

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF150059-O/U,

damit vereinigt Geschäfts-Nr. LF150060 und LF150061

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan

Urteil vom 19. Dezember 2016

in Sachen

1. **A.** _____,

2. **B.** _____,

3. **C.** _____,

Berufungskläger,

Nr. 1 bis 3 vertreten durch Rechtsanwalt und Notar Dr. X. _____

gegen

1. **D.** _____,

2. **E.** _____,

3. **F.** _____,

4. **G.** _____,

Berufungsbeklagte,

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von H. _____, geboren tt. Mai 1932, von ... ZH, gestorben tt.mm.2015, wohnhaft gewesen ... [Adresse],

Berufungen gegen ein Urteil des Einzelgerichts Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Oktober 2015 (EL150817)

**Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, vom
19. Oktober 2015**

(act. 37 = act. 39 = act. 42/37 = act. 43/37):

- "1. Den Beteiligten wird je eine Fotokopie der Testamente zugestellt.
Die Originaltestamente bleiben im Gerichtsarchiv aufbewahrt.
 2. Die eingesetzten Erben (Ziff. II/2, II/3, II/5 und II/6) sind berechtigt, die Ausstellung des auf sie lautenden Erbscheins zu verlangen.
 3. Der Erbschein wird ausgestellt, sofern die übrigen gesetzlichen Erben (Ziff. II) dagegen nicht innert Monatsfrist, von der Zustellung dieses Urteils an gerechnet, durch Eingabe an das Einzelgericht Einsprache erheben.
 4. Es wird festgehalten, dass das Willensvollstrecker-Mandat der I. _____ AG dahingefallen ist.
 5. Das Geschäft wird als erledigt abgeschrieben.
Die Regelung des Nachlasses ist Sache der Erben.
 6. Die Kosten betragen:

Fr.	1340.00	Entscheidgebühr
Fr.	<u>40.00</u>	Barauslagen
Fr.	1380.00	Kosten total.
 7. Die Kosten werden zu Lasten des Nachlasses mit separater Rechnung von D. _____ (Ziff. II/2) bezogen.
- [8.-9. Mitteilung, Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

der Berufungskläger 1, 2 und 3 (act. 38 S. 2, 42/38 S. 2 und 43/38 S. 2):

- "1. Ziff. 2 des Urteils vom 19. Oktober 2015 des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen sei vollumfänglich aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:
Die eingesetzten Erben (Ziff. II/1.1, II/1.2, II/2., II/3., II/4.1, II/5. und II/6.) sind berechtigt, die Ausstellung des auf sie lautenden Erbscheines zu verlangen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse."

Erwägungen:

I. (Sachverhalt/Prozessgeschichte)

1. Am tt.mm.2015 verstarb H._____ geb. ..., geboren am tt. Mai 1932 (Erblasserin), mit letztem Wohnsitz in Zürich. Als gesetzliche Erben hinterliess sie vier Geschwister (die Berufungsbeklagten 1 bis 4) und drei Neffen (die Berufungskläger 1 bis 3; vgl. act. 37 S. 2).

In der Folge wurden dem Einzelgericht in Erbschaftssachen am Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) ein Testament der Erblasserin vom 18. März 2002 sowie eine "Nachträgliche Änderung z. Testament" vom 16. März 2010 eingereicht (vgl.; act. 1 und 37 S. 1; das Testament und die nachträgliche Änderung finden sich in beglaubigter Fotokopie in den beigezogenen Akten der Vorinstanz).

2. Am 19. Oktober 2015 erliess die Vorinstanz das eingangs angeführte Urteil. Sie kam darin in vorläufiger Auslegung des Testaments und der nachträglichen Änderung zum Schluss, dass die jüngere Verfügung vom 16. März 2010 das für die Erbfolge massgebliche Testament sei, und dass daher die darin bedachten Personen (im Einzelnen die Berufungsbeklagten 1 bis 4) als eingesetzte Erben zur Erbfolge gelangten. Folglich erkannte die Vorinstanz, dass diese Personen berechtigt seien, die Ausstellung des auf sie lautenden Erbscheins zu verlangen (vgl. act. 37 S. 4).

Das Urteil vom 19. Oktober 2015 wurde den Berufungsklägern 1 und 2 am 30. Oktober 2015 und dem Berufungskläger 3 am 29. Oktober 2015 zugestellt (vgl. die nicht akturierten Zustellungsbescheinigungen der Amtsgerichte Waldshut-Tiengen und Böblingen zuhinterst bei den Akten der Vorinstanz).

3. Mit Eingaben vom 9. November 2015, gleichentags der Post übergeben, erhoben die Berufungskläger je mit separaten, jedoch identischen Rechtschriften Berufung gegen das Urteil vom 19. Oktober 2015 und stellten die eingangs angeführten Anträge (act. 38 S. 2, 42/38 S. 2 und 43/38 S. 2). Die zunächst

angelegten Verfahren LF150059, LF150060 und LF150061 wurden mit Verfügung vom 26. November 2015 vereinigt und unter der Geschäfts-Nr. LF150059 weitergeführt. Entsprechend wurden die Verfahren mit den Geschäfts-Nr. LF150060 und LF150061 als dadurch erledigt abgeschrieben (vgl. act. 44, 42/42 und 43/43).

4 Mit Verfügung vom 13. November 2015 nahm die Vorinstanz Vormerk davon, dass die Berufungskläger Einsprache gegen die Ausstellung der Erbscheine erhoben hatten, und hielt fest, solange die Einsprache zu Recht bestehe, werde kein Erbschein ausgestellt (vgl. Geschäfts-Nr. EN150480).

5. Den mit Verfügung vom 26. November 2015 einverlangten Kostenvorschuss von Fr. 2'400.– (act. 44) leisteten die Berufungskläger innert Frist (act. 46). Nachdem die Berufungsbeklagten dem Gericht aufforderungsgemäss ein Zustellungsdomizil in der Schweiz bezeichnet hatten (act. 44 und 47-54), wurde ihnen mit Verfügung vom 12. Februar 2016 eine Frist von 10 Tagen zur Beantwortung der Berufung angesetzt, mit dem Hinweis, dass das Verfahren bei Säumnis ohne Berufungsantwort weitergeführt werde (act. 55). Diese Frist lief unbenutzt ab.

6. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 1-35). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die Beteiligten haben offenbar Vergleichsgespräche geführt, konnten sich bis heute jedoch nicht einigen (vgl. act. 57).

II. (Zur Beschwerde)

1.1. Das vorliegende Verfahren betrifft die Eröffnung einer letztwilligen Verfügung; den Erben wird die gesetzliche Erbbescheinigung in Aussicht gestellt. Die Bestimmung der dafür zuständigen Behörde liegt in der Kompetenz der Kantone (Art. 54 Abs. 1 SchIT ZGB i.V.m. Art. 557 Abs. 1 ZGB). Im Kanton Zürich ist das örtlich zuständige Einzelgericht mit dieser Aufgabe betraut (§ 137 lit. c GOG). Die entsprechenden Entscheide ergehen im summarischen Verfahren (vgl. HAUSER/SCHWERI/LIEBER, GOG-Kommentar, Vorbemerkungen zu §§ 137 ff., N 1-4).

Gegen Erledigungsentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung nach Art. 308 ff. ZPO zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 314 ZPO). Vorausgesetzt ist in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ein Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Steuerwert des Nachlasses beträgt Fr. 396'000.– (vgl. Aktendeckel der vorinstanzlichen Akten). Den Berufungsklägern 1 und 2 geht es indes bloss um je 15 % am Nachlass, dem Berufungskläger 3 um 10 %, was rechtfertigt, den Streitwert auf insgesamt Fr. 158'400.– festzulegen. Der für die Berufung vorausgesetzte Streitwert ist somit gegeben.

1.2. Die zuständige Behörde – im Kanton Zürich wie bereits erwähnt das Einzelgericht – hat bei ihr eingereichte Testamente binnen Monatsfrist zu eröffnen. Daraufhin, nach Ablauf eines Monats seit der Eröffnung, wird den eingesetzten Erben auf ihr Verlangen die Erbescheinigung ausgestellt, sofern die gesetzlichen Erben oder die aus einer früheren Verfügung Bedachten nicht ausdrücklich deren Berechtigung bestritten haben (Art. 559 Abs. 1 ZGB). Auch den gesetzlichen Erben wird von Lehre und Praxis ein Anspruch auf Ausstellung einer Erbescheinigung unter den entsprechenden Voraussetzungen zuerkannt. Der Zweck der Erbescheinigung besteht darin, den berechtigt erscheinenden Erben einen provisorischen Ausweis über ihre Stellung zu geben und ihnen die gemeinschaftliche Inbesitznahme der Nachlassgegenstände zu ermöglichen (vgl. auch BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. Aufl. 2015, Art. 559 N 3, 6).

In der Praxis wird die Ausstellung der Erbescheinigung an die berechtigt erscheinenden Personen mit der Testamentseröffnung bereits in Aussicht gestellt, unter Hinweis auf die Möglichkeit der Einsprache, welche der in Art. 559 Abs. 1 ZGB erwähnten "Bestreitung" entspricht. Bei dieser Mitteilung steht der zuständigen Behörde eine gewisse Kognitionsbefugnis zu, wem aufgrund der eröffneten Verfügung eine Erbescheinigung auszustellen und wer darin als Erbe aufzunehmen sein wird. Die Behörde hat dabei einen vorläufigen Entscheid zu treffen, wer ihrer Meinung nach zur Erbengemeinschaft gehört und wer nicht. Diese Auslegung ist – wie die bei der tatsächlichen Ausstellung der Erbescheinigung vorgenommene – provisorisch und hat keinerlei materielle Bedeutung für die Rechte der in der Erbescheinigung aufgenommenen oder nicht aufgenommenen Per-

sonen (vgl. auch BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., Art. 559 N 3, 19, 32 f.). Dementsprechend prüft die Kammer nach ständiger Praxis im Rechtsmittelverfahren lediglich, ob das Einzelgericht bei der Testamentseröffnung im Rahmen einer vorläufigen Prüfung und Auslegung des Testaments zutreffend verfahren ist (vgl. OGer ZH LF150040 vom 23. Oktober 2015, E. 3./3.).

1.3. Die Berufungskläger haben die in Aussicht gestellte Ausstellung der Erbbescheinigung mit der erhobenen Einsprache (vgl. vorne Ziff. I./4.) einstweilen bereits verhindert. Das hat aber keine weitere Wirkung als diejenige, dass die Erbbescheinigung gestützt auf die angefochtene Verfügung derzeit nicht ausgestellt werden kann (vgl. im Einzelnen BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., Art. 559 N 13). Das ändert am Rechtsschutzinteresse bzw. an der Beschwer der Berufungskläger mit Blick auf die erhobenen Berufungen nichts. Die Berufungskläger haben ein schützenswertes Interesse daran, dass ein nach ihrem Standpunkt richtiger Erbschein in Aussicht gestellt (und hernach ausgestellt) wird, mit dem sie sich einstweilen als Erben des Erblassers ausweisen und den Nachlass gemeinschaftlich in Besitz nehmen können. Das können sie mit den vorliegenden Berufungen ungeachtet der Einsprache gegen den angefochtenen Entscheid erreichen (vgl. OGer ZH LF140037 vom 30. Juni 2014, E. II./3.).

Auf die rechtzeitig schriftlich und begründet erhobenen Berufungen der Berufungskläger ist daher einzutreten.

2. Für die diesem Entscheid zugrunde zu legende einstweilige Testamentsauslegung (vgl. vorne Ziff. II./1.2.) ist von der folgenden Ausgangslage auszugehen (das Testament und die nachträgliche Änderung finden sich in nicht aktuierter Fotokopie in den Akten der Vorinstanz):

In ihrem Testament vom 18. März 2002 wiederrief die Erblasserin alle früheren letztwilligen Verfügungen, verfügte ein Bar- und zwei Sachvermächtnisse und setzte ihre Geschwister als Erben ein. Dabei wies sie ihren beiden vollbürtigen Schwestern je 30% und ihren vier halbbürtigen Geschwistern je 10% ihres Nachlasses zu. Weiter hielt sie fest, dass bei Vorversterben eines Erben sein Anteil an dessen Nachkommen gehe. Wenn Nachkommen fehlten, gehe der Anteil zu glei-

chen Teilen an die übrigen Erben. Schliesslich schloss sie nicht genannte Personen ausdrücklich von der Erbfolge aus und ernannte die I. _____ AG zur Willensvollstreckerin.

In der nachträglichen Änderung vom 16. März 2010 änderte die Erblasserin ein Vermächtnis und erwähnte eine neu erworbene Eigentumswohnung im Allgäu im Wert von 80'000 Euro. Für diese Wohnung traf sie folgende Teilungsanordnungen: Sollte die Berufungsbeklagte 3 oder ihre Töchter diese Wohnung übernehmen wollen, müsse sie an die übrigen Geschwister je Fr. 10'000.– zahlen. Falls kein Interesse an der Wohnung bestehe, sei sie zu verkaufen und der Erlös solle in den Nachlass fliessen. Abschliessend hielt die Erblasserin fest, die übrigen Vermögen seien je zu 30% an ihren vollbürtigen Schwestern und je zu 10% an ihren halbbürtigen Geschwistern zu entrichten.

3. Die Vorinstanz erwog, in der jüngeren und damit für die Erbfolge massgebenden Verfügung vom 16. März 2010 habe die Erblasserin keine Ersatzverfügung für den eingetretenen Fall getroffen, dass Geschwister vorverstorben sein sollten. Da die Schwester J. _____ vorverstorben sei, gelangten deren Söhne (die Berufungskläger 1 und 2) sowie der Sohn der ebenfalls vorverstorbenen Schwester K. _____ (der Berufungskläger 3) daher nicht zur Erbfolge. Die vier noch lebenden Geschwister der Erblasserin (die Berufungsbeklagten 1 bis 4) seien deshalb die einzige Erben der Erblasserin.

4. Die Berufungskläger wenden dagegen zusammengefasst ein, bei der jüngeren Verfügung vom 16. März 2010 handle es sich lediglich um eine Ergänzung zum Testament vom 18. März 2002. Die Erblasserin habe in der Zeit seit der Testamentserrichtung im Jahre 2002 bis im Jahre 2010 eine Eigentumswohnung im Allgäu erworben. Diesen geänderten Verhältnissen habe sie mit der nachträglichen Änderung vom 16. März 2010 Rechnung tragen wollen. Darüber hinaus habe die Erblasserin noch ein Vermächtnis abgeändert, um alle Geschwister gleich zu behandeln. Einen Widerruf des Testaments vom 18. März 2002 habe sie nie beabsichtigt. Aus diesen Gründen sei die im Testament vom 18. März 2002 getroffene Ersatzverfügung, wonach bei Vorversterben eines Erben sein Anteil an deren Nachkommen gehe, nach wie vor gültig. Als Nachkommen der vorverstor-

benen Geschwister der Erblasserin seien die Berufungskläger somit ebenfalls als Erben aufzuführen resp. für berechtigt zu erklären, die Ausstellung eines auf sie lautenden Erbscheins zu verlangen (act. 38 S. 5 ff.).

5.1. Den Berufungsklägern ist zuzustimmen: Die jüngere Verfügung vom 16. März 2010 trägt den Titel "Nachträgliche Änderung z. [zum] Testament vom 18. März 2002". Bereits der klare Wortlaut der Bezeichnung dieser Verfügung deutet auf eine gesetzeskonforme teilweise Änderung (vgl. Art. 509 Abs. 2 ZGB) und nicht auf einen gänzlichen Widerruf des Testaments vom 18. März 2002 hin. Zum gleichen Schluss gelangt man bei genauerer Betrachtung des Inhalts der jüngeren Verfügung vom 16. März 2010. So verfügt die Erblasserin darin einleitend: "Der Anteil von L. _____: neu Fr. 10'000.-". Damit nimmt sie Bezug auf das im Testament vom 18. März 2002 an L. _____ ausgerichtete Vermächtnis von Fr. 20'000.- und ändert dieses ab. Weiter erwähnt sie eine seit 2002 neu erworbene Eigentumswohnung und trifft Teilungsanordnungen. Dies stellt zweifellos lediglich eine Ergänzung dar, weshalb die ältere Verfügung vom 18. März 2002 weiterhin gültig ist (Art. 511 Abs. 1 ZGB).

5.2. Wenn die Erblasserin sodann abschliessend festhält, die übrigen Vermögen seien je zu 30% an ihre vollbürtigen und je zu 10% an ihre halbbürtigen Geschwistern zu entrichten, dann wiederholt resp. bestätigt sie nur, was sie bereits im Testament vom 18. März 2002 verfügt hat. Wie bereits erwähnt, räumt die Erblasserin in der jüngeren Verfügung der Beklagten 3 *oder deren Töchter* die Möglichkeit ein, die neu erworbene Wohnung im Allgäu zu übernehmen. Wie die Berufungskläger ausführen (act. 38 S. 6), macht diese Regelung indes nur Sinn, wenn die Töchter der Beklagten 3 im Falle des Vorversterbens ihrer Mutter zur Erbfolge gelangen. Auch vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, die Erblasserin habe in der jüngeren Verfügung die Nachkommen allfällig vorverstorbenen Geschwister von der Erbfolge nunmehr ausschliessen wollen.

5.3. Schliesslich ist der Entscheid der Vorinstanz widersprüchlich, wie bereits die Berufungskläger feststellten (vgl. act. 38 S. 9 f.). In der jüngeren Verfügung vom 16. März 2010 hat die Erblasserin keine Willensvollstrecker ernannt. Folglich hätte die Vorinstanz, nachdem sie die Verfügung vom 16. März 2010 als

das für die Erbfolge (allein) massgebliche Testament erachtet hatte, die im älteren Testament vom 18. März 2002 als Willensvollstreckerin ernannte I. _____ AG nicht anfragen dürfen, ob sie das Willensvollstreckungsmandat annehme (vgl. act. 37 S. 4 und act. 31-32).

5.4. Das führt zur Gutheissung der Berufungen. Der angefochtene Entscheid ist mithin dahingehend zu ergänzen, dass auch den Berufungsklägern die Erbbescheinigung in Aussicht zu stellen ist (unter dem bereits erwähnten Vorbehalt der Bestreitung innert Monatsfrist).

III. (Kostenfolge)

1. Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Die Berufungsbeklagten unterliegen vorliegend und würden daher im Berufungsverfahren grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig. Da sie sich jedoch nicht am Beschwerdeverfahren beteiligt haben, können ihnen keine Kosten auferlegt werden. Aus demselben Grund werden sie auch nicht entschädigungspflichtig. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, für das Berufungsverfahren keine Kosten zu erheben. Der geleistete Kostenvorschuss ist zurückzuerstatten. Für die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Berufungskläger aus der Staatskasse fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage. Eine solche ist daher grundsätzlich nicht zuzusprechen (vgl. auch ZK ZPO-Jenny, 3. Aufl. 2016, Art. 107 N 26). Eine Ausnahme rechtfertigt sich nach neuerer Praxis nur dort, wo der Staat materiell Gegenpartei ist oder in Fällen qualifizierter Verfahrensfehler (vgl. BGE 139 III 471, E. 3. sowie OGer ZH PQ140082 vom 16. Januar 2015, E. III./2. und PF160030 vom 24. Oktober 2016, E. 7.3.). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Die unterschiedliche Beurteilung durch mehrere Instanzen ergibt sich aus dem System der Rechtsmittel und gehört zum Risiko eines jeden Prozesses – sie löst keine Entschädigungspflicht des Staates aus.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufungen wird Dispositiv-Ziff. 2 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Oktober 2015 aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

"2. Die eingesetzten Erben (Ziff. II/1.1, II/1.2, II/2., II/3., II/4.1, II/5. und II/6.) sind berechtigt, die Ausstellung des auf sie lautenden Erbscheines zu verlangen.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'400.– wird zurückerstattet.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich und die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.
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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 158'400.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Barblan

versandt am: