Urteilskopf

101 II 211

37. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. Oktober 1975 i.S. Tobler gegen Stäger
Regeste (de):
Art. 509 ff. ZGB; Widerruf des Widerrufs einer letztwilligen Verfügung.

Auch eine durch Vernichtung (Art. 510 Abs. 1 ZGB) widerrufene letztwillige Verfügung kann durch erneute Verfügung wieder in Kraft gesetzt werden, sofern sie den Formerfordernissen genügt hatte und sich ihr Inhalt zweifelsfrei rekonstruieren lässt (Erw. 4).

Regeste (fr):
Art. 509 ss CC; révocation de la révocation d'un testament.

Un testament révoqué peut être remis en vigueur par un nouveau testament, même s'il a été révoqué par la suppression de l'acte (art. 510 al. 1 CC), pour autant qu'il satisfaisait aux exigences de forme et que son contenu peut être reconstitué sans aucun doute possible (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 509 segg. CC; revoca della revoca di un testamento.

Anche un testamento revocato mediante distruzione dell'atto può essere rimesso in vigore con un nuovo testamento, nella misura in cui il primo atto soddisfaceva alle esigenze di forma e in cui il suo contenuto possa essere ricostruito senza che sussistano dubbi (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 211

A.- Am 8. Februar 1970 verstarb in Zürich die ledige, am 20. August 1889 geborene Rosa Freiburghaus. Sie hinterliess als gesetzliche Erben die Nachkommen von drei vorverstorbenen Schwestern, insgesamt elf Nichten und Neffen, worunter Ernst Tobler und Paulita Stäger-Bösch. Die Erblasserin hatte am 11. März 1968 auf dem Notariat Wetzikon eine eigenhändige letztwillige Verfügung errichtet, wofür ihr der Notar mit der Schreibmaschine einen ihren Wünschen entsprechenden Entwurf aufgesetzt hatte. Das Testament stimmte wörtlich mit diesem Entwurf überein und lautete wie folgt:

"Eigenhändige letztwillige Verfügung
Ich, die unterzeichnete Rosa Freiburghaus, geb. 1889, von Neuenegg (Kt. Bern), wohnhaft in Auslikon-Pfäffikon ZH, verfüge hiermit als meinen letzten Willen was folgt: 1.) Ich unterstelle die Erbfolge über meinen Nachlass dem Rechte meines Heimatkantons Bern. 2.) Da ich keine Nachkommen besitze und auch meine El-

tern gestorben sind, bestimme ich, dass nach meinem Ableben mein gesamter Nachlass ins alleinige Eigentum meiner Nichte Paulita Stäger-Bösch, geb. 1920, wohnhaft Badenerstrasse 57, Schlieren, übergehen soll. Ich setze die Bedachte somit als Universalerbin in meinen Nachlass ein. Wetzikon, im Notariat, den 11. März 1968 Rosa Freiburghaus"
Rosa Freiburghaus hatte das Testament dem Notariat Wetzikon zur Aufbewahrung übergeben, es dann aber am 6. Mai 1968 wieder herausverlangt und in der Absicht, es aufzuheben, vor Zeugen zerrissen. Vorhanden blieb nur der maschinengeschriebene Entwurf, den der Notar erstellt hatte. In der Hinterlassenschaft von Rosa Freiburghaus fand sich ein von ihr eigenhändig geschriebenes Schriftstück vor mit folgendem Wortlaut: "Auslikon, den 29.8.1969
Mein letzter Wille
Ich Rosa Freiburghaus, aus Neuenegg Kt. Bern bestätige hiermit, dass ich nie ein anderes oder neues Testament anerkenne, als dasjenige für Frau Paulita Stäger, neue Adresse Ackersteinstrasse 20 Zürich. Rosa Freiburghaus Auslikon b. Pfäffikon
Kt. Zürich."

B.- Am 2. März 1970 eröffnete der Einzelrichter in nichtstreitigen Rechtssachen des Bezirkes Pfäffikon das zuletzt genannte Schriftstück in Verbindung mit dem maschinengeschriebenen Entwurf der vernichteten letztwilligen Verfügung vom 11. März 1968 als Testament der Erblasserin. Er betrachtete gestützt darauf Paulita Stäger-Bösch als eingesetzte Universalerbin und stellte ihr für den Fall, dass innert Frist keine Einsprache erhoben würde, die Ausstellung einer Erbbescheinigung in Aussicht. Die alleinige Erbberechtigung von Paulita Stäger-Bösch wurde indessen von Ernst Tobler und einer weiteren gesetzlichen Erbin bestritten.

C.- Mit Eingabe vom 5. August 1970 erhob Ernst Tobler in der Folge beim Bezirksgericht Pfäffikon gegen Paulita Stäger-Bösch Klage auf Feststellung, dass Rosa Freiburghaus keine letztwillige Verfügung hinterlassen habe und dass sich die Erbfolge deshalb nach gesetzlichem Erbrecht richte. Eventuell beantragte er, eine allfällige letztwillige Verfügung sei zufolge Willensmangels und Urteilsunfähigkeit der Erblasserin ungültig zu erklären. Die Beklagte verlangte widerklageweise die Feststellung, dass die von der Erblasserin errichteten letztwilligen Verfügungen vom 11. März 1968 und 29. August 1969 gültig seien und dass sie, die Beklagte, dementsprechend Alleinerbin des Nachlasses sei. Das Bezirksgericht wies die Klage mit Urteil vom 19. Dezember 1972 ab. Zur Widerklage nahm es, mindestens im Urteilsdispositiv, nicht Stellung. Gegen dieses Urteil reichte der Kläger Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich ein und verlangte die Gutheissung der Haupt- und die Abweisung der Widerklage. Die Beklagte erhob Anschlussberufung mit dem Antrag auf Gutheissung der Widerklage. Mit Urteil vom 13. November 1974 bestätigte das Obergericht den angefochtenen Entscheid, was die Abweisung der Hauptklage betrifft, und stellte in Gutheissung der Widerklage fest, dass die Beklagte gestützt auf die letztwillige Verfügung vom 29. August 1969 die Alleinerbin von Rosa Freiburghaus sei.

D.- Mit der vorliegenden Berufung ans Bundesgericht beantragt der Kläger, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und es sei in Gutheissung der Hauptklage und Abweisung der Widerklage festzustellen, dass die Erblasserin keine letztwillige Verfügung hinterlassen habe und sich die Erbfolge deshalb nach gesetzlichem Erbrecht richte. Den mit der Klage gestellten Eventualantrag liess er, soweit er ihn im kantonalen Verfahren überhaupt noch aufrecht erhalten hatte, fallen. In der Berufungsschrift gab er sodann ausdrücklich die Erklärung ab, das vorinstanzliche Urteil insoweit nicht anfechten zu wollen, als dieses eine Falschdatierung des als Testament betrachteten Schriftstückes, das Vorliegen eines Willensmangels der Erblasserin sowie die Erbunwürdigkeit der Beklagten verneine. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung.
Das Bundesgericht weist die Berufung ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Gegenstand der Berufung bildet ausschliesslich die Frage, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt habe, indem sie im eigenhändigen Schriftstück der Erblasserin vom 29. August 1969 eine rechtswirksame letztwillige Verfügung erblickte, aus der sich die Einsetzung der Beklagten als Alleinerbin ergebe. Wie die Parteien und die Vorinstanz mit Recht angenommen haben, ist Prozessthema nicht etwa die Feststellung einer Ungültigkeit im Sinne der Art. 519 oder 520 ZGB, sondern die Frage, ob im betreffenden Schriftstück überhaupt eine letztwillige Verfügung der Erblasserin erblickt werden könne und gegebenenfalls welche Rechtswirkungen es zu entfalten vermöge. Diese Frage kann - wie es hier geschehen ist - zum Gegenstand einer besonderen Feststellungsklage gemacht werden (BGE 91 II 268 /269 mit Hinweisen; TUOR, N. 7-12, und ESCHER, N. 2 der Vorbemerkungen zu den Art. 519-521 ZGB).

3. Auf Grund des vorinstanzlichen Urteils steht in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die Erblasserin das am 11. März 1968 errichtete Testament, in welchem sie die Beklagte als Universalerbin eingesetzt hatte, am 6. Mai 1968 durch Zerreissen vernichtete, um es auf diese Weise aufzuheben. Nach Art. 510 Abs. 1 ZGB hat sie dadurch das Testament widerrufen. In der Urkunde vom 29. August 1969, die unbestrittenermassen den Formerfordernissen von Art. 505 Abs. 1 ZGB entspricht, schrieb die Erblasserin, sie anerkenne nie ein anderes oder neues Testament als dasjenige für die Beklagte. Diese Urkunde trägt die Überschrift "Mein letzter Wille". Daraus ist zu schliessen, dass die Erblasserin eine letztwillige Verfügung treffen wollte. Der Wortlaut der Verfügung geht indessen, wie der Kläger zutreffend ausführt, nicht darüber hinaus, ein früheres Testament zugunsten der Beklagten als das allein massgebende zu erklären. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist anzunehmen, dass unter diesem nicht näher bezeichneten Testament dasjenige vom 11. März 1968 zu verstehen ist, das von der Erblasserin durch Vernichtung widerrufen wurde. Nach dem angefochtenen Urteil fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, dass ein anderes Testament als das vernichtete gemeint gewesen sein könnte.

Nach Auffassung der Vorinstanz hätte die Erblasserin indessen das vernichtete Testament nur so wieder in Kraft setzen können, dass sie die Verfügung vollständig neu errichtet hätte; denn der durch Vernichtung erklärte Widerruf eines Testaments könne nicht durch eine blosse Widerrufserklärung unwirksam gemacht werden. Trotzdem erachtete das Obergericht die Erbeinsetzung als gültig, weil es im Schriftstück vom 29. August 1969 eine selbständige letztwillige Verfügung erblickte, die mit Hilfe der Testamentsabschrift vom 11. März 1968, also eines ausserhalb der Testamentsurkunde liegenden Umstandes, ausgelegt werden dürfe. Eine derartige Auslegung wäre allerdings nur zulässig, wenn der Wille der Erblasserin, dass die Beklagte Alleinerbin sein soll, im Wortlaut der zweiten Verfügung eine genügende Stütze fände (vgl. BGE 91 II 269 Erw. 3, BGE 83 II 435 /436, BGE 56 II 354, BGE 47 II 29). Wie es sich damit verhält, kann offenbleiben, wenn sich ergibt, dass die Erblasserin die vernichtete Verfügung entgegen der Ansicht der Vorinstanz durch die Urkunde vom 29. August 1969 wieder in Kraft setzen konnte.

4. a) Anders als das deutsche (vgl. § 2257 BGB) und das italienische (vgl. Art. 681 ccit.) Recht enthält das ZGB keine ausdrückliche Bestimmung für den Fall, dass der Widerruf einer letztwilligen Verfügung seinerseits

widerrufen wird. In Art. 466 Abs. 3 des Teilentwurfs von 1895 findet sich zwar eine Regelung; danach soll der Widerruf des Widerrufs die widerrufene Verfügung nicht wiederherstellen. Bereits im Vorentwurf von 1900 fehlt jedoch dieser Absatz, ohne dass sich den Materialien entnehmen liesse, warum er gestrichen wurde. Im Gegensatz zu der ursprünglich vorgesehenen Regelung haben Lehre und Rechtsprechung stets angenommen, durch den Widerruf des Widerrufs könne die widerrufene Verfügung wieder in Kraft gesetzt werden, jedenfalls dann, wenn ein entsprechender Wille des Erblassers in den gesetzlichen Formen zum Ausdruck gekommen ist (BGE 91 II 271 ff. Erw. 5, insbes. S. 274; BGE 73 II 150 /151; TUOR, N. 6 zu Art. 509-511 ZGB; ESCHER, N. 5 zu Art. 509 ZGB; PIOTET, Droit successoral, Traité de droit privé suisse, IV, S. 232 ff.; PICENONI, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, S. 81; MERZ, ZBJV 1966 S. 489; A. MEYER, Das Wiederaufleben aufgehobener letztwilliger Verfügungen, Diss. Zürich 1972 S. 59 und 78; WEIGOLD, Aufhebung und Änderung letztwilliger Verfügungen,

Diss. Zürich 1969 S. 72 ff.; ÖNEN, De la révocation des testaments en droit suisse, Diss. Lausanne 1941 S. 46 ff.). Voraussetzung für eine solche Wiederinkraftsetzung des ursprünglichen Testamentes ist jedoch nach der Lehre, auf die sich der angefochtene Entscheid stützt, dass der Widerruf nicht durch Vernichtung der Testamentsurkunde erfolgte. Hat der Erblasser dagegen das erste Testament in Aufhebungsabsicht vernichtet, so kann er sich nicht darauf beschränken, in einem neuen Testament auf das vernichtete zu verweisen und dieses als massgebend zu erklären, sondern er muss im neuen Testament selber zum Ausdruck bringen, was nach seinem Ableben gelten soll (TUOR, N. 12 zu Art. 509-511 ZGB; ESCHER, N. 5 zu Art. 510 ZGB; MEYER, a.a.O. S. 43, 56; WEIGOLD, a.a.O. S. 129/130; ÖNEN, a.a.O. S. 46; anderer Meinung lediglich PIOTET, a.a.O. S. 232). b) Diese unterschiedliche Behandlung der beiden Widerrufsformen überzeugt indessen nicht. Die eben genannten Autoren geben für ihre Ansicht denn auch keine nähere Begründung. Dass das widerrufene Testament im einen Fall nicht mehr vorhanden ist, ist ein rein faktischer Unterschied, der eine abweichende rechtliche Behandlung nicht rechtfertigt. Von der Einhaltung der Formvorschriften hängt zwar die Gültigkeit eines Testamentes ab; für den Beweis einer letztwilligen Verfügung ist aber die formgerechte Urkunde nicht erforderlich. Die Testamentsform ist Gültigkeitsform (Solennitätsform), und nicht Beweisform. Der Untergang der Testamentsurkunde hat somit nicht notwendig den Untergang der letztwilligen Verfügung zur Folge. Dies entspricht der allgemeinen Regel des Art. 11 Abs. 2 OR (vgl. hiezu VON TUHR/SIEGWART, OR, I, S. 223; JÄGGI, N. 3 und 106 zu Art. 11 OR; KUMMER, N. 2 und 8 ff. zu Art. 10 ZGB) und ergibt sich zudem aus Art. 510 Abs. 2 ZGB. Nach dieser Bestimmung verliert eine letztwillige Verfügung ihre Gültigkeit nicht, wenn die Testamentsurkunde durch Zufall oder aus Verschulden Dritter untergegangen ist, sofern ihr Inhalt trotzdem genau und vollständig festgestellt werden kann. Wird die Urkunde vom Erblasser selbst in Aufhebungsabsicht vernichtet, so ist die Verfügung allerdings unwirksam. Diese Rechtsfolge tritt aber nicht etwa deswegen ein, weil die Urkunde nicht mehr vorhanden ist, sondern weil die Vernichtung durch den Erblasser eine der im Gesetz vorgesehenen Widerrufsformen

darstellt (Art. 510 Abs. 1 ZGB). Ein Grund dafür, dass diese Widerrufsform andere Wirkungen zeitigen soll als der Widerruf in Testamentsform (Art. 509 ZGB) und derjenige durch Errichtung einer späteren letztwilligen Verfügung (Art. 511 ZGB), besteht nicht. Voraussetzung für das Wiederaufleben einer vernichteten letztwilligen Verfügung ist freilich, dass sich ihr Inhalt zweifelsfrei rekonstruieren lässt. Dabei handelt es sich jedoch um eine reine Beweisfrage, wie sie sich auch bei der Anwendung von Art. 510 Abs. 2 ZGB stellt. Dass der Beweis,

welchen Inhalt das ursprüngliche Testament hatte, praktisch nicht erbracht werden könne, trifft durchaus nicht zu. Die Rekonstruktion ist vor allem dann verhältnismässig einfach, wenn der Widerruf durch Vernichtung nicht durch eigentliche Zerstörung der Urkunde, sondern, wie es zulässig ist (vgl. BGE 83 II 506, BGE 78 II 351, BGE 73 II 149), durch Überschreiben, Durchstreichen, Durchlöchern usw. erfolgte. Gerade in solchen Fällen zeigt sich übrigens, wie künstlich die von der Lehre vorgenommene Unterscheidung ist. So ist nicht einzusehen, weshalb eine durchgestrichene und damit widerrufene letztwillige Verfügung durch eigenhändige Verfügung auf der Urkunde selbst nicht wieder soll in Kraft gesetzt werden können, während die Inkraftsetzung unbestrittenermassen zulässig wäre, wenn der Erblasser die Verfügung nicht durchgestrichen, sondern eigenhändig auf die Urkunde geschrieben hätte, er widerrufe sie (vgl. PIOTET, a.a.O. S. 232). Dementsprechend hat das Bundesgericht in BGE 80 II 302 ff. die Wiederherstellung einer durchgestrichenen Verfügung durch Unterpunktierung nur deswegen nicht als gültig erachtet, weil die Unterpunktierung nicht formgerecht datiert war. Kann aber ein bloss symbolisch vernichtetes Testament wiederaufleben, so muss dies auch bei einem zerstörten möglich sein, sofern nur die Rekonstruktion gelingt. Entgegen der Ansicht von PIOTET, a.a.O. S. 239/240, muss aber das widerrufene Testament die Formerfordernisse erfüllt haben, damit es durch einen einfachen Verweis wieder in Kraft gesetzt werden kann. Nach der Rechtsprechung kann nämlich eine testamentarische Anordnung nicht durch blosse Bezugnahme auf eine andere Urkunde getroffen werden, es sei denn, die Urkunde sei ihrerseits eine formgültige letztwillige Verfügung des Erblassers (BGE 56 II 354; vgl. auch BGE 73 II 212, BGE 68 II 166; TUOR, N. 13 zu Art. 505 ZGB; PICENONI, a.a.O. S. 36/37). Ob

die seinerzeit formgültig errichtete Urkunde noch vorhanden sei, spielt dagegen nach dem Gesagten keine Rolle.

5. Im vorliegenden Fall hat die Erblasserin mit formgültiger letztwilliger Verfügung vom 29. August 1969 zum Ausdruck gebracht, dass sie das vernichtete Testament vom 11. März 1968 wieder in Kraft setzen wolle. Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die vom Kläger nicht bestritten werden, stimmte dieses Testament wörtlich mit dem vom Einzelrichter eröffneten maschinengeschriebenen Entwurf überein. Auf Grund der Aussagen von Notar Walder steht zudem fest, dass es den Formerfordernissen von Art. 505 Abs. 1 ZGB genügte. Unter diesen Umständen steht nichts entgegen, die widerrufene Verfügung, aus der sich ergibt, dass die Beklagte Alleinerbin sein soll, als gültig zu betrachten. Die Berufung ist daher abzuweisen.