

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF210093-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker  
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

## Urteil vom 11. Februar 2022

in Sachen

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

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,  
verbeiständet durch C.\_\_\_\_\_,

### betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von D.\_\_\_\_\_, geboren am tt. Juni 1937, von E.\_\_\_\_\_ [Gemeinde], F.\_\_\_\_\_ SG, gestorben am tt.mm.2021, wohnhaft gewesen G.\_\_\_\_\_-Str. ..., ... Zürich,

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 31. August 2021 (EL210590)

## Erwägungen:

### 1.

1.1 Am tt.mm.2021 verstarb D.\_\_\_\_\_ mit letztem Wohnsitz in Zürich. Er hinterliess als einzige gesetzliche Erbin seine Schwester B.\_\_\_\_\_ (fortan Berufungsbe-  
klagte; act. 3–5). Am 10. Juni 2021 reichte H.\_\_\_\_\_, Notariat ..., dem Bezirksge-  
richt Zürich ein Testament des Erblassers vom 27. Februar 2020 zur Eröffnung  
ein und damit zusammen eine "ärztliche Einschätzung". Im handschriftlich ver-  
fassten Testament setzt der Erblasser die Berufungsbeklagte zu 10% und  
A.\_\_\_\_\_ (fortan Berufungsklägerin) zu 90% an seinem gesamten Nachlass als  
Erben ein. Zudem ernennt er die Letztgenannte zu seiner Willensvollstreckerin  
(act. 1 u. 21).

1.2.1 Das Einzelgericht Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich (fortan  
Vorinstanz) führte daraufhin die Erbenermittlung (vgl. die aufgeführte Korrespon-  
denz auf dem vorinstanzlichen Aktenumschlag, sowie act. 2–5, 7) und Abklärun-  
gen zur Adresse der Berufungsklägerin durch. Gemäss einem undatierten Perso-  
nendatenblatt ergab sich eine Wohnsitzadresse der Berufungsklägerin an der  
I.\_\_\_\_\_-Strasse ... in Zürich (act. 8/1). An diese Adresse sandte die Vorinstanz  
die "Anfrage Annahme Willensvollstreckermandat" vom 11. Juni 2021. Eine erste  
eingeschriebene Sendung wurde mit dem Vermerk "nicht abgeholt" an die Vorin-  
stanz retourniert (act. 8/2). Es erfolgten zwei weitere Zustellversuche, einmal mit-  
tels A-Post (wieder mit Datum vom 11. Juni 2021) sowie einmal erneut mittels  
eingeschriebener Sendung (diese datiert vom 25. Juni 2021). Diese Sendungen  
wurden beide je mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter der angegebenen Ad-  
resse nicht ermittelt werden" retourniert (act. 8/3–4).

Mit E-Mail vom 16. August 2021 sandte J.\_\_\_\_\_ von der Kantonspolizei Zü-  
rich der Vorinstanz unter Bezugnahme auf ein in den vorinstanzlichen Akten nicht  
dokumentiertes Telefonat einen Anzeigerapport vom 9. bzw. 17. Juni 2021. Dar-  
aus ergibt sich, dass aufgrund einer polizeilichen Kontrolle der Berufungsklägerin,  
bei der das Testament und der Totenschein des Erblassers gefunden worden sei-  
en, und weiterer Abklärungen u.a. der Verdacht bestehe, die Berufungsklägerin

habe den Erblasser durch Vortäuschen einer Notlage oder durch Nötigen bzw. Bedrängen dazu gebracht, sein Testament zu ihren Gunsten zu verfassen. In diesem Zusammenhang stünden auch die Verübung anderer Delikte in Frage wie zum Beispiel Diebstahl, Urkundenfälschung oder Geldwäscherei (vgl. zu allem act. 6).

1.2.2 Mit Urteil vom 31. August 2021 erwog die Vorinstanz u.a., es sei bekannt, dass die Kantonspolizei Zürich gegen die Berufungsklägerin in diversen Verfahren ermittle. Es bestünden ernstzunehmende Hinweise, dass die eingesetzte Erbin – die hiesige Berufungsklägerin – erbunwürdig und das Testament nichtig sei. Daher komme die Berufungsklägerin weder als eingesetzte Erbin noch als Willensvollstreckerin in Frage. Es gelange die Erbfolge nach Art. 481 Abs. 2 ZGB zur Anwendung und die Schwester des Erblassers – die hiesige Berufungsbeklagte – sei die alleinige Erbin. Die Vorinstanz stellte der Berufungsbeklagten eine Fotokopie des Testaments zu und hielt fest, dass ihr auf Verlangen eine Erbbescheinigung ausgestellt werde, sofern die Berufungsklägerin dagegen innert Monatsfrist keine Einsprache erhebe. Die Mitteilung dieses Entscheides erfolgte an die Berufungsklägerin gemäss Urteil Dispositiv Ziff. 7 mittels Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich (act. 20 = act. 24 = act. 26, nachfolgend zitiert als act. 24). Die Publikation unter dem Betreff "Testamentseröffnung D.\_\_\_\_\_" erfolgte am 10. September 2021 (act. 22).

1.2.3 Mit Eingabe vom 16. November 2021 legitimierte sich Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ als Rechtsvertreter der Berufungsklägerin und ersuchte bei der Vorinstanz um Akteneinsicht. Diese wurde der Berufungsklägerin in sämtliche Akten ausser act. 6 (E-Mail und Polizeirapport gem. hiervor E. 1.2.2) gewährt und die Akten wurden ihr am 22. November 2021 zugestellt (act. 17). Mit Schreiben vom 23. November 2021 ersuchte die Berufungsklägerin auch um Einsicht in das act. 6 (act. 18). Das gewünschte Aktenstück wurde der Berufungsklägerin daraufhin offenbar am 29. November 2021 zugestellt (act. 22 Rz. 4).

1.3 Gegen das Urteil vom 31. August 2021 erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 1. Dezember 2021 (Datum Poststempel) Berufung (act. 25). Sie stellt die folgenden Anträge:

- " 1. Es sei A. \_\_\_\_\_ als eingesetzte Erbin anzuerkennen und ihre Erbberechtigung am Nachlass festzustellen.
2. Es sei A. \_\_\_\_\_ als Willensvollstreckerin einzusetzen.
3. Das Urteil EL210590-L/U, Dispositiv Ziff. 2, sei dahingehend abzuändern, dass auch A. \_\_\_\_\_ berechtigt ist, einen auf sie lautenden Erbschein zu verlangen.
4. Das Urteil EL210590-L/U sei im Dispositiv dahingehend zu ergänzen, dass A. \_\_\_\_\_ als Willensvollstreckerin eingesetzt wird.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.)."

Die vorinstanzlichen Akten wurden vom Amtes wegen beigezogen, sind indes mit Verfügung vom 7. Dezember 2021 zur Korrektur/Vervollständigung des Dossiers an die Vorinstanz zurückgesandt worden (act. 31). Sie gingen in der Folge erneut bei der Kammer ein (act. 1–22). Mit Verfügung vom 7. Dezember 2021 wurde sodann der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt und es wurde die Prozessleitung delegiert (act. 29). Der Vorschuss wurde innert Frist geleistet (act. 33). Mit Verfügung vom 18. Januar 2022 wurde der Berufungsbeklagten Frist angesetzt, die Berufung zu beantworten (act. 34). Die vom Beistand der Berufungsbeklagten verfasste Berufungsantwort ging innert Frist ein. Die Berufungsbeklagte beantragt die Abweisung der Berufung (act. 36, vgl. zur Rechtzeitigkeit act. 35). Der gesetzlich vorgesehene Schriftwechsel ist mit dem Eingang der Berufungsantwort abgeschlossen. Weitere Verfahrensschritte sind nicht erforderlich. Der Berufungsklägerin ist zusammen mit diesem Entscheid ein Doppel von act. 36 zuzustellen.

## **2.**

2.1 Bei der Eröffnung letztwilliger Verfügungen handelt es sich um eine erbrechtliche Sicherungsmassregel. Das entsprechende Verfahren gehört 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. 1 SchIT 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. Aufl. 2016, N 5 ff. zu Art. 19 m.w.H.). Gegen erstinstanzliche Entscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung zulässig, sofern im

Falle einer vermögensrechtlichen Angelegenheit der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Das Erbrecht regelt die Nachfolge in das Vermögen einer verstorbenen Person und beschränkt sich auf deren Vermögenswerte. Ein erbrechtliches Verfahren ist demnach stets eine vermögensrechtliche Angelegenheit im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZPO. Gemäss Auskunft des Steueramtes beläuft sich der Steuerwert des Nachlasses auf Fr. 1'176'000.– (vgl. Hinweis auf dem vorinstanzlichen Aktenumschlag). Damit ist der Streitwert für die Berufung vorliegend ohne Weiteres erreicht.

2.2 Die Berufung ist innert Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz kann sämtliche Mängel frei und uneingeschränkt prüfen, vorausgesetzt, dass sich die Berufung erhebende Partei mit den Entscheidungsgründen der ersten Instanz – soweit für die Berufung relevant – im Einzelnen auseinandersetzt und konkret aufzeigt, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war. Soweit eine genügende Beanstandung vorgebracht wird, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Die Berufungsinstanz ist in rechtlicher Hinsicht weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden. Das Berufungsgericht kann die Rügen der Parteien auch mit abweichenden Erwägungen guthessen oder abweisen. Es darf sich auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen.

2.3.1 Gestützt auf Art. 314 Abs. 1 ZPO beträgt die Frist zur Einreichung der Berufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid – worum es sich bei der Eröffnung einer letztwilligen Verfügung wie soeben gezeigt handelt – zehn Tage. Diese Frist läuft ab Zustellung des begründeten Entscheides (Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO). Zu prüfen ist, ob die vorliegende Berufung rechtzeitig erfolgt ist.

2.3.2 Die (fristauslösende) Zustellung erfolgt grundsätzlich mittels eingeschriebener Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 ZPO). Gestützt auf Art. 141 Abs. 1 ZPO kann die Zustellung in bestimmten Fällen

auch ediktal, d.h. durch Publikation im kantonalen Amtsblatt oder im Schweizerischen Handelsamtsblatt erfolgen. Die Zustellung gilt diesfalls als am Tag der Publikation erfolgt (Art. 141 Abs. 2 ZPO). Die Ediktalzustellung ist nur in den gesetzlich normierten Fällen zulässig: Wenn (a) der Aufenthaltsort der Adressatin oder des Adressaten unbekannt ist und trotz zumutbarer Nachforschungen nicht ermittelt werden kann, (b) eine Zustellung unmöglich oder mit ausserordentlichen Umständen verbunden wäre oder (c) eine Partei mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland entgegen der Anweisung des Gerichtes kein Zustelldomizil in der Schweiz bezeichnet hat.

2.3.3 Vorliegend erfolgte (wie gezeigt, vgl. E. 1.2.2) keine postalische oder andere Zustellung des Entscheides i.S.v. Art. 138 ZPO an die Berufungsklägerin. Dieser wurde vielmehr am 10. September 2021 im Amtsblatt des Kantons Zürich publiziert (act. 22). Die Vorinstanz hielt diesbezüglich in ihrem Entscheid fest, der Aufenthaltsort der Berufungsklägerin sei unbekannt, weshalb die Zustellung mittels öffentlicher Bekanntmachung zu erfolgen habe (act. 24 E. IV.).

2.3.4 Die Ediktalzustellung ist subsidiärer Natur und als *ultima ratio* nur zulässig, wenn eine förmliche Zustellung nach Art. 137 ff. ZPO gescheitert oder von vornherein zum Scheitern verurteilt ist. Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO lässt den Grund des unbekanntes Aufenthaltsortes für eine Ediktalzustellung nur zu, wenn der Aufenthaltsort *trotz zumutbaren Nachforschungen* nicht ermittelt werden kann. An das Erfordernis der zumutbaren Nachforschungen sind grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. Mithin darf der Aufenthaltsort nicht vorschnell als unbekannt gelten, und es genügt regelmässig nicht, wenn eine Sendung von der Post mit dem Vermerk "Unbekannt" oder "Ohne Adressangabe abgereist" zurückgeleitet wurde. Es sind alle zweckmässigen, der Sachlage entsprechenden Nachforschungen zu unternehmen, um den Aufenthalt des Adressaten, d.h. eine mögliche Zustelladresse – sei sie auch nicht am allfälligen festen Wohnsitz – herauszufinden. Erhebung sind z.B. beim Ehegatten oder weiteren Angehörigen des Adressaten, der Post, den Heimat- und Wohnsitzbehörden oder der Polizei, oder beim jetzigen oder früheren Arbeitgeber vorzunehmen. Wann dem Rechercheauftrag rechtsgenügend nachgekommen wurde, bestimmt sich nach der jeweiligen

Sachlage (vgl. zum Ganzen: BGE 112 III 6, E. 4; BGE 64 III 40 E. 2; Urteil 5A\_522/2015 vom 12. Oktober 2015, E. 3.3.3; auch: BK ZPO-FREI, 2012, Art. 141 N 8; HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 141 N 12; OFK ZPO-JENNY/JENNY, 2. Aufl. 2015, Art. 141 N 3).

2.3.5 Die Berufungsklägerin macht im Wesentlichen geltend, gemäss den Akten habe der Vorinstanz lediglich eine Personendatenübersicht mit ihrer ehemaligen Adresse vorgelegen (u.H.a. act. 8). Die Vorinstanz habe einzig einen Versuch der Kontaktaufnahme an diese in der Personendatenbank aufgeführte Adresse unternommen, um sie bezüglich der Annahme des Willensvollstreckermandates anzufragen. Da die Adresse nicht mehr gültig gewesen sei, seien diese Schreiben zurückgekommen. Weitere Versuche der Kontaktaufnahme oder solche, die Kontaktadresse der Berufungsklägerin ausfindig zu machen, seien nicht aktenkundig. Indes wäre es der Vorinstanz ohne Weiteres möglich und zumutbar gewesen, beispielsweise – nachdem sie vom Polizeirapport Kenntnis erhalten habe – die Polizei für einen Hinweis zur aktuellen Adresse anzufragen. Ebenso wäre es ein Leichtes gewesen, den im Polizeirapport aufgeführten (damaligen) Verteidiger für eine aktuelle Adresse der Berufungsklägerin zu kontaktieren. Zudem sei der hiesige Rechtsvertreter seit dem 22. Juni 2021 als Verteidiger der Berufungsklägerin im Strafverfahren legitimiert, was über die Polizei hätte in Erfahrung gebracht werden können. Auch er hätte zur aktuellen Adresse der Berufungsklägerin Auskunft geben können. Überdies habe es die Vorinstanz auch unterlassen, trotz erkennbarer österreichischer Staatsangehörigkeit die österreichische Botschaft anzufragen, oder auch die Einwohnerkontrolle M. \_\_\_\_\_ als letzten bekannten Wohnsitz der Berufungsklägerin. Unter diesen Umständen könne keine Rede davon sein, die Vorinstanz habe in rechtsgenügender Weise versucht, die Adresse der Berufungsklägerin zu ermitteln. Die Publikation sei nicht zulässig und somit nicht gültig erfolgt (act. 25 Rz. 5 u. 7). Damit stehe fest, dass ihr das Urteil erst am 22. November 2021 rechtsgültig zugestellt worden sei, nachdem sich ihr Rechtsvertreter mit Schreiben vom 16. November 2021 über den Stand des Verfahrens erkundigt und um Akteneinsicht ersucht habe (u.H.a. act. 26/3). Auf dieses Datum sei für den Beginn der Rechtsmittelfrist abzustellen (act. 25 Rz. 9).

2.3.6 Dieser Argumentation der Berufungsklägerin ist zu folgen: Vorliegend beschränkte sich die Vorinstanz darauf, die Adresse gemäss Personaldatenblatt abzufragen. Daraus ergab sich eine (damals) aktuelle Wohnadresse. Wann diese Abfrage erfolgte, ist den Akten nicht zu entnehmen. Aus der Ordnung der Akten ergibt sich aber, dass diese vor dem 11. Juni 2021 erfolgt sein muss, da danach die in E. 1.2.1 genannten drei Zustellversuche an diese Adresse erfolgten. Wie ebenfalls unter E. 1.2.1 gezeigt, wurden sämtliche an diese Adresse ergangenen Sendungen retourniert, die erste unter dem Hinweis "nicht abgeholt", die weiteren zwei mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden", wobei die letzte Sendung vom 25. Juni 2021 datiert (act. 8/3–4). Die Vorinstanz nahm daraufhin – soweit aktenkundig – keine weiteren Abklärungen zu einer Aufenthalts- bzw. Zustelladresse der Berufungsklägerin vor, sondern schritt bei Fällung ihres Endentscheides direkt zur öffentlichen Bekanntmachung. Indes wäre es der Vorinstanz nach Kenntnis des Umstandes, dass Zustellversuche an die ermittelte Adresse erfolglos geblieben waren, ohne weiteres zumutbar gewesen, weitere Nachforschungen vorzunehmen, insbesondere bei der Polizei eine aktuelle Adresse zu erfragen oder mit dem damaligen oder auch dem späteren Strafverteidiger in Kontakt zu treten. Jedenfalls kann die einmalige Abfrage der Adresse vor dem 11. Juni 2021 – und damit noch fast zwei Monate vor dem Entscheid, in welchem die Vorinstanz auf den "unbekannten Aufenthaltsort" hinwies, ohne in der Zwischenzeit weitere Abklärungen getätigt zu haben – keineswegs als rechtsgenügende Nachforschung des Aufenthaltes der Berufungsklägerin im Sinne von Art. 141 Abs. 1 lit. a ZPO angesehen werden.

Entsprechend war die erfolgte Ediktalzustellung unzulässig und konnte keine Wirkung entfalten. Die Zustellung gilt deshalb nicht gemäss Art. 141 Abs. 2 ZPO als am Tag der Publikation erfolgt. Es ist vielmehr mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin erst bei Erhalt der vorinstanzlichen Akten am 22. November 2021 vom vorinstanzlichen Entscheid Kenntnis erlangte (vgl. act. 17 letztes Blatt). Dieses Datum ist für die Rechtsmittelfrist massgebend, und die Berufung ist in der Folge rechtzeitig erfolgt.

2.4 An diesem Ergebnis vermag das pauschale Vorbringen der Berufungsbe-  
klagten, dass "wichtige Fristen dieses Verfahrens" nicht eingehalten worden sei-  
en, nichts zu ändern (vgl. act. 36 Blatt 1). Was für Fristen dies sein sollen und  
weshalb diese nicht eingehalten wurden, tut sie aber nicht dar. Darauf ist daher  
nicht weiter einzugehen.

2.5 Auf die rechtzeitig erhobene Berufung ist damit einzutreten.

### 3.

3.1 Gegenstand der vorliegenden Berufung bildet die Frage, ob die Vorinstanz  
gestützt auf den ihr zugehaltenen Polizeirapport vom 9. bzw. 17. Juni 2021  
(act. 6) auf eine Erbuwüdigkeit und damit Nichtigkeit des Testamentes schlies-  
sen und die Berufungsklägerin als Erbin und Willensvollstreckerin ausschliessen  
durfte.

3.2 Die Vorinstanz nahm einleitend eine *prima facie* Auslegung des Testamen-  
tes des Erblassers vor und kam zum Schluss, dieser habe die Berufungsbeklagte  
zu 10% und die Berufungsklägerin zu 90% als Erbinnen an seinem gesamten  
Nachlass eingesetzt. Zudem habe er die Berufungsklägerin zur Willensvollstre-  
ckerin ernannt (act. 24 E. III.).

Indes, so die Vorinstanz weiter, bestünden ernstzunehmende Hinweise,  
dass die Berufungsklägerin als eingesetzte Erbin erbunwürdig und das Testament  
nichtig sei. Daher komme die Berufungsklägerin weder als eingesetzte Erbin noch  
als Willensvollstreckerin in Frage. In der Folge stellte die Vorinstanz der Beru-  
fungsklägerin wie gezeigt weder das Testament zu, noch stellte sie ihr einen Erb-  
schein in Aussicht. Sodann stellte sie ihr kein Willensvollstreckerzeugnis aus,  
bzw. verzichtete auf weitere Abklärungen, ob die Berufungsklägerin dieses Man-  
dat überhaupt annehme (act. 24 E. IV.).

3.3.1 Zu den Erwägungen der Vorinstanz zur Erbuwüdigkeit führt die Beru-  
fungsklägerin aus, es gelte trotz des von der Polizei aufgenommenen Strafverfah-  
rens die Unschuldsvermutung nach Art. 32 BV. Davon habe auch die Vorinstanz  
auszugehen und könne nicht in pauschaler Weise aufgrund einer polizeilichen

Untersuchungshypothese von einem *prima facie*-Beweis für Erbunwürdigkeit ausgehen. Ein solches Vorgehen sei offensichtlich willkürlich. Im Rahmen der Strafuntersuchung habe sich überdies aufgrund von Einvernahmen – u.a. von Frau K.\_\_\_\_\_ und des Notars L.\_\_\_\_\_ – ergeben, dass sich die damalige Hypothese der Polizei in Luft aufgelöst habe. Die Vorinstanz nenne denn auch den Grund für die angebliche Erbunwürdigkeit nicht. Sollte sie der Ansicht sein, ein solcher liege im Sinne von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (Arglist, Zwang, Drohung) vor, fehle es in den Akten an ernstzunehmenden Hinweisen, aus welchen dieser sich ergeben würde (act. 25 Rz. 20 ff.).

3.3.2 Im Rahmen der Testamentseröffnung hat das Eröffnungsgericht lediglich eine vorläufige Prüfung und Auslegung des Testaments vorzunehmen, soweit dies für die ihm obliegenden Anordnungen zur Sicherung des Erbganges erforderlich ist. So ist für die nach Art. 559 ZGB auszustellende Erbbescheinigung und die nach Art. 517 Abs. 2 ZGB vorzunehmende Mitteilung des Willensvollstreckerman-dats zu bestimmen, wer nach dem Wortlaut des Testaments als Erbe bzw. als Willensvollstrecker zu gelten hat. Diese Auslegung hat aber immer nur provisorischen Charakter. Über die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung und die definitiven Rechtsverhältnisse befindet das Testamentseröffnungsgericht nicht. Die Kognition der auslegenden Behörde ist nur beschränkt und provisorisch – eine Auseinandersetzung über die materielle Rechtslage ist dem ordentlichen Richter vorbehalten und hat nicht durch das Testamentseröffnungsgericht zu erfolgen, stellt doch die Erbbescheinigung nicht die Anerkennung eines materiellen Rechts dar, sondern lediglich die Anerkennung der Sachlage (BGE 128 III 318, E. 2.2.2; BGE 118 II 108, E. 2b; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 6. Aufl. 2019, Art. 557 N 11; auch statt vieler: OGer ZH LF170073 vom 14. Dezember 2017 E. 2.2.).

Die Frage der Erbunwürdigkeit ist eine Frage des materiellen Rechts. So ist gestützt auf die materiellrechtliche Bestimmung von Art. 540 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB (u.a. und soweit hier relevant) unwürdig, Erbe zu sein oder aus der Verfügung von Todes wegen irgendetwas zu erwerben, wer den Erblasser durch Arglist, Zwang oder Drohung dazu gebracht oder daran gehindert hat, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder zu widerrufen. Gefordert ist, dass ein vorsätzliches,

rechtswidriges Handeln bzw. Unterlassen eines "Täters" vorliegt, welches zudem adäquat kausal für den Erfolgseintritt war. Die Erbunwürdigkeit tritt von Gesetzes wegen ein und ist – soweit diese feststeht – durch Behörden und Gerichte von Amtes wegen zu berücksichtigen; es bedarf hierfür weder einer amtlichen oder gerichtlichen Feststellung noch der Geltendmachung durch die Erben oder Dritte. Eine Verfügung von Todes wegen zu Gunsten einer erbunwürdigen Person ist nichtig. Ist der Erbunwürdige eingesetzter Erbe, treten an seine Stelle die gesetzlichen Erben des Erblassers, sofern keine frühere Verfügung von Todes wegen Geltung erlangt (BGE 132 III 305 E. 3.3 f.; BGer 5A\_763/2018 vom 1. Juli 2019, E. 6.1.1.1. ff.; BSK ZGB II-SCHWANDER, 6. Aufl. 2019, Art. 540 N 22; vgl. auch: OGer ZH RU190040 vom 2. August 2019, E. 3.4.).

3.3.3 Vorliegend schloss die Vorinstanz auf eine Erbunwürdigkeit der Berufungsklägerin, da dafür "ernstzunehmende Hinweise" (gemeint wohl der sich in den Akten befindliche Polizeirapport) bestünden (act. 24 E. IV.). Da die Frage der Erbunwürdigkeit eine materiellrechtliche Frage beschlägt, welche durch das Eröffnungsgericht gerade nicht geprüft werden darf, wäre die Berücksichtigung einer Erbunwürdigkeit durch das Eröffnungsgericht einzig dann denkbar, wenn die Erbunwürdigkeit ohne Zweifel feststeht bzw. bereits gerichtlich festgestellt wurde. Dies ist hier aber gerade nicht der Fall, was sich bereits aus der Formulierung der Vorinstanz ("ernstzunehmende Hinweise") ergibt. Insbesondere ist denn auch nicht ersichtlich und durch die Vorinstanz auch nicht dargetan, dass die einzelnen Voraussetzungen erfüllt wären, namentlich, dass ein rechtswidriges und vorsätzliches Handeln der Berufungsklägerin vorliegt und dass dieses schliesslich adäquat kausal für den Erfolgseintritt, mithin für die testamentarische Erbeinsetzung und Einsetzung als Willensvollstreckerin der Berufungsklägerin war. Diese Voraussetzungen implizit aufgrund des eingeleiteten Strafverfahrens als feststehend anzusehen und im Ergebnis die Berufungsklägerin (aufgrund "ernstzunehmender Hinweise") als erbunwürdig zu behandeln, womit die entsprechenden testamentarischen Anordnungen nichtig seien, geht klar zu weit.

3.3.4 Daran ändern auch die Vorbringen der Berufungsbeklagten im Rahmen der Berufungsantwort nichts. Sie äussert im Wesentlichen Zweifel im Hinblick auf die

Natur der Beziehung zwischen dem Erblasser und der Berufungsklägerin; insbesondere zieht sie aufgrund verschiedener Umstände in Frage, dass dies eine Freundschaft oder gar eine Liebesbeziehung gewesen sei (act. 36 Blatt 2). Diese allgemein gehaltenen Zweifel ändern indessen nichts daran, dass im Rahmen der Testamentseröffnung, alleine gestützt auf eine Strafuntersuchung, deren Ausgang noch offen ist, nicht von einer Erbunwürdigkeit der Berufungsklägerin ausgegangen werden kann.

3.3.5 Das Testamentseröffnungsgericht hat gestützt auf dessen Wortlaut und den daraus erkennbaren Willen des Erblassers eine vorläufige Auslegung des Testamentes vorzunehmen. Das Abstellen auf ausserhalb des Testamentes bestehender Urkunden ist nur in seltenen Ausnahmefällen vorgesehen, wenn bereits rechtskräftig über materiellrechtliche Fragen entschieden wurde. Aufgrund des Gesagten hätte die Vorinstanz im Rahmen der Testamentseröffnung nicht gestützt auf den Polizeirapport über die materiellrechtliche Frage der Erbunwürdigkeit der Berufungsklägerin entscheiden dürfen. Dabei kommt dem Umstand, dass die Vorinstanz der Berufungsklägerin keine Gelegenheit zur Wahrung des rechtlichen Gehörs einräumte, lediglich theoretische Bedeutung zu.

3.4. Nach dem Gesagtem nahm die Vorinstanz zu Unrecht eine Erbunwürdigkeit der Berufungsklägerin an und ging damit auch zu Unrecht von der Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung aus. Entsprechend ist der vorinstanzliche Entscheid zu korrigieren.

Gestützt auf die *prima facie* Auslegung der Vorinstanz (vgl. E. 3.2), welche von keiner der Parteien in Frage gestellt wird, sind die Berufungsklägerin als auch die Berufungsbeklagte als Erbinnen an einem Teil des Nachlasses eingesetzt, und es ist ihnen je ein Erbschein in Aussicht zu stellen (vgl. zum Erbschein für den eingesetzten Erben statt vieler: BGer 5a\_757/2016 vom 31. August 2017, E. 3.3.2 m.w.H.). Gemäss der vorläufigen Auslegung des Testamentes ist zudem die Berufungsklägerin als Willensvollstreckerin beauftragt. Die Berufungsklägerin verlangt, als Willensvollstreckerin eingesetzt zu werden, womit sie das Mandat sinngemäss angenommen hat. Davon ist Vormerk zu nehmen. Aufgrund dessen wäre ihr im heutigen Zeitpunkt und nach dem aktuellen Stand des Nachlassver-

fahrens ein Willensvollstreckerzeugnis durch die Vorinstanz auszustellen. Die Dispositiv Ziffern 2–4 Entscheid der Vorinstanz vom 31. August 2021 sind entsprechend anzupassen.

3.5 Unter diesen Umständen kann die von der Berufungsklägerin aufgeworfene Frage, inwieweit die Vorinstanz zur Annahme der Erbnunwürdigkeit auf den Polizeirapport vom 9. Juni 2021 abstellen bzw. diesen überhaupt zu den Akten nehmen durfte, grundsätzlich offen bleiben. Dennoch ist hier mit der Berufungsklägerin (vgl. act. 25 Rz. 18) darauf hinzuweisen, dass gestützt auf die vorinstanzlichen Akten keineswegs nachvollzogen werden kann, wie die Übermittlung dieses Polizeirapportes zu Stande kam, bzw. ob der Beizug dieser Akten rechtmässig erfolgt ist. Zwar ist das Testamentseröffnungsverfahren ein Verfahren der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. hiervor E. 2.1) und hat die Feststellung des Sachverhaltes von Amtes wegen zu erfolgen (Art. 255 lit. b ZPO, sog. eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz), womit das Gericht die prozessrelevanten Akten von Amtes wegen – insbesondere ohne Bindung an allfällige Anträge der Parteien – beschaffen muss und für den Beweis zu sorgen hat (BSK ZPO-GEHRI, 3. Aufl. 2017, N 16 f. u. 27). Indes hat es sich auch beim Handeln von Amtes wegen an die gesetzlichen Vorgaben zu halten und formell rechtswidrig beschaffte Beweise dürfen nicht berücksichtigt werden (LEU, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 152 N 69).

Die Einsicht von Zivilgerichten in hängige Strafverfahren ist in Art. 101 Abs. 2 StPO geregelt. Gemäss dieser Bestimmung können namentlich "andere Behörden" (darin eingeschlossen Zivilgerichte) die Akten einsehen, wenn diese für die Bearbeitung (u.a.) eines hängigen Zivilverfahrens benötigt werden und der Einsichtnahme keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen entgegenstehen. Nach Art. 102 Abs. 1 StPO entscheidet die Verfahrensleitung (Art. 61 StPO) über die Akteneinsicht. Im gesamten Vorverfahren (worunter das polizeiliche Ermittlungsverfahren fällt) ist dies die Staatsanwaltschaft oder die Übertretungsstrafbehörde, nicht jedoch die Polizei (BSK StPO-SCHMUTZ, 2. Aufl. 2014, Art. 102 N 1). Dass der Beizug der polizeilichen Akten unter Berücksichtigung der genannten Bestimmungen korrekt erfolgt wäre, ist den vorinstanzlichen Akten nicht zu entnehmen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die zuständige Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht auf entsprechendes Gesuch der Vorinstanz

hin bewilligt hat, womit von einem nicht formell korrekt beschafften Beweismittel mit den genannten Rechtsfolgen auszugehen ist.

3.6 Die Berufungsbeklagte stellt im Rahmen ihrer Berufungsantwort die Echtheit des Testaments in Frage. Es mache den Anschein – so die Berufungsbeklagte –, das Testament sei unter Mithilfe anderer Personen als dem Erblasser zu Stande gekommen. Darauf deute hin, dass der Erblasser sich seit 40 Jahren nicht um sie gekümmert habe. Hätte er das Testament tatsächlich aus eigenem Willen erstellt, wäre sie nie darin erwähnt worden (act. 36 Blatt 2). Bezüglich dieser Vorbringen ist auf das oben Dargelegte zu verweisen (E. 3.4.2). Zuhanden der Berufungsbeklagten ist festzuhalten, dass die Echtheit des Testamentes oder das Vorliegen eines Willensmangels nicht durch das Eröffnungsgericht zu prüfen sind. Soweit die Berufungsbeklagte sinngemäss die Ungültigkeit des Testamentes geltend machen will, hat sie dies nicht im Eröffnungsverfahren, sondern bei dem für die Ordnung der materiellen Rechtsverhältnisse zuständigen ordentlichen Gericht zu tun (OGer ZH PF200054 vom 26. Juni 2020, E. 2.3. u.H.a. ZR 77 [1978] Nr. 131, ZR 82 Nr. 66 und ZR 84 Nr. 90, je mit weiteren Hinweisen; vgl. Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1–3 ZGB).

#### **4.**

4.1 Die Prozesskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens sind dem Ausgang entsprechend zu verlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Bemessung der Entscheidgebühr im angefochtenen Entscheid wurde nicht bemängelt, weshalb es bei dieser bleibt. Die Kostenaufgabe zu Lasten des Nachlasses sowie der Bezug der Kosten von der Berufungsbeklagten wurde ebenfalls nicht bemängelt und ist nicht zu beanstanden. Die erstinstanzliche Kostenregelung ist damit zu bestätigen.

4.2 Die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Nachdem die vorliegende Berufung gutgeheissen wird, wird die Berufungsbeklagte für das vorliegende Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

4.2 Die Kosten für das Rechtsmittelverfahren sind unter Berücksichtigung des Streitwertes (vgl. die vorstehenden Erwägungen in E. 2.1) in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1, 2 und 3 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

Weiter ist der Berufungsklägerin für das Rechtsmittelverfahren in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 AnwGebV eine Parteientschädigung von gesamt Fr. 2'500.– zuzusprechen (Fr. 2'321.– zzgl. 7.7% MwSt. von Fr. 179.–).

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv Ziffern 2–4 des Urteils des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich vom 31. August 2021 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
  - " 2. Den eingesetzten Erbinnen, B. \_\_\_\_\_ und A. \_\_\_\_\_ (Ziff. III.), wird gemäss Art. 559 ZGB auf Verlangen und nach Ablauf eines Monats von der Zustellung dieses Urteils an gerechnet eine Erbenbescheinigung ausgestellt, sofern ihre Berechtigung nicht innert Monatsfrist von einer hierzu berechtigten Person durch Einsprache an das Einzelgericht bestritten wird.
  3. Es wird festgehalten, dass A. \_\_\_\_\_ (Ziff. III.) das Mandat als Willensvollstreckerin angenommen hat.
  4. Das Geschäft wird als erledigt abgeschrieben.  
Die Regelung des Nachlasses ist Sache der Willensvollstreckerin."
2. Die erstinstanzliche Kostenregelung (Dispositiv Ziffern 5 und 6) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt, der Berufungsbeklagten auferlegt und aus dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Überschuss wird der Berufungsklägerin zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruches.

Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin die Entsch eidgebü hr zu ersetzen.

4. Die Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– (inkl. 7.7% MwSt.) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage von act. 36, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'176'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: