



---

Kass.-Nr. AA040077/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Margrit Scheuber

## **Zirkulationsbeschluss vom 22. September 2004**

in Sachen

M. A.,

Dr. oec., geboren ..., von ..., Via ..., I-B..., Italien,

Gesuchsteller, Rekurrent und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur.C.,

betreffend

**Rückwirkende Aufhebung des Willensvollstreckerzeugnisses und Berichtigung der Erbescheinigung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. April 2004 (NL040043/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Auf Antrag des Gesuchstellers stellte der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes D. mit Verfügung vom 28. Januar 2004 im Nachlass von E. A. (gest. 25. Dezember 2001) die Erbbescheinigung aus. Der Einzelrichter bescheinigte darin, dass der Gesuchsteller und die vier Kinder als alleinige Erben anerkannt seien, unter Vorbehalt der Erbschafts-, Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage. Sodann wurde bescheinigt, dass Rechtsanwalt F. zum Willensvollstrecker ernannt worden sei und dieser das Mandat angenommen habe (ER act. 1/C). Am 2. Februar 2004 ging beim Einzelrichter ein Schreiben des Willensvollstreckers vom 29. Januar 2004 ein, wonach er das Willensvollstreckermandat per 26. Januar 2004 niederlege (ER act. 2). Dem vorausgegangen war eine Einigung der Parteien im vom Gesuchsteller angestregten Testamentsungültigkeitsprozess. Gemäss jener Vereinbarung kamen die Parteien überein, das Testament von E. A. vom 2. März 2001 als ungültig zu betrachten; der Gesuchsteller verpflichtete sich zum Rückzug seiner Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage und die Parteien wiesen den Willensvollstrecker an, das Mandat zu beenden (OG act. 4/3). Mit Eingabe vom 4. Februar 2004 beantragte der Gesuchsteller beim Einzelrichter im summarischen Verfahren, die auf den 28. Dezember 2001 rückwirkende Aufhebung des Willensvollstreckerzeugnisses und die entsprechende Korrektur der Erbbescheinigung (ER act. 3). Diese Begehren wies der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes D. mit Verfügung vom 16. Februar 2004 ab, soweit er darauf eintrat (ER act. 4 = OG act. 8).

2. Gegen die Verfügung vom 16. Februar 2004 erhob der Gesuchsteller Rekurs an die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und stellte folgenden Antrag:

"Es sei in Aufhebung der Verfügung vom 16. Februar 2004 auf das Gesuch des Rekurrenten einzutreten, das im Nachlass E. A., gest. 25. Dezember 2001, ausgestellte Willensvollstreckerzeugnis als rückwirkend aufgehoben anzusehen und

dementsprechend in der Erbbescheinigung einen Hinweis auf dasselbe wegzulassen, unter Übernahme der Kosten dieses Verfahrens auf die Staatskasse." (OG act. 1, S. 1).

Mit Beschluss vom 8. April 2004 hob die Vorinstanz in Gutheissung des Rekurses Disp.-Ziff. 5 der Erbbescheinigung vom 28. Januar 2004 auf und nahm davon Vormerk, dass die Willensvollstreckung am 26. Januar 2004 geendet habe (Disp.-Ziff. 1). Zudem hob sie Disp.-Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung des Einzelrichters vom 16. Februar 2004 auf und auferlegte dem Gesuchsteller die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zur Hälfte, im übrigen Umfang wurden die Kosten auf die Gerichtskasse genommen (Disp.-Ziff. 2). Im Übrigen wurde die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes D. vom 16. Februar 2004 bestätigt (Disp.-Ziff. 3; OG act. 10 = KG act. 2).

3. Gegen letzteren Beschluss vom 8. April 2004 erhob der Gesuchsteller und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer) kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem folgenden Antrag:

"Es sei in teilweiser Aufhebung von Ziff. 1 des obergerichtlichen Dispositivs Ziff. 5 der Erbbescheinigung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des BG D. vom 28.1.2004 einfach aufzuheben, ohne dass noch speziell davon Vormerk genommen wird, die Willensvollstreckung habe am 26.1.2004 geendet, unter Übernahme der Kosten auf die Staatskasse (KG act. 2, S. 2)."

Auf Präsidialverfügung des Kassationsgerichts vom 21. Mai 2004 hin (KG act. 6) wies der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 26. Mai 2004 die Rechtzeitigkeit der Beschwerdeeingabe nach (KG act. 8 und 9); die gleichzeitig auferlegte Prozesskaution im Sinne von § 75 ZPO in der Höhe von Fr. 500.-- ging innert Frist ein (KG act. 11). Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 10).

## II.

1.1 Die Vorinstanz legte ihrem Entscheid den folgenden Sachverhalt zu Grunde: Die Ehefrau des Beschwerdeführers verstarb am XX. YY. 2001 und hin-

terliess ein Testament vom 2. März 2001, in welchem sie den Beschwerdeführer zugunsten der vier gemeinsamen Kinder enterbte. Der Beschwerdeführer focht das Testament als ungültig an und beantragte eventuell die Herabsetzung auf den Pflichtteil. Am 21./28. November 2003 schloss der Beschwerdeführer mit dem Beistand der Kinder eine Vereinbarung, wonach das Testament vom 2. März 2001 als ungültig betrachtet werde; der Beschwerdeführer verpflichtete sich, die Klage betreffend Ungültigkeit bzw. Herabsetzung des Testaments zurückzuziehen und zudem wiesen die Parteien der Vereinbarung den Willensvollstrecker an, sein Mandat zu beenden. Gemäss einer separaten Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer, dem Beistand der Kinder und dem Willensvollstrecker vom 26. Januar 2004 (OG act. 4/4) erklärte der Willensvollstrecker die sofortige Niederlegung des Mandates, welche er in der Folge dem Einzelrichter des Bezirkes D. mit Schreiben vom 29. Januar 2004 (Eingang: 2. Februar 2004) mitteilte (ER act. 2). Mit Verfügung vom 29. Dezember 2003 war das Verfahren betreffend Ungültigkeit und Herabsetzung des Testaments als durch Rückzug zufolge aussergerichtlichen Vergleichs erledigt abgeschlossen worden (ER act. 1/B1) (KG act. 2, S. 3).

1.2 Die Vorinstanz erwog sodann in ihrem Rekursentscheid, die erste Instanz sei zu Recht davon ausgegangen, dass die Übereinstimmung der Erben, das Testament als ungültig zu betrachten, keine Wirkung gegenüber unbeteiligten Dritten entfalte. Der Beschwerdeführer scheine in seiner Rekurschrift selber davon auszugehen, indem er ausführe, das Gericht könne den Hinweis auf den Willensvollstrecker in der Erbescheinigung weglassen, da der Willensvollstrecker in der Zwischenzeit das Mandat niedergelegt habe. Dies führe er im Widerspruch zu seiner früheren Auffassung aus, wonach die Ernennung des Willensvollstreckers zufolge der Ungültigkeit des Testamentes als nicht geschehen zu betrachten sei. Der Beschwerdeführer gehe offenbar selber davon aus, dass ein Willensvollstreckermandat zunächst bestanden habe, da ansonsten eine Mandatsniederlegung nicht in Frage käme. Dem entspreche auch, dass er die rückwirkende Aufhebung des Willensvollstreckerzeugnisses im Rechtsmittelverfahren nicht mehr verlange (KG act. 2, S. 5).

Im Weiteren stellt die Vorinstanz klar, dass die Erben einen eingesetzten Willensvollstrecker nicht abberufen könnten, jedoch die Willensvollstreckung nach dem Rücktritt des Willensvollstreckers und mangels Einsetzung eines Ersatzwillensvollstreckers geendigt habe. Schliesslich kam die Vorinstanz zum Schluss, es liege bezüglich der von der ersten Instanz ausgestellten Erbbescheinigung eine nachträgliche Fehlerhaftigkeit vor, da der Willensvollstrecker zwischenzeitlich sein Mandat niedergelegt habe. Gemäss § 212 Abs. 4 ZPO sei die nachträglich fehlerhaft gewordene Anordnung bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen sowie eines entsprechenden Gesuches aufzuheben oder abzuändern. Die Erbbescheinigung sei demnach abzuändern und an die neue Sachlage (Niederlegung des Willensvollstreckermandates) anzupassen; die Abweisung des Begehrens durch die erste Instanz sei insoweit zu Unrecht erfolgt. Demnach sei die angefochtene Verfügung insoweit aufzuheben, als das Begehren um Korrektur der Erbbescheinigung abgewiesen worden sei. Demgegenüber sei die Abweisung des (ursprünglichen) Begehrens um rückwirkende Aufhebung des Willensvollstreckerzeugnisses in Rechtskraft erwachsen. Die Erbbescheinigung sei insoweit abzuändern, als von der Beendigung der Willensvollstreckung per 26. Januar 2004 Vormerk zu nehmen sei (KG act. 2, S. 6 f.).

2. Der Beschwerdeführer beanstandet mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde, die Vorinstanz habe zu Unrecht die willkürliche tatsächliche Annahme getroffen, er habe die rückwirkende Aufhebung des Willensvollstreckerzeugnisses nicht mehr anbegehrt. In seinem Rekursantrag Ziff. 2 habe er verlangt, dass das ausgestellte Willensvollstreckerzeugnis als rückwirkend aufgehoben anzusehen sei. Zwar habe er damit nicht formell die Aufhebung der früheren Verfügung verlangt – was prozessual nicht möglich gewesen wäre – wohl aber, dass für die Ausstellung der Erbbescheinigung davon ausgegangen würde, wie wenn eine Ernennung eines Willensvollstreckers mit einem Willensvollstreckerzeugnis gar nie stattgefunden habe. Durch die Feststellung, dass die Aufhebung des Willensvollstreckerzeugnisses nicht beantragt worden sei, treffe die Vorinstanz somit eine willkürliche tatsächliche Annahme, weshalb der Entscheid aufzuheben sei. Nur indem in der Erbbescheinigung nicht mehr auf die Willensvollstreckung hingewiesen werde, werde das Resultat des Testamentsanfechtungsprozesses respektiert, in wel-

chem die Parteien übereingekommen seien, das Testament (und damit auch die Willensvollstreckung) als ungültig anzusehen (KG act. 1, S. 3 f.).

3.1 Die Rüge des Beschwerdeführers geht an der Sache vorbei. Er führt in seiner Beschwerdeschrift selber aus, er habe die Aufhebung des Willensvollstreckerzeugnisses nicht formell beantragt (KG act. 1, S. 3). Von nichts anderem geht die Vorinstanz jedoch aus, indem sie ausführt, die Abweisung des ursprünglichen Begehrens um rückwirkende Aufhebung des Willensvollstreckerzeugnisses sei in Rechtskraft erwachsen (KG act. 2, S. 2 und 8). Diese Aussage bezieht sich auf den ersten Teil des vom Beschwerdeführer (persönlich) vor erster Instanz gestellten Begehrens: *"Dementsprechend verlange ich hiermit, dass das Willensvollstreckerzeugnis rückwirkend per 28. Dezember 2001 aufgehoben wird und bitte ich Sie die betreffende Erbbescheinigung vom 28. Januar 2004 dementsprechend zu korrigieren..."* (ER act. 3). Soweit der Beschwerdeführer in seinem Rekursantrag verlangt, das *"...ausgestellte Willensvollstreckerzeugnis [sei] als rückwirkend aufgehoben zu betrachten und dementsprechend in der Erbbescheinigung ein Hinweis auf dasselbe wegzulassen"* (OG act. 1, S. 1), bringt er – in den Antrag auf Aufhebung und Neuausstellung der Erbbescheinigung verpackt – lediglich eine Begründung dafür vor, weshalb in der Erbbescheinigung kein Hinweis auf den Willensvollstrecker gemacht werden soll, verlangt aber – wie er selbst ausführt – nicht (mehr) formell die rückwirkende Aufhebung des Willensvollstreckerzeugnisses. Mit dieser Begründung hat sich die Vorinstanz ausführlich auseinandergesetzt und diese verworfen (vgl. KG act. 2, Erw. IV.1.-3., S. 5 f.). Der Beschwerdeführer bringt seinerseits in der Nichtigkeitsbeschwerde keine Nichtigkeitsgründe dafür vor, welche diese Ansicht der Vorinstanz unzutreffend erscheinen liessen. Der Beschwerdeführer macht zwar in seiner Beschwerdeschrift geltend, da das Testament ungültig sei, sei auch alles, was daraus hervorgehe als ungeschehen zu betrachten, auch die Willensvollstreckung, und deshalb sei in der Erbbescheinigung nicht mehr auf die Willensvollstreckung hinzuweisen (KG act. 1, S. 4). Damit stellt er den Erwägungen der Vorinstanz, wonach die Übereinstimmung der Erben, das Testament als ungültig zu betrachten, gegenüber unbeteiligten Dritten keine Wirkung entfalte und die Erben den eingesetzten Willensvollstrecker auch bei Einigkeit nicht abberufen könnten (KG act. 2, S. 5 f.), lediglich seine eigene

Ansicht gegenüber, ohne einen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen. Auf diese Beanstandung ist deshalb grundsätzlich nicht weiter einzugehen. Gleichwohl ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass gemäss herrschender Praxis die Willensvollstreckung selbst bei rechtskräftiger richterlicher Ungültigerklärung einer Verfügung von Todes wegen nicht ex tunc, sondern lediglich ex nunc dahinfällt, d.h. die Erben haben den Nachlass im dannzumaligen Stand zu übernehmen und die bis dahin getroffenen Handlungen des gutgläubigen Willensvollstreckers sowie die Rechte Dritter bleiben davon unberührt. Allenfalls sind die Rechte und Pflichten des Willensvollstreckers während einer hängigen Ungültigkeits- bzw. Herabsetzungsklage auf die wirklich notwendigen Verwaltungshandlungen zu beschränken und i.d.R. ist auf Verfügungshandlungen zu verzichten (vgl. dazu M. Karrer, in: Basler Kommentar zum ZGB II, Hrsg.: Honsell/Vogt/Geiser, Basel 2000, N 24 zu Art. 517 ZGB und N 20 zu Art. 518 ZGB). Die Vorinstanz hat somit weder eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen, noch das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers im Rekursverfahren falsch ausgelegt.

3.2 Schliesslich lässt sich bei der oben erwähnten Rechtslage fragen, welches aktuelle rechtliche Interesse der Beschwerdeführer an der Nichterwähnung der beendeten Willensvollstreckung in der Erbbescheinigung noch haben kann, da die Erben nun – nach Beendigung der Willensvollstreckung – ohnehin freie Verfügungsgewalt über die Erbschaft haben und die bisher vom Willensvollstrekker getroffenen Handlungen sowie die Rechte Dritter von der Ungültigerklärung unberührt bleiben. Da die Beschwerde ohnehin abzuweisen ist, kann diese Frage offen bleiben.

4. Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

### III.

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 250.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 189.-- Schreibgebühren,  
Fr. 95.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Partei, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, sowie den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes D., je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die juristische Sekretärin: