

## II. ERBRECHT

## DROIT DES SUCCESSIONS

**47. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Oktober 1922**  
**i. S. Testamentsvollstrecker des Nachlasses Henneberg**  
**gegen Neumann.**

Art. 518, 595, ZGB. — Beschwerde gegen Verfügungen des Testamentsvollstreckers: Zur Beurteilung materieller Fragen sind die ordentlichen Gerichte zuständig. — Kompetenzen des Testamentsvollstreckers: Er darf, abgesehen von den ihm gesetzlich eingeräumten Befugnissen, nur den formrichtig zum Ausdruck gebrachten letzten Willen des Erblassers ausführen. Er hat kein Recht sittliche Verpflichtungen des Erblassers zu erfüllen.

A. — Am 15. Dezember 1918 starb in Zürich Gustav Henneberg von Görlitz, Deutschland. In seinem Nachlasse fand sich ein Bild von Prof. Piloty « Heinrich VIII und Anna Boleyn ». Wie sich aus einer Reihe von Willensäußerungen des Erblassers ergibt, hatte er beabsichtigt dieses Gemälde auf sein Ableben der Stadt Görlitz zuzuwenden. So versprach er schon 1912 anlässlich eines Besuches des Direktors der Görlitzer Kunstsammlung in Zürich, das Bild seiner Vaterstadt zu vermachen. Mit Briefen vom 9. und 14. November 1912 dankten ihm Direktor Feyerabend und Oberbürgermeister Snay von Görlitz für diese Zuwendung, wobei Oberbürgermeister Snay gleichzeitig um die Erlaubnis bat, das Vermächtnis öffentlich bekannt geben zu dürfen. Am 16. November 1912 erteilte Henneberg hiezu seine Einwilligung. Die Veröffentlichung erfolgte in der von Direktor Feyerabend redigierten Festschrift: « Die Oberlausitzer Gedenkhalle mit Kaiser Friedrich-Museum 1902/12. » Neben Geschenken, die Henneberg der Stadt

sofort übermittelte, ist in dieser Festschrift erwähnt: « Heinrich VIII und Anna Boleyn, Gemälde von Prof. Karl von Piloty, München (testamentarisch). » Dieser Veröffentlichung, die dem Erblasser vorher im Wortlaut bekannt gegeben worden war, entsprechen die Eintragungen in den Protokollen des Magistrats von Görlitz vom September und November 1912. Im gedruckten Katalog der Galerie Henneberg ist das Gemälde unter Nr. 218 aufgeführt und daneben handschriftlich vermerkt: « Görlitz vermacht. » Ebenso ist im Geheimekassabuch des Erblassers, wo das Bild vermerkt ist, in einer Randnotiz beigefügt: « Görlitz gestiftet. » Endlich bezeugen der frühere Geschäftsführer Hennebergs, Böning, und der Bilderhändler Neupert in Zuschriften an Dr. Fick, der Erblasser habe sich ihnen gegenüber in gleichem Sinne ausgesprochen.

Gestützt auf diese Tatsachen verlangte die Stadt Görlitz Herausgabe des Bildes an sie. Die Beklagten, die Testamentsvollstrecker des Erblassers, beschlossen unterm 6. Januar 1920, den Eigentumsanspruch unter Vorbehalt der Beschwerderechte der gesetzlichen Erben anzuerkennen, und setzten den Erben eine zehntägige Frist an, um gegen den Beschluss Beschwerde zu führen. Die Erbin Frau Gebhard liess diese Frist verstreichen. Der Kläger Neumann dagegen erhob Beschwerde und erwirkte von den kantonalen Beschwerdeinstanzen Aufhebung des Beschlusses. Die kantonalen Gerichte nahmen an, die Frage, ob die Willensvollstrecker befugt seien, das streitige Bild an die Stadt Görlitz herauszugeben, sei eine materielle Rechtsfrage, deren Beantwortung dem ordentlichen Richter vorbehalten bleibe. Inzwischen war das Bild seitens der Beklagten an die Stadt Görlitz mit der Verpflichtung herausgegeben worden, es auf erstes Begehren der Erbmasse wieder zur Verfügung zu stellen.

Nach Erschöpfung des Instanzenzuges im Beschwerdeverfahren beschlossen die Testamentsvollstrecker neuer-

dings, das streitige Bild der Stadt Görlitz zu überlassen, falls der Kläger nicht innert Frist im ordentlichen Verfahren Klage erhebe.

Nunmehr reichte der Kläger beim ordentlichen Richter gegen die Beklagten die vorliegende Klage ein :

1. auf Feststellung, dass eine letztwillige Verfügung, auf Grund deren die Stadt Görlitz das Bild herausverlangen könne, nicht vorliege, und

2. auf Aufhebung des Beschlusses der Willensvollstrecker, wonach das Bild Görlitz überlassen werden solle.

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage und führten zur Begründung insbesondere aus (andere Einwendungen liegen vor Bundesgericht nicht mehr im Streit) : Die Überlassung des Bildes an die Stadt Görlitz entspreche dem Willen des Erblassers und sei, nachdem sich Henneberg noch zu Lebzeiten habe dafür danken lassen, und da diese Zuwendung auch auf die Erteilung eines Ehrentitels (Kommerzienrat) von Einfluss gewesen, eine sittliche Pflicht, deren Erfüllung in ihrer Kompetenz liege.

B. — Während die erste Instanz die Klage abwies, hat das zürcherische Obergericht mit Urteil vom 29. April 1922 die Beklagten angewiesen, das Bild beim Nachlass zu belassen.

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung, mit der die beiden Willensvollstrecker neuerdings Abweisung der Klage beantragen.

D. — Die Stadt Görlitz hat vor den kantonalen Instanzen als Litisdennunziatin am Rechtsstreite teilgenommen.

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

1. — Obschon Art. 518 in Verbindung mit Art. 595 ZGB den Erben gegen die Massnahmen der Willensvollstrecker allgemein das Beschwerdeverfahren eröffnet, ist in Übereinstimmung mit den kantonalen Instanzen davon auszugehen, dass damit die Beurteilung mate-

rieller Rechtsfragen, wie sie vorliegend streitig sind, dem ordentlichen Richter nicht entzogen werden wollte. Mochte es nahe liegen, zur Überprüfung des formellen Vorgehens und der Angemessenheit der Massnahmen der Willensvollstrecker ein besonderes, rasches Verfahren einzuführen, so fehlt jeder innere Grund dafür, bei Beurteilung materiellrechtlicher Streitpunkte, je nachdem ein Vollstrecker ernannt sein sollte oder nicht, verschiedene Behörden als zuständig zu erklären. Dagegen hätte sich fragen können, ob nicht mit Rücksicht darauf, dass letzten Endes die Rechte der Stadt Görlitz an einem Gegenstande des Nachlasses im Streite liegen, der ganze Prozess bei der Verweisung in das ordentliche Verfahren auf seine eigentliche Basis gestellt und die Stadt Görlitz zur Klageerhebung gegen den Nachlass hätte veranlasst werden sollen.

Nachdem sich jedoch die Parteien mit dem Vorgehen der Beschwerdeinstanzen abgefunden haben, hat auch das Bundesgericht keine Veranlassung, hierauf zurückzukommen.

Im übrigen stehen der Klage vom Standpunkt des Bundesrechts aus in formeller Beziehung keine Bedenken entgegen. Durch die Ernennung eines Willensvollstreckers werden die Rechte der Erben am Nachlass ähnlich wie durch eine Auflage eingeschränkt. Das Begehren des Klägers auf Feststellung der Kompetenzen der Willensvollstrecker ist daher nichts anderes, als ein Begehren auf Feststellung der ihm zukommenden Erbenrechte am Nachlass. Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese Rechte angesichts der seitens der Vollstrecker geäusserten Absicht, das Bild definitiv der Stadt Görlitz herauszugeben, unmittelbar und ernstlich gefährdet waren. Nur durch Einreichung der Klage konnte der Kläger insbesondere vermeiden, gegenüber Görlitz in die Klägerrolle gedrängt zu werden.

Aber auch der Umstand, dass der Kläger einseitig, d. h. ohne Mitwirkung seiner Miterbin Klage erhob,

kann ihm nicht entgegengehalten werden. Dadurch, dass Frau Gebhard auf die Fristansetzung der Willensvollstrecker stillschwieg, hat sie deutlich zu erkennen gegeben, dass sie sich in den Streit nicht einmischen und ihrerseits keine Rechte an dem Bilde geltend machen wollte. In diesem Falle musste es, trotz Art. 602 ZGB, dem Kläger freistehen, allein vorzugehen, zumal er ja die Interessen des Gesamtnachlasses und nicht etwa nur seine eigenen vertrat (vgl. BGB § 2039).

2. — In materieller Hinsicht hat der Kläger zunächst mit Recht darauf hingewiesen, dass sich eine Befugnis der Willensvollstrecker, sittliche Verpflichtungen des Erblassers zu erfüllen, jedenfalls nicht aus der allgemeinen Bestimmung des Art. 518 Abs. 1 ZGB ableiten lässt. Der amtliche Erbschaftsverwalter, dem der Willensvollstrecker danach gleichgestellt ist, hat lediglich die Verwaltung und gegebenenfalls die Liquidation der Erbschaft zu besorgen, ein Recht dagegen, unentgeltliche Zuwendungen nach Art der in Frage stehenden vorzunehmen, kommt ihm nicht zu (Art. 544, 595 ff. ZGB). Ebensowenig können für den Standpunkt der Beklagten die in Art. 518 Abs. 2 ZGB aufgeführten Einzelbeispiele von dem Willensvollstrecker zustehenden Kompetenzen angerufen werden. Die Erfüllung sittlicher Verpflichtungen des Erblassers fällt unter keine der dort aufgeführten Funktionen, insbesondere weder unter die Verwaltung noch die Schuldzahlung. Die Beklagten selbst haben sich denn auch vor Bundesgericht nicht in erster Linie auf Art. 518 Abs. 1 und die Aufzählung in Abs. 2 berufen. In Anlehnung an das Gutachten Reichel legen sie vielmehr das Hauptgewicht darauf, dass Art. 518 Abs. 2 den Willensvollstrecker allgemein anweise « den Willen des Erblassers zu vertreten ». Sie machen geltend, in dieser Anweisung liege (im Gegensatz zu der Aufzählung der einzelnen Befugnisse) gewissermassen eine *clausula generalis*, die dem Willensvollstrecker in weitester Weise das Recht gebe, als

Vertreter des Erblassers aufzutreten. Es müsse ihm daher auch zukommen, in Erfüllung moralischer Verpflichtungen an Stelle des Erblassers zu handeln, und zwar jedenfalls dann, wenn dieser deutlich erklärt habe, seine Verpflichtung erfüllen zu wollen.

Mit zutreffender Begründung hat schon die Vorinstanz diese Auslegung des Abs. 2 von Art. 518 abgelehnt. Die Anweisung, den Willen des Erblassers zu vertreten, bedeutet lediglich, dass der Willensvollstrecker, abgesehen von den ihm von Gesetzeswegen zustehenden Funktionen, dazu berufen sei, den in der Verfügung von Todeswegen zum Ausdruck gebrachten Willen des Erblassers auszuführen. Der Willensvollstrecker ist auch nach schweizerischem Recht ein eigentlicher Testamentsvollstrecker und als solcher weder befugt, von sich aus den Willen des Erblassers zu ergänzen, noch Willensäusserungen des Erblassers, die nicht in formrichtiger letztwilliger Verfügung enthalten sind, den Erben gegenüber durchzusetzen.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich schon aus der Einordnung des Abschnittes über die Willensvollstrecker in das Kapitel über die Verfügungen von Todeswegen, womit bewusst der Zusammenhang mit diesen hervorgehoben werden wollte (Erläut. I S. 410). Sodann aber ist im französischen und italienischen Text des Art. 517 die Aufgabe der Vollstrecker deutlich dahin umschrieben, dass sie nicht schlechthin den Willen, sondern nur den letzten Willen des Erblassers (*ses dernières volontés, sua ultima volontà*) auszuführen haben. Die Fälle, in denen der Gesetzgeber ähnliche abgekürzte Ausdrucksweisen wählte, sind denn auch keineswegs selten; z. B. ist in Art. 504 und 507 von « Verfügung » die Rede, wo zweifelsohne eine Verfügung von Todeswegen gemeint ist, und auch die hier in Frage stehende Abkürzung « Wille » für « letzter Wille » findet sich wiederholt; so brauchen Art. 500 und 512 das Wort « Wille » in Zusammenhängen, in denen über

die Bedeutung « letzter Wille » jeder Zweifel ausgeschlossen ist. Vor allem aber entspricht die vertretene Auslegung des Art. 518 Abs. 2 ZGB allein auch dem inneren System des Gesetzes. Im Bestreben, für die Erbteilnug eine klare Rechtslage zu schaffen und auch den Erblasser vor Übereilungen zu schützen, erklärt das Zivilgesetzbuch für die Berechtigung am Nachlass grundsätzlich die Bestimmungen des Intestaterbrechtes als massgebend, sofern nicht der Verstorbene in bestimmten, strengen Formen einen anderen Willen geäussert hat. Mit diesen Grundsätzen ist weder vereinbar, dass der Willensvollstrecker im Namen des Erblassers Verfügungen vornimmt, die dieser nicht angeordnet hat, noch dass er auch nur den Erben gegenüber Anordnungen des Testators durchsetzt, die nicht in gesetzlicher Form getroffen worden sind. Räumte man dem Willensvollstrecker diese Befugnis ein, so hätte es der Erblasser in der Hand, durch die blosser Ernennung eines Vollstreckers die für die letztwilligen Verfügungen aufgestellten Formvorschriften zu umgehen und damit die in seinem eigenen Interesse wie in dem der Erben angestrebten Garantien aufzuheben. Dass die Beklagten im vorliegenden Falle geltend machen, die von ihnen in Aussicht genommene Aushingabe des Bildes bedeute die Erfüllung einer sittlichen Pflicht, kann angesichts der vorstehenden grundsätzlichen Erwägungen nicht in Betracht fallen. In Frage käme dabei übrigens nur eine sittliche Pflicht des Erblassers, nicht der Erben. Die Tatsache, dass der Erblasser die Zuwendung beabsichtigte, und dass diese nur wegen eines Formmangels nicht rechtsgültig wurde, vermochte nicht, zu Lasten der Erben eine moralische Verpflichtung zu schaffen, diese Zuwendung doch vorzunehmen. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber gehen nur zivile nicht sittliche Pflichten des Erblassers auf die Erben über. Auch wenn daher der Erblasser moralisch verpflichtet gewesen sein sollte, das Bild der Stadt Görlitz

zuzuwenden, so trifft diese Voraussetzung jedenfalls für die Erben nicht zu.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 29. April 1922 bestätigt.

**48. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. Oktober 1922**

**i. S. Herzog gegen Herzog.**

Art. 633 ZGB: Ausgleichung von Zuwendungen mündiger Kinder an den Haushalt. Der Anspruch auf Ausgleichung wird erst mit der Teilung existent und kann vorher nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein.

A. — Am 13. März 1918 starb in Weinfeldern unter Hinterlassung einer Witwe und dreier Kinder, Heinrich Herzog, Landwirt. Über sein Vermögen wurde ein Inventar im Sinne von Art. 551 ZGB aufgenommen, das ein Reinvermögen beider Ehegatten von 15,049 Fr. 20 Cts. aufweist. Eine Teilung des Nachlasses fand nicht statt.

Mit der vorliegenden Klage verlangte der Sohn Heinrich Herzog, Sticker in St. Gallen, Aufnahme eines Entschädigungsanspruches im Sinne von Art. 633 ZGB im Betrage von 6400 Fr. in das Inventar, indem er zur Begründung geltend machte, er habe bis zu seinem 28. Altersjahr seinen gesamten Verdienst, wöchentlich zirka 40 Fr., den Eltern, mit denen er im gleichen Haushalt gelebt, zugewendet und ausserdem auch regelmässig für sie auf dem Heimwesen gearbeitet.

Die Beklagten, die Mutter und die beiden Schwestern des Klägers, beantragten Abweisung der Klage.

B. — Mit Urteil vom 20. April 1922 hat das Ober-