, zu Gunsten der Klägerin einen Voraus im Betrage von 4000 Fr. — eventuell wieviel nach richterlichem Ermessen — gemäss Art. 633 ZGB anzuerkennen und zum Ausgleich zu bringen.

b) Es seien die Beklagten I und II zu verurteilen, gemäss Art. 519-533 ZGB einen Betrag von 88,650 Fr. — eventuell wieviel nach richterlichem Ermessen — zur Herabsetzung und Ausgleichung anzuerkennen und beizubringen. »

Zur Begründung machte die Klägerin namentlich auch geltend, die Erblasserin habe die Beklagten durch die Häuserverkäufe begünstigen wollen.

Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt erkannte :  
 « 1. Es wird festgestellt, dass der Klägerin im Nachlass der Frau Witwe Böhner-Hetzel 4000 Fr. zustehen.

2. Die Beklagten I und II werden verurteilt, in der Erbteilung über den Nachlass der Frau Witwe Böhner-Hetzel 30,000 Fr. zur Ausgleichung zu bringen. »

Gegen dieses Urteil appellierten nur die Beklagten.

C. — Durch Urteil vom 18. Juni 1926 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt erkannt :

« 1. Es wird festgestellt, dass die Beklagten die von der Erblasserin erhaltenen Zuwendungen im Betrage von 23,135 Fr. sich an ihrem Erbanteil von je 1/6 des Nachlasses müssen anrechnen lassen.

2. Es wird ferner festgestellt, dass der über den Erbanteil der Beklagten hinausgehende Überschuss dieser Zuwendungen zu Gunsten der Klägerin bis zu deren Pflichtteil im Betrage von 1/8 des Nachlasses der Herabsetzung unterliegt.

3. Das Begehren um einen Liedlohn von 4000 Fr. wird zur Zeit abgewiesen. »

D. — Gegen dieses Urteil hat die Klägerin die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. ... ..
2. — Der Unterschied in der Beurteilung des zweiten Klagantrages durch die Vorinstanzen ist ein doppelter. Zunächst hat das Appellationsgericht (in Dispositiv 1 seines Urteils) festgestellt, die Beklagten haben Zuwendungen im Sinne des Art. 626 Abs. 2 ZGB für den Betrag von nur 23,135 Fr. erhalten, nicht von 30,000 Fr., wie das Zivilgericht gefunden hatte. Da die Beklagten das Urteil des Appellationsgerichtes nicht mehr angefochten haben, ist nur noch zu entscheiden, ob der vom Appellationsgericht vorgenommene Abstrich gerechtfertigt war. (Wird bejaht.)

Im weitem hat das Appellationsgericht (in Dispositiv 2) ausgesprochen, dass die Beklagten nicht den ganzen Betrag dieser Zuwendungen zur Ausgleichung bringen müssen, wie das Zivilgericht wollte, sondern dass der Überschuss der Zuwendungen über ihre Erbanteile nur der Herabsetzung zu Gunsten der Klägerin bis zu deren Pflichtteil von 1/8 des Nachlasses unterliege. Da die Klägerin selbst mehrfach behauptete, die Erblasserin habe die Beklagten mit den in Rede stehenden Zuwendungen begünstigen wollen, so ergibt sich die Richtigkeit der Verneinung der Pflicht zur Ausgleichung des Überschusses ohne weiteres aus Art. 629 Abs. 1 ZGB, welcher lautet : « Übersteigen die Zuwendungen den Betrag eines Erbanteiles, so ist der Überschuss unter Vorbehalt des Herabsetzungsanspruches der Miterben nicht auszugleichen, wenn nachweisbar der Erblasser den Erben damit begünstigen wollte. » Ob die Voraussetzungen der Herabsetzungsklage vom Appellationsgericht mit Fug als zutreffend erachtet worden sind, braucht nicht geprüft zu werden, nachdem die Beklagten dessen Urteil nicht weitergezogen haben.

3. — Finden sich einerseits keine Erbschaftsaktiven vor und sind anderseits die Beklagten auch nicht gemäss Art. 626—630 ZGB verpflichtet, den Überschuss der erhaltenen Zuwendungen über ihre eigenen Erbanteile hinaus in die Erbmasse einzuwerfen, sondern nur verpflichtet, den Pflichtteil der Klägerin herzustellen, so erhebt sich zunächst die Frage, aus welchen Mitteln der Klägerin die billige Ausgleichung für die geleistete Arbeit, welche sie mit dem ersten Klagantrag über den Pflichtteil hinaus beansprucht, auszurichten ist, wenn sie ihr überhaupt gebührt. Die Antwort auf diese Frage darf jedenfalls nicht dahin lauten, dass durch den Mangel jeglicher Erbschaftsaktiven die Geltendmachung einer solchen billigen Ausgleichung für geleistete Dienste überhaupt ausgeschlossen werde. Denn dem Erblasser kann nicht zugestanden werden, einen derartigen Anspruch

dadurch illusorisch zu machen, dass er unter Hintansetzung des betreffenden Kindes sein Vermögen noch zu Lebzeiten unter seine übrigen Erben verteilt. Wenn infolge derartiger Machenschaften nicht mehr genügend Erbschaftsaktiven vorhanden sind, um einem Kind für die geleisteten Dienste eine billige Ausgleichung zu gewähren, so kann dem Anspruch darauf doch noch dadurch zum Durchbruch verholfen werden, dass die Erben, welche Zuwendungen erhalten haben, die den Betrag ihres Erbanteiles übersteigen, auch bei nachgewiesener Begünstigungsabsicht des Erblassers nicht nur gemäss dem in Art. 629 Abs. 1 ZGB ausgesprochenen Vorbehalt der Herabsetzungsklage, sondern ausserdem auch noch der auf Art. 633 ZGB gegründeten, besonders gearteten Ausgleichungsklage unterworfen werden. Dies hat dann zur Folge, dass die begünstigten dem benachteiligten Erben nicht nur den Pflichtteil, sondern auch noch die billige Ausgleichung für die geleisteten Dienste aus ihrem eigenen — freilich durch die Zuwendungen vermehrten — Vermögen gewähren müssen. Unter diesem Gesichtspunkte erscheint es auch gerechtfertigt, dass die Klägerin ihren bezüglichen Klagantrag nicht gegen sämtliche Miterben gemeinsam gestellt hat; übrigens haben die Beklagten keinerlei prozessuale Einrede daraus hergeleitet, dass die übrigen Miterben nicht ebenfalls in den Prozess einbezogen worden sind.

Die Vorinstanz hat den ersten Klagantrag in Anlehnung an BGE 45 II S. 1 ff. und 48 II S. 315 ff. deswegen zur Zeit abgewiesen, weil der von der Klägerin erhobene Ausgleichungsanspruch erst existent werde, wenn dessen Grundlagen, nämlich alle in billiger Weise zu berücksichtigenden Umstände des Falles, insbesondere auch der Stand des Nachlasses, feststehen; dies sei aber erst bei der Teilung der Fall. Dieser Argumentation vermag das Bundesgericht nicht zu folgen. Auch mit dem zweiten Klagantrag hat die Klägerin ja einen Teilungsanspruch geltend gemacht, soweit sie damit Ausgleichung ver-

langte. Ihr zu versagen, gleichzeitig mit diesem Teilungsanspruch auch den weiteren Teilungsanspruch auf billige Ausgleichung für die geleistete Arbeit einzuklagen, m. a. W. sie auf einen zweiten Prozess zu verweisen, liesse sich nur dann rechtfertigen, wenn die Beurteilung auf Grund des beigebrachten Prozessstoffes noch nicht möglich wäre. Solches lässt sich aber nicht sagen. Beharrt die Klägerin darauf, dass hierüber im gegenwärtigen Prozess entschieden wird, obschon ihr weiterer gegen die Beklagte Julia Böhner allein gerichteter Anspruch auf Ausgleichung, eventuell Herabsetzung der Zuwendung des Mobiliars an sie von der Hand gewiesen wurde, so nimmt sie damit in den Kauf, dass diese Zuwendung bei der Berechnung des Standes der Erbschaft unberücksichtigt bleibt..... Infolgedessen ist als Stand der Erbschaft einfach der von der Vorinstanz festgestellte Betrag der Zuwendungen anzusehen, welche die Beklagten erhalten haben (Art. 475 ZGB).....

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird dahin teilweise begründet erklärt, dass Dispositiv 3 des Urteils des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 19. Juni 1926 aufgehoben und die Sache zur materiellen Beurteilung des ersten Klagantrages an die Vorinstanz zurückgewiesen wird. Im übrigen wird die Berufung abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt.