

**Art. 509 Abs. 1 ZGB, Widerruf.** *Der Widerruf eines Testamentes, welches seinerseits ein noch früheres widerrief, lässt dieses nicht (oder jedenfalls nicht ohne Weiteres) wieder aufleben (E. 3.2).* **Art. 518 Abs. 2 ZGB, Befugnisse des Willensvollstreckers.** *Der Willensvollstrecker kann entgegen dem Wortlaut gerade nicht aus eigenem Recht teilen (E. 3.4).*

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

(III) 3.2 In Dispositivziffer 2 nimmt die Vorinstanz davon Vormerk, dass Rechtsanwalt Dr. iur. A. das Mandat als Willensvollstrecker bereits angenommen hat. Diese Vormerknahme stört den Berufungskläger offensichtlich, denn er ist – im Unterschied zur Vorinstanz und den Berufungsbeklagten – der Auffassung, dass aufgrund des jüngsten Testamentes vom 25. Oktober 2012 das Willensvollstreckermandat von Rechtsanwalt Dr. iur. A. nicht (mehr) bestehe.

Die Vorinstanz stufte die Testamente vom 18./19. Mai 2011 und vom 25. Oktober 2012 – zutreffend (auch wenn die Berufungsbeklagte 1 anderer Auffassung zu sein scheint) – als zu eröffnende letztwillige Verfügungen des Erblassers ein. Angesichts der Diskrepanz zwischen dem Wortlaut der erwähnten Testamente (betr. den Willensvollstrecker) hatte die Vorinstanz, im Sinne eines prima facie-Entscheids, auf die eine oder auf die andere Verfügung abzustellen. Es kann auch auf das zuvor zum Wesen der Testamentseröffnung Gesagte verwiesen werden, wonach die Vorinstanz nicht etwa den Willensvollstrecker einsetzt. Die Formulierung "Es wird davon Vormerk genommen, dass" im Dispositiv, entfaltet auch keine materielle Rechtskraft bezüglich dem Willensvollstreckermandat sondern wiederholt lediglich die Annahmeerklärung von Rechtsanwalt Dr. iur. A. bezüglich dem Willensvollstreckermandat gemäss dem Testament vom 18. bzw. 19. Mai 2011 in etwas amtlicherer Form. Doch hat das Vorgehen der Vorinstanz regelmässig zur Folge, dass dem Willensvollstrecker gestützt auf seine vorgemerkte Annahmeerklärung auf erstes Verlangen ein Willensvollstreckerzeugnis ausgestellt wird. So geschah es auch in der heute zu beurteilenden Erbschaftssache. Dieses gerichtliche Willensvollstreckerzeugnis ermöglicht es dem Willensvollstrecker tätig zu werden und sich über seine Befugnisse auszuweisen. Käme das er-

öffnende Gericht im Rahmen der Eröffnung einer später eingereichten letztwilligen Verfügung des Erblassers zum Schluss, dass keine Grundlage für ein Willensvollstreckermandat mehr bestünde, hätte es folgerichtig ein bereits ausgestelltes Willensvollstreckerzeugnis zu widerrufen und den "ehemaligen" Willensvollstrecker (allenfalls sogar unter Strafandrohung) zur Rückgabe sämtlicher Exemplare des Willensvollstreckerzeugnisses zu verpflichten. Auch wenn also Rechtsanwalt Dr. iur. A. durch besagte Dispositivziffer nicht formell als Willensvollstrecker des Erblassers eingesetzt wird und die Vormerknahme durch die Vorinstanz keinerlei Rechtskraft entfaltet, muss sich der Berufungskläger wegen den genannten Folgen ohne Umwege gegen einen möglichen diesbezüglichen Fehler der Vorinstanz wehren können. Den Berufungskläger trotz eines allfälligen Fehlers der Vorinstanz (natürlich im Bewusstsein um deren beschränkte Prüfungsbefugnis in Fällen wie diesem) z.B. durch die Verneinung eines schützenswerten Interesses auf den Weg einer ordentlichen Klage zu verweisen, erscheint in vorliegender Konstellation deshalb nicht angebracht.

Das jüngste Testament vom 25. Oktober 2012 erwähnt ein allfälliges Willensvollstreckermandat an Rechtsanwalt Dr. iur. A. nicht. Im Ingress enthält es die ohne Weiteres verständliche Formulierung: "Mein bisheriges Testament bei Herrn Dr. j u r . A . Z ü r i c h ...s t r . i s t – a n d e r e s b r i n g e m a c h t d i e g ü l t i g . Berufungsbeklagten nicht vor – nur das von Rechtsanwalt Dr. iur. A. eingereichte Testament vom 18. bzw. 19. Mai 2011 gemeint sein, welches auch dessen Ernennung zum Willensvollstrecker enthält. Eine bloss beschränkte Aufhebung dieses früheren Testaments ist nicht erwähnt.

Das von der Berufungsbeklagten 2 in diesem Zusammenhang vorgebrachte Konzept des Widerrufs des Widerrufs ist ein juristisch interessanter Gedanke, überzeugt im Resultat jedoch nicht. Der Erblasser hat an den Ehe- und Erbvertrag mit seiner Gattin eine letztwillige Verfügung (allein seinerseits) angehängt, worin er Rechtsanwalt Dr. iur. A. zu seinem Willensvollstrecker ernannte. Diese Anordnung (und allfällige weitere letztwillige Verfügungen) hat der Erblasser in Ziff. 1 des eigenhändigen Testamentes vom 18. bzw. 19. Mai 2011 – entgegen der Auffassung des Berufungsbeklagten 3 – ohne Einschränkung aufgehoben. Diese

zweite letztwillige Verfügung hat der Erblasser wiederum im Ingress des jüngsten Testamentes vom 25. Oktober 2012 ausdrücklich und ebenfalls ohne Einschränkung aufgehoben. Damit gilt (prima facie und im Sinne der hier vorzunehmenden provisorischen Beurteilung) nur noch das jüngste Testament vom 25. Oktober 2012. Der Inhalt dieses jüngsten Testamentes ist bezüglich des fraglichen Willensvollstreckermandates im Rahmen einer summarischen Prüfung weder unklar (und somit auch nicht auslegungsbedürftig) noch liegt der Schluss nahe, es sei lediglich eine Ergänzung zu einem früheren Testament des Erblassers. Gemäss der eindeutigen Wortwahl des Erblassers gilt das ganz frühere Testament nicht mehr. Die Vorinstanz gelangte zu einer anderen Auffassung und nahm deshalb in Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheides (erneut) Vormerk von der Annahme des Willensvollstreckermandates durch Rechtsanwalt Dr. iur. A. Aufgrund des unmissverständlichen Wortlautes besteht kein Interpretationsspielraum und die vorinstanzliche und von den Berufungsbeklagten getragene Vermutung, der Erblasser habe die Einsetzung eines Willensvollstreckers nicht widerrufen, sondern entgegen dem Wortlaut des jüngsten Testamentes weiterhin gelten lassen wollen, überzeugt nicht. Daran ändert auch die aufgezeigte beschränkte Auslegungsbefugnis der Vorinstanz nichts. Die Vorinstanz hätte folglich (provisorisch) von einer Aufhebung (auch) des Willensvollstreckermandates ausgehen und das an Rechtsanwalt Dr. iur. A. bereits ausgestellte Willensvollstreckerzeugnis widerrufen müssen. Dies ist nun nachzuholen.

( ... )

3 . 4 Die Formulierung *"Die Regelung des Nachlasses ist Sache des Willensvollstreckers"* ist nach dem Ausgeführten selbstredend hinfällig. Am Rande sei dazu das Folgende angefügt: Die Formulierungspraxis der Bezirksgerichte ist unterschiedlich. So liest man etwa auch "Die Erbteilung ist Sache des Willensvollstreckers" oder "Der Willensvollstrecker hat den Auftrag angenommen und steht somit, da der Erblasser etwas anderes nicht verfügt hat, in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters (Art. 518 ZGB). Er hat den Willen des Erblassers zu vertreten und ist insbesondere beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen und die Teilung nach den

vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes (Art. 610 ff. ZGB) auszuführen".

Das Gesetz sagt, der Willensvollstrecker stehe "in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters" und er habe "die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen" (Art. 518 ZGB). Daraus wurde bis in die Mitte des vorigen Jahrhunderts geschlossen, der Willensvollstrecker habe eine eigene und gegenüber den Erben durchsetzbare Kompetenz zur Anordnung der Teilung (BK-Tuor, 2. Aufl. 1952, Art. 518 N. 6: namentlich bilde der Willensvollstrecker die Lose und entscheide er über die Veräusserung oder Zuweisung zusammen gehörender Sachen, solle aber doch übereinstimmenden Wünschen der Erben sich fügen; ZK-Escher/Escher, 3. Aufl. 1959, Art. 518 N. 17, immerhin unter Hinweis darauf, dass die Materialien nicht klar seien, und der Willensvollstrecker "gut daran tun" werde, sich mit den Erben zu verständigen). Bereits im Jahr 1976 entschied das Bundesgericht allerdings anders: Die Ansicht der Kommentatoren sei "mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren". Nach Art. 634 ZGB könne die Teilung nur durch Abschluss eines schriftlichen Teilungsvertrages unter den Erben oder in der Form der Realteilung vollzogen werden; eine Teilung durch den Willensvollstrecker gebe es nicht (BGE 102 II 202). Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl. 2009, scheinen zwar anzunehmen, es bleibe dem Willensvollstrecker eine Befugnis zum autoritativen Teilen, wenn sich die Erben nicht einig sind (§ 82 N. 7), setzen sich damit allerdings über die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts hinweg. Dem gegenüber gesteht BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 4. Aufl. 2011, dem Willensvollstrecker nur die Pflicht und Kompetenz zu, die Teilung vorzubereiten und nach Abschluss des Teilungsvertrages zu vollziehen; die Erbteilung selbst sei Sache der Erben oder des Richters (Art. 518 N. 52). Der Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Künzle, 2. Aufl. 2012, formuliert knapp "Erbteilung ist Sache der Erben" und weist auf die Befugnis und Pflicht des Willensvollstreckers hin, den von den Erben unterzeichneten Vertrag zu vollziehen (Art. 517-518 N. 54 und 60). Der Praxiskommentar Erbrecht-Christ/Eichner differenziert zwischen dem vom Willensvollstrecker vorzulegenden Vorschlag und dem Akt der Teilung, welchen der Willensvollstrecker nicht vornehmen kann

(Art. 518 N. 76 ff. und N. 79), und Guinand/Stettler, Droit Civil II, referieren ohne Weiteres den zitierten Entscheid des Bundesgerichts (Rz. 441: "l'exécuteur testamentaire n'a pas la compétence de signer lui-même l'acte de partage censé lier les héritiers"). Der Kammer ist aus der jüngeren Vergangenheit kein Fall bekannt, wo ein Willensvollstrecker in eigener Kompetenz die Teilung vorgenommen hätte (und wenn das vorkäme, müsste es wohl ab und zu auch entsprechende Beschwerden geben).

In dieser Situation ist der erwähnte Text (bzw. die erwähnten weiteren Beispiele) mindestens missverständlich, wenn nicht unrichtig. Ein Laie als Willensvollstrecker oder Laien als Erben werden daraus mit grosser Wahrscheinlichkeit das lesen, was gerade nicht gilt: dass der Willensvollstrecker eine eigene Kompetenz zum Teilen der Erbschaft habe. Die mitunter anzutreffende Klammerbemerkung "nach Vorschrift des Gesetzes (Art. 610 ff. ZGB)" hilft kaum oder vergrössert sogar die Verwirrung. Zwar steht der Art. 634 ZGB, welcher als Möglichkeiten der Teilung (nur) den Vertrag oder die Realteilung nennt, durchaus nach dem Art. 610 und damit im Bereich der "Art. 610 ff.". Systematisch betrifft der Verweis aber einzig die "Durchführung der Teilung" (1. Gleichberechtigung der Erben, 2. Bildung von Losen, 3. Zuweisung und Verkauf einzelner Sachen: das Letztere kann der Willensvollstrecker gerade nicht selber bestimmen) als Unterabschnitt im Abschnitt "Die Teilungsart" (Art. 607 ff.), und Art. 634 ZGB findet sich erst im übernächsten Abschnitt ("Abschluss und Wirkung der Teilung"). Es wäre deshalb wünschenswert, wenn der formalisierte Hinweis in den Entscheiden der Einzelgerichte entweder ganz unterbliebe oder aber klar stellte, dass der Willensvollstrecker (entgegen einem ersten Anschein bei der Lektüre von Art. 518 Abs. 2 ZGB) die Erbteilung nicht selber vornehmen kann. Das Obergericht hat dazu allerdings keine konkrete Formulierung vorzuschreiben.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 7. Mai 2014  
Geschäfts-Nr.: LF140002-O/U