

à l'audition de la défenderesse, à laquelle le juge a procédé lors de l'audience d'administration des preuves, elle n'a pas porté sur les faits allégués par le demandeur à l'appui de sa demande de divorce, ni sur les témoignages intervenus à leur sujet. Or l'arrêt Ruttgers attache précisément — et avec beaucoup de raison — une grande importance à ce que les témoins soient autant que possible entendus en présence des deux parties et à ce que celles-ci puissent présenter leurs observations et poser des questions. Enfin, l'arrêt exige surtout que la partie qui a acquiescé soit néanmoins citée aux débats, et il n'y a pas eu de débats; le juge a statué sur pièces. Or, aux termes de l'art. 318 CPC neuchâtelois, il ne peut être statué sur pièces que si les parties l'ont demandé, ce qu'on ne voit pas qu'elles aient fait en l'occurrence. Il faut en déduire que cette procédure simplifiée a été considérée comme une conséquence de l'acquiescement et, à ce titre, elle est contraire aux principes posés par l'arrêt Ruttgers. Toujours en raison de l'acquiescement (art. 15 de la loi du 7 avril 1925 portant modification de l'organisation judiciaire), le jugement a été rendu par le Président siégeant seul, alors que sans cela il aurait dû être assisté de deux juges désignés en la personne des assesseurs de l'autorité tutélaire.

Avec la procédure qui, en fait, a été suivie, on aboutit à ce résultat paradoxal et directement contraire au but recherché par l'arrêt Ruttgers, que l'instruction du procès en divorce est plus sommaire et entourée de moins de garantie précisément dans les cas où, en raison du risque de collusion des parties, le contrôle du juge en ce qui concerne en tout cas l'existence d'une cause de divorce est le plus nécessaire et doit être exercé avec le plus de soin.

L'affaire doit ainsi être renvoyée aux juges cantonaux pour être reprise *a limine litis*. La demande devra être de nouveau notifiée à la défenderesse à qui l'occasion sera donnée de répondre et de procéder comme il est dit ci-dessus.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée devant le Tribunal cantonal pour être jugée à nouveau sur le fond et sur les frais et dépens après une nouvelle instruction dans le sens des considérants.

III. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

39. Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. November 1950 i. S. Fanger, Konkursmasse, gegen Bucher und Genossen.

Enterbung (Art. 477 ff. ZGB).

1. Subsidiäres Klagerecht der Konkursmasse des Enterbten (Art. 524 ZGB).
2. Der Richter ist frei, ein vom Erblasser als Verbrechen bezeichnetes Verhalten (Art. 477 Ziff. 1 ZGB) unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung familienrechtlicher Pflichten (Ziff. 2 daselbst) zu würdigen.
3. Ob ein Verbrechen oder Vergehen vorliege, ist nach dem auf die betreffende Handlung örtlich und zeitlich anwendbaren Strafgesetze zu entscheiden.
4. Schuldhafte Untergrabung der Familiengemeinschaft (z. B. durch schwere Ehrenkränkung, i. c. durch leichtfertige Strafanzeige) ist Verletzung familienrechtlicher Pflichten. Art. 271 ZGB gilt auch unter Geschwistern.

Exhérédation (art. 477 et suiv. CC).

1. Action subsidiaire de la masse en faillite de l'héritier exhérédié (art. 524 CC).
2. Le juge est libre d'apprécier du point de vue des devoirs que la loi impose à l'héritier envers le défunt et sa famille (art. 477 ch. 2 CC) l'acte que le testateur a qualifié de délit (art. 477 ch. 1 CC).
3. La question de savoir s'il s'agit d'un délit doit être tranchée d'après la loi pénale applicable à l'acte en discussion à l'époque et au lieu où il a été commis.
4. Porter atteinte d'une manière coupable à la communauté familiale, par exemple en attentant gravement à son honneur par une dénonciation faite à la légère, constitue une violation des obligations découlant du droit de famille. L'art. 271 CC est également applicable entre frères et sœurs.

Diseredazione (art. 477 e seg. CC).

1. Azione sussidiaria della massa fallimentare dell'erede diseredato (art. 524 CC).
2. Il giudice è libero di valutare, sotto l'aspetto dei doveri che la legge impone all'erede verso il defunto e la sua famiglia (art. 477, cifra 2, CC), l'atto che il testatore ha chiamato reato (art. 477, cifra 1 CC).
3. La questione se si tratti d'un reato dev'essere decisa in base alla legge penale applicabile all'atto in parola all'epoca e nel luogo ov'è stato commesso.
4. Chi, in modo colposo, attenta alla comunione della famiglia (p. es. mediante grave offesa al suo onore sporgendo alla leggera denuncia penale) viola gli obblighi derivanti dal diritto di famiglia. L'art. 271 CC è applicabile anche tra fratelli e sorelle.

A. — Der am 19. November 1940 verstorbene Josef Rüttimann wurde von seinen vier Geschwistern beerbt. Das Teilungsamt der Stadt Luzern nahm am 16. Dezember 1940 ein Erbschaftsinventar auf, wonach « Mobiliar und Effekten » im Werte von Fr. 687.— vorhanden waren. In einer Erbenverhandlung vom 12. März 1941 stellte Fräulein Marie Rüttimann bzw. deren Bräutigam Josef Fänger die Uebernahme des Inventars auf Rechnung ihres Erbteils in Aussicht, während die Miterben auf diese Sachen nicht Anspruch erhoben. Tags darauf gab der Anwalt der erwähnten Brautleute deren dahingehende Entschliessung bekannt. Er fügte bei: « Die Position Kleider & Leibwäsche zum geschätzten Betrag von Fr. 100.— sind schon von den Brüdern Heinrich & Richard behändigt worden. Dieser Betrag ist hier in Abzug zu bringen & hiefür Richard und Heinrich zu belasten. Die restlichen Fr. 587.— gehen auf den Erbteil der Frl. Marie Rüttimann. » Am 17. gl. M. nahm deren Bräutigam die Sachen in Empfang und bescheinigte, die in der Inventur aufgeführten Gegenstände erhalten zu haben mit Ausnahme einiger Korbflaschen im Schätzungswerte von Fr. 20.— und den sämtlichen Kleidern und Leibwäsche im Schätzungswerte von Fr. 100.—. Im Teilungsakte des Willensvollstreckers wurden demgemäss die Positionen « Korbflaschen » und « Kleider & Leibwäsche » den Erben Richard und Heinrich Rüttimann entsprechend der Inventarschätzung mit Fr. 120.— angerechnet.

B. — Drei Jahre später, am 15. April 1944, erhoben die Eheleute Fanger-Rüttimann gegen Richard und Heinrich Rüttimann Strafanzeige wegen Diebstahls. Sie führten aus, sie hätten seinerzeit das Nachlassinventar des Josef Rüttimann « gekauft », nun aber « nachher » das Fehlen verschiedener Gegenstände feststellen müssen: Kleider, persönliche und Bettwäsche, Federzeug, eine goldene Uhr, Werkzeuge, Möbelstücke, Augengläser, Kuhglocken und Treicheln, Eheringe usw. Auch bestehe kein Aufschluss über den Verbleib von Möbeln, die der Erblasser bei einem Landwirt in Adligenswil eingelagert gehabt habe. Die Anzeiger beantragten Verhaftung und Hausdurchsuchung. Mit Beschluss vom 25. September 1944 liess jedoch der Amtsstatthalter von Hochdorf die Strafuntersuchung mit Kostenfolge zu Lasten der Anzeiger fallen, a) wegen Verwirkung des Antragsrechtes, b) mangels eines strafbaren Verhaltens der beiden Beschuldigten. « Eine unrechtmässige Bereicherung steht ausser Frage, nachdem im Teilungsakt den beiden Beklagten der im Inventar ausgesetzte Preis für Korbflaschen und Effekten belastet ist. Was die goldene Uhr anbelangt, so ist durch das Zeugnis der Frau Walther erstellt, dass dieselbe noch zu Lebzeiten des Erblassers und mit Willen desselben an Richard Rüttimann übergegangen ist, und bezüglich der Adligenswiler Möbel haben die polizeilichen Erhebungen ergeben, dass deren Wegnahme ebenfalls vom Erblasser disponiert wurde ».

C. — Richard Rüttimann hatte bereits mit Testament vom 13. November 1940 die Erben des elterlichen Stammes auf den Pflichtteil gesetzt. Mit einem weiteren Testamente vom 20. Juli 1946 enterbte er die Schwester Frau Fanger-Rüttimann und gab als Enterbungsgrund an: « Frau Marie Fanger hat gegen mich und meinen Bruder Heinrich eine Strafklage wegen Diebstahls, Unterschlagung etc. beim Statthalteramt Hochdorf eingereicht. Die Strafklage ist resultatlos verlaufen. Das war im Jahre 1944. Darin ist ein schweres Verbrechen gegen mich zu erblicken. »

D. — Nach dem am 17. September 1948 eingetretenen Tode des Richard Rüttimann focht Frau Marie Fanger-Rüttimann — die sich bereits seit dem 16. Februar 1945 im Konkurs befindet — die Enterbung mit Klage vom 5. Februar 1949 mangels gültigen Enterbungsgrundes an. Die Beklagten bestritten ihre Legitimation zur Klage unter Hinweis auf Art. 204 SchKG. Hierauf zog der Anwalt der Frau Fanger mit Eingabe vom 29. April 1949, in der er als Klägerin deren Konkursmasse bezeichnete, « die eingereichte Klage » zurück mit der Erklärung, er stelle gleichzeitig « unter formell richtiger Parteibezeichnung » das Friedensrichterbegehren und werde neuerdings klagen. Das geschah denn auch.

E. — Das Amtsgericht Hochdorf wies die Klage mit Urteil vom 20. April 1950 ab, ebenso das Obergericht des Kantons Luzern mit Urteil vom 5. Juli 1950.

F. — Mit vorliegender Berufung hält die Konkursmasse der Enterbten an der Klage fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Gleich wie die Herabsetzungsklage, so steht auch die Anfechtung einer Enterbung in der Regel nur dem von der Verfügung des Erblassers betroffenen Erben selbst zu. Befindet er sich im Konkurse, so hat die Konkursverwaltung ein subsidiäres Klagerecht, für den Fall nämlich, dass der Konkursit die Herabsetzungsklage oder die Klage auf Anfechtung der Enterbung auf ihre Aufforderung hin nicht anhebt (Art. 524). In dem von Frau Fanger angehobenen Prozesse wurde ihr deshalb zu Unrecht die Legitimation mit Hinweis auf Art. 204 SchKG bestritten. Nachdem sie jedoch zufolge dieser Einrede die Klage unter Vorbehalt der Neueinreichung mit verbesserter Parteibezeichnung, d. h. eben durch ihre Konkursmasse, zurückzog, wurde diese zur Anfechtung der Enterbung legitimiert, gleich als ob Frau Fanger diese Anfechtung von Anfang an der Masse überlassen hätte. Da der Verzicht ausdrücklich nur für Frau Fanger, unter Vorbehalt des Klagerechtes der

Masse, erklärt wurde, kann von einem Rückzug mit Abstandswirkung nicht gesprochen werden. Ob Frau Fanger überhaupt berechtigt gewesen wäre, auch mit Wirkung gegenüber der Masse von der Klage abzustehen oder auch nur einen Vergleich mit Verbindlichkeit für die Masse abzuschliessen, ohne deren ausdrücklichen Beitritt zu einer solchen Prozessbeendigung, ist fraglich. Das braucht aber hier nach dem Gesagten nicht geprüft zu werden, ebenso wenig die Frage, ob der Masse von Bundesrechtes wegen ein Recht auf Intervention in dem von der Gemeinschuldnerin angehobenen Prozesse zugestanden wäre (vgl. im übrigen BGE 71 III 102-3).

2. — Als Enterbungsgrund gegenüber Frau Fanger kommt nur in Betracht, was der Erblasser in seiner Verfügung als solchen angab (Art. 479 Abs. 1 ZGB). Darunter ist das in der Verfügung erwähnte Verhalten des Erben zu verstehen, im vorliegenden Falle also die im April 1944 gegen den Erblasser erhobene Strafanzeige wegen Diebstahls. Nicht massgebend ist aber die diesem Vorkommnis vom Erblasser gegebene rechtliche Qualifikation als « schweres Verbrechen ». Dem Richter steht frei, das von jenem als Enterbungsgrund bezeichnete Verhalten des Erben sowohl unter dem Gesichtspunkt eines « schweren Verbrechens » wie auch einer « Verletzung der familienrechtlichen Pflichten » zu würdigen (Art. 477 Ziff. 1 und 2 ZGB).

3. — Der Begriff des Verbrechens gehört dem Strafrecht an. Er umfasst indessen in Art. 477 Ziff. 1 (wie auch in Art. 318) ZGB alles kriminelle Unrecht (Vergehen wie Verbrechen i. e. S.), entsprechend dem bei Beratung des ZGB vorgelegenen Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzes, der nur zwischen Verbrechen und Übertretungen unterschied (vgl. die Ausführungen von Ständerat Hoffmann zu diesem Enterbungstatbestand, Sten. Bull. 16 StR 179). Eine als Verbrechen oder Vergehen straffbare Handlung aber ist wesentliches Element des in Frage stehenden Enterbungsgrundes, wenn es auch der straf-

rechtlichen Verfolgung und Verurteilung nicht bedarf (BGE 73 II 214 Erw. 5). Nichts Abweichendes folgt daraus, dass die Schwere des Vergehens sich nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten bemisst, danach nämlich, in welchem Mass es geeignet war, die familiären Beziehungen zu beeinträchtigen.

Ob man es mit einem Verbrechen oder Vergehen zu tun hat, ist nach dem auf die betreffende Handlung örtlich und zeitlich anwendbaren Strafgesetze zu beurteilen. Im vorliegenden Falle ist für die allfällige strafrechtliche Bedeutung der im Jahre 1944 in der Schweiz erfolgten Strafanzeige das geltende, seit dem 1. Januar 1942 in Kraft stehende schweizerische Strafgesetzbuch massgebend.

Nach dessen Art. 303 ist nun aber falsche Anschuldigung nur dann als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedroht, wenn sie wider besseres Wissen geschah. Ein solches Verhalten der Eheleute Fanger ist nicht erwiesen. Kleider und Leibwäsche sowie Korbflaschen hatten der Erblasser und der mitbeschuldigte Bruder Heinrich gewissermassen eigenmächtig unter sich verteilt. Geschah dies auch wohl von vornherein in der Meinung, dass diese Sachen auf ihre Erbteile anzurechnen seien (sie waren ja im Erbschaftsinventar verzeichnet worden), so kann der Vorwurf des Diebstahls dennoch nicht als geradezu wider besseres Wissen erhoben gelten. Dem steht nicht entgegen, dass die Strafanzeige hinsichtlich dieser Positionen des Erbschaftsinventars keinen praktischen Interessen der Anzeiger dienen konnte, nachdem bereits im März 1941 die betreffenden Sachen in allseitigem Einverständnis den Brüdern Richard und Heinrich zugeteilt und ihnen zum Inventarwerte angerechnet worden waren. Und was die übrigen Punkte der Strafanzeige betrifft, so war diese zwar leichtfertig und erwies sich in der Untersuchung als unbegründet. Da aber der Sachverhalt nicht von Anbeginn an abgeklärt war, kann auch insoweit nicht von einer wider besseres Wissen erhobenen Anschuldigung gesprochen werden.

4. — Ist somit der vorinstanzlichen Entscheidung in der Bejahung eines « schweren Verbrechens » nicht zu folgen, so erscheint die Enterbung dagegen unter dem Gesichtspunkt von Art. 477 Ziff. 2 ZGB als gerechtfertigt. Hinsichtlich der den Brüdern Richard und Heinrich zum Inventarwert überlassenen Gegenstände trifft ohne weiteres die Bemerkung des Obergerichtes zu, es sei den Anzeigern nur darum zu tun gewesen, den Beschuldigten ein's auszuwischen. Und im übrigen erhoben sie die Strafanzeige ohne genügende Unterlagen. Dieses Vorgehen gegen den damals schon 72jährigen Erblasser musste diesen schwer verletzen, zumal noch Verhaftung und Hausdurchsuchung beantragt wurde. Frau Fanger handelte aus böser Gesinnung gegen ihn und kann sich nicht damit ausreden, dass ihr Beistand die Anzeige mitunterzeichnet habe.

In ihrem Verhalten liegt eine schwere Verletzung familienrechtlicher Pflichten gegenüber dem Erblasser. Dieser Tatbestand erfasst neben Unterlassungen wie Vernachlässigung von Unterhalts- und Unterstützungspflichten auch positive Handlungen gegen die Person eines Familien-genossen, wie namentlich Tätlichkeiten und Angriffe auf die Ehre (Erläuterungen zum Vorentwurf, 2. Ausgabe I S. 389). Ohne Zweifel können Handlungen, ohne strafbar zu sein, einen Familiengenossen schwer verletzen und, abgesehen von ihrer Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit an sich, die familiären Bande mit dem Verletzten beeinträchtigen oder völlig zerstören. Insofern sind nicht nur allgemeine Gebote, sondern zugleich familienrechtliche Pflichten verletzt. Art. 271 ZGB erhebt denn auch das von Natur gegebene Gebot, wonach Eltern und Kinder einander allen Beistand und alle Rücksicht schuldig sind, die das Wohl der Gemeinschaft erfordert, zur Rechtspflicht. Dem steht nicht entgegen, dass man es der Sache nach « mit einer gemischten Wirkung, einer rechtlichen und moralischen, sogar vorwiegend moralischen zu tun hat » (Ständerat Hoffmann, Sten. Bull. 1905 S. 1176, der zutreffend beifügt: « Immerhin können auch praktische

rechtliche Konsequenzen aus diesem Satze gezogen werden... »). Gewiss ist die Frage berechtigt, ob und allenfalls wieweit Art. 477 Ziff. 2 ZGB ausser Verstössen gegen « rechtliche » auch solche gegen « bloss moralische » Familienpflichten im Auge habe (was die Rechtsprechung bisher offen liess, vgl. BGE 48 II 437, 55 II 165). Man wird nicht jeden, wenn auch schweren Verstoss gegen guten Brauch und Sitte im Familienkreise der Sanktion des Art. 477 Ziff. 2 ZGB zu unterstellen haben. Auszugehen ist davon, dass diese Rechtsnorm im Zusammenhang mit Art. 271 ZGB der Familiengemeinschaft als solcher rechtliche Bedeutung zuerkennt und Rechtsschutz gewährt. Die Art. 270 und 271 haben nicht etwa nur die geschlossene Familiengemeinschaft zwischen Eltern und unmündigen Kindern im Auge, sondern gelten auch bei Mündigkeit derselben und unabhängig vom Bestande häuslicher Gemeinschaft (vgl. die Ausführungen von Huber und Gottofrey im Nationalrat : Sten. Bull. 1905 S. 741 ff.). Dabei lassen sich der deutsche und der italienische Text zwanglos auch auf das Verhältnis zwischen Geschwistern beziehen. Wenn der französische Text nur « les père et mère et l'enfant » einander gegenüberstellt, so lässt er das Verhältnis zwischen mehreren Geschwistern einfach unbeachtet, enthält also insofern eine Lücke. In der Tat beruht ja das Pflichtteilsrecht unter Geschwistern auf nichts anderem als der bei ihnen ebenfalls vorausgesetzten Familiengemeinschaft. Wer sich nun einem Bruder oder einer Schwester gegenüber so verhält, dass dieses Familienband zerrissen wird, verdient eben durch Enterbung aus dem Kreise der pflichtteilsberechtigten Erben ausgeschlossen zu werden. Im Sinne von Art. 477 Ziff. 2 ZGB fallen somit solche schuldhaft Handlungen in Betracht, die dazu angetan sind, die Familiengemeinschaft zu untergraben, und diese Wirkung auch tatsächlich im einzelnen Falle haben (für weite Auslegung der Gesetzesnorm denn auch ESCHER, 2. Auflage, zu Artikel 477 N. 21).

Das trifft bei der Strafanzeige der Frau Fanger und ihres

Ehemannes zu, die gegen den betagten Erblasser den schweren Vorwurf des Diebstahls enthielt und sich zum Teil auf Sachen bezog, über deren Zuteilung sich die Beteiligten bereits drei Jahre zuvor geeinigt hatten, im übrigen aber sich auf ungewisse Vermutungen stützte. Dieses Vorgehen musste den gänzlichen Abbruch der Familienbeziehungen mit dem Erblasser zur Folge haben und verrät ihm gegenüber eine üble Gesinnung, welche auch in subjektiver Hinsicht ausreichende Veranlassung zur Enterbung bot.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 5. Juli 1950 bestätigt.

**40. Urteil der II. Zivilabteilung vom 26. Oktober 1950
i. S. Giubellini gegen Erben Kühne.**

Die Schenkung von Todes wegen unterliegt den Formerfordernissen des Erbvertrages (Art. 245 Abs. 2 OR, Art. 512 ZGB).

Erbvertrag. Unterzeichnung durch die Vertragschliessenden in Gegenwart der Urkundsperson und der beiden Zeugen ist Gültigkeitserfordernis (Art. 512 Abs. 2 ZGB). Beweis für die Einhaltung der Form (Art. 8 ZGB).

Konversion formnichtiger Schenkungen von Todes wegen in testamentarische Vermächtnisse ?

La donation à cause de mort est soumise aux formes prévues pour le pacte successoral (art. 245 al. 2 CO, 512 CC).

Pacte successoral. La signature de l'acte par les parties contractantes en présence de l'officier public et des deux témoins est une condition de la validité du pacte (art. 512 al. 2 CC). Comment prouver que cette formalité a été remplie (art. 8 CC).

Conversion des donations à cause de mort nulles pour vice de forme en legs testamentaires ?

La donazione mortis causa è assoggettata alle forme previste pel contratto successorio (art. 245, cp. 2 CO, 512 CC).

Contratto successorio. La firma dell'atto ad opera delle parti contraenti, in presenza del pubblico funzionario e dei due testimoni, è una condizione della validità del contratto (art. 512, cp. 2 CC). Prova che questa formalità è stata osservata (art. 8 CC)

Conversione delle donazioni *mortis causa*, che sono nulle per vizio di forma, in legati testamentari.