



Kass.-Nr. AA080006/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und Georg Naegeli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 16. Juli 2008

in Sachen

1. **AG.**, ...,
2. **BG.**, ...,
3. **CG.**, ...,

Rekurrentinnen und Beschwerdeführerinnen

1-3 vertreten durch, ...

betreffend

Erbenqualitätsbescheinigung

im Nachlass von X.,

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der II. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. November 2007 (NL070133/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

1. a) Mit Eingabe vom 6. Oktober 2007 an das Bezirksgericht Affoltern stellten die drei Beschwerdeführerinnen das Gesuch, es sei ihnen eine Bestätigung auszustellen, dass sie berechnigte Erben der am 20. März 2004 verstorbenen X seien. Diese Bestätigung benötigten sie, um bei Banken und anderen Instituten Auskünfte einzuholen sowie Akteneinsicht und Aktenzustellung zu verlangen (ER act. 1).

Der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern wies mit Verfügung vom 24. Oktober 2007 dieses Begehren, welches er als Gesuch um Ausstellung einer "Erbenqualitätsbescheinigung" behandelte, ab. Zur Begründung führt der Einzelrichter an, die verlangte "Erbenqualitätsbescheinigung" sei als solche im Gesetz nicht vorgesehen. Es bestehe folglich kein Anspruch auf Ausstellung. Gleichwohl anerkenne die Praxis "Erbenqualitätsbescheinigungen". Diese könnten, sofern die Voraussetzungen dafür gegeben seien, den potentiellen Erben zum Zweck der Einholung von Auskünften gegenüber Banken und Ämtern ausgestellt werden. Die Erblasserin habe ein Testament hinterlassen, dessen Gültigkeit die Beschwerdeführerinnen anfochten. Dabei gehe es um die Erbberechtigung der im fraglichen Testament als Erbin eingesetzten IG. Am Obergericht des Kantons Zürich sei ein Prozess (Berufung) betreffend Feststellung der Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung hängig. Zum momentanen Zeitpunkt ständen somit nicht alle erbberechtigten Personen und damit die Erbgemeinschaft fest. Die Ausstellung eines Erbscheins sei in einem solchen Fall zu verweigern. Gleiches müsse auch für die Ausstellung einer "Erbenqualitätsbescheinigung" gelten, da nach hiesiger Praxis darin alle erbberechtigten Personen aufzuführen seien. Was genau Gegenstand des vor Obergericht geführten Berufungsverfahrens sei bzw. welche Personen als endgültige Erben anerkannt gelten, sei dem Bezirksgericht Affoltern nicht bekannt und könne vor rechtskräftiger Erledigung des am Obergericht hängigen Prozesses nicht gesagt werden (ER act. 6 = OG act. 2 S. 2 f. Erw. 2).

Das Obergericht (II. Zivilkammer) weist den von den Beschwerdeführerinnen gegen die einzelrichterliche Verfügung erhobenen Rekurs ab. Es hält fest, die Beschwerdeführerinnen bemängelten in ihrer Rekurschrift, der Einzelrichter setze für die "Erbenqualitätsbescheinigung" den gleichen Massstab an wie für einen Erbschein. Dies sei Unsinn, diene doch die Bestätigung der Erbberechtigung den Erben gerade dazu, wenn noch kein Erbschein ausgestellt werde, Auskünfte bei den Banken und Ämtern über den Nachlass einzuholen, und zwar könne dies jeder einzelne berechtigte Erbe selbst und für sich allein tun. Da es dabei nur um Bankauskünfte und nicht um eine Verfügung über Vermögenswerte oder Quoten gehe, werde auf der Bestätigung nur derjenige als erbberechtigt bestätigt, der um diese Ausstellung nachsuche (OG act. 1 S. 2). Die "Erbenqualitätsbescheinigung", so das Obergericht, sei dem Gesetz nicht bekannt. Es könne nicht angehen, dass bei Fehlen der Voraussetzungen zur Ausstellung eines Erbscheins den Erben oder einzelnen von ihnen auf dem Weg einer "Erbenqualitätsbescheinigung" deren Erbenstellung zwecks Einholung von Auskünften bescheinigt werde. Damit würde das Institut des gesetzlich geregelten und in der Praxis anerkannten Erbscheins umgangen. Es sei daher folgerichtig, dass der Einzelrichter die Voraussetzungen betreffend Erbbescheinigung auch auf die sogenannten "Erbenqualitätsbescheinigung" angewandt habe (OG act. 10 = KG act. 2 S. 4 Erw. 3.3).

b) Die Beschwerdeführerinnen beantragen mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde, es sei der Beschluss des Obergerichts vom 16. November 2008 insofern abzuändern, als ihnen in Gutheissung des Rekurses bescheinigt werde, dass sie im Nachlass von X als unbestrittene eingesetzte Erbeninnen gälten, damit sie das Recht wahrnehmen könnten, von Banken oder Behörden Auskünfte über Erbschaftsaktiven einzuholen (KG act. 1 S. 1).

2. Die Beschwerdeführerinnen rügen, das Obergericht verkenne in Erwägung 3.2 des angefochtenen Beschlusses (KG act. 2 S. 3), dass es nicht um eine Bescheinigung der "provisorischen Erbenstellung" der Beschwerdeführerinnen gehe, sondern um eine "provisorische Bescheinigung" oder eben um eine "Bescheinigung für Auskunft" an definitive Erbeninnen. Weiter verkenne das Obergericht in Erwägung 3.1 des angefochtenen Beschlusses, dass die Beschwerdeführerinnen nicht

einen Erbschein beantragt hätten, und dass es nur um ihr Auskunftsrecht gegenüber Banken und Behörden gehe. Beim Auskunftsrecht des Erben gehe es nicht um ein gesamthänderisches Vorgehen, sondern es sei jeder einzelne Erbe dazu berechtigt (KG act. 1 S. 3 Ziffern 3 und 5). Im letzten Absatz von Erwägung 3.2 bezeichne das Obergericht eine unrichtige Feststellung des Einzelrichters als zutreffend, nämlich dass auf der Bestellung einer "Erbenqualitätsbescheinigung" (auf dem betreffenden Bestellformular) darauf hingewiesen werde, dass alle erbberechtigten Personen aufzuführen seien. Tatsächlich stehe aber auf dem Bestellformular unter "Hinweis" nur, dass sämtliche gesetzlichen Erben zu ermitteln seien. Im vorliegenden Fall seien die gesetzlichen Erben bereits in der Eröffnungsverfügung vom 14. Juli 2004 aufgelistet worden. Der vor Obergericht hängige Berufungsprozess, in dem es nur um die Erbberechtigung der durch eine Testamentskopie eingesetzten Erbin gehe, habe, wie den Gerichten bekannt, keinen Einfluss auf den Erbenstatus der durch Erbvertrag eingesetzten Erben, d.h. der Beschwerdeführerinnen (KG act. 1 S. 4 f. Ziffer 6).

Sodann rügen die Beschwerdeführerinnen die Feststellung des Obergerichts, dass es nicht angehen könne, dass bei Fehlen der Voraussetzungen zur Ausstellung eines Erbscheins den Erben oder einzelnen von ihnen auf dem Weg einer "Erbenqualitätsbescheinigung" deren Erbenstellung zwecks Einholung von Auskünften bescheinigt werde, dass damit das Institut des gesetzlich geregelten und in der Praxis anerkannten Erbscheins umgangen würde, und dass es daher folgerichtig sei, dass der Einzelrichter die Voraussetzungen betreffend Erbbecheinigung auch auf die sogenannten "Erbenqualitätsbescheinigung" angewandt habe (KG act. 2 S. 4 Erw. 3.3 Abs. 2), als unzutreffend und willkürlich. Damit werde die Praktikabilität des von den Bezirksgerichten in der Praxis entwickelten Instituts verhindert. Auch würde damit, wie im vorliegenden Fall, die Handlungsfähigkeit in Bezug auf die Feststellung von Vermögenswerten im Nachlass total blockiert und eine seriöse Erbübernahme vor der Teilung verunmöglicht, was der gesamten Erbengemeinschaft schade (KG act. 1 S. 6 Ziffer 7).

3. Wie sowohl der Einzelrichter wie auch das Obergericht zutreffend festhalten, ist die "Erbenqualitätsbescheinigung" im Gesetz nicht vorgesehen (OG act. 2 S. 2

Erw. 2, KG act. 2 S. 4 Erw. 3.3). Das Zivilgesetzbuch kennt in diesem Zusammenhang lediglich den Erbschein an die eingesetzten Erben (Art. 559 Abs. 1 ZGB), welcher nach ständiger und einhelliger Praxis auf Verlangen auch gesetzlichen Erben ausgestellt wird. Entsprechend fällt in die Zuständigkeit des Einzelrichters im summarischen Verfahren die Ausstellung des Erbscheins an gesetzliche oder eingesetzte Erben (§ 215 lit. c Ziffer 20 ZPO). Eine Zuständigkeit des Einzelrichters im summarischen Verfahren zur Ausstellung einer "Erbenqualitätsbescheinigung" oder einer anderslautenden Bescheinigung für den Fall, dass die Voraussetzungen zur Ausstellung eines Erbscheins nicht gegeben sind, ergibt sich aus der Zivilprozessordnung, aus dem Gerichtsverfassungsgesetz und auch aus anderen prozessrechtlich und gerichtsorganisationsrechtlich relevanten Rechtsnormen nicht.

Ob Einzelrichter an Bezirksgerichten zulässig handeln, wenn sie "Erbenqualitätsbescheinigungen" oder ähnliche im Gesetz nicht vorgesehene Bescheinigungen ausstellen, kann offen bleiben. Es mag einem berechtigten praktischen Bedürfnis entsprechen, dass eine solche Bescheinigung ausgestellt werden kann, wenn der Erbschein nach Art. 559 Abs. 1 ZGB noch nicht zulässig ist. Ein Rechtsanspruch auf eine solche Ausstellung leitet sich daraus aber nicht ab. Sind einzelne Bezirksgerichte bzw. deren Einzelrichter bereit, im Sinne eines Dienstes am Bürger dennoch solche Bescheinigungen auszustellen, ist ihnen nicht zum Vorwurf zu machen, wenn sie daran hohe Anforderungen knüpfen und insbesondere während eines laufenden Gerichtsverfahrens (hier Berufungsverfahren vor Obergericht), welches die Zusammensetzung der Erbengemeinschaft zum Inhalt hat, eine solche Ausstellung verweigern. Daran ändert auch dann nichts, wenn soweit für den Einzelrichter ersichtlich die Erbenstellung der um die Bescheinigung Ersuchenden gegeben ist, da nie ausgeschlossen werden kann, dass im Verlauf des Gerichtsverfahrens der Gegenstand sich ändert, einschränkt oder erweitert (Widerklage, Vergleich usw.).

Jedenfalls ist die Verweigerung der im Gesetz nicht vorgesehenen Ausstellung einer "Erbenqualitätsbescheinigung" durch den Einzelrichter und die Abweisung

des entsprechenden Rekurses durch das Obergericht nicht zu beanstanden. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen.

4. Ausgangsgemäss haben die Beschwerdeführerinnen die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO), wobei solidarische Haftung anzuordnen ist (§ 70 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 600.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Beschwerdeführerinnen je zu einem Drittel auferlegt, unter solidarischer Haftbarkeit für den gesamten Betrag.
4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt 1'330'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 16. November 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: