

« Rodi 23.9.45. Bellinzona

Colle presente proibisco a mio fratello Costantino a sua moglie di entrare in casa mia nel caso che fossi impossibilitato di far valere le mie ragioni ed autorizzo la signora Eva Paggi di assumere la mia cura e di prendere le disposizioni che crede necessarie e questo fino alla mia morte.

Fiscalini Severino  
vini.

23.9.45

Colle seguenti disposizioni rendo noto le mie ultime volontà  
1. Voglio i funerali civili

.....

Fiscalini Severino. »

Secondo la ricorrente, il testamento del 23 settembre 1945 fu scritto a Rodi, dove il testatore possedeva una casa e si recava in villeggiatura. La dichiarazione precedente il testamento nel quaderno sarebbe strettamente connessa materialmente, logicamente e per il suo contenuto con detto testamento, al quale dovrebbe quindi estendersi senz'altro anche l'indicazione di luogo figurante in capo alla dichiarazione.

Questa conclusione potrebbe essere presa in considerazione se risultasse che i due atti sono solo apparentemente indipendenti, poichè in realtà formano un tutto unico. Ma così non è: la firma apposta dal defunto in calce alla prima dichiarazione e che la separa da quanto viene dopo dimostra che quest'atto dev'essere considerato a sè e indipendentemente dal testamento che lo segue solo materialmente nello stesso foglio ed è firmato e datato a parte. Si tratta quindi di due dichiarazioni di diverso carattere giuridico: la prima è una dichiarazione che doveva aver valore nel caso in cui il Fiscalini fosse impossibilitato durante la sua vita ad occuparsi dei suoi beni, mentre la seconda contiene le ultime volontà del Fiscalini, ossia è un atto *mortis causa*.

Così stando le cose, l'indicazione del luogo della stesura figurante nel primo atto non può essere estesa al secondo che è privo di tale indicazione. Anche questo testamento non può quindi ritenersi valido e il ricorso dev'essere respinto.

### Il Tribunale federale pronuncia:

Il ricorso per riforma è respinto e la querelata sentenza 17 gennaio 1952 della Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino è confermata.

#### 24. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. März 1952 i. S. Erben Dr. S. gegen Blattmann.

*Vergütung der Tätigkeit des Willensvollstreckers* (Art. 517 Abs. 3 ZGB).

1. Zulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht (Zivilrechtsstreitigkeit; Anwaltseigenschaft des Willensvollstreckers).
2. « Angemessene Vergütung »; Grundsätze für deren Bemessung.

*Rétribution due à l'exécuteur testamentaire pour son activité* (art. 517 al. 3 CC).

1. Recevabilité du recours en réforme (contestation civile, exécuteur testamentaire choisi en la personne d'un avocat).
2. « Indemnité équitable », principes selon lesquels elle doit être fixée.

*Compenso dovuto all'esecutore testamentario* per le sue prestazioni (art. 517 cp. 3 CC).

1. Ricevibilità del ricorso per riforma (procedimento civile, esecutore testamentario scelto nella persona d'un avvocato).
2. « Equo compenso »; principi secondo cui esso dev'essere stabilito.

Der 1939 verstorbene Heinrich Blattmann-Ziegler, Fabrikant in Wädenswil, hatte in seinem Testament drei Willensvollstrecker eingesetzt, nämlich 1) seinen Schwager und Sozius Ziegler-Kühne, 2) Bankdirektor F. in Wädenswil, 3) Rechtsanwalt Dr. S. in Zürich. Der Wert der Erbschaftsaktiven betrug ca. 12 Millionen.

Die Willensvollstreckung zog sich über 10 Jahre hin und kam erst im Jahre 1949 zum Abschluss. Der erstgenannte Testamentsvollstrecker Ziegler war bereits im Jahre 1944 gestorben. Im Januar 1947 stellte Dr. S. den Erben « für die bisherige Zeit », wie er in einem Begleitbrief bemerkte, Rechnung mit Fr. 5874.—, weil er sich mit einem aus seinem Bureau ausscheidenden Sozius auseinandersetzen müsse. Diese Rechnung wurde von den Erben Blattmann bezahlt.

Nach Abschluss der Willensvollstreckung stellten Dr. S. und F. am 8. September 1949 ihre Honoraransprüche, S. mit Fr. 187,000.—, F. mit Fr. 125,000.—. Die Erben wiesen sie als übersetzt zurück, worauf Dr. S. und die Erben des inzwischen verstorbenen Direktor F. ihre Forderungen auf Fr. 150,000.— bzw. 100,000.— reduzierten und diese Summen einklagten. Ein freiwilliges Angebot der Erben von Fr. 90,000.— für beide Kläger zusammen abzüglich der bereits an Dr. S. geleisteten Zahlung lehnten sie ab.

In der Folge zahlten die Beklagten den Klägern zusammen Fr. 49,126.—, d.h. einschliesslich der genannten Anzahlung Fr. 55,000.—. Die Kläger teilten diese Summe im Verhältnis der von ihnen erhobenen Honorarforderungen, also 3 : 2, sodass Dr. S. (inkl. Anzahlung) Fr. 33,000.—, die Erben F. Fr. 22,000.— erhielten. Die um diese Zahlungen reduzierten Beträge verlangen die Kläger im vorliegenden Prozesse, nämlich Dr. S. Fr. 117,000.—, die Erben F. Fr. 78,000.—. Die Beklagten trugen auf Abweisung der Klagen an.

Sowohl das Bezirksgericht Horgen als das Obergericht des Kantons Zürich haben die Klagen abgewiesen, weil mit den bezahlten Fr. 55,000.— die Testamentsvollstreckung, soweit durch S. und F. besorgt, reichlich honoriert sei, was näher begründet wird.

Die Erben F. haben sich mit diesem Entscheid abgefunden. Dr. S. reichte dagegen die vorliegende Berufung ein, mit der er an der Klageforderung von Fr. 117,000.— festhält. Nach seinem Tode sind seine Erben in den Prozess eingetreten.

Die Beklagten tragen auf Abweisung der Berufung an.

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

1. — Die Frage der Zulässigkeit der Berufung stellt sich unter zwei Gesichtspunkten : Es ist zu prüfen, *a)* ob es sich beim Prozess um den Vergütungsanspruch des

Willensvollstreckers um eine Zivilrechtsstreitigkeit (Art. 46 OG) handelt, und *b)* ob für die Anwendbarkeit von Bundesrecht (Art. 43 OG) der Umstand eine Rolle spielt, dass Dr. S. Anwalt war.

*a)* Was die — schon vom Gesetzesredaktor als viel umstritten bezeichnete (Erläuterungen II 88) — Frage der Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Willensvollstrecker und Erbschaft betrifft, hat sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts immer zur Auffassung bekannt, dass es sich trotz der Gleichstellung des Willensvollstreckers in Rechten und Pflichten mit dem amtlichen Erbschaftsverwalter (Art. 518 Abs. 1, 595 ZGB) nicht um ein öffentliches Amt, sondern um ein rein privatrechtliches Verhältnis handelt (BGE 66 II 148, vgl. 47 II 44). Ob man, worauf der vom Gesetze mehrfach gebrauchte Ausdruck « Auftrag, beauftragen, mandat » (immerhin italienisch allgemeiner « incarico » (517 Abs. 2) und « ufficio » (518 Abs. 3)) hinweist, einen eigentlichen Auftrag, also ein Vertragsverhältnis annehmen muss oder — angesichts der Besonderheiten betr. « Annahme » nach dem Tode des Erblassers, Nichtwiderrufflichkeit, Aufsicht usw. — eher ein Verhältnis *sui generis*, auf das mit Rücksicht auf Zweck und Form des Instituts die Mandatsregeln analog anzuwenden wären, kann hier dahingestellt bleiben ; wesentlich ist in diesem Zusammenhang lediglich der rein privatrechtliche Charakter desselben. Dementsprechend ist auch der Anspruch des Willensvollstreckers auf Vergütung gemäss Art. 517 Abs. 3 ein privatrechtlicher und ein Streit darüber zwischen dem Willensvollstrecker und den Erben mangels einer abweichenden Sondervorschrift vor dem Zivilrichter auszutragen. Die Aufsichtsbehörde, welcher der Willensvollstrecker gleich dem Erbschaftsverwalter untersteht (Art. 518/595 Abs. 3), ist nicht zuständig, da die Honorierung des Willensvollstreckers nicht mehr zur Willensvollstreckung gehört, sondern zur Liquidation des Mandatsverhältnisses nach deren Durchführung in Anwendung des Art. 517 ZGB und der einschlägigen Bestimmungen

des Auftragsrechts. Die Berufungsvoraussetzung der Zivilrechtsstreitsache ist mithin gegeben.

b) Hinsichtlich des Klägers Dr. S. könnte man sich fragen, ob es sich nicht um eine Anwaltstätigkeit handle, für deren Honorierung die bezüglichen kantonalen Vorschriften gelten. Allein die Regelung der Honorierung der Anwaltstätigkeit fällt deswegen in die Kompetenz der Kantone, weil sie als zur Ordnung der prozessualen Rechtsmaterie gehörend angesehen wird, die dem Kanton obliegt. Die Testamentsvollstreckung gehört nicht dazu. Die obergerichtliche Verordnung über die Anwaltsgebühren enthält denn auch keinen besondern Ansatz dafür. Sind im Rahmen der Willensvollstreckung prozessuale Vorkehren nötig, so kann der Willensvollstrecker, sofern die Besorgung solcher nicht als in seinem Mandat eingeschlossen zu betrachten ist, einen andern Anwalt damit betrauen, oder, wenn er das Geschäft selbst besorgt, eine besondere Vergütung verlangen, die dann der kantonalen Ordnung und dem Anwaltstarif unterworfen ist. Es würde auch zu einer nicht gerechtfertigten, dem Sinn des Art. 517 Abs. 3 nicht entsprechenden Aufspaltung des Rechtsverhältnisses führen, wenn der Willensvollstrecker, je nachdem er Anwalt ist oder nicht, nach verschiedenen Grundsätzen entschädigt würde. Es ist daher auch für die Honorierung des Dr. S. nicht der Anwaltstarif, sondern der allgemeine Grundsatz des Art. 517 Abs. 3 massgebend, wonach die Vergütung eine angemessene sein soll. Mit dieser grundsätzlichen Feststellung ist nicht ausgeschlossen, dass bei der Abwägung dessen, was *in concreto* angemessen ist, die Anwaltsqualität des Willensvollstreckers im Sinne einer Erhöhung seines Honorars berücksichtigt werden kann, weil er als Anwalt Kenntnisse besitzt, die einem andern abgehen und deretwegen ihn der Erblasser wohl auch gewählt hat. Der Honorarsanspruch ist mithin ausschliesslich nach Bundesrecht zu beurteilen, das Bundesgericht daher für die Entscheidung des Rechtsstreites in seinem ganzen Umfange zuständig.

2. — Ob die von der Vorinstanz zugesprochene Vergütung angemessen sei, ist eine Ermessensfrage. Eine Verletzung des Art. 517 Abs. 3 ZGB läge nur dann vor, wenn die Vorinstanz den Rahmen eines vernünftigen Ermessens verlassen hätte. Das könnte nur gesagt werden, wenn sie entweder für die Festsetzung wesentliche Gesichtspunkte ausser acht gelassen, bzw. solchen nur in gänzlich ungenügender Weise Rechnung getragen, oder aber Momente berücksichtigt hätte, die ihrer Natur nach nicht in Betracht fallen dürfen.

Die Vorinstanz ist grundsätzlich davon ausgegangen, dass die Vergütung der Willensvollstrecker dann eine angemessene im Sinne des Art. 517 Abs. 3 sei, wenn sie in einem billigen Verhältnis stehe zu der durch die Testamentsvollstreckung verursachten Mühe, gemessen am notwendigen Zeitaufwand, an der Kompliziertheit der Verhältnisse sowie am Umfang und an der Dauer des Auftrages und endlich auch an der damit verbundenen Verantwortung. Diesem Grundsatz ist vorbehaltlos zuzustimmen. Diese Gesichtspunkte sind zur Basis für die Bemessung der Entschädigung zu machen (ebenso: Komm. ESCHER, N. 10, TUOR, N. 12 zu Art. 517). Mit Recht hat die Vorinstanz die Anwendung des vom Kläger Dr. S. angerufenen Anwaltstarifs mit dem dort vorgesehenen Wertzuschlag von maximal 2 % abgelehnt. Der Tarifansatz hat keinerlei Gesetzeskraft und kann keine haben, da es sich dabei höchstens um kantonales Recht handeln könnte, während hier ausschliesslich eidgenössisches Recht massgebend ist. Auch eine allfällige Ortsübung, die allerdings neben andern Gesichtspunkten ganz sekundär auch von Bedeutung sein kann, gehört dem kantonalen Recht an. Pauschaltarife sollen schon an und für sich nur ausnahmsweise angewendet werden, da sie in der Regel keine angemessene, der Billigkeit entsprechende Vergütung für Arbeit und Verantwortung darstellen. Weder die Arbeit noch die Verantwortung hängt immer vorwiegend von der Grösse des ihren Gegenstand bildenden Vermögens ab. Gewiss kann dessen Grösse auf die Arbeit

und namentlich auch auf die Verantwortung von Einfluss sein und soll daher unter den mehreren Elementen, die bei Beurteilung der Angemessenheit der Vergütung eine Rolle zu spielen berufen sind, ihren Platz haben. Auch mag einer in einem Tarif vorgesehenen Pauschalsumme insofern eine gewisse Bedeutung zukommen, als man annehmen darf, dass sie eine angemessene Vergütung darstellt in Fällen, wo Arbeit und Verantwortung ungefähr dem entsprechen, was im allgemeinen mit der Willensvollstreckung verbunden ist. Das kann aber nur in dem Sinne von Bedeutung sein, dass das Bundesgericht, wenn es als Zivilinstanz über die Angemessenheit zu entscheiden hat, das Abstellen eines kantonalen Gerichtes auf derartige Tarife hinzunehmen hätte, solange nicht wichtige Gründe dagegen sprechen; es kann aber nicht dazu führen, dass das Bundesgericht die kantonalen Gerichte, wenn sie im Rahmen richtiger Handhabung ihres Ermessens nach den oben entwickelten Grundsätzen die Anwendung solcher Tarife abgelehnt haben, zu verhalten hätte, diese als ohne weiteres massgebend anzuwenden.

3. — Ist mithin die Vorinstanz von diesen richtigen Grundsätzen ausgegangen, bleibt nur die Frage, ob die daraus gezogenen Schlüsse derart abwegig sind, dass sie nicht mehr als im Rahmen vernünftigen Ermessens liegend angesehen werden können. Das ist keineswegs der Fall. Wohl handelt es sich um eine sehr grosse Erbschaft. Aber weder die Arbeit noch die Verantwortung der Willensvollstrecker entsprach dieser Grösse, so dass es durchaus unangemessen wäre, allein oder auch nur wesentlich auf sie abzustellen. Aus den Feststellungen der Vorinstanz geht hervor, dass die Aufgabe der Willensvollstrecker durch den Erblasser genau vorgeschrieben worden, die einzelnen Funktionen unter die drei Mandatare aufgeteilt waren, der Hauptanteil von dem am Prozesse nicht beteiligten Dritten besorgt, der Erbschaftsstatus von 1948 durch eine Treuhandgesellschaft erstellt, die Fahrnis gemäss den Anordnungen des Erblassers von den Erben ohne Mitwirkung

der Kläger und das übrige Vermögen gemäss Entwurf von C. R. Ziegler geteilt worden ist. In dem offenbar von S. verfassten Schlussbericht beklagen sich dieser und F. selbst, dass Ziegler nicht nur die Verteilung der Liegenschaften und des zugehörigen Mobiliars sowie der Gemälde besorgt, «sondern überhaupt eine vollständige Teilung des Nachlasses ohne Mitwirkung der unterzeichneten Testamentsvollstrecker vorgenommen hat», und bemerken ferner, Ziegler habe auch die Verhandlungen betr. Erbschaftssteuern ganz allein geführt, weshalb die beiden Berichterstatter auch jede Verantwortung dafür ablehnen. Sie geben also selbst zu, dass weder ihre Arbeit noch ihre Verantwortung die ganze Erbteilung umfasste. Dass die Verantwortung sich kraft Solidarität für jeden auf das Ganze bezogen habe, wie der Kläger S. besonders geltend macht, trifft insofern nicht zu, als der Erblasser ja selbst die Aufgabe der Testamentsvollstrecker geteilt hatte, also keine gemeinschaftliche Übernahme des Auftrags im Sinne von Art. 403 Abs. 2 und 143 OR vorliegt, und die Erben bei allen getroffenen Teilungsvorkehrungen ihr Einverständnis erklärten. Der Vergleich mit den von Grossbanken für solche Dienste verlangten Vergütungen ist unter dem Gesichtspunkt der Verantwortung deshalb nicht am Platze, weil ein solches Institut dann auch eine ganz besondere Garantiefähigkeit bietet. Wollte man für den dritten Willensvollstrecker Ziegler eine entsprechend seiner grösseren Arbeit mindestens ebenso hohe Vergütung rechnen, wie sie die Kläger verlangen, so kämen die Vollstreckungskosten auf etwa 5 % der Erbschaftsaktiven zu stehen, was über alles Mass hinaus ginge; daraus aber, dass Ziegler als zur Familie gehörig vermutlich keine Honorierung beanspruchte, können die Kläger nicht für sich Vorteil ziehen. Endlich hat Dr. S. bereits am 14. Januar 1947 den Erben «für die bisherige Zeit» mit Fr. 5874.— Rechnung gestellt. Im Prozesse machte er allerdings geltend, diese Rechnung habe nicht alle Bemühungen bis zu jenem Zeitpunkt umfasst. Die Vorinstanz beurteilt diese — im we-

sentlichen tatsächliche — Frage jedoch anders, nämlich dahin, es sei die Meinung sowohl des Rechnungstellers als der Erben Blattmann gewesen, es solle damit das Zurückliegende erledigt sein. Gerade auf Grund der von S. für die Stellung dieser Zwischenrechnung gegebenen Begründung, er müsse sich mit einem ausscheidenden Büropartner auseinandersetzen, kann die Rechnungstellung nur so verstanden werden, wie die Vorinstanz es getan hat, wenn man nicht den Rechnungsteller der Absicht bezichtigen will, seinen Partner teilweise um seinen Gewinnanteil zu bringen.

Für das Bundesgericht liegt mithin keinerlei Anlass vor, die von den Vorinstanzen zugelassene Vergütung als unangemessen gering zu bezeichnen. Wenn schliesslich S., der offenbar mehr zu leisten hatte als F., von dem ihnen zusammen ausbezahlten Betrag von Fr. 55,000.— einen verhältnismässig zu grossen Anteil an letztern weitergegeben haben sollte, so wäre das seine Angelegenheit und könnte nicht dazu dienen, die von den Erben für beide Willensvollstrecker bezahlte und von diesen in diesem Sinne entgegengenommene Gesamtvergütung anders zu beurteilen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 2. November 1951 bestätigt.

Vgl. auch Nr. 35. — Voir aussi n° 35.

## IV. SACHENRECHT

### DROITS RÉELS

#### 25. Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. März 1952 i. S. Oehen gegen Bachmann.

*Überragende Bauten* (Art. 674 ZGB).

1. Intertemporales Recht. — 2. Art. 674 Abs. 3 ist analog anwendbar, wenn beide Grundstücke bei Errichtung der über die Grenze ragenden Bauten dem gleichen Eigentümer gehörten und erst später in verschiedene Hände gelangten. — 3. Art. 973 ZGB schützt den gutgläubigen Erwerber des vom Überbau betroffenen Grundstücks nicht gegen die Geltendmachung des Anspruchs aus Art. 674 Abs. 3. — 4. Umstände, welche die Zuweisung des dinglichen Rechts auf den Überbau rechtfertigen.

*Constructions empiétant sur le fonds d'autrui* (art. 674 CC).

1. Droit transitoire. — 2. L'art. 674 al. 3 est applicable par analogie lorsque deux immeubles appartenaient au même propriétaire lors de la construction des bâtiments empiétant sur le fonds voisin et ne sont devenus qu'ultérieurement propriété de propriétaires différents. — 3. L'art. 973 CC ne protège pas le propriétaire de bonne foi de l'immeuble atteint par l'empiètement contre l'exercice du droit conféré par l'art. 674 al. 3 CC. — 4. Circonstances qui justifient l'attribution d'un droit réel sur l'empiètement.

*Opere sporgenti sul fondo altrui* (art. 674 CC).

1. Diritto transitorio. — 2. L'art. 674 cp. 3 è applicabile per analogia, se i due fondi appartenevano al medesimo proprietario quando fu eseguita la costruzione dell'opera sporgente su uno di essi e solo ulteriormente sono passati in mano di proprietari diversi. — 3. L'art. 973 CC non protegge il proprietario in buona fede del fondo colpito dall'opera sporgente, qualora venga fatto valere il diritto previsto dall'art. 674 cp. 3. — 4. Circostanze che giustificano la concessione d'un diritto reale sull'opera sporgente.

A. — Die Grundstücke Nr. 1079 und 1080 in Kleingangen, Hohenrain, auf denen aneinandergebaute Häuser stehen, gehörten seinerzeit beide dem Johann Sidler. Vermutlich im Jahre 1887 liess dieser die Trennwand im Keller durchbrechen, um die im Keller des Hauses Nr. 1080 befindliche Werkstatt um ca. 3.90 m × 2.37 m auf Kosten des Kellers des Hauses Nr. 1079 zu vergrössern. Im ersten Stock versetzte er die Zwischenwand in der