

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF160073-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

## Urteil vom 28. Dezember 2016

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_, Dr. iur.,  
Berufungskläger,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_, Dr. iur.,  
Berufungsbeklagter,

betreffend  
**Eröffnung Testament und Erbvertrag**

im Nachlass von C.\_\_\_\_\_, geboren tt. April 1925, von ... ZH, gestorben  
tt.mm.2016, wohnhaft gewesen D.\_\_\_\_\_,

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des  
Bezirksgerichtes Uster vom 4. Oktober 2016 (EL160134)

### **Erwägungen:**

1.

1.1. Am tt.mm.2016 verstarb C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Erblasserin). Mit Eingabe vom 12. Mai 2016 (Datum Poststempel) ersuchte Dr. iur. B.\_\_\_\_\_ das Bezirksgericht Uster (nachfolgend Vorinstanz) um Eröffnung des zwischen der Erblasserin und ihrem vorverstorbenen Ehemann abgeschlossenen Erbvertrags vom 20. Juli 2000 (vgl. act. 1-4). Da Dr. iur. B.\_\_\_\_\_ im Erbvertrag als Willensvollstrecker ernannt worden war, stellte ihm die Vorinstanz antragsgemäss eine Willensvollstreckerbescheinigung, datiert vom 26. Mai 2016, aus (vgl. act. 9).

1.2. Mit Eingabe vom 10. Juni 2016 reichte Dr. iur. A.\_\_\_\_\_ der Vorinstanz ein handschriftliches Testament der Erblasserin vom 26. Juli 2010 ein, in welchem die Erblasserin ihn als Willensvollstrecker bezeichnet hat. Aufgrund dessen forderte die Vorinstanz Dr. iur. B.\_\_\_\_\_ auf, die ihm ausgestellte Willensvollstreckerbescheinigung zu retournieren. Diesem Ersuchen kam Dr. iur. B.\_\_\_\_\_ am 21. Juni 2016 nach (vgl. act. 17 und act. 18). Mit Eingabe vom 22. Juni 2016 bestritt er die Ernennung von Dr. iur. A.\_\_\_\_\_ als Willensvollstrecker und beantragte, er sei in seinem Amt als Willensvollstrecker zu bestätigen (vgl. act. 19). Dazu erwog die Vorinstanz in ihrem Urteil vom 24. Juni 2016 (Geschäfts-Nr.: EN160095-I), Dr. iur. B.\_\_\_\_\_ habe zwar keine Gründe vorbringen können, um von der Ausstellung einer Willensvollstreckerbescheinigung an Dr. iur. A.\_\_\_\_\_ abzusehen, es rechtfertige sich aber, auf der Willensvollstreckerbescheinigung den Vermerk anzubringen, dass die Einsetzung des Willensvollstreckers umstritten sei. Die Vorinstanz stellte daher beiden Willensvollstreckern je eine Willensvollstreckerbescheinigung mit dem genannten Vermerk und dem Hinweis aus, dass nur sichernde und sonstige zur ordentlichen Verwaltung gehörenden Massnahmen getroffen werden könnten und Veräusserungen nur dann vorzunehmen seien, wenn dazu eine dringende Veranlassung bestehe (nachfolgend eingeschränkte Willensvollstreckerbescheinigung, vgl. act. 20 E. 6-9 und Dispositiv-Ziffer 3 sowie act. 21+22).

1.3. Nachdem die Vorinstanz die Erben ermittelt hatte, eröffnete sie mit Urteil vom 4. Oktober 2016 den Erbvertrag sowie das Testament, stellte den Erben die

Ausstellung eines Erbscheins in Aussicht und merkte vor, dass die beiden Willensvollstrecker das Mandat angenommen hatten (Geschäfts-Nr.: EL1601134-I, vgl. act. 35 = act. 39 = act. 41, nachfolgend zitiert als act. 39). Zu Letzterem verwies die Vorinstanz in ihren Erwägungen auf ihren Entscheid vom 24. Juni 2016 (vgl. act. 39 S. 5 und E. 1.2. oben).

1.4. Mit Eingabe vom 24. Oktober 2016 (Datum Poststempel) focht Dr. iur. A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Berufungskläger) das Urteil der Vorinstanz vom 4. Oktober 2016 rechtzeitig an (act. 39 i.V.m. act. 36, act. 40). In seiner Berufung stellte er folgende Anträge (vgl. 40 S. 2):

- " 1. Dispositiv Ziff. 3 des Urteils vom 4. Oktober 2016 im Verfahren EL160134-I des Bezirksgerichts Uster sei wie folgt zu korrigieren:

Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Erblasserin Rechtsanwält Dr. iur. B.\_\_\_\_\_ und Dr. iur. A.\_\_\_\_\_ als Willensvollstrecker eingesetzt hat und diese das Mandat angenommen haben.

Es sei zu erkennen, dass die Durchführung der Erbteilung Sache der beiden Willensvollstrecker gemeinsam sei.

2. Es sei den beiden Willensvollstreckern je ein unbeschränktes Willensvollstreckerzeugnis auszustellen.
3. Eventualiter zu den Anträgen 1 und 2: Es sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. 8% MWSt) zulasten der Staatskasse."

1.5. Mit Verfügung vom 4. November 2016 wurde dem Berufungskläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt, den er rechtzeitig bezahlt hat (act. 43-45). Am 17. November 2016 reichte Dr. iur. B.\_\_\_\_\_ ein Schreiben ein, in welchem er erklärte, er und der Berufungskläger seien übereingekommen, das Willensvollstreckermandat gemeinsam auszuüben (vgl. act. 46). Da von den Berufungsanträgen auch Dr. iur. B.\_\_\_\_\_ betroffen ist, der – wie erwähnt – vor Vorinstanz die Ernennung des Berufungsklägers als Willensvollstrecker bestritten hatte, wurde er mit Verfügung vom 29. November 2016 als Berufungsbeklagter im

Rubrum aufgenommen (vgl. act. 48). Gleichzeitig wurde dem Berufungsbeklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt, die er innert Frist erstattete. Darin erklärt er, es sei gemäss den Anträgen der Berufung zu entscheiden (vgl. act. 50).

2.

2.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung oder unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO), d.h. der Berufungskläger hat im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid seiner Meinung nach falsch ist und deshalb abgeändert werden muss (Begründungslast, vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 311 N 36).

2.2. Die Berufung richtet sich nicht gegen das Urteil vom 24. Juni 2016, mit welchem den Parteien des vorliegenden Berufungsverfahrens die eingangs erwähnte eingeschränkte Willensvollstreckerbescheinigung ausgestellt wurde (vgl. act. 20 und E. 1.2. oben), sondern gegen Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils vom 4. Oktober 2016 und damit gegen die Vormerknahme, dass die beiden Willensvollstrecker das Mandat angenommen haben. Mit dieser Vormerknahme hat die Vorinstanz sinngemäss erneut verfügt, was sie bereits mit Urteil vom 24. Juni 2016 entschieden hatte und hielt damit an der eingeschränkten Willensvollstreckerbescheinigung fest. Da die Eröffnung des Erbvertrags und des Testaments erst mit Urteil vom 4. Oktober 2016 erfolgte, hatten die Berufungsparteien zuvor noch keine umfassende Kenntnis vom Inhalt dieser letztwilligen Verfügungen. Demzufolge, und da die Stellung des Berufungsklägers als Willensvollstrecker betroffen ist, ist die Berufung gegen Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils vom 4. Oktober 2016 zuzulassen.

2.3. Die vorliegende Berufung wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Berufungskläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

3.

3.1. Die Vorinstanz gelangte nach einer vorläufigen und unpräjudiziellen Auslegung der letztwilligen Verfügungen im Wesentlichen zum Ergebnis, das Testament vom 26. Juli 2010 vermöge die im Erbvertrag vom 20. Juli 2000 enthaltene testamentarische Klausel nicht zu ersetzen, mithin behalte der Erbvertrag weiterhin Gültigkeit (vgl. act. 20 E. 3.3.-3.5.). Unter Verweis auf ihr Urteil vom 24. Juni 2016 hielt die Vorinstanz sodann fest, dass die beiden Willensvollstrecker das Mandat bereits angenommen hätten (vgl. act. 39 E. 4.2. mit Verweis auf act. 20 E. 4, 8 f.). Somit sind nach Ansicht der Vorinstanz sowohl der Berufungskläger als auch der Berufungsbeklagte von der Erblasserin als Willensvollstrecker eingesetzt worden. Für die Ausstellung einer eingeschränkten Willensvollstreckerbescheinigungen war für die Vorinstanz ausschlaggebend, dass der Berufungsbeklagte die Einsetzung des Berufungsklägers als Willensvollstrecker bestritten hatte. Es ist daher richtig, dass die Vorinstanz den beiden Willensvollstreckern nur eine eingeschränkte Willensvollstreckerbescheinigung ausgestellt hatte (vgl. dazu BGE 91 II 177 E. 3).

3.2. Der Berufungskläger wendet sich in seiner Berufung zunächst gegen die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung der letztwilligen Verfügungen und die in den Willensvollstreckerbescheinigungen enthaltene Beschränkung, hält dann aber fest, dass sich die Willensvollstrecker nun einig seien, den Nachlass gemeinsam abwickeln zu wollen (vgl. act. 40 Rz 9 f.).

3.3. Der Berufungsbeklagte unterstützt den Berufungsantrag des Berufungsklägers, und er bestätigt in seiner Eingabe, dass er und der Berufungskläger sich geeinigt hätten, das Willensvollstreckermandat gemeinsam ausüben zu wollen (vgl. act. 46 und act. 50). Damit bestreitet der Berufungsbeklagte die Einsetzung des Berufungsklägers als Willensvollstrecker nicht mehr. Der gemeinsamen und uneingeschränkten Ausübung des Mandates durch die beiden Willensvollstrecker, Dr. iur. B.\_\_\_\_\_ und Dr. iur. A.\_\_\_\_\_, steht daher nichts mehr entgegen und Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils vom 4. Oktober 2016 ist dahingehend zu ergänzen. Eine weitere Anpassung dieser Dispositiv-Ziffer ist entgegen dem Antrag der Parteien nicht erforderlich, da infolge Mandatsübernahme ohnehin von einer Einset-

zung als Willensvollstrecker auszugehen ist. Den Berufungsparteien ist eine un-  
eingeschränkte Willensvollstreckerbescheinigung auszustellen. Die Vorinstanz ist  
diesbezüglich anzuweisen, den beiden Willensvollstreckern gegen Rechnung je  
eine solche Willensvollstreckerbescheinigung auszustellen. Zu präzisieren sein  
wird, dass die beiden Beauftragten gemäss Art. 518 Abs. 3 ZPO gemeinsam han-  
deln.

4.

4.1. 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 sowie die Schwierigkeit des  
Falls (§ 2 GebV OG). Im Rechtsmittelverfahren bestimmt sich der Streitwert nach  
den Anträgen im Rechtsmittelverfahren. Das Rechtsbegehren lautet zwar nicht  
auf Geldzahlung (Art. 91 Abs. 2 ZPO), die Interessen der Beteiligten ruht aber im  
Vermögensrecht. Ausserdem sind erbrechtliche Angelegenheiten naturgemäss  
nicht ideeller, sondern vermögensrechtlicher Art (vgl. z.B. BGE 135 III 578 E. 6).  
Den Gegebenheiten und dem Aufwand des Rechtsmittelverfahrens erweist sich in  
Anwendung von § 4 i.V.m. § 8 und § 12 GebV OG eine Gerichtsgebühr von  
Fr. 1'000.– als angemessen.

4.2. Wie gesehen hat die Vorinstanz den beiden Willensvollstreckern zurecht ei-  
ne eingeschränkte Willensvollstreckerbescheinigung ausgestellt. Die Kosten sind  
daher entgegen der Ansicht der Parteien nicht auf die Staatskasse zu nehmen,  
sondern vom geleisteten Vorschuss des Berufungsklägers auf Rechnung des  
Nachlasses zu beziehen. Dies rechtfertigt sich vorliegend, zumal Kosten im Zu-  
sammenhang mit der Ausstellung einer Willensvollstreckerbescheinigung Erb-  
gangsschulden darstellen sowie der Nachlass auch im Rahmen einer Abänderung  
i.S.v. Art. 256 Abs. 2 ZPO belastet worden wäre.

4.3. Für das Berufungsverfahren sind unabhängig vom Ausgang des Verfahrens  
keine Entschädigungen zuzusprechen: Der Berufungsbeklagte verlangt keine. Da  
er nicht opponiert, kann er auch nicht zu einer Entschädigung an den Berufungs-  
kläger verpflichtet werden. Für eine Entschädigung an den Berufungskläger zu

Lasten des Staates fehlt nicht nur eine gesetzliche Grundlage, sondern auch ein Fehler der Vorinstanz.

5.

Die Ausstellung einer Willensvollstreckerbescheinigung betrifft eine vorsorgliche Massnahme, weshalb diese mit Beschwerde nach Art. 98 BGG anzufechten ist.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils vom 4. Oktober 2016 wie folgt ergänzt:  
"Der Vollzug der Erbteilung steht den beiden Willensvollstreckern, Dr. iur. B.\_\_\_\_\_ und Dr. iur. A.\_\_\_\_\_, gemeinsam zu."
2. Den Berufungsparteien ist eine uneingeschränkte Willensvollstreckerbescheinigung auszustellen, mit der Präzisierung, dass die beiden Willensvollstrecker gemeinsam handeln.
3. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.
4. Die Vorinstanz wird angewiesen, den beiden Willensvollstreckern gegen Rechnung eine Willensvollstreckerbescheinigung gemäss Dispositiv-Ziffer 2 auszustellen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
6. Die Kosten werden vom geleisteten Vorschuss des Berufungsklägers auf Rechnung des Nachlasses bezogen.
7. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage von act. 46 und act. 50, und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz sowie zur Kenntnisnahme an die im Urteil vom

4. Oktober 2016 festgestellten gesetzlichen und eingesetzten Erben, je gegen Empfangsschein.

9. 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: