

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF240001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin lic. iur. A.
Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Stebler

Beschluss vom 19. April 2024

in Sachen

A._____,
Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.____ und / oder Rechtsanwalt MLaw
X2._____

gegen

1. **B.**_____,
2. **C.**_____,
Berufungsbeklagte

3. **D.**_____,
Willensvollstrecker und Berufungsbeklagter

1 vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y1._____

2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2._____

betreffend **Erbvertrags- und Testamentseröffnung**

im Nachlass von **E.**_____, geboren tt. Mai 1927, vom **F.**_____ SG und

G._____ ZH, gestorben tt.mm.2023, wohnhaft gewesen in G._____

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Horgen vom 1. Dezember 2023 (EL230373)

Erwägungen:

1. Am tt.mm.2023 verstarb E._____, zuletzt wohnhaft gewesen in G._____, ebendort (act. 4/1). Mit Eingaben vom 3. November 2023 reichte das Notariat H._____ dem Einzelgericht in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Horgen (fortan Vorinstanz) ein offenes Kuvert ein, enthaltend einen zwischen dem Erblasser und seiner Ehefrau geschlossenen Erbvertrag vom 21. August 2001, sowie ein verschlossenes Kuvert, enthaltend je eine beglaubigte Kopie der öffentlichen letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 12. Dezember 2008 und vom 12. August 2009 sowie eine öffentliche letztwillige Verfügung des Erblassers vom 12. November 2015 (act. 1/1–2). Nach Durchführung der Erbenermittlung (act. 2 u. 4) hielt die Vorinstanz mit Urteil vom 1. Dezember 2023 ([act. 7 =] act. 12 [= act. 14]) fest, als gesetzliche Erben habe der Erblasser die Nachkommen A._____, B._____ und C._____ hinterlassen und laut provisorischer Auslegung des Erbvertrages und der öffentlichen letztwilligen Verfügungen weder gesetzliche Erben von der Erbschaft ausgeschlossen noch weitere Erben eingesetzt (act. 12 E. II.). Sodann habe der Erblasser in der öffentlichen letztwilligen Verfügung vom 12. Dezember 2008 Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. D._____ als Willensvollstrecker eingesetzt, welcher das Mandat angenommen habe (a.a.O., E. III.; vgl. auch act. 5/1–2). Die Vorinstanz eröffnete den Erbvertrag vom 21. August 2001 sowie die öffentlichen letztwilligen Verfügungen vom 12. Dezember 2008, vom 12. August 2009 und vom 12. November 2015 in Kopie (Dispositiv Ziff. 1 u. 2), sie stellte fest, dass der Erblasser die in Erwägung I. erwähnten gesetzlichen Erben hinterlassen habe und diese berechtigt seien, eine Erbbescheinigung zu verlangen (Dispositiv Ziff. 3 u. 5). Die Vorinstanz nahm sodann Vormerk davon, dass Prof. Dr. iur. D._____ das Mandat als Willensvollstrecker angenommen habe und die

Erbabwicklung Sache des Willensvollstreckers sei (Dispositiv Ziff. 4 u. 6). Sie setzte die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'530.00 fest und auferlegte die gesamten Kosten von Fr. 3'672.20 dem Nachlass unter Bezug vom Willensvollstrecker (Dispositiv Ziff. 8). Dieser Entscheid wurde A. _____ am 21. Dezember 2023 zugestellt (act. 8/1).

2.1 Gegen diesen Entscheid gelangte A. _____ (fortan Berufungsklägerin) mit Berufung vom 29. Dezember 2023 (Datum Poststempel) rechtzeitig an die Kammer und stellt die folgenden Anträge (act. 13 S. 2 f.):

- " 1. Es seien die Dispositiv-Ziffern 4 und 6 des Urteils des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht in Erbschaftssachen, vom 1. Dezember 2023, Geschäfts-Nr. EL230373, ersatzlos aufzuheben.
2. Es sei die Dispositiv-Ziffer 8 des Urteils des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht in Erbschaftssachen, vom 1. Dezember 2023, Geschäfts-Nr. EL230373, aufzuheben und die Kosten seien den gesetzlichen Erben je zu einem Drittel, eventualiter unter solidarischer Haftung, aufzuerlegen.
3. Ein allenfalls bereits zugunsten von Prof. Dr. iur. D. _____ ausgestelltes Willensvollsteckerzeugnis sei zu widerrufen und er sei zu verpflichten, sämtliche Exemplare dieses Zeugnisses an das Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht in Erbschaftssachen, zu retournieren. Eventualiter sei das Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht in Erbschaftssachen, anzuweisen, ein allenfalls bereits ausgestelltes Willensvollstreckerzeugnis zu widerrufen und alle Exemplare davon von Prof. Dr. iur. D. _____ zurückzuerlangen.
4. Die Kosten seien auf die Gerichtskasse zu nehmen und die Berufungsklägerin sei zulasten der Gerichtskasse angemessen zzgl. gesetzlicher MwSt. zu entschädigen."

2.2 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–10). Der Klarheit halber ist vorab Folgendes festzuhalten: Die nichtstreitige Erbschaftssache vor erster Instanz wandelt sich in zweiter Instanz in eine vermögensrechtliche streitige Angelegenheit, wenn das Rechtsmittel nicht ohne Anhörung einer Gegenpartei gutgeheissen werden könnte, weil diese dadurch beschwert wäre (vgl. OGer ZH LF220036 vom 2. Juni 2022; E. 2.; OGer ZH LF140021 vom 24. Juni 2014 E. 3.a). Entsprechend wurden die vom vorinstanzlichen Entscheid ebenfalls Betroffenen im Rubrum als Berufungsbeklagte aufgenommen und werden fortan auch so be-

zeichnet (konkret: B. _____ als Berufungsbeklagter 1, C. _____ als Berufungsbeklagte 2 und D. _____ als Berufungsbeklagter 3).

2.3 Mit Schreiben vom 8. Januar 2023 unterrichtete die Vorinstanz die Kammer über den Umstand, dass die Berufungsbeklagte 2 am 22. Dezember 2023 einen Nachtrag vom 27. Oktober 2016 zum Testament des Erblassers vom 12. November 2015 eingereicht habe. Sodann habe der Berufungsbeklagte 3 eine Kopie des zwischen dem Erblasser und dem Berufungsbeklagten 1 geschlossenen Erbvertrages vom 10. August 2011 sowie eine Kopie des zwischen dem Erblasser und dem Berufungsbeklagten 1 abgeschlossenen Erbvertrages (Ergänzung eines Erbvertrages) vom 19. Dezember 2011 eingereicht. Am 28. Dezember 2023 habe die Berufungsklägerin eine Kopie der Familienvereinbarung "betr. Erbvorbezug etc." vom 4. Dezember 2002 eingereicht (act. 17). Auf Nachfrage der Kammer erklärte die Vorinstanz, es werde demnächst ein entsprechender Entscheid im Zusammenhang mit den nun eingereichten weiteren letztwilligen Verfügungen bzw. Erbverträgen ergehen (act. 18 u. 22). Der Eingang der vorliegenden Berufung wurde den Parteien angezeigt (act. 19/1–4).

2.4 Mit Kurzbrief vom 15. März 2024 überliess die Vorinstanz der Kammer ein Exemplar ihres Urteils vom 13. März 2024 (act. 24). Darin erwog die Vorinstanz, dass die provisorische Auslegung der nunmehr vorliegenden letztwilligen Verfügung und der Erbverträge nichts an der mit Urteil vom 1. Dezember 2023 vorgenommenen provisorischen Auslegung betreffend Erbeinsetzung ändere (a.a.O. E. 4.). Zudem hielt sie fest, der Erblasser habe mit Nachtrag vom 27. Oktober 2016 zum Testament vom 12. November 2015 alle vor dem 12. November 2015 verfassten letztwilligen Verfügungen widerrufen, womit die Einsetzung des Berufungsbeklagten 3 als Willensvollstrecker entfalle (a.a.O., E. 6). Die Vorinstanz eröffnete die Erbverträge vom 10. August 2011 und vom 19. Dezember 2011 sowie den öffentlichen letztwilligen Nachtrag vom 27. Oktober 2016 zum Testament des Erblassers vom 12. November 2015 je in Kopie (Dispositiv Ziff. 1 u. 2). Zudem entband sie den Willensvollstrecker, den Berufungsbeklagten 3, von seinem Amt als Willensvollstrecker (Dispositiv Ziff. 3). Gegen diesen Entscheid ist kein Rechtsmittel ergriffen worden (act. 25).

3.1 Mit ihrer Berufung wendet sich die Berufungsklägerin hauptsächlich gegen die mit Urteil vom 1. Dezember 2023 erfolgte Vormerknahme der Vorinstanz, dass der Berufungsbeklagte 3 als Willensvollstrecker eingesetzt worden sei und das Willensvollstreckermandat angenommen habe (vgl. act. 13, insb. Antrag Ziff. 1). Durch den nunmehr ergangenen Entscheid der Vorinstanz, mit welchem der Berufungsbeklagte 3 von seinem Amt als Willensvollstrecker entbunden wurde, ist das Berufungsverfahren bezüglich der Einsetzung des Willensvollstreckers bzw. der entsprechenden Vormerknahme durch die Vorinstanz gegenstandslos geworden. Es ist daher diesbezüglich abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

3.2 Die Berufungsklägerin verlangt in Ziff. 3 ihrer Anträge, ein allenfalls bereits zugunsten des Berufungsbeklagten 3 ausgestelltes Willensvollstreckerzeugnis sei zu widerrufen und der Berufungsbeklagte 3 sei zu verpflichten, sämtliche Exemplare an die Vorinstanz zu retournieren, bzw. die Vorinstanz sei entsprechend anzuweisen.

Die Frage, inwiefern die Vorinstanz das Willensvollstreckerzeugnis zu widerrufen hätte, kann nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden, da wie gezeigt das Verfahren in Bezug auf die Frage, inwieweit die Vorinstanz überhaupt zu Recht von der Einsetzung des Berufungsbeklagten 3 als Willensvollstrecker ausging, durch den nunmehr ergangenen vorinstanzlichen Entscheid gegenstandslos geworden und hier nicht mehr zu prüfen ist. Festzuhalten bleibt dennoch, dass mit der Entbindung des Willensvollstreckers von seinem Amt das bereits ausgestellte Willensvollstreckerzeugnis (ein solches stellte die Vorinstanz zuhanden des Berufungsbeklagten 3 am 21. November 2023 aus, vgl. act. 6) ohne Weiteres widerrufen wurde. Praxisgemäss wird der ehemalige Willensvollstrecker zur Rückgabe sämtlicher Exemplare des Willensvollstreckerzeugnisses verpflichtet (vgl. dazu den auch von der Berufungsklägerin zitierten: OGer ZH LF140002 vom 7. Mai 2014, E. III./3.2). Soweit ersichtlich, hat die Vorinstanz noch nichts Entsprechendes angeordnet. Sollte der Berufungsbeklagte 3 das ausgestellte Willensvollstreckerzeugnis nicht von sich aus retournieren, könnte sich die Berufungsklägerin erneut an die Vorinstanz wenden.

4.1 Die Berufungsklägerin beantragt sodann in Antrag Ziff. 2, die Kosten des vorinstanzlichen Urteils vom 1. Dezember 2023, welche die Vorinstanz auf Fr. 3'672.– festsetzte und auf Rechnung des Nachlasses vom Willensvollstrecker bezog, seien den gesetzlichen Erben je zu einem Drittel, eventualiter unter solidarischer Haftung, aufzuerlegen (act. 13).

4.2 Dass sie mit der Höhe der Kosten nicht einverstanden wäre, macht die Berufungsklägerin nicht geltend. Sie begründet auch nicht, weshalb die Kostenaufgabe – entgegen der Vorinstanz – nicht auf Rechnung des Nachlasses zu erfolgen habe. Vordergründig stört sie sich offenbar daran, dass die Kosten vom Berufungsbeklagten 3 bezogen werden. Durch diese Anordnung ist die Berufungsklägerin indes nicht beschwert (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO; vgl. zum Begriff des Rechtsschutzinteresses im Rechtsmittelverfahren auch: ZK ZPO-REETZ, 3. Aufl. 2016, Vorbemerkungen zu Art. 308 ff. N 30). Auf den Antrag Ziff. 3 ist demnach insgesamt – mangels hinreichender Begründung und mangels Beschwer – nicht einzutreten.

5.1 Umstände halber sind für das Berufungsverfahren keine Kosten zu erheben.

5.2.1 Die Berufungsklägerin verlangt eine Parteientschädigung aus der Gerichtskasse. Es fehlt indes an einer gesetzlichen Grundlage für eine Entschädigung durch den Staat (vgl. BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, 3. Aufl. 2017, Art. 107 N 11; OFK ZPO-JENT-SØRENSEN, 3. Aufl. 2023, Art. 107 N 8), und die Berufungsklägerin nennt auch keine entsprechende Grundlage.

Anzufügen bleibt, dass gemäss Praxis der Kammer eine öffentliche Behörde dann zur Zahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden kann, wenn eine formelle Gegenpartei fehlt bzw. sich diese mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert, die Behörde materiell Parteistellung hat und sich der angefochtene Entscheid zudem als qualifiziert unrichtig erweist (vgl. OGer PS220210 vom 24. August 2023, E. 3.1.; OGer ZH PA200044 vom 10. November 2020, E. 5.1.; OGer ZH PQ170035 vom 6. Juli 2017 E. 7.2.; OGer ZH PQ160008 vom 16. März 2016 E. 3.1.). Vorliegend mangelt es bereits an der Parteistellung der Vorinstanz im vorliegenden Verfahren (vgl. auch hiavor E. 2.2). Entsprechend ist auch

gestützt auf die genannte Praxis keine Parteientschädigung aus der Staatskasse zuzusprechen (vgl. zur Frage, in welchen – hier nicht einschlägigen – Fällen eine Entschädigung durch den Staat in Anwendung des Grundsatzes des Unterliegens nach Art. 106 ZPO in Frage kommt die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, BGE 142 III 110, E. 3.2 m.w.H.).

5.2.2 Entsprechend ist der Berufungsklägerin keine Entschädigung zuzusprechen. Den Berufungsbeklagten ist ebenfalls keine Entschädigung zuzusprechen, weil ihnen im vorliegenden Verfahren keine Aufwendungen entstanden sind, welche zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Das Berufungsverfahren wird in Bezug auf den Antrag Ziff. 1 abgeschrieben. Im Übrigen wird auf das Berufungsverfahren nicht eingetreten.
2. Es werden für das Berufungsverfahren keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage von act. 13, sowie unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an das Einzelgericht in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Horgen, je gegen Empfangsschein.
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 übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Stebler

versandt am: