

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF110005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer.

## **Beschluss und Urteil vom 8. Juli 2011**

in Sachen

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

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

gegen

1. **B.**\_\_\_\_\_,  
2. **C.**\_\_\_\_\_,  
Berufungsbeklagte,

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

betreffend **Testament**

im Nachlass von D.\_\_\_\_\_, geboren ..., von Z.\_\_\_\_\_, gestorben ..., wohnhaft  
gewesen in Z.\_\_\_\_\_

Berufung gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren  
des Bezirkes Meilen vom 10. Januar 2011 (EL100327)

**Erwägungen:**

1. a) Das Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen eröffnete am 10. Januar 2011 die letztwillige Verfügung von D.\_\_\_\_\_, gestorben am ... (act. 9). Der Testator hielt darin fest, dass keine pflichtteilsberechtigten Erben vorhanden seien und dass er seine Verwandten von der Erbfolge ausschliesse (act. 9, Anhang Ziff. 1). Er setze seine Lebenspartnerin A.\_\_\_\_\_ als allein verfügungsberechtigte Alleinerbin ein (Ziff. 2), das beziehe sich auf seine gesamte Hinterlassenschaft, d.h. Immobilie, Fahrhabe, Bankkonti, 3. Säule, Pensionskasse (Ziff. 3). Betreffend der Liegenschaft ... in Z.\_\_\_\_\_ bzw. jedem andern Wohneigentum, das nachweislich aus dem allfälligen Verkaufserlös dieser Liegenschaft erworben sei bzw. den noch vorhandenen Saldo aus einem allfälligen Verkaufserlös, bestimme er den B.\_\_\_\_\_ sowie C.\_\_\_\_\_ zu je 50% als Nacherben (act. 9, Anhang Ziff. 4).

b) Die Vorinstanz entschied, der eingesetzten Erbin werde auf Verlangen die Erbbescheinigung ausgestellt, sofern auf die Zustellung/Publikation der Verfügung hin keine Einsprache erfolge (act. 9 Disp. Ziff. 2). Sodann statuierte sie, die Erbteilung sei "Sache der Alleinerbin" (act. 9 Disp. Ziff. 3). Ferner verfügte sie: "Die Alleinerbin wird darauf hingewiesen, dass die Aushändigung des Vorvermächtnisses an sie erst nach voller Sicherstellung erfolgen darf, sofern die Nachvermächtnisnehmer nicht ausdrücklich ganz oder teilweise darauf verzichten" (act. 9 Disp. Ziff. 4).

c) Mit ihrer Berufung gegen diesen Entscheid beantragt die eingesetzte Erbin:

"1. Es sei festzustellen, dass D.\_\_\_\_\_ sel. in Ziff. 4 seiner letztwilligen Verfügung vom 25. Februar 2007 seine Liegenschaft ..., Z.\_\_\_\_\_, eventuell jedes andere Wohneigentum, das nachweislich von der Berufungsklägerin A.\_\_\_\_\_ aus einem allfälligen Verkaufserlös für die vorgenannte Liegenschaft erworben wird, eventuell einen allfälligen noch vorhandenen Saldo aus einem solchen Verkaufserlös, mit auf den Tod der Berufungsklägerin A.\_\_\_\_\_ aufgeschobenem Anfall dem B.\_\_\_\_\_ und dem C.\_\_\_\_\_ zu je 50% vermacht hat.

2. Dispositiv Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung sei demzufolge ersatzlos aufzuheben und es sei festzustellen, dass bezüglich der Liegenschaft ..., Z.\_\_\_\_\_ etc. weder die Berufungsklägerin eine Sicherstellungspflicht treffe noch die Vermächtnisnehmer B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ die Erbschaftsverwaltung verlangen könnten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse."  
(act. 10)

c) Die Berufungsbeklagten 1 und 2 verzichteten auf eine Stellungnahme zur Berufung (act. 16, 18).

2. Das vorliegende Verfahren richtet sich erst- und zweitinstanzlich nach der seit dem 1. Januar 2011 in Kraft stehenden schweizerischen Zivilprozessordnung. Das Zivilgesetzbuch überlässt es den Kantonen, die zuständige Behörde zu bestimmen und schreibt keine gerichtliche Behörde vor (Art. 551 Abs. 1, Art. 556 Abs. 1 i.V. mit Art. 54 Abs. 1 und 2 SchIT ZGB). Da es sich demnach um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, bei welchem die Zivilprozessordnung einzig vorschreibt, dass das Summarische Verfahren anwendbar sei (Art. 248 lit. e ZPO), richtet sich das Verfahren, soweit nicht die schweizerische Zivilprozessordnung anwendbar ist, nach kantonalem Recht (Art. 54 Abs. 3 SchIT ZGB). Dieses bestimmt das Einzelgericht im summarischen Verfahren als die zur Eröffnung letztwilliger Verfügungen zuständige Behörde gemäss Art. 556 Abs. 1 i.V. mit Art. 551 Abs. 1 und SchIT 54 ZGB (Art. 54 Abs. 3 SchIT ZGB sowie § 24 lit. c GOG und § 137 lit. c GOG i.V. mit Art. 248 lit. e ZPO). Das Obergericht ist Berufungsinstanz (§ 48 GOG i.V. mit Art. 308 und 314 ZPO).

Berufungsfrist (Art. 314 Abs. 1 ZPO) und Streitwert (Art. 308 Abs. 2 ZPO) sind eingehalten (act. 10 S. 2). Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 255 lit. b ZPO; ebenso § 211 ZPO/ZH). In der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsklägerin rügt mit ihrer Berufung die unrichtige Rechtsanwendung.

3. Gestützt auf Art. 556 Abs. 3 ZGB hat die Eröffnungsbehörde die Erbschaft entweder den gesetzlichen Erben zu überlassen oder die Erbschaftsverwaltung anzuordnen. Sie ist nicht berechtigt, eine andere Variante zu wählen. Die Überlassung der Erbschaft ist nur gegenüber den gesetzlichen Erben zulässig. Die Behörde darf den Besitz nicht den eingesetzten Erben übertragen, auch wenn diese gemäss der letztwilligen Verfügung als alleinberechtigt erscheinen (BSK ZGB II - Karrer, 3. A. 2007, Art. 556 N 25-27). Die Vorinstanz verfügte keine Erbschafts-

verwaltung, überliess demnach die Erbschaft einstweilen den gesetzlichen Erben und stellte der eingesetzten Erbin die Ausstellung des auf sie lautenden Erbscheines in Aussicht. Dies blieb unangefochten.

4. Angefochten ist einzig Dispositivziffer 4 der vorinstanzlichen Verfügung. Darin wies die Vorinstanz die Berufungsklägerin darauf hin, die Liegenschaft ... in Z.\_\_\_\_\_ dürfe ihr als Vorvermächtnis erst nach voller Sicherstellung ausgehändigt werden, sofern die Nachvermächtnisnehmer (B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_) nicht ausdrücklich darauf verzichteten. Würde die Sicherheit nicht geleistet oder der Anspruch der Nachvermächtnisnehmer in anderer Weise gefährdet, könnten diese die Erbschaftsverwaltung verlangen (act. 9 S. 4 Disp. Ziff.4).

In ihrem ersten Berufungsantrag erhebt die Berufungsklägerin ein Feststellungsbegehren, d.h. es sei festzustellen, dass es sich um ein Vermächtnis mit aufgeschobenem Anfall handle. Die Eröffnungsbehörde hat lediglich **vorläufig** festzustellen, ob der Erblasser Vor- und Nacherbschaft, Vor- und Nachvermächtnis oder Vermächtnis mit aufgeschobenem Anfall verfügt hat (ZR 68 Nr. 76). Sie hat eine vorläufige unpräjudizielle Prüfungspflicht und Auslegungsbefugnis, aber keine materielle Entscheidungsbefugnis (BSK ZGB II - Karrer, Art. 556 N 26). Die angeordnete Massnahme hat provisorischen Charakter und ist deshalb abänderbar (BSK ZGB II -Karrer, 3.A. 2007, Art. 556 N 29). Im Rahmen der Berufung ist die Rechtsanwendung frei überprüfbar, auch hinsichtlich Unangemessenheit (Art. 310 lit. a ZPO; ZK ZPO- Reetz/Theiler, Art. 310 N 36).

Eine formelle Auslegung der letztwilligen Verfügung (als Vermächtnis etc.) in Form einer "Feststellung" im Dispositiv, wie sie die Berufungsklägerin in ihrem ersten Rechtsbegehren verlangt, ist hier nicht angebracht, da die Eröffnungsbehörde lediglich zum Entscheid über Sicherungsmassregeln (Überschrift des ersten Abschnittes des 16. Titels des ZGB vor Art. 551 ZGB) befugt ist und nur zu diesem Zweck eine vorläufige Auslegung vornimmt. Die vorläufige Auslegung der letztwilligen Verfügung dient lediglich dazu, über eine Sicherstellungspflicht oder die Möglichkeit einer Erbschaftsverwaltung zu entscheiden und hat nicht im Dispositiv als "Feststellung" oder Auslegung der Verfügung zu erscheinen. Die (defi-

nitive) Auslegung der letztwilligen Verfügung ist im Streitfall dem ordentlichen Gericht vorbehalten; die Eröffnungsbehörde ist dazu nicht befugt.

Auf das erste Rechtsbegehren bzw. Feststellungsbegehren der Berufungsklägerin ist daher nicht einzutreten.

5. Zu prüfen ist jedoch entsprechend dem zweiten Begehren der Berufungsklägerin, ob die Vorinstanz zu Recht eine Sicherstellungspflicht der Berufungsklägerin verfügte. Dabei ist die vorinstanzliche Begründung zu überprüfen, insbesondere ob die Vorinstanz Ziffer 4 der letztwilligen Verfügung - im Rahmen ihrer vorläufigen Prüfungsbefugnis (BSK ZGB II - Karrer, Art. 556 N 26, 29) - mit Recht im Sinne eines Nachvermächnisses interpretierte.

a) Die Berufungsklägerin beantragt, Ziffer 4 der letztwilligen Verfügung als Vermächtnis mit aufgeschobenem Anfall zu behandeln und führt an, sie sei als Alleinerbin der gesamten Hinterlassenschaft eingesetzt worden, weshalb sie nicht Vorvermächtnisnehmerin sein könne. Infolge der Universalsukzession sei ihr eine Singularsukzession nicht mehr möglich. Die Erbeinsetzung begründe ein unmittelbares dingliches Recht an der Erbschaft (Art. 483 Abs. 1 i.V. mit Art. 560 ZGB), wogegen Vermächtnisnehmer nur eine Forderung auf Übertragung erhielten (Art. 484 i.V. mit Art. 562 ZGB). Es fehle an der gemäss Art. 545 Abs. 1 ZGB für die Annahme eines Nachvermächnisses erforderlichen Identität des Vermächtnisgegenstandes. Es liege auch keine Nacherbeinsetzung vor, denn Erbe könne nur sein, wer für die ganze Erbsache oder einen Bruchteil eingesetzt werde (Art. 483 ZGB), während die Zuwendung einer einzelnen Erbschaftssache den Bedachten nur zum Vermächtnisnehmer mache (Art. 484 ZGB). Ziffer 4 des Testamentes sei daher als bloss bedingtes oder befristetes Vermächtnis, als Vermächtnis mit - bis zum Zeitpunkt ihres Todes - aufgeschobenem Anfall auszulegen (ZR 68 Nr. 76). Die Liegenschaft bzw. deren allfällige Surrogate sollten auf den Zeitpunkt des Ablebens der Alleinerbin hin, so weit noch vorhanden, dem B. \_\_\_\_\_ und dem C. \_\_\_\_\_ vermacht sein. Da diese bloss Vermächtnisnehmer seien, entfalle jegliche Sicherstellungspflicht gemäss Art. 490 Abs. 2 ZGB und die Möglichkeit der Anordnung einer Erbschaftsverwaltung. Indem der Erblasser von "jedem anderen Wohneigentum, das nachweislich aus dem allfälligen Verkaufserlös der vorge-

nannten Liegenschaft erworben wurde" bzw. vom "noch vorhandenen Saldo aus einem allfälligen Verkaufserlös" spreche, gehe er offensichtlich davon aus, dass die Alleinerbin berechtigt sein solle, die Liegenschaft zu veräussern und aus dem Erlös anderes Wohneigentum zu erwerben oder diesen Erlös zu verbrauchen. Damit ergebe sich aus dem Testament, dass sie von der Sicherstellungspflicht befreit sein solle. Dies gelte auch dann, wenn man Ziffer 4 als Nachvermächtnis interpretiere (act. 10).

b) Es fragt sich, ob bei der hier vorzunehmenden vorläufigen Einschätzung der Ziffer 4 der letztwilligen Verfügung des Erblassers von einer Nacherbeneinsetzung (wofür der vom Erblasser gewählte Wortlaut "Nacherben" spricht) oder von einem Nachvermächtnis (wie die Vorinstanz annahm) oder von einem Vermächtnis mit aufgeschobenem Anfall (wie die Berufungsklägerin vorschlägt) auszugehen ist.

aa) Berücksichtigt man den Gesamtzusammenhang der letztwilligen Verfügung, so fällt der Nachdruck auf, mit welchem der Erblasser die Berufungsklägerin als Alleinerbin einsetzte: In Ziffer 2 der Verfügung bezeichnete er sie als seine "Lebenspartnerin" und setzte sie als "alleinige und allein verfügungsberechtigte Erbin" ein. In Ziffer 3 der Verfügung doppelte der Erblasser nach: " Vorstehend Punkt 2 bezieht sich auf meine gesammte Hinterlassenschaft, die Immobilie, Fahrhabe, Bankkonti, 3te Säule und BVG/Pensionskasse" (act. 9, Anhang). Ausdrücklich hielt der Erblasser demnach fest, dass die Berufungsklägerin über die gesamte Hinterlassenschaft als Alleinerbin verfügen solle, insbesondere auch über den Immobilienbesitz. Dies ist gegenüber der in Ziffer 4 folgenden Bezeichnung des B.\_\_\_\_\_ sowie des C.\_\_\_\_\_ als "Nacherben" stärker zu gewichten und lässt nach allgemeiner Lebenserfahrung den Schluss zu, der Erblasser habe den beiden gemeinnützigen Organisationen ein Vermächtnis ausrichten wollen. Der Erblasser wollte gemäss Ziffer 4 seiner letztwilligen Verfügung diesen Organisationen einen bestimmten Gegenstand, nämlich die Liegenschaft ... in Z.\_\_\_\_\_, nicht einen Bruchteil der Erbschaft, vermachen. Damit handelt es sich um eine Singularsukzession (Art. 483 Abs. 2 ZGB). Von Gesetzes wegen ist daher - trotz des vom Erblasser verwendeten Begriffs "Nacherbe" - auf ein Vermächtnis zu

schliessen. Mit der Vorinstanz kann demnach davon ausgegangen werden, es handle sich bei Ziffer 4 der letztwilligen Verfügung um ein Vermächtnis.

bb) Es ist hier davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin als Universalsukzessorin eingesetzt wurde und demnach ein unbedingtes dingliches Recht an der gesamten Erbschaft hat (Art. 483 und 560 ZGB). Sie ist daher entgegen der Vorinstanz nicht als Vorvermächtnisnehmerin anzusehen (ZR 68 Nr. 76 E. 3 S. 204), da sie als Alleinerbin nicht Vorvermächtnisnehmerin sein kann (ZR 68 Nr. 76). Vielmehr ist die letztwillige Verfügung zu Gunsten des B.\_\_\_\_\_ und des C.\_\_\_\_\_ als Vermächtnis mit auf den Tod der Alleinerbin aufgeschobenem Anfall zu qualifizieren (ZR 68 Nr. 76 E. 4 S. 205 mit Verweisen). Entsprechend trifft die Berufungsklägerin keine Sicherstellungspflicht und können die Vermächtnisnehmer auch keine Erbschaftsverwaltung verlangen (ZR 68 Nr. 76).

Dies führt zur Aufhebung von Dispositivziffer 4 der angefochtenen Verfügung. In diesem Umfang ist daher die Berufung gutzuheissen.

6. a) Die Berufungsklägerin obsiegt mit ihrem Rechtsmittel im entscheidenden Punkt - dass sie keine Sicherheit zu leisten hat. Dass auf das formell selbständige Feststellungsbegehren nicht eingetreten werden kann, ist dem gegenüber untergeordnet. Die Berufungsbeklagten haben sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert. Damit können keiner Partei Kosten der Berufung auferlegt werden. Bei der Kostenregelung des angefochtenen Entscheides bleibt es hingegen, denn das Verfahren zur Eröffnung des Testamentes war so oder so notwendig.

b) Wird keine Partei kostenpflichtig, kann auch keine verpflichtet werden, der oder den anderen eine Entschädigung zu zahlen. Die ZPO bietet keine Grundlage dafür, den Kanton zur Tragung einer Parteientschädigung zu verurteilen, auch wenn die Kosten auf die Staatskasse genommen werden oder von der Festsetzung von Kosten überhaupt abgesehen wird (BSK ZPO-Jenny, Art. 107 N 26).

**Es wird beschlossen:**

1. Auf das Feststellungsbegehren (Ziff. 1 der Berufungsanträge) wird nicht eingetreten.
2. Mitteilung an die Parteien mit dem nachfolgenden Urteil.
3. Gegen diesen Beschluss kann Beschwerde geführt werden gemäss der zum nachstehenden Urteil gegebenen Rechtsmittelbelehrung.

**sodann wird erkannt:**

1. Dispositivziffer 4 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 10. Januar 2011 wird aufgehoben.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Entschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).



Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der (geschätzte) Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-- (act. 10 S. 2).

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Maurer

versandt am: