



Von grauen und farbigen Brunnen

Die Rechtsfolgen unmöglicher Auflagen

Lorenz Baumann*

Das Gesetz regelt die Rechtsfolgen unmöglicher Auflagen nicht. Lässt sich durch Auslegung ermitteln, ob der Erblasser bei Kenntnis der Unmöglichkeit die Zuwendung gestrichen oder gleichwohl ausgerichtet hätte, gilt das Auslegungsergebnis. Strittig ist, was im Zweifelsfall zu gelten hat. Illustrativ für diese Problematik ist ein Fall aus der Stadt Zürich.

I. Sachverhalt

M. hinterliess bei seinem Tod ein Testament, in dem er unter anderem Folgendes verfügte:

«Ich bestimme, dass aus meinem Nachlass folgende Vermächtnisse ausgerichtet werden müssen:

(...)

Stadt Zürich CHF 100000

mit der Massgabe zur Verwendung für zeitgerechte (Zeit der Entstehung) Bemalung von antiken, zur Zeit grauen Brunnen: (Paradeplatz/Bahnhofstr./Rennweg, beim Haus zur ‚Kerze‘ und evtl. anderer antiker grauer Brunnen.)»

Die Stadt Zürich erklärte Annahme des Legats und teilte mit, sie werde dem letzten Willen des Verstorbenen entsprechen. Im Schreiben an den Willensvollstrecker wies sie darauf hin, dass jedoch zunächst eingehende Studien darüber nötig seien, wie die Brunnen in der Altstadt einst bemalt gewesen waren. Ein halbes Jahr später teilte die Wasserversorgung Zürich dem Willensvollstrecker mit, es seien zwei antike und heute graue Brunnen ursprünglich bemalt gewesen, unter anderem der Amazonenbrunnen¹ am Rennweg. Der zuständige Stadtrat erklärte, der Amazonenbrunnen am Rennweg aus dem Jahr 1430 sei sanierungsbedürftig und würde sich grundsätzlich zur testamentsgemässen

Verwendung des Legats anbieten.² Nur: Die Denkmalpflege lehnte die Bemalung des Amazonenbrunnens ab. Sie argumentierte, dass nur eine Bemalung bewilligt werde, die der Geschichte entspreche; da für beide infrage kommenden Brunnen keine Beschreibungen oder Darstellungen vorhanden seien, sei dies nicht möglich.

Trotz diesen Befunden überwies der Willensvollstrecker CHF 100000 als Vermächtnis an die Stadt Zürich. Die vom Willensvollstrecker nicht informierten Erben verlangten von der Stadt Zürich umgehend die Rückzahlung, was diese jedoch verweigerte. Die Stadt teilte mit, sie werde das Legat «bestimmungskonform» verwenden. Zur Begründung führte sie aus, es stehe in nächster Zeit die Restauration des bereits farbigen Stüssibrunnens³ an der Stüssihofstatt an; die Kosten von CHF 40000 würden mit dem Legat bestritten. Über die weitere Verwendung des Legats werde dann zu einem späteren Zeitpunkt entschieden, «sobald entsprechende Projekte vorliegen». Damit, so die Stadt Zürich, könne das Legat «gemäss dem testamentarischen Wortlaut» ausgeführt werden.

Die Erben wandten sich an den städtischen Ombudsmann. Dieser schrieb, die Haltung der Stadt Zürich scheine ihm «nicht jenseits des rechtlich Vertretbaren zu liegen»; die Stadt sei in der Lage, das Legat bestimmungsgemäss zu verwenden. Der Ombudsmann äusserte die Meinung, die Erben hätten keinen Anspruch darauf, dass das Vermächtnis von der Bedachten «auf einen Schlag und innert weniger Monate» dem verordneten Zweck zugeführt werde. Die Stadt könne ohne Weiteres mehrere Jahre oder gar Jahrzehnte warten, bis der Stüssibrunnen erneut verwittert sei, und dann den Rest des Geldes für die Restaurierung verwenden.

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Erbrecht, Zürich. Der Autor hat im hier besprochenen Fall die Erben vertreten.

1 Siehe Kästchentext.

2 Die Antike endete zwar ca. im Jahr 600 n.Chr., gleichwohl dürfte der Amazonenbrunnen umgangssprachlich wohl als «antik» gelten, im Testament war er mit «Rennweg» vermutlich erwähnt.

3 Siehe Kästchentext.



Stüssibrunnen und Amazonenbrunnen

Der *Amazonenbrunnen* ist der erste Laufbrunnen der Stadt Zürich, aktenkundig seit 1430. Er wurde gespeist über eine sogenannte Teuchelleitung (aufgebohrte Holzröhre) mit Quellwasser aus Albisrieden. Im Jahr 1576 erhielt der Amazonenbrunnen eine Figur, deren Motiv nicht genau erkennbar ist. Der Amazonenbrunnen diente nicht nur als Wasserspender, sondern erstmals galt ein Brunnen zugleich als öffentliches Kunstwerk.

Der *Stüssibrunnen* wurde vermutlich 1575 errichtet und nimmt in Zürich insofern eine Sonderstellung ein, als er der einzige mehrfarbige Brunnen der Stadt ist. Die Figur stellt mutmasslich den einstigen Bürgermeister Rudolf Stüssi dar, der an der Hofstatt gewohnt und 1443 im Alten Zürichkrieg das Leben verloren hat. Gottfried Keller schildert in seinem Werk «Der Grüne Heinrich» das Plätschern des Stüssibrunnens und verhalf ihm damit zu einem kleinen Auftritt in der Weltliteratur.

Nachdem eine Sühnverhandlung vor Friedensrichter ohne Einigung endete, klagten die Erben beim Bezirksgericht Zürich auf Ungültigkeit des Vermächtnisses und auf Rückzahlung der CHF 100000.

II. Ermittlung des Erblasserwillens

1. Willensprinzip und Wortlaut

Bei Testamenten erfolgt die Auslegung nach dem Willensprinzip, d.h. massgebend ist der wirkliche Wille des Erblassers (vgl. Art. 469 Abs. 3 ZGB).⁴ Daraus folgt, dass in einem Testament Bedachte keinen Anspruch auf Schutz ihres Verständnisses der Verfügung haben.⁵ Die Auslegung eines Testaments hat sich in erster Linie am Wortlaut zu orientieren. Ist dieser klar, so ist aufgrund der vom Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung⁶ bestätigten (aber in der Lehre⁷ fast einhellig kritisierten) Klarheitsregel darauf abzustützen; der Beizug weiterer Auslegungselemente ist grundsätzlich ausgeschlossen. Wer eine vom Wortlaut bzw. dem allgemeinen Sprachgebrauch abweichende Bedeutung geltend machen will, muss diese beweisen.⁸

Vorliegend wollte der Erblasser aufgrund des Wortlauts erreichen, dass antike Brunnen, die zur Zeit ihrer Errichtung farbig waren, aber heute grau sind, wieder gemäss den historischen Vorgaben farbig bemalt werden. Der Erblasser war mit seinen Formulierungen offenkundig bemüht, keine Zweifel aufkommen zu lassen. Den Begriff der «zeitgerechten Bemalung» präziserte er mit der Klammerbemerkung («Zeit der Entstehung»), und die anzuma-

lenden grauen Brunnen versah er mit dem Zusatz «zur Zeit». Ausserdem nannte er vier Brunnen, die allesamt heute grau sind (wovon nicht alle aber früher farbig waren), und er sprach von allfälligen anderen heute grauen Brunnen. Den bereits farbigen Stüssibrunnen erwähnte er nicht; dies dürfte kein Zufall sein, denn die Anweisung im Testament hatte sinngemäss zum Ziel, zusätzliche Farbe ins Stadtbild zu bringen. Somit liegt ein klarer Wortlaut vor; eine weitere Interpretation verbietet sich nach der Praxis des Bundesgerichts.

Anders argumentierte die Stadt Zürich: Gestützt auf die Ausführungen des Ombudsmannes vertrat sie die Ansicht, der Stüssibrunnen eigne sich sehr wohl zur bestimmungsgemässen Verwendung des Legats. Dieser werde dereinst verwittern und könne dann als «zur Zeit» grauer Brunnen gemäss Testament durchgehen. Diese weit in die Zukunft orientierte Auslegung findet jedoch keine Stütze im Wortlaut: Der Erblasser hatte von «zur Zeit grauen Brunnen» geschrieben und nicht von dereinst grauen Brunnen. Zudem trifft die Stadt bezüglich des Stüssibrunnens eine Unterhaltspflicht; sie darf den Brunnen nicht derart verwittern lassen, bis er mausegrau daherkommt und dann allenfalls vor dem Testamentswortlaut standhalten würde.

2. Hypothetischer Wille und Andeutungsprinzip

Bei Lichte betrachtet, hatte die Stadt Zürich nicht den Willen des Erblassers ermittelt, sondern versucht, den Willen des Erblassers zu ergänzen. Sie stellte die Frage, was der Erblasser verfügt hätte, wenn ihm die Unmöglichkeit seiner Anordnung bewusst gewesen wäre, sog. hypothetischer Erblasserwille. Und dabei gelangte die Stadt zum Schluss, dass der Erblasser das Legat wohl zur Erhaltung des bereits farbigen Stüssibrunnens ausgerichtet und nicht das Vermächtnis als solches gestrichen hätte.

Die ältere Lehre und Rechtsprechung erachteten die Ermittlung des hypothetischen Erlasserwil-

4 BGE 131 III 106, E. 1.1.

5 BGE 131 III 106, E. 1.1.

6 BGE 117 II 142 E. 2a; BGE 120 II 182, 184 f.; BGE 124 III 414 E. 3.

7 BREITSCHMID, Testament und Erbvertrag – Formprobleme, in: ders. (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, Bern 1991, 36 f.; BSK-BREITSCHMID, 3. Auflage, Art. 469 ZGB N 26; BK-WEIMAR, Bern 2009, vor Art. 467 ff. ZGB N 69; DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern 2002, § 12 N 12; RASELLI, AJP 8, 1999, 1262 ff.

8 PraxKomm-SCHRÖDER, Vorbem. zu Art. 467 ff. ZGB, N 14; BGE 131 III 106, E. 1.2.

lens für grundsätzlich unzulässig, da dieser Wille im Testament nirgends ausgedrückt ist und es deshalb am Formerfordernis fehlt.⁹ Weimar weist ergänzend darauf hin, dass bei einer solchen Auslegung die Meinung des Auslegers an die Stelle des Willens des Erblassers tritt, «denn der hypothetische Wille ist nicht der Wille des Erblassers».¹⁰ In einem neueren Entscheid zur Auslegung eines Ehevertrags, im sog. «Glerner Gütergemeinschafts-Fall», hielt das Bundesgericht nun immerhin fest, der Richter könne auch bei formbedürftigen Verträgen «konstruktiv» bzw. «modifizierend» eingreifen, sofern dies als notwendig und sinnvoll erscheine;¹¹ dies gelte im Erbrecht zumindest auch bei Erbverträgen. Mit Bezug auf Testamente hat das Bundesgericht die Frage ausdrücklich offengelassen. Teile der neueren Lehre stehen der ergänzenden Auslegung weiterhin grund-

sätzlich skeptisch gegenüber¹², die Mehrheit bejaht aber die Möglichkeit einer ergänzenden Auslegung der Verfügung von Todes wegen, insbesondere wenn sich die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Umsetzung des Erblasserwillens wesentlich verändert haben.¹³

Die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung ergibt sich aus dem Grundsatz der wohlwollenden Auslegung («favor negotii») und dem gesellschaftspolitischen Anliegen, dem Willen des Erblassers so weit möglich zum Durchbruch zu verhelfen.¹⁴ Vorliegend wäre eine solche Ergänzung grundsätzlich denkbar, denn der Erblasser unterlag offensichtlich einem Irrtum über die tatsächlichen Verhältnisse¹⁵, indem er (mutmasslich) annahm, dass die historisch korrekte Bemalung von heute grauen Brunnen möglich sei. Es muss aber zumindest verlangt werden, dass sich mit grosser Wahrscheinlichkeit ermitteln lässt, was der Erblasser angeordnet hätte, wenn ihm der Irrtum bekannt gewesen wäre. Blosser Spekulationen sind im Rahmen der ergänzenden Auslegung ausgeschlossen; andernfalls tritt die Meinung des Auslegenden an die Stelle des Erblasserwillens.

Gemäss herrschender Lehre muss der hypothetische Wille im Testament mindestens angedeutet sein, d.h. dem Testamentstext muss zu entnehmen sein, wie eine Anpassung an die veränderten Umstände allenfalls vorzunehmen wäre, sog. Andeutungstheorie.¹⁶ Die Andeutungstheorie wird von einem Teil der Lehre heftig kritisiert.¹⁷ Das Bundesgericht hat in BGE 127 III 529 die Andeutungstheorie für Erbverträge sinngemäss aufgegeben und diese Absage an die Andeutungstheorie im Bereich der Erbverträge in BGE 133 III 406¹⁸ bestätigt. Ein Teil der Lehre¹⁹ schliesst aus diesen beiden Entscheiden, dass die Andeutungstheorie auch bei Testamenten die Gültigkeit verloren habe, während von Seiten der Notare an den beiden Entscheiden Kritik geübt wurde²⁰.

Ginge man weiterhin von der Anwendbarkeit der Andeutungstheorie aus, so ist vorliegend festzustellen, dass im Text des Erblassers keine offensichtlichen Andeutungen vorliegen. Allenfalls kann der Umstand, dass die Anordnung zur Brunnenbemalung den gesamten Betrag des Vermächtnisses beschlägt, als Andeutung dahingehend verstanden werden, dass der Erblasser bei Kenntnis der Unmöglichkeit der Anordnung die Stadt gar nicht begünstigt hätte. Eine wirkliche Andeutung liegt damit aber m.E. nicht vor, weshalb vorliegend die Ermittlung des hypothetischen Willens aus dem Text heraus kaum möglich war.

Die Ermittlung des hypothetischen Erblasserwillens wäre somit höchstens mit Hilfe externer Elemente möglich gewesen, deren Beizug von der h.L. aber als unzulässig verworfen wird, da die Form-

9 BGE 111 II 19 f.; DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern 2002, § 12 N 15 ff., mit weiteren Zitaten.

10 BK-WEIMAR, Bern 2009, vor Art. 467 ff. ZGB N 80.

11 BGE 127 III 529.

12 BK-WEIMAR, Bern 2009, vor Art. 467 ff. ZGB N 81.

13 DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern 2002, § 12 N 14 ff.; BSK-BREITSCHMID, 3. Auflage, Art. 469 ZGB N 29 f.; PIOTET, Schweizerisches Privatrecht, Erbrecht, Band IV/1, Basel Stuttgart 1978, 208 ff.

14 Weimar weist diesbezüglich allerdings zu Recht darauf hin, dass auch unter dem Aspekt des «favor negotii» nur der wirkliche Wille des Erblassers zu schützen sei, nicht hingegen «eine von einem Dritten aufgestellte Hypothese über einen Willensentschluss, den der Erblasser tatsächlich nie gefasst hat.» (BK-WEIMAR, Bern 2009, vor Art. 467 ff. ZGB N 81).

15 PraxKomm-SCHRÖDER, Vorbem. zu Art. 467 ff. ZGB, N 42.

16 BK-WEIMAR, Bern 2009, E 467 ZGB N 71 ff.; Hannes Glaus, Irrtumsanfechtung und Auslegung beim Testament: eine Analyse des schweizerischen Rechts unter Mithinberücksichtigung der deutschen und der französischen Rechtsordnungen, Diss. Zürich 1982, 184, 189; Isabel Wachendorf Eichenberger, Die Konversion ungültiger Verfügungen von Todes wegen, Diss. Basel 2002, 181. Die Andeutungstheorie wird auch Andeutungsregel oder Anhaltstheorie bzw. -regel genannt.

17 BSK-BREITSCHMID, 3. Auflage, Art. 469 ZGB N 24; Breitschmid, Formvorschriften im Testamentsrecht, Diss. Zürich 1982, 143 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 9. Auflage, Zürich 2008, N 1244 ff.

18 Entspricht den massgebenden Erwägungen in 5C.46/2007 und 5C.47/2007.

19 EITEL, Auslegung von Verfügungen in einem Erbvertrag (insbesondere mit Blick auf Art. 494 Abs. 3 ZGB) successio 2008 S. 231 ff., 236; BSK-BREITSCHMID, Art. 469 ZGB N 30.

20 Vgl. SCHMID, Bemerkungen zu BGE 127 III 529, in: ZBGR 83 (2002) 318; ders., Bemerkungen zu BGE 133 III 406, in: ZBGR 90 (2009) 345 f.



Art. 482 ZGB: Auflagen und Bedingungen

- 1 Der Erblasser kann seinen Verfügungen Auflagen oder Bedingungen anfügen, deren Vollziehung, sobald die Verfügung zur Ausführung gelangt ist, jedermann verlangen darf, der an ihnen ein Interesse hat.
- 2 Unsittliche oder rechtswidrige Auflagen und Bedingungen machen die Verfügung ungültig.
- 3 Sind sie lediglich für andere Personen lästig oder sind sie unsinnig, so werden sie als nicht vorhanden betrachtet.
- 4 Wird ein Tier mit einer Zuwendung von Todes wegen bedacht, so gilt die entsprechende Verfügung als Auflage, für das Tier tiergerecht zu sorgen.

vorschriften ansonsten Makulatur würden.²¹ Die befürwortende Lehre²² verlangt, dass den erkennbaren Anliegen des Erblassers zu folgen sei und nennt als Beispiele externer Elemente Testamentsentwürfe, Anwaltskorrespondenz, Briefe oder die persönliche Situation im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung. Vorliegend hätten diesbezügliche Hinweise allenfalls Bekannte oder Familienmitglieder des Erblassers geben können, sofern sie gewusst hätten, ob der Erblasser schlicht ein «Brunnen-Fan» war, dem die Erhaltung antiker Brunnen am Herzen lag, oder ob der Erblasser sich über das viele Grau ärgerte und die Stadt gerne bunter gesehen hätte. Den Erben und der Stadt Zürich lagen aber weder Hinweise auf die eine noch auf die andere Seite vor, auch sonst waren keine externen Hinweise vorhanden. So wie die Erben den Erblasser gekannt hatten, hätte es aber zumindest nicht dessen Wesen entsprochen, den Staat einfach so zu begünstigen. Mangels klarer Hinweise konnte die Zulässigkeit des Bezugs externer Elemente offengelassen werden.

3. Bedingung oder Auflage?

Ob in einem Testament eine Bedingung oder eine Auflage vorliegt, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln. Eine Vermutung in die eine oder in die andere Richtung gibt es gemäss Bundesgericht nicht.²³

Der Erblasser schrieb im Testament, das Vermächtnis von CHF 100 000 werde ausgerichtet «mit der Massgabe zur Verwendung» für die erwähnte Bemalung der Brunnen. «Massgabe» und «Verwendung» sind keine rechtstechnischen Begriffe wie «Auflage» oder «Bedingung», es ist deshalb aus dem Gesamttext heraus auszulegen, was der Erblasser meinte. Formulierungen wie «wenn» deuten eher auf eine Bedingung hin²⁴, während Formulierungen wie «als» eher für eine Auflage sprechen²⁵. Fehlt

eine Befristung für die Erfüllung, so spricht dies zudem eher für eine Auflage.²⁶

Vorliegend sprechen einzig der Grad der Detaillierung und allenfalls die Klarheit der Anordnung für eine Bedingung. Ansonsten deutet einiges auf eine Auflage hin: So steht das vom Erblasser verwendete Wort «Massgabe» gemäss Duden²⁷ amtssprachlich für «Bestimmung». Das Vermächtnis ist dem Wortlaut nach «zur Verwendung» der Brunnenbemalung bestimmt. Für eine Auflage spricht sodann die Reihenfolge im Testament: Der Erblasser richtet zunächst bedingungslos die CHF 100 000 als Vermächtnis aus und bestimmt nachfolgend, wofür dieses Geld zu verwenden sei. Diese Auffassung teilte auch das Bezirksgericht Zürich.

4. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Wortlaut des Testaments klar war. Die Stadt Zürich als Vermächtnisnehmerin war objektiv aber nicht in der Lage, die vom Erblasser verfügte Auflage zu erfüllen. Es lag ein Fall objektiver, anfänglicher Unmöglichkeit vor.²⁸ Für eine ergänzende Auslegung auf der Basis eines hypothetischen Willens fanden sich im Testament keine genügenden Anhaltspunkte (Aedeutungstheorie). Aber selbst bei Aufgäbe der Aedeutungstheorie kam man nicht weiter, da auch gestützt auf externe Elemente die Ermittlung des hypothetischen Willens nicht möglich war: Es konnte also nicht eruiert werden, was der Erblasser angeordnet hätte, wäre ihm die Unmöglichkeit seiner Auflage bekannt gewesen. Zu klären waren schliesslich die Folgen der festgestellten Unmöglichkeit.

21 BK-WEIMAR, Bern 2009, E 467 ZGB N 82, mit weiteren Hinweisen; PraxKomm-SCHRÖDER, Vorbem. zu Art. 467 ff. ZGB N 45.

22 BSK-BREITSCHMID, Art. 469 ZGB N 29 f.; GLAUS, Irrtumsanfechtung und Auslegung beim Testament, Diss. Zürich 1982, 176 ff.

23 BGE 120 II 182.

24 ZK-ESCHER, Zürich 1959, Art. 482 N 1; ABT, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Diss. Basel 2002, 128.

25 BGE 120 II 182, E. 2d; BSK-STAEHELIN, 3. Auflage, Art. 482 N 1.

26 PraxKomm-SCHÜRMAN, Art. 482 ZGB N 1; DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern 2002, § 11 N 32.

27 Duden, Band 1, 21. Auflage, Mannheim Leipzig Wien Zürich 1996.

28 BK-WEIMAR, Bern 2009, Art. 482 ZGB N 114 ff.

III. Rechtsfolgen unmöglicher Bedingungen und Auflagen

1. Unmögliche Bedingung

Die Rechtsfolgen unmöglicher Bedingungen sind im Gesetz nicht geregelt. Gemäss übereinstimmender Lehre macht jedoch eine unmögliche Suspensivbedingung das Rechtsgeschäft als solches ungültig, während eine unmögliche Resolutivbedingung das Geschäft unbedingt macht.²⁹ Läge eine unmögliche Suspensivbedingung vor, würde das Vermächtnis als Ganzes ungültig und wäre nicht geschuldet. Da vorliegend die Auslegung aber zur Annahme einer Auflage geführt hat, sind die Rechtsfolgen der unmöglichen Auflage von Interesse.

2. Unmögliche Auflage

Auch über die Behandlung unmöglicher Auflagen steht nichts im Gesetz. In Art. 482 Abs. 2 ZGB sind nur die widerrechtlichen und unsittlichen und in Abs. 3 die unsinnigen und lästigen Auflagen genannt. Im Gegensatz dazu enthält Art. 20 OR eine ausdrückliche Regelung auch für die Unmöglichkeit. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es sich bei den unmöglichen Auflagen im Erbrecht um eine Gesetzeslücke oder um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt. Da die erbrechtliche Auflage im Gesetz nur sehr rudimentär behandelt wird, liegt der Schluss eines qualifizierten Schweigens nicht nahe, zumal ein solches auch wenig Sinn machen würde; man hat im Gegenteil eine echte Gesetzeslücke vor sich, die auszufüllen ist.³⁰

Bei unmöglichen Auflagen ist zunächst, wie unter Ziff. II bereits dargestellt, durch Auslegung zu ermitteln, ob gemäss Erblasserwillen die mit der Auflage



Der früher farbige und heute graue Amazonenbrunnen am Rennweg. (Bilder Tonia Luisa Villiger)

verbundene Zuwendung dahinfallen soll oder ob die Zuwendung trotz Unmöglichkeit der Auflage gültig bleibt.³¹ Lässt sich ein solcher Wille ermitteln, so ist die Sache klar, der ermittelte Wille gilt.³² Uneinigkeit besteht hingegen in der Frage, was im Zweifelsfall zu gelten hat, wenn also der hypothetische Erblasserwille – wie vorliegend – nicht ermittelt werden kann. An diesem Punkt ist zwingend eine wertende Entscheidung des Rechtsanwenders nötig, da sich auf der Basis des ermittelten Erblasserwillens keine Lösung ergibt. Man gelangt im Rahmen unmöglicher Auflagen deshalb unumgänglich auf eine zweite Stufe der Auslegung, auf welcher andere Wertungen einfließen müssen als diejenigen, die sich aus dem Testament selber oder aufgrund externer Elemente ergeben. Drei Lehrmeinungen stehen zur Diskussion, wobei zwei davon schematisch, unabhängig vom Einzelfall eine Regel aufstellen, während die dritte Lehrmeinung anhand des Einzelfalls erneut auslegen will. Konkret wird Folgendes vertreten:

29 ZK-ESCHER, Zürich 1959, Art. 482 ZGB N 34; BK-TUOR, Bern 1952, Art. 482 ZGB N 30; BK-WEIMAR, Bern 2009, Art. 482 ZGB N 117 f.; BSK-STAEHLIN, 3. Auflage, Art. 482 ZGB N 44.

30 So auch UFFER-TÖBLER, Die erbrechtliche Auflage, Diss. Bern 1982, 127.

31 BSK-STAEHLIN, 3. Auflage, Art. 482 ZGB N 44; BK-TUOR, Bern 1952, Art. 482 ZGB N 31; BK-WEIMAR, Bern 2009, Art. 482 ZGB N 115; ZK-ESCHER, Zürich 1959, Art. 482 ZGB N 35; PraxKomm-SCHÜRMAN, Art. 482 ZGB N 55; vorliegend hat der Versuch einer ergänzenden Auslegung wie aufgezeigt keine positiven Erkenntnisse gebracht.

32 Wobei die Grenzen ergänzender Auslegung zu beachten sind, siehe Ziff. II/2 vorstehend.



Die eine Lehrmeinung nimmt im Zweifel die Ungültigkeit der gesamten Verfügung an.³³ Die andere Extremposition geht dahin, dass im Zweifel lediglich die Auflage wegfallt, während die Verfügung als solche Gültigkeit behält.³⁴ Die dritte Meinung liegt dazwischen und nimmt als einzige Lehrmeinung eine echte Wertung vor: Im Zweifel spreche die generelle Vermutung zwar für die Wahrung der Zuwendung unter Streichung der Auflage; wenn hingegen zwischen der Zuwendung und der Auflage ein derart enger Zusammenhang bestehe, dass nicht angenommen werden könne, die Zuwendung wäre ohne die Auflage aufrechterhalten worden, so sei in analoger Anwendung von Art. 482 Abs. 2 ZGB auf Ungültigkeit der Zuwendung zu schliessen.³⁵

Die dritte Lehrmeinung bewegt sich somit erneut auf dem Feld der ergänzenden Auslegung auf der Basis eines hypothetischen Erblasserwillens. Im Unterschied zur oben (Ziff. II) dargestellten Ermittlung des effektiven Erblasserwillens erfolgt auf dieser Stufe aber eine Wertung des Rechtsanwenders: Der hypothetische Wille des Erblassers wird allein aufgrund von Annahmen des Auslegenden zu ermitteln versucht, die naturgemäss auf eigenen Lebenserfahrungen basieren und sich auf Überlegungen der Vernunft stützen. Es erlangt damit der mutmassliche Wille eines durchschnittlichen Dritten Rechtswirkung, das Willensprinzip wird relativiert. Dass ein solches Vorgehen im Einzelfall zu Ergebnissen abseits des effektiven Willens des Erblassers führen kann, liegt auf der Hand; ebenso, dass eine wertfreie Konkretisierung in Zweifelsfällen nicht möglich ist. Gleichwohl verdient dieser pragmatische Mittelweg Unterstützung gegenüber den beiden anderen Lehrmeinungen, die aufgrund einer festen Regel im Zweifel zu einem Ja oder einem Nein gelangen.

Im vorliegenden Fall liess sich, wie oben aufgezeigt, kein Wille des Erblassers nachweisen, wonach er das Vermächtnis auch ohne die Auflage gesprochen hätte – aber auch kein Wille, wonach er die Verfügung insgesamt gestrichen hätte. Nach der einen Lehrmeinung hätte dies deshalb sofort zur Ungültigkeit der gesamten Verfügung geführt, nach der anderen zum genau umgekehrten Resultat. Folgt man der auch hier vertretenen dritten Ansicht, so lässt sich feststellen, dass zwischen dem Vermächtnis an die Stadt Zürich und der Auflage ein sehr enger Zusammenhang besteht: Der Detaillierungsgrad der Auflage ist sehr hoch. Zudem beschlägt die Auflage zur Brunnenbemalung den gesamten Betrag des Vermächtnisses. Daneben bleibt keine Bestimmungsfreiheit für die Stadt Zürich als Vermächtnisnehmerin. Es kann bei dieser Sachlage nach Treu und Glauben nicht angenommen werden, der Erblasser hätte die Zuwendung auch ohne die Auflage gemacht.

Zu diesem Ergebnis gelangte auch das Bezirksgericht Zürich in einer mündlichen Einschätzung des Falles.³⁶ Es bestünden keine Anhaltspunkte, wonach der Erblasser die Stadt Zürich einfach so begünstigt hätte, und es sei nicht anzunehmen, dass er mit der anderweitigen Verwendung des Geldes einverstanden gewesen wäre.

IV. Fazit

Der Fall liefert interessante Erkenntnisse zur Auslegung von Testamenten und zur Ermittlung eines hypothetischen Erblasserwillens. Bei unmöglichen Auflagen erfolgt nach der hier vertretenen Auffassung die Auslegung zweistufig:

- In einer ersten Stufe ist der effektive Wille des Erblassers zu ermitteln. Ob dabei die Klarheitsregel und die Andeutungstheorie weiterhin gelten, ist in der Lehre umstritten; das Bundesgericht hat in BGE 127 III 529 und BGE 133 III 406 die Andeutungstheorie zumindest für Erbverträge aufgegeben, für Testamente bleibt die Frage einstweilen offen. Nach hier verteilter Auffassung soll eine ergänzende Auslegung unter Bezug externer Elemente möglich sein.
- Führt das Ergebnis der Willensermittlung im Anwendungsbereich von Art. 482 ZGB zum Schluss, dass die Erfüllung einer verfügten Auflage nicht möglich ist, wird der Rechtsanwender zu einer wertenden Entscheidung gezwungen, der sich nicht mehr am Willen des Erblassers orientieren kann: Entweder fällt die Verfügung ganz weg, oder sie bleibt ohne Auflage bestehen. Will man hier nicht schematisch den Daumen heben oder senken, so schliesst eine objektiv wertende Auslegung an; der Rechtsanwender ermittelt den Willen des

33 BK-TUOR, Bern 1952, Art. 482 ZGB N 31; in diesem Sinne auch SCHMID, Die Schenkung nach ZGB, Diss. Zürich 1909, 46. Einschränkend wird ausgeführt, die Zuwendung bleibe gültig, wenn nachweisbar der Erblasser die Zuwendung auch ohne die Auflage vorgenommen hätte. Ein solcher Nachweis wird freilich nie gelingen, ansonsten wäre man im Rahmen der Auslegung gar nie in das Stadium des Zweifelfalls gelangt; insofern ist der Zusatz zu dieser Lehrmeinung obsolet.

34 BSK-STAEHELIN, 3. Auflage, Art. 482 ZGB N 44; PRAK-KOMM-SCHÜRMAN, Art. 482 ZGB N 55; sinngemäss gleich wohl auch RUMO-JUNGO, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 3. Auflage, Zürich 2010, Tafel 27.

35 ZK-ESCHER, Zürich 1959, Art. 482 ZGB N 35; UFFER-TÖBLER, Die erbrechtliche Auflage, Diss. Bern 1982, 128.

36 Die Stadt Zürich anerkannte aufgrund der mündlichen Einschätzung des Gerichts die Klage, es liegt deshalb keine schriftliche Begründung des Bezirksgerichts Zürich vor.

«Durchschnitts-Erblässers»³⁷, der nichts mit dem effektiven Willen des Erblassers gemein haben muss, im Einzelfall aber zu Ergebnissen führen dürfte, die von den Betroffenen am ehesten akzeptiert werden können.

V. Prozessuale Aspekte

Läge eine unmögliche Suspensivbedingung vor, so würde dies die Begünstigung wirkungslos machen, d.h. eine Ungültigkeitsklage wäre nicht notwendig.³⁸

Liegt, wie hier, eine unmögliche Auflage vor, so gilt Folgendes: Die Auflage als solche ist grundsätzlich nichtig und muss vom Begünstigten nicht mit der Ungültigkeitsklage angefochten werden. Machen aber wie vorliegend die Erben die Ungültigkeit der gesamten Verfügung geltend, so ist in analoger Anwendung von Art. 482 Abs. 2 ZGB die Verfügung nicht nichtig, sondern mit Ungültigkeitsklage anzufechten. Um zugleich die Herausgabe des Nachlasses zu erreichen, müssen die Erben grundsätzlich im gleichen Verfahren mit Klagenhäufung die Erbschaftsklage oder subsidiär die Bereicherungsklage erheben.³⁹ Vorliegend war die Erbschaftsklage aber ausgeschlossen, weil die Erben das Vermächtnis infolge der Universalsukzession bereits erworben und besessen hatten und dieses vom Willensvollstrecker zu Unrecht an die Stadt Zürich ausgerichtet worden war. Die Erbschaftsklage steht aber nur demjenigen Kläger zur Verfügung, der gestützt auf seine erbrechtliche Berufung verlangt, es sei ein Vermögenswert, «der sich bei Eröffnung des Erbgangs im Besitz des Beklagten befand», dem Nachlass zurückzuerstatten.⁴⁰ Dies war hier nicht der Fall; der Vermächtnisbetrag hatte sich bei Eröffnung des Erbgangs im Nachlass befunden.

Infrage kam deshalb nur die Bereicherungsklage, mit der Begründung, der Grund der Zahlung habe nicht verwirklicht werden können (Art. 62 OR).



Auch heute noch farbig: Der 1575 errichtete Stüssibrunnen.

Die Stadt konnte dabei auch nicht geltend machen, sie sei nach der Restaurierung des Stüssibrunnens im Umfang von CHF 40 000 nicht mehr bereichert. Denn die Stadt war offensichtlich nicht mehr gutgläubig, da sie das Geld erst verwendete, nachdem ihr bereits klar geworden war, dass die bestimmungsgemässe Verwendung nicht möglich war. Ohnehin wäre die Stadt aber nicht im Sinne von Art. 64 OR entreichert gewesen, denn sie hatte die CHF 40 000 für eine Restauration verwendet, die sie auch ohne das Vermächtnis vorgenommen hätte.⁴¹

37 DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Auflage, Bern 2002, § 12 N 21.

38 BSK-STAEHELIN, 3. Auflage, Art. 482 ZGB N 44, mit weiteren Literaturangaben.

39 BRÜCKNER/WEIBEL, Die erbrechtlichen Klagen, 2. Auflage, S. 12; PraxKomm-SCHRÖDER, Art. 469 ZGB, N 48; BGer, 5C.56/2005, E. 4.3.

40 Vgl. BGE 130 III 547, E. 2.1 = Pra 2005, Nr. 105.

41 BSK-SCHULIN, Art. 64 OR N 6 (e contrario).