

droit aux diverses prestations périodiques, peut en être transféré (art. 758 CC ; 519 CO et RO 61 III 193).

En conséquence, l'héritier réservataire qui se voit assigner un usufruit ou une rente en lieu et place de son droit en propriété est, de ce seul fait, lésé dans sa réserve, même si, d'après ses chances de vie, cette libéralité apparaît plus avantageusement pour lui. Il peut donc la répudier et réclamer sa réserve par l'action en réduction (en ce sens, contrairement à la doctrine jusqu'ici dominante : VITAL, Die Verfügungsfreiheit des Erblassers, p. 81 s. ; cf. les doutes émis par TUOR, Commentaire, note 18 à l'art. 522 CC).

Tel est le sens de l'action intentée par dame Chable. La demanderesse réclame *pro parte* à dame Jaquillard la délivrance du quart de la succession, dont elle a été frustrée par l'attribution de l'usufruit de la moitié. Or elle savait dès l'ouverture du testament, soit bien avant le 6 octobre 1941, que son mari la privait de son droit d'opter pour la propriété du quart et portait ainsi atteinte à sa réserve. Certes pouvait-elle, le cas échéant, voir son avantage à conserver l'usufruit légué. Il lui était loisible de délibérer à ce sujet et de se livrer aux calculs nécessaires. Mais peu importe le moment où elle a été en mesure de prendre une décision dans un sens ou dans l'autre. Sitôt connues les dernières volontés du défunt à son égard, elle possédait tous les éléments indispensables au succès de son action. La demande est dès lors prescrite.

3. — Dans ces conditions, il est superflu d'examiner si la défenderesse, renvoyée par testament à sa réserve légale, avait qualité pour défendre à l'action, ou si la demanderesse était déchue de sa prétention pour avoir accepté par des actes concluants l'usufruit légué.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

Le recours principal est admis et le recours par voie de jonction est rejeté. En conséquence, l'arrêt attaqué est réformé et la demande rejetée.

23. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. September 1944 i. S. Scherrer gegen Stach.

Vorkaufsrecht. Unwirksamkeit desselben gegenüber einem « *Kindskauf*. » Ob der Verkauf an den gesetzlichen Erben vorwiegend im Hinblick auf dessen künftiges Erbrecht erfolgte, ist Tatfrage. Geldwertmässige Begünstigung des Erben ist nicht nötig ; in der blossen Sicherung des Übergangs der Sache an einen bestimmten Erben liegt eine antizipierte Erbteilungsmassnahme. — Dass neben dem erbrechtlichen Hauptmotiv des Verkäufers andere Nebenerwägungen mitspielten, z. B. Geldbedarf, schliesst Kindskaufcharakter nicht aus. (Art. 216 Abs. 3 OR, 681, 959 ZGB).

Droit de préemption. La question de savoir si une vente dans laquelle l'acheteur est l'héritier légal du vendeur a été conclue principalement en considération du droit de succession futur de l'acheteur est une question de fait. A l'encontre d'une aliénation opérée dans ces conditions-là, un tiers n'est pas recevable à opposer son droit de préemption. Il n'est pas nécessaire que la vente procure un avantage pécuniaire à l'acheteur ; le désir de garantir la transmission du bien à l'héritier permet à lui seul de conclure à l'existence d'une mesure de partage anticipée, et quand bien même le vendeur se serait laissé conduire aussi par d'autres considérations d'ordre accessoire, telles que le besoin d'argent (art. 216 al. 3 CO, 681, 959 CC).

Diritto di prelazione. La questione se una vendita, in cui il compratore è l'erede legale del venditore, sia stata conclusa principalmente in vista del diritto futuro di successione del compratore, è una questione di fatto. Ad un'alienazione operata in queste condizioni un terzo non ha veste per opporre il suo diritto di prelazione. Non è necessario che la vendita procuri un vantaggio pecuniario al compratore ; il desiderio di garantire la trasmissione della cosa all'erede consente di ammettere l'esistenza d'una misura di divisione anticipata, anche se il venditore si è lasciato indurre a vendere anche da altre considerazioni accessorie, quali il bisogno di denaro (art. 216 cp. 3 CO, 681, 959 CC).

A. — Josef Stach in Gossau war Eigentümer zweier Parzellen Wiesland von ca. 2000 m² in der sog. Tiefe-Gossau. Am 25. September 1940 verpachtete er diese Parzellen dem Josef Scherrer und räumte ihm zugleich für den Fall des Verkaufs ein Vorkaufsrecht zum Preise von Fr. 4500.— daran ein. Am 15. April 1942 verkaufte Stach die Grundstücke seiner Tochter Frau Agnes Huguen-

tobler-Stach in Gossau zum Preise von Fr. 4500.—, wobei die bestehende Pfandschuld von Fr. 3500.— der Käuferin überbunden und der Kaufpreisrest von Fr. 1000.— als bereits verrechnet erklärt wurde.

Im Mai 1942 machte Scherrer sein Vorkaufsrecht geltend und erhob, als Stach es nicht anerkannte, Klage mit dem Begehren, dieser sei gerichtlich zu verpflichten, in die grundbuchamtliche Übertragung des Eigentums an den verkauften Grundstücken auf den Kläger gegen Bezahlung von Fr. 4500.— einzuwilligen.

Kurze Zeit nach Klageerhebung, am 10. Juli 1942, errichtete Stach ein öffentliches Testament, worin unter Ziff. 1 bestimmt wird :

« 1. Mit Kaufvertrag vom 15. April 1942 verkaufte ich meiner Tochter Agnes Hugentobler-Stach die zwei Bodenparzellen Kat. Nr. 562 und 564 in der Tiefe Gossau zum Preise von Fr. 4500.—. Diese Übertragung ist mit Rücksicht auf das künftige Erbrecht meiner Tochter Agnes erfolgt und in Anerkennung der treuen Pflege und des Unterhaltes, den sie mir und meiner Frau geboten hat. Diese Übertragung an meine Tochter erfolgte also nicht zum Zwecke, Geld zu erhalten, sondern um die Tochter in ihren erbrechtlichen Ansprüchen zu schützen. Ich erkläre, dass es mein ausdrücklicher Wille ist, dass diese beiden Parzellen meiner Tochter zufallen und nicht in fremde Hände kommen sollen. »

Im weiteren vermachte er der Frau Hugentobler-Stach sein Wohnhaus zum Wert der hypothekarischen Belastung (Fr. 18,000.—) und ordnete die Befreiung dieser beiden Zuwendungen von der Ausgleichspflicht an, wogegen Frau Hugentobler und ihr Mann der Witwe Stach lebenslänglich Wohnrecht und Unterhalt zu gewähren hatten.

Drei Tage darauf starb Stach. Seine Erben traten in den Prozess ein.

B. — Sowohl das Bezirksgericht Gossau als das Kantonsgericht St. Gallen wiesen die Klage ab (weil es sich bei dem Geschäft zwischen Stach und seiner Tochter um einen sog. « Kindskauf » im Sinne von BGE 44 II 387 ff handle, dem gegenüber das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden könne).....

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung des Klägers mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Abnahme weiterer Beweise, und mit der Begründung, ein Kindskauf im Sinne der Rechtsprechung liege nicht vor. — Die beklagte Erbengemeinschaft Stach trägt auf Abweisung der Berufung an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann das Vorkaufsrecht nicht gegenüber jeder Handänderung geltend gemacht werden, sondern nur gegenüber kaufweiser Übertragung des Objekts an einen Dritten, die nicht nur der Form, sondern auch dem der Veräusserung inwohnenden Sinne nach einen Verkauf, d. h. ein auf Umsetzung des Sachwertes in Geld gerichtetes Geschäft darstellt, wo es also dem Veräussernden wesentlich auf den Empfang dieser Geldleistung und nicht auf die Person des Erwerbers ankommt. Gleichwie das Vorkaufsrecht gegen anderweitige Handänderungen wie Tausch, Schenkung, Erbgang, Erbteilung nicht schützt, ist seine Ausübung ausgeschlossen, wo die Sache zwar in Form eines Kaufes, aber nicht an einen beliebigen Dritten, sondern an einen gesetzlichen Erben mit Rücksicht auf dessen künftiges Erbrecht übertragen wird, sodass sich die Veräusserung trotz ihrer äusseren Form nicht sowohl als eigentlicher Verkauf denn als eine vorweggenommene Regelung der Erbfolge darstellt (sog. Verwandten- oder Kindskauf ; BGE 44 II 387 ff.).

Im vorliegenden Falle zieht auch der Kläger diese Rechtsprechung nicht in Diskussion. Er anerkennt, dass

gegenüber einem derartigen Kindskauf das Vorkaufsrecht nicht geltend gemacht werden kann. Der Streit dreht sich lediglich um die Frage, ob man es in casu mit einem solchen, im Hinblick auf das künftige Erbrecht der Käuferin erfolgten, oder mit einem gewöhnlichen Verkauf zu tun hat, bei dem nur zufällig ein Erbe als Käufer auftritt.

Diese Frage ist für das Bundesgericht durch die Darstellung des vorinstanzlichen Urteils verbindlich entschieden, wonach das Geschäft zwischen Stach und seiner Tochter wenn nicht ausschliesslich, so doch vorwiegend mit Rücksicht auf deren gesetzliches Erbrecht getätigt wurde und der Verkäufer mit dem Verkaufe seine Tochter gegenüber den andern Erben bewusst begünstigte. Es handelt sich dabei um Feststellungen über innere Vorgänge, die ebenso gut tatsächlicher Natur und daher für das Bundesgericht verbindlich sind, wie die von der Vorinstanz gegebene Darstellung der äussern Umstände. Übrigens müsste das Bundesgericht, wenn es die für den Verkäufer massgebenden Motive selber festzustellen hätte, zum gleichen Schlusse kommen wie die Vorinstanz. Dem Wortlaut des Testaments des Verkäufers kann zwar in dieser Beziehung keine wesentliche Bedeutung beigelegt werden; es ist erst nach Geltendmachung des klägerischen Anspruchs errichtet worden, so dass seine Fassung möglicherweise im Hinblick auf den bevorstehenden Prozess gewählt worden ist. Bezeichnend sind hingegen die Aussagen der Zeugen Wellauer und Löhner, auf welche die Vorinstanz abstellt und aus denen sich die Absicht des Verkäufers, seine Tochter durch das Geschäft zu begünstigen, deutlich ergibt. Dass der Verkäufer, wie der Kläger behauptet, in Geldnöten und das Geschäft lediglich ein Ausweg aus dieser Bedrängnis gewesen sei, wird von der Vorinstanz mit der Begründung abgelehnt, dass kein Beweis für die behaupteten Geldnöte erbracht sei. Auch hier handelt es sich um eine tatsächliche, für das Bundesgericht verbindliche Feststellung. Übrigens würde der

Umstand, dass der Verkäufer mit der durch den Übergang der Liegenschaften auf die Tochter eintretenden Erleichterung seiner Lage rechnete, dem Geschäft den Charakter eines Kindskaufs nicht nehmen; ein solcher kann auch vorliegen, wenn neben dem Hauptzweck der Regelung der Erbfolge auch andere Motive, z. B. eben das beim Kauf im eigentlichen Sinne vorwaltende Element der Flüssigmachung des Sachwertes, mitspielen. Ebensowenig steht jener Qualifizierung des Geschäfts der Umstand entgegen, dass es sich um ein auf den Kaufpreis von Fr. 4500.— limitiertes Vorkaufsrecht handelte und die Übereignung an die Tochter zum gleichen Preise erfolgte. Nach der auf Expertise beruhenden Annahme der Vorinstanz betrug der wirkliche Wert der Kaufsache Fr. 5500.—. Aber selbst wenn in dem Verkauf an die Tochter keinerlei geldwertmässige Begünstigung läge, könnte dennoch ein Kindskauf im Sinne des Vorwaltens erbrechtlicher Motive vorliegen. Es ist denkbar, dass ein Verkäufer mit einer derartigen Übereignung zu Lebzeiten dem kaufenden Erben zwar nicht einen finanziellen Vorteil vor den andern zuhalten will, wohl aber bezweckt, dass die Kaufsache gerade diesem Erben zukomme und nicht bei der dereinstigen Teilung einem andern zugeteilt oder aber versilbert werde. In dieser Absicht, « den Übergang (der Kaufsache an den Übernehmer) zu sichern und eine andere Lösung bei der künftigen Erbfolge auszuschliessen » (l. c. 389 oben) — z. B. damit die Liegenschaft in der Familie verbleibe —, liegt, ganz ohne Rücksicht auf die Frage des Anrechnungspreises und des wirklichen Wertes, auch eine Vorwegnahme einer partiellen Regelung der Erbfolge, nämlich der Ausführung einer Teilungsvorschrift (Art. 608 ZGB). Eine solche Absicht lag auf alle Fälle dem Geschäft des Vaters Stach mit seiner Tochter zugrunde und qualifiziert es als Kindskauf, vor dem das Recht des Klägers — bei allem grundsätzlichen Schutz, den der Vorkaufsberechtigte verdient — zurücktreten muss.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgericht St. Gallen vom 16./21. Dezember 1943 bestätigt.

IV. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

24. Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Mai 1944

i. S. Jaggi gegen Zbinden.

Schuldbriefrecht, Begriff der *persönlichen Einrede* im Sinne von Art. 872 ZGB und 979 OR.

Cédule hypothécaire. Notion de l'exception personnelle selon les art. 872 CC et 979 CO.

Cartella ipotecaria. Nozione dell'eccezione personale a'sensi degli art. 872 CC e 979 CO.

Aus den Erwägungen :

Dem Gläubiger der Schuldbriefforderung können nach Art. 872 ZGB nur solche Einreden entgegengehalten werden, die sich auf den Eintrag oder auf die Urkunde beziehen oder dem Schuldner gegen den ihn belangenden Gläubiger persönlich zustehen. Über den Sinn und die Tragweite des Art. 872 ZGB geben die Ausführungen in den Erläuterungen zu Art. 851 des VE zum ZGB, 3. Heft S. 290 f., Aufschluss. Dort wird gesagt : « Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob ein neuer Gläubiger ... sich die Einrede gefallen lassen müsse, die er zur Zeit des Erwerbes als eine solche kannte, die dem alten Gläubiger gegenüber hätte erhoben werden können, z. B. die der Verrechnung, der Stundung usw. Allein die Bezeichnung « persönlich » genügt, um zu bestimmen, dass nur solche Rechte gemeint sind, die für den Schuldner aus seinem persönlichen Verhältnis zum

Gläubiger erwachsen. Aus dem blossen Wissen von den persönlichen Beziehungen, die der Schuldner mit einem Vormann hat, entsteht für den neuen Gläubiger ein persönliches Verhältnis zum Schuldner regelmässig ganz gewiss nicht. Nur wenn der neue Erwerber weiss, dass der alte gar nicht Gläubiger gewesen ist, dass er mit der Belangung des Schuldners eine Unredlichkeit begangen haben würde, oder dass der Schuldner überhaupt nach allgemeinem Rechtsgrund und nicht etwa bloss diesem Vormann gegenüber gar nicht oder nicht mehr Schuldner ist, dann entsteht für diesen auch dem neuen Erwerber gegenüber ein persönliches Verhältnis, das ihn zur Erhebung der Einrede ermächtigt. Der Erwerber ist dann eben in diesem Falle kein gutgläubiger Erwerber... »

Diese Ansicht wird vom Schrifttum allgemein geteilt. Als besonderes Beispiel wird gerade der Fall erwähnt, dass der Inhaber, der gegenüber dem Schuldner den Titel geltendmacht, diesen nicht nur in Kenntnis der Einreden des Schuldners gegen den früheren Inhaber erworben hat, sondern in der arglistigen Absicht, dem Schuldner die Möglichkeit zur Erhebung dieser Einreden abzuschneiden. In einem solchen Falle muss dem Schuldner in der Tat gegenüber dem neuen Inhaber eine persönliche Einrede i. S. von Art. 872 ZGB zugestanden werden, nämlich die Einrede der Arglist, die ihm ihrerseits ermöglicht, dem neuen Inhaber wegen seiner Bösgläubigkeit die Einreden aus dem Verhältnis zum früheren Inhaber entgegenzuhalten (LEEMANN, N. 16 ; WIELAND, N. 2 h zu Art. 872 ; GIERKE, Deutsches Privatrecht II S. 127 ; SCHNYDER v. WARTENSEE, Schuldbrief und Gült S. 200 ; MEYER, Schuldbrief und Gült, S. 144).

In diesem Sinne hat denn auch im revidierten OR der Gesetzgeber bei den Vorschriften über die Wertpapiere in Art. 979 Abs. 2 bestimmt, dass der Schuldner zur Erhebung der ihm gegen einen früheren Inhaber persönlich zustehenden Einreden befugt ist « wenn der Inhaber bei dem Erwerb der Urkunde bewusst zum Nachteil des