

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.

A. — Am 19. Juni 1944 entstand in der Gemeindekanzlei Trogen eine mit « Schenkungsvertrag » überschriebene Urkunde, die lautet :

« Der unterzeichnete Jakob Holderegger, Gemeindeschreiber in Trogen,

beurkundet hiemit :

Zwischen Herrn Benedikt Kühne-Mäder, geb. 1866, wohnhaft Berg No. 135, Trogen, und Frau Anna Giubellini geb. Kälin, geb. 1888, wohnhaft Berg No. 135, Trogen

wird folgender Schenkungsvertrag abgeschlossen :

1. Herr Benedikt Kühne verschenkt auf sein Ableben hin an Frau Giubellini seine Liegenschaft No. 135 im Berg Trogen.

2. Die Beschenkte übernimmt nach dem Ableben des Schenkers die Liegenschaft No. 135 im Berg Trogen zur heutigen Kapitalbelastung incl. der im gegebenen Zeitpunkt event. laufenden und verfallenen Zinsen, mit den Rechten und Lasten, wie solche im Servitutenprotokoll der Gemeinde Trogen eingetragen sind.

3. Die Schenkung erstreckt sich auch auf alles beim Ableben des Schenkers noch vorhandene Mobilien.

4. Die Schenkung erfolgt deshalb, weil Frau Anna Giubellini seit Juni 1942 als Haushälterin im Dienste des Schenkers steht, für ihn immer treu gesorgt und nie einen Lohn empfangen hat. Diese Schenkung ersetzt somit den Lohn.

5. Sollte die Beschenkte vor dem Schenker sterben, so fällt dieser Schenkungsvertrag dahin. In diesem Falle soll das der Frau Anna Giubellini gehörende Mobilien schenkungsweise Herrn Benedikt Kühne zufallen, allerdings in dem Sinne, dass nach dessen Ableben dieses Mobilien wieder an die Schwester der Frau Giubellini, Frau Alice Freitag-Kälin in Zürich, zurückfallen soll.

6. Dieser Schenkungsvertrag wird ferner hinfällig, wenn das bestehende Dienstverhältnis aus irgend einem Grunde vor dem Ableben des Schenkers gelöst werden sollte...

Dieser Schenkungsvertrag wird durch den unterzeichneten Gemeindeschreiber niedergeschrieben, den ihm persönlich bekannten Parteien zu lesen gegeben und von diesen alsdann in Anwesenheit des Gemeindeschreibers unterzeichnet.

Dieser Schenkungsvertrag wird hierauf durch den Gemeindeschreiber eigenhändig datiert und von ihm ebenfalls unterzeichnet.

Sofort nachher werden die nachgenannten Zeugen beigezogen. Trogen, den neunzehnten Juni tausendneuhundertvierundvierzig.

Der Schenker :

sig. B. Kühne sen.

Der Gemeindeschreiber :

sig. J. Holderegger.

Die Beschenkte :

sig. Frau A. Giubellini.

*Zeugen-Bescheinigung.*

Wir, die unterzeichneten, besonders berufenen und gesetzlich befähigten Zeugen :

1. Herr Franz Huber, Trogen,
2. Fräulein Elvira Camenisch, Trogen,

bestätigen hiermit :

1. Herr Benedikt Kühne und Frau Giubellini haben uns in Gegenwart des Gemeindeschreibers Jakob Holderegger erklärt, dass sie die vorliegende Urkunde gelesen haben und dass sie den Ausdruck ihres Willens enthalte ;

2. Nach unserer Wahrnehmung befand sich sowohl der Schenker als die Beschenkte dabei im Zustande der Verfügungsfähigkeit.

Trogen, den neunzehnten Juni tausendneuhundertvierundvierzig.

Die Zeugen :

1. sig. Fr. Huber.

2. sig. E. Camenisch. »

B. — Am 24. November 1948 starb Benedikt Kühne-Mäder. Als gesetzliche Erben hinterliess er acht Kinder. Sein Nachlass bestand gemäss Inventar vom 30. November 1948 aus der im Schenkungsvertrag erwähnten, von den Steuerbehörden auf Fr. 18,500.— geschätzten, mit Fr. 7500.— belasteten Liegenschaft, dem Hausrate, einem Handwechszedel von Fr. 1000.— und einer Barschaft von Fr. 600.— die dem Sohne Benedikt überlassen wurde, der ein Guthaben für bezahlte Arzt- und Beerdigungskosten geltend machte.

C. — Im Juni 1949 leiteten die gesetzlichen Erben beim Bezirksgerichte Mittelland gegen Frau Giubellini Klage ein mit dem Begehren, der Schenkungsvertrag vom 19. Juni 1944 sei ungültig zu erklären ; eventuell sei die Schenkung auf die verfügbare Quote herabzusetzen. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und stellte für den Fall ihrer Gutheissung widerklageweise eine Lohnforderung für die Zeit vom Juni 1942 bis Ende November 1948. Mit Urteil vom 5. Januar 1950 erklärte das Bezirksgericht den Schenkungsvertrag für ungültig und hiess die Widerklage in dem Sinne teilweise gut, dass es der Beklagten Fr. 3840.— zusprach. Es nahm an, der Schenkungsvertrag sei deswegen ungültig, weil er von den Vertragsparteien in Abwesenheit der Zeugen unterschrieben worden sei und daher der zwingenden Formvorschrift von Art. 512 Abs. 2 ZGB nicht genüge. Am 27. März 1950 hat das Obergericht von Appenzell A. Rh. das bezirksgerichtliche Urteile bestätigt.

D. — Mit ihrer Berufung an das Bundesgericht beantragt die Beklagte Aufhebung des obergerichtlichen Urteils und Abweisung der Klage.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Für den Entscheid darüber, ob der Vertrag vom 19. Juni 1944 formgültig sei, ist ohne Belang, ob und wieweit die darin vorgesehene Zuwendung des Benedikt Kühne an die Beklagte das Entgelt für deren Dienstleistungen darstellt (vgl. Ziffer 4 des Vertrages).

a) Wenn diese Zuwendung nicht den Charakter eines Entgeltes hat, handelt es sich dabei wie bei der in Ziffer 5 vorgesehenen Zuwendung der Beklagten an Kühne um eine Schenkung, deren Vollziehbarkeit auf den Tod des Schenkers gestellt ist. Solche Schenkungen stehen nach Art. 245 Abs. 2 OR unter den Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen, und zwar sind bezüglich der Form nicht die Vorschriften über die letztwilligen Verfügungen, sondern entsprechend der vertraglichen Natur der Schenkung diejenigen über den Erbvertrag massgebend (BGE 75 II 188).

b) Wenn die Zuwendung an die Beklagte das Entgelt für ihre Dienste bildet, ist sie als *legatum debiti* anzusehen. Als Vermächtnis unterliegt sie ebenfalls den Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen und muss, da vertraglich zugesichert, den Formerfordernissen des Erbvertrages genügen.

c) Hängt die Gültigkeit der Zuwendung an die Beklagte im Falle reiner Unentgeltlichkeit wie im Falle reiner Entgeltlichkeit davon ab, ob die Form des Erbvertrages beobachtet wurde, so muss das gleiche auch gelten, wenn diese Zuwendung als « gemischte Schenkung » zu betrachten ist.

2. — Art. 512 ZGB bestimmt in Abs. 1, der Erbvertrag bedürfe zu seiner Gültigkeit der Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung, und fügt in Abs. 2 bei: « Die Vertragschliessenden haben gleichzeitig dem Beam-

ten ihren Willen zu erklären und die Urkunde vor ihm und den zwei Zeugen zu unterschreiben ». Das Gesetz lässt also für den Erbvertrag die Form der öffentlichen letztwilligen Verfügung nicht genügen, sondern stellt dafür noch weitere Formerfordernisse auf (BGE 46 II 13 ff. E. 3, 48 II 67, 60 II 272 ff.). Dabei handelt es sich ebenfalls um Gültigkeitserfordernisse (vgl. Art. 11 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 7 ZGB und die eben erwähnten Entscheide). Die Vorschrift, dass die Vertragschliessenden den Vertrag « vor dem Beamten und den zwei Zeugen » zu unterschreiben haben, ist, wie aus der französischen und italienischen Fassung (« par devant lui et en présence de deux témoins », « alla presenza del funzionario e dei due testimoni ») eindeutig hervorgeht, dahin zu verstehen, dass die Vertragschliessenden die Unterschrift in Gegenwart der erwähnten Personen leisten müssen (vgl. BGE 60 II 273 f.). Die Gültigkeit des Vertrages vom 19. Juni 1944 hat also u. a. zur Voraussetzung, dass der Erblasser und die Beklagte diesen Vertrag in Gegenwart der beiden Vertragszeugen unterschrieben haben.

Die Beklagte, die behauptet, der Vertrag vom 19. Juni 1944 sei in gültiger Form abgeschlossen worden, und auf Grund dieser Behauptung Anspruch auf die Gegenstände erhebt, die dieser Vertrag ihr zuweist, ist nach Art. 8 ZGB dafür beweispflichtig, dass beim Vertragsabschluss die vorgeschriebene Form eingehalten wurde. Diesen Beweis kann sie nicht mit der Vertragsurkunde selber leisten; denn darin wird nicht bestätigt, dass die Vertragschliessenden den Vertrag vor den Zeugen unterschrieben haben, sondern im Gegenteil gesagt, die Zeugen seien erst nach der Unterzeichnung des Vertrages durch die Parteien und den Urkundsbeamten beigezogen worden. Die Aussagen des Gemeindeschreibers und der beiden Vertragszeugen, die auf Begehren der Beklagten als Zeugen verhört wurden, vermögen nach der Auffassung der Vorinstanz nicht zu beweisen, dass die Vertragszeugen entgegen dem Wortlaut der Urkunde der Unterzeichnung des

Vertrages durch die Vertragschliessenden beigewohnt haben. Die Vorinstanz betrachtet vielmehr als bewiesen, dass dies nicht der Fall war. In diesen Annahmen der Vorinstanz liegen Feststellungen über tatsächliche Verhältnisse, die gemäss Art. 63 Abs. 2 OG für das Bundesgericht verbindlich sind, da sie weder unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen sind noch offensichtlich auf Versehen beruhen. Die Beklagte behauptet das selber nicht, sondern unternimmt in der Berufungsschrift lediglich den nach Art. 55 lit. c OG unzulässigen Versuch, anstelle der massgebenden obergerichtlichen ihre eigene Beweiswürdigung zur Geltung zu bringen.

Muss demnach angenommen werden, der Vertrag vom 19. Juni 1944 sei nicht im Beisein der Vertragszeugen unterschrieben worden, so erscheint dieser Vertrag als formnichtig.

3. — Die Beklagte macht geltend, wenn der streitige Vertrag ungültig sei, so sei « die Urkunde zweifellos als öffentliche letztwillige Verfügung gemäss Art. 501 ZGB gültig ». Die Form einer öffentlichen letztwilligen Verfügung im Sinne von Art. 499-501 ZGB ist bei der Abfassung der Vertragsurkunde in der Tat eingehalten worden. Es kann sich daher fragen, ob die im nichtigen Verträge getroffenen Anordnungen nach dem Grundsatz der Konversion (vgl. BGE 76 II 13 f. E. 3 und die dortigen Zitate) in ihrer Gesamtheit oder wenigstens teilweise als letztwillige Verfügungen aufrechterhalten werden können.

a) Im vollen Umfange lassen sich jene Anordnungen schon deswegen nicht in testamentarische konvertieren, weil der Vertrag vom 19. Juni 1944 nicht bloss Zuwendungen Kühnes an die Beklagte, sondern auch eine Zuwendung der Beklagten an Kühne vorsieht und zwischen diesen Zuwendungen ohne Zweifel mindestens insofern ein innerer Zusammenhang besteht, als die Beklagte die Zuwendung an Kühne ohne die Zuwendung Kühnes an sie nicht gemacht hätte. Wo die in einem Akte vereinigten testa-

mentarischen Verfügungen zweier oder mehrerer Personen in einem solchen Zusammenhang stehen, hat man es mit einem korrespondierenden Testamente zu tun, das vom ZGB nicht anerkannt wird (BGE 46 II 18, 47 II 50 ff., 70 II 259). Daher ist es ausgeschlossen, die beidseitigen Zuwendungen als testamentarische Vermächtnisse bestehen zu lassen.

b) Nur gerade die Anordnungen zugunsten der Beklagten als testamentarische aufrechtzuerhalten, d. h. den Vertrag, der Leistungen beider Teile vorsieht, in eine einseitige letztwillige Verfügung Kühnes zu konvertieren, ist höchstens unter der Voraussetzung zulässig, dass angenommen werden darf, Kühne wäre bereit gewesen, der Beklagten die Gegenstände, die ihr nach dem Verträge zukommen sollten, testamentarisch zu vermachen und auf die zu seinen Gunsten stipulierte Zuwendung zu verzichten, wenn er von der Formnichtigkeit des Vertrages Kenntnis gehabt hätte und es nicht möglich gewesen wäre, den formnichtigen Vertrag durch einen formgültigen zu ersetzen (vgl. BGE 76 II 14).

Das Vorliegen dieser Voraussetzung ist nicht schon deswegen zu verneinen, weil die Vorinstanz festgestellt hat, die Beklagte habe den Nachweis nicht erbracht, « dass der Erblasser auf eine beidseitige Bindung an die getroffene Vereinbarung kein Gewicht legte und deshalb seine Verfügung auch für den Fall aufrecht erhalten wollte, dass eine solche Bindung nicht bestehen sollte ». Die Beklagte brauchte einen solchen wirklichen Willen des Erblassers gar nicht zu beweisen, sondern massgebend ist, was dieser bei Kenntnis der Nichtigkeit des Vertrages gewollt hätte. Dieser mutmassliche Wille kann nicht Gegenstand einer tatsächlichen Feststellung sein, die für das Bundesgericht verbindlich wäre (BGE 76 II 15).

Im Ergebnis ist jedoch der Vorinstanz, die die Konversion des Vertrages in eine einseitige letztwillige Verfügung ablehnt, beizustimmen, weil aus den gegebenen Umständen nicht mit genügender Sicherheit geschlossen werden kann,

dass Kühne im erwähnten hypothetischen Falle bereit gewesen wäre, der Beklagten seine Liegenschaft und sein Mobiliar unter Verzicht auf ihre Zuwendung an ihn testamentarisch zu vermachen. Es ist zwar möglich, dass er diesen Willen gehabt hätte, weil die Zuwendung an die Beklagte der Hauptgegenstand des Vertrages war, wie aus der Bezeichnung der Vertragsparteien als « Schenker » und « Beschenkte », den Angaben in Ziffer 4 und dem grossen Wertunterschied zwischen den beidseitigen Zuwendungen zu schliessen ist. Es ist aber auch möglich, dass er nicht gewillt gewesen wäre, die Beklagte in dem im Vertrage vorgesehenen Masse zu bedenken, wenn er gewusst hätte, dass er nicht damit rechnen könne, im Falle des Vorversterbens der Beklagten ihr Mobiliar, das in seinem Hause stand, weiterhin benutzen zu können. Es ist sehr wohl denkbar, dass diese Möglichkeit für ihn, der offenbar darauf bedacht war, sich einen ruhigen Lebensabend zu sichern, von nicht ganz nebensächlicher Bedeutung war. Unter diesen Umständen ist die Konversion des Vertrages vom 19. Juni 1944 in ein einseitiges Testament nicht angängig.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes von Appenzell A. Rh. vom 27. März 1950 bestätigt.

Vgl. auch Nr. 46. — Voir aussi n° 46.

## IV. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 41. Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. Oktober 1950 i. S. Schweiz. Grosshandelsverband der sanitären Branche gegen Edwin Jud A.-G.

*Boycott.* Art. 28 ZGB, Art. 41 OR.

*Begriff* und Wesen des Boykotts.

*Verdrängungsboykott* die Nichtaufnahme eines Gewerbetreibenden in einen Verband, der durch Alleinvertretungsverträge mit Fabrikanten und Gesamtlieferungsverträge mit Abnehmern Nichtverbandsmitgliedern die Existenz auf dem betreffenden Wirtschaftsgebiet verunmöglicht.

*Verrufserklärung* ist nicht Begriffsmerkmal des Boykotts (Erw. 2). Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Boykotts, der zur wirtschaftlichen Vernichtung des Boykottierten führt (Erw. 3-5).

*Aufhebung* des unzulässigen Vernichtungsboykotts durch Lockerung der vertraglichen Bindungen, durch die das Nichtverbandsmitglied von Belieferung und Absatz ausgeschlossen wird (Erw. 6).

*Ersatz des Schadens* infolge des widerrechtlichen Boykotts (Erw. 7.)

*Boycott*, art. 28 CC, 41 CO.

*Notion et nature du boycott.*

Constitue un *boycott* tendant à l'évincement du boycotté le refus d'admettre un commerçant au sein d'une association qui, grâce à des contrats d'exclusivité avec des fabricants et à des contrats généraux de livraison avec des clients, rend impossible à des personnes qui ne font pas partie de l'association l'exercice d'une activité dans la branche économique dont il s'agit.

La *mise à l'index* n'est pas un élément essentiel du boycott (consid. 2).

Conditions de la légitimité d'un boycott qui a pour effet l'anéantissement économique du boycotté (consid. 3-5).

*Suppression* du boycott illicite par le relâchement des liens contractuels grâce auxquels le commerçant qui ne fait pas partie de l'association ne peut se fournir auprès des fabricants ni écouler sa marchandise (consid. 6).

*Réparation du dommage* causé par le boycott illicite (consid. 7).

*Boicottaggio*, art. 28 CC, 41 CO.

*Concetto e natura del boicottaggio.*

Costituisce un *boicottaggio* tendente all'eliminazione economica del boicottato il rifiuto di accogliere un commerciante in un'associazione che, grazie a contratti di esclusività con fabbricanti e a contratti generali di fornitura con clienti, rende impossibile a persone che non fanno parte dell'associazione l'esecuzione d'un attività nel ramo economico in questione.