

der Erblasser selbst verwerfen würde, wenn er sich noch aussprechen könnte (DERNBURG, System des römischen Rechtes § 468 Ziff. 2). Nach einer andern Auffassung wäre allerdings das Testament als ungültig zu erklären, sobald feststeht, dass der Erblasser beim Wegfall des Irrtums « nicht so » verfügt hätte, wie er es getan. Dabei könne der Frage nicht nachgegangen werden, was er, wenn er nicht im Irrtum befangen gewesen wäre, getan hätte (Reichsgericht in Zivilsachen 59, 33 ff., besonders 40, Mitte). Dem ist jedoch für das schweizerische Recht in solcher Allgemeinheit nicht beizustimmen. Der Wille des Erblassers muss weitergehend als Richtschnur der Entscheidung dienen. Es ist darauf zu achten, ob eine Ungültigerklärung seinen Absichten gerecht würde oder ihnen zuwiderliefe. Dieser Gesichtspunkt liegt auch dem Art. 469 Abs. 2 ZGB zugrunde.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 18. März 1949 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

42. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. Oktober 1949 i. S. Gut gegen Gut.

1. *Einrede der abgeurteilten Sache* im Berufungsverfahren, wenn das früher rechtskräftige Urteil ein kantonales ist; Schranken der Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts.

Das Begehren auf gerichtliche Wahrung eines allfälligen zukünftigen Anspruchs ist nicht identisch mit diesem Anspruch selbst.

2. *Erbschaftsklage* im Gegensatz zu Erbschaftsklage. Ein früherer Teilungsprozess steht einer zweiten Teilungsklage mit Bezug auf seither zum Vorschein gekommenes Vermögen nicht entgegen.

1. *Exception de chose jugée* dans la procédure de recours en réforme dans le cas où le précédent jugement passé en force de chose jugée est un jugement cantonal; limites du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral.

La demande tendant à faire réserver par le tribunal une

éventuelle prétention future est autre chose que cette prétention elle-même.

2. *L'action en partage*, par opposition à l'action en pétition d'hérédité. Un procès en partage antérieur ne s'oppose pas à une seconde action en partage relative à des biens découverts après coup.

1. *Eccezione della cosa giudicata* nella procedura di ricorso per riforma, quando la precedente sentenza passata in giudicato è una sentenza cantonale; limiti del sindacato del Tribunale federale.

La domanda volta ad ottenere che il tribunale riservi un'eventuale futura pretesa non s'identifica con la pretesa stessa.

2. L'azione di divisione in contrapposto con la petizione d'eredità. Una causa di divisione anteriore non si oppone ad una seconda causa di divisione relativa a beni scoperti ulteriormente.

Im Jahre 1939 erhob Elise Gut gegen ihre Stiefmutter und ihren Bruder als Miterben an der väterlichen Hinterlassenschaft Erbteilungsklage, mit der sie u. a. verlangte, der Nachlassbestand sei auf Fr. 491,218.57 festzustellen und zu teilen, für Fehlendes Ersatz zu leisten und (Ziff. 15) es seien der Klägerin alle Ansprüche auf noch zu eruiendes Erbschaftsvermögen zu wahren.

Die kantonalen Gerichte stellten die Erbmasse auf Fr. 299,293.77 fest, verurteilten die Beklagten zur Herausgabe sämtlicher in ihrem Besitz befindlicher Erbschaftswerte an die Erbengemeinschaft und zum Ersatz für Fehlendes, ordneten die Teilung an und wiesen alle weitergehenden Begehren der Parteien ab. Die Berufung der Beklagten gegen dieses Urteil wies das Bundesgericht ab.

Als in der Folge neue Erbschaftswerte, nämlich Fr. 23,000.— in Obligationen, zum Vorschein kamen, leitete Elise Gut im Jahre 1948 gegen den Bruder eine neue Klage auf Teilung auch dieser Werte bzw. Ersatzleistung für nicht mehr Vorhandenes ein.

Der Beklagte erhob in erster Linie die *Einrede der abgeurteilten Sache* mit der Begründung, im frühern Teilungsprozesse sei das Begehren der Klägerin um Wahrung ihrer Teilungsansprüche auf noch zu eruiendes Erbschaftsvermögen abgewiesen worden. Ferner machte er *Verjährung* der Klage gemäss Art. 600 ZGB geltend.

Das Obergericht verwarf diese Einreden, hiess die Klage gut und verurteilte den Beklagten zur Zahlung von Fr. 11,643.65 nebst Zins.

Mit der vorliegenden Berufung an das Bundesgericht hält der Beklagte an den erwähnten Einreden fest. Hierüber zieht das Bundesgericht

in Erwägung:

2. — Im ersten Prozess hatten sich weder das Amts- noch das Obergericht zum Klagebegehren 15, « es seien der Klägerin alle Ansprüche auf noch zu erwerbendes Erbschaftsvermögen gerichtlich zu wahren », in ihren Erwägungen ausgesprochen. Formell wurde dieses Begehren jedoch von der üblichen Formel des Dispositivs umfasst, wonach mit allen weiteren Begehren die Parteien abgewiesen sind. Gegen diese Abweisung ihres Begehrens Nr. 15 durch das Amtsgericht hatte die im übrigen obsiegende Klägerin nicht an das Obergericht appelliert. Die Rechtskraft der Abweisung dieses Klagebegehrens beruht somit nicht auf bundesgerichtlichem, sondern auf kantonalem Urteil. Die *Einrede der abgeurteilten Sache* untersteht mithin nicht in ihrem ganzen Umfange dem Bundesrecht (BGE 16, 768 ; 56 II 207), sondern grundsätzlich dem kantonalen Recht, jedoch mit dem Vorbehalt, dass, falls ein bundesrechtlicher Rechtsanspruch in Frage steht und das kantonale Gericht ihn in Gutheissung der *exceptio rei iudicatae* abgewiesen hat, das Bundesgericht im Berufungsverfahren prüfen kann und muss, ob die Voraussetzung der Identität der Ansprüche und der Parteien erfüllt ist. Dahin ist der Sinn der Rechtsprechung über die Abgrenzung des Anwendungsgebietes des kantonalen und des Bundesrechts bezüglich dieser Einrede zusammenzufassen (BGE 16, 768 ; 17, 328 ; 30 II 543, 31 II 164, 56 II 206, 66 II 56, 71 II 283 ; WEISS, Berufung, S. 25 ; BIRCHMEIER, Bundesrechtspflege, S. 81). Was vom Standpunkt des Bundesrechtes aus verhindert werden muss, ist, dass eine Partei der Möglichkeit beraubt werde, einen bundesrecht-

lichen Anspruch geltend zu machen, wenn dieser — nach dem hiefür massgebenden Bundesrecht — mit einem bereits rechtskräftig beurteilten Anspruch *nicht* identisch ist und damit die wesentliche Voraussetzung und *ratio* der Regel « *ne bis in idem* » fehlt (BGE 30 II 545). Die in BGE 34 II 626 ohne nähere Begründung vertretene Auffassung, wonach das Bundesgericht die Regel « *ne bis in idem* » immer dann, sogar von Amtes wegen, anzuwenden habe, wenn der im Streite liegende Anspruch bereits Gegenstand eines rechtskräftig gewordenen kantonalen Entscheides gebildet hat, geht über den Rahmen des Interesses hinaus, das dieser Regel vom Standpunkt des Bundesrechts aus zukommt, und ist mit Recht von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht beibehalten worden. Im vorliegenden Falle, wo die Vorinstanz die Einrede der abgeurteilten Sache verworfen hat, ist somit der Berufungskläger nicht berechtigt, die Frage vor Bundesgericht wieder aufzuwerfen.

Wäre es übrigens anders, so müsste die Einrede mangels Identität der Ansprüche verworfen werden. Was von der Klägerin im früheren Prozesse im Rechtsbegehren 15 verlangt und von den Vorinstanzen abgewiesen wurde, ist eine vorsorgliche Wahrung eines allfälligen zukünftigen Teilungsanspruchs an neu zum Vorschein kommendem Erbschaftsvermögen, während sie im neuen Prozess diesen Teilungsanspruch selbst geltend macht. Das Recht hiezu hat sie ohnehin von Gesetzes wegen (Art. 604 ZGB) ; sowenig dieser gesetzliche Anspruch auf Teilung durch eine vorsorgliche Wahrung für den hypothetischen Fall verstärkt worden wäre, so wenig ist er durch die Ablehnung derselben aufgehoben bzw. die Klägerin von dessen Geltendmachung ausgeschlossen worden, nachdem nun die Voraussetzung — Auffindung neuen Erbschaftsvermögens — eingetreten ist. Beim Gegenstand der früheren Abweisung und der heutigen Gutheissung handelt es sich mithin keineswegs um « *idem* », weshalb die vorliegende Situation mit der fraglichen Einrede nichts zu tun hat.

3. — Mit Recht hat die Vorinstanz auch die Einrede der *Verjährung* gemäss Art. 600 ZGB verworfen. Es handelt sich, entgegen der Auffassung des Berufungsklägers, nicht um eine Erbschaftsklage. Solange die Erbengemeinschaft besteht, ist unter Miterben für eine Erbschaftsklage gemäss Art. 598 ff. ZGB kein Raum (BGE 69 II 366). Übrigens wäre auf Grund der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz der Beklagte als bösgläubig zu betrachten, sodass die Verjährungsfrist 30 Jahre betrüge (Art. 600 Abs. 2). Die Vorinstanz hat die Klage mit Recht als eine unverjährbare Erbteilungsklage behandelt (vgl. darüber das frühere Urteil des Bundesgerichts vom 13. März 1941, Erw. 4, und BGE 45 I 305 ; 69 II 366). Der Umstand, dass bereits früher ein Teilungsprozess stattgefunden hat, steht selbstverständlich einer zweiten Teilungsklage mit Bezug auf später zum Vorschein gekommenes, als zur Erbschaft gehörig angesprochenes Vermögen nicht entgegen. Solange Erbschaftsvermögen vorhanden ist, das noch nicht in eine Teilung einbezogen ist, besteht hinsichtlich desselben die Erbengemeinschaft weiter und kann dessen Teilung mit der Erbteilungsklage verlangt werden. Eine Realteilung der streitigen Obligationen kommt allerdings nicht mehr in Frage, da der Beklagte sie kurz nach dem Tode des Vaters (am 9. Oktober 1936) verkauft hat. An ihre Stelle ist jedoch in der Erbmasse von Rechts wegen nach dem Grundsatz der dinglichen Surrogation der erzielte Erlös von Fr. 23,287.35 getreten (BGE 52 II 199 ; 69 II 370).

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

43. Urteil der I. Zivilabteilung vom 11. Oktober 1949

i. S. Zogg gegen Zäch.

Unerlaubtes Goldgeschäft ; Rückforderung der Vorleistung.

Die Nichtigkeit des Grundgeschäftes und der Ausschluss der Rückforderung gemäss Art. 66 OR erstrecken sich nicht auf ein nachträgliches, unter besonderen Umständen abgegebenes Zahlungsversprechen.

Illicéité d'un contrat portant sur de l'or ; répétition de la prestation faite d'avance.

La nullité du contrat originaire et l'exclusion de la répétition conformément à l'art. 66 CO ne s'étendent pas à une promesse de paiement subséquente, faite dans des circonstances particulières.

Illiceità d'un contratto concernente dell'oro ; ripetizione della prestazione fatta anticipatamente.

La nullità del contratto originario e l'esclusione della ripetizione a' sensi dell'art. 66 CO non si estendono ad una promessa susseguente di pagamento fatta in circostanze particolari.

A. — Im Mai 1947 übergab Pius Zäch dem Martin Zogg hundert Goldstücke zu 20 Dollar, damit er sie über die schweizerisch-österreichische Grenze bringe und in Bregenz dem dort wohnenden Rabbiner Laufer aushändige. Zogg will Laufer nicht getroffen und in Bregenz zwanzig Goldstücke einem Walter Ganner überlassen haben, von welchem die Münzen aber nicht weitergeleitet, sondern veruntreut worden seien. Die restlichen achtzig Goldstücke brachte Zogg in die Schweiz zurück. Er verkaufte sie zum damaligen Kurs von Fr. 155.— und verwendete den Erlös von Fr. 12,400.— für sich. Deswegen wurde er vom Bezirksgericht Unterrheintal am 19. Dezember 1947 der Veruntreuung schuldig befunden und bedingt zu sechs Monaten Gefängnis verurteilt. Bereits am 8. Juli 1947 hatte Zogg schriftlich die Rückzahlung von Fr. 17,400.— nebst Zins an Zäch zugesagt. Auch im Strafprozess erklärte er sich