Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: LB160033-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 18. August 2016

in Sachen

A._____,
Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

Erbengemeinschaft B._____,
a) **C._____**,
b) **D._____**,
c) **E._____**,
d) **F._____**,
e) **G._____**,
Kläger und Berufungsbeklagte

a, b, c, d, e vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Ungültigkeit einer letztwilligen Verfügung**

Berufung gegen ein Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach vom 11. Mai 2016; Proz. CP150002

Rechtsbegehren:

1. Es sei das Testament B._____ vom 20.10.2013 für ungültig zu erklären;

2. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten (unter Einschluss der CHF 600.00 an Kosten für die Klagebewilligung), die Entschädigung zuzüglich der MWSt zum dannzumaligen Satz, derzeit zu 8%.

(act. 1 S. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes Bülach:

1. Es wird festgestellt, dass das Testament vom 20. Oktober 2013 nichtig ist.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 8'190.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt, jedoch mit dem Kostenvorschuss der Kläger verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 8'190.– zu ersetzen.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von Fr. 10'864.80 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Zudem hat der Beklagte den Klägern die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 600.– zu ersetzen.

5. (Mitteilungen, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Beklagten:

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 11. Mai 2016 im Verfahren CP150002 vollumfänglich aufzuheben und die Klage zufolge Anerkennung abzuschreiben.

2. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWSt zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten.

(act. 30 S. 2)

Erwägungen:

1.1 Die Kläger sind die Erben des am tt. März 2014 verstorbenen B._____. Dieser hatte dem Beklagten am 15. August 2013 seinen Miteigentumsanteil am Grundstück Kat. Nr. …, … [Adresse] verkauft. An den Kaufpreis wurde ein lebenslanges Wohnrecht des Verkäufers im verkauften Objekt angerechnet, und ein Betrag von Fr. 88'600.-- wurde als Darlehen stehen gelassen (act. 14/1). Am 20. Oktober 2013 unterzeichnete B._____ ein Papier, das mit "Testament: B._____" überschrieben ist und Folgendes bestimmt: Wenn das Wohnrecht darum gelöscht werde, weil es der Berechtigte nicht mehr ausüben könne, werde das Darlehen dem Borger im dannzumal noch nicht zurückbezahlten Betrag erlassen,. Der Text ist mit Maschine geschrieben, und einzig neben dem Ort "H._____" ist von Hand geschrieben "20. 10.13", und neben "B._____: " ist dieser Name ebenfalls von Hand hingesetzt (act. 4/3). Um dieses Papier dreht sich der Prozess.

1.2 Am 24. August 2015 reichten die Kläger die Klage mit dem eingangs genannten Begehren ein. In der Klageantwort verlangte der Beklagte,

> "Es sei Vormerk zu nehmen, dass der Beklagte bereits mit Schreiben vom 14. November 2014 anerkannt hat, dass das Schriftstück vom 20. Oktober 2013 (act. 4/3), betitelt mit 'Testament: B._____', kein Testament im Sinne

der Artikel 467 und 498 ff. des ZGB ist und entsprechend sei die Klage vom 24. August 2015 als durch vorprozessuale Anerkennung erledigt abzuschreiben."

(act. 11 S. 2)

In der mündlichen Replik stellten die Kläger die Anträge,

"1. Es sei Vormerk zu nehmen davon, dass der Beklagte die Ungültigkeit des Testamentes in der Klageantwort vom 26.10.2015 anerkannt hat und es sei das Verfahren wegen Gegenstandslosigkeit in Folge Anerkennung abzuschreiben, unter KuEF zulasten des Beklagten, die Entschädigung zuzüglich MWSt 8%;

2. eventualiter sei die Klage im Sinne der Anträge in der Klageschrift vom 24.8.2015 gutzuheissen, unter KuEF zulasten des Beklagten, die Entschädigung zuzüglich der MWSt zu 8%."

(act. 18 S. 1)

In der Duplik hielt der Beklagte an seinem ersten Vortrag fest (act. 20).

Vergleichsgespräche unter den Parteien führten zu keinem Ergebnis (Prot. I S. 24; act. 25), und am 11. Mai 2016 fällte das Bezirksgericht das angefochtene Urteil.

2. Die Berufung wurde rechtzeitig erhoben (act. 28 und 30). Der Beklagte leistete den ihm auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 7'400.-- auf erste Fristansetzung hin (act. 37).

Weitere prozessleitende Verfügungen wurden nicht getroffen.

3.1 Der Beklagte verlangt, das Verfahren sei als durch Anerkennung erledigt abzuschreiben. Er argumentiert allerdings gar nicht damit, dass er die Klage anerkannt habe, sondern was das streitige Dokument seiner Ansicht nach darstellt (act. 30 Rz. 11 ff.).

Der Gegenstand des Zivilprozesses wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979 S. 193 f.). Anerkennung im zivilprozessualen Sinn bedeutet, dass

die beklagte Partei gegenüber dem Gericht erklärt, sie unterziehe sich diesem Begehren (Art. 241 Abs. 1 ZPO; Guldener op. cit. S. 399 f.; Engler, OFK-ZPO Art. 241 N. 2; Dike Komm-Kriech, 2. Aufl. 2016 Art. 241 N. 6). Sie ist nur im Prozess denkbar.

Das Rechtsbegehren lautete, das Testament B._____s vom 20. Oktober 2013 sei für ungültig zu erklären (das Bezirksgericht hat seinem Urteil etwas anderes als "Rechtsbegehren" vorangestellt; das war aber nicht das Rechtsbegehren, sondern ein prozessualer Antrag). Dass er das anerkannt habe, macht der Beklagte in der Berufung nicht geltend. Sein Hauptstandpunkt ist daher unbegründet, wie das auch das Bezirksgericht zutreffend gesehen hat (Urteil E. 7.3).

3.2 Bemerkenswert ist, dass beide Parteien dem Bezirksgericht vortrugen, die Klage sei anerkannt worden (vorstehend, E. 1.2).

Das Gericht darf im Bereich der Dispositionsmaxime den Prozess nicht weiterführen, wenn kein Streit mehr besteht (Guldener, op. cit. S. 148). Richtig verstanden waren sich die Parteien aber gerade nicht einig. Der Beklagte argumentierte, das Dokument vom 20. Oktober 2013 sei keine letztwillige Verfügung und darum könne sich die Frage der Formungültigkeit gar nicht stellen (act. 11 Rz. 18 ff.), wogegen die Kläger darauf beharrten, es sei die Ungültigkeit "des Testamentes" anerkannt worden (act. 18 S. 1 unten und passim). Damit lag kein Fall vor, der zum Abschreiben des Verfahrens aufgrund von Erklärungen der Parteien im Prozess hätte führen können.

3.3 Richtig hat es das Bezirksgericht nicht dabei bewenden lassen, dass keine Anerkennung des Rechtsbegehrens erklärt worden war. Im Sinne von Art. 18 OR und Art. 52 ZPO prüfte es, was die irrige Ausdrucksweise des Beklagten bedeuten konnte. Zivilprozessual warf der Beklagte im Grund die Frage nach dem rechtlichen Interesse der Kläger auf (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), indem er geltend machte, eine vorprozessuale Erklärung seines Anwaltes habe den Prozess unnötig gemacht. In der Berufung kritisiert er, das Bezirksgericht habe sich nicht mit seiner Argumentation auseinandergesetzt, es sei "grundsätzlich eher" ein gültiges Rechtsgeschäft unter Lebenden als eine ungültige Verfügung von Todes

wegen anzunehmen. Das Wohnrecht sei nämlich nicht erst mit dem Tod des Erblassers erloschen, sondern bereits im Zeitpunkt des Spitaleintrittes und der Pflege auf der Intensivstation ab dem tt. Februar 2014, resp. nach der Verlegung auf die Palliativ-Abteilung am tt. März 2014. Zudem sprächen die Auslegung dem Sinn nach und die Verschiedenheit zweier ähnlicher Dokumente dafür, dass das heute im Streit liegende gerade keine letztwillige Verfügung sein sollte. Eine letztwillige Verfügung könne einseitig widerrufen werden, ein Schenkungsversprechen aber nicht. Und das angebliche "Testament" sei nie zur Eröffnung eingereicht worden, was belege, dass es niemand als Testament angesehen habe (im Einzelnen act. 30 S. 7 ff.).

Alle diese Argumente werden erheblich sein für den materiellen Streit darüber, ob dem Beklagten mit dem fraglichen Dokument das Darlehen (oder sein Rest) erlassen worden sei. Der Gesichtswinkel des schutzwürdigen Interesses ist ein anderer: es kommt darauf an, ob das anbegehrte Urteil den Klägern einen sinnvollen Vorteil verschaffen kann. Ob ein anderer Weg zu einem schnelleren und besseren Rechtsschutz führen könnte, ist nicht erheblich (KuKo ZPO-Domej 2. Aufl., Art. 59 N. 24). Es wird sogar vertreten, auch an einer offenkundig unbegründete Klage bestehe das erforderliche Interesse (Guldener, op. cit. S. 205 Fn. 3 am Ende). Jedenfalls besteht das Interesse dann, wenn unterschiedliche Auffassungen denkbar sind – gerade dann schafft dem Kläger ein Urteil darüber einen Erkenntnisgewinn im Hinblick auf sein weiteres Vorgehen.

Offenkundig hat der Beklagte ein Interesse daran, dass seine (Rest-)Schuld aus dem Darlehen erlassen ist, und im Interesse der Kläger liegt es, dass der Erlass nicht erfolgte. Falls es dafür auf das heute streitige Papier ankommt, ist der Erlass dann formgültig, wenn der Erlass unter Lebenden verfügt wurde: dann reichte dafür die einfache Schriftlichkeit (Art. 243 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 13 OR). Falls der Erlass von Todes wegen erfolgte, fehlt es an der Handschriftlichkeit und ist er formungültig (Art. 505 Abs. 1 ZGB). Nach der Formulierung kann der Erblasser beide Fälle gemeint haben: das Wohnrecht konnte darum gelöscht werden, weil der Berechtigte pflegebedürftig wurde und nach vernünftigem Ermessen nicht in das Haus zurück kehren konnte - das wäre die Variante der Ver-

fügung unter Lebenden. Das Wohnrecht erlosch aber auch mit dem Tod des Berechtigten - und falls das gemeint war und eintrat, war die Verfügung an den Tod geknüpft, "von Todes wegen" aufgestellt und damit formbedürftig. Das Rechtsschutzinteresse der Kläger an ihrer Klage fehlte nur dann, wenn die zweite Variante so eindeutig ausgeschlossen wäre, dass sie an der Klärung der Frage kein vernünftiges Interesse hätten, die Klage vielmehr als völlig sinnlos erschiene. Das ist nicht der Fall.

- Der Beklagte sagt selber, es sei "grundsätzlich eher" ein gültiges Rechtsgeschäft unter Lebenden als eine ungültige Verfügung von Todes wegen anzunehmen. Es ist also nach seiner eigenen Darstellung keinesfalls sicher, dass eine Erklärung, welche sowohl als Rechtsgeschäft unter Lebenden als auch als Verfügung von Todes wegen beurteilt werden kann, immer das erstere sein muss. Dem ist zuzustimmen.

- Falls das Wohnrecht nicht erst mit dem Tod des Erblassers (am tt. März 2014) erloschen ist, sondern bereits im Zeitpunkt des Spitaleintrittes und der Pflege auf der Intensivstation ab dem tt. Februar 2014 (act. 4/6 S. 7), resp. nach der Verlegung auf die Palliativ-Abteilung am tt. März 2014, dürfte das streitige Papier als letztwillige Verfügung in der Tat bedeutungslos sein. Man kann allerdings wohl in guten Treuen unterschiedlicher Meinung sein zur Frage, ob die Spitalpflege (wenn auch wegen einer schweren und letztlich tödlichen Krankheit) von nur gerade fünfzehn Tagen Dauer einen eigenständigen Grund zur Löschung des Wohnrechts darstellte. In diesem Zusammenhang darf auch berücksichtigt werden, dass der Beklagte selber in dem vorprozessualen Brief vom 14. November 2014 schreiben liess, das Wohnrecht "wäre" erloschen, "wenn B._____ in ein Alters- oder Pflegeheim übergesiedelt wäre" (act. 14/4) - und damit offenbar die kurze Hospitalisierung vor dem Tod des Erblassers nicht ohne Weiteres und klar als Grund für das Erlöschen des Wohnrechts ansah.

- Die Auslegung einer Erklärung führt nur selten zu einem ganz eindeutigen Resultat, auch wenn ein bestimmter Sinn nahe liegen mag. Das streitige Papier ist immerhin mit "Testament" überschrieben, und dass ein solches die Verfügung über Vermögenswerte auf den Tod des Verfügenden enthält, ist allgemein

bekannt. Von da her ist es keinesfalls auszuschliessen, dass B._____ den Schuld-Erlass (auch) für den Fall seines Todes beabsichtigte. Auffällig ist das Nebeneinander zweier fast gleichlautender Dokumente, darauf weist der Beklagte zutreffend hin: neben dem im vorliegenden Verfahren streitigen gibt es eine weitere Verfügung vom 14. August 2013 zu Gunsten des Beklagten (act. 14/3, act. 19/1 Anhang). In welchem Verhältnis diese Dokumente nach Auffassung des Verfügenden zu einander stehen sollten, ist nicht ohne Weiteres klar. Insbesondere scheint das vom 14. August 2013 ebenso wie das vom 20. Oktober 2013 Anordnungen für die zwei möglichen Varianten zu enthalten, dass das Wohnrecht entweder durch den Tod des Berechtigten oder aber dadurch erlosch, dass dieser es dauernd nicht mehr ausüben konnte: für eine rein testamentarische Anordnung hätte es genügt zu bestimmen, dass dem Borger beim Tod des Darleihers der dannzumal offene Betrag des Darlehens erlassen sei. Es lässt sich daher auch aus dem Nebeneinander der beiden Dokumente nicht eindeutig ableiten, das erste stelle keine letztwillige Verfügung dar.

- Der Beklagte hat wohl Recht mit dem Hinweis, dass eine letztwillige Verfügung einseitig widerrufen werden kann, ein Schenkungsversprechen aber nicht. Daraus lässt sich aber nichts Eindeutiges gewinnen für die Frage, was B._____ mit dem ersten "Testament" beabsichtigte, namentlich ob er sich fest binden wollte oder ob er sich eine gegenteilige Anordnung vorbehielt.

- Das "Testament" vom 20. Oktober 2013 wurde offenbar nicht zur amtlichen Eröffnung eingereicht. Der Beklagte schliesst daraus, dass niemand es als letztwillige Verfügung ansah. Dazu ist zu bemerken, dass es vorweg die Pflicht des Vaters des Beklagten gewesen wäre, das Papier einzuliefern, weil offenbar er es war, der es aufbewahrte oder mindestens auffand (Art. 556 Abs. 1 ZGB; act. 4/8). Nachdem es nun allen Beteiligten bekannt ist, scheinen Weiterungen nicht zwingend. Für die heutige Frage ist der Umstand der (nicht-)Einlieferung nicht entscheidend. Die Kläger haben wohl ein Interesse daran, dass das Papier als letztwillige Verfügung zu verstehen ist - weil diese dann formungültig ist. Dass (auch) sie die ihnen von Art. 556 ZGB auferlegte Pflicht verletzten, ist aber für die rechtliche Beurteilung nicht schlüssig. Insbesondere kann ihnen nicht ein (offen-

barer) Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden, wenn sie nun sozusagen vorsorglich gleichwohl die Formungültigkeit festgestellt haben wollen.

Nur der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass eine nicht vollständig von Hand geschriebene letztwillige Verfügung nicht klarerweise völlig bedeutungslos ist. Zwar argumentiert der Privatgutachter des Beklagten so (act. 32/1). Die fehlende (vollständige) Handschriftlichkeit ist aber in der Praxis der Kammer der häufigste Fall der Formungültigkeit im Sinne von Art. 520 Abs. 2 ZGB. Eine andere Frage ist es, ob ein Papier überhaupt einen Testierwillen ausdrücken soll, was zweifelhaft ist, wenn es nicht unterzeichnet wurde. Immerhin ist das heute streitige Dokument aber von Hand unterschrieben. Es ist also nicht ohne Weiteres klar, dass kein Anwendungsfall der blossen Anfechtbarkeit vorliegt.

Damit kann auch dem (sinngemässe) Standpunkt des Beklagten nicht gefolgt werden, es habe den Klägern am schutzwürdigen Interesse für ihre Klage gefehlt. Die Berufung ist damit in der Sache abzuweisen.

4. Die Kostenfolgen gehen bei diesem Ausgang des Verfahrens zu Lasten des Beklagten.

4.1 Zur ersten Instanz bemängelt der Beklagte, sie sei von einem unrichtigen Streitwert ausgegangen: vorweg habe das im Hintergrund streitige Darlehen ursprünglich auf einen Betrag von Fr. 88'600.-- nicht nur Fr. 86'000.-- gelautet, und es sei sei durch teilweise Rückzahlung und teilweisen Erlass schon zu Lebzeiten des Erblassers auf Fr. 73'000.-- reduziert worden, und die Gebührenansätze betrügen daher richtig Fr. 7'390.-- (Gericht) resp. Fr. 9'070.-- (Parteientschädigung). Zudem habe das Gericht die Klage gar nicht gutgeheissen, was "in der Verteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ihren Ausdruck finden müsste, es aber nicht tut" (act. 30 S. 14).

Geklagt wurde auf "Ungültigkeit" eines Testamentes, was der gesetzlichen Terminologie entspricht (Art. 520 Abs. 1 ZGB). Vorstehend wurde bereits erörtert, dass die umständlichen Anträge beider Parteien im Laufe des Verfahrens zwar Anträge zum Erledigen der Sache darstellten, aber keine Rechtsbegehren im Sin-

ne von Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO. Das Bezirksgericht hat erwogen, das fragliche Dokument sei als letztwillige Verfügung nicht nur anfechtbar, sondern völlig nichtig, es schade aber nicht, wenn eine Partei die Feststellung der Nichtigkeit nicht ausdrücklich verlange (Urteil S. 17 f.). Die erste Überlegung kann man in Frage stellen. Insbesondere der Verweis auf *BGer* 5A_131/2015 vom 26. Mai 2015 trägt nicht: dort ging es im Rahmen der Beurteilung des prozessualen Armenrechts darum, ob eine Verfügung in einfacher Schriftlichkeit gültig sein könne, und *das* bezeichnete das Bundesgericht als ausgeschlossen; ob das Papier mangels Anfechtung gültig würde oder nicht, lässt sich dem Entscheid nicht entnehmen. Für die Frage der Kosten ist wesentlich, dass das Gericht dem Antrag der Kläger folgend feststellte, das streitige Papier habe keine Wirkungen als letztwillige Verfügung. Insoweit obsiegten die Kläger, und der Beklagte unterliegt, weil er sich dem widersetzt hatte.

Richtig ist, dass das Bezirksgericht bei den Erwägungen zu den Kosten irrtümlich davon ausging, das Darlehen habe ursprünglich (nur) Fr. 86'000.-- betragen (Urteil S. 86). Die Kläger hatten den Streitwert mit Fr. 88'600.-- beziffert (act. 1 S. 3), also auf die ursprüngliche Höhe des Darlehens abgestellt. Der Beklagte liess im Rahmen der Formalien zunächst zum Streitwert nur ausführen, dieser liege "über Fr. 30'000.--", weiter äusserte er sich nicht dazu (act. 11 Rz. 6). Im Rahmen der weiteren Darstellung des Sachverhaltes brachte er beiläufig vor, das Darlehen habe sich durch teilweise Amortisation und teilweisen Erlass auf Fr. 73'000.-- reduziert (act. 11 Rz. 11). In der Replik bestritten das die Kläger nicht ausdrücklich. Sie behaupteten aber, die streitige Erklärung vom 20. Oktober 2013 sei ein "Wucherprodukt", dem Unterzeichner in einer krankheitsbedingten Notlage vom Vater des Beklagten abverlangt (act. 18 Ziff. 5). In der vorprozessualen Korrespondenz hatten sie - laut dem Schreiben des Anwaltes des Beklagten - die Reduktion des Darlehens offenbar bestritten (act. 14/4 S. 2). Unter diesen Umständen konnte nicht ohne Weiteres angenommen werden, die Kläger stimmten der Reduktion des Streitwertes zu, und der Beklagte erläutert nicht, wo er allenfalls in der Duplik nachgehakt hätte. Der Streitwert betrug also nach wie vor Fr. 88'600.--.

Die Gebührentarife sehen ein weites Ermessen vor. Die Bemessung der Entscheidgebühr geht bei einem Streitwert von Fr. 88'600.-- von Fr. 8'300.-- aus, beim Streitwert von Fr. 73'000.-- von Fr. 7'400.-- (§ 4 GebV OG), die Gebühr kann allerdings zum Berücksichtigen der besonderen Umstände des Falles ermässigt oder erhöht werden, das letztere in der Regel um bis zu einem Drittel, in Ausnahmefällen bis um die Hälfte. Ein Ausnahmefall im letzteren Sinn liegt nicht vor. Hingegen war die Sache ungewöhnlich verwickelt, sowohl prozessual als auch materiell, weil beide Seiten es nicht beim Argumentieren zur Form des streitigen Dokumentes beliessen, sondern weitere Aspekte und Umstände einbrachten. Entsprechend fiel das angefochtene Urteil auch verhältnismässig umfangreich und kompliziert aus. Im Rahmen einer Gebühr von bis zu Fr. 9'860.-- auch beim tieferen Streitwert von Fr. 73'000.-- bewegt sich die vom Bezirksgericht festgesetzte Gebühr von Fr. 8'190.-- jedenfalls im Rahmen des Ermessens. Gleiches gilt für die Parteientschädigung, wo der Beklagte zudem den Zuschlag für den zweiten Vortrag nicht beachtet hat: der Grundansatz beim Streitwert von Fr. 73'000.-- ist Fr. 9'070.--, und beim Streitwert von Fr. 88'600.-- liegt er bei Fr. 10'200.--; er kann wegen der Schwierigkeit der Sache erhöht werden, und es ist ein Zuschlag im Sinne von § 11 Abs. 2 und 3 AnwGebV (höchstens die Hälfte der Grundgebühr) zu berechnen. Die zugesprochenen Fr. 10'060.-- ohne Mehrwertsteuer sind also keinesfalls zu hoch.

4.2 Das Berufungsverfahren war nicht mehr besonders aufwändig. Die Entscheidgebühr ist auf Fr. 5'000.-- anzusetzen, was auch bei Annahme eines Streitwertes von nur noch Fr. 73'000.-- angemessen ist.

Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen: dem Beklagten nicht, weil er unterliegt, den Klägern nicht, weil sie in der Berufung keine Aufwendungen hatten.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das angefochtene Urteil wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.-- festgesetzt und dem Beklagten auferlegt.

3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kläger unter Beilage des Doppels von act. 30, sowie an das Bezirksgericht, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
   Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. 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. 73'000.--.
   Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:	Die Gerichtsschreiberin:
lic. iur. P. Diggelmann	lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: