

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170018-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss und Urteil vom 29. Mai 2017

in Sachen

A._____,
Berufungskläger,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

1. **B.**_____,
Willensvollstreckerin und Berufungsbeklagte,
2. **C.**_____,
3. **D.**_____,
Berufungsbeklagte,

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von E._____, geboren am tt. Mai 1942, von F._____ BE,
gestorben am tt.mm. 2017 in G._____, wohnhaft gewesen in G._____,

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Erbschaftskanzlei) des Bezirksgerichtes Hinwil vom 21. März 2017 (EL170060)

Erwägungen:

1.

1.1. Am tt.mm. 2017 verstarb E._____ (Erblasser), geboren am tt. Mai 1942, mit letztem Wohnsitz in G._____ ZH (act. 3). Mit Eingabe vom 13. März 2017 reichte B._____ dem Bezirksgericht Hinwil, Einzelgericht in Erbschaftssachen (fortan Vorinstanz), eigenhändige letztwillige Verfügungen des Erblassers vom 18. Februar 2008, vom 6. Oktober 2008 und vom 1. August 2014 sowie einen vom Erblasser unterzeichneten, handschriftlich verfassten "Konkubinats-Vertrag" vom 10. Dezember 2008 ein (act. 1, act. 2 und act. 2a-c). Die Vorinstanz ermittelte die gesetzlichen Erben anhand des beigezogenen Familienscheins: Nach diesem hinterlässt der Erblasser seine drei Kinder C._____, D._____ und A._____ (act. 4).

Im handschriftlichen Testament vom 18. Februar 2008 hatte der Erblasser festgehalten, sämtliche letztwilligen Verfügungen zu widerrufen. Er hatte seine drei Kinder auf den Pflichtteil (75%) gesetzt und seine Lebenspartnerin B._____ als Erbin (der 25%) eingesetzt. Sterbe Letztere vor oder gleichzeitig mit ihm, gelte die gesetzliche Erbfolge. Zugunsten von B._____ hatte der Erblasser zudem Regelungen betreffend ein Darlehen oder Schuldbrief bzw. Anordnungen hinsichtlich der Möbel und Einrichtungen sowie eines lebenslänglichen Wohnrechts in der Liegenschaft ... [Adresse] getroffen. Des Weiteren hatte er seine Partnerin als Willensvollstreckerin ernannt. Er hatte bestimmt, das Testament gelte unter Vorbehalt, dass die Lebensgemeinschaft mit seiner Partnerin bis zu seinem Tod bestand habe (act. 2). Mit handschriftlichem Testament vom 6. Oktober 2008 verfügte der Erblasser, dass die Hälfte seiner Wohnung in G._____ und die Fahrzeuge an B._____ oder ihre Erben übergehen würden (act. 2a). Als seinen letzten Willen schrieb der Erblasser in der handschriftlichen letztwilligen Verfügung vom 1. August 2014 nieder, seine Kinder als Erben auf den Pflichtteil zu setzen; der Rest gehe an B._____. Seine Überreste sollen in das Gemeinschaftsgrab G._____ gehen (act. 2b).

1.2. Mit Urteil vom 21. März 2017 (act. 7 = act. 10 = act. 12) ordnete die Vorinstanz an, dass den Beteiligten Fotokopien der letztwilligen Verfügungen sowie des Konkubinatsvertrages zugestellt werden (Dispositiv-Ziffer 1). Von der aus-

drücklichen Annahme des Willensvollstreckermandats durch B._____ wurde Vor-
merk genommen (Dispositiv-Ziffer 2). Im Übrigen wurde festgehalten, dass den
gesetzlichen Erben (C._____, D._____ und A._____) und der eingesetzten Erbin
(B._____) auf Verlangen ein Erbschein ausgestellt werde, sofern ihre Berechti-
gung nicht innert Monatsfrist von einem gesetzlichen Erben oder einem aus einer
früheren Verfügung Bedachten durch Eingabe an das Gericht ausdrücklich bestrit-
ten werde. Weiter erklärte die Vorinstanz, dass das Gericht über den Stand der
Erbschaft keine Auskunft geben könne. Verwaltung und Teilung des Nachlasses
seien grundsätzlich Sache der Willensvollstreckerin (Dispositiv-Ziffer 8).

2.

2.1. Mit Eingabe vom 30. März 2017 (Datum Poststempel) erhob A._____ (fortan
Berufungskläger) gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 21. März 2017 recht-
zeitig Berufung. Er stellt folgende Rechtsmittelanträge (act. 11 S. 2; act. 8):

- "1. Es sei festzustellen, dass der Erblasser E._____ seine erste
letztwillige Verfügung, datiert vom 01. August 2014 (recte: 18.
Februar 2008), durch spätere letztwillige Verfügung aufgehoben
hat;
2. Es sei festzustellen, dass der Erblasser weder in seiner zweiten
letztwilligen Verfügung vom 06. Oktober 2008 noch in seiner drit-
ten letztwilligen Verfügung vom 01. August 2014 einen Willens-
vollstrecker vorgesehen hat;
3. Es sei Ziff. 2. der angefochtenen Verfügung vom 21. März 2017
ersatzlos aufzuheben;
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien der Berufungsbeklag-
ten (in diesem Verfahren Berufungsbeklagte 1) aufzuerlegen;
5. Dem Berufungskläger sei eine angemessene Prozessentschädi-
gung (zzgl. MwSt.) zuzusprechen."

2.2. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-8).
Mit Verfügung vom 7. April 2017 wurde dem Berufungskläger Frist zur Leistung
eines Kostenvorschusses angesetzt. Er leistete diesen innert Frist (act. 15-17).
Auf weitere prozessleitende Schritte wurde verzichtet (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).
Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3.

Die Eröffnung eines Testaments, wie auch die (gestützt darauf erfolgte) Benach-

richtung des Willensvollstreckers, gehören zu den Angelegenheiten der freiwilligen bzw. nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, welche der Kanton Zürich dem Einzelgericht im summarischen Verfahren zugewiesen hat (vgl. Art. 556 ZGB i.V.m. Art. 551 Abs. 1 ZGB und Art. 54 Abs. 3 SchlT ZGB, § 24 lit. c und § 137 lit. c GOG i.V.m. Art. 248 lit. e ZPO sowie zum Ganzen auch ZK ZPO-Feller/Bloch, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 19 N 5 ff. m.w.H.). Gegen erstinstanzliche Summarentscheidung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, sofern der Streitwert – wie vorliegend (vgl. act. 15) – mindestens Fr. 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und/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. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 311 N 36). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren zugelassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO).

4.

4.1. Die Vorinstanz verwies in ihren Erwägungen auf die eingereichte eigenhändige letztwillige Verfügung des Erblassers vom 18. Februar 2008 mit "Ergänzung" vom 6. Oktober 2008, diejenige vom 1. August 2014 sowie den eigenhändigen "Konkubinats-Vertrag" vom 10. Dezember 2008. Sie hielt in ihren Erwägungen einzig fest, diese seien ohne Vorladung der gesetzlichen Erben eröffnet worden. Den Beteiligten seien die von Art. 558 ZGB vorgeschriebenen Anzeigen zu machen. Die mit der Willensvollstreckung betraute B._____ habe das ihr zugedachte Mandat mit Schreiben vom 13. März 2017 ausdrücklich angenommen, wovon Vormerk zu nehmen sei (act. 10 S. 1).

4.2. Der Berufungskläger macht geltend, die Vorinstanz hätte von der Annahme des Willensvollstreckermandates durch die Berufungsbeklagte 1 – selbst wenn diese eine entsprechende Erklärung abgegeben habe – nicht Vormerk nehmen

dürfen. Dies begründet er zusammengefasst damit, dass der Erblasser in seinem letzten und nach seiner Ansicht für die Erbteilung massgebenden Testament vom 1. August 2014 keinen Willensvollstrecker (mehr) vorgesehen habe. Der Erblasser habe der Berufungsbeklagten 1 einzig in seinem ersten Testament vom 18. Februar 2008 ein Willensvollstreckermandat erteilt, wohingegen weder sein zweites Testament vom 6. Oktober 2008 noch sein drittes Testament vom 1. August 2014 einen Willensvollstrecker vorsehe. Nachdem das erste Testament, wenn nicht bereits durch das zweite, dann spätestens durch das dritte Testament aufgehoben worden sei, seien sämtliche im ersten Testament enthaltenen Verfügungen unbeachtlich (act. 11 S. 5 und 10 f.). Der Berufungskläger führt an, der Erblasser habe keines seiner drei Testamente ausdrücklich widerrufen, weshalb sich die Frage nach einem konkludenten Widerruf durch seine späteren Testamente stelle. Dies sei zwar eine Frage der Auslegung. Der Gesetzestext von Art. 511 Abs. 1 ZGB lasse jedoch das Weiterbestehen eines früheren Testaments nur zu, wenn das spätere "zweifelloso" eine Ergänzung des früheren darstelle. Vorliegend sei zu beachten, dass der Erblasser das erste sowie das zweite Testament aufgesetzt habe als er seinen Wohnsitz noch in ... [Adresse] gehabt habe. Die Bestimmung des zweiten Testaments, dass beim Ableben des Erblassers die Hälfte seiner Wohnung in G._____ sowie die sich in seinem Besitz befindlichen Fahrzeuge an die Berufungsbeklagte 1 oder ihre Erben übergingen, könne allenfalls als Ergänzung zum ersten Testament angesehen werden. Allerdings stehe die Ernennung von Ersatzvermächtnisnehmern im zweiten Testament in diametralem Gegensatz zur expliziten Erklärung im ersten Testament, welches besage, dass beim Vorversterben oder gleichzeitigen Versterben der Berufungsbeklagten 1 die gesetzliche Erbfolge gelte. Die Frage, ob das zweite Testament "zweifelloso" eine Ergänzung des ersten darstelle, könne allerdings aus folgenden Gründen offen gelassen werden: Der Erblasser habe das dritte Testament aufgesetzt als klar gewesen sei, dass die Liegenschaft in ... [Adresse] verkauft und er seinen Wohnsitz nach G._____ verlegen werde. Aufgrund des Liegenschaftensverkaufs sei das erste Testament vom 18. Februar 2008, in welchem der Erblasser der Berufungsbeklagten 1 ein lebenslängliches Wohnrecht in der Liegenschaft eingeräumt habe, überholt gewesen. Von daher betrachtet stelle das Testament vom

1. August 2014 zweifellos keine blosser Ergänzung des Testaments vom 18. Februar 2008 dar, sondern sei an dessen Stelle getreten. Zum gleichen Schluss gelange man, wenn man beachte, dass der Erblasser im Testament vom 1. August 2014 wiederum – wie im ersten Testament vom 18. Februar 2008 – seine Kinder auf den Pflichtteil gesetzt habe und die frei verfügbare Quote des Nachlasses der Berufungsbeklagten 1 zugewiesen habe. Dies stelle per definitionem keine Ergänzung, sondern eine Testamentsneufassung dar (act. 11 S. 7 ff.)

4.3. Die Eröffnung letztwilliger Verfügungen ist zwingend vorgeschrieben und von Amtes wegen durchzuführen. Die Eröffnungspflicht bezieht sich grundsätzlich auf alle der Einlieferungspflicht unterliegenden Dokumente (PraxKomm Erbrecht-Emmel, 3. A., Basel 2015, Art. 556 N 5 und Art. 557 N 2 f.). 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(n) selbst ein Bild machen zu können. Das eröffnende Gericht hat zu prüfen, ob alle eingelieferten Dokumente nach ihrem Inhalt als eröffnungsfähige Willenserklärungen des Erblassers von Todes wegen erscheinen. Liegt nach Ansicht des Gerichtes eine 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 Erbescheinigung 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 Verfügung eingereicht wird und die Verfügungen des Erblassers verschiedene Anordnungen beinhalten, stellt sich für die Eröffnungsbehörde regelmässig die Frage, auf welche Verfügung(en) 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, 5. A., Basel 2015, Art. 559 N 3, 45).

Da somit im Rahmen der Eröffnung eines Testamentes grundsätzlich kein materielles Recht entschieden wird (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, 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 (bezüglich 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). 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.

4.4.1. Der Berufungskläger verlangt mit seinen Berufungsanträgen Ziffer 1 und 2 eine Feststellung, dass der Erblasser seine erste letztwillige Verfügung vom 18. Februar 2008 durch spätere letztwillige Verfügungen aufgehoben hat und er weder in der letztwilligen Verfügung vom 6. Oktober 2008 noch in jener vom 1. August 2014 einen Willensvollstrecker vorgesehen habe. Wie vorstehend dargelegt prüft die Kammer einzig, ob die Vorinstanz als Eröffnungsgericht zutreffend verfahren ist bzw. ob sie im Rahmen ihrer vorläufigen Prüfungspflicht eine offensichtlich falsche Auslegung der eingereichten Testamente vorgenommen hat. Zu einer Feststellung, wie sie der Berufungskläger anstrebt, war weder das Eröff-

nungsgericht befugt noch kann sie mittels Berufung gegen die vorinstanzliche Testamentseröffnungsverfügung erreicht werden. Sie ist dem anzurufenden ordentlichen Gericht vorbehalten (im Rahmen einer Feststellungs- resp. Ungültigkeitsklage; vgl. ZR 66/1967 Nr. 101 S. 191 f. und ZR 71/1972 Nr. 90 S. 281). Auf die Berufungsanträge Ziffer 1 und 2 ist aus diesem Grunde nicht einzutreten. Soweit sich der Berufungskläger an der vorinstanzlichen Vormerknahme der Annahme des Willensvollstreckermandates durch B._____ stört und er die Aufhebung der entsprechenden vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffer 2 (Berufungsantrag Ziffer 3) verlangt, fragt sich, ob diese Rechtswirkung entfaltet bzw. ihm ein Rechtsschutzinteresse an deren Aufhebung zukommt.

4.4.2. Das Eröffnungsgericht hat einen in einer letztwilligen Verfügung vom Erblasser beauftragten Willensvollstrecker von Amtes wegen Mitteilung zu machen (Art. 517 Abs. 2 ZPO, § 137 lit. c GOG), mit dem Zweck, eine Erklärung über die Annahme oder Ablehnung des Mandates auszulösen. Die amtliche Mitteilung hat auch zu erfolgen, wenn dem Gericht die letztwillige Verfügung ungültig oder anfechtbar erscheint oder mehrere Verfügungen vorliegen und in einer jüngeren die frühere Ernennung widerrufen wird, weil das Gericht keine Kognitionsbefugnis betreffend die Rechtsgültigkeit der Einsetzung eines Willensvollstreckers hat; dies ist Sache des ordentlichen Richters (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, a.a.O., Art. 517 N 11; PraxKomm Erbrecht-Christ/Eichner, a.a.O., Art. 517 N 16 f.). Mit der Vormerknahme der ausdrücklichen Annahme des Willensvollstreckermandats durch B._____ setzte die Vorinstanz Letztere nicht als Willensvollstreckerin ein, sondern nahm eben einzig von deren Erklärung Vormerk; die vorinstanzliche Formulierung im Dispositiv entfaltet keine materielle Rechtskraft. Zu beachten ist jedoch, dass die Vorinstanz die Testamente vom 18. Februar 2008, 6. Oktober 2008 sowie 1. August 2014 (zutreffend) als zu eröffnende letztwillige Verfügungen des Erblassers einstufte und angesichts der verschiedenen Anordnungen in diesen (betreffend die Willensvollstreckerin) implizit eine vorläufige unpräjudizielle Auslegung der Testamente vornahm. Dies spiegelt sich einerseits in der Vormerknahme als auch darin wieder, dass die Vorinstanz die Kosten von der Willensvollstreckerin auf Rechnung des Nachlasses bezog (act. 10, Dispositiv-Ziffer 5) und sie festhielt, die Verwaltung und Teilung des Nachlasses sei grundsätzlich Sache

der Willensvollstreckerin (act. 10, Dispositiv-Ziffer 8). Andererseits hat die Vor-
merkmale der Annahmeerklärung zur Folge, dass die Vorinstanz auf erstes Ver-
langen ein Willensvollstreckerzeugnis ausstellen wird, welches der Willensvoll-
streckerin ermöglicht, tätig zu werden und sich über ihre Befugnisse auszuweisen.
Unter Berücksichtigung dieser Folgen kam die Kammer daher bereits zur Auffas-
sung, dass es nicht als angebracht erscheine, den Berufungskläger in einer sol-
chen Konstellation auf den Weg einer ordentlichen Klage zu verweisen, ohne zu-
mindest eine summarische Überprüfung des prima facie Entscheids des Eröff-
nungsgerichts zuzulassen (siehe OGer ZH LF140002 vom 7. Mai 2014 E. III.3.2).
Aus diesen Überlegungen ist daher vorliegend auf den Berufungsantrag Ziffer 3
einzutreten.

4.4.3. Letztwillige Verfügungen können vom Erblasser abgeändert oder widerru-
fen werden (Art. 509 ff. ZGB). Der Wille des Testators ist klar, wenn er im späte-
ren Testament ausdrücklich festhält, ob bestehende Testamente noch Bestand
haben sollen oder nicht (vgl. Art. 509 ZGB). Ist der Wille nicht ausdrücklich ge-
nannt, so tritt nach Art. 511 Abs. 1 ZGB das spätere Testament an die Stelle
früherer Testamente, sofern es nicht zweifellos als blosser Ergänzung gilt. Art. 511
Abs. 1 ZGB stellt eine gesetzliche Vermutung auf und das Bundesgericht stellt
aufgrund des Gesetzeswortlauts strenge Anforderungen an den Nachweis, dass
die jüngere Verfügung lediglich die Ergänzung der älteren sei. Es ist jedoch zu
beachten, dass der durch Auslegung zu eruierte Wille des Erblassers auch ein
gegenteiliger sein kann; die gesetzliche Vermutung kann durch Gegengründe aus
Wortlaut, Sinn und Gestaltung der Testamentsurkunde sowie Testamentsexterna
umgestossen werden (siehe dazu BSK ZGB II-Breitschmid, a.a.O., Art. 509-511
ZGB N 7, PraxKomm Erbrecht-Lenz, a.a.O., Art. 511 N1 f. sowie OFK ZGB-
Badertscher, 3. A., Basel/Bern/Freiburg/Zürich 2016, Art. 511 N 1 f.; vgl. auch
Berger-Steiner, Das Beweismass im Privatrecht, Bern 2008, § 6 Rz. 06.170 f.). Es
ist an dieser Stelle noch einmal darauf hinzuweisen, dass es im vorliegenden Ver-
fahren nur darum geht, eine vorläufige Auslegung zu treffen, und nicht bereits
Beweise abzunehmen bzw. zu würdigen und definitiv über die materielle Rechts-
lage zu befinden.

4.4.4. Aus dem Wortlaut des Testaments vom 1. August 2014 lässt sich zwar zunächst insofern nicht auf eine blosser Ergänzung schliessen, als darin auf keines der früheren beiden Testamente Bezug genommen wird. Im Vergleich der Testamentstexte in Bezug auf den Willen des Erblassers fällt jedoch auf, dass der Erblasser im ersten Testament ausdrücklich festhielt, mit diesem sämtliche letztwilligen Verfügungen, die er jemals getroffen haben sollte, zu widerrufen (act. 2). Eine solche Erklärung fügte er weder dem zweiten Testament vom 6. Oktober 2008 noch dem dritten Testament vom 1. August 2014 an. Dem Sinn nach können die drei Testamente grundsätzlich nebeneinander bestehen. Im Weiteren enthält das Testament vom 18. Februar 2008 unter sieben Ziffern relativ detaillierte letztwillige Anordnungen, während die beiden späteren von eher rudimentärem bzw. punktuellen Inhalt sind, was auf ihren bloss zusätzlichen bzw. – im Falle der Anordnung betreffend den Pflichtteil der Kinder sowie die Erben einsetzung – bekräftigenden Charakter hindeutet. Der Berufungskläger räumt selber ein, das zweite Testament könne inhaltlich als Ergänzung zum ersten Testament angesehen werden. Den (kurzen) Erwägungen der Vorinstanz zufolge ging auch sie davon aus (vgl. act. 10 S. 1: "mit Ergänzung vom 6. Oktober 2008"). Die Ersatzverfügung zugunsten der Erben von B._____ im zweiten Testament kollidiert nicht zwangsläufig mit der im ersten Testament angeordneten gesetzlichen Erbfolge im Falle des Vorversterbens oder gleichzeitigen Versterbens von B._____, bezieht sich die Ersatzverfügung doch allein auf die Wohnung in G._____ und die Fahrzeuge. Jedenfalls steht die Ersatzverfügung zugunsten der Erben von B._____ nicht, wie vom Berufungskläger behauptet, in diametralem Gegensatz dazu. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass als Ergänzung im Sinne von Art. 511 Abs. 1 ZGB nicht nur eine spätere Verfügung zu verstehen ist, die der früheren bezüglich des materiellen Inhalts etwas hinzufügt. Gemeint ist eine Ergänzung des früher geäusserten Willens, eine zusätzliche Willenserklärung, die zur früheren hinzutreten, neben ihr bestehen resp. sie kombinieren soll; es kann sich daher auch um eine teilweise Abänderung der früheren Verfügung handeln (BGE 79 II 36, 44). Zum Argument des Berufungsklägers, der Erblasser habe die Liegenschaft in ... [Adresse] verkauft, weshalb die Anordnung betreffend das Wohnrecht im ersten Testament überholt gewesen sei, ist zu bemerken, dass eine allfällige

lebzeitige Verfügung über die Liegenschaft für einen konkludenten Widerruf hinsichtlich seiner diesbezüglichen Anordnungen spricht (siehe Art. 511 Abs. 2 ZGB). Eine Aussagekraft für oder gegen den Willen des Erblassers, mit dem Testament vom 1. August 2014 diejenigen vom 18. Februar 2008 und 6. Oktober 2008 widerrufen zu wollen, kann daraus nicht geschöpft werden. Als starkes Indizien für den Willen des Erblassers zur Ergänzung resp. Bekräftigung und gegen die Absicht der Aufhebung aller früheren Testamente durch das jüngste vom 1. August 2014 ist schliesslich zu erwähnen, dass die drei Testamente zusammen und im Zugriffsbereich der im Testament vom 18. Februar 2008 als Willensvollstreckerin benannten B._____ aufbewahrt wurden, welche sie alle dem Eröffnungsgericht einreichte.

4.5. Es bestehen damit nach einer summarischen Prüfung gewichtige Gründe, die auf einen der gesetzlichen Vermutung im Sinne von Art. 511 Abs. 1 ZGB widersprechenden Willen des Erblassers schliessen lassen. Dies führt zum Schluss, dass die Vorinstanz im Rahmen des ihr zustehenden Prüfungsumfangs richtig verfahren ist, indem sie von der Annahme des Willensvollstreckermandats durch B._____ Vormerk genommen hat. Der Berufungsantrag Ziffer 3 ist damit abzuweisen und die vorinstanzliche Verfügung vom 21. März 2017 (Geschäfts-Nr. EL170060-E/U) ist zu bestätigen. Der Berufungskläger ist, wenn er die Willensvollstreckereinsetzung gemäss dem eigenhändigen Testament des Erblassers vom 18. Februar 2008 als durch das Testament vom 1. August 2014 aufgehoben wissen möchte, auf den Weg des ordentlichen Verfahrens zu verweisen.

5.

Die Prozesskosten sind gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist angesichts des im Bereich von Fr. 10'000.00 liegenden Streitwertes auf Fr. 750.00 festzusetzen (vgl. act. 15 E. 2.), dem Berufungskläger aufzuerlegen und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Parteienschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Berufungskläger nicht, weil er unterliegt,

den Berufungsbeklagten 1-3 nicht, weil ihnen im Berufungsverfahren keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufungsanträge Ziffer 1 und 2 wird nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und die Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht im summarischen Verfahren (Erbschaftskanzlei), vom 21. März 2017 (Geschäfts-Nr. EL170060-E/U) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 750.00 festgesetzt
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten 1-3 je unter Beilage einer Kopie von act. 11, sowie an das Bezirksgericht Hinwil, Einzelgericht im summarischen Verfahren (Erbschaftskanzlei), und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am:
30. Mai 2017