

4. — En l'espèce, la demande est donc recevable, et toute la question du montant des aliments dus se ramène à une question de preuve ; le premier point à fixer est, par conséquent, celui de la répartition de l'*onus probandi*.

Le demandeur qui invoque les art. 328 sq. CCS doit tout d'abord établir qu'à défaut d'aliments, il tomberait dans le besoin. En l'espèce, ce fait peut être considéré comme constant.

Si le demandeur réclame du défendeur une contribution plus forte que celle qui résulterait d'un partage égal entre les coobligés, il doit encore prouver qu'il ne peut obtenir des autres leur contribution normale. L'affaire doit être renvoyée à la Cour cantonale pour qu'elle fasse administrer les preuves offertes sur ce point...

5. — Les juges cantonaux ont débouté la demanderesse pour un autre motif encore, à savoir parce qu'elle n'a pas établi dans quelle situation matérielle se trouve actuellement le défendeur. Cette manière de voir implique un renversement du fardeau de la preuve, incompatible avec l'art. 8 CCS.

Dans le système du Code civil suisse, les ascendants et les descendants sont tenus *en principe* de fournir des aliments à leurs descendants ou ascendants dans le besoin. Au contraire des frères et sœurs (qui ne peuvent être recherchés que s'ils vivent dans l'aisance, art. 329 al. 2), la loi ne subordonne pas expressément leurs obligations à une capacité de paiement effective. Sans doute — comme on l'a vu plus haut, et comme le bon sens même l'indique — ils peuvent opposer à la demande du créancier leur propre indigence. Mais, ce faisant, ils soulèvent une exception et, en vertu des principes généraux, c'est à eux à alléguer et à prouver les faits sur lesquels ils la fondent.

En l'espèce, ce serait donc à Kurt Pichler à prouver qu'il est dans l'incapacité matérielle de verser à sa mère tout ou partie des aliments qu'elle lui réclame.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est admis. Le jugement attaqué est annulé, et l'affaire est renvoyée aux juges cantonaux pour nouveau jugement dans le sens des motifs ci-dessus.

II. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

42. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. Juni 1934
i. S. Schwarz gegen Wwe Schwarz-Blocherer und Genossen,
sowie Gassmann.

Erbvertrag (Erbverzicht). Art. 499 ff., 512 ZGB.
Entsprechend den Vorschriften über das öffentliche Testament ist beim Erbvertrag eine ausdrückliche an die Urkundszeugen gerichtete Rekognitions-erklärung der Parteien erforderlich.
Belanglos ist, ob diese Erklärung vor oder nach der Unterzeichnung des Vertrages abgegeben wird.

A. — Der am 12. Januar 1931 verstorbene Fridolin Schwarz, der seine zweite Ehefrau, einen Sohn aus erster Ehe sowie zwei Söhne aus der zweiten Ehe hinterlässt, hatte am 18. Januar 1929 mit dem Sohn aus erster Ehe, Fritz Schwarz, auf dem Notariat Aussersihl in Zürich vor Notar Gassmann folgenden « Erbverzichtsvertrag » abgeschlossen :

« Vor mir dem unterzeichneten öffentlichen Notar des Kreises Aussersihl-Zürich ... sind heute erschienen die mir persönlich bekannten ... (folgen die Namen der Vertragsparteien) und erklärten, sie wünschen die Beurkundung des nachstehenden Erbverzichtsvertrages.

Erbverzichtsvertrag.

1. Fritz Schwarz, Sohn, wohnhaft in Thalwil verzichtet hiemit für sich und seine Nachkommen auf alle

erbrechtlichen Ansprüche am Nachlasse seines Vaters Friedolin Schwarz, Dienerstrasse 58 in Zürich.

2. Als Auskaufsumme für diesen Erbverzicht erhält der Verzichtende von seinem Vater eine einmalige Entschädigung von 13,000 Fr. Dreizehntausend Franken und erklärt dieselben bar erhalten zu haben.

3. Wenn demnach Friedolin Schwarz stirbt, so fällt Fritz Schwarz als Erbe weg und geht der Nachlass an die übrigen gesetzlichen Erben über.

4. Auf die amtliche Eröffnung des Vertrages wird verzichtet.

Zürich, den 18. Januar 1929.

L. S. (Folgen die Unterschriften der Vertragsparteien und des Notars.)

Erklärung der Zeugen :

Wir die unterzeichneten erbetenen Zeugen :

1. Alfred Kunz ... Stadtpolizist ...

2. Hermann Müller ... Polizeimann ...

bestätigen hiemit gemäss Art. 501 und 502 des Zivilgesetzbuches, dass Friedolin Schwarz und sein Sohn Fritz Schwarz vor uns in Gegenwart des Urkundsbeamten H. Gassmann, Notar, die Erklärung abgegeben, sie haben die vorliegende unmittelbar vorher aufgesetzte Urkunde gelesen und sie enthalte ihre übereinstimmende Willensmeinung.

Ferner bestätigen wir, dass die genannten vertragschliessenden Personen die Urkunde vor uns und dem Urkundsbeamten unterzeichnet und sich nach unserer Wahrnehmung dabei im Zustande der Verfügungsfähigkeit befunden haben.

(Folgen die Unterschriften der Zeugen.) »

Diesen Vertrag ficht Fritz Schwarz mit der am 4. März 1931 gegen die Stiefmutter und die beiden Halbbrüder eingeleiteten Klage als ungültig an : der Vertrag sei simuliert, eventuell wegen Willensmängeln für ihn nicht verbindlich. Später machte der Kläger überdies geltend,

der Vertrag leide an Formmängeln. Der Vater habe ihm die Ausrichtung der 13,000 Fr. nicht als Erbaufkaufsumme, sondern lediglich als Vorschuss für die Übernahme eines Coiffeurgeschäftes zugesichert und ihn dann auch zur Verschreibung auf das Notariat bestellt, ohne dass von einem Erbverzicht die Rede gewesen wäre. Dort habe nun der Notar ein bereits fertig vorliegendes Schriftstück, den Erbverzichtsvertrag, verlesen, sich im übrigen darauf beschränkt, den Parteien zu zeigen, wo sie zu unterschreiben hätten, und, während sie unterschrieben, sich weggewendet und in der Kanzlei andere Geschäfte besorgt. Sodann hätten die Parteien weder dem Notar noch den Zeugen erklärt, sie hätten die Urkunde gelesen und sie enthalte ihren Willen. Den Vorschriften von Art. 512 ZGB sei somit in verschiedener Hinsicht nicht nachgelebt worden. Den Einwand der Simulation, welcher sich auf die anlässlich der Verschreibung zwischen Vater und Sohn (angeblich) geführte Unterredung stützte, liess der Kläger in der Folge fallen. Dagegen hielt er an der Täuschungs- und der Irrtumseinrede fest. Der Vater habe ihn mit der Erklärung, es handle sich um eine blosser Formalität, über seine wahre Absicht getäuscht, die dann namentlich in dem schon einen Monat später errichteten Testament, in dem er den Kläger nicht bedacht hat, zum Ausdruck genommen sei. Jedenfalls aber liege Irrtum vor : « Es muss ohne weiteres angenommen werden, dass niemand auf sein Erbrecht verzichten würde, wenn er wüsste, dass er dies durch Unterzeichnung eines solchen Vertrages machte. » Der Kläger sei überrumpelt und zur Unterzeichnung eines Vertrages und damit zur Abgabe einer Erklärung veranlasst worden, die er « bewusst » nie abgegeben hätte.

Die Beklagten sowie Notar Gassmann, dem sie den Streit verkündet hatten und der neben ihnen zur Abwehr der Klage dem Streit beigetreten war, beantragten Abweisung der Klage.

B. — Die Ungültigkeitsklage wurde vom Bezirksgericht

Zürich aus dem Gesichtspunkte der Formwidrigkeit des Erbverzichtsvertrages geschützt, vom Obergericht dagegen, das sowohl die Beanstandung der Vertragsform wie auch die auf Willensmängel gegründete Anfechtung als unbegründet erachtete, am 27. März 1934 abgewiesen.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheissung der Ungültigkeitsklage.

Die Beklagten und der Litisdennunziat beantragen Bestätigung des obergerichtlichen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Art. 512 ZGB bestimmt :

« Der Erbvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung.

Die Vertragschliessenden haben gleichzeitig dem Beamten ihren Willen zu erklären und die Urkunde vor ihm und den zwei Zeugen zu unterschreiben. »

Wie das Bundesgericht bereits ausgesprochen hat, wird der in Abs. 1 enthaltene Hinweis auf die Vorschriften betreffend die Errichtung öffentlicher Testamente (speziell Art. 500 und 501) durch Abs. 2 in keiner Weise eingeschränkt. Insbesondere will das Gesetz die Vertragsschliessenden nicht von der nach Art. 501 beim Testament erforderlichen Erklärung gegenüber den Zeugen entbinden und es bei der Willensmitteilung an den Notar genügen lassen. Vielmehr stellt Art. 512 in Abs. 2 weitere Erfordernisse auf, die zu denen des Art. 501 hinzuzutreten haben. Wenn dabei von der Erklärung des Willens an den Beamten die Rede ist, so liegt der Nachdruck auf dem Worte « gleichzeitig »; damit ist zunächst gesagt, dass — entsprechend der vertraglichen Natur des Geschäftes — im Unterscheid zum Testament nicht nur der Erblasser, sondern beide Parteien dem Notar ihren Willen zu erklären haben, und ferner, dass dies in unmittelbarer Folge zu geschehen habe, das Erfordernis der Einheit des Aktes sich also auch auf diese Willensmitteilung

beziehe (BGE 48 II S. 67). Daraus kann aber nicht etwa geschlossen werden, ein Erbvertrag sei ungültig, wenn der Notar schon vorher, gegebenenfalls nur durch die eine Vertragspartei, über den gewünschten Inhalt des zu verurkundenden Vertrages unterrichtet worden ist, mag ihm jene Partei auch einen Vertragsentwurf als Vorlage unterbreitet haben. Art. 512 verlangt nur, dass dann jedenfalls bei der Verurkundung beide Parteien anwesend seien und dem Notar ihren übereinstimmenden Willen äussern. Der Notar hat sich also bei der Verurkundung in allen Fällen darüber zu vergewissern, dass die Parteien über den Abschluss des Vertrages und den Inhalt der einzelnen Bestimmungen einig sind.

Dass es hiefür einer förmlichen, ausdrücklichen Erklärung an den Urkundsbeamten bedürfe, ist der Vorschrift von Art. 512 Abs. 2 nicht zu entnehmen. Es handelt sich um nichts anderes als die Willensmitteilung im Sinne von Art. 500, mit der erwähnten Besonderheit, dass beim Erbvertrag die Willenseinigung zweier (oder mehrerer) Parteien vorliegen muss. Naturgemäss wird sich zunächst die eine oder andere Partei über den gewünschten Vertragsinhalt wenigstens dem Grundsatz nach auszusprechen haben, worauf dann das Nähere durch Besprechung mit dem Urkundsbeamten festgelegt werden mag. Es ist aber für die in Frage stehende Willenserklärung oder -mitteilung nicht erforderlich, dass die Beteiligten den fertigen, allenfalls bereinigten Vertragstext hersagen (ablesen) oder überhaupt ihr Einverständnis damit ausdrücklich, etwa durch Bejahung einer bezüglichen Frage des Urkundsbeamten, erklären; vielmehr ist lediglich eine eindeutige Bekundung des übereinstimmenden Willens notwendig, wie sie auch durch beredtes Stillschweigen erfolgen kann und in der Regel in der vorbehaltlosen Unterzeichnung des gelesenen Vertrages zu erblicken sein wird.

Insoweit ist dem Art. 512 Abs. 2 hier genügt worden, und es steht ferner fest, dass die Parteien in Gegenwart

der beiden Zeugen unterzeichnet haben. Freilich behauptet der Kläger, die Unterzeichnung habe nicht auch vor dem Urkundsbeamten stattgefunden, da sich dieser andern Geschäften zugewendet habe. Allein die Vorinstanz stellt fest, dass der Notar sich andauernd im Verurkundungsraum befunden und die Unterzeichnung tatsächlich überwacht hat. Diese Feststellung wird vom Kläger mit Unrecht als aktenwidrig angefochten. Sie stützt sich auf die der Vorinstanz bekannten räumlichen Verhältnisse auf dem Notariat Aussersihl in Verbindung mit der Zeugenbescheinigung, welche die Vorinstanz als zuverlässiger erachtet als die Aussagen der Urkundszeugen im vorliegenden Prozesse; an diese Art der Beweiswürdigung ist das Bundesgericht gebunden. Von irgendwelchem Verstoss gegen Art. 512 Abs. 2 ZGB kann somit nicht die Rede sein.

Es steht nichts entgegen, dass die Urkunde, die unterzeichnet werden soll, von der Urkundsperson bereits vor dem Verurkundungsverfahren erstellt werde (BGE 53 II 442; 55 II 235, wo das als selbstverständlich vorausgesetzt ist). Hier ist dies übrigens nicht geschehen, sondern nach der Feststellung der Vorinstanz ist die Urkunde vor den Parteien aufgesetzt worden. Die Vorinstanz schliesst dies aus der äusseren Erscheinung der mit Maschine geschriebenen Urkunde selbst, die keine nachträglichen Einschaltungen erkennen lässt, also wohl samt der Angabe der Personalien der Urkundszeugen, die dem Urkundsbeamten vorher noch gar nicht bekannt sein konnten, erst anlässlich der Verurkundung angefertigt worden sein muss. Diese Annahme ist mit den Akten, speziell mit der Originalurkunde, sehr wohl verträglich. Der Hinweis des Klägers auf die Aussagen des Notars geht fehl; dann dessen Erklärung, er glaube nicht, dass er den Vertrag « abgefasst » habe, bezieht sich nach dem Zusammenhang offensichtlich auf die Frage nach einer allfälligen vorherigen Vertragsredaktion. Und die Würdigung der Aussagen der Urkundszeugen

stand, wie bereits bemerkt, im Ermessen der Vorinstanz, die über die Tatfragen zu entscheiden berufen war. In der fraglichen Beziehung lag es übrigens, zumal angesichts des Urkundstextes, nahe, nicht auf die Aussagen der Zeugen abzustellen; denn sie mussten zuerst eine Weile ausserhalb des Verurkundungsraumes warten, und während dieser Zeit konnte die Urkunde errichtet werden.

Wenn die Vorinstanz ferner vom Vorlesen der Urkunde durch den Notar spricht, so hat mit Rücksicht auf ihre Erklärung, sich an die Zeugenbescheinigung halten zu wollen, ausserdem als festgestellt zu gelten, dass die Parteien die Urkunde, bevor sie unterschrieben, auch noch gelesen haben. Die Frage stellt sich daher nicht, ob eine unrichtige Beurkundung, die Parteien hätten gelesen, anstatt der Notar habe vorgelesen, rechtserheblich wäre.

Dagegen hat die Vorinstanz, wie es scheint, übersehen, dass es neben der Willenserklärung an den Urkundsbeamten (gemäss Art. 500 und 512 Abs. 2) einer förmlichen Bestätigung des verurkundeten Geschäftes gegenüber den zwei Zeugen bedarf; Art. 501 ZGB. Nach dieser Bestimmung handelt es sich um einen Bestätigungsakt, der nur durch eine ausdrückliche an die Zeugen gerichtete Erklärung vollzogen werden kann. Dass die in der Unterzeichnung des Vertrages gipfelnde Willenseinigung nicht genügt, erhellt schon daraus, dass die Erklärung unmittelbar « nach der Datierung und Unterzeichnung » abgegeben werden soll, also zur Vertragsunterzeichnung hinzutreten hat. Freilich hat Art. 501 zunächst den Fall im Auge, dass die Zeugen erst nach der Datierung und Unterzeichnung hereingerufen werden. Daraus möchte vielleicht geschlossen werden, es bedürfe keiner ausdrücklichen Rekognitionserklärung, wenn die Zeugen schon bei der Unterzeichnung der Urkunde zugegen waren (wie es für den Erbvertrag nach Art. 512 Abs. 2 vorgeschrieben ist und hier tatsächlich zutraf). Allein diese einschränkende Auslegung wird der Bestimmung

nicht gerecht, die eben in jedem Falle eine förmliche, d. h. ausdrückliche Erklärung gegenüber den Zeugen verlangt. Einzuräumen ist nur, dass die Reihenfolge der Verurkundungsphasen nicht als derart wesentlich erscheint, dass nicht auch eine unmittelbar nach dem Lesen der Urkunde, vor der Unterzeichnung, oder bei Anlass der Unterzeichnung abgegebene Erklärung, die im übrigen dem Art. 501 ZGB genügt, als hinreichend erachtet werden könnte. Es ist auch nicht notwendig, dass die Parteien zwei getrennte Erklärungen abgeben, die eine an den Urkundsbeamten und die andere an die Zeugen. Vielmehr ist eine vor der Unterzeichnung der Urkunde an die Zeugen gerichtete Erklärung, die ja nach Art. 501 in Gegenwart des Urkundsbeamten erfolgen muss, zugleich als Willenserklärung im Sinne von Art. 500 bzw. 512 Abs. 2 zu berücksichtigen, sofern es in diesem Stadium des Verfahrens zur Ergänzung der vorausgegangenen Besprechung noch einer solchen bedarf. Einmal aber, sei es vor, während oder nach der Unterzeichnung, muss eine dem Art. 501 genügende Rekognitionserklärung erfolgen. Geschieht es nicht, so fehlt der Verurkundung ein wesentliches Formerfordernis.

Durch die Feststellungen der Vorinstanz ist dieser Punkt nicht genügend abgeklärt. Die Vorinstanz zieht neben der Zeugenbescheinigung die Aussagen des Urkundsbeamten in Betracht, aus denen sie folgert, er habe, wie er das allgemein zu tun pflege, auch hier, als er den Parteien die Urkunde zum Lesen und Unterzeichnen unterbreitete, die Frage gestellt, ob die Urkunde richtig oder in Ordnung sei. Mit der Aussage des Notars, er glaube selber nicht, dass er auf seine Frage ein ausdrückliches Ja bekommen habe, hat sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt, offenbar eben auf Grund der unrichtigen Annahme, es genüge irgendeine Art der Zustimmung. Aus der weiteren Aussage des Notars: « Wenn die Parteien nichts sagen und unterschreiben, so sollte das genügen », erhellt übrigens, dass er ebenfalls dieser Ansicht

war, und daraus möchte weiter geschlossen werden, er habe die Parteien auch nicht zur Abgabe einer solchen, für die Zeugen bestimmten Erklärung angehalten, m. a. W. nicht für die Einhaltung der in Rede stehenden Solemnitätsform gesorgt. Die Vorinstanz hat sich nicht darüber ausgesprochen, ob sie in vollem Umfang auf die Aussagen des Urkundsbeamten abstellen will oder nicht bzw. ob sie trotz diesen Aussagen die Zeugenbescheinigung dahin verstehen und würdigen will, es sei tatsächlich eine ausdrückliche Erklärung, die dem Art. 501 genügt, abgegeben worden. Die Sache ist zur näheren Abklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen, die, sei es lediglich auf Grund der vorliegenden Akten, sei es, wenn sie es für angezeigt hält, nach Durchführung weiterer Beweismassnahmen, ein neues Urteil auszufällen hat.

2. — (Ablehnung der aus Willensmängeln hergeleiteten Anfechtungsgründe).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 27. März 1934 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

III. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

43. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. Juni 1934 i. S. Christen gegen Bourquin.

Werkhaftung und Haftung aus unerlaubter Handlung.

1. Lage oder Bauart strassenanliegender Gebäude als Verkehrshindernis; Haftungsverhältnisse nach Art. 58 u. 41 ff. OR.
Erw. 2 u. 3.