

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF130015-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti  
Aschwanden sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

## **Beschluss und Urteil vom 30. April 2013**

in Sachen

1. **A.**\_\_\_\_\_,  
2. **B.**\_\_\_\_\_,  
Berufungskläger,

gegen

**C.**\_\_\_\_\_,  
Berufungsbeklagte,

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1932, von ..., gestorben  
tt.mm.2013, wohnhaft gewesen in E.\_\_\_\_\_

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Erbschaftssachen des Bezirks-  
gerichtes Winterthur vom 14. März 2013 (EL130074)

## Erwägungen:

### I.

1. Am tt.mm.2013 verstarb D.\_\_\_\_\_, geboren tt. mm.1932 (Erblasser), mit letztem Wohnsitz in E.\_\_\_\_\_. Er hinterliess als gesetzliche Erben seine Ehefrau C.\_\_\_\_\_ (die Berufungsbeklagte), sowie die beiden Nachkommen A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ (Berufungsklägerin 1 und Berufungskläger 2; vgl. act. 8, 13).

2. Mit Urteil vom 14. März 2013 eröffnete das Einzelgericht in Erbschafts-sachen am Bezirksgericht Winterthur eine letztwillige Verfügung des Erblassers vom 28. November 1979 (mit Schreibmaschine geschrieben, handschriftlich un-terzeichnet) und nahm davon Vormerk, dass die als Willensvollstreckerin einge-setzte Ehefrau des Erblassers (die Berufungsbeklagte) das Mandat angenommen hatte.

Zusätzlich zur erwähnten Einsetzung einer Willensvollstreckerin hatte der Erblasser in der genannten Verfügung die pflichtteilsgeschützten Erben (die Beru-fungskläger) zugunsten seiner Ehefrau (der Berufungsbeklagten) auf den Pflicht-teil gesetzt (act. 8).

3. Mit Schreiben vom 21. bzw. 25. März 2013, gleichzeitig der Vorinstanz und der Kammer eingereicht, beantragten die Berufungskläger sinngemäss was folgt (act. 9A, 9B):

1. Es sei das Urteil vom 14. März 2013 wie folgt zu berichtigen: Der Verweis in Disposi-tiv Ziffer 3 auf Ziffer II. der Erwägungen sei durch einen Verweis auf Ziffer I. der Er-wägungen zu ersetzen.
2. Es sei das zweite Testament des Erblassers, welches auf dem nur ihm zugänglichen Computer in Form einer seit dem Jahre 2002 nicht mehr veränderten Word-Datei mit dem Titel "Testament" und dem Datum 26. Juni 2001 vorgefunden wurde, ebenfalls zu eröffnen.
3. Das zweite Testament des Erblassers vom 26. Juni 2001 sei gleichberechtigt mit dem Entwurf von 1979 zu behandeln.

4. Es sei von der Einsetzung einer Willensvollstreckerin im Nachlass des Erblassers abzusehen. Entsprechend sei vorzumerken, dass die Erben berechtigt seien, die Erbteilung gleichberechtigt mit Hilfe eines Beraters zu besorgen.

Als Beilage reichte die Berufungsklägerin 1 einen PC-Ausdruck einer Word-Datei mit dem Titel "Testament" und dem Datum 26. Juni 2001 zu den Akten (act. 10).

4. Mit Verfügung vom 4. April 2013 berichtigte die Vorinstanz das Urteil vom 14. März 2013, zum einen wie von den Berufungsklägern beantragt hinsichtlich des fehlerhaften Verweises in Dispositiv Ziffer 3 (Verweis auf Ziffer I. der Erwägungen). Zum anderen berichtigte die Vorinstanz von Amtes wegen die Formulierung in Dispositiv Ziffer 2 und bestimmte, dass die Durchführung der Erbteilung Sache der Willensvollstreckerin sei (und nicht, wie im Urteil vom 13. März 2013 irrtümlich angegeben, Sache der Erben).

Den erwähnten PC-Ausdruck "Testament" vom 26. Juni 2001 stellte die Vorinstanz im Sinne einer nachträglichen Eröffnung den Parteien zu. Diesbezüglich erwog die Vorinstanz, für die getroffenen Anordnungen sei allein auf das Testament vom 28. November 1979 abgestellt worden, und dem genannten Ausdruck sei nicht die Bedeutung einer letztwilligen Verfügung zugemessen worden. Ob dies zutreffend gewesen sei, hätte die bereits angerufene Rechtsmittelinstanz zu entscheiden (act. 13).

5. Die Verfügung der Vorinstanz vom 4. April 2013 wurde den Parteien am 10. bzw. 15. April 2013 zugestellt (act. 15/1-3).

6. Von der Einholung einer Berufungsantwort wurde abgesehen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Akten der vorinstanzlichen Verfahren (EL130074 betreffend Testamentseröffnung und EL130129 betreffend nachträgliche Eröffnung eines Testaments) wurden beigezogen (act. 1-6). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II.

1. Mit dem erwähnten Entscheid der Vorinstanz über das Berichtigungsbegehren ist das Berufungsverfahren diesbezüglich gegenstandslos geworden. Es ist daher abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Dasselbe gilt betreffend den Antrag der Berufungskläger auf Eröffnung des PC-Ausdrucks der erwähnten Word-Datei vom 26. Juni 2001 (vgl. act. 13).

2. Im verbleibenden Umfang bezwecken die Berufungskläger mit ihrer Berufung die Absetzung der Berufungsbeklagten als Willensvollstreckerin, zum einen gestützt auf eine neuere Verfügung des Erblassers, zum anderen unter Hinweis auf die fehlenden Qualifikationen der Willensvollstreckerin (act. 9A, 9B).

3. Zu entscheiden ist zunächst, ob die Vorinstanz zu Recht nur auf die letztwillige Verfügung des Erblassers vom 28. November 1979 abstellte und nicht auf den erwähnten PC-Ausdruck "Testament" vom 26. Juni 2001. Während der Erblasser in der Verfügung vom 28. November 1979 wie erwähnt seine Ehefrau als Willensvollstreckerin einsetzte, beinhaltet die Formulierung gemäss dem PC-Ausdruck "Testament" vom 26. Juni 2001 keine derartige Anordnung (vgl. act. 8, 10).

3.1 Findet sich beim Tod des Erblassers eine letztwillige Verfügung, so ist sie der Behörde einzuliefern und von dieser zu eröffnen (Art. 556 f. ZGB). Einzuliefern und zu eröffnen sind sämtliche Verfügungen, also auch solche, welche als formungültig oder nichtig betrachtet werden. Liegen mehrere Verfügungen vor, so sind alle einzuliefern und zu eröffnen. Einzig bei blossen Notizen, Vermögensaufstellungen oder offensichtlich von einer Drittperson erstellten Entwürfen wird die Einlieferungs- und Eröffnungspflicht verneint. Im Zweifel sind diese Pflichten weit zu verstehen und sind alle Willenserklärungen einzureichen (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 4. Auflage 2011, Art. 556 N 5, 7, sowie Art. 557 N 10).

3.2 Wenn die eingelieferten letztwilligen Verfügungen verschiedene Anordnungen beinhalten, so stellt sich für die Eröffnungsbehörde regelmässig die Frage, auf welche Verfügung abzustellen ist. So liegt etwa der Ausstellung der Erb-

bescheinigung stets ein Entscheid darüber zugrunde, wer prima facie als am Nachlass berechtigt erscheint. Dieser Entscheid ist provisorischer Natur. Er steht unter dem Vorbehalt der erbrechtlichen Klagen, auch wenn diese in der Bescheinigung nicht ausdrücklich erwähnt werden (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 4. Auflage 2011, Art. 559 N 3, 45).

Betreffend die Erbberechtigung ergeben sich vorliegend keine Probleme, da die eröffneten Verfügungen diesbezüglich denselben Inhalt haben. Hingegen unterscheiden sich die beiden Dokumente wie gesehen hinsichtlich der angeordneten Willensvollstreckung. Angesichts dieser Diskrepanz war die Vorinstanz gehalten, im Sinne eines prima facie-Entscheids auf die eine oder auf die andere Verfügung abzustellen. Wie bereits erwähnt, hat die Vorinstanz auf die Verfügung vom 28. November 1979 abgestellt. Dem PC-Ausdruck der erwähnten Worddatei von 2001 mass sie dagegen nicht die Bedeutung einer letztwilligen Verfügung zu (act. 13).

3.3 Diesem Entscheid der Vorinstanz ist zuzustimmen. Die Berufungskläger machen zwar richtig geltend, dass beide Verfügungen nicht der gesetzlichen Formvorschrift entsprechen würden (act. 9A, 9B). Die nicht handschriftlich verfasste Verfügung vom 28. November 1979 ist indessen immerhin angesichts der Unterschrift des Erblassers objektiv klar als von ihm verfasste und ihm zuzuordnende Willenserklärung erkennbar. Beim neueren PC-Ausdruck geht dagegen die Urhebererschaft des Erblassers prima facie nicht aus der Urkunde hervor, da das Dokument weder eine Unterschrift trägt noch einen expliziten Hinweis auf seinen Verfasser beinhaltet.

Mithin hat die Vorinstanz bei der Einsetzung der Ehefrau des Erblassers als Willensvollstreckerin zu Recht prima facie auf die letztwillige Verfügung vom 28. November 1978 abgestellt. Der Antrag der Berufungskläger, der PC-Ausdruck "Testament" vom 26. Juni 2001 sei als gleichberechtigt neben dem Testamentsentwurf von 1979 zu behandeln, ist daher abzuweisen.

3.4 Die Berufungskläger sind, wenn sie die Anordnungen in der letztwilligen Verfügung vom 28. November 1979 umstossen wollen, auf den Weg der erb-

rechtlichen Klagen zu verweisen, insbesondere auf die Ungültigkeitsklage gemäss Art. 519 ff. ZGB

4. Weiter stellen sich die Berufungskläger auf den Standpunkt, die Berufungsbeklagte habe ausgeführt, sie habe keine Ahnung, was ein Willensvollstrecker zu tun habe, und sie "könne diese Sachen nicht". Es seien bei der Berufungsbeklagten weder die Fähigkeiten noch die Prioritäten vorhanden, um als Willensvollstreckerin zu fungieren (act. 9A, 9B).

4.1 Als Willensvollstreckerin kann jede handlungsfähige Person eingesetzt werden. Fehlende fachliche oder persönliche Qualifikationen, mangelnde Vertrauenswürdigkeit oder schwerwiegende Interessenkollisionen können indes zu einer Absetzung des Willensvollstreckers Anlass geben (je nach Konstellation im Zivilverfahren mit Ungültigkeitsklage nach Art. 519 ff. ZGB oder im aufsichtsrechtlichen Beschwerdeverfahren; vgl. im Einzelnen BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 4. Auflage 2011, Art. 517 N 10, sowie Iten, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Willensvollstreckers, Diss. Luzern 2012, S. 76 ff.). Denkbar ist, in krassen Fällen bereits im Rahmen der Testamentseröffnung einer als Willensvollstrecker eingesetzten Person die Ernennung zu verweigern, weil bereits prima facie offenkundig ist, dass die ernannte Person die erwähnten Voraussetzungen nicht erfüllt (etwa im Fall der fehlenden Handlungsfähigkeit). Von einem derart klaren Fall konnte vorliegend im Zeitpunkt der Testamentseröffnung indes nicht die Rede sein. Vielmehr sprach prima facie nichts gegen die Einsetzung der Berufungsbeklagten als Willensvollstreckerin. Der entsprechende Entscheid der Vorinstanz ist daher nicht zu beanstanden. Auch diesbezüglich ist die Berufung somit abzuweisen.

Den Berufungsklägern stehen indes, wenn sie die Absetzung der Berufungsbeklagten als Willensvollstreckerin bewirken wollen, die erwähnten Rechtsbehelfe offen.

4.2 Nebenbei (und mit Blick auf das Anliegen der Berufungskläger, act. 9A und 9B je S. 2) ist an die Adresse der Berufungsbeklagten darauf hinzuweisen, dass für die Willensvollstreckerin kein Amtszwang besteht. Die Willensvollstrecke-

rin kann daher, wenn sie selber der Auffassung ist, für das Amt nicht geeignet zu sein, jederzeit von ihrem Amt zurücktreten (allenfalls unter Vorbehalt eines Rücktritts zur Unzeit).

Eine allfällige Rücktrittserklärung wäre schriftlich bei der zuständigen Behörde einzureichen, d.h. beim Einzelgericht in Erbschaftssachen am örtlich zuständigen Bezirksgericht. Der Rücktritt hätte zur Folge, dass die Willensvollstreckung als solche vollständig dahinfiele. Entsprechend wäre die Erbteilung sodann Sache der Erben (vgl. BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 4. Auflage 2011, Art. 517 N 25 f.).

### III.

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens den Berufungsklägern aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Gemäss den Abklärungen der Vorinstanz ist von einem (Brutto-)Nachlass von rund Fr. 986'000.00 auszugehen (vgl. act. 4). Bei der Festsetzung der Entscheidunggebühr nach Massgabe der §§ 4 ff. GebV OG ist indes zu bedenken, dass mit der Willensvollstreckung und der Eröffnung eines weiteren Testaments lediglich ein Teilbereich der Nachlassabwicklung Verfahrensgegenstand war und insbesondere die Berechtigung am Nachlass nicht strittig war.

2. Der Berufungsbeklagten ist mangels erheblicher Aufwendungen im vorliegenden Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Das Berufungsverfahren wird betreffend das Berichtigungsbegehren und betreffend die Eröffnung der Verfügung vom 26. Juni 2001 abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird betreffend die beantragte Gleichbehandlung der Verfügung vom 26. Juni 2001 mit der früheren Verfügung sowie betreffend den beantragten Verzicht auf die Einsetzung einer Willensvollstreckerin abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.00 festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Berufungsklägern je zur Hälfte auferlegt, unter solidarischer Haftung beider je für den ganzen Betrag.
4. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage je eines Doppels von act. 9A und 9B, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.



Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: