

festgestellt wäre, dass dieser Zustand nicht mehr behoben werden kann. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt. Wegen der psychischen Abnormitäten der Beklagten kann daher die Ehe der Parteien mindestens heute auch nicht auf Grund von Art. 141 ZGB geschieden werden.

2. — Die einzelnen Vorwürfe des Klägers gegen die Beklagte hat die Vorinstanz nicht überprüft, da sie davon ausging, dass die Scheidung gemäss Art. 142 ZGB schon durch die psychischen Abnormitäten der Beklagten gerechtfertigt werde. Auf jene Vorwürfe näher einzugehen, ist aber auch dann nicht notwendig, wenn man entgegen der Vorinstanz annimmt, dass diese Abnormitäten die Scheidung zur Zeit nicht zu begründen vermögen; denn was der Kläger der Beklagten im einzelnen zur Last legt, ist offenbar nichts anderes als die Auswirkung der beschriebenen psychischen Störungen.

### III. ERBRECHT

#### DROIT DES SUCCESSIONS

##### 3. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. Februar 1947 i. S. Einwohnergemeinde Bern u. Gen. gegen Huwyler.

*Erbvertrag*: Anfechtung von Verfügungen, die jenem widersprechen (Art. 494<sup>3</sup> ZGB). Form und Frist der Anfechtung entsprechend den Grundsätzen betreffend die Herabsetzungsklage (Art. 522 ff. ZGB).

*Verjährung* (Art. 533 ZGB): Die einjährige Frist beginnt erst zu laufen, wenn der Kläger alle Elemente des Anfechtungsrechtes kennt. Der Umstand, dass ein von ihm Beauftragter sie kennt, bringt die Frist nicht in Gang, sofern der Beauftragte nicht ermächtigt ist, den Prozess zu führen oder doch einen Anwalt damit zu betrauen (Art. 396 OR).

*Pacte successoral*: Faculté d'attaquer les dispositions pour cause de mort inconciliables avec les engagements résultant du pacte (art. 494 al. 3 CC). L'action est soumise par analogie, quant à la forme et quant au délai, aux conditions prévues pour l'action en réduction (art. 522 et suiv.).

*Prescription* (art. 533 CC): Le délai d'un an ne commence à courir que du jour où le demandeur a eu connaissance de tous les éléments constitutifs de son droit. Le fait qu'il avait un mandataire qui les connaissait ne suffit pas à faire courir le délai si ce mandataire n'avait pas été chargé d'ouvrir action ou tout au moins de désigner un avocat (art. 396 CO).

*Contratto successorio*: Facoltà d'impugnare le disposizioni per causa di morte inconciliabili con gli obblighi derivanti dal contratto (art. 494 cp. 3 CC). L'azione soggiace per analogia, quanto alla forma e al termine, alle condizioni previste per l'azione di riduzione (art. 522 e seg. CC).

*Prescrizione* (art. 533 CC): Il termine d'un anno comincia soltanto dal giorno in cui l'attore ha avuto conoscenza di tutti gli elementi costitutivi del suo diritto. La circostanza che il suo mandatario le conosceva non basta a far decorrere il termine, se questo mandatario non era stato incaricato d'introdurre la causa o almeno di designare un avvocato (art. 396 CO).

#### Aus dem Tatbestand:

A. — Friedrich August Straub schloss am 23. Januar 1915 mit dem Ehemann seiner verstorbenen Tante einen Erbvertrag ab, in dem er sich verpflichtete, aus dem ihm von der Tante zugefallenen Vermögen die genau bestimmten Vermächtnisse zu hinterlassen. Er errichtete später mehrere letztwillige Verfügungen, die letzte am 23. Dezember 1932. Darin setzte er seinen Vormund, den Beklagten Eduard Huwyler, zum Erben ein und verfügte, diesem solle « in Abänderung meines vor wenigen Jahren gemachten Testamentes » nach seinem Ableben sein ganzer Nachlass voll und ganz zukommen; « alle andern Verfügungen werden mit der vorstehenden Willensäusserung ungültig ».

Straub starb am 15. Januar 1938. Der Gemeinderat von Thun eröffnete die letztwillige Verfügung vom 23. Dezember 1932 und überwies dem Beklagten am 7. April 1938 den Vermögensbetrag von Fr. 8287.60.

B. — Im Sommer 1943 ersuchte die Einwohnergemeinde Bern den Beklagten als gewesenen Vormund Straubs um Aufschluss und, wenn möglich, um Überweisung des ihr im Erbvertrage für die Gründung eines Ferienheims ausgesetzten Vermächtnisses. Der Beklagte antwortete am 18. Juli 1943 mit Hinweis auf das Testament, « welches

nich als Erbe Straubs bestimmte und in welchem der Wille kundgetan wurde, dass alle vorherigen testamentarischen Bestimmungen aufgehoben seien ».

Notar Paul Egger, Langnau, der sich der Interessen der im Erbvertrage vorgesehenen Vermächtnisnehmer annahm, richtete an diese alle am 22. Juli 1943 ein Rundschreiben, dem zu entnehmen ist: « Nach dem Absterben des F. A. Straub ... ist nun die Ausführung des Erbvertrages fällig geworden. Trotzdem Straub immer noch vormündet war, wurde der sicher bei den Vormundschaftsakten liegende Erbvertrag nicht beachtet und wie man erfährt, sei das Vermögen an den frühern Vormund, welcher vom Erblasser als Erbe eingesetzt worden war, ausgeliefert worden. Dieses Ausliefern ist zu Unrecht geschehen und es muss nunmehr die Sachlage korrigiert werden. » Vom Gemeinderat von Thun erhielt er am 30. Juli 1943 durch die Stadtkanzlei Bescheid, « dass der Gemeinderat von Thun eine eigenhändige letztwillige Verfügung des August Straub eröffnet hat, d.d. Glockenthal, 23. Dezember 1932, in welcher dieser seinen Nachlass seinem Vormund ... vermächte und alle frühern letztwilligen Verfügungen aufhob ». Notar Rudolf Egger Sohn knüpfte in einem am 15. März 1944 zuhänden aller Vermächtnisnehmer erstatteten Gutachten an die Erbeinsetzung laut dem soeben erwähnten Bericht der Stadtkanzlei Thun an, hob die persönliche Natur der Vermächtnisforderungen nach Art. 562 ZGB hervor und wies auf die zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 601 ZGB hin, die mit der Annahme der Erbschaft durch den Beschwerten, d. h. den Beklagten, begonnen habe.

C. — Am 26. Januar 1945 lehnte der Beklagte die von den Klägern erhobenen Ansprüche ab. Deren Anwalt holte im April 1945 eine Abschrift der letztwilligen Verfügung vom 23. Dezember 1932 ein. Im Juni 1945 fand der Aussöhnungsversuch statt, der fruchtlos verlief, und im November 1945 wurde die Klage eingereicht mit dem Begehren um Verurteilung des Beklagten zur Auszahlung

der Vermächtnisse. Der Beklagte erhob Verjährungseinrede; die letztwillige Verfügung verschaffe ihm unbeschwertes Eigentum und sei mangels Anfechtung innert nützlicher Frist analog Art. 533 ZGB in Kraft erwachsen. Die Kläger replizierten am 7. Januar 1946, die letztwillige Verfügung beziehe sich auf ein « vor wenigen Jahren gemachtes Testament », nicht auf den Erbvertrag. « Sollte aber auch die letztwillige Verfügung vom 23. Dezember 1932 den Sinn haben, den der Beklagte ihr beilegt, dann erheben die Kläger eventuell den Einwand, dass diese Verfügung mit den Verpflichtungen des Erblassers aus dem Erbvertrag vom 23. Januar 1915 nicht vereinbar ist und deshalb den Ansprüchen der Kläger nicht entgegengehalten werden kann. Die Kläger fechten gemäss Art. 494 Abs. 3 ZGB die Verfügung in dieser Beziehung an. »

D. — Der Appellationshof des Kantons Bern schützte mit Urteil vom 11. Juli 1946 die Verjährungseinrede und wies die Klage ab.

E. — Mit der vorliegenden Berufung verlangen die Kläger die Aufhebung dieses Urteils und die Verurteilung des Beklagten zur Ausrichtung der Vermächtnisse im Umfange, wie sie nach dem Stand der Erbschaft Straub möglich sei.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

3. — Die Kläger vertraten anfänglich die Ansicht, es bedürfe gar keiner Anfechtung, da die letztwillige Verfügung vom 23. Dezember 1932 ihren Vermächtnisansprüchen nicht widerspreche. Dem wäre beizustimmen, wenn der Beklagte einfach als Erbe eingesetzt worden wäre. Solchenfalls wäre er gleich wie ein gesetzlicher Erbe mit den erbvertraglich festgelegten Vermächtnissen beschwert, selbst wenn er vom Erbvertrag nicht gewusst haben sollte. Die Kläger brauchten sich einfach auf ihre Vermächtnisansprüche zu berufen, die nach Art. 601 ZGB zehnjähriger Verjährung unterliegen.

Indessen geht die letztwillige Verfügung vom 23. Dezember 1932 unverkennbar dahin, der Beklagte solle die Erbschaft unbeschwert erhalten, was denn auch die Kläger in der Berufungsschrift nunmehr anerkennen. Also liegt ein Widerspruch mit den erbvertraglichen Verfügungen vor. Zur Beseitigung des dem Erbvertrag widersprechenden Testamentes ist dessen Anfechtung nach Art. 494 Abs. 3 ZGB zulässig, aber auch erforderlich. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, der Beklagte könne das bessere, eben weil auf Erbvertrag beruhende Recht der Kläger gar nicht ernstlich bestreiten. Er befindet sich bis auf weiteres im Besitz der Erbschaft gestützt auf ein an sich formgültiges Testament und die nach dessen Eröffnung erfolgte behördliche Einweisung. Aus dieser Rechtsstellung braucht er sich nur durch erfolgreiche Anfechtung nach der erwähnten Vorschrift verdrängen zu lassen. Er war nicht gehalten, den von den Klägern angerufenen Erbvertrag nach Form, Inhalt und Tragweite zu prüfen. Er konnte sich einfach auf seinen Besitz und die ihm zugrunde liegende letztwillige Verfügung berufen und deren Anfechtung durch die Kläger abwarten.

4. — Form und Frist der Anfechtung sind in Art. 494 Abs. 3 ZGB nicht festgelegt. Die Kommentare TUOR (zu Art. 494 N. 20) und ESCHER (dazu N. 8, letzter Absatz) sprechen von einer Anfechtung durch Klage entsprechend der zum Schutz von Pflichtteilsansprüchen vorgesehenen Herabsetzungsklage (Art. 522 ff. ZGB), TUOR ausdrücklich auch von der Verjährung analog Art. 533. Die Kläger berufen sich demgegenüber auf v. TUHR (Schweiz. Obligationenrecht § 3 II, 3 und § 29 III), wonach man unter Anfechtung im allgemeinen ein aufhebendes Gestaltungsrecht zu verstehen habe, das in der Regel durch blosser Willenserklärung ausgeübt werden könne. Indessen spricht das schweizerische OR abweichend von v. TUHR im Hauptfall einer bloss rechtsgeschäftlichen Gestaltungserklärung, bei Geltendmachung von Willensmängeln gemäss Art. 31 OR, nicht von Anfechtung. Vollends verwendet das ZGB diesen Ausdruck verschiedentlich im Sinne einer

Anrufung des Richters, so im Erbrecht unzweifelhaft in Art. 578. Übrigens unterscheidet v. TUHR selbst an der zweiterwähnten Stelle zwischen solchen Rechtsgeschäften, die zunächst unwirksam sind und es bleiben, sofern die Unwirksamkeit binnen nützlicher Frist durch Willenserklärung geltend gemacht wird (so namentlich bei Willensmängeln nach Art. 23 ff. OR), und solchen, die zunächst gültig sind und erst durch Anfechtung rückwirkend ungültig werden. Zu den letztern zählt v. TUHR neben Fällen aus dem OR gerade auch « die einer Ungültigkeitsklage, Art. 519, oder einer Herabsetzung, Art. 522, ausgesetzte Verfügung; denn die Verfügung ist zunächst wirksam und verliert ihre Gültigkeit mit rückwirkender Kraft durch ein auf Klage eines Interessenten ergehendes Urteil ». Gleiches muss für die Anfechtung nach Art. 494 Abs. 3 ZGB gelten. Eine analoge Anwendung von Art. 31 OR (blosse Willenserklärung) kommt gegenüber einer letztwilligen Verfügung nicht in Frage. Kann doch eine solche auch dann, « wenn sie aus mangelhaftem Willen hervorgegangen ist », von Erben oder Bedachten nur durch Klage angefochten werden (Art. 519 ZGB). Selbst wenn also das Testament von 1932 in den Augen der Kläger schlechthin ungültig wäre, müssten sie es durch Klage anfechten. Handelt es sich, wie hier, darum, die letztwillige Verfügung insoweit zu beseitigen, als sie den erbvertraglichen Vermächtnisansprüchen widerspricht, so drängt sich die gerichtliche Anfechtung nach Analogie der Herabsetzungsklage auf. In beiden Fällen steht eine Überschreitung der Verfügungsbefugnis des Erblassers in Frage. Im einen Falle findet diese Befugnis ihre Schranke an gesetzlichen Pflichtteilsansprüchen, im andern an Ansprüchen aus einem den Erblasser « verpflichtenden » Erbvertrag.

Die Analogie muss auch die Fristbestimmungen von Art. 533 ZGB umfassen. Dabei liegt auf der Hand, dass sich die Kläger nicht auf die unbefristete Einrede zurückziehen können, sondern gegen den auf Grund des Testamentes besitzenden Beklagten klagen müssen.

5. — Sie haben dies denn auch getan; indessen nach

Auffassung des Appellationshofes zu spät ; denn « wenn die Vermächtnisnehmer bzw. deren Rechtsnachfolger schon aus dem oben (E hievor) zitierten Passus des Zirkulars vom 22. Juli 1943 schliessen mussten, dass sie durch das Testament von 1932 in ihren Rechten beeinträchtigt wurden und der Beklagte die Erbschaft *unbeschwert* übernommen hatte, so *wussten* sie dies dann auf jeden Fall nach Empfang des Gutachtens, also im März 1944 ; damals spätestens begann die einjährige Verjährungsfrist für alle Vermächtnisnehmer zu laufen ».

Fasst man die vom Appellationshof erwähnten Mitteilungen an die Kläger (Zirkular vom 22. Juli 1943 und Gutachten vom 15. März 1944) ins Auge, so erhellt jedoch daraus keine Kenntnissgabe aller Elemente des streitigen Anfechtungsrechtes. Mit dem Erfordernis solcher Kenntnis ist es streng zu nehmen. Aus den beiden Mitteilungen war zu ersehen, dass der Beklagte als Alleinerbe eingesetzt war. Aber als solcher war er, wie bereits dargetan, wie ein gesetzlicher Erbe mit den Vermächtnissen laut Erbvertrag beschwert, gleichgültig ob er vom Erbvertrag wusste oder nicht. Bei dieser Sachlage boten aber Zirkular und Gutachten den Klägern noch keine Veranlassung zu etwas anderem als zur Einforderung der Vermächtnisse. Sie durften annehmen, als Erbe sei der Beklagte mit den Vermächtnissen beschwert. Von weitergehenden Verfügungen des Testamentes im Sinne der Befreiung von jeder Beschwer war ihnen nichts mitgeteilt worden. Gerade dieser Testamentsinhalt war im Gutachten nicht erwähnt. Dieses gab vielmehr den Bescheid der Stadtkanzlei Thun vom 30. Juli 1943 wieder, wonach Straub im Testament von 1932 alle frühern « letztwilligen » Verfügungen aufgehoben habe. Diese Ausdrucksweise konnte sich richtigerweise nicht auf einen Erbvertrag beziehen, ebenso wenig die Mitteilung des Beklagten an die Finanzdirektion der Stadt Bern vom 18. Juli 1943, das Testament habe ihn als Erben bestimmt und alle vorherigen « testamentarischen » Bestimmungen aufgehoben. Das Testament selbst enthält

freilich diese Einschränkung nicht. Es wurde aber den Klägern nicht nachweislich im Wortlaut oder überhaupt in deutlicherer Fassung als nach den erwähnten Mitteilungen zur Kenntnis gebracht, bis ihr Anwalt sich im April 1945 eine Abschrift davon beschaffte.

Blosses Kennenmüssen, etwelche Veranlassung zu näherer Erkundigung und dergleichen ersetzen keineswegs die wirkliche Kenntnis, an die sich der Beginn der einjährigen Frist nach Art. 533 ZGB knüpft. Für die in einem wesentlichen Punkte ungenauen Angaben der Stadtkanzlei Thun und des Beklagten selbst haben die Kläger nicht einzustehen. Dass Notar Egger vom Inhalt des Testamentes mehr gewusst hätte, als was er den Klägern mitteilte, ist nicht erwiesen. Die Stadtkanzlei Thun weiss nichts davon, dass er einmal die Testamentsurkunde eingesehen hätte. Woher die Angaben des Zirkulars vom 22. Juli 1943 stammten, steht dahin. Einen amtlichen Bericht dürfte Egger nicht erhalten haben vor der Mitteilung der Stadtkanzlei vom 30. gl. M.

Übrigens haben die Kläger sich ein allfälliges weitergehendes Wissen des Notars nicht anrechnen zu lassen. Dieser war nicht beauftragt, einen Prozess anzuhängen noch einen Prozessvertreter zu bezeichnen. Als Notar war er selbst zur Prozessführung auch nicht befugt. Die Vollmacht lautete auf « Inkasso Vermächtnis, Verteilung etc. » in Sachen Erbschaft Friedrich August Straub. Notar Egger schrieb denn auch dem Gemeinderat von Thun, die Interessenten hätten ihm « das Inkasso übertragen », und dem Regierungsstatthalter, als er die letzte Vormundschaftsrechnung einverlangte, er sei « von allen Beteiligten beauftragt worden, den Fall zu prüfen und das Inkasso durchzuführen ». Die Erhebung einer Klage, d. h. die Beauftragung eines Anwaltes, lag also nicht im Bereiche seiner Vollmacht (vgl. auch Art. 396 OR). Erst in den Ergänzungsvollmachten, die im August 1945 eingeholt wurden, erhielt Notar Egger einen dahin erweiterten Auftrag mit entsprechender Vollmacht. Der Vollmachtgeber

hat sich das Wissen des Bevollmächtigten nur insoweit als eigenes anrechnen zu lassen, als er ihn zu seinem Vertreter gemacht hat, also soweit die Vollmacht reicht. War Egger vor dem Jahre 1945 nicht befugt, einen Prozess einzuleiten, so konnte sein allfälliges persönliches Wissen um die Elemente des Anfechtungsrechtes die « Verjährung » nicht zu Lasten der Vermächtnisnehmer in Gang bringen.

6. — Auf die im April 1945 erfolgte Zusendung einer Abschrift des Testamentes an den Anwalt der Kläger folgte die Prozesseinleitung nach wenigen Wochen. Freilich ging das Klagebegehren unmittelbar auf Zahlung, statt in erster Linie auf entsprechende Änderung des Testamentes. Allein die Anfechtung braucht nicht notwendig durch das Klagebegehren zu erfolgen; es genügt, wenn sie sich aus dem übrigen Klageinhalt ergibt, wie hier dann besonders aus der Replik, die eine ausdrückliche Anfechtungserklärung enthält (vgl. BGE 67 II 213 E. 7 betreffend ähnliche Verhältnisse bei einer Herabsetzungsklage). Der Appellationshof hat die Klage denn auch als Anfechtungsklage nach Art. 494 Abs. 3 in Verbindung mit einer Forderungsklage nach Art. 601 entgegengenommen (ohne auch nur die Aufnahme der Anfechtungserklärung in das Rechtsbegehren zu verlangen, was auch nachträglich noch wirksam hätte geschehen können).

... (Quantitativ ... bedarf näherer Abklärung).

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheissen, dass das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 11. Juli 1946 aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an den Appellationshof zurückgewiesen wird.

#### 4. Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. Februar 1947

i. S. T. gegen R.

Ungültigkeit eines Testamentes, mit dem der eine Partner eines ehewidrigen Verhältnisses den andern (verheirateten) begünstigt, wegen unsittlichen oder rechtswidrigen Inhalts ? (Art. 519 Ziff. 3 ZGB).

Grundlagenirrtum beim Erbteilungsvertrag (Art. 24 Ziff. 4 OR). Erbschaftsklage; bösgläubiger Besitz (Art. 599, 940 ZGB).

Le testament par lequel le testateur dispose en faveur d'une personne mariée qui viole avec lui ses devoirs conjugaux est-il annulable comme illicite ou contraire aux mœurs ? (art. 519 ch. 3 ZGB).

Contrat de partage entaché d'une erreur portant sur des éléments essentiels (art. 24 ch. 4 CO).

Action en pétition d'hérédité; possession de mauvaise foi (art. 599, 940 CC).

Il testamento, in virtù del quale il *de cuius* dispone a favore d'una persona sposata con cui mantiene rapporti contrari al vincolo coniugale è annullabile come illecito o contrario ai buoni costumi (art. 519 cifra 3 CC) ?

Contratto di divisione viziato da errore essenziale (art. 24 cifra 4 CO).

Petizione d'eredità, possesso di cattiva fede (art. 599, 940 CC).

A. — Der Beklagte T. unterhielt mit der verwitweten Erblasserin seit 1934 ein Bekanntschaftsverhältnis. Er besuchte sie vom Jahre 1938 an regelmässig ein- bis zweimal im Monat und logierte jeweilen bei ihr. Er war verheiratet, lebte aber seit dem 21. April 1938 mit gerichtlicher Bewilligung getrennt von seiner Frau.

Am 3. Dezember 1938 errichtete die Erblasserin folgende letztwillige Verfügung :

« Ich, Frau ..., geb. 1889, treffe für den Fall meines Ablebens folgende Verfügungen :

1./ Meine Geschwister setze ich auf den gesetzlichen Pflichtteil, also auf 1/4 meines Nachlasses.

2./ Die übrigen 3/4 meines Nachlasses gehören uneingeschränkt meinem geliebten zukünftigen Gatten Herrn T.

3./ Das Haus ... geht mit allen Möbeln, Wäsche, Silber, also der kompletten Einrichtung in den Besitz meines Verlobten Herrn T. über.

4./ Die Ordnung meines Nachlasses übergebe ich ebenfalls Herrn T. »