

gerichts des Kantons Solothurn vom 22. Mai 1918 aufgehoben und das am 14. Juli 1914 errichtete, öffentliche Testament des Josef Zihler Vater für ungültig erklärt.

### 23. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. März 1919

#### i. S. Lützelschwab gegen Lützelschwab.

Vermächtnis oder Schenkung auf den Todesfall i. S. von Art. 245, Abs. 2 OR? Materielle und formelle Voraussetzungen der letzteren. Verhältnis zu einer späteren letztwilligen Verfügung. Aufhebung oder blosse Ergänzung der früheren?

A. — Am 14. April 1917 starb in Rheinfelden Anna Lützelschwab, die Schwester des Klägers Franz und des Beklagten Julius Lützelschwab. Durch notarielles Testament vom 22. Dezember 1911 hatte sie als Universalerben für « alles, worüber sie nicht hienach (im Testament) besonders verfüge oder was sie nicht schon zu Lebzeiten verschenkt habe » ihre drei damals noch lebenden Brüder Adolf — seither am 6. November 1915 gestorben — Franz und Julius zu gleichen Teilen eingesetzt. Was dabei dem Bruder Adolf über den Pflichtteil hinaus zukomme, « also drei Vierteile seines Erbanspruchs », sollte nach seinem Tode an Franz oder dessen Kinder als Nacherben fallen. Zu dieser Verfügung, so bemerkte die Erblasserin im Testament, werde sie « durch die unbegreiflich fremde Behandlung getrieben, die ihr von dritter Bruderseite (Julius) zu teil » werde.

Zwei Tage vorher, am 20. Dezember 1911 hatte sie auf vier ihr gehörenden, in ihrem Nachlass vorgefundenen Namensobligationen der Basellandschaftlichen Kantonalbank in Liestal zu je 2000 Fr. nachstehende von Anfang bis zu Ende eigenhändig geschriebene, datierte und unterschriebene Erklärungen angebracht :

a) und b) auf den Obligationen Serie II Nr. 1348 und 1349 :

« In Voraussicht eines raschen Ablebens geht diese Obligation auf meinen Bruder Franz als Eigentum über. Rheinfelden, den 20. Dezember 1911.

Anna Lützelschwab. »

c) und d) auf den Obligationen Serie II Nr. 139 und 140 :

« Diese Obligation ist bei meinem Tode auf Franz Lützelschwab übertragen.

Rheinfelden, den 20. Dezember 1911.

Anna Lützelschwab. »

Am 26. April 1917 liess sich der Beklagte Julius Lützelschwab die zum Nachlass gehörenden Wertschriften von der Inventarisierungsbehörde (Gemeinderat) Rheinfelden aushändigen und begab sich damit folgenden Tages zum Kläger. Es wurde vereinbart, dass er ein Sparbüchlein und einen Namenanteilschein der Schweiz. Volksbank zurückbehalte, um daraus Vermächtnisse, Steuern, usw. zu zahlen. Vom Reste nahm jede Partei die Hälfte an sich ; unter den dem Kläger zugeschiedenen Titeln befanden sich dabei auch die erwähnten vier Obligationen der Basellandschaftlichen Kantonalbank. Einige Wochen später lud Notar Mahrer in Rheinfelden den Beklagten zu sich und eröffnete ihm, dass der Kläger diese Obligationen zum voraus für sich beanspruche. Der Beklagte lehnte das Ansinnen ab. Mit der vorliegenden Klage stellt deshalb der Kläger die Begehren :

1. der Beklagte habe anzuerkennen, dass die streitigen vier Obligationen nebst Zinsen seit 14. April 1917 dem Kläger durch Anna Lützelschwab geschenkt oder vermacht seien ;

2. er sei zu verurteilen, dieselben dem Kläger unbeschwert zu Eigentum zu überlassen und zwar unbeschadet des Erbanspruchs des Klägers nach Testament vom 22. Dezember 1911 und ohne Anrechnung auf seinen Erbteil am Nachlass der Anna Lützelschwab.

Der Beklagte beantragt Abweisung der Klage, indem er ausführt : die Vormerke auf den Obligationen stellten sich als Schenkungen auf den Todesfall dar, weil damit

eine Zuwendung nicht aus dem Nachlass, sondern aus dem gegenwärtigen Vermögen des Zuwendenden gemacht worden sei. Sie seien deshalb schon wegen Nichtbeachtung der durch das damals noch massgebende aargauische Recht für solche Schenkungen vorgeschriebenen — notariellen oder gerichtlichen — Form ungiltig. Die Bestimmung von Art. 16 Abs. 2 SchlT z. ZGB, wonach die Erfüllung der zur Zeit der Errichtung der Verfügung oder des Todes geltenden Formvorschriften genüge, beziehe sich nur auf die eigentlichen Verfügungen von Todeswegen und auch unter diesen bloss auf eine Kategorie, die « letztwilligen Verfügungen », nicht auf die Schenkung für den Todesfall. Wollte man aber eine letztwillige Verfügung, d. h. ein Vermächtnis annehmen, so wäre es nach Art. 511 ZGB durch das spätere notarielle Testament vom 22. Dezember 1911 aufgehoben worden. Der im letzteren gemachte Vorbehalt von Schenkungen könne nur Geschenke im Auge haben, welche die Erblasserin allenfalls künftig noch machen werde: was sie bei der Testamenterrichtung bereits verschenkt gehabt, habe sie nicht auszunehmen brauchen, weil sie es nicht mehr besessen habe. Eventuell habe der Kläger auch dadurch, dass er die angesprochenen Obligationen bei der Teilung der Wertschriften vorbehaltlos auf seinen Erbteil entgegengenommen, auf die Geltendmachung von Sonderrechten daran verzichtet.

Durch Urteil vom 18. Dezember 1918 hat das Obergericht des Kantons Aargau II. Abteilung die Klage gutgeheissen. Es nimmt an, dass eine Schenkung auf den Todesfall im Sinne von Art. 245 Abs. 2 OR vorliege. Ob dieselbe durch das spätere Testament hätte widerrufen werden können, könne unerörtert bleiben, weil die Erblasserin einen solchen Widerruf tatsächlich nicht beabsichtigt habe. Sowohl nach dem Wortlaute des Testaments selbst als nach ihrem sonstigen Verhalten müsse angenommen werden, dass sie durch jenes nicht etwa die früheren Verfügungen vom 20. Dezember 1911 habe

ersetzen, sondern mit der Nacherbeneinsetzung dem Kläger noch eine weitere darüber hinausgehende Begünstigung zuwenden wollen. Die Frage der Formgiltigkeit des Schenkungsversprechens wird mit der Begründung bejaht, dass dazu nach Art. 16, Abs. 2 SchlT die Einhaltung der Form des neuen Rechtes ausreiche: sie sei aber gewahrt, indem die Erklärungen auf den Obligationen den Erfordernissen des eigenhändigen Testaments nach Art. 505 ZGB entsprechen.

B. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung des Beklagten mit dem Begehren auf Abweisung der Klage, eventuell Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Aktenvervollständigung.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Nach Art. 242, 244 OR hat die Schenkung den Charakter eines Vertrages zwischen dem Schenker und dem Beschenkten. Sie setzt deshalb um zustandekommen die Annahme des Schenkungsversprechens durch den letzteren voraus (AS 42 II S. 58 ff.). Das gilt nicht nur für Schenkungsversprechen, die noch bei Lebzeiten des Versprechenden erfüllbar sein sollen, sondern auch für die Schenkung auf den Todesfall im Sinne von Art. 245 Abs. 2 ebenda, d. h. das Versprechen einer unentgeltlichen Zuwendung, dessen Vollziehbarkeit auf den Tod des Schenkers gestellt ist. Auch es stellt sich nach dem Gesetz als eigentliche Schenkung dar, die sich von anderen nur durch den besonderen Inhalt der daran geknüpften Bedingung — Vorversterben des Schenkers — unterscheidet. Deshalb ist es denn auch ausschliesslich im Obligationenrecht unter dem Titel der Schenkung behandelt, während es im Erbrecht überhaupt nicht erwähnt wird. Wollte man in den von der Erblasserin auf den vier Obligationen angebrachten Vormerken Schenkungen auf den Todesfall sehen, so müsste deren Zustandekommen daher schon deshalb verneint werden, weil es dafür an der oben erwähnten materiellen Voraussetzung

— der Annahme durch den Beschenkten — fehlen würde. Denn nach der eigenen Darstellung des Klägers hat er von den Vormerken erst nach dem Tode der Erblasserin erfahren, als er Beklagte die bei der Inventarisierungsbehörde erhobenen Wertschriften zu ihm brachte: es ist deshalb ausgeschlossen, dass er der Schenkerin gegenüber eine auf Annahme ihres Antrages gerichtete Erklärung hätte abgeben können. Die Frage, ob die für ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall erforderliche Form gewahrt wäre, braucht danach nicht untersucht zu werden. Sie wäre, auch wenn man darauf Art. 16 Abs. 2 SchlT z. ZGB als anwendbar erachten wollte, noch nicht ohne weiteres gelöst. Denn Art. 245 Abs. 2 OR unterstellt die Schenkung auf den Todesfall nicht etwa den Vorschriften über die letztwilligen Verfügungen, sondern über die « Verfügungen von Todeswegen » schlechthin. Er lässt somit Zweifel darüber, welche Formvorschriften dafür gelten, ob wirklich die Errichtung in der Form der einseitigen letztwilligen Verfügung, des Testamentes erfolgen könne (wobei die Annahme von Bedachten formlos ausserhalb der Urkunde zu erklären wäre), wie es die Vorinstanz annimmt, oder ob nicht vielmehr, wie es der Vertragsnatur des Aktes entsprechen würde, die einzuhaltende Form diejenige der zweiseitigen Verfügung von Todeswegen, des Erbvertrages sei (vergl. im letzteren Sinne TUOR, Kommentar S. 93 Randnote 5). Entscheidend ist, dass hier eine Annahmeerklärung des Beschenkten überhaupt nicht, weder in Gestalt der Mitwirkung bei einer den Formerfordernissen des Erbvertrages entsprechenden Vereinbarung noch in anderer Form vorliegt.

2. — Ist demnach die Annahme einer in den streitigen Vormerken liegenden Schenkung auf den Todesfall abzulehnen, so steht andererseits aus denselben Erwägungen nichts entgegen, darin letztwillige Verfügungen, Vermächtnisse zu erblicken. Nicht nur ist die dafür nötige und ausreichende Form des eigenhändigen Testamentes nach Art. 505 ZGB unbestrittener- und unbestreitbarer-

massen erfüllt. Auch inhaltlich hat man es, nachdem eine Bindung der Erblasserin in der Verfügung über die Titel mangels Kenntnis des Klägers von der beabsichtigten Zuwendung ausser Betracht fällt, mit nichts anderem als einem Legate, der Zuwendung eines unentgeltlichen Vermögensvorteils aus der Erbschaft zu tun. Daran ändert die Tatsache nichts, dass der Wortlaut der Erklärung auf den beiden ersten Obligationen (« in Voraussicht eines raschen Ablebens geht diese Obligation auf meinen Bruder Franz als Eigentümer über ») auf einen sofort und nicht erst beim Eintritt des Erbfalls perfekt werden sollenden Forderungsübergang hinzuweisen scheint. Zweifellos handelt es sich hierbei nur um eine ungenaue Ausdruckweise und wollte die Klägerin damit nichts anders sagen als mit den entsprechenden Vormerken auf der dritten und vierten Obligation, nämlich dass die Titel bei ihrem Tode auf den Kläger übertragen sein sollen. Die Parteien sind denn auch darüber einig, dass alle vier Erklärungen gleich, nämlich im Sinne einer erst auf den Tod wirksamen Uebertragung auszuliegen seien. Wenn dabei auf die « Voraussicht eines raschen Ablebens » hingewiesen wurde, so lag darin nicht eine Bedingung der Zuwendung selbst, sondern lediglich die Angabe des Motivs für die Errichtung der Verfügung, dessen Nichtverwirklichung die letztere nicht hinfällig zu machen vermochte, wenn schon es nach anderer Richtung, wie insbesondere für die Frage, welche Bedeutung späteren Anordnungen der Erblasserin über ihr Vermögen zukomme, von Bedeutung sein kann.

3. — Es fragt sich demnach lediglich, ob nicht der dadurch zu Gunsten des Klägers begründete Anspruch durch spätere Vorgänge, Errichtung des notariellen Testamentes vom 22. Dezember 1911 oder Verzicht, wieder beseitigt worden sei. Auch dies ist zu verneinen.

Nach der Auslegungsregel des Art. 511 Abs. 1 ZGB spricht allerdings im Zweifel die Vermutung dafür, dass die später errichtete letztwillige Verfügung an Stelle

der früheren und nicht bloss neben sie trete. Es ist demnach nicht Sache des Beklagten zu beweisen, dass das Testament vom 22. Dezember 1911 die Verfügungen vom 20. Dezember 1911 habe aufheben sollen, sondern des Klägers, dass sie daneben in Kraft bleiben sollten. Dieser Beweis darf aber in einer Weise als geleistet gelten, welcher erhebliche Zweifel über den wahren Willen der Erblasserin nicht aufkommen lässt. Zwar ist nicht zu leugnen, dass sich auch für den Standpunkt des Beklagten, d. h. die Anwendung der gesetzlichen Vermutung, gewisse Anhaltspunkte anführen lassen. So der Umstand, dass die Obligationen im notariellen Testamente nicht mehr erwähnt werden, während es doch nahegelegen hätte, ihre Zuwendung an den Kläger darin nochmals zu bestätigen. Ferner die Tatsache, dass die Erblasserin am 20. Dezember 1911 offenbar mit einem raschen Ableben rechnete, woraus geschlossen werden könnte, sie habe damals gefürchtet, zur Errichtung eines vollständigen Testamentes keine Zeit mehr zu finden. Allein diese Indizien treten doch vor den anderen, welche auf das Gegenteil, nämlich darauf hindeuten, dass das notarielle Testament die früheren Verfügungen lediglich ergänzen sollte, durchaus zurück. Dafür dass der Wille der Erblasserin nur hierauf gerichtet war, d. h. dass sie mit dem notariellen Testament nicht über den gesamten Nachlass, sondern nur über den nicht schon am 20. Dezember 1911 vergebenen Teil desselben verfügen wollte, spricht nicht nur die darin neuerdings zum Ausdruck gebrachte Absicht, den Beklagten gegenüber dem Kläger im Erbrecht zurückzusetzen, sondern vor allem auch die Beschränkung der Erbeinsetzung auf das, « was sie nicht schon zu Lebzeiten verschenkt habe ». Hätte es sich dabei lediglich um den Vorbehalt künftiger Schenkungen gehandelt, so würde dafür eine andere Ausdrucksweise (z. B. « alles, was ich nicht zu Lebzeiten verschenken werde » oder « verschenkt haben sollte ») gewählt worden sein. Die Wendung « verschenkt habe », so wie sie ge-

braucht wurde, d. h. ohne jeden ergänzenden Zusatz, kann nur auf in der Vergangenheit liegende Zuwendungen bezogen werden. Wenn die Erblasserin dabei von « Schenkungen » sprach, obwohl diese Bezeichnung auf die hier in Frage stehenden Verfügungen streng rechtlich betrachtet nicht zutrifft, so kann daraus umsoweniger geschlossen werden, dass damit nicht diese, sondern andere Vergabungen gemeint gewesen seien, als ja auch die Vorinstanzen dem gleichen Irrtum über den juristischen Charakter der auf den Obligationen angebrachten Erklärungen unterlegen sind. Entscheidend fällt aber vor allem in Betracht, dass die Erblasserin nachher noch während Jahren die Zinscoupons von den Titeln abgetrennt hat und dabei auch die streitigen Uebertragungsvormerke jeweilen wieder zu Gesicht bekommen musste: hätte sie dieselben als widerrufen oder aufgehoben betrachtet, so hätte sie zweifellos nicht unterlassen, sie durchzustreichen. Wenn sie dies nicht tat, so darf darin der schlüssige Beweis dafür erblickt werden, dass sie sie nach wie vor d. h. trotz des notariellen Testamentes vom 22. Dezember 1911 aufrechtgehalten wissen wollte.

Auch die vom Beklagten weiter erhobene Einrede des Verzichtes ist unbegründet. Ein solcher wäre allerdings — die Anfechtung wegen Irrtums vorbehalten —, wohl dann anzunehmen, wenn die Wertschriften die einzigen Erbschaftsaktiven gebildet hätten, da alsdann die Inbesitznahme je der Hälfte derselben durch jede Partei wohl nicht anders denn als Teilung durch « Aufstellung und Entgegennahme der Lose » im Sinne von Art. 634 ZGB gedeutet werden könnte. Nun steht aber fest, dass jene Voraussetzung nicht zutrifft, sondern zum Nachlass auch noch eine Reihe anderer Objekte — vor allem Liegenschaften — gehören. Es ist deshalb mit der Vorinstanz anzunehmen, dass es sich bei der Zusage vom 27. April 1917 nicht um eine eigentliche Erbteilung, d. h. um eine endgiltige Auseinandersetzung über die beiderseitigen Ansprüche auf die Titel, sondern um eine bloss

vorläufige Uebnahme derselben auf Rechnung der späteren definitiven Teilung handelte. Eines besonderen dahingehenden Vorbehaltes des Klägers bedurfte es, um der Abmachung bloss diese Bedeutung zu geben, nicht. Vielmehr wäre es bei dem geschilderten Tatbestand Sache des Beklagten gewesen, wenn er ihr eine weitergehende Wirkung verleihen wollte, dies bei den Verhandlungen selbst und vor der Entgegennahme der Titel durch den Kläger zum Ausdruck zu bringen. Dass dies geschehen sei, behauptet er aber selbst nicht.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 18. Dezember 1918 bestätigt.

**24. Arrêt de la 2<sup>me</sup> section civile du 18 mars 1919**  
dans la cause **Plomb** contre **Plomb**.

Conditions auxquelles il est possible de rectifier ou de compléter la date inexacte ou incomplète d'un testament.

Le 30 avril 1917 est décédé à l'hôpital de Porrentruy Joseph Plomb, cultivateur à Boncourt. Il laissait comme héritiers son père Pierre Plomb, sa sœur Hermance Schigand-Plomb, et son frère Henri Plomb.

Le 29 décembre 1916 le défunt avait fait un testament olographe en faveur de son frère. Il a fait un second testament de la teneur suivante :

« Porrentruy, le 10 avril 191

» Je donne mes champs que j'aie ressu en partage de ma mère insi que la part de mon oncle Joseph Plomb a ma sœur Hermance Schigand elle est légataire de mes champ et du lègue de mon oncle Joseph Plomb

» vous : payerai chacun par moitié les frais de l'hauptal » signé : Joseph Plomb fils Pierre ».

Henri Plomb a ouvert action à son père, à sa sœur et au mari de cette dernière, en concluant à la nullité de ce second testament, fait après celui du 29 décembre 1916 pendant le séjour de Joseph Plomb à l'hôpital de Porrentruy, mais dont l'année de la rédaction n'est indiquée que par 191, ce qui est un non-sens.

Les défendeurs ont conclu à libération. Ils soutiennent que la date erronée « 191 » peut être rectifiée au moyen des éléments suivants qui établissent que le testament est du 10 avril 1917 : d'une part, le testament a été envoyé à Hermance Schigand dans une enveloppe portant le timbre postal « Porrentruy 12 avril 1917 » et, d'autre part, la mention qui y est faite des frais d'hôpital se rapporte au séjour que le défunt a fait à l'hôpital de Porrentruy du 9 mars au 30 avril 1917.

La Cour d'appel du canton de Berne ayant adjugé les conclusions de la demande par arrêt du 19 novembre 1918, les défendeurs ont recouru en réforme au Tribunal fédéral en reprenant leurs conclusions libératoires.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

Pour trancher la question de savoir si et à quelles conditions la date inexacte ou incomplète d'un testament olographe peut être rectifiée ou complétée, l'instance cantonale s'est inspirée des principes posés en cette matière par la doctrine et la jurisprudence françaises et qui peuvent être résumés comme suit (v. BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, Des Donations et des testaments, II, p. 50 et suiv., Pandectes françaises sous Donations et Testaments nos 6422 à 6517 et Supplément nos 857 à 1010) :

Il ne suffit pas que le testament porte une date quelconque ; il faut encore que cette date corresponde à la réalité. Lors donc que le testament a *volontairement* indiqué une date fausse ou incomplète, le testament sera annulé pour vice de forme. Par contre lorsque cette