

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB190024-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiber PD Dr. S. Zogg

Urteil vom 6. September 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch lic. iur. Dr. edu. B. _____

gegen

C. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

betreffend **Feststellung der Erbberechtigung / Erbteilungsklage**

**Berufung gegen ein Urteil der 2. Abteilung des Bezirksgerichtes Pfäffikon
vom 29. März 2019; Proz. CP140001**

Rechtsbegehren:

(act. 71)

- "1. Das Testament ist ungültig zu erklären wegen
 - a) Willensmangels;
 - b) eventualiter temporaler Testierunfähigkeit;
 - c) eventualiter Unsittlichkeit;
 - d) eventualiter Enterbung ohne Grundangabe.
2. Es sei der Kläger als gesetzlicher Erbe neben der Beklagten anzuerkennen.
3. Die Beklagte habe dem Kläger die Hälfte des Nachlasses herauszugeben.
4. Falls das Testament nicht aufzuheben ist, sei dem Kläger ein Viertel des Nachlasses herauszugeben.
5. Es sei dem Kläger zu bewilligen, sich nach Bescheinigung der Rechtskraft des Urteils als Miteigentümer zusammen mit der Beklagten entsprechend ihrem im Urteil festgestellten Anteil an der Erbschaft für folgende Liegenschaften der Gemeinde D._____ ZH im Grundbuch eintragen zu lassen:
 1. GR K-Bl. 1, Lb. 2 Parzelle Nr. 3 E._____;
 2. GR K-Bl. 1, LB. 4 Parzelle Nr. 5 E._____;
 3. GR Bl. 6, Kataster Nr. 7, F._____ -Str. 8.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsbegehren zu lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon:

(act. 150)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebür wird auf Fr. 26'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet. Der Fehlbetrag von Fr. 2'000.– wird vom Kläger nachgefordert.
4. Die mit Zirkularbeschluss vom 3. Juni 2014 dem Kläger unter Vorbehalt der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auferlegten Gerichtskosten im Betrag von Fr. 500.– werden dem Kläger definitiv auferlegt.

5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 25'000.–, inkl. MWST, zu bezahlen. Zudem hat der Kläger der Beklagten die von dieser geleisteten Kostenvorschüsse im Umfang von Fr. 2'250.– zu ersetzen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Rechtsmittel

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 148 S. 2):

- "1. Das Urteil sei aufzuheben und zur Neuurteilung i.S. der Erwägungen unter Mitwirkung der Richterinnen G._____ und H._____ ohne Kostenfolgen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. eventualiter sei:
 - a) das Testament wegen Willensmangel ungültig zu erklären.
 - b) das Testament sei wegen Enterbung ohne Grundangabe ungültig zu erklären. (die Anträge gem. Ziff. 1 b und c Klageschrift (act. 71) werden zurückgezogen)
 - c) der Kläger sei als Erbe neben der Beklagten festzustellen
 - d) die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die Hälfte des Nachlasses herauszugeben.
 - e) Antrag 4 Klageschrift (act. 71) wird ersatzlos zurückgezogen.
 - f) dem Kläger zu bewilligen, sich nach Bescheinigung der Rechtskraft des Urteils als Miteigentümer zusammen mit der Beklagten entsprechend ihrem im Urteil festgestellten Anteil an der Erbschaft für folgende Liegenschaften der Gemeinde D._____ ZH im Grundbuch eintragen zu lassen:
 1. GR K-BI. 1, Lb. 2 Parzelle Nr. 284.01 E._____;
 2. GR K-BI. 1, LB. 4 Parzelle Nr. 5 E._____;
 3. GR BI. 6, Kataster Nr. 7, F._____ -Str. 8
 - g) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.
 - h) die Gerichtsgebühr der Vorinstanz auf die Hälfte zu senken"

Erwägungen:

I.

1. Am tt.mm.2013 verstarb I._____ (Erblasserin). Sie hinterliess als gesetzliche Erben ihre Schwester C._____ (Beklagte und Berufungsbeklagte) und die Nachkommen ihrer vorverstorbenen Schwester †J._____: K._____, L._____, B._____ (Vertreter des Klägers und Berufungsklägers) und M._____. Der Kläger und Berufungskläger ist der Sohn von B._____ und damit Grossneffe der Erblasserin.

Strittig ist, ob der Kläger gesetzlicher Erbe ist und ob er Ansprüche an der Erbschaft erheben kann.

2. Mit Urteil vom 20. März 2013 eröffnete das Bezirksgericht Pfäffikon das Testament der Erblasserin vom 11. Juni 1978 (act. 146/2/16). Es erachtete die Beklagte als Alleinerbin und stellte ihr die Ausstellung eines Erbscheins in Aussicht. Auf die Berufung des Klägers gegen diesen Entscheid trat die Kammer mit Beschluss vom 19. Juni 2013 nicht ein (act. 146/2/23).

3. Am 10. Januar 2014 erhob der Kläger bei der Vorinstanz die vorliegende Klage (act. 1 - 6 und 7). Eine erste Fristansetzung zur Erstattung der Klageantwort wurde der Beklagten wegen des vom Kläger gestellten Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wieder abgenommen und am 19. August 2014 neu angesetzt. Gleichentags war das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Mittellosigkeit abgewiesen worden (act. 44), nachdem eine erste Abweisung zufolge Aussichtslosigkeit vom Obergericht des Kantons Zürich aufgehoben worden war (act. 24). Der Kläger stellte gegen den Gerichtspräsidenten darauf ein Ausstandsbegehren, von welchem er alsdann wieder Abstand nahm (act. 35). Ein Begehren um Anordnung superprovisorischer Massnahmen bzw. vorsorglicher Massnahmen wies die Vorinstanz ab (act. 52 und 58), abschlägige obergerichtliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen bzw. Rechtsverweigerung ergingen am 7. Oktober und 13. November 2014 (act. 59 und 63).

Nach Durchführung des ersten Schriftenwechsels erging eine erste Beweisverfügung am 17. Juli 2015 (act. 75) und es wurde – auf Antrag des Klägers (act. 79) vor Kollegialgericht – am 20. Oktober 2015 eine Zeugeneinvernahme durchgeführt (act. 82). Am 23. Oktober 2015 (act. 83) folgte eine weitere Beweisverfügung; die Einvernahmen der weiteren Zeugen wurden am 27. März 2018 durchgeführt (act. 117 - 120). Zwischenzeitlich hatte der Kläger Aufsichtsbeschwerde gegen den vorinstanzlichen Gerichtspräsidenten erhoben, auf welche schliesslich am 1. Juni 2017 letztinstanzlich nicht eingetreten wurde (act. 105). Am 13. November 2017 wurde zur weiteren Beweisverhandlung vorgeladen. Das Urteil der Vorinstanz erging nach den Schlussvorträgen der Parteien (act. 124, 125, 128, 138) am 29. März 2019 (act. 143 = act. 150). Der Entscheid wurde den Parteien am 25. bzw. 26. April 2019 zugestellt (act. 144/1-2).

4. Am 23. Mai 2019 erhob der Kläger Berufung und stellte die eingangs erwähnten Anträge (act. 148). Den ihm mit Verfügung vom 4. Juni 2019 auferlegten Prozesskostenvorschuss (act. 151) leistete er fristgerecht (act. 153). Da sich die Berufung sofort als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 ZPO). Der Beklagten ist mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Berufungsbegründung zuzustellen.

II.

1. Nach Eingang der Berufung prüft die Berufungsinstanz von Amtes wegen, ob die Rechtsmittelvoraussetzungen gegeben sind. Angefochten ist ein Endentscheid des Bezirksgerichts Pfäffikon (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), mit welchem die Klage abgewiesen wurde. Der Kläger ist durch diesen Entscheid beschwert; seine Berufung ging fristgerecht beim zuständigen Obergericht ein, sie ist begründet und mit Anträgen versehen (Art. 311 ZPO). Dem Eintreten steht insoweit nichts entgegen.

2. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufung ist aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird und worauf im Einzelnen die Kritik beruht. Die Begründung muss hin-

reichend genau und eindeutig sein und sich mit den Erwägungen, die angefochten sind, auseinandersetzen. Sind die Anforderungen erfüllt, prüft die Berufungsinstanz den angefochtenen Entscheid rechtlich und tatsächlich frei sowie mit voller Kognition. Dabei kann sich die Berufungsinstanz darauf beschränken, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen gegen das erstinstanzliche Urteil erheben (BGer 5A_635/2015, Urteil vom 21. Juni 2016 E. 5 unter Hinweis auf BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen; REETZ/THEILER, ZK ZPO, 3. A., Art. 310 N 5 und 6). Neue Tatsachen und Beweismittel sind nur noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

Es ist nachstehend auf die erhobenen Beanstandungen im Einzelnen einzugehen.

3.1 Der Kläger rügt zunächst eine Verletzung von Art. 29 und 30 BV sowie von Art. 6 EMRK. Er macht geltend, die Vorinstanz habe die Zusammensetzung des Urteilskörpers zweimal manipuliert und zunächst den Richter N._____, welcher an der ersten Zeugeneinvernahme teilgenommen habe, und dann Richterin G._____, welche an der zweiten Zeugeneinvernahme teilgenommen habe, "wegmanipuliert", ohne die Parteien vorgängig über die jeweilige Gerichtsbesetzung zu informieren, so dass die Möglichkeit eines Rechtsmittels gegeben gewesen wäre. Es habe auch kein Anlass bestanden, die Zeugeneinvernahme in zwei Teilen durchzuführen. Die lange Zeit zwischen den beiden Terminen verletze das Unmittelbarkeitsprinzip und verursache einen nicht vertretbaren Aufwand. Alle Zeugenaussagen seien unverwertbar zu erklären (act. 148 S. 2/3). Er, der Kläger, halte das Verfahren vor Vorinstanz für eine "ausgekochte 5-jährige Justizfarce". Er rügt auch die Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips, indem das Gericht weder nach der ersten noch nach der zweiten Zeugeneinvernahme eine Beweiswürdigung vorgenommen, sondern vier resp. ein Jahr zugewartet und in veränderter Gerichts-Besetzung entschieden habe (act. 148 S. 10).

3.2 Zu diesen formellen Rügen des Klägers ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Prozessleitung gemäss Art. 124 Abs. 1 ZPO dem Gericht obliegt. Die Prozessleitung hat nach Massgabe der gesetzlichen Vorschriften zu erfolgen. Da-

bei hat das Gericht – wie alle Beteiligten – nach Treu und Glauben zu handeln, sich von sachlichen Kriterien leiten zu lassen, das rechtliche Gehör der Parteien zu wahren und nach den Grundsätzen der Prozessökonomie zu verfahren (vgl. dazu KAUFMANN, DIKE-Komm ZPO, 2.A., Art. 124 N 10 ff.). Dabei steht dem Gericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Ausdrücklich vorgesehen ist mit Bezug auf das Beweisverfahren, dass das Gericht im Rahmen des ordentlichen Verfahrens nach Art. 219 ff. ZPO jederzeit Instruktionsverhandlungen durchführen und auch Beweise abnehmen kann (Art. 226 Abs. 1 und 3 ZPO). Beweisverfügungen können sodann jederzeit abgeändert oder ergänzt werden (Art. 154 ZPO). Somit war der vorinstanzliche Gerichtspräsident, an den die Prozessleitung mit Beschluss vom 29. Januar 2014 delegiert worden war (act. 9), frei, das Beweisverfahren aufzuteilen. Dass zwischen den beiden Terminen der Zeugeneinvernahmen rund gut zweieinhalb Jahre lagen (vgl. act. 82 und 117 - 120), dürfte gestützt auf die vorinstanzlichen Akten auch darin begründet sein, dass zwischen den beiden Terminen die Frage der Aktivlegitimation des Klägers zu klären war (vgl. act. 86 ff.) und der Vertreter des Klägers eine Aufsichtsbeschwerde gegen den vorinstanzlichen Gerichtspräsidenten erhoben hatte, welche in der Folge mit den Entscheiden der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 7. Februar 2017 (act. 99), der Rekurskommission des Obergerichts am 6. März 2017 (act. 102), des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich am 27. März 2017 (act. 104) und des Bundesgerichts am 1. Juni 2017 (act. 105) abschlägig behandelt wurde. Die ZPO sieht sodann nicht vor, dass nach jeder (teilweisen) Beweisabnahme eine Beweiswürdigung des Gerichts erfolgt. Vielmehr hat die freie richterliche Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO im Rahmen der Urteilsbegründung zu erfolgen.

3.3 Die Beweisabnahme wird grundsätzlich vom Gericht durchgeführt, kann aber gestützt auf Art. 155 Abs. 1 ZPO an eines oder mehrere Gerichtsmitglieder delegiert werden. Die vorgängige Delegation der Prozessleitung umfasst insbesondere auch die Beweisführung und ist mit Beschluss vom 29. Januar 2014 erfolgt (vgl. dazu LEU, DIKE-Komm ZPO, 2.A., Art. 155 N 12). Am 21. August 2015 verlangte der Kläger gestützt auf Art. 155 Abs. 2 ZPO die Beweisabnahme durch das urteilende Gericht (act. 79) mit der Begründung, dass es nicht Sache der

Zeugin sei, den "wirklichen Willen" der Erblasserin festzustellen, und sich das Kollegialgericht nach dem Unmittelbarkeitsprinzip ein umfassendes Bild der Beweislage verschaffen und die Stellungnahme des Klägers zum Beweisergebnis unmittelbar zur Kenntnis nehmen können müsse. Die Zeugeneinvernahmen erfolgten danach vor dem Kollegialgericht (act. 82 und 117 - 120), wobei der Kläger das Unmittelbarkeitsprinzip wie gesehen dadurch verletzt sieht, dass das Gericht nicht in derselben Dreierbesetzung die Beweise abnahm, sondern die dritte Richterperson eine andere war. Der Kläger geht von einer manipulierten Gerichtsbesetzung aus, ohne dies aber zu konkretisieren. Gleiches gilt auch für den Umstand, dass am Ende März dieses Jahres ergangenen Urteil (d.h. ein Jahr nach der letzten Zeugeneinvernahme) als dritter Richter eine andere Person mitwirkte. Es trifft zwar zu, dass das Unmittelbarkeitsprinzip, welchem mit der Möglichkeit gemäss Art. 155 Abs. 2 ZPO zum Durchbruch verholfen werden soll, vorsieht, dass das *urteilende Gericht* sich einen unmittelbaren Eindruck verschaffen kann. Indes kann – insbesondere bei einer Prozessdauer über mehr als fünf Jahre – nicht ausgeschlossen werden, dass die Gerichtsbesetzung im Verlaufe des Verfahrens eine oder mehrere Änderungen erfährt. Dies ist grundsätzlich zulässig, wenn sachliche Gründe vorliegen.

Art. 30 Abs. 1 BV verschafft jeder Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Der vom Kläger angerufene Art. 6 Ziff. 1 EMRK geht in dieser Hinsicht nicht über das Verfassungsrecht hinaus. Die Verfahrensgarantie wäre z.B. verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein von Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit von Gerichtsmitgliedern begründeten (Urteil 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen). Solches machte der Kläger zwar zu Beginn des Verfahrens gegen den vorinstanzlichen Gerichtspräsidenten geltend, er verfolgte dies dann aber selber nicht mehr weiter (vgl. act. 35). Mit Bezug auf die weiteren ins vorinstanzliche Verfahren involvierten Richterinnen und Richter, welche unstreitig gewählte Mitglieder des Bezirksgerichts Pfäffikon sind, behauptete er an keiner Stelle dergleichen.

Die Garantien im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK lassen durchaus ein gewisses Ermessen des Gerichts bei der Besetzung des Spruchkörpers zu. Ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf vorgängige Bekanntgabe der Richterbank besteht nicht (Urteil 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 3.6 mit Hinweisen auf BGE 137 I 340 E. 2.2.1; 2C_381/2010 vom 17. November 2011 E. 2.2; BGE 114 Ia 278 E. 3 u.a.m.). Zentral erscheint wie gesehen (vgl. dazu auch BGE 105 Ia 172 E. 5b), dass die Besetzung nach sachlichen Kriterien erfolgt. Dass dies im vorinstanzlichen Verfahren nicht der Fall gewesen sein soll, behauptet der Kläger zwar mit dem pauschalen Vorwurf der Manipulation der Gerichtsbesetzung, ohne allerdings auch nur im Ansatz Anhaltspunkte hiefür vorzubringen. Es wäre ihm überdies zuzumuten gewesen und hätte gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 52 ZPO erwartet werden dürfen, dass er – hätten Anhaltspunkte für eine manipulative Änderung der Gerichtsbesetzung bestanden, welche allenfalls zur Ausstandspflicht oder zur Wiederholung von Beweisabnahmen hätten führen können – unmittelbar nach deren Entdecken solche geltend macht. Unter den gegebenen Umständen erweist sich der Einwand des Klägers nun aber als unbegründet.

3.4 Soweit der Kläger in prozessualer Hinsicht schliesslich geltend macht, der wirkliche Wille könne nicht Gegenstand der Beweisaufgabe sein, im besten Fall könnten die Motive und Vorstellungen der Erblasserin der Beweisführung zugänglich sein (act. 148 S. 7/8, S. 11), ist ihm entgegenzuhalten, dass es sich beim Wollen und Wissen einer Person um *innere* Tatsachen handelt, welche dem Beweisverfahren zugänglich und damit auch Beweisgegenstand sein können. Die Beweisführung für solche Tatsachen kann indes nur indirekt erfolgen, z.B. mittels Schlussfolgerung aus dem äusseren Verhalten einer Partei oder den äusseren Umständen (LEU, DIKE-Komm ZPO, 2.A., Art. 150 N 49; HASENBÖHLER, ZK ZPO, 3.A., Art. 150 N 8). Die Beweisaufgabe der Vorinstanz ist mithin nicht zu beanstanden.

4.1 In der Sache ist auch im Berufungsverfahren unbestritten, dass die Erblasserin als gesetzliche Erben ihre Schwester (und Beklagte), C._____, sowie die Nachkommen ihrer vorverstorbenen Schwester, †J._____, hinterliess. Unbestrit-

ten ist auch, dass der Vertreter und Vater des Klägers das Erbe ausschlug und ein allfälliger Anspruch auf dessen Söhne überging. Die weiteren Nachkommen von †J._____ haben ihren allfälligen Anteil am Nachlass der Erblasserin an den Kläger im Sinne von Art. 635 ZGB abgetreten. Unbestritten ist weiter, dass neben †J._____ auch der Ehemann der Beklagten, †O._____, vorverstorben ist.

Die Erblasserin verfasste am 11. Juni 1978 eine handschriftliche letztwillige Verfügung folgenden Inhalts (act. 146/2/16):

"Ich [...] wünsche, dass bei meinem Tode mein ganzes Hab und Gut zu gleichen Teilen an meine Schwester Frau C._____ und ihren Mann Herrn O._____ [...] fällt. Frau J._____ erbt nichts. [...]"

4.2 In ihrem die Klage abweisenden Entscheid erwog die Vorinstanz, der Kläger habe diverse Ungültigkeitsgründe geltend gemacht (Willensmangel beim Verfassen des Testamentes, fehlende Testierfähigkeit, Sittenwidrigkeit und unbegründete Enterbung). Er habe es aber unterlassen, substantiiert vorzutragen, worin der Willensmangel gelegen habe bzw. nicht konkret aufgezeigt, inwiefern der Wille der Erblasserin mangelhaft gewesen bzw. gebildet worden sein solle. Auch mit Bezug auf seinen Eventualstandpunkt habe es der Kläger unterlassen, konkret vortragen zu lassen, inwiefern die Erblasserin am 11. Juni 1978 testierunfähig gewesen sein sollte. Weder allein aufgrund des Zeitpunkts des Verfassens des Testamentes könne auf die Testierunfähigkeit geschlossen werden, noch aufgrund des Umstandes, dass die Erblasserin aufgrund einer Depression habe aus dem Leben scheiden wollen. Die "psychologische Analyse" des Klägers vermöge substantiiertes Vorbringen nicht zu ersetzen. Im Rahmen der geltend gemachten Sittenwidrigkeit habe der Kläger sodann nicht dargetan, inwiefern †O._____ auf unredliche oder unmoralische Weise zu einer Erbschaft zu gelangen versucht habe. Die aus verschiedenen Gründen erhobene Ungültigkeitsklage sei deshalb abzuweisen. Die geltend gemachte Enterbung beziehe sich sodann immer nur auf pflichtteilsgeschützte Erben. Da †J._____ (auch im Jahr 1978) nicht pflichtteilsgeschützte Erbin gewesen sei, sei auf das Vorbringen nicht näher einzugehen (act. 150 S. 13 - 17).

In Auslegung des Testamentes der Erblasserin vom 11. Juni 1978 und Würdigung der in diesem Zusammenhang erhobenen Beweise kam die Vorinstanz zusammenfassend zum Schluss, es sei der Beklagten der Beweis gelungen, dass es der wirkliche Wille der Erblasserin gewesen war, dass †J._____ und deren Stamm nichts erhalten sollte und sämtlicher Nachlass der Erblasserin an die Beklagte und deren Mann gehen sollte. Aus diesem Grund wies sie die Klage auch diesbezüglich ab und befand, dass damit auch das Interesse an der Feststellung, dass der Kläger Erbe der Erblasserin sei, entfalle (act. 150 S. 17 - 30).

5. In seiner Berufung zur Sache macht der Kläger geltend, die Vorinstanz habe das Recht unrichtig angewendet, willkürliche Feststellungen zum Sachverhalt gemacht und eine willkürliche Beweismwürdigung vorgenommen; es liege auch eine materielle Rechtsverweigerung vor. Im Zentrum seiner nicht immer klar verständlichen Beanstandungen steht der Vorwurf, die Vorinstanz habe einen angeblich "wahren inneren Willen" der Erblasserin, welcher nur Motiv oder negative Vorstellung gewesen sei, dahingehend in das Testament hineininterpretiert, dass der Anteil des vorverstorbenen eingesetzten Erben †O._____ an die Beklagte falle, obwohl unbestrittenermassen diesbezüglich keine formgerechte positive Verfügung getroffen worden sei (act. 148). Es ist nachstehend soweit erforderlich auf die Einwände im Einzelnen einzugehen.

5.1 Mit Bezug auf die Auslegung des fraglichen Testamentes stellt der Kläger nicht in Frage, dass das Gericht auch auf aussertestamentarische Elemente zurückgreifen darf, wie dies die Vorinstanz im Einzelnen dargelegt hat (act. 150 S. 17 ff.; act. 148 S. 9). Er rügt indes die Beweismwürdigung als unzutreffend – insbesondere auch die Würdigung der Aussagen der Zeugen B._____ (Vertreter des Klägers), C._____ und P._____ (act. 148 S. 10/11 und 12). Und er hält die Beweisführung der Gegenpartei "mit Hunden und Katzen" als lächerlich und "das Betätigen der Dreckschleuder gegen †J._____" als unzulässig, da diese keine rechtserheblichen Tatsachen bewiesen (act. 148 S. 8). Er anerkennt und hält es grundsätzlich für unbestritten, dass die Erblasserin im Zeitpunkt der Testamentserrichtung auf keinen Fall wollte, dass auf die Familie J._____K._____L._____ B._____M._____A._____ einen Rappen fiele. In der Berufungsbegründung hält er

ausdrücklich fest (act. 148 S. 8): "...ist ohnehin unbestritten, dass die Erblasserin (zu Lebzeiten des eingesetzten Erben †O._____) nicht wollte dass die ausgeschlossenen Erben etwas erben, was offensichtlich ist". Er erachtet dies als ein Hinweis auf ein unbestrittenes Motiv der Erblasserin im Zeitpunkt der Testamentserrichtung.

Des weiteren macht der Kläger geltend, dass die Erblasserin einem Rechtsirrtum erlegen sei, wenn sie auch nach dem Vorversterben von †O.____ der Meinung gewesen sei, die C.____O.____-Seite werde alles erben; dies, weil sie juristisch nicht verstanden habe, dass eingesetzte Erben, welche den Erbfall nicht erleben, nicht nach dem Eintrittsprinzip beerbt würden (act. 148 S. 8 und act. 71 S. 3, worauf in der Berufung verwiesen wird). Auch die weiteren Rügen des Klägers (willkürliche Beweiswürdigung, unrichtige Rechtsanwendung, unrichtige Testamentsauslegung, act. 148 S. 12 ff.) und insbesondere die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach es der wirkliche Wille der Erblasserin gewesen sei, dass der Stamm von †J.____ nichts erhalten sollte und sämtlicher Nachlass der Erblasserin an die Beklagte und deren Mann gehen sollte (act. 150 S. 30), basieren auf der Auffassung des Klägers, die Vorinstanz habe damit das Erfordernis einer positiven Ersatzverfügung, welche unbestrittenermassen von der Erblasserin nicht getroffen wurde, umgangen.

5.2 Der Kläger anerkennt als zutreffend (und er macht geltend, er habe selbst nie anderes behauptet), dass †J.____ oder einer ihrer Nachkommen nie als Erbe oder Ersatzerbe eingesetzt worden ist. Er, der Kläger, habe immer nur geltend gemacht, er sei aufgrund ausdrücklicher Gesetzesvorschrift zufolge Verfügungslosigkeit Erbe geworden. Er rügt, die Vorinstanz sei selber der Ansicht, dass die Erblasserin keinen positiven Verfügungswillen bezüglich Ersatzerben gebildet habe. Es gebe daher auch keinen Raum für einen mit dieser Erkenntnis im Widerspruch stehenden oder für einen weitergehenden, andern wirklichen inneren Willen. Der Kläger verweist in diesem Zusammenhang auch auf den obergerichtlichen Entscheid (Beschwerde gegen verweigerte unentgeltliche Rechtspflege) vom 17. April 2014 (act. 24, insbes. S. 8/9), in dem darauf hingewiesen wird, dass im Fall des Vorversterbens eines eingesetzten Erben, wie vorliegend †O.____,

es einer Ersatzverfügung bedürfe, damit dessen Nachkommen an seine Stelle treten könnten. Für die im summarischen Verfahren ergangene Beurteilung der (auf den Zeitpunkt der Klageeinleitung) zu prüfenden Prozessaussichten der Klage, kam das Obergericht damals zum Schluss, es sei aufgrund des Wortlautes des Testamentes davon auszugehen, dass sich die Erblasserin für den Fall des Vorversterbens des Ehemannes der Beklagten keine Gedanken gemacht habe und damit für den freigewordenen Teil die gesetzliche Erbfolge zum Tragen komme. Es könne deshalb nicht gesagt werden, die Klage sei aussichtslos.

Diese Würdigung ist auch im vorliegenden ordentlichen Verfahren nicht zu beanstanden. Es trifft zu und ist gar unbestritten, dass die Erblasserin für den Fall des – dann eingetroffenen – Vorversterbens von †O._____ keine Ersatzverfügung getroffen hat und dessen Erben ohne solche nicht an dessen Stelle treten konnten.

5.3 Im vorinstanzlichen Beweisverfahren, bei der vorinstanzlichen Auslegung und Würdigung ging es indes nicht um diese Frage. Vielmehr unterlag der Auslegung und war Gegenstand des Beweisverfahrens, ob die Erblasserin mit dem im Testament enthaltenen Satz "*Frau J._____ erbt nichts*" nicht nur †J._____, sondern auch deren Stamm ausschliessen wollte. In der am 20. Oktober 2014 ergangenen Klageantwort liess die Beklagte wie von der Vorinstanz dargetan, behaupten, es sei der Wille der Erblasserin gewesen, nicht nur †J._____, sondern auch deren Nachkommen als Erben auszuschliessen (act. 62 S. 4 und 5). Nach Durchführung des Beweisverfahrens über *diese strittige* Tatsache, kam die Vorinstanz zum Schluss, dass eben dieser Wille als erstellt zu betrachten sei. Mit dem vorzitierten (E. 5.1 aus act. 148 S. 8) Vorbringen des Klägers in der Berufung bestätigt der Kläger selbst diesen Willen der Erblasserin im Zeitpunkt der Testamentserrichtung, weshalb auf seine Rügen, welche sich gegen die vorinstanzliche Beweiswürdigung richten, die in dieser Frage somit zum gleichen Schluss kommt wie der Kläger, nicht mehr weiter einzugehen ist.

5.4 Der Kläger wendet zu Recht ein, dass dieses Beweisergebnis eine positive Ersatzverfügung für den Erbanteil eines vorverstorbenen eingesetzten Erben nicht zu ersetzen vermag. Er verkennt indes, dass sich die Frage der Ersatzverfügung,

wie sie vom Kläger im Berufungsverfahren aufgenommen worden ist, bei diesem Beweisergebnis gar nicht mehr stellt.

Der Einwand des Klägers, ein negativer Wille in dem Sinne, dass †J._____ und deren Stamm ausgeschlossen werden solle, genüge nicht, wenn es an einer Ersatzverfügung fehle, trifft zwar insoweit zu, als der Ausschluss eine Ersatzverfügung nicht zu ersetzen vermag. Ist aber wie vorliegend gestützt auf das Beweisverfahren und in Auslegung des Testamentes mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass mit der Formulierung "*Frau J._____ erbt nichts*" neben †J._____ auch deren Nachkommen als Erben ausgeschlossen waren, dann verblieb beim später eingetretenen Vorversterben sowohl von †J._____ wie auch von †O._____ als einzige Erbin nur noch die Beklagte. Sie wurde also nicht einzige Erbin, weil der Anteil des vorverstorbenen †O._____ auf dessen Erben überging; insoweit erscheint die Zusammenfassung der Vorinstanz im angefochtenen Urteil (act. 150 S. 30) missverständlich. Bezüglich des Anteils des vorverstorbenen eingesetzten Erben trat die gesetzliche Erbfolge ein, so wie dies der Kläger ebenfalls annimmt. Im Zeitpunkt des Vorversterbens des eingesetzten Erben waren aber †J._____ und deren Nachkommen testamentarisch vom Erbe bereits ausgeschlossen und es verblieb als einzige gesetzliche Erbin nur noch die Beklagte. Es trifft zwar zu, dass ohne Ersatzverfügung der Anteil des vorverstorbenen eingesetzten Erben nicht an dessen Erben überging – insoweit mag sich die Erblasserin im Irrtum oder Unwissen befunden haben, wenn sie dies (wie auch die Beklagte in der Klageantwort behauptet hatte [act. 62 S. 10 Rz 44]) annahm. Hierauf kommt es beim oberwähnten Ergebnis indes nicht an. Eine Rechtsverweigerung, wie sie der Kläger geltend macht (act. 148 S. 16 ff.), ist damit nicht erkennbar und es erübrigen sich damit auch Ausführungen insbesondere auch zu den Ausführungen des Klägers zur Ersatzerbeneinsetzung und zur Mentalreservation.

6. Die Vorinstanz verwarf im angefochtenen Urteil auch den Einwand des Klägers, es liege eine unzulässige Enterbung vor. Sie begründete dies wie erwähnt damit, dass sich die Enterbung gemäss Art. 477 ZGB immer nur auf pflichtteilsgeschützte Erben beziehe, worunter †J._____ nach der Aufhebung des Pflichtteils-

rechts für Geschwister nicht falle. †J._____ wäre im Übrigen auch im Jahr 1978 nicht pflichtteilsgeschützt gewesen (act. 150 S. 16).

Der Kläger macht demgegenüber geltend, die "enterbte" †J._____ sei pflichtteilsgeschützt gewesen, weil das damals für unter schweizerischer Jurisdiktion geborene Personen ein Geburtsrecht gewesen sei; der anwartschaftliche Anspruch habe ihr nicht durch rückwirkende Gesetzesänderung entzogen werden können. Er beruft sich dabei auf einen Konflikt zwischen Rückwirkungsverbot und der Regelung der Novelle des Erbrechts (act. 148 S. 20).

Dem kann nicht gefolgt werden: Sowohl im Zeitpunkt der Errichtung des in Frage stehenden Testamentes wie auch nach geltender Rechtsordnung bestand kein Pflichtteilsrecht für Geschwister: Der Kanton Zürich hatte im Jahre 1977 von der bundesrechtlichen Möglichkeit, den Pflichtteil für Geschwister auszuschliessen (Art. 472 aZGB) Gebrauch gemacht und dies im EG ZGB in § 124a statuiert (OS 46, 545). Mit der per 1. Januar 1988 in Kraft getretenen Revision des Eherechts wurde das Pflichtteilsrecht der Geschwister bundesrechtlich aufgehoben und ebenso die kantonrechtliche Bestimmung (OS 50, 210). Übergangsrechtliche Bestimmungen, wie sie der Kläger angewendet haben will, kommen damit nicht zum Zug. Die gesetzliche Regelung ist klar. Fehlte †J._____ die Eigenschaft als Pflichtteilserbin, dann fallen auch die Bestimmungen über die Enterbung ausser Betracht.

7. Nach dem Gesagten erweisen sich die vom Kläger erhobenen Einwände als unbegründet und es ist das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen. Die Eventualanträge Ziff. 2. a), b), d) f) und g) sind aufgrund der vorstehenden Erwägungen abzuweisen. Für die Feststellung gemäss Eventualberufungsantrag Ziff. 2 lit c fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger kosten- und grundsätzlich auch entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Auszugehen ist von einem Streitwert in der Höhe des vom Kläger beanspruchten Anteils am Nachlass,

nämlich der Hälfte, d.h. CHF 220'000.00 (DIGGELMANN, DIKE-Komm ZPO, 2.A., Art. 91 N31). Die Entscheidegebühr ist auf CHF 10'000.00 festzusetzen (§ 4 Abs. 1 und 2 der Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010).

2. Für den Fall des Obsiegens der Beklagten verlangt der Kläger, dass die Gerichtsgebühren wie auch die Vertretungskosten beider Instanzen dem Nachlass aufzuerlegen sei. Zur Begründung lässt er ausführen, er habe sich bei objektiver Auslegung des Testamentes in guten Treuen für einen erbberechtigten gesetzlichen Erben halten dürfen. Ein Testator müsse sich darauf behaften lassen, wie in guten Treuen eine letztwillige Verfügung verstanden werden dürfe und müsse, auch wenn für die Auslegung des Testamentes (mangels Empfänger) nicht das Vertrauensprinzip zur Anwendung gelange. Deshalb seien Rechtskosten, die von einem Testator verursacht worden seien, posthum diesem anzulasten, jedenfalls soweit es den Kläger betreffe; dabei beruft sich der Kläger auf Art. 5 BV (act. 148 S. 3/4). Dem kann nicht gefolgt werden. Eine Kostenaufgabe an den verstorbenen Testator bzw. seinem Nachlass fällt zum vornherein ausser Betracht, da der Nachlass nicht Partei, sondern Streitgegenstand ist. Sodann tragen die Parteien, auch wenn ihre Prozessstandpunkte nicht zum vornherein aussichtslos sind, das Risiko der Prozessführung. Ein Fall von Art. 107 ZPO, der ein Abweichen von der Regel erlauben würde, liegt nicht vor und wurde auch nicht dargetan. Damit bleibt es bei der Kostentragung durch den Kläger.

3. Der Kläger verlangt, es sei die Gerichtsgebühr der Vorinstanz auf die Hälfte zu senken (Eventualberufungsantrag Ziff. 2 lit. h), ohne sich in der Folge weiter dazu zu äussern. Er kommt insoweit seiner Begründungspflicht nicht nach, weshalb auf diesen Antrag nicht einzutreten ist.

4. Prozessentschädigungen sind im Berufungsverfahren keine zuzusprechen, dem Kläger nicht, weil er unterliegt, der Beklagten nicht, weil ihr durch das Verfahren keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
Das Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 29. März 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'000.-- festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss verrechnet.

3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 148 sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

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

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 beträgt Fr. 220'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

PD Dr. S. Zogg

versandt am: