

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF140002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger.

Urteil vom 7. Mai 2014

in Sachen

A. _____,

Berufungskläger,

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

Berufungsbeklagte,

3. **D.** _____,

Willensvollstrecker und Berufungsbeklagter,

Nr. 1 vertreten durch Fürsprecher Dr. X1. _____,

Nr. 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____,

Nr. 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X3. _____,

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von E. _____, geboren tt. August 1919, von Zürich, gestorben am tt.mm.2012, wohnhaft gewesen ...-Str. ..., F. _____,

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 16. Dezember 2013 (EL130205)

Erwägungen:

I.

1. Am tt.mm.2012 verstarb E._____, geboren tt. August 1919 (Erblasser), mit letztem Wohnsitz in F._____. Er hinterliess als gesetzliche Erben seine (inzwischen ebenfalls verstorbene) Ehefrau G._____, seinen Sohn A._____, seine Tochter C._____ und seine Enkelin B._____ (anstelle deren Mutter und vorverstorbenen Tochter des Erblassers, H._____, vgl. act. 5/3, 5/5 und 5/6).

2. Am 7. November 2012 reichte Rechtsanwalt Dr. iur. D._____ bei der Vorinstanz ein handschriftliches Testament des Erblassers (vom 18. Mai 2011, mit Ergänzung vom 19. Mai 2011) und eine Kopie des Ehe- und Erbvertrages mit letztwilliger Verfügung zwischen dem Erblasser und seiner Ehefrau (vom 9. Juli 2009) ein.

In diesem Testament hob der Erblasser alle früheren letztwilligen Verfügungen auf und verwies auf das seiner Ehefrau (gemäss besagtem Ehe- und Erbvertrag) auszurichtende Barvermächtnis. Sodann setzte er seine Enkelin B._____ auf den Pflichtteil und vermachte den Rest seines Nachlasses – unter Berücksichtigung des Vermächtnisses an seine Ehefrau – je zur Hälfte seinen beiden Kindern. Des Weiteren erliess der Erblasser Teilungsvorschriften, richtete weitere Vermächtnisse aus und ernannte Rechtsanwalt Dr. iur. D._____ zum Willensvollstrecker. Dieser hat das Willensvollstreckermandat angenommen.

3. Mit Urteil vom 10. Januar 2013 (EL120175-M) gab die Vorinstanz den Beteiligten vom Inhalt des Testamentes (vom 18. Mai 2011, mit Ergänzung vom 19. Mai 2011) und des Ehe- und Erbvertrages (vom 9. Juli 2009) Kenntnis und stellte den Nachkommen des Erblassers (als dessen alleinige gesetzliche Erben) unter Vorbehalt der Berufungsfrist Erbscheine in Aussicht. Zudem wurde von der Annahme des Willensvollstreckermandates durch Rechtsanwalt Dr. iur. D._____ Vormerk genommen und das Verfahren abgeschrieben (vgl. act. 5/16/1).

4. Am 25. November 2013 reichte A. _____ bei der Vorinstanz eine Kopie eines weiteren handschriftlichen Testamentes des Erblassers datierend vom 25. Oktober 2012 zur Eröffnung ein (act. 2/1). Dieses jüngste Testament, das keinen Willensvollstrecker erwähne, habe er anlässlich des Geschäftsumzuges der I. _____ GmbH in deren Büroräumlichkeiten gefunden (vgl. act. 1).

5. Gestützt darauf gab die Vorinstanz den Beteiligten auch von diesem jüngsten Testament Kenntnis, ging jedoch – entgegen der Auffassung von A. _____ – von einem Weiterbestehen des Willensvollstreckermandates zu Gunsten von Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____ aus. Das heute angefochtene Urteil vom 16. Dezember 2013 lautet wie folgt (vgl. act. 3 = act. 7 = act. 9):

1. Den Beteiligten wird je eine Fotokopie der eingereichten Kopie des Testaments vom 25. Oktober 2012 zugestellt.
Die eingereichte Kopie bleibt im Gerichtsarchiv aufbewahrt.
2. Es wird davon Vormerk genommen, dass Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____, ... [Adresse] (Ziff. VI.), das Mandat als Willensvollstrecker bereits angenommen hat.
3. Es wird davon Vormerk genommen, dass mit Datum vom 2. April 2013 bereits ein Erbschein lautend auf die gesetzlichen Erben (Ziff. III.) ausgestellt wurde (Geschäft Nr. EM130117).
4. Das Geschäft wird als erledigt abgeschrieben.
Die Regelung des Nachlasses ist Sache des Willensvollstreckers.
5. Die Kosten betragen:

Fr.	200.00	Entscheidgebühr
Fr.	0.00	Barauslagen
Fr.	<u>200.00</u>	Kosten total.
6. Die Kosten werden zu Lasten des Nachlasses mit separater Rechnung von A. _____ (Ziff. III. B. 2.) bezogen.
7. [Schriftliche Mitteilung]
8. [Berufung]

4. Gegen diesen Entscheid erhob A. _____ (fortan Berufungskläger) fristgerecht Berufung bei der Kammer und stellte folgendes Rechtsbegehren (act. 8 S. 2):

- "1. Das Urteil vom 16. Dezember 2013 sei aufzuheben, mindestens dessen Ziffer 2.
2. Das Willensvollstreckerzeugnis sei als ungültig zu erklären.
3. Es sei durch das Gericht ein unabhängiger Erbschaftsverwalter zu ernennen.
4. Die Beklagten 1 und 3 seien wegen Unterdrücken von Urkunden und eventuell wegen Falschbeurkundung zu verzeigen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-5) und die Prozessleitung delegiert (act. 11). Der Berufungskläger leistete den ihm auferlegten Kostenvorschuss fristgerecht (act. 13). Die Berufungsbeklagten 1-3 erstatteten je innert Frist Berufungsantwort (act. 17, 20 und 22). Das Verfahren ist heute in sämtlichen Belangen spruchreif.

II.

1. Die Berufung ist zu begründen und hat sich anhand konkreter Anträge und Rügen mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinander zu setzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz als falsch erachtet wird (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Gerügt werden kann auch die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings Zurückhaltung aufzuerlegen (vgl. u.a. Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Online-Stand 20. Oktober 2013, Art. 310 N 10). Für das Berufungsverfahren gilt die Novenbeschränkung nach Art. 317 Abs. 1 ZPO.

Im Entscheid über die Berufung ist auf die erhobenen Rügen einzugehen. Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht indes nicht dazu, sich

mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BK ZPO-Hurni, Art. 53 N 60 f.). Nachfolgend ist daher nur insoweit auf die Parteivorbringen (und auf die eingereichten Unterlagen) einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

2. Da die vorliegende Berufung rechtzeitig, schriftlich und mit einer Begründung erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO) und auch der Vorschuss geleistet wurde und der Streitwert die Fr. 10'000.– gemäss Art. 308 Abs. 2 lit. b ZPO ohne Weiteres übersteigt, ist auf die Berufung als solche grundsätzlich einzutreten soweit sich im Rahmen der weiteren Erwägungen nicht im Einzelnen noch Vorbehalte ergeben.

III.

1. Die Eröffnung eines Testaments ist, wie auch die (gestützt darauf erfolgte) Benachrichtigung des Willensvollstreckers, ein Akt der freiwilligen bzw. (ev. etwas besser verständlich) der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit nach § 137 (lit. c) GOG (vgl. zum Ganzen Feller/Bloch in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. Aufl. 2013, Art. 19 N 5 ff. m.w.H.). Es handelt sich dabei nicht um eine "richterliche" Tätigkeit sondern viel mehr um einen Akt administrativer Natur, also eine Art Verwaltungshandlung, deren Ausführung im Kanton Zürich den Einzelgerichten zugewiesen ist (vgl. auch § 24 lit. c GOG, wo von Angelegenheiten – im Unterscheid zu Streitigkeiten – die Rede ist). Dabei gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung (Art. 248 lit. e ZPO i.V.m. den §§ 24 lit. c und 137 lit. c GOG).

Die Testamentseröffnung nach Art. 556 ff. ZGB dient der Bekanntgabe des Testamentsinhaltes an die betroffenen Personen und der Einräumung einer Kontrollmöglichkeit an letztere, um sich vom Inhalt und Zustand der Urkunde selbst ein Bild machen zu können. Das eröffnende Gericht hat zu prüfen, ob alle eingelieferten Dokumente nach ihrem Inhalt als eroffnungsfahige Willenserklärungen des

Erblassers von Todes wegen erscheinen. Liegt nach Ansicht des Gerichtes ein letztwillige Verfügung vor, hat es eine vorläufige Prüfung und Auslegung (z.B. des Testaments) vorzunehmen. Im Hinblick auf die nach Art. 559 ZGB an die eingesetzten Erben auszustellende Erbbescheinigung hat das Gericht insbesondere zu bestimmen, wer nach dem Wortlaut (z.B.) des Testaments prima facie als Berechtigter in Frage kommt. Das Gericht hat unabhängig vom Inhalt des Testaments die (gesetzlichen und allenfalls eingesetzten) Erben zu ermitteln. Ebenso hat das Gericht gestützt auf Art. 517 Abs. 2 ZGB gegebenenfalls einen Willensvollstrecker vom Auftrag des Erblasser zu unterrichten. Die zu diesem Zweck allenfalls nötige Auslegung des Testaments hat aber immer nur provisorischen, unpräjudiziellen Charakter. Über die formelle und materielle Gültigkeit der letztwilligen Verfügung und die definitive Ordnung der materiellen Rechtsverhältnisse befindet das Eröffnungsgericht nicht; dies bleibt im Streitfall dem anzurufenden ordentlichen Gericht vorbehalten. Bei der (provisorischen) Eröffnung muss das Eröffnungsgericht nach billigem Ermessen auf den soweit erkennbar wahren Willen des Erblassers abstellen (ZR 82 (1983) Nr. 66 S. 171 f.). Es ist dabei vom Wortlaut (z.B.) des Testamentes auszugehen. Ergibt dieser für sich selber betrachtet ein eindeutiges Ergebnis, so hat es bei dieser Aussage zu bleiben, anderenfalls ist eine Auslegung erforderlich. Massgebend bleibt immer der Wille des Erblassers, wie er in der letztwilligen Verfügung zum Ausdruck kommt, und nicht, wie er von einem Adressaten verstanden werden könnte (vgl. u.a. BGE 120 II 182 E. 2.a m.w.H.). Wenn mehr als eine letztwillige Verfügungen eingereicht wird und die Verfügungen des Erblassers verschiedene Anordnungen beinhalten, stellt sich für die Eröffnungsbehörde regelmässig die Frage, auf welche Verfügung abzustellen ist. So liegt etwa der Ausstellung der Erbbescheinigung stets ein Entscheid darüber zugrunde, wer prima facie als am Nachlass berechtigt erscheint. Auch dieser Entscheid ist provisorischer Natur. Er steht unter dem Vorbehalt der erbrechtlichen Klagen (vgl. BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 4. Auflage 2011, Art. 559 N 3, 45).

Da somit im Rahmen der Eröffnung eines Testamentes grundsätzlich kein materielles Recht entschieden wird (Karrer, a.a.O., Vor Art. 551-559 N 10), prüft die Kammer nach ständiger Praxis im Rechtsmittelverfahren auch lediglich, ob das Einzelgericht bei der Testamentseröffnung in diesem beschränkten Rahmen (be-

züglich der sich stellenden Auslegungs- und Wertungsfragen) zutreffend verfahren ist (vgl. OGer ZH, LF110058 vom 14. Juli 2011 E. 2.2 und LF110047 vom 27. Juli 2011 E. 3.2, zugänglich über www.gerichte-zh.ch, Rubrik: Entscheide). Dies bedeutet, dass die Kammer nur überprüfen kann, ob die Vorinstanz für die *Eröffnung* eines Testaments oder einer anderen letztwilligen Verfügung die gesetzlichen Regeln im Zusammenhang mit Art. 557 ZGB eingehalten hat.

2. Im angefochtenen Urteil vom 16. Dezember 2013 erwog die Vorinstanz zutreffend, allfällige erbrechtliche Klagen (z.B. betreffend Erbteilung, Herabsetzung, Ungültigkeit von Testamenten etc.) seien nicht durch das Einzelgericht in Erbschaftssachen oder die Berufungsinstanz zu behandeln, sondern durch die ordentlichen Gerichte. Sie stelle daher als Eröffnungsbehörde grundsätzlich einzig fest, was der Erblasser inhaltlich in seinen letztwilligen Verfügungen bestimmt habe und zwar ungeachtet der Frage, ob die zwingenden Bestimmungen des Zivilgesetzbuches, namentlich die Vorschriften betreffend die Form (Art. 505 ZGB) eingehalten worden seien. Weiter hielt die Vorinstanz fest, dass der Erblasser in seinem (nachträglich eingereichten) Testament vom 25. Oktober 2012 sein früheres bei Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____ errichtetes Testament aufgehoben und Teilungsvorschriften erlassen, jedoch ebenfalls C. _____ und A. _____ als Erben eingesetzt und B. _____ auf den Pflichtteil gesetzt habe. Der Erblasser habe in seinem – nunmehr aufgehobenen – eigenhändigen Testament vom 18. Mai 2011 Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____ zum Willensvollstrecker ernannt. Dazu äussere sich das zweite und jüngere Testament nicht ausdrücklich, weshalb – in einer dem summarischen Eröffnungsverfahren entsprechenden vorläufigen Auslegung – zu vermuten sei, dass der Erblasser die Einsetzung eines Willensvollstreckers nicht habe widerrufen wollen. Es sei daher von der bereits erfolgten Mandatsübernahme durch den Willensvollstrecker Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____ (erneut) Vormerk zu nehmen (vgl. act. 3 = act. 7 = act. 9, je S. 3 ff.).

3. Der Berufungskläger beantragt primär: "Das Urteil vom 16. Dezember 2013 sei aufzuheben, mindestens dessen Ziffer 2." Damit fragt sich, welcher Inhalt des vorinstanzlichen Entscheides überhaupt eine Rechtswirkung entfaltet, die aufgehoben werden könnte und inwiefern der Berufungskläger (als Initiator des vor-

instanzlichen Testamentseröffnungsverfahrens) dies auch tatsächlich beabsichtigt:

3.1 Gemäss Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheides wird den Beteiligten je eine Fotokopie der eingereichten Kopie des Testaments vom 25. Oktober 2012 zugestellt und die eingereichte Kopie bleibt im Gerichtsarchiv aufbewahrt. Dies ist genau das, was der Berufungskläger beabsichtigte, denn er selber reichte der Vorinstanz diese Testamentskopie zur Eröffnung ein. Er bringt auch in der Berufungsbegründung nichts vor, was diesbezüglich einen anderen Schluss nahelegen würde.

3.2 In Dispositivziffer 2 nimmt die Vorinstanz davon Vormerk, dass Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____ das Mandat als Willensvollstrecker bereits angenommen hat. Diese Vormerknahme stört den Berufungskläger offensichtlich, denn er ist – im Unterschied zur Vorinstanz und den Berufungsbeklagten – der Auffassung, dass aufgrund des jüngsten Testamentes vom 25. Oktober 2012 das Willensvollstreckermandat von Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____ nicht (mehr) bestehe.

Die Vorinstanz stufte die Testamente vom 18./19. Mai 2011 und vom 25. Oktober 2012 – zutreffend (auch wenn die Berufungsbeklagte 1 anderer Auffassung zu sein scheint, act. 20 S. 2) – als zu eröffnende letztwillige Verfügungen des Erblassers ein. Angesichts der Diskrepanz zwischen dem Wortlaut der erwähnten Testamente (betr. den Willensvollstrecker) hatte die Vorinstanz, im Sinne eines prima facie-Entscheids, auf die eine oder auf die andere Verfügung abzustellen. Es kann auch auf das zuvor zum Wesen der Testamentseröffnung Gesagte verwiesen werden, wonach die Vorinstanz nicht etwa den Willensvollstrecker einsetzt. Die Formulierung "Es wird davon Vormerk genommen, dass" im Dispositiv, entfaltet auch keine materielle Rechtskraft bezüglich dem Willensvollstreckermandat sondern wiederholt lediglich die Annahmeerklärung von Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____ bezüglich dem Willensvollstreckermandat gemäss dem Testament vom 18. bzw. 19. Mai 2011 in etwas amtlicherer Form. Doch hat das Vorgehen der Vorinstanz regelmässig zur Folge, dass dem Willensvollstrecker gestützt auf seine vorgemerkte Annahmeerklärung auf erstes Verlangen ein Willensvollstreckerzeugnis ausgestellt wird. So geschah es auch in der heute zu beurteilenden Erb-

schaftssache (act. 5/10a). Dieses gerichtliche Willensvollstreckerzeugnis ermöglicht es dem Willensvollstrecker tätig zu werden und sich über seine Befugnisse auszuweisen. Käme das eröffnende Gericht im Rahmen der Eröffnung einer später eingereichten letztwilligen Verfügung des Erblassers zum Schluss, dass keine Grundlage für ein Willensvollstreckermandat mehr bestünde, hätte es folgerichtig ein bereits ausgestelltes Willensvollstreckerzeugnis zu widerrufen und den "ehemaligen" Willensvollstrecker (allenfalls sogar unter Strafandrohung) zur Rückgabe sämtlicher Exemplare des Willensvollstreckerzeugnisses zu verpflichten. Auch wenn also Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____ durch besagte Dispositivziffer nicht formell als Willensvollstrecker des Erblassers eingesetzt wird und die Vormerknahme durch die Vorinstanz keinerlei Rechtskraft entfaltet, muss sich der Berufungskläger wegen den genannten Folgen ohne Umwege gegen einen möglichen diesbezüglichen Fehler der Vorinstanz wehren können. Den Berufungskläger trotz eines allfälligen Fehlers der Vorinstanz (natürlich im Bewusstsein um deren beschränkte Prüfungsbefugnis in Fällen wie diesem) z.B. durch die Verneinung eines schützenswerten Interesses auf den Weg einer ordentlichen Klage zu verweisen, erscheint in vorliegender Konstellation deshalb nicht angebracht.

Das jüngste Testament vom 25. Oktober 2012 erwähnt ein allfälliges Willensvollstreckermandat an Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____ nicht. Im Ingress enthält es die ohne Weiteres verständliche Formulierung: "Mein bisheriges Testament bei Herrn Dr. jur. D. _____ ... [Adresse] ist nicht mehr gültig." Damit kann – anderes bringen auch die Berufungsbeklagten nicht vor – nur das von Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____ eingereichte Testament vom 18. bzw. 19. Mai 2011 gemeint sein, welches auch dessen Ernennung zum Willensvollstrecker enthält. Eine bloss beschränkte Aufhebung dieses früheren Testaments ist nicht erwähnt.

Das von der Berufungsbeklagten 2 in diesem Zusammenhang vorgebrachte Konzept des Widerrufs des Widerrufs (act. 17 S. 4) ist ein juristisch interessanter Gedanke, überzeugt im Resultat jedoch nicht. Der Erblasser hat an den Ehe- und Erbvertrag mit seiner Gattin eine letztwillige Verfügung (allein seinerseits) angehängt, worin er Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____ zu seinem Willensvollstrecker ernannte. Diese Anordnung (und allfällige weitere letztwillige Verfügungen) hat der

Erblasser in Ziff. 1 des eigenhändigen Testamentes vom 18. bzw. 19. Mai 2011 – entgegen der Auffassung des Berufungsbeklagten 3 (act. 22 S. 9) – ohne Einschränkung aufgehoben. Diese zweite letztwillige Verfügung hat der Erblasser wiederum im Ingress des jüngsten Testamentes vom 25. Oktober 2012 ausdrücklich und ebenfalls ohne Einschränkung aufgehoben. Damit gilt (prima-facie und im Sinne der hier vorzunehmenden provisorischen Beurteilung) nur noch das jüngste Testament vom 25. Oktober 2012. Der Inhalt dieses jüngsten Testamentes ist bezüglich des fraglichen Willensvollstreckermandates im Rahmen einer summarischen Prüfung weder unklar (und somit auch nicht auslegungsbedürftig) noch liegt der Schluss nahe, es sei lediglich eine Ergänzung zu einem früheren Testament des Erblassers. Gemäss der eindeutigen Wortwahl des Erblassers gilt das ganz frühere Testament nicht mehr. Die Vorinstanz gelangte zu einer anderen Auffassung und nahm deshalb in Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheides (erneut) Vormerk von der Annahme des Willensvollstreckermandates durch Rechtsanwalt Dr. iur. D._____. Aufgrund des unmissverständlichen Wortlautes besteht kein Interpretationsspielraum und die vorinstanzliche und von den Berufungsbeklagten getragene Vermutung, der Erblasser habe die Einsetzung eines Willensvollstreckers nicht widerrufen, sondern entgegen dem Wortlaut des jüngsten Testamentes weiterhin gelten lassen wollen (vgl. act. 3 = act. 7 = act. 9, je E. VI), überzeugt nicht. Daran ändert auch die aufgezeigte beschränkte Auslegungsbefugnis der Vorinstanz nichts. Die Vorinstanz hätte folglich (provisorisch) von einer Aufhebung (auch) des Willensvollstreckermandates ausgehen und das an Rechtsanwalt Dr. iur. D._____ bereits ausgestellte Willensvollstreckerzeugnis widerrufen müssen. Dies ist nun nachzuholen.

Zu den verschiedenen Vorbringen der Parteien zu den (möglichen) Hintergründen und Vorgängen, welche zur Einreichung bzw. Nicht-Einreichung des jüngsten Testamentes geführt haben sollen, zur Vertrauenswürdigkeit der an vorliegendem Verfahren beteiligten Personen bzw. zu ihrer jeweiligen Beziehung zum Erblasser (etc.) sind keine Weiterungen angezeigt, da die gemachten Ausführungen zur Beurteilung des hier relevanten Sachverhaltes nichts massgebliches beitragen.

3.3 In Dispositivziffer 3 nimmt die Vorinstanz davon Vormerk, dass mit Datum vom 2. April 2013 (im Verfahren EM130117-M) bereits ein Erbschein lautend auf die gesetzlichen Erben (vgl. vorstehend I.1) ausgestellt wurde. Auch diese Vormerknahme entfaltet keine materiell rechtliche Wirkung bezüglich der Erbenstellung der damit angesprochenen Personen (welche im Übrigen nach beiden Testamenten dieselben sind) und zieht auch sonst keine unmittelbaren Rechtsfolgen nach sich. Zudem führt der Berufungskläger selbst – trotz seinem eingangs erwähnten Aufhebungsantrag – in der Berufungsbegründung nichts an, was sich auf besagte Dispositivziffer bezieht. Folglich ist seinem diesbezüglichen Berufungsantrag nicht zu entsprechen, soweit überhaupt von einer genügenden Begründung des Antrags auszugehen ist.

3.4 Mit Dispositivziffer 4 schrieb die Vorinstanz das Verfahren ab und hielt fest, dass die Regelung des Nachlasses Sache des Willensvollstreckers sei. Auch gegen das Abschreiben des Testamentseröffnungsverfahrens als solches dürfte der Berufungskläger wohl nichts einzuwenden haben, weshalb auch diesbezüglich keine Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides angebracht ist.

Die Formulierung *"Die Regelung des Nachlasses ist Sache des Willensvollstreckers"* ist nach dem Ausgeführten selbstredend hinfällig. Am Rande sei dazu das Folgende angefügt: Die Formulierungspraxis der Bezirksgerichte ist unterschiedlich. So liest man etwa auch "Die Erteilung ist Sache des Willensvollstreckers." oder "Der Willensvollstrecker hat den Auftrag angenommen und steht somit, da der Erblasser etwas anderes nicht verfügt hat, in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters (Art. 518 ZGB). Er hat den Willen des Erblassers zu vertreten und ist insbesondere beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes (Art. 610 ff. ZGB) auszuführen."

Das Gesetz sagt, der Willensvollstrecker stehe "in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters" und er habe "die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen" (Art. 518 ZGB). Daraus wurde bis in die Mitte des vorigen Jahrhunderts geschlos-

sen, der Willensvollstrecker habe eine eigene und gegenüber den Erben durchsetzbare Kompetenz zur Anordnung der Teilung (BK-Tuor, 2. Aufl. 1952, Art. 518 N. 6: namentlich bilde der Willensvollstrecker die Lose und entscheide er über die Veräusserung oder Zuweisung zusammen gehörender Sachen, solle aber doch übereinstimmenden Wünschen der Erben sich fügen; ZK-Escher/Escher, 3. Aufl. 1959, Art. 518 N. 17, immerhin unter Hinweis darauf, dass die Materialien nicht klar seien, und der Willensvollstrecker "gut daran tun" werde, sich mit den Erben zu verständigen). Bereits im Jahr 1976 entschied das Bundesgericht allerdings anders: Die Ansicht der Kommentatoren sei "mit dem Gesetz nicht zu vereinbaren". Nach Art. 634 ZGB könne die Teilung nur durch Abschluss eines schriftlichen Teilungsvertrages unter den Erben oder in der Form der Realteilung vollzogen werden; eine Teilung durch den Willensvollstrecker gebe es nicht (BGE 102 II 202). Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl. 2009, scheinen zwar anzunehmen, es bleibe dem Willensvollstrecker eine Befugnis zum autoritativen Teilen, wenn sich die Erben nicht einig sind (§ 82 N. 7), setzen sich damit allerdings über die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts hinweg. Dem gegenüber gesteht BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 4. Aufl. 2011, dem Willensvollstrecker nur die Pflicht und Kompetenz zu, die Teilung vorzubereiten und nach Abschluss des Teilungsvertrages zu vollziehen; die Erbteilung selbst sei Sache der Erben oder des Richters (Art. 518 N. 52). Der Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Künzle, 2. Aufl. 2012, formuliert knapp "Erbteilung ist Sache der Erben" und weist auf die Befugnis und Pflicht des Willensvollstreckers hin, den von den Erben unterzeichneten Vertrag zu vollziehen (Art. 517-518 N. 54 und 60). Der Praxiskommentar Erbrecht-Christ/Eichner differenziert zwischen dem vom Willensvollstrecker vorzulegenden Vorschlag und dem Akt der Teilung, welchen der Willensvollstrecker nicht vornehmen kann (Art. 518 N. 76 ff. und N. 79), und Guinand/Stettler, Droit Civil II, referieren ohne Weiteres den zitierten Entscheid des Bundesgerichts (Rz. 441: "l'exécuteur testamentaire n'a pas la compétence de signer lui-même l'acte de partage censé lier les héritiers"). Der Kammer ist aus der jüngeren Vergangenheit kein Fall bekannt, wo ein Willensvollstrecker in eigener Kompetenz die Teilung vorgenommen hätte

(und wenn das vorkäme, müsste es wohl ab und zu auch entsprechende Beschwerden geben).

In dieser Situation ist der erwähnte Text (bzw. die erwähnten weiteren Beispiele) mindestens missverständlich wenn nicht unrichtig. Ein Laie als Willensvollstrecker oder Laien als Erben werden daraus mit grosser Wahrscheinlichkeit das lesen, was gerade nicht gilt: dass der Willensvollstrecker eine eigene Kompetenz zum Teilen der Erbschaft habe. Die mitunter anzutreffende Klammerbemerkung "nach Vorschrift des Gesetzes (Art. 610 ff. ZGB)" hilft kaum oder vergrössert sogar die Verwirrung. Zwar steht der Art. 634 ZGB, welcher als Möglichkeiten der Teilung (nur) den Vertrag oder die Realteilung nennt, durchaus nach dem Art. 610 und damit im Bereich der "Art. 610 ff.". Systematisch betrifft der Verweis aber einzig die "Durchführung der Teilung" (1. Gleichberechtigung der Erben, 2. Bildung von Losen, 3. Zuweisung und Verkauf einzelner Sachen: das Letztere kann der Willensvollstrecker gerade nicht selber bestimmen) als Unterabschnitt im Abschnitt "Die Teilungsart" (Art. 607 ff.), und Art. 634 ZGB findet sich erst im übernächsten Abschnitt ("Abschluss und Wirkung der Teilung"). Es wäre deshalb wünschenswert, wenn der formalisierte Hinweis in den Entscheiden der Einzelgerichte entweder ganz unterbliebe oder aber klar stellte, dass der Willensvollstrecker (entgegen einem ersten Anschein bei der Lektüre von Art. 518 Abs. 2 ZGB) die Erbteilung nicht selber vornehmen kann. Das Obergericht hat dazu allerdings keine konkrete Formulierung vorzuschreiben.

3.5 Der Berufungskläger verlangt mit seinem Berufungsantrag sinngemäss auch die Aufhebung der vorinstanzlichen Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (sowie eigentlich auch des Mitteilungssatzes und der Rechtsmittelbelehrung), erwähnt diese aber in der Berufungsbegründung mit keinem Wort. Da sich auch nach den vorgenannten Erwägungen diesbezügliche keine Änderung aufdrängt, bleibt es bei der von der Vorinstanz getroffenen Regelung.

4. Anhaltspunkte für die Anordnung einer Erbschaftsverwaltung direkt durch die Kammer – soweit die Kammer dafür überhaupt zuständig bzw. ein solcher Antrag noch möglich wäre (Art. 317 ZPO) – sind nicht ersichtlich. Ebenso ist aufgrund des Vorgebrachten keine Verzeigung der Berufungsbeklagten 1-3 durch die

Kammer angezeigt. Den diesbezüglichen Begehren des Berufungsklägers ist daher nicht zu entsprechen.

5. Zusammengefasst sind deshalb die Berufungsbegehren 1 (zweiter Satzteil) und 2 gutzuheissen und die weiteren Begehren des Berufungsklägers sind abzuweisen, soweit nach dem Gesagten überhaupt darauf eingetreten werden kann.

IV.

1. Die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens sind von Amtes wegen festzusetzen (Art. 105 Abs. 1 ZPO) und nach dem Verfahrensausgang zu verteilen (Art. 106 ZPO). Grundlage für die Festsetzung der Gebühren nach dem kantonalen Tarif (Art. 96 und Art. 105 Abs. 2 ZPO) bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse sowie der Zeitaufwand des Gerichts bzw. des Rechtsvertreters und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 GebV OG bzw. § 2 AnwGebV). Im Rechtsmittelverfahren bestimmt sich der Streitwert nach den Anträgen im Rechtsmittelverfahren (§ 12 Abs. 2 GebV OG bzw. § 13 Abs. 1 AnwGebV).

2. Der Berufungskläger obsiegt mit seinen offenbaren Hauptanliegen (betreffend den Willensvollstrecker) und unterliegt mit mehreren weiteren Berufungsanträgen, womit von einem rund hälftigen Obsiegen/Unterliegen auszugehen ist. Damit haben die Parteien nach Art. 106 Abs. 1 ZPO je die Hälfte der Gerichtskosten für das Rechtsmittelverfahren zu tragen und die Parteientschädigungen sind wett zu schlagen. Das Interesse der Beteiligten "ruht letztlich im Vermögensrecht", wie sich das Bundesgericht ausdrückt (BGE 118 II 528). Hingegen geht das Rechtsbegehren nicht auf Geldzahlung (Art. 91 Abs. 2 ZPO). Insbesondere ist der Erbenspruch des Berufungsklägers an sich nicht streitig. Es geht vielmehr einerseits darum, ob er selber bei der Verwaltung der Erbschaft (für welche auf dem Deckblatt des Dossiers EL130205 ein Steuerwert von Fr. 742'000.– angegeben wird) mitwirken kann oder ob das einem Willensvollstrecker obliegt, und andererseits um dessen Honorar. Eine Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– erweist sich demnach den Gegebenheiten und dem Aufwand des Rechtsmittelverfahrens als angemessen. Der vom Berufungskläger geleistete Kostenvorschuss (act. 13) ist

zur Kostentilgung heranzuziehen und die Berufungsbeklagten sind ihm gegenüber zum Ersatz der Hälfte des Vorschusses zu verpflichten.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, und Ziff. 2 sowie der zweite Satz von Ziff. 4 im Dispositiv des angefochtenen Entscheides werden aufgehoben.

Das Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____ von der Vorinstanz betreffend den vorgenannten Nachlass ausgestellte Willensvollstreckerzeugnis wird widerrufen, und Rechtsanwalt Dr. iur. D. _____ wird verpflichtet, sämtliche Exemplare des Willensvollstreckerzeugnisses betreffend den vorgenannten Nachlass umgehend an die Vorinstanz zu retournieren.

2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 16. Dezember 2013 (EL130205-M) bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und aus dem Kostenvorschuss des Berufungsklägers bezogen. Die Berufungsbeklagten 1-3 werden solidarisch verpflichtet, dem Berufungskläger die Hälfte des von ihm geleisteten Vorschusses, nämlich Fr. 1'000.–, zu ersetzen.
5. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen festgesetzt.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage je eines Doppels von act. 17, 20 und 22, sowie an das Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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

7. 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 beträgt mehr als Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: