

Art. 518 ZGB, Befugnisse des Willensvollstreckers. *Wenn die Erben sich über die Teilung einig sind, kann der Willensvollstrecker den Vollzug ihrer Einigung nicht verhindern.*

Die Erben waren der Auffassung, der Willensvollstrecker behandle die Abwicklung des Nachlasses nicht ausreichend speditiv (um weiter Honorar zu generieren). Sie teilten ihm mit, er solle seine Bemühungen um den Verkauf der Nachlass-Grundstücke einstellen, weil sie diese gemeinsam als einfache Gesellschaft übernehmen wollten. Der Willensvollstrecker widersetzte sich dem, worauf ihm der Einzelrichter befahl, die Vereinbarung der Erben zu vollziehen. Dagegen richtete sich sein Rekurs.

(aus dem Rekursentscheid des Obergerichts:)

"2.2. a (...) Was (...) die Frage der Bindung des Willensvollstreckers an Absprachen unter den Erben, einschliesslich der Zulässigkeit des Abweichens von erblasserischen Teilungsvorschriften, betrifft, so wird sie heute einheitlich im Sinne freier Gestaltungsbefugnis der Erben beantwortet. Diese Ansicht wird im wesentlichen damit begründet, dass die erblasserischen Anordnungen insgesamt wie auch die Einsetzung eines Willensvollstreckers sich gegen Konflikte unter den Erben, nicht aber gegen eine (wenn auch allenfalls von den Vorstellungen des Erblassers abweichende) Einigung unter ihnen richtet. Eine Prüfungsbefugnis des Willensvollstreckers gegenüber einer Einigung unter den Erben ist insoweit zu bejahen, als der Willensvollstrecker die praktische Durchführung der Teilung - etwa die grundbuchliche Abwicklung - zu betreuen hat und deshalb auf eine vollstreckbare und formal taugliche Abmachung pochen darf. Ob dem Willensvollstrecker darüber hinaus eine materielle (Billigkeits-) Prüfung zusteht, ist eher zu bezweifeln, da er nicht deren "Vormund" ist. Er kann allenfalls auf unbedachte Vertragspunkte hinweisen (Peter Breitschmid, Die Stellung des Willensvollstreckers in der Erbteilung, in: Druey/Breitschmid, Probleme der erbrechtlichen Teilung, Bern/Stuttgart 1996 (im Druck), S. 145, mit Weiterverweisen).

b) Vorliegend teilten die Beschwerdeführer dem Beschwerdegegner mit Schreiben vom 19. Januar 1996 ihre einstimmig gefassten Beschlüsse ausdrücklich mit, wonach die Verkaufsverhandlungen sofort einzustellen seien, die Erben-gemeinschaft durch Zuweisung der Grundstücke an alle fünf Erben zu Gesamtei-gentum im Sinne einer Realteilung aufzulösen sei, die Eintragung der Erben und die schriftliche Vereinbarung über die Realteilung bis spätestens 31. März 1996 beim Grundbuchamt anzumelden seien, über den restlichen Nachlass bis 31.

März 1996 ein Teilungsvertrag abzuschliessen sei, sowie die Schlussrechnung für die Willensvollstreckung bis zum selben Tag vorzulegen sei (act. 8/4/20). Mit seinem Antwortschreiben vom 9. Februar 1996 erklärte der Beschwerdegegner, er könne und wolle diesen Anordnungen nicht nachkommen (act. 8/4/21). Damit hat er klar zum Ausdruck gebracht, dass er die Anordnungen der Erben nicht befolgen werde. Wie oben dargelegt, ist der Beschwerdegegner aber an die Einigung der Beschwerdeführer gebunden, sofern sie tauglich und praktisch durchführbar ist. Im vorliegenden Fall ist eine Bindung umso mehr zu bejahen, als die Beschlüsse der Erben nicht im Widerspruch zum Willen des Erblassers im Testament stehen, der bezüglich der Liegenschaften gar keine Teilungsanordnungen getroffen, sondern lediglich verfügt hat, der Willensvollstrecker soll seinen Erben nach bestem Wissen und Gewissen bei der Teilung des Nachlasses behilflich sein (act. 8/4/5). Nur wenn sich die Einigung der Erben als gesetzeswidrig oder schlichtweg undurchführbar erweist, kann sich der Willensvollstrecker darüber hinwegsetzen. Deshalb ist im folgenden zu prüfen, ob die Abmachung der Erben überhaupt vollstreckbar ist, was der Beschwerdegegner bestreitet.

c) Umstritten ist zunächst, ob die Überführung von Grundstücken des Nachlasses ins Gesamteigentum aller Erben, die eine einfache Gesellschaft bilden würden, eine Realteilung darstellt oder ob diese eine Parzellierung voraussetzt. In einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich (ZGBR 64 (1983) 134 ff.), auf welchen sich die Parteien sowie die Vorinstanz beziehen, ging es um einen öffentlich beurkundeten Vertrag der Erben über die "Ausscheidung aus der Erbgemeinschaft und Änderung des Gesellschaftsverhältnisses", worin die Gebrüder nach Ausscheidung ihrer Schwester die reduzierte Erbgemeinschaft bezüglich des Nachlasses ihrer Mutter aufgehoben und die ihnen zustehenden Gesamthandanteile an der Liegenschaft in eine neu begründete einfache Gesellschaft eingebracht hatten. Unter Hinweis auf die Lehre befand das Verwaltungsgericht, mit diesen Rechtsvorgängen sei die Erbeilung zivilrechtlich vollzogen und die Erbgemeinschaft zwischen den Gebrüder zumindest hinsichtlich des Nachlassgrundstücks beendet worden. Der Wille, die Erbgemeinschaft aufzulösen und die Anteile an der Nachlassliegenschaft in eine neu begründete einfache Gesellschaft einzubringen, komme in der Vereinbarung unmissverständlich zum Ausdruck.

Vorliegend ist aus dem Antrag der Beschwerdeführer, die Grundstücke seien im Sinne einer Realteilung ins Gesamteigentum (einfache Gesellschaft) aller Erben

zu überführen, eindeutig der Wille ersichtlich, die Erbengemeinschaft aufzulösen und die Anteile an den Nachlassliegenschaften in eine neu begründete einfache Gesellschaft einzubringen. Da die Überführung der Grundstücke in eine einfache Gesellschaft - wie oben ausgeführt - eine Realteilung darstellt, ist die diesbezügliche Einigung der Beschwerdeführer durchführbar, ohne dass eine Parzellierung erforderlich wäre. Damit ist der Beschwerdegegner an den einstimmig gefassten Beschluss der Beschwerdeführer gebunden. Mit der Überführung der Grundstücke in das Gesamteigentum der Beschwerdeführer infolge einfacher Gesellschaft ist denn auch die Erbteilung, für deren Ausführung der Willensvollstrecker gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB beauftragt ist, diesbezüglich zwischen ihnen vollzogen. Selbst wenn die Disposition der Erben für sie selbst nachteilig wäre, wäre der Willensvollstrecker gleichwohl daran gebunden. Er könnte die Erben höchstens auf allfällige finanziellen Folgen hinweisen. Da gemäss Art. 604 Abs. 1 ZGB jeder Erbe grundsätzlich zu beliebiger Zeit die Teilung der Erbschaft verlangen kann und die Erbengemeinschaft durch die Teilung beendet wird, greift die allgemeine sachenrechtliche Bestimmung von Art. 653 Abs. 3 ZGB bei der Erbengemeinschaft nicht. Sodann geht es im vorliegenden Verfahren nicht um die gerichtliche Durchsetzung eines Erbteilungsanspruches, wie der Beschwerdegegner suggeriert, sondern um die Vornahme der Teilung, über die sich die Erben geeinigt haben.

Was den Einwand des Beschwerdegegners betrifft, der Übertragung der Grundstücke in eine einfache Gesellschaft stehe auch entgegen, dass dadurch Grundstücksgewinn- und Erbschaftsnachsteuern anfallen könnten, wofür die liquiden Mittel nicht mehr reichten, und überdies sein Honorar noch zu bezahlen sein werde, ist zunächst zu sagen, dass noch bestehende Erbschaftsschulden einer Erbteilung nicht entgegenstehen. Auch sind vorliegend die Erbschaftssteuern schon bezahlt worden. Zudem haften die Erben den Gläubigern für die Schulden des Erblassers grundsätzlich auch nach der Teilung mit ihrem ganzen Vermögen solidarisch (Art. 639 Abs. 1 ZGB). Für die genannten Steuern besteht überdies ein gesetzliches Pfandrecht. Sodann stellt die Honorarforderung des Willensvollstreckers eine Nachlassverbindlichkeit dar. Sie ist deshalb, wie alle anderen Erbschaftsschulden schon bei der Berechnung des Nettonachlasses als Passivum von den Nachlassaktiven abzuziehen und geht somit den Ansprüchen der Erben und Vermächtnisnehmer vor. Zur Sicherung seiner Forderung steht dem Willensvollstrecker auch ein Retentionsrecht auf das Nachlassvermögen gemäss Art. 895 ZGB zu (Hansjürg Bracher, *Der Willensvollstrecker*, Zürich 1966, S. 152). Als Teil der Nachlassschulden sind die Honorarforderungen des Beschwerdegegners somit

zwar bei der Teilung zu berücksichtigen. Über die Aufwendungen für seine bisherigen Bemühungen hat er aber bis heute keine konkreten Angaben gemacht. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführer nicht gewillt oder nicht in der Lage wären, sein Honorar zu bezahlen, auf das er unbestrittenermassen Anspruch hat. Der Beschwerdeführer hat die zu erwartende Honorarforderung nie beziffert. Für eine allfällige Sicherstellung muss er selbst besorgt sein und er scheint keine Anstalten dazu getroffen zu haben. Er macht nicht etwa geltend, den Beschwerdeführern bereits eine Frist zur Sicherstellung des Betrages angesetzt zu haben. Jedenfalls geht es nicht an, die Verkaufsverhandlungen gegen den Willen der Erben nur wegen des noch anfallenden Honorars weiterzuführen, zumal die Bezahlung nicht gefährdet erscheint. Ein allfälliger Verkauf der Liegenschaft zum einzigen Zweck der Deckung des Honorars des Willensvollstreckers käme nämlich nur in Frage, wenn die Tilgung der Honorarforderung nicht gewährleistet wäre, was der Beschwerdegegner nicht substantiiert dargetan hat. Mit diesem Argument kann er sich deshalb nicht einer Übertragung der Grundstücke in eine einfache Gesellschaft widersetzen."

Obergericht, II. Zivilkammer
Beschluss vom 12. August 1996
Geschäfts-Nr. NL960114

Der Willensvollstrecker kam dem Befehl des Einzelrichters nicht nach. Die Erben setzten ihre Einigung daher schriftlich auf und liessen sie im Grundbuch eintragen. Dagegen klagte der Willensvollstrecker: Die Einigung solle mangels seiner Mitwirkung als ungültig erklärt werden, es sei festzustellen, dass die entsprechenden Eintragungen im Grundbuch ungerechtfertigt seien, das Grundbuchamt sei anzuweisen, bei den Nachlassliegenschaften ihn in seiner Funktion als Willensvollstrecker im Grundbuch einzutragen, eventuell seien die Erben zu verurteilen, für sein Honorar von Fr. 300'000 eine Sicherungshypothek zu errichten.

Das Bezirksgericht wies die Klage ab.

(aus dem Urteil des Bezirksgerichts:)

(II) 1. Am 2. April 1991 verstarb Ernst E.-S. Er hinterliess als Erben Elise E.-S. (3. Ehefrau des Erblassers), die Söhne des Erblassers aus erster Ehe (Beklagte 1 und 2), sowie die Kinder der vorverstorbenen Tochter des Erblassers aus erster Ehe (Beklagte 6 und 7). In seinem Testament ernannte der Erblasser den

Kläger zum Willensvollstrecker. Dieser nahm das Willensvollstreckermandat an und mit Bescheinigung vom 16. April 1991 setzte der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen ihn als Willensvollstrecker für den Nachlass Ernst E.-S. ein (act. 5/2).

Am 7. Mai 1993 verstarb Elise E.-S.. Sie hatte ihren Bruder, Edwin S., als Erben eingesetzt, welcher am 27. Juli 1997 verstarb und als Erben die Beklagten 3, 4 und 5 hinterliess.

2. Am 15. März 1996 reichten die Beklagten beim Einzelrichter des Bezirksgericht Horgen eine Aufsichtsbeschwerde gegen den Kläger ein, mit dem Begehren, der Willensvollstrecker sei richterlich anzuweisen, die Verkaufsverhandlungen betreffend Nachlassgrundstücke sofort einzustellen, innert Frist im Sinne einer Realteilung die Grundstücke ins Gesamteigentum (einfache Gesellschaft) aller Erben zu überführen und die Teilungs- und Schlussrechnung zu erstellen.

Der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Horgen hiess die Beschwerde mit Verfügung vom 30. Mai 1996 gut (act. 5/6); sie wurde nach Abschluss des Rechtsmittelverfahrens aufgrund eines bundesgerichtlichen Entscheides am 20. Februar 1997 rechtskräftig.

3. Am 2. Mai 1997 setzte der Vertreter der Beklagten eine "Erbgangsurkunde" und eine "Objektiv beschränkte Erbteilung" auf. Am 3., 4., 6., 7. und 9. Juli 1997 liessen die Beklagten die "Objektiv beschränkte Erbteilung" öffentlich beurkunden und am 14. Juli 1997 ins Grundbuch Horgen eintragen.

III.

1. a) Der Kläger wurde vom Erblasser Ernst E.-S. zum Willensvollstrecker ernannt und am 16. April 1991 durch den Einzelrichter des Bezirksgerichtes Horgen als Willensvollstrecker für den Nachlass eingesetzt.

b) Zur Rechtsnatur der Willensvollstreckung sind bisher verschiedene Theorien aufgestellt worden. Das Bundesgericht hat sich in verschiedenen Entschei-

dungen mit den einzelnen Theorien auseinandergesetzt, insbesondere mit der Auftragstheorie, der Treuhandtheorie und verschiedenen Vertretungstheorien, ohne sich jedoch auf eine der verschiedenen Theorien festzulegen. Die Willensvollstreckung muss als privatrechtliches Institut sui generis betrachtet werden, das nicht als Ganzes eingeordnet werden kann, sondern aus sich selbst heraus ausgelegt werden muss. Der Willensvollstrecker ist weder (weisungsgebundener) Vertreter noch Treuhänder des Erblassers oder der Erben, sondern er hat eine objektive Aufgabe, die durch den rechtgültigen Willen des Erblassers sowie die Rechtsordnung insgesamt bestimmt ist (Karrer, N. 6 und 7 zu Vorbemerkungen zu Art. 517/518 ZGB, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Basel 1998).

c) Gemäss Art. 518 Abs. 2 ZGB besteht der Auftrag des Willensvollstreckers unter anderem darin, die Teilung auszuführen. Nach einhelliger Lehre und Praxis bedeutet die Teilung auszuführen aber nicht, dass der Willensvollstrecker die Erbteilung ohne Zutun der Erben selbständig, autoritativ vornehmen und rechtskräftig abschliessen kann. Vielmehr hat der Willensvollstrecker lediglich die Erbteilung vorzubereiten und nach Abschluss des Teilungsvertrages zu vollziehen, aber die Erbteilung selbst ist Sache der Erben (Karrer, N. 52 zu Art. 518 ZGB, a.a.O.). Der Willensvollstrecker hat bei der Vorbereitung der Teilung und der administrativen Abwicklung derselben die Wünsche und Bedürfnisse der Erben zu beachten, wenn der Erblasser hinsichtlich der Teilung nichts angeordnet hat. Der Willensvollstrecker ist gehalten, sich nach den Wünschen der Erben zu erkundigen und diesen bei seinem Vorgehen im Hinblick auf die Teilung grundsätzlich Rechnung zu tragen (Schaufelberger, N. 9 zu Art. 607, a.a.O.).

2. a) Der Nachlass von Ernst E.-S. besteht nebst einigen Sparheften und Guthaben aus Darlehen hauptsächlich aus Grundstücken (act. 5/11b, Steuerinventar).

b) Die Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetz (Art. 560 Abs. 1 ZGB). Bezüglich der Grundstücke der Erbschaft bedeutet dies, dass die Erben mit dem Tod des Erblassers aussergrundbuchlich

Gesamteigentümer der Grundstücke werden. Vor einer grundbuchlichen Verfügung ist die durch den Erbgang eingetretene Änderung aufgrund von Art. 665 Abs. 2 ZGB auf Anmeldung eines Erben oder des Willensvollstreckers und unter Vorlegung einer Erbbescheinigung im Grundbuch einzutragen (Laim, N. 41 zu Art. 656 ZGB, a.a.O.).

A. Feststellung der Rechtsungültigkeit des Vertrages "Objektiv beschränkte Erbteilung"

3. a) Der Kläger verlangt in Ziffer 1 seiner Rechtsbegehren die Ungültigerklärung des von den Beklagten am 3., 4., 6., 7. und 9. Juli 1997 unterschriebenen und öffentlich beurkundeten Erbteilungsvertrages, womit die Erbengemeinschaft bezüglich sämtlicher Nachlassgrundstücke aufgehoben und diese Grundstücke in eine Einfache Gesellschaft eingebracht werden sollen.

b) Er begründet sein Begehren damit, dass den Beklagten für den Abschluss des Vertrages "Objektiv beschränkte Erbteilung" die Verfügungsberechtigung über die Liegenschaften gefehlt habe, da diese in seiner alleinigen Verfügungsberechtigung als Willensvollstrecker stehen würden (act. 2 S. 16).

Im Weiteren macht der Kläger geltend, dass die Beklagten untereinander nicht mehr einig seien und ein Prozess bezüglich der Erbenqualität der Beklagten 3, 4 und 5 hängig sei (act. 44 S. 6 ff.). Wenn die Beklagten 1, 2, 6 und 7 bei ihrer eigenen Rechtsauffassung behaftet würden, sei die in der "Objektiv beschränkten Erbteilung" abgegebene Erklärung daher für diese selbst unverbindlich (act. 44 S. 7).

Zur Klage sei er legitimiert, da die Überführung von Nachlassliegenschaften von der Erbengemeinschaft in eine einfache Gesellschaft keine Erbteilung im Rechtssinne darstelle und somit der Nachlass noch nicht geteilt und er somit nach wie vor Willensvollstrecker über die Liegenschaften sei. Als Willensvollstrecker stehe ihm die Prozessführungsbefugnis, welche umfassend sei, zu. Zudem werde so getan, als sei die allfällige "objektiv beschränkte Erbteilung" nach wie vor in Kraft, obwohl es aktenkundig sei, dass diese mit allen damit zusammenhängen-

den Erklärungen und Vereinbarungen angefochten worden sei (act. 44 S. 9 und 10).

Das Feststellungsinteresse ergebe sich aus dem gesetzlichen Auftrag des Willensvollstreckers zur gesetzeskonformen Vollstreckung des Erblasserwillens in Verbindung mit der Tatsache, dass die öffentliche "Erbgangsurkunde" vom 2. Mai 1997, die eine ungültige, weil ohne Mitwirkung des allein verfügungsberechtigten Willensvollstreckers erfolgende Übertragung der Nachlassliegenschaften vom Erblasser auf die Erben beurkunde, als Grundlage für die ungültige Überführung dieser Nachlassliegenschaften aus der Erbgemeinschaft in die Einfache Gesellschaft gedient habe (act. 2 S. 32 und 33).

c) Die Beklagten 1, 2, 6 und 7 machen demgegenüber geltend, der Kläger habe den Beklagten im Brief vom 4. März 1997 die Ermächtigung erteilt, die Erbgangsurkunde und die "Objektiv beschränkte Erbteilung" zu unterzeichnen und auf dem Grundbuchamt Horgen anmelden zu lassen (act. 16 S. 8).

Im Weiteren bestreiten die Beklagten 1, 2, 6 und 7 das rechtliche Interesse des Klägers. Der vom Kläger erwähnte gesetzliche Auftrag des Willensvollstreckers finde nämlich gerade seine Schranken im jederzeitigen und unbedingten freien Teilungsrecht der Erben. Auch die Behauptung, dass allein der Willensvollstrecker zur Übertragung der Nachlassliegenschaften vom Erblasser auf die Erben befugt gewesen sei, ist gemäss den Beklagten 1, 2, 6 und 7 unhaltbar (act. 56 S. 4).

Die Beklagten 3, 4 und 5 machen geltend, dass die Erben keine Zustimmung des Willensvollstreckers benötigt hätten, um einen Erbteilungsvertrag abzuschliessen, da dieses Rechtsgeschäft einerseits nicht zulasten des Nachlasses gehe und andererseits nicht mehr ausschliesslich in die Kompetenz des Willensvollstreckers falle, nachdem sich sämtliche Erben bezüglich der Teilungshandlungen einig gewesen seien (act. 57 S. 8). Im Übrigen sei der Kläger mit der Umsetzung des Erbenbeschlusses als solchem einverstanden gewesen und habe nur Vorbehalte bezüglich der für solche Geschäfte unüblich kurzen Fristansetzung zum Vollzug dieses Beschlusses vorgebracht. Damit habe der Kläger aber einge-

räumt, dass er mit den Teilungshandlungen der Beklagten einverstanden gewesen sei und habe somit die Zustimmung erteilt (act. 57 S. 8).

Zudem bestreiten sie das Rechtsschutzinteresse des Klägers, denn aufgrund der "Objektiv beschränkten Erbteilung" und der folgenden Überführung der fraglichen Grundstücke in eine einfache Gesellschaft seien die verschiedenen Grundstücke in der Folge an zwei verschiedene Käufer veräussert worden. Zwischenzeitlich hätten auch die Eigentumsübertragungen an diese Käufer stattgefunden. Nachdem die Liegenschaften an Dritte veräussert worden und der Erlös verteilt worden sei, sei die Aufgabe des Willensvollstreckers abgeschlossen (act. 57 S. 6).

4. a) Gemäss § 59 ZPO wird auf Klagen betreffend Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nur eingetreten, wenn ein rechtliches Interesse an der Feststellung besteht.

Mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Horgen vom 30. Mai 1996, rechtskräftig nach bundesgerichtlichem Entscheid am 20. Februar 1997, wurde der Kläger in Gutheissung einer Aufsichtsbeschwerde der Beklagten angewiesen, innert 20 Tagen seit Rechtskraft der Verfügung die Grundstücke im Sinne einer Realteilung ins Gesamteigentum (einfache Gesellschaft) aller Erben zu überführen (act. 5/6).

In casu ist kein rechtliches Interesse des Klägers an der Feststellungsklage bezüglich Ungültigerklärung des Vertrages "Objektiv beschränkte Erbteilung" ersichtlich, da schlussendlich die materielle Rechtslage dieselbe ist, wenn der Kläger den Erbteilungsvertrag aufgesetzt und zur Anmeldung im Grundbuch angemeldet hätte

b) Obwohl Ziffer 1 der klägerischen Rechtsbegehren bereits am fehlenden Rechtsschutzinteresse scheitert, wird (im Hinblick auf das zweite Begehren des Klägers) im folgenden dennoch die materielle Prüfung des ersten Begehrens vorgenommen.

5. a) Das Erbteilungsrecht wird vom Grundsatz der freien vertraglichen Erbteilung beherrscht (Art. 607 Abs. 2 ZGB). Leitgedanke soll sein, dass die Teilung

der Erbschaft grundsätzlich ausschliesslich Sache der Erben ist. Unter der Voraussetzung, dass unter allen Erben Einigkeit über die Art der Teilung herrscht, sollen die Erben weder durch die gesetzliche noch die erblasserische Erbfolge oder Teilungsvorschriften gebunden sein (Schaufelberger, N. 5 zu Art. 607 ZGB, a.a.O.). Auch der Zeitpunkt der Erbteilung wird nicht durch den Willensvollstrecker, sondern aufgrund von Art. 604 ZGB durch die Erben festgesetzt. Die Erben können so auch durch einstimmigen Beschluss die Erbteilung vornehmen, wenn noch kein Teilungsvorschlag des Willensvollstreckers vorliegt.

Die Erbengemeinschaft endet mit der Erbteilung, d.h. mit der vollständigen Aufteilung des gesamten Nachlasses unter den Erben.

b) Das Obergericht des Kantons Zürich führte in seinem Beschluss vom 12. August 1996 (Rekurs gegen den Aufsichtsbeschwerdeentscheid des Einzelrichters vom 30. Mai 1996) aus, dass die Frage der Bindung des Willensvollstreckers an Absprachen unter den Erben, einschliesslich der Zulässigkeit des Abweichens von erblasserischen Teilungsvorschriften, heute einheitlich im Sinne der freien Gestaltungsbefugnis der Erben beantwortet wird. Diese Ansicht wird im Wesentlichen damit begründet, dass die erblasserischen Anordnungen insgesamt, wie auch die Einsetzung eines Willensvollstreckers sich gegen Konflikte unter den Erben, nicht aber gegen eine Einigung unter ihnen richten (act. 5/7 S. 6). Das Obergericht führte im Weiteren aus, dass die Überführung von Grundstücken des Nachlasses ins Gesamteigentum aller Erben, die eine einfache Gesellschaft bilden, eine Realteilung darstellt (act. 5/7 S. 8 und 9).

c) Die Überführung der Erbengemeinschaft in eine andere rechtliche Gemeinschaftsform bedarf jedoch in jedem Falle, auch wenn die neue Gemeinschaftsform wie die einfache Gesellschaft formlos gegründet werden kann, einer entsprechenden Vereinbarung unter den Erben (Schaufelberger, N. 36 zu Art. 602, a.a.O.). Ein gültiger Erbteilungsvertrag setzt eine Einigung aller Erben im Sinne von Art. 1 OR voraus. Zudem ist der Vertrag von allen Erben zu unterschreiben (Schaufelberger N. 15 zu Art. 634, a.a.O.).

d) In casu teilten die Beklagten dem Kläger mit Schreiben vom 19. Januar 1996 ihre einstimmig gefassten Beschlüsse ausdrücklich mit, wonach die Erbengemeinschaft durch Zuweisung der Grundstücke an alle Erben zu Gesamteigentum im Sinne einer Realteilung aufzulösen sei, die Eintragung der Erben und die schriftliche Vereinbarung über die Realteilung beim Grundbuchamt anzumelden seien (act. 5/3). Der Willensvollstrecker ist an die Einigung der Beklagten gebunden, sofern sie tauglich und praktisch durchführbar ist. Im vorliegenden Fall ist eine Bindung umso mehr zu bejahen, als die Beschlüsse der Erben nicht im Widerspruch zum Willen des Erblassers im Testament stehen, der bezüglich der Liegenschaften keine Teilungsanordnung traf, sondern lediglich verfügte, dass der Willensvollstrecker seinen Erben nach bestem Wissen und Gewissen bei der Teilung des Nachlasses behilflich sein soll. Nur wenn sich die Einigung der Erben als gesetzeswidrig oder schlichtweg undurchführbar erweist, kann sich der Willensvollstrecker darüber hinwegsetzen.

Vorliegend ist aus dem Antrag der Beklagten, die Grundstücke seien im Sinne einer Realteilung ins Gesamteigentum (einfache Gesellschaft) aller Erben zu überführen, eindeutig der Wille ersichtlich, die Erbengemeinschaft aufzulösen und die Anteile an den Nachlassliegenschaften in eine neu begründete einfache Gesellschaft einzubringen. Mit der Unterzeichnung der "Objektiv beschränkte Erbteilung" am 3., 4., 6., 7. und 9. Juli 1997 von sämtlichen Erben schlossen die Beklagten einstimmig einen schriftlichen Erbteilungsvertrag. Der Vertrag kam somit nach Art. 1 OR gültig zustande. Da die Überführung der Nachlassliegenschaften in eine einfache Gesellschaft eine Realteilung darstellt, ist die diesbezügliche Einigung der Beklagten durchführbar.

Der von den Beklagten geschlossene Vertrag mit dem Titel "Objektiv beschränkte Erbteilung" wurde somit rechtsgültig abgeschlossen.

In der Zwischenzeit wurde der Vertrag "Objektiv beschränkte Erbteilung" von den Beklagten 1, 2, 6 und 7 beim Bezirksgericht Horgen angefochten. Dieses Verfahren ist noch hängig, weshalb der angefochtene Vertrag grundsätzlich nach wie vor Gültigkeit hat.

6. Die Feststellungsklage auf Ungültigkeit des Vertrages "Objektiv beschränkte Erbteilung" ist somit sowohl mangels Rechtsschutzinteresses als auch aus materiellen Gründen abzuweisen.

B. Begehren um Grundbuchberichtigung

7. a) Der Kläger verlangt in Absatz 1 und 2 des zweiten Begehrens, es sei festzustellen, dass die Grundbucheintragung der Beklagten 1, 2, 6 und 7 sowie des Erbstammes der Beklagten 3, 4 und 5 als "Gesamteigentümer infolge einfacher Gesellschaft" der in der Gemeinde Oberrieden gelegenen Liegenschaften Kat.Nrn ..., ungerechtfertigt ist, und es sei das Grundbuchamt Horgen demzufolge anzuweisen, hinsichtlich der genannten Liegenschaften den Grundbucheintrag der Beklagten zu berichtigen, indem die Beklagten 1, 2, 6 und 7 sowie der Erb-stamm der Beklagten 3, 4 und 5 als "Gesamteigentümer zufolge Erbengemeinschaft" eingetragen werden.

Die Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB ist primär eine Feststellungsklage, da sie bezweckt, in Bezug auf ein bestimmtes Grundstück den wirklichen Stand der sich darauf beziehenden dinglichen Rechte festzulegen (Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und Eigentum, Band I, Bern 1991, N. 2125).

Es ist somit angezeigt, den ersten und zweiten Abschnitt des zweiten Begehrens gemeinsam zu behandeln.

b) Der Kläger macht geltend, dass die Beklagten, den für eine Grundbucheintragung erforderlichen Ausweis über ihr Verfügungsrecht betreffend die sich im Nachlass befindlichen Liegenschaften nicht vorlegen konnten. Dass dieses Verfügungsrecht ausschliesslich dem Willensvollstrecker zugestanden hätte, sei allen Beteiligten bestens bekannt gewesen. Der Grundbucheintrag hätte demzufolge vom zuständigen Beamten mangels Verfügungsberechtigung der antragstellenden Erben verweigert werden müssen (act. 2 S. 32).

Zur vorliegenden Klage sei er legitimiert, da der Willensvollstrecker, der sogar ein Grundstück veräussern dürfe, in maiore minus auch aktivlegitimiert für

die Grundbuchberichtigungsklage sein müsse (act. 2 S. 31). Sei der Nachlass zudem nicht geteilt, so sei er nach wie vor Willensvollstrecker auch über die Liegenschaften des Nachlasses. Dann aber sei die Aktivlegitimation zur Grundbuchberichtigungsklage nicht abzusprechen, da die Prozessführungsbefugnis des Willensvollstreckers umfassend sei (act. 44 S. 10 und 11).

c) Die Beklagten 1, 2, 6 und 7 bestreiten das Rechtsschutzinteresse des Klägers, da dieser zur Grundbuchberichtigungsklage nicht legitimiert sei (act. 56 S. 8).

Weiter führen sie aus, dass das Schreiben des Willensvollstreckers vom 4. März 1997 mit dem Satz "Da Sie ohnehin wünschen, den Vertrag des Notars zu überprüfen, bin ich der Meinung, dass Sie direkt verhandeln und die öffentliche Beurkundung von den Erben unterzeichnen lassen." (act. 19/11) für sie als Vollmacht zur Anmeldung der Grundbucheintragung der Beklagten als Gesamteigentümer infolge einfacher Gesellschaft der Liegenschaften beim Grundbuchamt Horgen aufzufassen gewesen sei (act. 16 S. 10).

Die Beklagten 3, 4 und 5 bestreiten das Rechtsschutzinteresse des Klägers bezüglich des Feststellungsbegehrens in Absatz 1. Es handle sich lediglich um eine Vorfrage zum zweiten Teil des Rechtsbegehrens, welcher keiner selbständigen Feststellung bedürfe, da mit der Grundbuchberichtigung auch die Ungerechtfertigkeit der Grundbucheinträge enthalten sei (act. 57 S. 9).

Bezüglich der Grundbuchberichtigungsklage sei der Kläger nicht aktivlegitimiert. Der Kläger verlange nicht, dass seine Person bezüglich der Nachlassgrundstücke im Grundbuch als Eigentümer eingetragen werde, sondern dass Dritte, nämlich die Beklagten als Gesamteigentümer zufolge Erbengemeinschaft eingetragen werden. Dadurch sei offensichtlich, dass der Kläger nicht in seinen dinglichen Rechten verletzt sei.

d) Nach Art. 975 Abs. 1 ZGB kann jedermann, der durch den ungerechtfertigten Eintrag eines dinglichen Rechtes im Grundbuch in seinen dinglichen Rechten verletzt ist, auf Löschung oder Abänderung des Eintrages klagen. Aktivlegitimiert zur Grundbuchberichtigungsklage ist somit, wer durch den ungerechtfertigten Eintrag in seinen dinglichen Rechten verletzt ist.

Als Willensvollstrecker hat der Kläger keine dinglichen Rechte an der Erbschaft (BGE 90 II 382), womit er auch nicht in seinen dinglichen Rechten verletzt sein kann.

Der Kläger verlangt selbst nur die Berichtigung des Eintrages der Beklagten von "Gesamteigentümer infolge einfacher Gesellschaft" in "Gesamteigentümer zufolge Erbengemeinschaft" und keinen Eintrag von sich persönlich.

Der Kläger ist somit nicht in seinen dinglichen Rechten verletzt und verfügt daher nicht über Aktivlegitimation zur Anhebung der vorliegenden Grundbuchberichtigungsklage

e) Dieses Begehren ist somit wegen mangelnder Aktivlegitimation des Klägers zur Grundbuchberichtigungsklage abzuweisen.

C. Begehren um Anweisung des Grundbuches, den Kläger als Willensvollstrecker anzuführen

8. a) Der Kläger verlangt im dritten Abschnitt des zweiten Begehrens, dass das Grundbuchamt angewiesen werde, den Kläger mit seiner Identifikation und seiner Funktion als Willensvollstrecker in der Abteilung "Eigentum" des Grundbuchs anzuführen.

b) Der Kläger begründet dieses Begehren folgendermassen: Gemäss Art. 31 Abs. 4 GBV dürfe sich der Willensvollstrecker in der Abteilung "Eigentum" des Grundbuches mit seiner Identifikation und seiner Funktion "anführen" lassen (act. 2 S. 30).

c) Die Beklagten 1, 2, 6 und 7 bestreiten den Anspruch des Klägers und begründen dies damit, dass der Kläger nicht zur Grundbuchberichtigungsklage legitimiert sei.

Die Beklagten 3, 4 und 5 wenden ein, dass es sich bei Art. 31 Abs. 4 GBV lediglich um eine "Kannvorschrift" handle, welche keinen Anspruch auf eine Erwähnung beinhaltet. Zudem sei das Willensvollstreckermandat des Klägers aufgrund der bereits erfolgten Teilung beendet; der Kläger habe deshalb auch aus diesem

Grunde keinen Anspruch mehr auf Kennzeichnung seiner Funktion als Willensvollstrecker im Grundbuch (act. 57 S. 12).

d) Wie schon unter lit. B Ziff. 6 d) ausgeführt, ist der Kläger nicht legitimiert zur Grundbuchberichtigungsklag. Zudem beinhaltet Art. 31 Abs. 4 GVO keinen durchsetzbaren Anspruch auf Eintragung des Willensvollstreckers unter der Rubrik "Eigentum".

In der Lehre ist die Frage umstritten, ob und wie das Besitzes- und Verwaltungsrecht des Willensvollstreckers im Grundbuch erkennbar gemacht werden kann. Eine Eintragung oder Vormerkung des Willensvollstreckers kommt nicht in Frage, weil sie in Art. 958/959 ZGB nicht vorgesehen ist. Art. 959 ZGB enthält einen abschliessenden Katalog der zulässigen Vormerkungen persönlicher Rechte und Art. 960 ZGB kann nur zur Sicherstellung dieser Rechte angerufen werden. Es wurde vorgeschlagen, bei der Eigentumseintragung der Erben nach deren Namen in Klammern den Willensvollstrecker im Grundbuch "mitaufzuführen". Dies mag zweckmässig sein, verstösst aber wohl gegen Art. 958 Ziff. 1 ZGB. Danach ist das Eigentum im Grundbuch einzutragen, im vorliegenden Fall also die Erben (Karrer, N. 26 zu Art. 518 ZGB, a.a.O.).

Dieses Begehren ist somit mangels Aktivlegitimation und durchsetzbarem Anspruch abzuweisen.

D. Errichten einer Sicherungshypothek oder Stellen einer Bankgarantie

9. a) Der Kläger stellt schliesslich in Ziffer 3 das Begehren, eventualiter seien die Beklagten zu verpflichten, zugunsten des Klägers eine Sicherungshypothek im Umfang von Fr. 300'000.-- auf einer der in der Gemeinde Oberrieden gelegenen Liegenschaften Kat.Nrn ... zu errichten oder zugunsten des Klägers eine unbefristete, auf erstes Verlangen zahlbare Bankgarantie im Umfang von Fr. 300'000.-- bei einer im Bezirk Horgen domizilierten Bank zu stellen.

b) Der Kläger macht bei der Begründung dieses Begehren geltend, dass das Obergericht darauf hinweise, dass dem Willensvollstrecker zur Sicherung

seiner Forderung ein Retentionsrecht gemäss Art. 895 ZGB auf dem Nachlassvermögen zustehe (act. 2 S. 9). Zumindest die seiner Ansicht nach ausgewiesenen und allseits anerkannten Sicherungsansprüche betreffend seiner Honorarforderung in Höhe von Fr. 300'000.-- seien gutzuheissen (act. 2 S. 33).

c) Die Beklagten 1, 2, 6 und 7 machen demgegenüber geltend, dass es kein Retentionsrecht an Liegenschaften gebe und es deshalb an der gesetzlichen Grundlage fehle (act. 56 S. 9).

Die Beklagten 3, 4 und 5 bestreiten den Anspruch auf eine Sicherungshypothek oder eine Sicherstellung. Sie machen geltend, dass dem Willensvollstrecker nur gerade ein Retentionsrecht im Sinne von Art. 895 ZGB an beweglichen Nachlassgegenständen zustehe. Einen weitergehenden Anspruch auf Sicherstellung habe der Kläger als Willensvollstrecker nicht. Der Kläger nenne auch keine Rechtsgrundlage, auf welche er seinen Anspruch stützen wolle. Auch für die Ausstellung einer Bankgarantie verfüge der Kläger über keinerlei Rechtsgrundlag. Zudem habe er die Höhe der von ihm geltend gemachten Sicherheit nicht näher spezifiziert, weshalb das entsprechende Begehren auch mangels Substanziierung bezüglich Höhe der Sicherheit abzuweisen sei (act. 57 S. 13).

d) Gemäss Art. 895 ZGB kann ein Retentionsrecht an beweglichen Sachen und Wertpapieren geltend gemacht werden. Ausgeschlossen ist die Retention an unbeweglichen Sachen, d.h. an Grundstücken i.S.v. Art. 655 Abs. 2 ZGB; der Gläubiger bleibt auf das Zurückbehaltungsrecht nach Art. 82 OR oder das obligatorische Retentionsrecht verwiesen (Rampini/Schulin/Vogt, N. 19 zu Art. 895 ZGB, a.a.O.).

Ein Zurückbehaltungsrecht nach Art. 82 OR, d.h. die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages besteht nur bei synallagmatischen Verträgen und gibt dem Schuldner einzig das obligatorische Recht, eine eigene Leistung beliebiger Natur mittels einer dilatorischen Einrede zurückzuhalten (Rampini/Schulin/Vogt, N. 10 zu Art. 895 ZGB, a.a.O.). Die Anwendung des Zurückbehaltungsrechts nach Art. 82 OR ist in casu nicht möglich, da zwischen dem Kläger und den Beklagten kein synallagmatischer Vertrag besteht und es dem Kläger

auch nicht darum geht, eine eigene Leistung zurückzubehalten. Das obligatorische Retentionsrecht, welches auf unvollkommen zweiseitige Verträge und auf nicht in einem Austauschverhältnis stehende Leistungen Anwendung findet, kann in diesem Begehren des Klägers ebenfalls nicht angewendet werden, da es lediglich dem Schuldner das Recht gibt, die eigene Leistung bis zur Erbringung der Gegenleistung durch den Vertragspartner zurückzubehalten (Rampini/Schulin/Vogt, N. 11 zu Art. 895 ZGB, a.a.O.) und der Kläger die Sicherstellung einer Forderung für bereits erbrachte Leistung fordert.

Es besteht somit keine gesetzliche Grundlage für die vom Kläger beantragte Sicherstellung, Sicherungshypothek oder Bankgarantie.

Dieses Begehren ist somit mangels gesetzlicher Grundlage abzuweisen.

10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sämtliche Begehren des Klägers abzuweisen sind.

Bezirksgericht Horgen, III. Abteilung
Urteil vom 6. Dezember 2001
Geschäfts-Nr. CG980029

Der Willensvollstrecker liess die Abweisung der Klage unangefochten, insoweit sie sich gegen den von den Erben selber erwirkten Vollzug ihres Teilungsvertrages gerichtet hatte. Hingegen bestand er darauf, dass sie sein Honorar sicherstellen sollten.

Das Obergericht wies auch dieses Begehren ab.

(aus dem Entscheid des Obergerichts:)

3. Das Bezirksgericht hat im angefochtenen Urteil erwogen, der Kläger vermöge sich auf keine gesetzliche Grundlage zu berufen, welche ihm Anspruch auf Sicherstellung seines Honorars geben könnte, und es weist daher die Klage auch diesbezüglich ab (act. 71 S. 20 - 22). Diese Überlegungen ficht der Kläger in der Berufung nicht an, und sie sind auch überzeugend (§ 161 GVG). Hingegen beanstandet der Kläger, dass das Bezirksgericht nicht erörterte, ob ihm die Be-

klagten die verlangte Garantie rechtsgeschäftlich zugesichert haben; darum dreht sich nun das Berufungsverfahren in der Sache.

a) Die Beklagten 3 - 5 wenden vorweg ein, der Kläger trage ein unzulässiges Novum vor; in der seinerzeitigen Klagebegründung habe er sich nur auf ein Retentionsrecht berufen, nicht aber auf einen vertraglichen Anspruch auf Stellung einer Garantie (act. 88 S. 4). - Ein neues *Begehren* wäre in der Berufung ausgeschlossen (argumentum e contrario aus § 200 Abs. 1 ZPO). Darum geht es aber nicht: Der Kläger verlangt wie schon vor erster Instanz eine "auf erstes Verlangen zahlbare Bankgarantie im Umfang von Fr. 300'000.-- bei einer im Bezirk Horgen domizilierten Bank...". Fraglich sein kann einzig die *Begründung*. Hier kann ihm allerdings nicht schaden, wenn er nur knappe oder unzutreffende rechtliche Ausführungen machte, denn das Gericht hat das Recht von Amtes wegen anzuwenden (§ 57 ZPO). Es kommt einzig darauf an, ob er Tatsachen behauptete, welche den im Rechtsbegehren genannten Anspruch stützen. In der Berufung nennt er diesbezüglich keine neuen Umstände und er legt keine neuen Urkunden ins Recht. Es geht also nicht um die Frage zulässiger oder unzulässiger Noven, sondern einzig darum, ob das schon in erster Instanz in den Prozess eingeführte Material zur Bejahung eines rechtsgeschäftlichen Anspruches hätte führen müssen. Wie weit dabei auch eingelegte Urkunden zu würdigen sind, wenn auf sie in den Rechtschriften nicht Bezug genommen wird, kann dabei offen bleiben; der Kläger hat seine Beilagen in der Klageschrift zum grössten Teil wörtlich abgeschrieben, was zwar die Lesbarkeit der Rechtschrift beeinträchtigt, den Inhalt dieser Beilagen aber auf jeden Fall zu seinen eigenen Behauptungen macht.

b) Umgekehrt greift aber auch das Argument des Klägers zu kurz, die Beklagten hätten sein Sicherstellungsbegehren in erster Instanz prozessual anerkannt (act. 79 S. 6). Vorweg wäre dann sein Rechtsbegehren in der Berufung falsch, denn es gäbe nichts mehr materiell zu entscheiden, und das Verfahren wäre als durch Anerkennung erledigt abzuschreiben (allenfalls ergänzt um Anordnungen zur Vollstreckung im Sinne von § 304 Abs. 1 ZPO, welche der Kläger allerdings gar nicht verlangt, was wiederum ihre Anordnung nach § 54 Abs. 2 ZPO ausschliesse). Zu unterscheiden ist aber ohnehin zwischen der Anerkennung eines Anspruchs und der Anerkennung der tatsächlichen Behauptungen der Gegenpartei. Die Beklagten haben unmissverständlich *Abweisung* der Klage beantragt, was ohne weiteres alle Rechtsbegehren umfasst (act. 16 S. 2 und act. 57 S. 3). Das Bezirksgericht hat den Verzicht der Beklagten 3 - 5 auf eine (eigene) Kla-

geantwortet auch zutreffend nicht als Säumnis im Sinne von § 130 ZPO gewertet und ihnen entsprechend keine zweite peremptorische Frist angesetzt. Die Erklärung der Beklagten 3 - 5 (act. 30) erfolgte in Kenntnis des Umstandes, dass die anderen Beklagten die Klage beantwortet hatten (dazu act. 20); und diese Klageantwort wirkte für alle Beklagten (§ 39 Abs. 2 ZPO). Wie weit die tatsächlichen Behauptungen des Klägers bestritten sind und ob sie seinen Anspruch zu stützen vermögen, ist im folgenden zu prüfen.

c) Der Kläger leitet seinen Anspruch auf die Stellung der Bankgarantie daraus ab, dass das "allseits anerkannt" worden sei (act. 2 S. 33), respektive dass die Beklagten dazu "ausdrücklich ihre Bereitschaft erklärten" (act. 44 S. 25). Die letztere Behauptung schwächt er selbst zwar gleich wieder ab mit dem Nachsatz, dass die Beklagten damals widersprüchlich erklärten, sie hielten "die Leistung einer Sicherheit für nicht angebracht" (act. 44 S. 25). Darum geht es (noch) nicht. Hier genügt es festzustellen, dass der Kläger sich mindestens sinngemäss darauf beruft, die verlangte Sicherstellung sei ihm im Sinne einer vertraglichen Verpflichtung zugesagt worden. Die entsprechenden Willenserklärungen behauptet der Kläger im wesentlichen nur indirekt: Er zitiert zahlreiche Briefe, welche sich mit der Frage einer Sicherstellung des Willensvollstrecker-Honorars befassen (act. 2 S. 17 ff. und act. 44 S. 25). Weitere Ausführungen zum Willen der Beteiligten machte er vor Bezirksgericht nicht, und in der Berufung wären sie wegen der Noven-Beschränkung nicht mehr zulässig (§ 267 ZPO). Damit geht es nicht um das Ermitteln eines tatsächlichen inneren Willens der Parteien, welcher nach Art. 18 OR in erster Linie den Inhalt einer Verpflichtung bestimmte. Es sind vielmehr die erwähnten schriftlichen Äusserungen zunächst in ihrem Wortlaut zu erfassen und dann erforderlichenfalls nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Dabei sind der Inhalt der Briefe und ihre Authentizität unbestritten.

Das Verhältnis der Erben zum Willensvollstrecker war nach dessen eigener Darstellung vom 19. Januar 1996 an getrübt, als ihn die Erben aufforderten, seine Bemühungen abzuschliessen, für seine Arbeit Rechnung zu stellen und die Liegenschaften auf die Erben als einfache Gesellschaft zu übertragen (act. 2 S. 6, act. 5/3). Dem widersetzte sich der Kläger (act. 2 S. 6 ff.). Nachdem die Erben die Übertragung der Liegenschaften selbst bewerkstelligt hatten, drohte ihnen der Kläger mit "weiteren Schritten nach Gutdünken" (act. 2 S. 17, act. 5/20).

Am 3. Dezember 1997 sprach der Kläger erstmals die Sicherstellung seines Honorars an: Die Übertragung der Liegenschaften habe ihn seiner Möglichkeit beraubt, sein Honorar zu sichern, und er verlange, dass vor einer weiteren Mutation im Grundbuch sein Honorar sichergestellt werde (act. 2 S. 19, act. 5/25). Der Vertreter der Erben ging darauf ein und schrieb dem Kläger, er werde "meinen Klienten beantragen, eine entsprechende Sicherstellung z. B. mittels Bankgarantie im Umfang von rund Fr. 300'000.-- zu erwirken"; er werde den Kläger "nach Möglichkeit noch vor dem 19.12.1997 mit der entsprechenden Garantie bedienen" (act. 2 S. 19, act. 5/26). Damit war noch keine Verpflichtung der Erben begründet; der Anwalt hatte nur in Aussicht gestellt, sich für die Stellung einer Sicherheit zu verwenden. Dabei war zudem auch noch offen, in welcher Form die Sicherheit geleistet werden sollte.

Am 19. Dezember 1997 schrieb der Vertreter der Erben, die Leistung der Sicherheit habe sich verzögert, sie werde aber "von keinem Erben bestritten"; er versichere dem Kläger, dass "wir Ihnen dieses Papier spätestens in der ersten Januarhälfte 1998 zustellen werden" (act. 5/28). Dem Brief lag ein Schreiben eines Erben bei, wonach Probleme mit der Bank die Ausstellung einer Garantie verzögert hätten (act. 5/29). Aus diesen Erklärungen durfte der Kläger entnehmen, die Erben wollten sich ihm gegenüber zur Leistung einer Bankgarantie für sein Honorar verpflichten. Die Verpflichtung, eine Garantie zu stellen, ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, sie fällt unter die allgemeine Vertragsfreiheit von Art. 19 OR. Die gegenseitige Willensäusserung (welche nach Art. 1 Abs. 2 und Art. 6 OR auch stillschweigend erfolgen kann) muss aber jedenfalls die wesentlichen Punkte umfassen (Art. 2 Abs. 1 OR).

- Bei der Verpflichtung zum Stellen einer Bankgarantie ist *der zu sichernde Anspruch* ein unabdingbares Element. Er ergab sich hier aus dem ersten Angebot der Erben in Verbindung mit der Forderung des Klägers: Die Garantie sollte das Willensvollstrecker-Honorar des Klägers sichern und (nur) in Anspruch genommen werden können, wenn die Höhe des Honorars durch Vergleich oder Urteil festgestellt würde (act. 5/26). Der Klageantrag des Klägers im vorliegenden Prozess übergeht diese wesentliche Einschränkung ("eine .. auf erstes Verlangen zahlbare Bankgarantie"); das müsste allerdings prozessual nicht unbedingt als etwas "anderes" (§ 54 Abs. 2 ZPO) betrachtet werden, sondern es könnte auch ein "Mehr" im Sinne der zitierten Bestimmung darstellen, sodass die unsorgfältige Formulierung des Rechtsbegehrens für sich allein nicht zur (vollständigen) Abweisung der Klage führen müsste.

- Die *Bezeichnung der Bank* war offen. Es dürfte sich hier um einen Nebenpunkt handeln, welcher im Sinne von Art. 2 Abs. 2 OR ergänzt werden könnte. Warum es sich nur um eine im Bezirk Horgen niedergelassene Bank handeln sollte, wie der Kläger verlangt, ist nicht unbedingt einzusehen; als eine Bank "mittlerer Qualität" (analog nach Art. 71 Abs. 2 OR) dürfte jede von der Eidgenössischen Bankenkommision approbierte Bank gelten, welche im Kanton Zürich in Anspruch genommen werden könnte.

- Das von den Beklagten aufgeworfene Problem der *zeitlichen Begrenzung* war nicht Thema der Korrespondenz der Parteien und wäre durch richterliche Vertragsergänzung (Art. 2 Abs. 2 OR) lösbar.

- Ein wesentliches und in keinem Fall vom Richter zu ergänzendes Element stellt aber die *Höhe der Garantie* dar. Auf welchen Betrag sie lauten sollte, ging aus den Schreiben des Anwaltes der Erben resp. des Erben E. nicht hervor (act. 5/26 und 5/27). Als der Anwalt dem Kläger eine Sicherheit in Aussicht stellte, sprach er von "*rund Fr. 300'000.--*" (act. 5/26, Hervorhebung beigefügt). Die Höhe des Honorars des Klägers war streitig (act. 5/13, act. 5/31, act. 16 S. 13), und objektive Anhaltspunkte dafür, welchen *genauen* Betrag die Garantie sichern sollte, gab es nicht. Damit fehlte es an einem bestimmten oder (in Analogie zu Art. 184 Abs. 3 OR) bestimmbareren Inhalt der Verpflichtung der Erben, und weder die einfache Annahmeerklärung des Klägers noch sein Schweigen konnten das Zustandekommen eines Vertrages bewirken.

In einem Brief vom 13. Januar 1998 monierte der Kläger, dass die Erben verschiedene "dringend anstehende Pendenzen" nicht erledigten; Genaueres und Präziseres zur diskutierten Sicherheit ergibt sich aus dem Schreiben allerdings nicht (act. 5/30). Am 2. Februar 1998 schrieb der Anwalt der Erben dem Kläger, er habe seinen Klienten "ein weiteres Mal geraten (...), diese Sicherheit in irgend einer Form zu leisten" (act. 5/31): Das ist wiederum keine als bindend zu verstehende Verpflichtung. In der Folge haben sich die Erben offenbar dennoch darum bemüht, zugunsten des Klägers eine grundpfändliche Sicherheit zu stellen (act. 2 S. 22 ff., act. 5/32 ff.). Die Errichtung eines solchen Pfandes kam allerdings nicht zustande, und der Korrespondenz der Beteiligten ist keine Verpflichtung der Erben zu entnehmen, welche dem Kläger einen durchsetzbaren Anspruch auf Stellung einer solchen Grundpfandsicherheit gäbe - abgesehen davon, dass er das auch nicht (mehr) einklagt.

d) Damit ist die Klage abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 6. November 2001
Geschäfts-Nr. LB010016