

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170010-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Beschluss vom 10. April 2017

in Sachen

A. _____,

Willensvollstrecker und Beschwerdeführer,

betreffend **Testamentseröffnung (Kosten)**

im Nachlass von B. _____, geboren am tt. April 1922, von C. _____ BE, ge-
storben am tt.mm.2016, wohnhaft gewesen in D. _____

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren
(Erbschaftskanzlei) des Bezirksgerichtes Bülach vom 31. Januar 2017
(EL160326)

Erwägungen:

I.

Mit Urteil vom 31. Januar 2017 eröffnete der Einzelrichter des Bezirksgerichtes Bülach im Nachlass B._____ den Beteiligten das am 23. Dezember 2016 von A._____ eingereichte Testament der Erblasserin vom 10. November 2007. Die Entscheidgebühr setzte er ohne Begründung auf Fr. 3'050.– fest und ordnete den Kostenbezug beim Willensvollstrecker an (act. 12).

Gegen diesen Entscheid erhob der Willensvollstrecker (A._____) mit Eingabe vom 8. Februar 2017 rechtzeitig Berufung (act. 13; vgl. act. 9). Er beantragt, die offenbar auf der Basis eines Nachlassvermögens von rund 2,5 Mio. Franken festgesetzte Entscheidgebühr auf einen dem tatsächlich hinterlassenen Vermögen von Fr. 747'000.– adäquaten Betrag zu reduzieren. Bei der Bemessung der Gebühr für das Rechtsmittelverfahren sei zu berücksichtigen, dass die Vorinstanz ihm keine Gelegenheit geboten habe, sich zur Nachlasshöhe als Basis der Entscheidgebühr zu äussern.

Die erstinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–10).

II.

1. Die selbständige Anfechtung des Kostenentscheides ist nur mit Beschwerde möglich (Art. 110 ZPO). Das vorliegende Rechtsmittel ist deshalb als Beschwerde entgegenzunehmen und entsprechend zu behandeln.

2. Die Beschwerde muss – wie die Berufung – Antrag und Begründung enthalten (Art. 321 Abs. 1, Art. 311 Abs. 1 ZPO). Dass ein Antrag gestellt werden muss, geht nicht ohne weiteres aus dem Gesetz hervor, ergibt sich aber aus der Begründungspflicht. Aus dem Antrag muss hervorgehen, was für einen Entscheid die anfechtende Partei anstrebt. Der Antrag ist Eintretensvoraussetzung (vgl.

BGE 137 III 617 und ZK ZPO-Reetz/Theiler, 3. Aufl., Art. 311 N 34 betreffend die Berufung).

3. Nach Art. 327 Abs. 3 ZPO kann die Beschwerde *kassatorisch* oder *reformatorisch* wirken: Soweit die Rechtsmittelinstanz die Beschwerde gutheisst, hebt sie den angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück oder entscheidet sie neu, wenn die Sache spruchreif ist. Mit Blick auf die Möglichkeit eines reformatorischen Entscheides hat der Beschwerdeführer regelmässig einen Antrag in der Sache zu stellen, der bei Gutheissung der Beschwerde zum Entscheid erhoben werden kann. Geht es um Geld, ist der Antrag zu beziffern. Ein solcher Antrag fehlt im vorliegenden Verfahren. Der Beschwerdeführer verlangt die Neufestsetzung der angefochtenen Entscheidgebühr auf einer neuen (von ihm konkretisierten) Basis, ohne einen Betrag zu nennen.

4. Ein Antrag in der Sache erübrigt sich ausnahmsweise dann, wenn ein oberinstanzlicher Entscheid in der Sache nicht angebracht ist, wenn also bei Gutheissung der Beschwerde sich ein kassatorischer Entscheid aufdrängt (vgl. Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 321 N 19; BK ZPO-Sterchi, Art. 321 N 15 f.; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 34 S. 2438 unten; ferner OGer PF110013 vom 21. Juni 2011, E. II/1; LZ140015 vom 22. April 2015, E. II/2.2).

5. Der Beschwerdeführer weist in seiner Rechtsmitteleingabe darauf hin, dass ihm im vorinstanzlichen Verfahren keine Gelegenheit geboten wurde, sich zur Nachlasshöhe als Basis der Entscheidgebühr zu äussern. Damit macht er eine *Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör* geltend.

Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Seine Verletzung führt grundsätzlich ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides (BGE 137 I 195 E. 2.2). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei

einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2).

6. Angesichts des Ausnahmecharakters der Heilung des Mangels der Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Rechtsmittelinstanz selber (vgl. ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 27 f.; Göksu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 53 N 42 ff.; KUKO ZPO-Oberhammer, 2. Aufl., Art. 53 N 13; BSK ZPO-Gehri, 2. Aufl., Art. 53 N 34) darf das Fehlen eines bezifferten Antrages im vorliegenden Fall nicht zum Anlass genommen werden, auf die von einem prozessrechtlichen Laien erhobene Beschwerde nicht einzutreten. Das Festhalten an der Prozessvoraussetzung eines *bezifferten* Antrages wäre übertriebener Formalismus, zumal im angefochtenen Entscheid die Höhe der Gebühr nicht begründet ist. Zu beachten ist auch, dass der Rechtsmittelinstanz, würde sie selber auf neuer Grundlage über die Entscheidgebühr entscheiden, durch einen bezifferten Antrag eine untere Limite gesetzt wäre, auf welche sich der Beschwerdeführer vor dem erstinstanzlichen Richter nicht festlegen muss. So betrachtet kann der Beschwerde zumindest sinngemäss der Antrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz entnommen werden.

7. Eine Gehörsverletzung durch den vorinstanzlichen Entscheid ist ohne weiteres ausgewiesen. Dass es der Praxis der Erbschaftsgerichte entspricht und in aller Regel auch keinen Anlass für eine Beanstandung bildet, den Betroffenen in der Regel vor der Kostenfestsetzung die beigezogenen Steuerzahlen nicht bekannt zu geben, ändert nichts. Die angefochtene Kostenfestsetzung ist deshalb aufzuheben und die Sache zur Behebung des Mangels an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Entschädigung ist nicht beantragt.

Es wird beschlossen:

1. Das Rechtsmittel wird als Beschwerde entgegengenommen.
2. Die Festsetzung der Entscheidunggebühr in Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Urteils des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 31. Januar 2017 wird aufgehoben und die Sache wird zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Für das Beschwerdeverfahren wird keine Entschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer und – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten sowie Zustellung eines Doppels der Beschwerdeschrift (act. 13) samt Kopien der Beilagen act. 15/2–4 – an die Vorinstanz, 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 liegt unter Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: