

temps violé de la façon la plus coupable ses devoirs envers les trois jeunes enfants qu'elle abandonnait, se mettant dans l'impossibilité de leur rendre les soins personnels auxquels une mère est tenue (CCS art. 275). C'est en vain qu'elle fait observer que, malgré son départ, ses enfants ne manquent de rien. Outre qu'on ne peut se borner à considérer leur bien-être matériel, la gravité de la faute doit se mesurer non d'après la gravité des conséquences qu'elle a eues en fait, mais d'après les sentiments qu'elle dénote chez celui qui l'a commise et, à ce point de vue, la demanderesse n'a réussi à établir aucun fait pouvant servir d'excuse à l'oubli de ses devoirs de mère. Elle a allégué, il est vrai, que par la faute de son mari la vie commune était devenue intolérable, mais elle a échoué dans cette preuve et l'instruction du procès en divorce a montré que c'est elle qui par sa conduite s'est attiré les reproches, parfois vifs, que son mari lui a adressés et qu'il ne tenait qu'à elle d'éviter en se montrant digne du pardon qu'à deux reprises il lui avait accordé. Dans les circonstances dans lesquelles il s'est produit l'abandon de ses enfants par la demanderesse doit donc être considéré comme un manquement grave; ces enfants faisant évidemment partie de la « famille » (« Angehörige ») du testateur leur grand-père, celui-ci était fondé à se prévaloir de la cause d'exhérédation énoncée au ch. 2 de l'art. 477 et il est dès lors superflu de rechercher si le ch. 1 du même article serait également applicable.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est écarté et l'arrêt attaqué est confirmé.

#### 4. Urteil der II. Zivilabteilung vom 30. März 1920 i. S. Hager gegen Fuhrer.

Oeffentliche letztwillige Verfügung. Gültigkeit der Kombination der Form nach Art. 500, 501 ZGB mit der Form nach Art. 502 ZGB in dem Sinne, dass der Notar das Testament vorliest, der Erblasser es aber trotzdem eigenhändig unterzeichnet. — Erbvertrag; rechtliche Natur. Er bedarf zu seiner Gültigkeit der Unterschrift der Kontrahenten (Art. 512, Abs. 2 ZGB); ratio dieser Vorschrift. Zulässigkeit des Unterschriftssurrogates nach Art. 15 OR. Umfang der mangels Unterschrift eines Kontrahenten eintretenden Nichtigkeit. — Konversion eines wegen Fehlens der Unterschrift eines Kontrahenten nichtigen Erbvertrages in zwei öffentliche letztwillige Verfügungen? im vorliegenden Falle nicht zulässig, weil beide Verfügungen von einander abhängig sind, das ZGB aber das korrespondierende Testament ausschliesst.

A. — Am 22. Mai 1917 verurkundete Notar Bütikofer einen Erbvertrag der Ehegatten Hager, laut welchem 1. der Ehemann seine Ehefrau als Erben und die heutigen Beklagten, Ehegatten Fuhrer, als Nacherben, 2. die Ehefrau Hager ihren Ehemann als Erben und die gleichen Ehegatten Fuhrer als Nacherben einsetzte. Der Notar beurkundet, dass die Urkunde getreu nach den Angaben der Parteien verfasst wurde, dass der Kontrahent Hager erklärte, nicht schreiben zu können, weshalb er den Kontrahenten die Urkunde vor zwei zugezogenen Zeugen vorgelesen habe; und die Kontrahenten erklären, die Urkunde enthalte den zwischen ihnen abgeschlossenen Erbvertrag. Hierauf habe die Kontrahentin Marie Hager ihre Unterschrift in Gegenwart der Zeugen und des Notars beigesetzt. Die Zeugen bestätigen sodann, dass der Notar den Kontrahenten die Urkunde in ihrer Gegenwart vorgelesen habe, worauf die Kontrahenten in Gegenwart des Notars erklärten, die Urkunde enthalte den zwischen ihnen abgeschlossenen Erbvertrag; ferner, dass die Kontrahentin Frau Hager ihre Unterschrift in ihrer Gegen-

wart beisetzte und dass die Kontrahenten sich im Zustande der Verfügungsfähigkeit befanden.

Der Ehemann Hager starb am 27. September 1917 und die Ehefrau Hager am 20. September 1918. Mit der vorliegenden Klage verlangen die Kläger als gesetzliche Erben der Eheleute Hager gegenüber den Beklagten, Eheleute Fuhrer, die sich im Besitze der Erbschaft Hager befinden, der Erbvertrag sei ungültig zu erklären und die Beklagten seien zu verurteilen, den Nachlass an die gesetzlichen Erben herauszugeben. Die Beklagten beantragen Abweisung der Klage, eventuell sei zu erkennen, dass die Kläger nur die Herausgabe des auf sie entfallenden Teiles des Nachlasses verlangen können, der Erbvertrag aber den übrigen gesetzlichen Erben gegenüber als unangefochten weiter bestehe.

B. — Mit Urteil vom 19. Dezember 1919 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage im Sinne der Motive abgewiesen. Er hat den Erbvertrag wegen des Fehlens der Unterschrift des einen Kontrahenten als ungültig erklärt, dagegen in der streitigen Urkunde zwei gültige, von einander unabhängige Testamente als gegeben erachtet.

C. — Mit der Berufung beantragen die Kläger, es sei das Rechtsbegehren der Klage zuzusprechen, auf das Eventualbegehren der Antwort sei nicht einzutreten, eventuell sei es abzuweisen.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die von den Beklagten erhobene Verjährungseinrede ist mit der Vorinstanz zu verwerfen. Es ist von der Vorinstanz tatsächlich festgestellt worden, dass die Kläger oder ihr Vertreter Notar Germann den streitigen Erbvertrag nicht vor dem 21. September 1918 gesehen haben. Die einjährige Verjährungsfrist des Art. 521 begann daher erst mit diesem Zeitpunkt. Sie wurde unterbrochen am 23. Mai 1919 durch den Aussöhnungsversuch (Art. 7 ZGB und Art. 135 OR)

und begann von da an von neuem, sodass die Klage vom 29. Oktober 1919 rechtzeitig erfolgte. Nicht einzutreten ist sodann auf die Anfechtung des Erbvertrages wegen Willensmangels, nachdem die Vorinstanz sie wegen ungenügender Substanziierung, also aus Gründen des kantonalen Prozessrechtes, verworfen hat.

2. — Die Kläger fechten den Erbvertrag zunächst deshalb an, weil die Kontrahentin Marie Hager, die den Erbvertrag unterzeichnete, die vom Notar verfasste Urkunde nicht selbst gelesen hat, woraus sie folgern, dass auch die nach Art. 512 Abs. 1 ZGB notwendige Form der letztwilligen Verfügung nicht gewahrt sei. Allein diese Anfechtung ist nicht begründet. Das eigene Lesen durch den Verfügenden ist nur notwendig, wenn es sich um die in Art. 500 und 501 ZGB umschriebene Form letztwilliger Verfügung handelt, während bei der Form des Art. 502 die Urkunde, wie hier geschehen, vom Beamten vorzulesen ist. Die besondere Form des Art. 502 kann aber auch für den Fall zur Anwendung kommen, wo der Verfügende zwar die Urkunde unterzeichnet aber sie nicht liest, so gut wie da, wo er sie liest, aber nicht unterzeichnet oder wo er beides unterlässt (TUOR, Kommentar, Note 4 zu Art. 502). Das Gesetz lässt dem Verfügenden die freie Wahl zwischen den verschiedenen möglichen Formen; es verlangt nicht, dass die besondere Form des Art. 502 nur dann zur Anwendung komme, wenn der Verfügende am Lesen oder Schreiben gehindert sei. Die Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung ist daher im vorliegenden Fall gewahrt, obschon die am Lesen nicht gehinderte Kontrahentin die Urkunde nicht selbst gelesen hat.

3. — Die Anfechtung des Erbvertrages stützt sich in zweiter Linie auf den Mangel der Unterschrift des einen Kontrahenten. Art. 512 ZGB verlangt für den Erbvertrag neben der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung, für die im Falle des Art. 502 die Unterschrift des Verfügenden nicht erforderlich ist, die

Unterschrift der Vertragsschliessenden. Diese Vorschrift ist in ihrem Wortlaut so unzweideutig, dass es sich erübrigt, zu untersuchen, ob sich nach der *ratio legis* die Unterschrift des einen der Kontrahenten nicht als entbehrlich erweise. Sie schliesst eine Deutung, wie sie die Beklagten auf Grund einer gutachtlichen Aeussderung von Prof. E. Huber versuchten, wonach nur die Unterschrift des Vertragsgegners, nicht aber diejenige des über seinen Nachlass Verfügenden notwendig sei, aus, abgesehen davon dass im vorliegenden Falle ein gegenseitiger Erbvertrag vorliegt, bei welchem jeder der Kontrahenten zugleich Verfügender und Vertragsgegner ist. Es spricht aber auch die *ratio legis* durchaus nicht für die Entbehrlichkeit der Unterschrift des über seinen Nachlass verfügenden Kontrahenten. Das Gesetz verlangt die Unterschrift des über seinen Nachlass verfügenden Kontrahenten offenbar wegen der vertraglichen Bindung, welche mit dem Erbvertrag verbunden ist. Während beim öffentlichen Testament der Verfügende unter Umständen nicht zu unterschreiben braucht (Art. 502), verpflichtet er sich beim Erbvertrag, seine Verfügung nicht zu widerrufen, und diese vertragliche Bindung erfordert die Unterschrift als Form des schriftlichen Vertrages neben der Form der letztwilligen Verfügung, wie sie nach Art. 512 Abs. 1 ebenfalls erfüllt sein muss. Diese Kombination von Form der letztwilligen Verfügung mit der Form des Vertrages ist gewählt, weil der Erbvertrag sowohl eine Verfügung von Todeswegen als auch einen vertraglichen Widerrufsverzicht enthält. Der vorliegende Erbvertrag, der die Unterschrift des verfügenden Ehemannes Hager nicht enthält, kann daher nicht schon unter Berufung darauf gültig erklärt werden, dass er den Erfordernissen der letztwilligen Verfügung nach Art. 502 entspricht.

Wenn nun aber die Unterschrift der Erbvertragskontrahenten neben der Form der öffentlichen letzt-

willigen Verfügung wegen der Vertragsnatur des Erbvertrages verlangt wird, so rechtfertigt es sich auch da, wo der Kontrahent nicht unterschreiben kann, die im Vertragsrechte in Art. 15 OR vorgesehene Ersetzung der Unterschrift durch öffentliche Beurkundung zuzulassen. Die allgemeinen Bestimmungen des OR über die Entstehung der Verträge finden nach Art. 7 ZGB zwar nur Anwendung auf erbrechtliche Verträge, soweit nicht das Erbrecht besondere Bestimmungen vorsieht. Allein Art. 512 ZGB sieht für den Erbvertrag nur insofern eine besondere Form vor, als er zunächst diejenige der öffentlichen letztwilligen Verfügung anwendbar erklärt. Soweit er jedoch daneben auch noch die Unterschrift der Kontrahenten verlangt, besteht kein Grund, für diese lediglich mit Rücksicht auf die vertragliche Bindung vorgesehene weitere Form nicht auch die für andere Verträge vorgesehenen Ersatzform für die Unterschrift zuzulassen, wenn die Voraussetzung des Art. 15 OR für diesen Ersatz gegeben ist, und dieser Ersatz der Unterschrift vor dem Urkundsbeamten und den Zeugen erfolgt. Die besondere Solennität, die wegen der Wichtigkeit und Gefährlichkeit des Aktes gewahrt werden soll, sowie die Sicherheit der Uebereinstimmung von Wille und Beurkundung ist bei Beobachtung dieser Verbindung von Testamentsform mit Unterschriftersatz gerade so gut gewahrt, wie bei der eigenhändigen Unterschrift. Namentlich aber wird damit vermieden, den Analphabeten und den nicht mehr des Schreibens Fähigen die Anwendung des Erbvertrages überhaupt zu verunmöglichen. Der Ausschluss des nach Art. 15 OR gestatteten Unterschriftersatzes beim Erbvertrage müsste konsequenterweise auch beim Ehevertrage, bei welchem das Spezialrecht (Art. 181 ZGB) auch die Unterschrift der Kontrahenten verlangt, zur Anwendung kommen und würde auch hier den Schreibunfähigen den Abschluss des Ehevertrages verunmöglichen. Wenn auch zuzugeben ist, dass gewisse allgemeine Bestimmun-

gen des OR, wie diejenigen über die Stellvertretung beim Abschluss, nicht auf die Eheverträge und auf die Erbverträge zutreffen, wo sie der besonderen Natur dieser Verträge nach ausgeschlossen erscheinen, so steht doch der Anwendung des Unterschriftersatzes nach OR Art. 15 eine derartige Besonderheit des Erbvertrages nicht entgegen, sofern daneben noch die weiteren Formerfordernisse des Art. 512 gewahrt sind.

Nun setzt aber die Anwendung von Art. 15 OR voraus, dass eine objektive Unmöglichkeit der Unterzeichnung bestehe; die blosser Erklärung des Kontrahenten, er könne nicht unterzeichnen, genügt hier nicht. Die Kläger haben aber bestritten, dass eine solche Unmöglichkeit bestehe und zum Beweise stellt, dass der Ehemann Hager auch nach dem Abschluss des Erbvertrages noch andere Urkunden unterzeichnete. Dieser Beweis ist abzunehmen und die Sache hiezu an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ergibt sich dabei, dass eine Unfähigkeit der Unterzeichnung nicht bestand, so führt dies zur Ungültigkeit des ganzen zweiseitigen Erbvertrages. Der Auffassung der Vorinstanz, wonach die vertragsmässige Verfügung des einen Kontrahenten auch bei Ungültigkeit der Verfügung des andern aufrecht bliebe, kann nicht beigetreten werden. Wenn auch der vorliegende gegenseitige Erbvertrag nicht ausdrücklich vorsieht, dass die beidseitigen Verfügungen von einander abhängig sind, so ist dies doch, wie bei zweiseitigen Verträgen überhaupt (vergl. OR Art. 82), als im Zweifel gewollt anzunehmen, wo die beidseitigen Verfügungen jeweilen zu Gunsten des andern Kontrahenten getroffen werden. Der Zweck der erbvertraglichen Zuwendung des ganzen Nachlasses des einen Ehegatten an den andern bringt es schon mit sich, dass, wenn die eine Zuwendung dahinfällt, auch die andere gewöhnlich nicht mehr dem Willen des Verfügenden entsprechen wird, wenn nicht ein gegenteiliger Wille erwiesen werden kann (so auch das Deutsche BGB § 2298).

4. — Die Rückweisung an die Vorinstanz wäre nun aber unnötig, wenn die Verfügungen der Parteien, auch wenn sich der Erbvertrag als solcher als ungültig erweisen sollte, doch als zwei Testamente aufrecht zu erhalten wären, wie dies die Vorinstanz angenommen hat. Die Aufrechterhaltung des nichtigen Erbvertrages als zwei Testamente wäre nur möglich, wenn anzunehmen wäre, dass die Parteien das Rechtsgeschäft auch bei Kenntnis seiner Nichtigkeit als Erbvertrag doch als Testament gewollt hätten (vgl. Deutsches BGB § 140). Da der inhaltliche Unterschied zwischen dem Testament und dem Erbvertrag in der Möglichkeit des freien Widerrufs liegt, fragt es sich, ob anzunehmen sei, dass die Parteien auf eine beidseitige Bindung an ihre Verfügung kein Gewicht legten und deshalb ihre Verfügungen auch für den Fall aufrecht erhalten wollten, dass eine solche Bindung nicht bestehen sollte. Dabei hat derjenige, der aus der Aufrechterhaltung des nichtigen Geschäftes als eines andern Rechte herleitet, diesen andern Willen der Kontrahenten nachzuweisen. Nun fehlt es aber an jedem Beweise für einen solchen Willen der Kontrahenten. Die Vorinstanz hat angenommen, für einen Erbvertrag spreche im vorliegenden Falle überhaupt nur die Ueberschrift der streitigen Urkunde, der Kontext aber enthalte keine bindende Verpflichtung der Parteien. Allein die beidseitige vertragliche Bindung bzw. die Unzulässigkeit des freien Widerrufs der erbvertraglichen Verfügung ist eine schon vom Gesetz (Art. 513) ausgesprochene Folge des Erbvertrages und braucht hier so wenig ausdrücklich vereinbart zu werden wie bei sonstigen Verträgen die gegenseitige Bindung an die im Verträge festgesetzten Leistungen des einen an den andern. Die Parteien haben nicht nur durch die Ueberschrift, sondern auch durch den ganzen Kontext, in dem sie überall als Kontrahenten eines Erbvertrages auftreten, ihren Bindungswillen genügend zum Ausdruck gebracht. Es ist auch nicht zulässig den Erbvertrag hinsichtlich seiner Gültig-

keitserfordernisse zu zerlegen, in eine Verfügung von Todes wegen und einen vertraglichen Widerrufsverzicht und die erstere aufrecht zu erhalten und nur den letzteren wegen Mangels der Unterzeichnung durch den Kontrahenten nichtig zu erklären; der Erbvertrag ist vielmehr ein einheitliches Rechtsgeschäft. (STAUDINGER, Komm. Bd. V S. 679 und dort. Cit.) Dass die Kontrahenten auf die gegenseitige Bindung an ihre Verfügungen kein Gewicht legten und gleich verfügt hätten, auch wenn der eine seine Verfügung frei hätte widerrufen können, ist durch den Zweck der beidseitigen Verfügungen, die in der sichern Erhaltung des beidseitigen Vermögens für den Ueberlebenden lag, ausgeschlossen. Der eine hätte sich jedenfalls in seinen berechtigten Erwartungen getäuscht sehen müssen, wenn der andere seine Verfügung widerrufen hätte, während doch diesem nur im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der Gegenzuwendung eine Zuwendung gemacht war. Wenn deshalb überhaupt eine Aufrechterhaltung des Erbvertrages als zwei Testamente in Frage kommen könnte, so wäre dies nur möglich als zwei korrespondierende, von einander abhängige Testamente. Nun schliesst aber unser Recht die korrespondierenden Testamente dadurch aus, dass es bei allen Testamenten die freie Widerruflichkeit vorsieht (Art. 509) und nicht dafür Vorsorge trifft, dass beim Widerruf des einen Testamentes auch das von ihm abhängige andere Testament dahinfällt. Das im Vorentwurf von 1900 vorgesehene korrespondierende Testament (Art. 513 und 514) ist schon in den Beratungen der Expertenkommission (Prot. I 578 ff.) gestrichen worden, einerseits wegen seiner bedenklichen Einschränkung des Widerrufs, andererseits weil der Erbvertrag es entbehrlich erscheinen liess. Die Vorinstanz hat zu Unrecht jede Abhängigkeit der beidseitigen Verfügungen von einander verneint und zwei rein äusserlich auf der gleichen Urkunde vereinigte selbständige Testamente angenommen. Abgesehen davon, dass schon

die äusserliche Zusammenfassung der Verfügungen zweier Personen in einen zusammenhängenden und gemeinsam unterzeichneten Kontext für die Abhängigkeit der beiden Verfügungen angeführt werden kann (BAUDRY-LACANTINERIE, Donations II. Nr. 1852 ff.), trifft diese Abhängigkeit im Zweifel jedenfalls zu bei gemeinschaftlichen Verfügungen zweier Ehegatten, die sich gegenseitig bedenken (vgl. Deutsches BGB § 2270 Abs. 2).

5. — Auf den Eventualstandpunkt der Beklagten, wonach den Klägern nur derjenige Teil des Nachlasses zuzusprechen sei, der auf die Kläger entfallen würde, braucht zur Zeit nicht eingetreten zu werden, solange nicht darüber entschieden ist, ob der Erbvertrag ungültig sei. Soweit die Beklagten zu erkennen verlangen, dass der Erbvertrag den nicht klagenden Erben gegenüber als unangefochten weiter in Kraft bestehe, kann auf das Begehren so wie so nicht eingetreten werden, weil es nur im Verfahren gegen diese andern gesetzlichen Erben behandelt werden könnte.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheissen, dass das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 19. Dezember 1919 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.