

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF150005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Houweling-Wili

## Urteil vom 13. Juli 2015

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Berufungsklägerin,

betreffend **Willensvollstreckung**

im Nachlass von B. \_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1925, von Buchs ZH, gestorben  
tt.mm.2014, wohnhaft gewesen in C. \_\_\_\_\_

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes Dielsdorf  
vom 3. März 2015 (EN150003)

### Erwägungen:

1.

1.1. Am tt.mm.2014 verstarb der am tt.mm.1925 geborene B.\_\_\_\_\_. Mit Urteil vom 18. Februar 2014 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf den am 27. Februar 2012 zwischen B.\_\_\_\_\_ und dessen Ehefrau D.\_\_\_\_\_ geschlossenen Erbvertrag und stellte fest, dass Dr. iur. E.\_\_\_\_\_ das Amt des Willensvollstreckers angenommen habe (act. 2/7). Mit Eingabe vom 12. Dezember 2014 teilte Dr. iur. E.\_\_\_\_\_ dem Einzelgericht mit, dass er wegen unüberwindbarer Spannungen zwischen ihm und einem Teil der Erbinnen das Willensvollstreckermandat niederlege (act. 2/10). Am 15. Januar 2015 teilte Dr. iur. E.\_\_\_\_\_ dem Einzelgericht sodann mit, dass im Erbvertrag vom 27. Februar 2012 für den Fall der Verhinderung des ersten Willensvollstreckers die E1.\_\_\_\_\_ GmbH als Willensvollstreckerin eingesetzt worden sei. Seines Erachtens sollte das Gericht diese Gesellschaft anfragen, ob sie bereit sei, das Mandat anzunehmen. Federführend wäre im Falle der Annahme Rechtsanwalt F.\_\_\_\_\_ (act. 2/13).

1.2. Mit Verfügung vom 20. Januar 2015 setzte das Einzelgericht der E1.\_\_\_\_\_ GmbH Frist an, um zu erklären, ob sie das Willensvollstreckermandat annehme, wobei Stillschweigen als Annahme gelte (act. 1). Gegen diese Verfügung erhob die Berufungsklägerin am 30. Januar 2015 bei der Kammer Beschwerde. Mit Beschluss vom 5. Februar 2015 wurde auf diese nicht eingetreten (OGer ZH PF150007 vom 5. Februar 2015). Ebenso trat auch das Bundesgericht auf die dagegen erhobene Beschwerde nicht ein (BGer 5A\_209/2015 vom 11. März 2015).

1.3. Mit Schreiben vom 23. Februar 2015 erklärte Fürsprecher F.\_\_\_\_\_ in seiner Funktion als Gesellschafter und Geschäftsführer der E1.\_\_\_\_\_ GmbH fristgerecht für diese die Annahme des Willensvollstreckermandats (act. 7). In der Folge stellte das Einzelgericht mit Urteil vom 3. März 2015 fest (act. 12 = act. 20), dass die E1.\_\_\_\_\_ GmbH, ... [Adresse], das Amt der (Ersatz-)Willensvollstreckerin ange-

nommen hat (Dispositiv Ziffer 1), sie somit in der Nachlasssache von B.\_\_\_\_\_ alleinige Willensvollstreckerin ist, und stellte dafür ein neues Willensvollstreckerzeugnis sowie einen abgeänderten Erbschein in Aussicht (Dispositiv Ziffer 2). Zudem ersuchte das Einzelgericht Dr. iur. E.\_\_\_\_\_, die auf seinen Namen ausgestellten Willensvollstreckerzeugnisse dem Gericht zu retournieren (Dispositiv Ziffer 3), und setzte die Gerichtsgebühr zulasten des Nachlasses auf Fr. 500.-- fest (Dispositiv Ziffern 4 und 5).

1.4. Gegen dieses Urteil führt A.\_\_\_\_\_ als gesetzliche Erbin von B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend Berufungsklägerin) mit Eingabe vom 17. März 2015 Berufung (act. 21). Sie verlangt die Aufhebung des angefochtenen Urteils und den Verzicht auf Einsetzung einer (Ersatz-)Willensvollstreckerin.

1.5. Mit Verfügung vom 24. März 2015 wurde der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren in Höhe von Fr. 3'000.-- angesetzt (act. 24). Diesen leistete die Berufungsklägerin rechtzeitig (act. 26). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Auf weitere prozessleitende Anordnungen wurde verzichtet. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2.

2.1. Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich ferner, dass die Berufung zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). 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).

2.2. Die vorliegende Berufung vom 17. März 2015 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Berufungsklägerin ist durch den

angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

3.

3.1. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid zusammengefasst, der Erbvertrag vom 27. Februar 2012 enthalte folgende Anordnung: *"Die Ehegatten setzen je einzeln und letztwillig Dr. iur. E.\_\_\_\_\_, Rechtsanwalt, ..., bzw. im Verhinderungsfall die E1.\_\_\_\_\_ GmbH, ..., als Willensvollstrecker und Teilungliqui-dator ein."* Damit sei eine gültige Einsetzung für einen Nachfolger (Ersatz-Willensvollstrecker) begründet worden, sofern die ursprünglich berufene Person ausfalle. Die Person des Ersatz-Willensvollstreckers sei damit genügend individualisiert und es spiele keine Rolle, aus welchen Gründen die ursprünglich berufene Person ausfalle. Es könnten dem Erbvertrag keine Anhaltspunkte dafür entnommen werden, dass die Ersatzwillensvollstreckung durch die (nachträgliche) Mandatsniederlegung des (erstgenannten) Willensvollstreckers dahinfalle. Entsprechend sei der Wille des Erblassers primär dahingegangen, durch das Einsetzen von mehreren Willensvollstreckern eine reibungslose Erbvertragsvollstreckung zu gewährleisten. Nachdem Dr. iur. E.\_\_\_\_\_ das Amt als Willensvollstrecker vorzeitig aufgegeben habe, sei die vom Erblasser als Ersatz-Willensvollstreckerin bezeichnete Person, die E1.\_\_\_\_\_ GmbH, anzufragen. Im Falle des Amtsantrittes führe diese die Abwicklung des Nachlasses und die Teilung anstelle des zurück getretenen Willensvollstreckers zu Ende. Es liege kein Fall von mehreren gleichzeitig ernannten Willensvollstreckern vor (act. 20 S. 4 f.).

Im Weiteren erwog die Vorinstanz, dass F.\_\_\_\_\_ gemäss Handelsregistereintrag zwar lediglich über eine Kollektiv-Unterschriftsberechtigung für die E1.\_\_\_\_\_ GmbH verfüge und eine Vollmacht für eine alleinige Handlungsberechtigung in der vorliegenden Nachlasssache dem Gericht nicht vorliege. Da der zweite Zeichnungsberechtigte, Dr. iur. E.\_\_\_\_\_, in seinem Schreiben vom 15. Januar 2015 aber bereits ausgeführt habe, dass F.\_\_\_\_\_ in dieser Nachlasssache federführend sei, und Stillschweigen ohnehin als Annahme eines Willensvollstreckermandats gelte, sei vorliegend von der Annahme des Mandates durch die E1.\_\_\_\_\_ GmbH auszugehen (act. 20 S. 3).

3.2. Dagegen bringt die Berufungsklägerin im Wesentlichen vor, Dr. iur. E. \_\_\_\_\_ habe das Amt als Willensvollstrecker niedergelegt. Die Niederlegung des Amtes stelle keinen Verhinderungsfall dar, wie es der Erbvertrag fordere. Deshalb sei kein weiterer Willensvollstrecker einzusetzen, sondern die Erbengemeinschaft müsse sich wie im Allgemeinen üblich selbst organisieren. Es sei davon auszugehen, dass der Erblasser die Formulierung "im Verhinderungsfall" wegen des fortgeschrittenen Alters des Willensvollstreckers aufgenommen habe (act. 21 S. 4). Dr. iur. E. \_\_\_\_\_ habe das Amt des Willensvollstreckers niedergelegt, weil ihm eine Absetzungsklage angedroht worden sei. Es stehe im Widerspruch zum Gerechtigkeitsgedanken, wenn er sich durch die Niederlegung des Amtes der Klage entziehe und nun in der Funktion als Gesellschafter der E1. \_\_\_\_\_ GmbH quasi durch die Hintertüre als Ersatzwillensvollstrecker wieder zum Zuge komme (act. 21 S. 5).

3.3. Im Übrigen stellt die Berufungsklägerin in Frage, ob Fürsprecher F. \_\_\_\_\_ gültig für die E1. \_\_\_\_\_ GmbH habe zeichnen können und diese das Mandat überhaupt angenommen habe. Gleichzeitig "verlässt" sich die Berufungsklägerin aber auf die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz (act. 21 S. 3). Weiter macht sie diverse Ausführungen zum vorinstanzlichen Verfahren (act. 21 S. 2-4), ohne aber Bezug auf das angefochtene Urteil zu nehmen oder konkrete Rügen zu formulieren. Auf all diese Ausführungen ist nicht weiter einzugehen.

4.

4.1. Gemäss Art. 517 Abs. 1 ZPO kann ein Erblasser in einer letztwilligen Verfügung eine oder mehrere handlungsfähige Personen mit der Vollstreckung seines Willens beauftragen. Dies ist dem Willensvollstrecker von der zuständigen Behörde von Amtes wegen mitzuteilen (Art. 517 Abs. 2 ZPO). Im Kanton Zürich ist das der Eröffnungsrichter (§ 137 lit. c GOG). Die Mitteilungspflicht gilt auch im Falle der Ersatzwillensvollstreckung, wenn also der Willensvollstrecker vorzeitig ausscheidet und in der Verfügung von Todes wegen ein Ersatzmann bezeichnet war (BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 4. Aufl., Art. 517 N 26). Diese amtliche Mitteilung muss auch erfolgen, wenn der Behörde die letztwillige Verfügung ungültig oder anfechtbar erscheint, weil die Behörde keine Kognitionsbefugnis betreffend die

Rechtsgültigkeit der Einsetzung eines Willensvollstreckers hat; dies ist Sache des ordentlichen Richters (BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 4. Aufl., Art. 517 N 11).

4.2. Daraus erhellt, dass die Vorinstanz im Rahmen der Pflicht zur Mitteilung des Auftrages zur Vollstreckung des Willens des Erblassers an die E1.\_\_\_\_\_ GmbH in vorläufiger Auslegung des Erbvertrags vom 27. Februar 2012 zu entscheiden hatte, ob es sich vorliegend um eine Anordnung auf Einsetzung eines Ersatzwillensvollstreckers handelt. Dabei hatte sie nur eine summarische Prüfung vorzunehmen und konnte sich im Wesentlichen auf den Wortlaut des Erbvertrages stützen. Die Berücksichtigung ausserhalb des Erbvertrages liegender Beweismittel zur Ermittlung des wirklichen Willens des Erblassers erfolgt wie erwähnt grundsätzlich durch das (im Streitfall angerufene) ordentliche Zivilgericht. Damit entspricht das Verfahren grundsätzlich demjenigen bei der Testamentseröffnung, weshalb die Kammer entsprechend der dortigen Praxis (vgl. OGer ZH, LF110058 vom 14. Juli 2011 E. 2.2 und LF110047 vom 27. Juli 2011 E. 3.2) im Rechtsmittelverfahren auch lediglich prüft, ob das Einzelgericht in diesem beschränkten Rahmen zutreffend verfahren ist.

4.3. Vor diesem Hintergrund ist der Vorinstanz beizupflichten, dass die Formulierung "im Verhinderungsfalle" so zu verstehen ist, dass die E1.\_\_\_\_\_ GmbH als Willensvollstreckerin amten solle, sofern Dr. iur. E.\_\_\_\_\_ verhindert ist, dies also nicht tut. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin ergibt sich aus dem Wortlaut auf den ersten Blick nicht, dass massgeblich wäre, aus welchen Gründen der erstgenannte Willensvollstrecker das Amt nicht ausübt. Insbesondere wird nichts darüber ausgesagt, ob es sich dabei um einen objektiven oder subjektiven Grund handeln muss, ob er von Anfang an bestehen muss oder auch – wie vorliegend mit der Amtsniederlegung – zu einem späteren Zeitpunkt erst eintreten kann. Der Erbvertrag enthält auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Wille des Erblassers dem entspricht, was die Berufungsklägerin vorträgt, nämlich dass der Ersatzwillensvollstrecker nur für den Fall des Vorversterbens von Dr. iur. E.\_\_\_\_\_ vorgesehen ist. Lediglich der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass sich ein solches Verständnis auch nicht zwangsläufig aufdrängt, weil Dr. iur. E.\_\_\_\_\_ immerhin einer der zwei Gesellschafter sowie der vorsitzende Geschäftsführer der

E1.\_\_\_\_\_ GmbH ist und mit seinem Tod auch das Schicksal der GmbH unklar sein dürfte. Im Gegenteil ist vordergründig davon auszugehen, dass der Erblasser die Willensvollstreckung gerade auf Grund der rechtlichen Verknüpfung von Dr. iur. E.\_\_\_\_\_ und der E1.\_\_\_\_\_ GmbH so verfügt hat. Insgesamt mag das für die Berufungsklägerin ungerecht erscheinen, zumal sie mit der Arbeitsweise von Dr. iur. E.\_\_\_\_\_ offenbar nicht einverstanden ist, darauf kommt es aber nicht an, weil nur der Erblasser selbst den Willensvollstrecker bzw. einen Ersatzwillensvollstrecker bestimmen kann und die Erben das zu akzeptieren haben. Im Übrigen bleibt es der Berufungsklägerin unbenommen, den Erbvertrag vom 27. Februar 2012 betreffend die Willensvollstreckung durch die E1.\_\_\_\_\_ GmbH durch den ordentlichen Richter beurteilen zu lassen (Ungültigkeitsklage) oder aber die von ihr erwähnte Absetzungsklage bei der Aufsichtsbehörde nunmehr gegen die E1.\_\_\_\_\_ GmbH zu erheben.

4.4. Demnach ist der angefochtene Entscheid über die Mitteilung der Ersatzwillensvollstreckung durch die E1.\_\_\_\_\_ GmbH nicht zu beanstanden. Die Berufung ist abzuweisen.

5.

5.1. Die Prozesskosten sind gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen.

5.2. Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist angesichts des Fr. 200'000.-- übersteigenden Streitwertes auf Fr. 3'000.-- festzusetzen (vgl. act. 24 E. 1), der Berufungsklägerin aufzuerlegen und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 3. März 2015 wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.-- festgesetzt, der Berufungsklägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin, an die gesetzlichen Erbinnen (je unter Beilage einer Kopie von act. 21), an die Willensvollstreckerin und an Dr. iur. E.\_\_\_\_\_ sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

4. 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 mindestens Fr. 200'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Houweling-Wili

versandt am: