

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB130067-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter  
lic. iur. M. Spahn, Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie  
Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

## Beschluss und Urteil vom 24. April 2014

in Sachen

A. \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. \_\_\_\_\_ und / oder

Rechtsanwalt lic. iur. X2. \_\_\_\_\_

gegen

1. **B. \_\_\_\_\_-Stiftung,**

2. **C. \_\_\_\_\_,**

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Nichtigkeit / Ungültigkeit Testament**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, vom  
29. Mai 2013 (CP110004-L)**

**Rechtsbegehren (Urk. 1, Urk. 2, Urk. 60):**

- "1. Es sei festzustellen, dass das am 7. August 2007 in Zürich errichtete Testament von D.\_\_\_\_\_, gestorben am tt.mm.2009, wohnhaft gewesen in Zürich, nichtig ist.
2. Eventuell sei das Testament vom 7. August 2007 ungültig zu erklären.
3. Subeventuell sei festzustellen, dass der Beklagte erbunwürdig und auch unfähig ist, Willensvollstrecker zu sein, und damit von der Erbschaft D.\_\_\_\_\_ ausgeschlossen ist.
4. Es sei festzustellen, dass die Klägerin 1 Alleinerbin und der Kläger 2 Willensvollstrecker im Nachlass D.\_\_\_\_\_ sind.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. Mai 2013 (Urk. 104):**

1. In Gutheissung der Klage wird festgestellt, dass die Klägerin 1 Alleinerbin und der Kläger 2 Willensvollstrecker im Nachlass der am tt.mm.1918 geborenen und am tt.mm.2009 mit letztem Wohnsitz in Zürich verstorbenen D.\_\_\_\_\_ sind.
2. Es wird festgestellt, dass das am 7. August 2007 in Zürich von der am tt.mm.1918 geborenen und am tt.mm.2009 mit letztem Wohnsitz in Zürich verstorbenen D.\_\_\_\_\_ errichtete Testament widerrufen wurde.
3. Die Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf **CHF 180'000.--** und dem Beklagten auferlegt.

Der durch den Kläger 2 geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 22'300.-- wird zur teilweisen Deckung der Entscheidunggebühr verwendet.

Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 2 den Betrag von CHF 22'300.-- zu ersetzen.

4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin 1 eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 248'550.-- (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) und dem Kläger 2 eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 17'750.-- (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5. Nach Eintritt der Rechtskraft wird dem Kläger 2 die von ihm geleistete Sicherheit für die Parteientschädigung im Betrag von CHF 34'100.-- zurückbezahlt.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein. Nach Eintritt der Rechtskraft erfolgt schriftliche Mitteilung im Dispositiv an das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen (BVS), Neumühlequai 10, Postfach, 8090 Zürich sowie an das Einzelgericht in Erbschaftssachen zu Händen des Geschäfts Nr. EL091238.
7. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an schriftlich, im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

### **Berufungsantrag:**

#### **des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 103 S. 2):**

- "1. Es sei das Urteil der Vorinstanz vollumfänglich aufzuheben;
2. Es die Klage der Berufungsbeklagten 1 vollumfänglich abzuweisen;
3. Es sei festzustellen, dass der Berufungskläger Alleinerbe und der Berufungsbeklagte 2 Willensvollstrecker im Nachlass der am tt.mm.1918 geborenen und am tt.mm.2009 mit letztem Wohnsitz in Zürich verstorbenen D. \_\_\_\_\_ sind;
4. Es sei das Einzelgericht Erbschaftssachen des Bezirksgerichts Zürich anzuweisen, die mit Verfügung vom 29. Januar 2010 angeordnete Erbschaftsverwaltung weiterzuführen, bis das vorliegende Verfahren rechtskräftig entschieden ist;
5. Es sei im Obsiegensfall des Berufungsklägers den Parteien die entsprechenden Kosten- und Entschädigungspflichten gemäss Ausgang des Verfahrens aufzuerlegen bzw. im Unterliegensfall des Berufungsklägers eine billige Verteilung der Prozesskosten auf die Parteien vorzunehmen."

## Erwägungen:

### I.

1. Am tt.mm.2009 verstarb in Zürich ohne pflichtteilsgeschützte Erben D.\_\_\_\_\_ (fortan auch Erblasserin). Als gesetzliche Erben hinterliess sie Verwandte aus der grosselterlichen Verwandtschaft. Zur Eröffnung wurden fünf Testamente eingereicht (Urk. 5/3 S. 3 f.):

- In ihrem Testament vom 28. Mai 1997 schloss die Erblasserin ihre gesetzlichen Erben von der Erbfolge aus, richtete Vermächtnisse aus und liess den Rest ihres Nachlasses "einer zu gründenden «B.\_\_\_\_\_-Stiftung» mit Sitz in Zürich zukommen". Zu ihrem Willensvollstrecker ernannte sie Rechtsanwalt Dr. Z.\_\_\_\_\_ (Urk. 5/6).
- In einer "Präzisierung und Ergänzung zum Testament vom 28. Mai 1997" ergänzte die Erblasserin die Vermächtnisse, umschrieb den Zweck der Stiftung und bestimmte als Stiftungsräte die mittlerweile verstorbenen Dr. E.\_\_\_\_\_ und Dr. Z.\_\_\_\_\_ (Urk. 5/7).
- In einem "Testament" bzw. "Nachtrag zu meinem Testament vom 28. Mai 1997" vom 23. November 1998 richtete die Erblasserin ein weiteres Vermächtnis aus (Urk. 5/8).
- In ihrem Testament vom 7. August 2007 hob die Erblasserin alle früher errichteten Testamente auf und setzte den Beklagten als Alleinerben und Willensvollstrecker ihres Nachlasses ein (Urk. 5/9).
- In einem am 14. August 2008 erstellten "Nachtrag zu meinem Testament vom 28. Mai 1997" ernannte die Erblasserin anstelle des mittlerweile verstorbenen Dr. Z.\_\_\_\_\_ dessen Bruder, den Kläger 2, zum Willensvollstrecker (Urk. 5/10).

2. Die Eröffnungsbehörde betrachtete vorläufig das Testament vom 7. August 2007 als massgebend. Mit Verfügung des Einzelrichteramts in Erbschaftssachen vom 28. September 2010 wurde dem Beklagten vorbehältlich allfälliger Einsprachen die Ausstellung einer Erbescheinigung und vorbehältlich der Gültigkeit

des Testaments vom 7. August 2007 nach Abschluss der Erbschaftsverwaltung die Ausstellung einer Willensvollstreckerbescheinigung in Aussicht gestellt (Urk. 5/3 S. 18 f.).

3. Gemäss öffentlicher Beurkundung vom 10. März 2011 erklärte der Kläger 2 in seiner Eigenschaft als mutmasslicher Willensvollstrecker im Nachlass D.\_\_\_\_\_ die "B.\_\_\_\_\_-Stiftung" mit Sitz in Zürich samt Stiftungsurkunde zu Protokoll (Urk. 11/3). Am 18. April 2011 wurde die "B.\_\_\_\_\_-Stiftung" mit dem Kläger 2 als einzigem Stiftungsrat in das Handelsregister eingetragen (Urk. 5/5). Mit Verfügung vom 6. Juni 2011 übernahm das Amt für berufliche Vorsorge und Stiftungen des Kantons Zürich (BVS) die Aufsicht über die B.\_\_\_\_\_-Stiftung auf der Grundlage der Stiftungsurkunde vom 10. März 2011 und dem Handelsregistereintrag vom 18. April 2011 (Urk. 73/1).

4. Mit Klageschrift vom 29. April 2011 und unter Beilage der Weisung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich vom 31. Januar 2011 machten die Kläger das vorliegende Verfahren beim Bezirksgericht Zürich (Vorinstanz) anhängig. (Urk. 1, Urk. 2). Für den Gang des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 104 S. 4 ff.). Am 29. Mai 2013 hiess die Vorinstanz die Klage im eingangs aufgeführten Sinne gut (Urk. 104).

5. Gegen das ihm am 13. November 2013 zugestellte Urteil (begründete Fassung) erhob der Beklagte mit Eingabe vom 13. Dezember 2013, gleichentags zur Post gegeben und hierorts eingegangen am 16. Dezember 2013, innert Frist Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen; gleichzeitig ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 103). Mit Eingabe vom 17. Dezember 2013 verlangten die Kläger die Sicherstellung der Prozessentschädigungen (Urk. 110), mit Eingabe vom 27. Januar 2014 nahmen sie zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege Stellung (Urk. 115). Am 6. Februar 2014 liess sich der Beklagte zum Gesuch um Sicherheitsleistung vernehmen (Urk. 118). Am 11. Februar 2014 ging eine weitere Stellungnahme der Kläger ein (Urk. 122), die dem Beklagten am 18. Februar 2014 zugestellt wurde (Urk. 123). Seither sind keine weiteren Eingaben mehr erfolgt.

6. In der Verfügung vom 15. Januar 2014 wurde darauf hingewiesen, dass die mit Berufungsantrag Ziffer 4 beantragte Anweisung des Einzelgerichts Erbschaftssachen überflüssig ist, nachdem die Erbschaftsverwaltung im Einspracheverfahren EN100469 weitergeführt und erst mit dessen Abschluss aufzuheben sein wird (Urk. 113 S. 2).

7. Da sich die Berufung als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet erweist, kann von der Einholung einer Berufungsantwort abgesehen werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

## II.

1. Die Vorinstanz erwog, die Erblasserin habe in ihrem Testament vom 28. Mai 1997 eine Erbstiftung letztwillig errichtet und diese Stiftung als Alleinerbin eingesetzt (Urk. 104 S. 13 f.). Für die Vorinstanz stand weiter fest, dass es sich bei der Klägerin 1 um die von der Erblasserin testamentarisch errichtete Stiftung handelt. Sie erachtete die Aktivlegitimation der Klägerin 1 daher als gegeben. Es sei Aufgabe eines Willensvollstreckers, dafür zu sorgen, dass eine letztwillig errichtete Erbstiftung im Handelsregister eingetragen werde, damit sie die vollumfängliche Handlungsfähigkeit erlange. In seiner Eigenschaft als möglicher Willensvollstrecker habe der Kläger 2 mit der öffentlichen Beurkundung vom 10. März 2011 dafür gesorgt, dass die von der Erblasserin in ihrem Testament vom 28. Mai 1997 errichtete B.\_\_\_\_-Stiftung mit dem von der Erblasserin in ihrer Präzisierung vom 18. Juni 1997 bestimmten Zweck im Handelsregister eingetragen worden sei. Welchen Mitteln sich der Kläger 2 als möglicher Willensvollstrecker für die Erfüllung seiner Aufgabe – dafür besorgt zu sein, dass die Erbstiftung im Handelsregister eingetragen werde – bediene, sei unerheblich, solange sie weder gesetzlichen noch testamentarischen Anordnungen zuwiderlaufen würden. Der Kläger 2 habe vorliegend zur Erfüllung seiner Aufgabe eine öffentliche Urkunde durch den zuständigen Notar ausfertigen lassen. Dabei handle es sich weder um ein widerrechtliches noch um ein dem Testament der Erblasserin widersprechendes Mittel. Ob die Eintragung der Erbstiftung ins Handelsregister auch

durch andere Mittel hätte erreicht werden können, sei an dieser Stelle nicht mehr zu diskutieren. Dass der Kläger 2 mit dem Handelsregistereintrag beabsichtigt habe, der Erbstiftung die Handlungsfähigkeit und damit die Prozessfähigkeit zu verschaffen und nicht eine von den letztwilligen Verfügungen der Erblasserin unabhängige eigene Stiftung zu errichten, bedürfe keiner näheren Erläuterung. Auch wenn für die Führung des vorliegenden Prozesses ein Handelsregistereintrag nicht erforderlich gewesen wäre, da der Klägerin 1 unabhängig vom Registereintrag die Möglichkeit offenstehen müsse, zu klagen und den Rechtsstreit um ihre Existenz zu führen, stehe fest, dass die im Handelsregister nunmehr als Stiftung eingetragene Klägerin 1 identisch mit der durch die Erblasserin testamentarisch errichteten Stiftung sei. Damit sei die Klägerin 1 im vorliegenden Prozess aktivlegitimiert, wobei ihr diese Aktivlegitimation bereits im Zeitpunkt der Einleitung des Sühnverfahrens am 22. Dezember 2010 zugekommen sei. Allerdings komme der Klägerin 1 insofern eine resolutiv bedingte Rechtspersönlichkeit zu, als sie direkt von der Entscheidung abhängig sei, ob das Testament vom 28. Mai 1997 samt Nachtrag als für die Erbfolge massgeblich betrachtet werde oder nicht. Falls es sich beim Testament vom 28. Mai 1997 nicht um das für die Erbfolge massgebliche Testament handle, verliere die Klägerin 1 rückwirkend auf den Tod der Erblasserin bezogen die ihr bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides zukommende Rechtspersönlichkeit. Das Handelsregisteramt hätte in diesem Fall die Eintragung der B.\_\_\_\_-Stiftung nach rechtskräftiger Erledigung des vorliegenden Rechtsstreits zu löschen (Urk. 104 S. 12 ff.).

Die Vorinstanz erwog weiter, der Nachtrag vom 14. August 2008 trage alle wesentlichen Merkmale einer gültigen letztwilligen Verfügung. Aus dem Nachtrag und aus seiner Entstehung lasse nichts auf einen fehlenden Testierwillen schliessen. Mit der ausdrücklichen Bezugnahme auf "mein Testament vom 28. Mai 1997" ergebe sich eine klare Aussage über den letzten Willen der Erblasserin, die keiner Auslegung bedürfe, zumal das Testament vom 28. Mai 1997 formgültig vorliege. Der Nachtrag sei zusammen mit dem Testament vom 28. Mai 1997 und den weiteren Nachträgen dazu als gültiger letzter Wille der Erblasserin zu betrachten. Für einen fehlerhaften oder mangelhaften Wille trage daher der Beklagte die Beweislast (Urk. 104 S. 26 f.). Die Vorinstanz hielt nach Würdigung diverser

Beweismittel dafür, der Beklagte habe den Nachweis dafür, dass der Nachtrag vom 14. August 2008 von der Erblasserin nur zum Schein und ohne Testierwillen geschrieben worden sei, nicht erbringen können (Urk. 104 S. 46 f.). Sie gelangte zum Ergebnis, die Erblasserin habe mit dem Nachtrag vom 14. August 2008 frei von Zwang letztwillig verfügt und bestimmt, dass sich ihre Erbfolge nach dem Testament vom 28. Mai 1997 und allen dazu verfassten Nachträgen richte. Damit trete das Testament vom 28. Mai 1997 mit allen Nachträgen dazu an die Stelle des Testaments vom 7. August 2007 und hebe dieses gesamthaft auf (Urk. 104 S. 49).

2. Der Beklagte beschränkt seine Berufung ausdrücklich auf die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin 1 (Urk. 103 S. 4). Er ist der Auffassung, dass der Kläger 2 mit der Klägerin 1 eine Stiftung unter Lebenden errichtet habe, die gemäss Art. 52 Abs. 1 ZGB mit dem konstitutiven Handelsregistereintrag am 18. April 2011 Rechtspersönlichkeit erlangt habe und deren Anfangsvermögen aus – vom Kläger 2 selbst eingelegten – Fr. 10'000.– bestehe. Damit sei diese Stiftung unter Lebenden von der im Testament vom 28. Mai 1997 vorgesehenen Erbstiftung zu unterscheiden, obwohl Firma und Zweck der beiden Stiftungen ähnlich seien. Zwar stellten die Errichtung einer Stiftung unter Lebenden samt öffentlicher Beurkundung und die Übernahme der Aufsicht durch die Stiftungsaufsicht keine widerrechtlichen oder dem Testament widersprechenden Akte dar, doch hätten diese Vorgänge mit der von der Erblasserin im Testament vom 28. Mai 1997 vorgesehenen Erbstiftung nichts zu tun. Der Kläger 2 habe mit Errichtung der Klägerin 1 ein von der Erbstiftung zu unterscheidendes Rechtssubjekt geschaffen (Urk. 103 S. 8 f., S. 12). Die Klägerin 1 habe vor dem 18. April 2011 nicht existiert, sei daher keine Erbstiftung und folglich im vorliegenden Verfahren auch nicht aktivlegitimiert. Da die Klägerin 1 ihre Rechtspersönlichkeit mit Beurkundung der Stiftungsurkunde und dem Eintrag ins Handelsregister als Stiftung unter Lebenden unabhängig vom vorliegenden Verfahren am 18. April 2011 erlangt habe und über ein (Anfangs-) Stiftungsvermögen vom Fr. 10'000.– verfüge, werde sie entgegen der Auffassung der Vorinstanz im Falle des Unterliegens der Klägerin 1 im Handelsregister nicht zu löschen sein. Sie habe mit der testamentarisch vorgesehenen Erbstiftung nichts zu tun und sei mit dieser nicht identisch (Urk. 103 S. 12). Im



Handelsregistrauszug der Klägerin 1 fehle denn auch jeglicher Hinweis auf eine Erbstiftung (Urk. 103 S. 11).

Der Beklagte ficht mit seiner Berufung die Einsetzung des Klägers 2 als Willensvollstrecker nicht an (Urk. 103 S. 4). Er macht aber geltend, der Kläger 2 sei gar nicht berechtigt gewesen, im Handelsregister die Eintragung der Erbstiftung und seiner Person als Stiftungsrat vorzunehmen. Die Stiftungserrichtung sei in der vorliegenden Konstellation nach dem Wortlaut von Art. 81 Abs. 3 ZGB nicht Aufgabe des Klägers 2. Auch stehe der Nachlass der Erblasserin nach wie vor unter amtlicher Erbschaftsverwaltung, weshalb der Kläger 2 nicht zu dessen Vertretung legitimiert sei. Der Kläger 2 sei weder durch die Erblasserin noch durch die Aufsichtsbehörde oder die amtliche Erbschaftsverwaltung beauftragt worden, eigenmächtig aktiv zu werden. Zur Gründung der Erbstiftung sei er nicht legitimiert gewesen. Die Vorinstanz setze den Kläger 2 zu Unrecht einem gültig eingesetzten und handlungsfähigen Willensvollstrecker gleich (Urk. 103 S. 10 f.).

Die mangelnde Aktivlegitimation der Klägerin 1 zeitigt laut Beklagtem folgende Auswirkungen (Urk. 103 S. 13):

- Erstens sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Klage der Klägerin 1 vollumfänglich abzuweisen. Die Klägerin 1 sei nicht als Alleinerbin im Nachlass D. \_\_\_\_\_ festzustellen.
- Zweitens wirke das Urteil nach erbschaftsprozessrechtlichen Grundsätzen nur "inter partes", d.h. zwischen den Prozessparteien. Da sich die Aktivlegitimation von "übergangenen" Willensvollstreckern zudem auf die Frage ihrer Einsetzung als Willensvollstrecker beschränke, könne sich die Klage des Klägers 2 auch nur auf diesen Punkt beziehen. Auf die Klage des Klägers 2 hin könne also lediglich festgestellt werden, dass die am 7. August 2007 verfügte Einsetzung des Beklagten als Willensvollstrecker widerrufen worden sei. Die vorliegende Berufung beschlage diese Frage nicht, weshalb festzustellen sei, dass der Kläger 2 Willensvollstrecker im Nachlass der Erblasserin sei.

- Mangels im vorliegenden Verfahren zur Anfechtung der – im Prozess EL091238 mit Verfügung vom 28. September 2010 einstweilen eröffneten – Einsetzung des Beklagten als Alleinerbe aktivlegitimierter Parteien sei festzustellen, dass der Beklagte Alleinerbe der Erblasserin sei.

Der Beklagte rügt schliesslich die vorinstanzliche Liquidation der Prozesskosten. Durch die Verfügungen der Erblasserin sei er – nachdem ihn der Einzelrichter in Erbschaftssachen als Erbe und Willensvollstrecker bestätigt habe – ohne sein Zutun als Beklagter mit einem Prozess konfrontiert worden, der für ihn im Unterliegensfall kostspieligste Auswirkungen haben könnte. Es könne nicht die Absicht der Erblasserin gewesen sein, ihn als in guten Treuen prozessierende Partei im hohen Alter mit einer unverschuldeten Prozesssituation zu ruinieren, weshalb beantragt werde, die Kosten im Falle seines Unterliegens aus Billigkeitsüberlegungen im Sinne von Art. 107 ZPO auf den Nachlass zu nehmen (Urk. 103 S. 14 f.).

### III.

1.1 Die Vorinstanz führte das erstinstanzliche Verfahren nach der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen schweizerischen Zivilprozessordnung (Urk. 104 S. 8 f.). Richtigerweise wäre die Rechtshängigkeit im Sinne von Art. 404 Abs. 1 ZPO nach neuem Recht, mithin nach Art. 62 ZPO, zu bestimmen gewesen (BGer 4A\_306/2013 E. 2.2). Demnach begründet bereits die Einreichung eines Schlichtungsgesuchs Rechtshängigkeit. Dies bedeutet, dass die vorliegende Klage bereits am 22. Dezember 2010 rechtshängig wurde (Urk. 2 S. 2). Auf das vorinstanzliche, am 1. Januar 2011 bereits rechtshängige Verfahren wäre demnach das bisherige Verfahrensrecht anzuwenden gewesen (Art. 404 Abs. 1 ZPO), was von den Klägern zutreffend erkannt worden war (Urk. 1 S. 6). Mit Beschluss vom 23. Mai 2011 entschied die Vorinstanz, das Verfahren nach der schweizerischen Zivilprozessordnung durchzuführen (Urk. 9), wogegen seitens der Parteien keine Einwände erhoben wurden. Mit Bezug auf das Verfahren wurden vom Beklagten berufsungsweise keine Rügen erhoben; der Beklagte macht weder eine unrichtige Anwendung des Verfahrensrechts noch eine unrichtige Feststellung des Sachver-

halts geltend, weshalb nur noch punktuell auf das erstinstanzliche Verfahren eingegangen werden muss (vgl. E. III/6.1 und 6.3; E. IV/2.3.1 und 2.3.2).

1.2 Das zweitinstanzliche Verfahren richtet sich nach der schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da auch die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung unter Vorbehalt zulässiger Anträge (dazu sogleich E. III/2) einzutreten (Art. 308 und 311 ZPO).

2.1 Mit seinem Berufungsantrag Ziffer 3 verlangt der Beklagte die Feststellung, dass er Alleinerbe und der Kläger 2 Willensvollstrecker im Nachlass der am tt.mm.1918 geborenen und am tt.mm.2009 mit letztem Wohnsitz in Zürich verstorbenen D. \_\_\_\_\_ sei (Urk. 103 S. 2).

2.2 Dieser Berufungsantrag deckt sich mit dem angefochtenen Urteil insoweit, als die Vorinstanz feststellte, der Kläger 2 sei Willensvollstrecker im Nachlass der Erblasserin. Darüber hinaus will der Beklagte als Alleinerbe im Nachlass der Erblasserin anerkannt werden. Eine Widerklage mit einem dahinlautenden Antrag hat der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren indes nie erhoben (Urk. 53 S. 2, Urk. 69 S. 2, Urk. 81 S. 2; Urk. 93 S. 2; Prot. I S. 8 ff.). Mit dem Berufungsantrag Ziffer 3 ist demnach eine Klageänderung im Sinne von Art. 317 Abs. 2 ZPO verbunden. Diese Klageänderung beruht aber nicht auf neuen Tatsachen und Beweismitteln (Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO), weshalb sie – unabhängig davon, ob die Voraussetzung von Art. 317 Abs. 2 lit. a ZPO erfüllt ist – unzulässig ist. Auf den Berufungsantrag Ziffer 3 ist daher nicht einzutreten.

3. Es ist unbestritten, dass eine in gehöriger Form errichtete Stiftung bereits vor ihrem Eintrag im Handelsregister im Prozess um ihre Rechtsfähigkeit unter Vorbehalt ihrer Eintragung aktiv- und passivlegitimiert ist (BGE 99 II 246 E. 9g S. 265; 103 Ib 6 E. 1 S. 8; BSK ZGB I-Grüniger, N 5a zu Art. 493 ZGB; BK-Riemer, N 38 zu Art. 81 ZGB). Dies hat auch die Vorinstanz nicht anders gesehen (Urk. 104 S. 14 f.). Der Beklagte macht indes geltend, bei der Klägerin 1 handle sich gar nicht um die von der Erblasserin errichtete und als Erbin eingesetzte Erb-  
stiftung.

4. Gemäss Art. 81 Abs. 1 ZGB wird die Stiftung durch eine öffentliche Urkunde oder durch eine Verfügung von Todes wegen errichtet. Sie ist verpflichtet, sich im Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 81 Abs. 2 ZGB). Stiftungen "eines Lebenden" werden durch eine öffentliche Urkunde errichtet. Die Errichtung einer Erbstiftung (Art. 493 ZGB) erfolgt durch Verfügung von Todes wegen, welche die Grundlage für den Handelsregistereintrag bildet (BK-Riemer, N 31 zu Art. 81 ZGB). Entsprechend wird als Datum der Stiftungsurkunde ins Handelsregister der Tag eingetragen, an dem die öffentliche Urkunde über die Errichtung der Stiftung erstellt oder die Verfügung von Todes wegen errichtet wurde (Art. 95 Abs. 1 Bst. e HRegV; Art. 22 Abs. 2 HRegV). Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Errichtung durch letztwillige Verfügung und auf den Erblasser (unter "Bemerkungen"; vgl. Urk. 54/6) kann, muss aber im Falle einer Erbstiftung nicht gemacht werden (Art. 95 Abs. 1 HRegV; Zihler, Stämpfli Handkommentar, N 3 zu Art. 95 HRegV; BK-Küng, N 55 und N 429 ff. zu Art. 932 OR). Die Behörde, welche die Verfügung von Todes wegen eröffnet, teilt dem Handelsregisterführer die Errichtung der Stiftung mit (Art. 81 Abs. 3 ZGB). Eine solche Mitteilung ist vorliegend nicht erfolgt; indes wurde die Verfügung vom 28. September 2010 der kantonalen Aufsichtsbehörde für Stiftungen zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 5/3).

5. Es trifft zu, dass im Handelsregister als Datum der Stiftungsurkunde der Tag der öffentlichen Beurkundung der B.\_\_\_\_-Stiftung (Urk. 11/3 S. 6) eingetragen wurde und keine weiteren Bemerkungen über die Errichtung der Stiftung durch letztwillige Verfügung der Erblasserin erfolgten (Urk. 5/5). Auch stimmt die Zweckumschreibung im Handelsregister mit dem in der (öffentlich beurkundeten) Stiftungsurkunde enthaltenen Zweckartikel wörtlich überein (Urk. 11/3 S. 2, Urk. 5/5). Nun ist es zwar richtig, dass eine durch eigenhändiges Testament errichtete Stiftung nicht nochmals durch öffentliche Beurkundung ins Leben gerufen werden muss (Zihler, Stämpfli Handkommentar, N 6 zu Art. 94 HRegV: "Ist die Verfügung von Todes wegen nicht öffentlich beurkundet, braucht sie nicht in eine öffentliche Urkunde «umgegossen» zu werden."). Der Auffassung des Beklagten, dass die am 10. März 2011 öffentlich beurkundete und am 18. April 2011 in das Handelsregister eingetragene "B.\_\_\_\_-Stiftung" einerseits und die von der Erblasserin mit letztwilliger Verfügung errichtete "B.\_\_\_\_-Stiftung" andererseits zwei

voneinander unabhängige Rechtssubjekte seien und die Klägerin 1 nichts mit Erbstiftung und Testament zu tun habe, kann - wie nachstehend zu zeigen ist - indes nicht gefolgt werden.

6.1 Das Begehren um Durchführung des Sühnverfahrens ("Klage") ging am 22. Dezember 2010 beim Friedensrichteramt der Stadt Zürich ein. Die Sühnverhandlung fand am 25. Januar 2011 statt, worauf am 31. Januar 2011 die Weisung, lautend auf "B.\_\_\_\_-Stiftung", vertreten durch den Willensvollstrecker C.\_\_\_\_ im Nachlass D.\_\_\_\_, ausgestellt wurde (Urk. 2). Die vom Kläger 2 namens der B.\_\_\_\_-Stiftung ausgestellte Prozessvollmacht datiert vom 11. März 2011 (Urk. 3). Mit Eingabe vom 3. Mai 2011 wurde die Weisung bei der Vorinstanz eingereicht (Urk. 2). Die Weisung muss die Bezeichnung der Parteien mit Namen oder Firma und Adresse sowie den Namen und die Adresse allfälliger Vertreter enthalten (§ 100 Ziff. 2 und Ziff. 3 ZPO/ZH). Die Parteibezeichnungen sind Teil des Rechtsbegehrens (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 3a zu § 100 ZPO/ZH). Durch Einreichung der Weisung beim Gericht wird der Rechtsstreit rechtshängig gemacht (§ 102 ZPO/ZH). Mit der Rechtshängigkeit wird der Prozess hinsichtlich der Parteien und des Rechtsbegehrens grundsätzlich fixiert. Ein "schlichter" Parteiwechsel ist nur mit Zustimmung aller bisherigen Parteien zulässig (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 107 ZPO/ZH).

6.2 Nach Darstellung des Beklagten ist die Klägerin 1, eine Stiftung unter Lebenden, erst seit dem 18. April 2011 rechts- und damit parteifähig (Urk. 103 S. 8 Ziff. 18 und Ziff. 21, S. 12 Ziff. 32; Urk. 53 S. 24 Ziff. 74). Dann aber könnte es sich bei der in der Weisung vom 31. Januar 2011 und in der Vollmacht vom 11. März 2011 erwähnten "B.\_\_\_\_-Stiftung" nicht um die Klägerin 1 handeln. Das Verfahren wäre mit der (in der Weisung aufgeführten) Erbstiftung als Klägerin rechtshängig geworden. Der Beklagte behauptet nicht, es sei je ein Parteiwechsel erfolgt und die im Handelsregister am 18. April 2011 eingetragene Stiftung sei anstelle der Erbstiftung in den Prozess eingetreten. Bereits die Einleitung des Prozesses zeigt auf, dass der Standpunkt des Beklagten nicht richtig sein kann. Wenn zwischen zwei Stiftungen zu unterscheiden wäre, müsste im vorliegenden

Verfahren die von der Erblasserin errichtete Erbstiftung als Klägerin betrachtet werden.

6.3 Zu keinem anderen Resultat führte die Anwendung des neuen Prozessrechts. Demzufolge wäre die Rechtshängigkeit und die damit verbundene Sperrwirkung bereits mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs, das die Parteien zu individualisieren hat (Honegger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 10 zu Art. 202 ZPO), eingetreten (Art. 62 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO). Nachdem die Klage beim Friedensrichteramt am 22. Dezember 2010 einging (Urk. 2 S. 2), kommt als Klägerin 1 wiederum nur die Erbstiftung – nicht aber eine erst am 18. April 2011 gegründete Stiftung unter Lebenden – in Frage.

7.1 Die Stiftung verfügt über einen Namen gemäss Art. 29 ZGB, der ihrer Kennzeichnung und Unterscheidung dient, ferner über einen Sitz (Art. 95 Abs. 1 lit. b und c HRegV; BK-Riemer, ST N 502). Die Erblasserin liess ihr gesamtes (übriges) Vermögen einer zu gründenden "B.\_\_\_\_-Stiftung" mit Sitz in Zürich zukommen (Urk. 5/6). Die im Handelsregister eingetragene Stiftung trägt – basierend auf Art. 1 der Stiftungsurkunde (Urk. 11/3) – ebenfalls den Namen "B.\_\_\_\_-Stiftung" und hat ihren Sitz in Zürich (Urk. 5/5).

7.2 Die Erblasserin umschrieb den Zweck der von ihr errichteten Stiftung am 18. Juni 1997 wie folgt (Urk. 5/7):

"Der Zweck der Stiftung gemäss Ziffer 4 meines Testamentes soll sein die Förderung der schönen Künste, insbesondere die Durchführung von Kunstausstellungen und kulturellen Anlässen an der F.\_\_\_\_strasse ... - ...."

Laut Handelsregister und Art. 2 der Stiftungsurkunde bezweckt die B.\_\_\_\_-Stiftung "die Förderung und Pflege des öffentlichen Kulturlebens, indem sie auf gemeinsütziger Grundlage direkt oder indirekt Beiträge in kulturellen und künstlerischen Bereichen leistet. Die Stiftung erfüllt ihren Zweck unter anderem durch: Förderung der schönen Künste, insbesondere mit der Durchführung von Kunstausstellungen und kulturellen Anlässen an dafür geeigneten Orten; Förderung von jungen Künstlerinnen und Künstler, insbesondere in den Bereichen der schönen Künste wie Musik, Tanz, Theater, Oper oder der bildenden und angewandten Kunst; Unterstützung und Förderung von Institutionen und Anlässen in musikalischen und andern kulturellen Bereichen wie Opern, Konzerte,

Ballett, Kunstausstellungen. Die Stiftung verfolgt weder Erwerbs- noch Selbsthilfeszwecke." (Urk. 5/5, Urk. 11/3 S. 2). Der Beklagte behauptet nicht, die im Handelsregister enthaltene Zweckumschreibung lasse sich mit dem testamentarischen Stiftungszweck der Förderung der schönen Künste nicht vereinbaren (Urk. 103 S. 8 Ziff. 19: "deren Firma und Zweck zwar ähnlich ist"), auch wenn im Testament die Bedeutung und Nutzbarmachung der Liegenschaft F.\_\_\_\_\_strasse ... für die "Schönen Künste" noch speziell hervorgehoben wird.

7.3. Der Beklagte bringt vor, das Stiftungsvermögen der Klägerin 1 bestehe lediglich aus vom Kläger 2 zur Verfügung gestellten Fr. 10'000.– und nicht aus dem Vermögen der Erblasserin (Urk. 103 S. 9 Ziff. 24). Dies trifft nicht zu. Gemäss Art. 3 der Stiftungsurkunde besteht das Anfangskapital der B.\_\_\_\_\_Stiftung aus dem der Stiftung als Alleinerbin im Nachlass D.\_\_\_\_\_ zugewendeten Vermögen und zusätzlich einem Kapital von CHF 10'000." (Urk. 11/3).

8.1 Name, Sitz, Zweck und Stiftungsvermögen weisen demnach gerade nicht darauf hin, dass die öffentlich beurkundete Stiftung mit der im Testament vom 28. Mai 1997 vorgesehenen Erbstiftung nicht das Geringste zu tun hat. Die Wahl des Namens, die Umschreibung des Stiftungsvermögens und der Zweckartikel lassen vielmehr einzig den Schluss zu, dass der Kläger 2 "als mutmasslicher Willensvollstrecker im Nachlass D.\_\_\_\_\_" (Urk. 11/3 S. 1) keine von der Erbstiftung unabhängige, zweite Stiftung errichten, sondern vielmehr der bereits errichteten Stiftung auf dem Wege der öffentlichen Beurkundung zu einem Eintrag im Handelsregister und damit zur Handlungsfähigkeit verhelfen wollte.

8.2 Somit ergibt sich, dass der Kläger 2 am 10. März 2011 eine bereits errichtete (Erb-)Stiftung zu Protokoll erklärte, die aufgrund der darauffolgenden Anmeldung im Handelsregister zwar formell richtig auf der Grundlage der öffentlichen Beurkundung, aber letztlich im Widerspruch zur materiellen Rechtslage mit dem Urkundendatum "10.03.2011" und ohne Hinweis auf die Errichtung durch letztwillige Verfügung eingetragen wurde. Entsprechend hat auch die BVS die Aufsicht über die B.\_\_\_\_\_Stiftung letztlich zu Unrecht auf der Grundlage der Stiftungsurkunde vom 10. März 2011 übernommen (Urk. 73/1). Dies führt aber nicht dazu, dass die im Handelsregister eingetragene Stiftung als eine von der Erbstif-

tung unabhängige juristische Person zu betrachten ist, die nicht zur vorliegenden Klage legitimiert gewesen wäre. Letztlich wird auch aus der Verfügung der BVS vom 6. Juni 2011 hinreichend deutlich, dass es bei der unter Aufsicht genommenen Stiftung im Grunde genommen um die Erbstiftung geht und nicht zwei Stiftungen zur Diskussion stehen. Ansonsten hätte die Aufsichtsbehörde nicht erwogen, eine Tätigkeit der Stiftung könne ohne den Nachlass der Erblasserin bis zum Abschluss des Erbschaftsprozesses nicht oder nur sehr eingeschränkt erfolgen, nach Aufnahme der Stiftungstätigkeit werde die Stiftungsrat aus mindestens zwei Personen bestehen müssen und es sei im Geschäftsbericht über den Erbschaftsprozess zu berichten (Urk. 73/1 S. 2 f.). Konsequenterweise hätte bei dieser Betrachtungsweise, d.h. bei Annahme von Personenidentität, eine Klageabweisung – entgegen der Auffassung des Beklagten (Urk. 103 S. 12 Ziff. 33) – die Löschung bzw. Liquidierung der Klägerin 1 zur Folge, analog dem Fall, da eine bereits eingetragene Erbstiftung aufgrund eines nachträglich aufgefundenen Testamentes als widerrufen gelten muss (Zeiter, a.a.O., N 752 ff.; BSK ZGB II-Grüniger, N 8 zu Art. 493 ZGB, und BK-Riemer, N 94 zu Art. 81 ZGB).

9. Die Berufung des Beklagten auf die mangelnde Aktivlegitimation der Klägerin 1 ist aus einem weiteren Grund zurückzuweisen:

Der Beklagte hält den Entscheid der Vorinstanz zwar für falsch und dem wahren Testierwillen zuwiderlaufend (Urk. 103 S. 4 Ziff. 7). Trotzdem erklärt er aufgrund der einseitigen, aber in sich kohärenten Würdigung der Beweise durch die Vorinstanz keine "umfassende Berufung", sondern beschränkt sie auf die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin 1. Der Beklagte anerkennt auch die Einsetzung des Klägers 2 als Willensvollstrecker gemäss Nachtrag vom 14. August 2008 zum Testament vom 28. Mai 1997 (Urk. 103 S. 4 Ziff. 8). In seiner Berufungsbegründung wendet er sich denn auch nicht – jedenfalls nicht substantiiert – gegen die vorinstanzliche Beweiswürdigung, derzufolge die Erblasserin am 14. August 2008 durch die Bezugnahme auf das Testament vom 28. Mai 1997 letztwillig verfügt habe, dass sich ihre Erbfolge nach dem Testament vom 28. Mai 1997 und allen dazu verfassten Nachträgen richte, weshalb das Testament vom 28. Mai 1997 mit allen Nachträgen dazu an die Stelle des Testaments



vom 7. August 2007 trete und dieses gesamthaft aufhebe (Urk. 104 S. 49). Mithin hat sich der Beklagte damit abgefunden, dass das Testament vom 28. Mai 1997 gültig bzw. wirksam ist und der letzte Wille der Erblasserin darauf gerichtet war, eine Erbstiftung – und nicht ihn – als Erben einzusetzen. Andernfalls hätte er nicht eine "beschränkte" Berufung erhoben bzw. erheben dürfen. Wenn der Beklagte berufsweise trotzdem als Alleinerbe gelten will, sieht er dies ausschliesslich darin begründet, dass sich die Klage des Klägers 2 auf die Frage der Einsetzung des Willensvollstreckers beschränke, die Klägerin 1 als Stiftung eines Lebenden keinen Bezug zur Erbstiftung oder zu einem Testament aufweise und damit im vorliegenden Verfahren keine zur Anfechtung der Einsetzung des Beklagten als Alleinerbe aktivlegitimierte Parteien vorhanden seien (Urk. 103 S. 13 Ziff. 36). Der Kläger will mit anderen Worten unter Berufung auf einen Eintragungsmangel als Erbe gelten, obwohl er akzeptiert, materiell an der Erbschaft gar nicht berechtigt zu sein. Noch anders ausgedrückt versucht der Beklagte aus dem "zeitlichen Vakuum, welches nach dem Tod des Erblassers bis zur Eintragung im Handelsregister entsteht" (Zeiter, Die Erbstiftung, Freiburg 2001, N 824) und aus dem Umstand, dass die Erbstiftung bis zum Eintrag im Handelsregister nicht voll funktionsfähig ist (BK-Weimar, N 19 zu Art. 493 ZGB; Riemer, Stämpflis Handkommentar, N 22 zu Art. 80 ZGB), einen Vorteil zu ziehen, indem er sich darauf beruft, der (nunmehr auch von ihm anerkannte) Willensvollstrecker, dem die Durchsetzung des (inzwischen auch von ihm nicht mehr in Frage gestellten) erblasserischen Willens obliegt, sei bei der Errichtung der Erbstiftung nicht richtig vorgegangen. Darin wäre eine gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) verstossende Berufung auf einen Gründungsmangel und auf eine fehlende Aktivlegitimation zu sehen, weil sie letztlich auf die Erlangung eines nicht gerechtfertigten Vorteils abzielt.

10.1 Der Beklagte hält dafür, er sei mit Verfügung des Einzelrichteramts in Erbschaftssachen vom 28. September 2010 einstweilen als Alleinerbe eingesetzt worden; mangels zur Anfechtung dieser Einsetzung aktivlegitimierter Personen im vorliegenden Verfahren sei er als Alleinerbe zu betrachten, was entsprechend festzustellen sei (Urk. 103 S. 13 Ziff. 36).

10.2 In der Verfügung vom 28. September 2010 war das Testament vom 7. August 2007 als einstweilen massgebend erachtet und dem Beklagten die Ausstellung einer Erbescheinigung in Aussicht gestellt worden (Urk. 5/3). Mit Eingabe vom 1. November 2010 erhoben die Kläger Einsprache (Urk. 5/75). Unbestrittenermassen teilte das Bezirksgericht mit Schreiben vom 12. Januar 2011 mit, dass bis zum Abschluss des Verfahrens über den Erbenruf keine Erbescheinigungen ausgestellt würden (Urk. 1 S. 67 Ziff. 121; Urk. 53 S. 67). Bereits am 22. Dezember 2010 war die Klage im vorliegenden Rechtsstreit beim Friedensrichteramts der Stadt Zürich eingegangen (Urk. 2).

10.3 Die Kognitionsbefugnis der Testamentseröffnungsbehörde ist beschränkt. Deren Kognition ist provisorisch und hat keine materielle Bedeutung für die Rechte der in der Erbescheinigung aufgenommenen oder nicht aufgenommenen Personen (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, N 32 zu Art. 559 OR; Urk. 5/3 S. 8 E. 1). Auch die Einsprache löst kein Verfahren aus, in welchem die materielle Berechtigung der Erben an der Erbschaft geprüft wird, und sie hat auch keinen Einfluss auf die Rollenverteilung in einem anschliessenden Zivilprozess (BGE 128 III 318, 321 E. 2.2.1). Wären in diesem Prozess keine zur Anfechtung der Einsetzung des Beklagten als Alleinerbe legitimierte Personen vorhanden und die Klage abzuweisen, führte dies nicht dazu, dass der Beklagte materiell Erbe wird. Allenfalls würde ihm eine Erbescheinigung ausgestellt werden (Art. 559 Abs. 1 ZGB). Die Erbescheinigung hat aber keine materiellrechtliche Bedeutung für die Erbberechtigung der darin erwähnten Personen, sondern immer nur provisorischen Charakter und steht unter dem Vorbehalt der erbrechtlichen Klagen, selbst wenn diese nicht ausdrücklich in der Bescheinigung erwähnt werden (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, N 45 zu Art. 559 ZGB). Eine Feststellung der Erbenstellung des Beklagten würde eine Klage und eine Prüfung im ordentlichen Verfahren voraussetzen. Gemäss E. 2 kann aber auf den entsprechenden Antrag des Beklagten gar nicht eingetreten werden. Abgesehen davon würde sich sein Feststellungsantrag gegen eine nicht passivlegitimierte Partei richten und wäre ebenfalls zurückzuweisen, wenn seiner Argumentation, die Klägerin 1 weise keinen Bezug zum Nachlass auf, gefolgt würde. Denn wenn die Klägerin 1 nicht aktivlegitimiert ist, ist sie – als beliebige Drittperson ohne Bezug zum Nachlass – auch nicht passivlegi-

timiert. Die von der Testamentseröffnungsbehörde vorgenommene provisorische Würdigung und selbst eine Erbescheinigung bleiben aber jederzeit abänderbar, werden nicht durch reinen Zeitablauf definitiv und müssen durch ein rechtskräftiges Urteil des Zivilrichters über eine erbrechtliche Klage als Legitimationsausweis entkräftet oder aber definitiv bestätigt werden (PraxKomm Erbrecht-Emmel, N 33 zu Art. 559 ZGB). Allein eine Abweisung der Klage der Klägerin 1 mangels Aktivlegitimation kann daher nicht eo ipso dazu führen, dass dem Beklagten die Erbenstellung zukommt.

11.1 Wurde die Klägerin 1 bereits am 28. Mai 1997 und nicht erst am 10. März 2011 errichtet, erweist sich das Handelsregister mit Bezug auf das Urkundendatum als tatsachenwidrig (Urk. 5/5). Der Grund für diesen unrichtigen Eintrag liegt darin, dass eine in eine öffentliche Urkunde "umgegossene" Erbstiftung zur Anmeldung gelangte. Insofern liegt eine fehlerhafte Anmeldung vor. Ob das Handelsregisteramt in der vorliegenden Konstellation den Eintrag aufgrund der umstrittenen Wirksamkeit der letztwilligen Verfügungen aus dem Jahre 1997 überhaupt vorgenommen hätte, muss bezweifelt werden (unten E. 13.4). So oder anders kann der Beklagte aus dem unrichtigen Urkundendatum nicht ableiten, bei der Klägerin 1 handle es sich um eine von der Erbstiftung zu unterscheidende Stiftung unter Lebenden, zumal dem Handelsregister kein eigentlicher öffentlicher Glaube zukommt, vielmehr die Umstände im Einzelfall entscheidend sind, was bei Eintragungen, die mit der tatsächlichen oder rechtlichen Lage nicht übereinstimmen, zu gelten hat (BSK OR II-Eckert, N 10 zu Art. 934 OR). Die hier herrschenden Umstände verbieten es aber geradezu, dass der Beklagte in seinem Vertrauen auf den falschen Eintrag "geschützt" wird bzw. mit seinem rein formalen Standpunkt durchdringt. Um das Handelsregister mit dem wirklichen Sachverhalt in Übereinstimmung zu bringen, würde es allenfalls genügen, wenn der (bestehende) Eintrag der "B. \_\_\_\_\_-Stiftung" auf dem Wege der Berichtigung oder des Nachtrags und basierend auf den Verfügungen von Todes wegen (Urk. 5/6, Urk. 5/7) angepasst bzw. korrigiert wird (BK-Küng, N 186 ff. zu Art. 937 OR). Wie dieses Problem registertechnisch zu lösen ist, bleibt aber letztlich dem Handelsregisteramt vorbehalten.

11.2 Ob die Aufsichtsbehörde (BVS) die Übernahme der Aufsicht aufgrund der Stiftungsurkunde (Testament) vom 28. Mai und 18. Juni 1997 neu prüfen muss, bleibt deren Entscheid überlassen. Diese ist auch zuständig, um bei allfälligen Organisationsmängeln die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen (Art. 83d Abs. 1 ZGB).

12. Der Beklagte bringt vor, unter dem geltenden Recht sei in der vorliegenden Konstellation die Stiftungserrichtung nicht Aufgabe des Klägers 2 gewesen, vielmehr wären Erbschaftsverwaltung oder Aufsichtsbehörde allenfalls zur Stiftungsgründung legitimiert gewesen (Urk. 103 S. 10 f.). Ob der Kläger 2 befugt war, den Eintrag im Handelsregister vorzunehmen, spielt nach dem Gesagten für den Ausgang des Verfahrens keine Rolle. Die Klägerin 1 war und ist unabhängig vom Registereintrag sowohl parteifähig als auch aktivlegitimiert, und die Berufung beschränkt sich ausschliesslich auf die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin 1 (Urk. 103 S. 4 Ziff. 7).

13.1 Der Beklagte hat die Legitimation des Klägers 2 zur Vertretung der Erbstiftung im Schlichtungsverfahren bestritten mit der Begründung, der Nachlass stehe unter amtlicher Erbschaftsverwaltung (Urk. 103 S. 8; ab Einreichung der Klage bei der Vorinstanz vertritt der Beklagte die Auffassung, als klagende Partei fungiere eine von der Erbstiftung zu unterscheidende Stiftung unter Lebenden). Zudem führte er aus, der Kläger 2 sei nicht zur Vertretung des Nachlasses der Erblasserin legitimiert, da dieser nach wie vor unter amtlicher Erbschaftsverwaltung stehe (Urk. 103 S. 11). Zu fragen wäre daher höchstens noch, ob sich der Kläger 2 – nachdem die Erbstiftung und die Klägerin 1 als identisch zu betrachten sind – mit der öffentlichen Beurkundung der Stiftung, mit seiner Wahl zum (einzigem) Stiftungsrat und der Führung dieses Prozesses (vgl. Urk. 3) eine Position angemasst hat, die mit einer gebührenden Wahrnehmung der Interessen der Erbstiftung und einer Durchsetzung des erblasserischen Willens nichts mehr zu tun hat und der Beklagte dadurch in seinen rechtlichen geschützten Interessen verletzt wird.

13.2 Gemäss Verfügung vom 29. Januar 2010 amtet als Erbschaftsverwalter der Notar des Kreises ...-Zürich (Urk. 5/3 S. 16). Der Erbschaftsverwalter ist auf-

grund seiner Aufgabe (Erhaltung und Werterhaltung des Nachlasses) zur Führung erbrechtlicher Prozesse nicht aktiv- oder passivlegitimiert. Dazu zählen insbesondere die Ungültigkeits-, Herabsetzungs- oder Teilungsklage (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu, N 55 zu Art. 554 ZGB; PraxKomm Erbrecht-Emmel, N 20 zu Art. 554 ZGB). Zu einem solchen erbrechtlichen Verfahren muss aber auch die vorliegende Feststellungsklage gerechnet werden. Insofern kann nicht gesagt werden, der Kläger 2 habe dem Erbschaftsverwalter vorbehaltene Aufgaben wahrgenommen. Von der Lehre wird dem Willensvollstrecker in dringenden Fällen sogar die Befugnis zugestanden, die Erbenrechte im Namen der Erbstiftung geltend zu machen. Dies wird damit begründet, dass der Willensvollstrecker generell um die Durchsetzung des Willens des Erblassers sorgen muss, wozu mitunter die gehörige Wahrnehmung der Interessen der Erbstiftung gehört (Zeiter, a.a.O., N 939). Der Vollständigkeit halber kann an dieser Stelle nachgetragen werden, dass der Erbschaftsverwalter – im Gegensatz zum Willensvollstrecker – auch nicht zur Anmeldung der Erbstiftung im Handelsregister legitimiert ist (Art. 17 Abs. 3 HRegV; Zeiter, a.a.O., N 856 ff.; Riemer, Stämpflis Handkommentar, N 24 zu Art. 81 ZGB).

13.3 Die nicht eingetragene Erbstiftung ist noch nicht bzw. nur beschränkt handlungsfähig (BK-Weimar, N 19 zu Art. 493 OR; BK-Riemer, N 63 zu Art. 81 ZGB). Gemäss Art. 83 ZGB werden die Organe der Stiftung und die Art der Verwaltung durch die Stiftungsurkunde festgestellt. Die beiden von der Erblasserin eingesetzten Stiftungsräte sind vorverstorben. Ersatzstiftungsräte für die verstorbenen Dr. E.\_\_\_\_\_ und Dr. Z.\_\_\_\_\_ hat die Erblasserin nicht bezeichnet. Fehlt ein vom Gesetz oder von der Stiftungsurkunde vorgeschriebenes Organ, hat die Aufsichtsbehörde das fehlende Organ oder einen Sachwalter zu ernennen (Art. 83d Abs. 1 Ziff. 2 ZGB; BSK ZGB I-Grüniger, N 5 zu Art. 83d ZGB, mit Verweis auf die Rechtsprechung). Dem Willensvollstrecker kommt die Befugnis zu, zuhanden der Aufsichtsbehörde Vorschläge zu machen, wie Organisationsmängel behoben werden können (BK-Künzle, N 354 zu Art. 517-518 ZGB). Die Aufsichtsbehörde kann den Willensvollstrecker auch damit beauftragen, die Stiftung zu errichten oder Stiftungsräte zu benennen. Lehre und Rechtsprechung anerkennen, dass es sinnvoll ist, diese Aufgaben dem Willensvollstrecker zu übertragen, so dass dieser

nicht nur für die Durchsetzung des erblasserischen Willens im Allgemeinen zuständig ist, sondern auch als Stiftungsorgan die Rechte und Pflichten der Erbstiftung wahrnehmen kann, was einen optimalen Schutz für die Erbstiftung bis zur Teilung des Nachlasses garantiert (BGer 5A.29/2005 E. 3.2 mit Verweis auf Zeiter, a.a.O., N 708).

13.4 Es kann offen gelassen werden, ob der von der Erblasserin errichteten Stiftung umgehend ein Sachwalter zu ihrer Vertretung im Prozess betreffend ihre Existenz und Erbenstellung hätte beigegeben werden können oder müssen. Jedenfalls hatte die BVS, als sie die Stiftungsaufsicht übernahm, Kenntnis davon, dass "vorliegend auch die Interessen einer allenfalls gültig errichteten Stiftung tangiert sein könnten" (Urk. 5/3 S. 17), dass der Kläger 2 erster Stiftungsrat der "B. \_\_\_\_\_-Stiftung" wurde, dass diese einen Prozess um ihre "Erbenstellung" führte und ihre Tätigkeit "ohne den Nachlass der D. \_\_\_\_\_" erst in Zukunft würde aufnehmen können (Urk. 73/1). Es liegt auch gleichsam auf der Hand, dass der vom Kläger 2 als mutmasslicher Willensvollstrecker angestregte Prozess um die Erbberechtigung im Interesse der Klägerin 1 lag. Nachdem der gesamte Sachverhalt der Stiftungsaufsicht bekannt war und diese keine anderslautenden Anordnungen traf, kann davon ausgegangen werden, sie habe die Vorgehensweise des Klägers 2 gebilligt, zumal es – wie bereits ausgeführt – Aufgabe des Willensvollstreckers ist, sich um die Belange einer Erbstiftung zu kümmern. Jedenfalls hat die Stiftungsaufsicht nicht die Ansicht vertreten, die im Handelsregister eingetragene und vom Kläger 2 "kontrollierte" Stiftung habe mit der Erbstiftung der Erblasserin nichts zu tun und könne auch nicht einen Erbschaftsprozess um deren Nachlass führen, vielmehr müsse der noch nicht im Handelsregister eingetragenen Erbstiftung ein Sachwalter bestellt werden, um das Erbrecht auf dem Rechtsweg durchzusetzen. Dabei ist auch in Rechnung zu stellen, dass der Kläger 2 weder über ein Willensvollstreckerzeugnis noch über einen Erbschein verfügte, die für die handelsregisterrechtliche Anmeldung einer Erbstiftung benötigt werden (Zihler, Stämpflis Handkommentar, N 14 zu Art. 17 HRegV; Zeiter, a.a.O., N 885 ff.; Rebsamen, Das Handelsregister, 2. Aufl., Zürich 1999, N 1427; BK-Küng N 788 zu Art. 940 OR; BK-Riemer, N 63 und N 94 zu Art. 81 ZGB, mit Verweis auf von Steiger, Errichtung einer Stiftung durch letztwillige Verfügung und deren Eintra-

gung im Handelsregister, SJZ 62 [1966] 118/119). Eine Anmeldung beim Handelsregisteramt ist denn auch weder durch den Testamentseröffnungsrichter noch durch die Stiftungsaufsicht veranlasst worden und konnte mangels Erbscheins wohl auch gar nicht erfolgen. Aus den dargelegten Gründen vermag der Beklagte nichts zu seinen Gunsten abzuleiten, wenn der Kläger 2 durch die Stiftungsaufsicht weder zur Anmeldung im Handelsregister noch zur Führung des vorliegenden Prozesses beauftragt worden war. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beklagte durch die "entsprechenden Vorgänge" (Urk. 103 S. 9 Ziff. 23), deren Rechtmässigkeit auch gar nicht in Zweifel gezogen werden, in seinen schutzwürdigen Interessen verletzt wurde.

14. Der Beklagte macht schliesslich geltend, nach dem klaren Wortlaut des per 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Art. 81 Abs. 3 ZGB sei die Stiftungserrichtung bzw. -gründung bzw. die Eintragung der Erbstiftung im Handelsregister nicht Aufgabe des Willensvollstreckers bzw. des Beklagten. Art. 81 Abs. 3 ZGB sei gerade mit dem Zweck eingeführt worden, dass Erbstiftungen nicht vergessen gehen würden (Urk. 103 S. 10 f.). Der Beklagte übergeht, dass vorliegend durch die Testamentseröffnungsbehörde nur eine Orientierung der Aufsichtsbehörde (BVS), aber keine Mitteilung an das Handelsregisteramt erfolgte (Urk. 5/3). Die BVS leitete wiederum keine Anmeldung in die Wege, sondern lud das Handelsregisteramt lediglich ein, das Amt als Aufsichtsbehörde einzutragen, nachdem die Klägerin 1 im Handelsregister eingetragen worden war (Urk. 73/1; Art. 96 Abs. 2 HRegV). Überhaupt erweist sich Art. 81 Abs. 3 ZGB gerade in der vorliegenden Konstellation als ungenügend. Die Bestimmung regelt weder das Schicksal der nicht eintragungspflichtigen Stiftungen noch dasjenige der Erbstiftungen, deren Gültigkeit von Erben bestritten wird (CR CC I-Vez, N 17 zu Art. 81 CC; Vez, La fondation: lacunes et droit désirable, thèse, Fribourg 2003, N 536 f., die darauf hinweist, die Mitteilungspflicht könne zu einer Überforderung der Stiftungsaufsicht führen, wenn die Gültigkeit der Stiftung von den Erben in Frage gestellt werde). Folglich vermag der Beklagte auch aus der in Art. 81 Abs. 3 ZGB statuierten Mitteilungspflicht nichts zu seinen Gunsten abzuleiten.

15. Die Berufung erweist sich als unbegründet. Dispositiv Ziffer 1 und 2 des angefochtenen Urteils sind damit zu bestätigen.

#### IV.

1. Die Vorinstanz auferlegte dem Beklagten gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO die Prozesskosten. Der Beklagte beantragt (Berufungsantrag Ziffer 5), es sei im Falle *seines Unterliegens* eine billige Verteilung der Prozesskosten *auf die Parteien* vorzunehmen. Aus der Begründung wird ersichtlich, dass die Kosten gestützt auf Art. 107 ZPO aus Billigkeitsgründen aus dem Nachlass bezogen werden sollen (Urk. 103 S. 14 Ziff. 40: "auf den Nachlass zu nehmen").

2.1 Vor Vorinstanz hat der Beklagte keinen dahingehenden Antrag gestellt und begründet. Vielmehr äusserte er sich lediglich dazu, dass und weshalb eine billige Aufteilung der Prozesskosten *auf die Kläger* angezeigt sei (hälftige Aufteilung der Prozesskosten inkl. Parteientschädigung auf die beiden Kläger, solidarische Haftung des Klägers 2 für die Parteientschädigung der Klägerin 1). Er begründete dies damit, dass er im Falle *seines Obsiegens* nie eine adäquate Prozessentschädigung erhalten würde, sollten die Prozesskosten im Endentscheid analog der Festsetzung des Prozesskostenvorschusses des Klägers 2 im Verhältnis von 14/15 auf die Klägerin 1 und 1/15 auf den Kläger 2 verteilt werden, da die Klägerin 1 zufolge unentgeltlicher Prozessführung von der Leistung eines Prozesskostenvorschusses befreit worden sei (Urk. 53 S. 2, S. 25 f. Ziff. 78; Urk. 69 S. 2, S. 24 Ziff. 58 f., S. 122 Ziff. 349; Urk. 81 S. 2; Urk. 93 S. 2). Auch um unentgeltliche Rechtspflege zufolge Mittellosigkeit, welche die Befreiung von den Gerichtskosten umfasst (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO; § 85 Abs. 1 ZPO/ZH), liess der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren nicht ersuchen.

2.2 Der vom Beklagten gestellte Berufungsantrag Ziffer 5 kann bei grosszügiger Betrachtung noch vom ursprünglich gestellten Rechtsbegehren erfasst gelten (Urk. 53 S. 2: "unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Kläger"). Die vom Beklagten angestellten "Billigkeitsüberlegungen" beruhen aber auf neuen und unzulässigen Tatsachen (Wille der Erblasserin, unver-



schuldete Prozesssituation, drohender finanzieller Ruin), die nicht mehr beachtet werden können. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Beklagte nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren für den Fall seines Unterliegens Ausführungen zur billigen Aufteilung der Prozesskosten unter die Parteien hätte machen können (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Damit fehlt es dem Berufungsantrag Ziffer 5 aber an einer hinreichenden Begründung, weshalb ihm bereits aus diesem Grunde nicht entsprochen werden kann.

2.3 Für eine Verteilung der erstinstanzlichen Prozesskosten nach Ermessen besteht aber auch unter Berücksichtigung der Berufungsnoven kein Anlass:

2.3.1 Das Gericht kann die Prozesskosten gemäss Art. 107 Abs. 1 ZPO nach Ermessen verteilen, u.a.,:

- b. wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war;
- f. wenn besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen.

Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO ist auf Sachverhalte gutgläubiger Prozessführung beschränkt. In der Lehre werden darunter die Fälle der Praxisänderung, der Verantwortlichkeitsklage und der grundsätzlichen Guttheissung der Klage bei richterlichem Ermessen oder schwieriger Bezifferung der Klage gezählt; ferner die Konstellation, in der die obsiegende Partei vorprozessual und für die unterliegende Partei unerwartet Einreden und Einwendungen nicht vorgebracht hat, die schlussendlich zum Obsiegen im Prozess führen (BSK ZPO-Rüegg, N 3 f., zu Art. 107 ZPO; BK-Sterchi, N 6 ff. zu Art. 107 ZPO; Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 7 zu Art. 107 ZPO; Urwyler, DIKE-Komm-ZPO, N 3 f., zu Art. 107 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 26a ff. zu § 64 ZPO/ZH; Riemer, Prozessführung in «guten Treuen» zwischen «Treu und Glauben» und «gutem Glauben». in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 279 ff.). In einem Zürcher Fall aus dem Jahre 1983 verlegte die I. Zivilkammer in einem rechtlichen Grenzfall (umstrittener Urheberrechtsschutz einer Fotografie) die Prozesskosten hälftig, wobei aber der beklag-

ten Partei in zweierlei Hinsicht ein unkorrektes geschäftliches Verhalten vorgeworfen werden musste (SJZ 80 [1984] 97 f. Nr. 15).

Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO stellt eine Art Auffangtatbestand für diejenigen Situationen dar, in denen eine Kostenaufteilung nach Prozessausgang unbillig erschiene. In der Lehre werden in diesem Zusammenhang sehr unterschiedliche Fälle erwähnt: Prüfung zahlreicher unbegründeter Verrechnungseinreden der (dank einer begründeten Verrechnungseinrede) obsiegenden Gegenpartei, freiwillige Gerichtsbarkeit, unbegründete Ablehnung eines Vergleichsangebotes, erfolglose Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses durch einen Aktionär, Konsumentenstreitigkeit gegen einen marktmächtigen Anbieter etc. Wirtschaftliche Ungleichheit allein vermag eine Abweichung von der ordentlichen Verteilung in der Regel nicht zu rechtfertigen, da eine solche fast immer vorliegt; zusätzlich verlangt wird die Wahrnehmung von Interessen einer Gesamtheit bzw. der Öffentlichkeit. Überhaupt wird allgemein für eine restriktive Handhabung dieser Ausnahmebestimmung plädiert (Jenny, a.a.O., N 18 zu Art. 107 ZPO; BK-Sterchi, N 21 ff. zu Art. 107 ZPO; Urwyler, a.a.O., N 9 ff. zu Art. 107 ZPO).

2.3.2 Wäre das vorinstanzliche Verfahren nach bisherigem Prozessrecht zu führen gewesen (E. 1.1), hätte die Liquidation der Prozesskosten nach §§ 64 ff. ZPO/ZH erfolgen müssen. Gemäss § 64 Abs. 3 ZPO/ZH kann von der Regelverteilung insbesondere dann abgewichen werden, wenn die unterliegende Partei sich in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah oder wenn dem Kläger die genaue Bezifferung seines Anspruchs nicht zuzumuten war und seine Klage grundsätzlich gutgeheissen wurde. Hat eine Partei unnötigerweise Kosten verursacht, werden sie ihr ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses auferlegt (§ 66 Abs. 1 ZPO/ZH).

In der zürcherischen Prozessordnung fehlte eine allgemeine Billigkeitsnorm wie sie in Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO enthalten ist. Es ist indes anerkannt, dass § 64 und § 66 ZPO/ZH den Gerichten genügend Spielraum belassen, um den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung zu tragen, und auch eine vollständige Verschiebung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zugunsten der unterlegenen Prozesspartei zulassen (Guldener, Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 406; Frank/

Sträuli/Messmer, a.a.O., N 26 ff. zu § 64 ZPO/ZH; Riemer, a.a.O. S. 280 f.). Zudem galten die im materiellen Bundesrecht verstreuten (und nunmehr aufgehobenen) Einzelregelungen. Mit Art. 107 ZPO wurde teils kantonales Prozessrecht, teils bundesrechtliche Sondervorschriften übernommen (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, S. 7297 f.). Jedenfalls gestaltete sich die zürcherische Regelung für den Beklagten nicht günstiger als die heutigen bundesrechtlichen Bestimmungen.

2.4 Vorliegend steht keiner der erwähnten Anwendungsfälle von Art. 107 ZPO zur Beurteilung. Zwar wurde in der Verfügung vom 28. September 2010 das den Beklagten begünstigende Testament einstweilen als massgebend bezeichnet. Gleichzeitig wurde dem Beklagten aber "noch einmal ausdrücklich vor Augen geführt, dass es im vorliegenden Verfahren nicht die Aufgabe des Gerichts ist, die Gültigkeit des einen oder anderen Testaments festzustellen" (Urk. 5/3 S. 8). Weder wurde der Beklagte in Unkenntnis der massgebenden tatsächlichen Verhältnisse oder einer ihm noch unbekanntem Praxisänderung in den Prozess gezwungen; noch veränderten sich die massgebenden tatsächlichen Verhältnisse oder die Rechtslage während des Prozesses. Letztlich unterlag der Beklagte, weil ihm trotz einer Vielzahl angerufener Beweismittel der Nachweis dafür, dass dem Nachtrag vom 14. August 2008 ein Willensmangel anhaftet bzw. dieser Nachtrag ohne Testierwille geschrieben wurde, nicht gelang (vgl. Urk. 104 S. 30 ff.). Die von der Vorinstanz vorgenommene Beweiswürdigung (welcher der Beklagte zwar Einseitigkeit aber auch Kohärenz attestiert) konnte dem Beklagten zwar im Voraus nicht bekannt sein. Er musste jedoch immer mit der Möglichkeit rechnen, dass er den Prozess verlieren könnte, zumal ihm die gegensätzlichen Partei-standpunkte im Wesentlichen bekannt waren (Urk. 5/3). Auch ging dem vorinstanzlichen Verfahren ein Schlichtungsverfahren voraus, in dessen Rahmen der – nunmehr mit einem Prozess konfrontierte – Beklagte durch eine Klageanerkennung die ihn im Falle des Unterliegens treffenden "kostspieligsten Auswirkungen" von vornherein hätte vermeiden können (§ 3 Abs. 1 GebV OG). Wenn er es trotzdem auf einen Prozess ankommen liess, kann er sich unter Berufung auf "äusserer Umstände" (Urk. 103 S. 14 f. Ziff. 40: "ohne sein Dazutun", Ziff. 41: "ohne sein Zutun") nicht entlasten, zumal der Beklagte in Kenntnis der Höhe des Nachlasses

und der ihn allenfalls treffenden Kostenfolgen prozessierte. In einer vergleichbaren Situation befinden sich unzählige Beklagte, die nicht klein beigeben wollen und sich gewisse Erfolgchancen einräumen. Eine Prozessführung "in guten Treuen" liegt aber nicht bereits dann vor, wenn die Prozesschancen intakt und die gestellten Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen. Im Prozess besteht eine angemessene Abklärungspflicht einschliesslich Abschätzung der Beweissituation (Riemer, a.a.O., S. 283, mit Verweis auf Art. 3 Abs. 2 ZGB). Da der Beklagte den vorinstanzlichen Entscheid lediglich pauschal als falsch bezeichnet (Urk. 103 S. 4 Ziff. 7), bleibt er im Berufungsverfahren letztlich eine Antwort darauf schuldig, welche tatsächlichen Umstände ihn zu einer Prozessführung in guten Treuen berechtigten. Auch liegen keine besonderen Umstände vor, die eine entsprechende Berücksichtigung zu seinen Gunsten bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen nach Massgabe von Art. 107 ZPO geboten erscheinen lässt. Ein prozessuales Fehlverhalten kann den Klägern nicht vorgeworfen werden. Der hypothetische Wille der Erblasserin ist für die Verteilung der Prozesskosten irrelevant. Ein wirtschaftliches Ungleichgewicht der Parteien und die Höhe der Prozesskosten stellen keine Umstände dar, die für sich allein eine Verteilung nach Ermessen rechtfertigen würden. Eine nachträgliche Verschiebung des Prozessrisikos zugunsten der unterlegenen und zulasten der obsiegenden Partei erscheint damit nicht zulässig. Somit hat die Vorinstanz die Prozesskosten zu Recht nach dem Prozessausgang verteilt bzw. dem Beklagten auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO bzw. § 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Die Bemessung der Entscheidgebühr und der Prozessentschädigungen wurden nicht beanstandet. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv Ziffern 3 bis 5) ist damit zu bestätigen.

3. Ausgangsgemäss wird der Beklagte für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert von Fr. 36.06 Mio. (Urk. 42 S. 10, Urk. 104 S. 50) blieb unangefochten. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 40'000.– festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Zu entschädigen ist die Gegenpartei einzig für die Eingabe vom 27. Januar 2014 (Urk. 115), welche durch die Verfügung vom 15. Januar 2014 veranlasst wurde. Für die weiteren, unaufgefordert eingereichten Eingaben (Urk. 110 und 122) besteht keine Entschädigungspflicht.

4. Da sich die Berufung als offensichtlich unzulässig und unbegründet erweist, ist das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Auf den Berufungsantrag Ziffer 3 wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung zusammen mit dem nachfolgenden Erkenntnis.
4. 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 (Dispositiv Ziffer 1) und ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (Dispositiv Ziffer 2).

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 36.06 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

**Es wird erkannt:**

1. Es wird festgestellt, dass die Klägerin 1 Alleinerbin und der Kläger 2 Wilensvollstrecker im Nachlass der am tt.mm.1918 geborenen und am tt.mm.2009 mit letztem Wohnsitz in Zürich verstorbenen D.\_\_\_\_\_ sind.
2. Es wird festgestellt, dass das am 7. August 2007 in Zürich von der am tt.mm.1918 geborenen und am tt.mm.2009 mit letztem Wohnsitz in Zürich verstorbenen D.\_\_\_\_\_ errichtete Testament widerrufen wurde.
3. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv Ziffern 3 bis 5) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 40'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, den Klägern für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 4'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

8. 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. 36.06 Mio.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 24. April 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. G. Kenny

versandt am:  
dz