

liche Güterstand, der Güterstand des Ehevertrages und das Sondergut behandelt werden. Die Gütertrennung kann nicht schlechthin als ausserordentlicher Güterstand bezeichnet werden. Soweit sie durch Vertrag begründet wurde, ist sie ein vertraglicher Güterstand, der in Art. 179 ZGB dem ausserordentlichen Güterstand des Art. 182 ZGB gegenübergestellt wird. Ausserordentlicher Güterstand ist die Gütertrennung nur dort, wo sie für ausserordentliche, besonders vorgesehene Verhältnisse durch das Gesetz vorgeschrieben wird, sei es dass sie von Gesetzes wegen oder auf einseitiges Begehren eines der Ehegatten oder eines zu Verlust gekommenen Gläubigers eintritt. Mit dem Hinweis des Art. 9 SchlT auf den « ausserordentlichen Güterstand » des ZGB ist daher die Gütertrennung gemeint, die das Gesetz selbst in den Art. 182 bis 187 vorschreibt, nicht aber jene, die bei seinem Inkrafttreten schon bestand. Diese wird von Art. 9 SchlT nicht berührt. Der Umstand, dass die Parteien im Dezember 1911 die Erklärung abgegeben haben, auch unter dem neuen Recht nach aussen und innen dem altbernischen Güterrecht unterstehen zu wollen, wäre ohne Bedeutung, wenn das ZGB in Art. 9 SchlT die güterrechtlichen Bestimmungen des neuen Rechts auf diese Ehe für anwendbar erklärte. (Ebenso: MUTZNER, Note 45 zu Art. 9 SchlT; MARTIN, Das intertemporale Güterrecht, S. 104 und 105; anders GIESKER-ZELLER, Das intertemporale Güterrecht, S. 80 f.).

#### 70. Urteil der II. Zivilabteilung vom 10. November 1927

##### i. S. Gerber und Kons. gegen Gerber und Kons.

Bernisches EG zum ZGB Art. 151 Ziff. 2, 148 Ziff. 5, 153 Abs. 3; ZGB Art. 619, Schlusstitel Art. 9 Abs. 1 und 2: Werden bei der Teilung zwischen der sich wiederverheiratenden « altbernischen Witwe » und den Kindern Grundstücke einem Kinde zum Ertragswert überlassen, so besteht der Gewinnanteilsanspruch der Geschwister im Sinne des Art. 619 ZGB kraft kantonalen Rechtes und kann er daher nicht zum Gegenstand einer Berufung an das Bundesgericht gemacht werden.

A. — Die Kläger sind Nachkommen des am 11. Oktober 1916 verstorbenen Johann Gerber in Lyssach, der seinerzeit gemeinsam mit seiner Ehefrau eine Erklärung über die Beibehaltung des bisherigen Güterstandes eingereicht hatte, welcher zufolge der Nachlass nun an seine Witwe fiel unter Vorbehalt des Teilungsrechtes der Kinder im Falle der Wiederverheiratung (Art. 150, 151 Ziff. 2 und 148 Ziff. 5 des bernischen EG zum ZGB). Als dieser Fall eintrat, verkaufte die gewesene Witwe Gerber am 6. Juli 1918 den zum Nachlass gehörenden Bauernhof um die von der Gült-schatzungskommission der Gemeinde Lyssach festgesetzte Schätzungssumme von 142,450 Fr. an die zwei gemeinsamen Söhne Johann und Arthur als Miteigentum zu gleichen Teilen mit folgender Klausel: « Zwischen der hierseitigen Abtreterin und deren Kindern I. Ehe ist heute im Sinne von Art. 148 Ziff. 5 EG zum ZGB ein Teilungsvertrag über den Nachlass des Vaters Johann Gerber abgeschlossen worden. Die Miterben und hierseitigen Übernehmer Johann und Arthur Gerber haben die Liegenschaften unter dem Verkehrswert erhalten. Die Liegenschaftsübernehmer räumen nun für den Fall des Weiterverkaufes des Heimwesens oder Teilen desselben ihren heutigen Miterben im Sinne von Art. 619 ZGB das Recht ein, einen verhältnismässigen Anteil am Gewinn zu beanspruchen. Dieses Recht ist im Grundbuch vorzumerken, wozu die Käufer hiermit ihre Einwilligung erteilen. » Hierauf nimmt der gleichen Tages abgeschlossene Teilungsvertrag wie folgt Bezug: « Die Liegenschaften wurden gemäss Vereinbarung unter den Erben den Söhnen Herren Johann und Arthur Gerber zugewiesen. Der Übernahmepreis wurde unter Berücksichtigung des Ertragswertes im Sinne von Art. 617 ZGB durch die Gült-schatzungskommission auf 142,450 Fr. festgesetzt. » — Im Jahre 1922 starb Johann Gerber. Die Beklagten sind seine Erben. Sie verkauften seinen Anteil am Bauernhof um 90,000 Fr. an Arthur Gerber. Infolge-

dessen machen die Kläger mit der vorliegenden Klage ihren Gewinnanteilsanspruch von je 3755 Fr., eventuell 3129 Fr. 15, eventuell 2679 Fr. 30 gegenüber den Beklagten geltend.

B. — Durch Urteil vom 14. Juli 1927 hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage teilweise zugesprochen.

C. — Gegen dieses Urteil haben die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

Die Vermögensteilung mit den Kindern, zu welcher sich die Witwe im Falle der Wiederverheiratung nach Art. 151 Ziff. 2 und 148 Ziff. 5 des bernischen EG zum ZGB herbeilassen muss, ist nicht eine bis dahin verschobene Teilung der Erbschaft des Vaters, auf welche die Vorschriften des ZGB über die Teilung der Erbschaft, Art. 602 bis 640, Anwendung finden würden. Denn einerseits umfasst diese Teilung nicht nur das Vermögen des Vaters, sondern das « eheliche Vermögen », und andererseits kann nur die Witwe und können nicht auch die Kinder nach dem intertemporalen Ehegüterrecht des alten Kantonsteiles von Bern als Erben ihres Vaters bezüglich des ehelichen Vermögens angesehen werden, wie sich besonders in der Frage der Schuldenhaftung zeigt, die ausschliesslich die Witwe trifft, und zwar auch nach der Vermögensteilung mit den Kindern (Zeitschrift des bernischen Juristenvereines 52 S. 186 und 43 S. 564 in Verbindung mit 56 S. 591 am Schlusse; BGE 46 S. 330 f.). Vielmehr wird diese Vermögensteilung ausschliesslich vom kantonalen Rechte beherrscht, und insofern nach Art. 153 Abs. 3 des bernischen EG zum ZGB « für den Erbgang die Bestimmungen des neuen Rechtes sinngemässe Anwendung finden unter Vorbehalt der Bestimmungen der Art. 72, 148 und 149 EG », so können jene bei einer solchen Vermögensteilung nur als ergänzendes kantonales Recht Geltung beanspruchen,

was die Nachprüfung ihrer Anwendung durch das Bundesgericht im Berufungsverfahren ausschliesst.

Der Gewinnanteilsanspruch, welchen die Kläger mit der vorliegenden Klage geltend machen, wurde nicht etwa erst durch den Liegenschafts Kaufvertrag vom 6. Juli 1918 begründet, sondern stand ihnen unabhängig von der bezüglichen Klausel jenes Vertrages schon von Gesetzes wegen zu, und zwar nach den Vorschriften des kantonalen intertemporalen Ehegüterrechtes über die Vermögensteilung zwischen der sich wieder verheiratenden Witwe und den Kindern, zu welchen nach der für das Bundesgericht verbindlichen Auslegung des Art. 153 Abs. 3 EG durch die Vorinstanz auch Art. 619 ZGB seinem Inhalte nach zu rechnen ist. Die Aufnahme dieses Anspruches in den Kaufvertrag lässt sich aus dem Bedürfnis nach möglichst vollständiger Verurkundung des gegenseitigen Rechtsverhältnisses und namentlich nach Schaffung eines für die Vormerkung im Grundbuch vermeintlich erforderlichen besonderen Ausweises erklären (Art. 965 ZGB); sie hat nicht zur Folge, dass der kraft kantonalen Rechtes bestehende Gewinnanteilsanspruch nunmehr als aus einem vom Bundesrecht beherrschten Grundstückkaufvertrag fliessend anzusehen wäre (vgl. hiezu BGE 52 II S. 131 f.), ganz abgesehen davon, dass kein innerer Grund dafür ersichtlich ist, dass dieser Anspruch gerade im Kaufvertrag und nicht, wie es richtiger gewesen wäre, im Teilungsvertrag beurkundet wurde, der seinerseits ausschliesslich unter dem kantonalen Rechte steht. Daher ist die Klage in Anwendung von kantonalem Recht zu beurteilen. Da die Vorinstanz dies getan, insbesondere den Art. 619 ZGB als ergänzendes kantonales Recht zur Anwendung gebracht hat, erweist sich die Berufung als unzulässig (Art. 56 OG).

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Auf die Berufung wird nicht eingetreten.