

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF160012-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

## Urteil vom 10. März 2016

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von B.\_\_\_\_\_, geboren am tt. April 1939, von ... BE, gestorben am tt.mm.2015, wohnhaft gewesen ... [Adresse],

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 25. Januar 2016 (EL150361)

**Rechtsbegehren (act. 3/2 i.V.m. act. 5):**

"Es sei auf den Schreibenden ein Willensvollstreckerzeugnis auszustellen"

**Verfügung des Einzelgerichtes in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes  
Horgen vom 25. Januar 2016 (act. 11):**

1. Das Gesuch von A.\_\_\_\_\_ auf Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses auf seinen Namen wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 500.00 und A.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], auferlegt.
- 3./4. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel

**Berufungsanträge:**

des Berufungsklägers (act. 12):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 25. Januar 2016 (...) aufzuheben;
2. Es sei dem Berufungskläger ein Willensvollstreckerzeugnis im rubrizierten Nachlass auszustellen;
3. Eventualiter: Es sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (einschliesslich MWST) zu Lasten der Staatskasse."

### **Erwägungen:**

1. a) Am tt.mm.2015 verstarb der zuletzt in C.\_\_\_\_\_ wohnhaft gewesene B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Erblasser) (act. 1/2). Am 17. Dezember 2015 reichte Rechtsanwalt lic. iur. A.\_\_\_\_\_ eine eigenhändige letztwillige Verfügung des Erblassers vom 12. September 2010 mit Nachtrag vom 27. Mai 2013 beim Bezirksgericht Horgen offen zur amtlichen Eröffnung ein (act. 3/1-2 und act. 3/7-8). Im Formular "Testamentsabgabe" sowie im Begleitschreiben erklärte Rechtsanwalt lic. iur. A.\_\_\_\_\_ das Willensvollstreckermandat anzunehmen und verlangte nebst der Erbbescheinigung für die Alleinerbin die Ausstellung des Willensvollstreckerzeugnisses (act. 3/1 S. 1 und act. 3/2 S. 2). Mit Schreiben vom 18. Januar 2016 ersuchte das Einzelgericht Rechtsanwalt Dr. D.\_\_\_\_\_, unter Hinweis auf das Testament vom 12. September 2010 von B.\_\_\_\_\_ mit der verfügten Einsetzung von Rechtsanwalt A.\_\_\_\_\_ und Dr. D.\_\_\_\_\_ als Willensvollstrecker, um Mitteilung betreffend Annahme des Auftrages (act. 4 S. 1). In der Folge erhielt das Gericht eine abschlägige Antwort (act. 4 S. 2).
  
- b) Mit Verfügung vom 25. Januar 2016 wies das Einzelgericht des Bezirksamtes Horgen das Gesuch von A.\_\_\_\_\_ auf Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses auf dessen Namen ab (act. 11). Es begründete dies mit dem Wortlaut des Testamentes, der die Anordnung einer Kaskade beinhaltet, die in Anwendung der Auslegungsregeln für Verfügungen von Todes wegen so zu verstehen sei (act. 11 S. 3), dass erstens E.\_\_\_\_\_ sowie A.\_\_\_\_\_ als Willensvollstrecker beauftragt würden und zweitens, für den Fall, dass einer der zwei beauftragten Willensvollstrecker das Amt nicht übernehmen könne oder weg falle, an dessen Stelle D.\_\_\_\_\_ trete. Daraus folgert die Vorinstanz, dass immer zwei Personen mit der Vollstreckung des Willens des Erblassers beauftragt seien (act. 11 S. 3). Da der Wortlaut der letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 12. September 2010 – so die Vorinstanz – in Bezug auf die Anordnung der Vollstreckung seines Willens

klar sei und in Anwendung der Eindeutigkeitsregel somit einzig vom Wortlaut auszugehen sei, verbleibe kein Raum für weitere Interpretationen und der Einwand von A.\_\_\_\_\_, wonach die letztwillige Verfügung des Erblassers vom 12. September 2010 mit einem Textpassus zu ergänzen sei, scheitere an der Eindeutigkeitsregel. Ausserdem falle eine Auslegung der letztwilligen Verfügung des Erblassers nach dem Verständnis des Auslegungsempfängers (A.\_\_\_\_\_) ausser Betracht (act. 11 S. 4-5).

Die Vorinstanz kam zum Schluss, es lasse sich nicht mit dem Willen des Erblassers vereinbaren, dass zufolge des Vorversterbens von F.\_\_\_\_\_ am tt.mm.2015 und Ablehnung des Auftrages durch D.\_\_\_\_\_ nur noch eine Person, die in der letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 12. September 2010 mit der Vollstreckung des Willens des Erblassers beauftragt wurde, das Mandat angenommen habe. Der Wortlaut der letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 12. September 2010 bringe klar zum Ausdruck, dass immer zwei Personen mit der Vollstreckung des Willens des Erblassers beauftragt sein müssten, weshalb kein Willensvollstrecker gültig ernannt sei (act. 11 S. 5).

2. a) Mit Eingabe vom 8. Februar 2016 erhob Rechtswalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ namens A.\_\_\_\_\_s Berufung gegen die Verfügung des Einzelgerichtes vom 25. Januar 2016 mit oben aufgeführten Anträgen (act. 12). Mit Verfügung vom 15. Februar 2016 wurde dem Berufungskläger ein Kostenvorschuss auferlegt (act. 16), der rechtzeitig geleistet wurde (act. 18 i.V.m. act. 16 und act. 17).

b) In der Rechtsschrift wurde u.a. geltend gemacht, im Ergebnis sei die vom Testator niedergeschriebene Anordnung aus sich selbst heraus zunächst nicht klar. Die Unklarheit beruhe auf einem offensichtlichen Versehen des Testators beim Abschreiben der damaligen Vorlage, welche er – der Berufungskläger – instruktions- und wunschgemäss für den Erblasser vorbereitet habe (act. 12 S. 5). Demzufolge seien die ausserhalb der Testamentsurkunde liegenden Elemente für die Auslegung der in Frage stehenden Willensvollstreckereinsatz heranzuziehen. Durch Beiziehung der ursprünglichen

Testamentsvorlage und unter Berücksichtigung der vorstehend beschriebenen weiteren Umstände werde das versehentliche Weglassen eines Textpassus durch den Erblasser offenkundig. Gleichzeitig erhelle die erwähnte Testamentsvorlage den wirklichen Willen des Erblassers, nämlich,

- in erster Linie würden E. \_\_\_\_\_ und A. \_\_\_\_\_ gemeinsam als Willensvollstrecker eingesetzt;
- für den Fall, dass einer der beiden das Amt nicht übernehmen könne oder im Laufe der Amtsführung wegfalle, solle der andere das Amt alleine weiterführen;
- für den Fall, dass beide ersternannten Willensvollstrecker das Amt nicht übernehmen könnten oder wegfielen, solle D. \_\_\_\_\_ als Ersatzwillensvollstrecker das Amt übernehmen.

Zu würdigen sei bei der vorliegenden Auslegungsfrage sodann auch der Umstand, dass es hier – im Gegensatz zu den meist höchstrichterlich beurteilten Fällen – nicht darum gehe, welcher Person eine Erbschaft oder ein Vermächtnis zgedacht sei, sondern um die Person des (ansonsten nicht bedachten) Willensvollstreckers. Dass es im vorliegenden Fall der klare Wille des Erblassers gewesen sei, einen Willensvollstrecker einzusetzen, sei aufgrund des Vorstehenden zweifelsfrei erstellt und habe auch die Vorinstanz erkannt. Nachdem E. \_\_\_\_\_ bzw. F. \_\_\_\_\_ am tt.mm.2015 verstorben sei, entspreche die Übernahme des Willensvollstreckermandates durch den Berufungskläger alleine dem wirklichen Willen des Erblassers (act. 12 S. 8).

3. a) 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. ZK ZPO-Feller/Bloch, 2. Auflage, 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).

b) Beim Entscheid, ob dem Beschwerdeführer ein Willensvollstreckerzeugnis ausgestellt werden soll, hat der Vorderrichter eine vorläufige und unpräjudizielle Prüfung der letztwilligen Verfügung ohne materiell-rechtliche Wirkung vorzunehmen. Dazu hat das Gericht das Testament provisorisch auslegen. Die definitive Auslegung des Testamentes bleibt dem ordentlichen Richter vorbehalten (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 5. Auflage, Vor Artikel 551-559 N 10 und Art. 557 N 10). Auch bei der provisorischen Auslegung muss das Eröffnungsgericht jedoch nach billigem Ermessen entscheiden und - soweit erkennbar - auf den wahren Willen des Erblassers abstellen (ZR 82 Nr. 66). Dabei ist in erster Linie zu ermitteln, was der Erblasser unter der im Testament enthaltenen Verfügung nach den konkreten Umständen subjektiv verstand und was er mit ihr wollte. Die Berücksichtigung ausserhalb der Testamentsurkunde liegender Beweismittel zur Ermittlung des wirklichen Willens des Erblassers erfolgt grundsätzlich durch das (im Streitfall angerufene) ordentliche Gericht. Die Berufungsinstanz prüft lediglich, ob das Eröffnungsgericht in diesem beschränkten Rahmen zutreffend verfahren ist (vgl. OGer ZH, LF130079 vom 27. Mai 2014 Erw. 2.1).

4. a) Jede mündliche oder schriftliche Äusserung ist auslegungsbedürftig, auch eine formbedürftige. Allerdings gilt die Vermutung, dass Gewolltes und Gesagtes übereinstimmen. Der Wortlaut ist primäres Auslegungsmittel, zusammen mit dem systematischen Zusammenhang, der "inneren Logik" bzw. der erkennbaren "Leitidee" der Anordnung (BSK ZGB II-Breitschmid, 5. Auflage, Art. 469 N 22 mit Hinweisen). Das Testament als einseitiges Rechtsgeschäft ist nach dem Willensprinzip auszulegen. Zweck und Aufgabe der Auslegung des Testamentes ist demnach immer die Ermittlung des wahren (wirklichen) Willens des Erblassers (BGE 131 III 106 E 1.1, 1.2; BSK ZGB II-Breitschmid, 5. Auflage, Art. 469 N 3 und 24 mit Hinweisen). Daher ist unter

anderem auch auf den dem Erblasser oder seinem Milieu üblichen Sprachgebrauch und auf seinen Bildungsgrad abzustellen.

b) Im Testament vom 12. September 2010 widerrief der Erblasser sämtliche früheren letztwilligen Verfügungen und Nachträge samt Abänderungen, legte Vermächtnisse fest und setzte seine Schwester als Alleinerbin ein. Unter Ziffern 5-6 führte er Folgendes aus (act. 3/7):

"5. Willensvollstrecker

Mit der Willensvollstreckung beauftrage ich E.\_\_\_\_\_, derzeit wohnhaft ..., sowie Rechtsanwalt A.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1963, von Basel und Emmen, von der Anwaltskanzlei ..., ... . Kann einer der beiden Willensvollstrecker das Amt nicht übernehmen oder fällt er im Laufe der Amtsführung aus, soll der andere Willensvollstrecker (Kanzleipartner) von A.\_\_\_\_\_, Rechtsanwalt Dr. D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1964, von Trun, das Amt ausführen.

6. Hinterlegung

Dieses Testament wird im Original bei der vorerwähnten Anwaltskanzlei ... Rechtsanwälte hinterlegt.

Im Falle meines Ablebens sind die Willensvollstrecker beauftragt, die Eröffnung meines Testamentes zu veranlassen."

Im Nachtrag vom 27. Mai 2013 zu diesem Testament hielt er u.a. Folgendes fest (act. 3/8):

"4. Erbeinsetzung

Von der eingesetzten Erbin, meiner Schwester ..., erwarte ich, dass sie nach meinem Ableben mit dem allfälligen Verkauf meiner Liegenschaften in St. Gallen und C.\_\_\_\_\_[...] mindestens 36 Monate zuwartet.

Die von mir eingesetzten Willensvollstrecker sollen die Einhaltung dieser Wartefrist überwachen und gegebenenfalls durchsetzen.

Im Übrigen gilt mein Testament vom 12.09.2010 unverändert weiter."

c) Aus dem Testament vom 12. September 2010 geht klar hervor, dass der Erblasser primär zwei Willensvollstrecker einsetzte, nämlich A.\_\_\_\_\_ und

E.\_\_\_\_\_ (recte: F.\_\_\_\_\_ [Bruder von E.\_\_\_\_\_], vgl. act. 3/6). Auch im Nachtrag vom 27. Mai 2013 geht der Erblasser von mehreren Willensvollstreckern aus. Für den Fall, dass einer dieser beiden Willensvollstrecker wegfällt, hat der Erblasser im Testament vom 12. September 2010 wie folgt verfügt: "Kann einer der beiden Willensvollstrecker das Amt nicht übernehmen oder fällt er im Laufe der Amtsführung aus, soll der andere Willensvollstrecker (Kanzleipartner) von A.\_\_\_\_\_, Rechtsanwalt Dr. D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1964, von Trun, das Amt ausführen." "Der andere Willensvollstrecker" in Verbindung mit dem Namen Dr. D.\_\_\_\_\_ macht in diesem Kontext keinen Sinne. Bis zu dieser Textstelle wurde der Name D.\_\_\_\_\_ nicht erwähnt. Diesbezüglich verwies der Berufungskläger auf die von ihm für den Erblasser vorbereitete Vorlage, dessen zweiter, ergänzt durch einen dritten Satz mit vollständigem Inhalt wie folgt gelautet haben soll (act. 12 S. 5):

"Kann einer der beiden Willensvollstrecker das Amt nicht übernehmen oder fällt er im Laufe der Amtsführung weg, soll der andere Willensvollstrecker **das Amt alleine weiterführen. Falls beide Willensvollstrecker das Amt nicht übernehmen können oder im Laufe der Amtsführung wegfallen, soll der** Kanzleipartner von A.\_\_\_\_\_, Rechtsanwalt Dr. D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1964, von Trun, das Amt ausführen."

Die entsprechende Vorlage befindet sich – entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers (vgl. act. 12 S. 6) – nicht in den vorinstanzlichen Akten, weshalb offen bleiben kann, ob dieses ausserhalb der Testamentsurkunde liegende Beweismittel im vorliegenden Verfahren zur Ermittlung des wirklichen Willens des Erblassers überhaupt berücksichtigt werden könnte (vgl. Ziffer 3 vorstehend). Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz ist hingegen davon auszugehen, dass es dem Willen des Erblassers entsprach, dass mindestens einer seiner genannten Willensvollstrecker eingesetzt werde. Es war ihm nämlich in seinem Nachtrag vom 27. Mai 2013 ein Anliegen, dass die Willensvollstrecker die Einhaltung der von ihm seiner Schwester auferlegten Wartefrist für den Verkauf seiner Liegenschaften überwachen und überdies durchsetzen werden. Auch bei einer provisorischen Auslegung



muss es im Ermessen des Gerichtes liegen, von mehreren Auslegungsmöglichkeiten jene zu wählen, welche die Aufrechterhaltung der Verfügung hinsichtlich der Willensvollstreckereinsatzung ermöglicht (BGer 5A\_106/2014 vom 26. Mai 2014: Im Verfahren ging es um eine definitive Auslegung des Testamentes). Das Testament ist deshalb dahingehend auszulegen, dass sich der Erblasser bei der vorliegenden Ausgangslage auch mit einem der eingesetzten Willensvollstrecker begnügt hätte.

5. Demzufolge ist die Berufung gutzuheissen. Die vorinstanzliche Verfügung vom 25. Januar 2016 ist aufzuheben. Das Gesuch von A.\_\_\_\_\_ auf Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses auf seinen Namen ist gutzuheissen. Die Vorinstanz ist anzuweisen, Rechtsanwalt A.\_\_\_\_\_ gegen Rechnung ein Willensvollstreckerzeugnis auszustellen.
6. Für das Berufungsverfahren sind keine Kosten zu erheben. Die vorinstanzlichen Kosten sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Entschädigungspflicht des Staates besteht mangels gesetzlicher Grundlage nicht (ZK ZPO-Jenny, 2. Auflage, Art. 107 N 26; Adrian Urwyler, DIKE-Komm ZPO, Art. 107 N 12 u.a. mit Hinweis auf BGer 1B\_211/2009).
7. Die Ausstellung einer Willensvollstreckerbescheinigung betrifft eine vorsorgliche Massnahme, weshalb diese mit Beschwerde nach Art. 98 BGG anzufechten ist.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und die Verfügung des Einzelgerichtes Horgen vom 25. Januar 2016 wird aufgehoben.
2. Das Gesuch von A.\_\_\_\_\_ auf Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses auf seinen Namen wird gutgeheissen.
3. Die Vorinstanz wird angewiesen, Rechtsanwalt A.\_\_\_\_\_ gegen Rechnung ein Willensvollstreckerzeugnis auszustellen.

4. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Die Kosten für das Berufungsverfahren fallen ausser Ansatz.
6. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an den Berufungskläger sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Horgen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
8. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am:  
10. März 2016