

in Betracht fallen, wenn es sich darum handeln würde, über einen eigenen Anspruch der Beklagten auf ungeteilte Zuweisung zu entscheiden. Mit Unrecht sodann behaupten die Beklagten, eine ungeteilte Zuweisung des Gewerbes an mehrere Erben sei unzulässig. Der Art. 620 spricht freilich nur von einem und nicht von mehreren Erben. Allein es liegt gar nichts dafür vor, diesem einfachsten Falle nicht auch die aus einer Summation sich ergebenden Fälle gleichzustellen, wo verschiedene Erben als Bewerber um die Zuweisung auftreten (vergl. ESCHEHR, aaO, Note 3, b, aa). Der gesetzgeberische Zweck einer Erhaltung des Gewerbes als Betriebseinheit vermittelt der Zuteilung behält ja auch hier seine volle Geltung, nur dass sich noch die weitere Möglichkeit bietet, die gesamte Betriebseinheit unter Umständen in verschiedene selbständige Untereinheiten zu zerlegen und solche gesondert zuzuweisen. Uebrigens redet der Art. 621, indem er den Grundgedanken des Art. 620 näher ausführt, in seinen Absätzen 2 und 3 von einer Mehrzahl die Zuteilung begehrender Erben. Unerheblich ist im weitern, dass einer der Kläger, der ältere Sohn des Erblassers, bereits ein eigenes Heimwesen besitzt. Diese Tatsache genügt nicht, um anzunehmen, es sei dem Kläger Christian Aebersold gar nicht um die angeehrte Einweisung in das väterliche Gewerbe zu ungeteiltem Besitz zu tun, sondern die Einweisung sei für die Kläger nur das Mittel, um die Liegenschaften nachher unter sich teilen zu können, sei es durch Trennung in die einzelnen Heimwesen, sei es durch parzellenweise Zerstückelung und allfällige Veräusserung des Landes. Die blosser Möglichkeit, dass die Kläger einmal die Teilung beschliessen und ausführen könnten, bildet keinen Grund, ihrem derzeitigen Begehren, ihnen den väterlichen Liegenschaftsbesitz gemeinsam zuzuweisen, zu widersprechen. Mit der Zuweisung übernimmt der Erbe keineswegs die Verpflichtung, die wirtschaftliche Betriebseinheit, so wie sie bei der Uebernahme bestand, in Zukunft unverändert

aufrecht zu erhalten. Wohl aber bleiben den Beklagten ihre allfälligen Rechte gewahrt, die ihnen gemäss Art. 619 ZGB daraus erwachsen, dass die Kläger später zu einer Teilung schreiten sollten; dies namentlich, falls sich alsdann herausstellen würde, dass das nunmehrige Begehren auf gemeinsame Zuweisung wirklich nur der Absicht entsprungen ist, den Art. 620 vorzuschützen, um durch eine für die Kläger günstige Schätzung der Liegenschaften im Verhältnis zu den Miterben einen gesetzlich nicht gerechtfertigten Vorteil zu erlangen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern, vom 27. Juni 1917 bestätigt.

78. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. November 1917

i. S. Oehrli und Mithbeteiligte, gegen Graf-Oehrli.

Einfluss der richterlichen Ungültigerklärung einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen auf die Wirksamkeit der übrigen. — Anfechtung der auf Grund eines von mehreren Testamenten vorgenommenen Erbteilung, weil die Zustimmung in der irrigen Voraussetzung erfolgt sei, dass das andere, dem Anfechtenden günstigere vom Richter ganz und nicht nur in einem Punkte aufgehoben worden sei. Anwendbarkeit von Art. 24. Ziff. 4 OR.

A. — Die kinderlosen Eheleute Christian und Marianne Oehrli-Rohrbach in Interlaken errichteten am 29. November 1917 eine Eheverkommnis sowie je eine letzte Willensverordnung, wodurch sie über ihr Vermögen ohne Rücksicht auf die Herkunft so verfügten, dass: 1. der überlebende Ehegatte Eigentümer des ganzen Vermögens werden, 2. nach dem Tode des zweiten Ehegatten die gesamte Verlassenschaft je zur Hälfte an die Verwandten des Mannes und der Frau fallen sollte. In den

letzten Verordnungen sowohl des Ehemannes als der Ehefrau, die wörtlich übereinstimmten, waren die Quoten, zu denen die auf die beiden Stämme entfallenden Hälften den einzelnen Erben dieser Stämme zukommen sollten, genau bestimmt. Es sollten auf der Seite des Mannes erhalten: dessen Bruder einen Drittel, die übrigen Erben, nämlich 8 Neffen und Nichten, worunter die Ehefrau des heutigen Klägers Margaritha Graf geb. Oehrli, die verbleibenden zwei Drittel und zwar so, dass Frau Graf nur halb so viel bekommen sollte als die andern sieben Beteiligten « also », wie die letzte Willensverordnung sich ausdrückte, « $\frac{1}{16}$ ». Auf Seite der Ehefrau wurden eingesetzt: der heutige Kläger Josef Graf-Oehrli zu $\frac{1}{12}$ und für die übrigen $\frac{11}{12}$ fünf andere Nichten und Neffen zu gleichen Teilen. Nach dem am 1. August 1908 eingetretenen Tode der Ehefrau Oehrli-Rohrbach errichtete der Ehemann am 2. März 1909 ein zweites Testament, wie er im Eingang dazu bemerkte, « weil er sich aus Billigkeitsrücksichten entschlossen habe, seine früheren Verfügungen in einigen Punkten abzuändern ». Die Abweichungen von der früheren Ordnung bestanden darin: 1. dass der Nachlass statt je zur Hälfte an die Verwandten des Ehemannes und der Ehefrau zu $\frac{3}{5}$ an die ersteren und zu $\frac{2}{5}$ an die letzteren fallen sollte; 2. die Quoten der einzelnen Erben jedes Stammes gleich bemessen waren, mit Ausnahme des Bruders des Ehemannes, dem, wie im ersten Testament von dem auf die Mannesseite entfallenden Vermögensteil $\frac{1}{3}$ zugewiesen wurde.

Am 12. Dezember 1912, also unter der Herrschaft des neuen Rechts, starb auch der Ehemann Oehrli-Rohrbach. Die Erben des Frauenstammes mit Ausnahme des heutigen Klägers Josef Graf-Oehrli fochten das zweite Testament auf dem Klagewege mit dem Begehren an, es « für sie » ungültig und unverbindlich zu erklären und « festzustellen, dass die Teilung der Verlassenschaft

zwischen den Parteien nach Massgabe der von den Eheleuten Oehrli-Rohrbach am 29. November 1907 errichteten Eheverkommnis und letzten Willensverordnungen stattzufinden habe ». Mit rechtskräftig gewordenem Urteil vom 28. Oktober 1914 sprach der Appellationshof des Kantons Bern den Klägern « ihre Rechtsbegehren im Sinne der Motive zu », wobei er in den letzteren zur Erläuterung dieses Dipositives ausführte: « Hat man es nach » dem Gesagten mit einem gültigen Erbvertrage der » Eheleute Oehrli im Sinne von Art. 494 ZGB zu tun, so » ist die vom Ehemann Oehrli am 22. März 1909 errichtete » zweite letztwillige Verfügung gemäss Abs. 3 daselbst in » der Tat insoweit anfechtbar und zwar von Seite der » Kläger als Vertragserben (Escher, Note 5b das.) als » dieselbe mit seinen Verpflichtungen aus der Ehever- » kommnis vom 29. November 1907 und aus den in Ge- » mässheit derselben errichteten korrespondierenden Testa- » menten der Eheleute Oehrli vom gleichen Tage nicht » vereinbar ist. Dies ist insofern der Fall, als der Ehemann » Oehrli dort die Erbeinsetzung seiner Verwandten von » der Hälfte auf $\frac{3}{5}$ erhöht und diejenige der Verwandten » seiner Ehefrau auf $\frac{2}{5}$ des Vermögens reduziert hat, » denn in der mehrerwähnten Eheverkommnis war aus- » drücklich vereinbart worden, dass den beidseitigen » Verwandten je die Hälfte des Vermögens zufallen sollte, » und einzig die Bestimmung der Anteilsverhältnisse der » einzelnen Verwandten an der ihnen zugesicherten Ver- » mögenshälfte war dem freien Belieben der Ehegatten » Oehrli anheimgestellt. Die Rechtsbegehren der Klage » stellen sich danach dem Sinne als begründet dar, dass » die letzte Willensverordnung des Christian Oehrli vom » 22. März 1909 insoweit der Anfechtung unterliegt, als » sich die Kläger eine Herabsetzung ihres Anteils an dem » betreffenden Vermögen zu Gunsten der Beklagten von » der Hälfte auf $\frac{2}{5}$ nicht gefallen zu lassen brauchen und » in dieser Richtung die Bestimmungen der Eheverkomm-

» nis und der letztwilligen Verfügungen der Eheleute
 » Oehrli d. d. 29. November 1907 nach wie vor Regel
 » machen. »

Nach Empfang des Urteils schrieb der Anwalt der beklagten Erben der Mannesseite Dr. König in Bern dem Ehemann Graf-Oehrli, der am Rechtsstreite als Vertreter seiner Frau auf dieser Seite teilgenommen hatte, am 4. Dezember 1914, dass der Appellationshof « die Klage der Erben der Frauenseite gutgeheissen habe » : er bitte um Bericht, ob dagegen die Berufung an das Bundesgericht ergriffen werden solle. In einem weiteren Briefe vom 13. Januar 1915 ergänzte er diese Mitteilung dahin, dass das Urteil, nachdem die Berufung nicht verlangt worden, rechtskräftig geworden sei : « Die Teilung werde sich daher ausschliesslich nach dem alten Testamente zu vollziehen haben. »

Auf Grund dessen fasste sodann der Erbschaftsverwalter Notar Ruel in Interlaken den vom 26. April 1915 datierten Teilungsvertrag ab. Im « Vorbericht » dazu wird unter Ziffer 2 als « Grundlage der Teilung das über den Nachlass des Ehemannes Oehrli-Rohrbach aufgenommene öffentliche Inventar sowie dessen Testament vom 29. November 1907 » bezeichnet, das in seinem wesentlichen Inhalt wörtlich in den Teilungsvertrag aufgenommen wurde : Ziffer 4 ebenda bemerkt, dass das vom Erblasser errichtete zweite Testament vom 22. März 1909 durch Urteil des Appellationshofes aufgehoben worden sei und daher für die Teilung ausser Betracht falle. Die Verteilung der auf die Seite des Ehemannes Oehrli-Rohrbach fallenden Hälfte des insgesamt 400,000 Franken betragenden Reinvermögens wurde so vorgenommen, dass davon zugewiesen wurden :

1. ein Drittel dem Bruder des Erblassers bzw., da er inzwischen verstorben war, dessen Nachkommen,
2. von den verbleibenden $\frac{2}{3}$ oder 133,333 Fr. 34 Cts., $\frac{1}{16}$ oder 8333 Fr. 36 Cts. der Frau Graf-Oehrli, die

übrigen $\frac{15}{16}$ zu gleichen Teilen, also mit je 17,857 Fr. 14 Cts. den sieben anderen Nichten und Neffen.

Die auf der Mannesseite miterbende Nichte Elise Oehrli ist nach Erbanfall verstorben und von Frau Graf-Oehrli beerbt worden.

Nach Vollzug der Teilung entstand zwischen dem Staate Bern, der von den Erben einen Erbschaftssteuerbetrag von 13,910 Fr. 35 Cts. forderte, und den Erben ein Verwaltungsprozess. In der Klage des Staates ging dessen Vertreter davon aus, dass durch das Urteil des Appellationshofes vom 28. Oktober 1914 zwar die im zweiten Testament verfügte Begünstigung des Mannesstammes dahingefallen, die andere Verfügung, wonach die Erben jedes Stammes mit Ausnahme des Bruders des Erblassers gleiche Teile erhalten sollen, dagegen aufrecht geblieben sei und der Erbteil der Frau Graf deshalb gleich dem der übrigen Nichten und Neffen $\frac{1}{12}$ der auf den Mannesstamm entfallenden Vermögenshälfte betrage. Nachdem in diesem Streite bereits verschiedene andere Erben den Fürsprecher Dr. Brand in Bern mit ihrer Vertretung beauftragt hatten, erteilten mit Brief vom 7. September 1915 auch die Eheleute Graf-Oehrli ihm das Prozessmandat, und machten ihn hiebei zugleich darauf aufmerksam, dass die Ausführungen des Staates auf einem « Irrtum » beruhten, indem Frau Graf tatsächlich bei der Teilung nicht gleich, sondern nur halb so viel als die anderen Erben bezogen habe. Darauf teilte Fürsprecher Brand dem Ehemann Graf am 22. September 1915 mit, dass nach seiner Auffassung die Erbteilung unrichtig vorgenommen worden sei. Aus dem Urteile des Appellationshofes ergebe sich klar : dass das zweite Testament nur insoweit aufgehoben worden sei, als es der Mannesseite zum Nachteil der Frauenseite mehr als die Hälfte des Gesamtvermögens zugewiesen habe. Im übrigen d. h. inbezug auf die Gleichstellung der Erben der Mannesseite unter sich sei es als in Kraft verblieben

anzusehen. Es hätten demnach von den auf die acht Neffen und Nichten des Mannesstammes kommenden $\frac{8}{12}$ jedes gleichviel, nämlich einen Zwölftel oder 16,666 Fr. 66 Cts. erhalten sollen, sodass den anderen sieben auf Kosten der Frau Graf insgesamt 8333 Fr. 36 Cts. oder jedem von ihnen 1190 Fr. 48 Cts. zu viel zugeteilt worden seien, welche Summe sich infolge der Beerbung der ebenfalls zu Unrecht um soviel begünstigten Elise Oehrli durch Frau Graf um 1190 Fr. 48 Cts., also auf 7142 Fr. 88 Cts. reduziere.

Da der Erbschaftsverwalter und die betroffenen Miterben es ablehnten, die Teilung gütlich in diesem Sinne zu berichtigen, hob darauf der Ehemann Graf namens seiner Ehefrau am 15. August 1916 gegen die übrigen Miterben des Mannesstammes mit Ausnahme der Nachkommen des nachverstorbenen Bruders des Erblassers die vorliegende Klage an, womit er verlangt, es sei der Teilungsvertrag vom 26. April 1915 für ihn als unverbindlich zu erklären und es seien die Beklagten zu verurteilen, den ihnen zu Unrecht ausgerichteten Erbteil von 7142 Fr. 88 Cts. oder eventuell jeder 1190 Fr. 48 Cts. zurückzuerstatten. Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage, indem sie geltend machten, dass mit der Ungültigkeit der ersten im späteren Testament enthaltenen Verfügung auch die zweite über die Gleichbemesung der Quoten innert der beiden Stämme dahingefallen sei, da beide eine Einheit bildeten und nicht auseinandergerissen werden dürften. Eventuell werde bestritten, dass sich die Eheleute Graf-Oehrli bei Unterzeichnung des Erbteilungsvertrages in einem Irrtum befunden hätten. Aus ihrem Verhalten, insbesondere der von der Ehefrau an der Erbenversammlung vom 22. Februar 1913 an den Erbschaftsverwalter gerichteten Frage ergebe sich, dass die Möglichkeit einer blossen teilweisen Ungültigkeit des zweiten Testamentes ihnen nicht entgangen sei. Wenn sie trotzdem dem Teilungsvertrage zugestimmt hätten, so müsse darin ein Verzicht auf weiter-

gehende Ansprüche erblickt werden, der die nachträgliche Anfechtung der Teilung ausschliesse. Weiter eventuell wäre der Irrtum jedenfalls kein wesentlicher, da bei dem, was die Eheleute Graf insgesamt aus dem Nachlass Oehrli-Rohrbach bezogen hätten, der nachgeforderte Betrag von 7000 Fr. zu gering erscheine, als dass er irgendwie erheblich ins Gewicht fallen könnte. Auch würde die Berufung darauf gegen Treu und Glauben und die dem Erblasser geschuldete Pietät verstossen, indem sie auf eine Durchkreuzung des Willens dieses hinauslaufe, der ersichtlich darauf gegangen sei, den Nachlass in billiger Weise zu verteilen, wobei die zufällige Tatsache der Verwandtschaft der Eheleute Graf mit beiden Seiten ihnen nicht dem Umfange nach doppelte Vorteile hätte verschaffen sollen.

B. — Durch Urteil vom 18. Mai 1917 hat der Appellationshof des Kantons Bern, II. Zivilkammer, die Klage dahin gutgeheissen, dass er die sämtlichen Beklagten verpflichtete, an den Kläger je 1190 Fr. 48 Cts. nebst Zins zu 5% seit 27. Juni 1916 zurückzuerstatten, das weitergehende Begehren um solidare Verurteilung der Beklagten für den Gesamtbetrag von 7142 Fr. 88 Cts. dagegen abgewiesen] und die Prozesskosten des Klägers von 1100 Fr. den Beklagten auferlegt.

C. — Gegen dieses Urteil haben die Beklagten rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrage auf Aufhebung und Abweisung der Klage unter Kostenfolge.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten die schriftlich gestellten Berufungsbegehren erneuert. Der Vertreter des Klägers hat auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung:

1. — Aus den oben wiedergegebenen Entscheidungsgründen des früheren Urteils des bernischen Appellations-

hofes vom 28. Oktober 1914 erhellt unzweideutig und ist überdies heute nicht mehr bestritten, dass durch jenes Urteil von den beiden Abänderungen, welche das zweite Testament des Ehemannes Oehrli-Rohrbach gegenüber dem ersten enthielt, nur die eine, auf die Zuweisung von $\frac{3}{8}$ statt bloss der Hälfte des Gesamtvermögens an die Verwandten der Mannesseite bezügliche, aufgehoben worden ist, während die andere, das Verhältnis der Erben des Mannesstammes unter sich betreffende, dadurch nicht berührt wurde. Es könnte daher die Zugrundlegung des ersten Testamentes auch für die Teilung unter den letzteren nur dann als richtig betrachtet werden, wenn das Dahinfallen des zweiten Testaments in einem Punkte auch die Unwirksamkeit seines sonstigen Inhalts zur Folge gehabt hätte. Voraussetzung dafür wäre, dass die beiden Anordnungen nach dem Willen des Erblassers eine Einheit in dem Sinne bildeten, dass er ohne die erste auch die zweite nicht getroffen haben würde. Dass in einem solchen Falle die Ungültigkeit einer von mehreren in einem Testamente enthaltenen Verfügungen auch die Unwirksamkeit der anderen nach sich zieht, ergibt sich, obwohl es das ZGB im Gegensatz zum deutschen Rechte nicht ausdrücklich ausspricht, notwendig aus der Vorschrift des Art. 469, wonach für die Auslegung letztwilliger Verfügungen vor allem der wahre Wille des Erblassers massgebend sein muss. Es finden daher auf die teilweise Ungültigkeit letztwilliger Verfügungen die nämlichen Regeln Anwendung, welche für die Willensinterpretation bei der teilweisen Nichtigkeit zweiseitiger Rechtsgeschäfte unter Lebenden gelten (Art. 20 OR). Der Beweis für das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses der erwähnten Art trifft denjenigen, der es behauptet, weil im Zweifel davon auszugehen ist, dass jede Verfügung für sich und unabhängig von den anderen getroffen worden sei. Er hat hier nicht erbracht werden können. Die einzige Begründung, welche die Beklagten dafür anzuführen ver-

mögen, nämlich dass die Erhöhung der Erbquote der Ehefrau Graf einen Ausgleich für die Verkürzung habe bilden sollen, welche andererseits der Ehemann als Erbe der Frauenseite durch die Herabsetzung des auf diese Seite fallenden Teiles des Gesamtvermögens erfahren habe, hält offenbar nicht Stand. Da die Eheleute Graf am Erbe auf beiden Seiten zu ungefähr gleichen Quoten beteiligt waren, konnte sie die Verschiebung des Anteils der Frauenseite zu Gunsten der Mannesseite nur unwesentlich treffen, indem sie nach dem ersten Testament $\frac{1}{12} + \frac{1}{16}$ von je 200,000 Fr. bzw. 133,333 Fr. oder 16,666 Fr. + 8333 Fr. = 25,000 Fr. erhielten, während ihnen nach dem späteren, ohne die Gleichstellung der Erben jeder Seite unter sich, zugekommen wären $\frac{1}{12}$ und $\frac{1}{16}$ von je 160,000 Fr. oder 13,333 Fr. + 10,000 Fr. = 23,333 Fr. Durch die Anordnung jener Gleichstellung, die einzig ihnen zugutekam, dagegen erhöhten sich ihre Anteile so, dass zufielen der Ehefrau $\frac{1}{8}$ von 160,000 Fr. oder 20,000 Fr., dem Ehemanne $\frac{1}{6}$ derselben Summe oder 26,666 Fr. beiden zusammen also 46,666 Fr. Der Vorteil, welchen jene zweite Anordnung ihnen brachte, überstieg also die Verkürzung, welche sich aus der Verschiebung der Anteile der Mannes- und Frauenseite ergab, um das Fünffache, sodass er sich unmöglich als blosser Kompensation für diese Verkürzung erklären lässt. Nachdem andere Anhaltspunkte für den behaupteten Zusammenhang beider Verfügungen nicht angeführt werden konnten — auch der als Zeuge angerufene Erbschaftsverwalter Ruef vermochte nicht zu behaupten, dass sich der Erblasser je zu ihm in diesem Sinne geäußert habe, sondern nur erklärt, dass er die Sache so aufgefasst habe — muss daher die von den Beklagten aus der teilweisen richterlichen Ungültigerklärung des zweiten Testamentes gezogene Folgerung abgelehnt und davon ausgegangen werden, dass dasselbe, soweit die Festsetzung der Quoten der einzelnen Erben der Mannesseite

betreffend, heute noch zu Recht besteht, die Teilung vom 26. April 1916 also in der Tat auf unrichtiger Grundlage vorgenommen worden ist.

2. — Da die Beklagten den zuviel bezogenen Betrag durch einen mit dem Kläger abgeschlossenen Teilungsvertrag zugeschieden erhalten haben, kann immerhin die aus dem Vorstehenden sich ergebende Feststellung, dass der Kläger bzw. dessen Ehefrau darauf ein « besseres Erbrecht » (Art. 598 ZGB) gehabt hätten, zur Gutheissung der Klage nicht genügen. Denn der Titel, auf Grund dessen die Beklagten die Summe besitzen, ist eben nicht mehr ihr Erbrecht am Nachlass des Ehemanns Oehrli-Rohrbach, sondern die im Abschluss der Teilung liegende vertragliche Vereinbarung mit dem Kläger. Es kann daher der Kläger die Rückerstattung des Empfangenen unter Berufung auf sein besseres Erbrecht nur verlangen, wenn er jene Vereinbarung selbst als wegen eines ihr anhaftenden Willensmangels für ihn unverbindlich anzufechten vermag, wie er es mit der Behauptung, dass er und seine Ehefrau sich bei Unterzeichnung des Teilungsvertrages in einem wesentlichen Irrtum befunden hätten, geltend macht. Frägt sich ob ein solcher Irrtum wirklich vorliege, so kann kein entscheidendes Gewicht darauf gelegt werden, dass die Eheleute Graf-Oehrli, nach der von der Ehefrau anlässlich der Erbenversammlung vom Februar 1913 an den Erbschaftsverwalter gerichteten Frage zu schliessen, ob nicht bei erfolgreicher Anfechtung des zweiten Testaments inbezug auf die Begünstigung der Mannesseite als solche dasselbe gleichwohl inbezug auf die Erbteile der Erben dieser Seite unter sich aufrecht bleibe, ursprünglich offenbar an die Möglichkeit einer bloss teilweisen Ungiltigkeit des Testaments dachten. Abgesehen davon, dass ihnen der Erbschaftsverwalter schon damals einen verbindlichen Bescheid gab, ist zu beachten, dass jener Vorgang vor dem Urteile des Appellationshofes vom 28. Oktober 1914 lag. Nachdem auf die Ausfällung dieses der Anwalt der Eheleute Graf ihnen mitteilte, dass infolge-

dessen die Teilung sich ausschliesslich nach dem ersten Testamente werde zu vollziehen haben, und nachdem die gleiche Feststellung auch von dem für alle Beteiligten handelnden Erbschaftsverwalter ausdrücklich in den Teilungsvertrag aufgenommen wurde, mussten die Eheleute Graf davon ausgehen, dass die richterliche Aufhebung des zweiten Testaments sich auf dessen gesamten Inhalt, nicht nur auf einen Teil erstrecke. Wenn der Appellationshof in dem heute angefochtenen Urteil angenommen hat, dass die Kläger durch die Unterzeichnung des Teilungsvertrages nicht etwa auf ihnen nach ihrer Auffassung möglicherweise zustehende, aber zweifelhafte weitergehende Ansprüche hätten verzichten wollen, sondern in der irrigen Ansicht befangen gewesen seien, mehr als ihnen der Teilungsvertrag zuschied, keinesfalls verlangen zu können, so ist somit diese Feststellung, weil auf einer nicht aktenwidrigen Würdigung der vorliegenden Beweismittel beruhend bundesrechtlich nicht anfechtbar. Ob die Eheleute Graf ihren Irrtum bei sorgfältiger eigener Prüfung des Urteils hätten erkennen können, spielt keine Rolle. Auch wenn es der Fall wäre oder man annehmen wollte, dass sie eine allenfalls nach dieser Richtung ihrem damaligen Anwalte zur Last fallende Fahrlässigkeit gegen sich gelten lassen müssten, käme darauf nichts an. Die fahrlässige Verschuldung des Irrtums vermöchte höchstens Schadenersatzansprüche der Beklagten im Sinne von Art. 25 OR zu begründen. An der Unverbindlichkeit des Teilungsvertrages als solchen könnte dadurch nichts geändert werden. Sie hängt ausschliesslich davon ab, ob der Irrtum selbst nach seinem Gegenstand ein wesentlicher im Sinne von Art. 23, 24 OR war. Auch dies ist mit der Vorinstanz zu bejahen, weil er einen Sachverhalt betraf, der eine notwendige Grundlage des Vertrages d. h. der Teilung bildete und als solche denn auch in der Vertragsurkunde ausdrücklich bezeichnet wurde. Die Frage, inwiefern unter den Begriff des « Sachverhalts » im Sinne von Art. 24 Ziff. 4 OR

auch die irrige Vorstellung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses falle, braucht dabei nicht erörtert zu werden. Denn der Irrtum dem die Eheleute Graf zum Opfer fielen, bezog sich eben nicht darauf, welche Folgen eine teilweise Ungiltigerklärung des zweiten Testamentes für die Wirksamkeit der anderen darin enthaltenen Verfügungen habe, sondern auf den Umstand, wie der Appellationshof im ersten Prozesse geurteilt, ob er das Testament nur teilweise oder ganz aufgehoben habe. Diese Frage ist aber eine Tatfrage. Dass es sich dabei psychologisch betrachtet um einen Irrtum im Beweggrunde handelte, ist unerheblich. Auch der Irrtum im Beweggrunde ist ein wesentlicher, sobald er sich auf einen der in Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1—4 erwähnten Punkte bezieht. Wenn Abs. 2 ebenda den reinen Motivirrtum grundsätzlich von der Berücksichtigung ausschliesst, so kann dies nach dem Zusammenhang nur die Meinung haben, dass ausserhalb des Gebietes der Ziff. 1—4 des Abs. 1 auf die irrigen Beweggründe des Erklärenden nichts ankomme. Ebenso ist, nachdem die Voraussetzungen des Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 an sich vorliegen, die ziffermässige Wirkung des Irrtums ohne Bedeutung. Der Betrag des daraus dem Irrenden erwachsenden Nachteils könne höchstens dann in Betracht fallen, wenn er so gering wäre, dass jener nach den zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden Verhältnissen offenbar auch bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes nicht anders gehandelt hätte, es also an dem ursächlichen Zusammenhang zwischen Irrtum und Vertragsschluss fehlen würde. Hievon kann aber hier, selbst wenn man den mit der Klage geforderten Betrag von 7142 Fr. 88 Cts., mit der Gesamtsumme, welche die Eheleute Graf-Oehrli aus dem Nachlass inklusive des Erbteiles der nachverstorbenen Elise Oehrli erhielten, in Vergleich setzt (rund 70,000 Fr.), offenbar nicht gesprochen werden. Der Einwand, dass die Berufung auf den Irrtum gegen « Treu und Glauben » bzw. die dem Erblasser geschuldeten « Pie-

tätsrücksichten » verstosse (Art. 25 OR), ist schon deshalb hinfällig, weil er auf der *petitio principii* beruht, der Erblasser habe es keinesfalls zulassen wollen, dass die Eheleute Graf aus der Tatsache ihrer Verwandtschaft mit beiden Seiten grössere Vorteile als die nur mit der einen oder anderen Seite verwandten Erben ziehen, eine Behauptung, die schon oben in Erwägung 1 als unbewiesen zurückgewiesen worden ist.

Dass endlich auch von einer Verwirkung der Erbschaftsklage bzw. der Anfechtung des Teilungsvertrages wegen Irrtums durch Zeitablauf nicht die Rede sein kann, weil es für die Bestimmung der entsprechenden Fristen nach den massgebenden Vorschriften (Art. 600 ZGB, 31 OR) ausschliesslich auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Entdeckung des « besseren Rechts » bzw. des Irrtums, nicht auf denjenigen ankommt, in welchem die Entdeckung bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erfolgen können, ist bereits von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt worden. Es kann daher in dieser Beziehung einfach auf ihr Urteil verwiesen werden.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern vom 18. Mai 1917 in allen Teilen bestätigt.