

## II. ERBRECHT

## DROIT DES SUCCESSIONS

## 32. Urteil der II. Zivilabteilung vom 13. Mai 1938

## i. S. Schmocker und Konsorten gegen Züllli und Konsorten.

Die Ersatzverfügung für den Fall des Vorabsterbens des eingesetzten Erben oder Vermächtnisbedachten braucht nicht in einer ausdrücklichen Bezeichnung eines Ersatzbegünstigten zu bestehen; es genügt auch, wenn sich die Ersatzbegünstigung nur mittelbar, aber « aus der Verfügung » nachweisen lässt.

ZGB Art. 487, 542, 543.

A. — Johann Friedrich Zingg errichtete am 8. Februar 1928 eine öffentliche letztwillige Verfügung, in der er u. a. folgendes bestimmte:

« Als Alleinerbin meiner dereinstigen Verlassenschaft setze ich hierdurch ein: Meine Schwester Emma Schmocker geb. Zingg, Arnolds Ehefrau, von Beatenberg, in Diessbach b. Büren. Bei derselben erhalte ich einzig richtige Fürsorge und Pflege, und ich sehe mich nicht veranlasst, die übrigen Verwandten nach deren Verhalten erbrechtlich zu bedenken. »

Am 14. April 1936 starb der Testator. Er hinterliess als gesetzliche Erben seine drei Geschwister (die Kläger) und drei Kinder seiner im Testament als Alleinerbin eingesetzten, am 1. Dezember 1934 vor ihm verstorbenen Schwester Emma Schmocker geb. Zingg (Beklagten). Die Letztern haben die Erbschaft in Empfang genommen und beanspruchen sie für sich allein mit der Begründung, dass sie an die Stelle ihrer als Alleinerbin eingesetzten Mutter getreten seien. Die Geschwister des Erblassers hingegen begehren die gerichtliche Feststellung, dass sie als gesetzliche Erben auf je einen Viertel der Erbschaft Anspruch haben und verlangen die gerichtliche Teilung.

B. — Der Appellationshof des Kantons Bern hat diese Klage mit Urteil vom 19. November 1937 in dem Sinne zugesprochen, dass der Nachlass des Friedrich Zingg nach den Bestimmungen über die gesetzliche Erbfolge zu teilen sei. Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten an das Bundesgericht mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

Die Beklagten sind nicht von Gesetzes wegen in die Erbenstellung ihrer als Alleinerbin eingesetzten, vor dem Erblasser verstorbenen Mutter nachgerückt (ZGB Art. 515 Abs. 1, 542 Abs. 2 und 543 Abs. 2). Um mit ihrem Standpunkt durchzudringen, haben sie den Nachweis zu erbringen, dass sie der Erblasser durch eine für den Fall des Vorversterbens der eingesetzten Erbin getroffene Verfügung als Erben oder Vermächtnisnehmer bezeichnet hat (Art. 487, 543 Abs. 2 ZGB). Mit der öffentlichen letztwilligen Verfügung vom 8. Februar 1928, auf die sie sich berufen, können sie diesen Beweis nur leisten, wenn im Text der Verfügung der behauptete Wille des Erblassers dermassen bestimmt zum Ausdruck gebracht ist, dass es der Herbeiziehung weiterer, ausserhalb des Testamentes liegender Erklärungen des Testators und der Begleitumstände nur noch als Mittel der Auslegung, d. h. zur Behebung von Unklarheiten bedürfte (BGE 47 II 29; 50 II 109; 52 II 431; 56 II 14 und 354). Diese Auslegung der letztwilligen Verfügung ist als Rechtsfrage der Überprüfung durch das Bundesgericht unterstellt (BGE 50 II 228).

Im Testament sind die Beklagten nicht mit Namen oder auf andere Weise ausdrücklich als Ersatzerben für den Fall des Vorversterbens oder der Ausschlagung der eingesetzten Erbin bezeichnet, wie Art. 487 ZGB die Ersatzverfügung umschreibt. Allein zufolge der dem Testator zustehenden Befugnis, über den verfügbaren Teil der Erbschaft beliebige, an Bedingungen geknüpfte und mit Auflagen verbundene Verfügungen zu treffen

(Art. 481, 482 ZGB), würde es auch genügen, wenn die Begünstigung der Beklagten sich nur als mittelbare Folge aus der Verfügung ergäbe. Voraussetzung für die Gültigkeit dieser von der gesetzlichen Vermutung abweichenden Regelung ist aber bei der Erbeinsetzung so gut wie beim Vermächtnis, obwohl es in Art. 542 im Unterschied zu Art. 543 Abs. 2 nicht ausdrücklich wiederholt ist, dass sich der dahingehende Wille des Erblassers « aus der Verfügung » nachweisen lässt.

Um eine mittelbare Begünstigung der Beklagten annehmen zu können, müsste folglich aus dem Text der letztwilligen Verfügung der Wille des Testators erkennbar sein, seine sämtlichen Erben mit Ausnahme gerade derjenigen des Stammes seiner Schwester Emma von der Erbfolge auszuschliessen, so, dass deren Anteile niemand anderem als den Beklagten hätten anwachsen können. Dieser Wille ist im streitigen Testament aber nicht zum Ausdruck gebracht. Der Testator regelt in diesem die Erbansprüche seiner damals noch lebenden vier Geschwister. Er nimmt hierbei seine Auffassung vom Verhalten seiner Geschwister ihm gegenüber zur Richtschnur. Demgemäss setzt er seine Schwester Emma, bei der er allein richtige Fürsorge und Pflege erhalten zu haben erklärt, zur Belohnung (über das ihr bezahlte Kostgeld hinaus) als Alleinerbin ein. Die Zurücksetzung seiner übrigen drei Geschwister ist die notwendige Folge dieser Verfügung. Wenn er trotzdem noch ausdrücklich erklärt, er sehe sich nicht veranlasst, die übrigen Verwandten nach deren Verhalten erbrechtlich zu bedenken, so kann dies nur als Bestärkung und Begründung der mit der Einsetzung der Alleinerbin geschaffenen Rechtslage und nicht als Verfügung selbständigen Charakters aufgefasst, und es können unter den « übrigen Verwandten » in diesem Zusammenhang nur seine drei ausgeschlossenen Geschwister und nicht auch entferntere Verwandte, z. B. die Nachkommen dieser Geschwister verstanden werden. Die Zurücksetzung dieser Geschwister verfügt er aber zudem nur seiner damals

noch lebenden Schwester Emma gegenüber ; die Verfügung lässt keinen Zweifel darüber aufkommen, dass er nur diese Schwester allein (« meine Schwester », « Arnolds Ehefrau », « bei derselben » er Fürsorge und Pflege erhalten habe) und nicht auch einen weitem Kreis, etwa die Familie dieser Schwester, deren Ehemann oder Nachkommen, begünstigen wolle. Er fällt im Hinblick auf die Würdigkeit zum Empfang seiner Erbschaft deutlich nur das Werturteil über seine lebenden Geschwister, nicht auch, für den Fall des Vorversterbens eines derselben, über deren Nachkommen. Vor allem enthält seine Verfügung keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Zurücksetzung seiner Geschwister auch dann gelten solle, wenn ihnen nicht mehr die bevorzugte Schwester selbst, sondern deren gesetzliche Erben gegenüberstünden. Die Regelung dieses Falles hat der Testator nach dem Inhalt seines Testamentes entweder den gesetzlichen Bestimmungen überlassen oder einer besondern spätern Verfügung vorbehalten.

Wollte aus weitem, ausserhalb des Testamentes liegenden Äusserungen des Testators und den Begleitumständen etwas anderes abgeleitet werden, so wäre dies nicht mehr Auslegung, sondern Ergänzung der letztwilligen Verfügung, die unzulässig ist. Demgemäss braucht die Behauptung der Beklagten nicht geprüft zu werden, dass der Testator nicht nur ihrer Mutter, sondern auch ihnen selber gegenüber grosse Zuneigung gezeigt habe. Es verbietet sich auch, aus den früheren, vom Testator aufgehobenen Verfügungen Schlüsse abzuleiten. Unwesentlich ist ferner, ob der beurkundende Notar den Testator ausdrücklich auf die Möglichkeit oder Notwendigkeit einer Ersatzverfügung aufmerksam gemacht hat, wie die Vorinstanz vermutet (womit die bezügliche Aktenwidrigkeitsrüge der Beklagten entfällt). Liesse sich mit diesen und andern Mitteln auch beweisen, dass der Testator wirklich willens war, die von den Beklagten behauptete Ersatzverfügung zu treffen, so könnte dieser Wille doch nicht beachtet werden, weil er in der massgeblichen Verfügung nicht

zum Ausdruck gebracht ist. Ebensowenig würde es den Beklagten nützen, wenn sie dartun könnten, dass der Testator die Ersatzverfügung unterlassen habe in der irrtümlichen Meinung, dass beim Vorversterben des eingesetzten Erben gleich wie bei der gesetzlichen Erbfolge ohne weiteres die Nachkommen an dessen Stelle nachrücken würden. Unter Berufung auf den Willensmangel kann nur die in erbrechtlich genügender Form vorhandene Verfügung richtiggestellt, nicht aber eine fehlende Erklärung nachgeholt werden (Art. 469 ZGB ; BGE 50 II 337). Dies gilt auch für den von den Beklagten in der Berufungsverhandlung vorgebrachten neuen Rechtsstandpunkt, dass die Verfügung insoweit einen Irrtum in der Bezeichnung der begünstigten Person enthalte, als der Testator nicht nur seine Schwester persönlich, sondern auch deren Familie, also die Beklagten als deren Nachkommen, habe begünstigen wollen, weil er seine Fürsorge und Pflege, für die er sich habe erkenntlich zeigen wollen, von der ganzen Familie seiner Schwester Emma erhalten habe. Dass die Einsetzung der Schwester Emma als Alleinerbin ernst gemeint und nicht irrtümlich ist, können die Beklagten nicht bestreiten. Was sie darüber hinaus verlangen, ist nicht die Richtigstellung einer an sich unklaren oder unrichtigen Verfügung, sondern eine Ergänzung derselben für den vom Erblasser selbst nicht geregelten Fall des Vorversterbens seiner Alleinerbin. Hiezu bietet Art. 469 Abs. 3 keine Handhabe.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 19. November 1937 bestätigt.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 33. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. April 1938 i. S. Solothurnische Leihkasse gegen Mühlebach.

Bürgschaft. Befreiung des Bürgen gemäss Art. 503 OR, wenn der Gläubiger den Rechtsweg gegen den Schuldner nicht ohne erhebliche Unterbrechung fortsetzt.

A. — Die beklagte Bank gewährte im Juni 1932 dem Buchdruckereihinhaber Zepfel in Solothurn einen Kontokorrent-Kredit von Fr. 20,000.—. Der Kredit wurde grundpfändlich sichergestellt; ausserdem verpflichteten sich der Sohn des Schuldners als Solidarbürge und der Kläger als Nachbürge.

Am 21. Oktober 1933 ersuchte der Kläger die Beklagte unter Hinweis auf Art. 503 OR um Entlassung aus der Bürgschaft. Die Beklagte hob gegen den Schuldner Betreibung auf Grundpfandverwertung an und stellte, nachdem sie dem Schuldner im Einverständnis mit dem Kläger verschiedentlich Aufschub gewährt hatte, am 10. August 1934 das Verwertungsbegehren. Kurz darauf erwirkte der Schuldner eine Nachlassstundung, die am 24. Januar 1935 mit der Bestätigung des Nachlassvertrages endigte. Die Grundpfandbetreibung blieb indessen liegen bis zum Sommer 1935; am 16. August stellte die Beklagte ein neues Verwertungsbegehren.

In der Folge wurde über den Schuldner der Konkurs eröffnet, in welchem die Beklagte mit ihrer Forderung zu Verlust kam. Ebenso erhielt die Beklagte in der gegen den Solidarbürgen eingeleiteten Betreibung einen Verlustschein.

B. — Sie belangte daher den Beklagten als Nachbürgen, der seine Zahlungspflicht bestritt mit der Begründung,