

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF110047-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic.

Urteil vom 27. Juli 2011

in Sachen

A._____,
Berufungsklägerin,

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von B._____,

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren (Erbschaftssachen) des Bezirkes Horgen vom 9. März 2011 (EL100359)

Erwägungen:

I.

1. B. _____ verstarb in X. _____ (act. 1/1). Als gesetzliche Erbin hinterliess sie ihre Schwester, A. _____ (nachfolgend: Berufungsklägerin; act. 1/3). Mit Postaufgabe am 28. Dezember 2010 liess C. _____ dem Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Horgen eine eigenhändige letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 17. März 2004 sowie einen eigenhändigen Zusatz der Erblasserin zum Testament vom 25. Dezember 2009 zukommen (vgl. act. 2/4-5; act. 3 S. 2). Die Vorinstanz eröffnete mit Verfügung vom 9. März 2011 das vorerwähnte Testament sowie den Zusatz hiezu. Im Rahmen einer unpräjudiziellen Auslegung kam sie zum Schluss, dass die Erblasserin die Berufungsklägerin als gesetzliche Erbin von der Erbschaft ausgeschlossen und C. _____ als Alleinerben eingesetzt habe. In diesem Sinne wurde verfügt, dass dem gesetzlichen (recte eingesetzten) Erben eine Erbescheinigung ausgestellt werde, sofern dagegen gemäss Art. 559 Abs. 1 ZGB nicht Einsprache erhoben werde (act. 3 = act. 7).

2. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 4. April 2011 rechtzeitig Berufung (act. 4/1; act. 5 = act. 8). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1 - 5). Mit Verfügung vom 19. Mai 2011 wurde der Berufungsklägerin Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 1'200.-- zu leisten (act. 10). Am 31. Mai 2011 wurde telefonisch ein Berufungsrückzug in Aussicht gestellt (act. 12). Nachdem innert Frist weder der Vorschuss bezahlt noch eine schriftliche Rückzugserklärung hierorts eingegangen ist, wurde der Berufungsklägerin mit Verfügung vom 8. Juni 2011 eine einmalige Nachfrist von 5 Tagen angesetzt, um den ihr mit Verfügung vom 19. Mai 2011 auferlegten Kostenvorschuss zu leisten, andernfalls auf die Berufung nicht eingetreten werde (act. 12 und 13). Der Vorschuss wurde innert Frist bezahlt (act. 14 und 15).

3.1 Die Berufungsklägerin stellte folgende Anträge: „C. _____ erbt die gesamte Hinterlassenschaft ausser dem Anteil (1/6) am ...weg ... in X. _____ und

am Anteil (1/2) Haus in Y._____ zu Eigentum. Das Eigentum der Anteile an den Häusern in X._____ und Y._____ geht an A._____ über. C._____ erhält das Wohnrecht in der Wohnung am ...weg ..., X._____ und das anteilige Wohnrecht am Haus in Y._____“. Zur Begründung wird geltend gemacht, die Vorinstanz habe die Klammerbemerkung im Testament „Ausschl auf Häuser, X._____ und Y._____“ nicht berücksichtigt. Die Erblasserin und sie seien sich immer einig gewesen, dass diese Häuser im Familieneigentum bleiben würden, weil sie zusammen auch immer die Unterhalts- und Betriebskosten getragen hätten und nur die Erblasserin das Haus in Y._____ genutzt habe. Im Zusatz zum Testament vom 17. März 2004 komme klar zum Ausdruck, dass C._____ solange in der Wohnung in X. sowie in Y. wohnen könne, solange dies sein Wunsch sei, was klar auf die Einräumung eines Wohnrechtes aber nicht auf die Übertragung des Eigentums hinweise (act. 8).

3.2 Zu den Anträgen der Berufungsklägerin ist vorweg festzuhalten, dass im vorliegenden Verfahren keine Entscheidung über Erbteilungsfragen ergehen kann. Im Rahmen der Testamentseröffnung ist im Hinblick auf die nach Art. 559 ZGB auszustellende Erbbescheinigung insbesondere zu bestimmen, wer nach dem Wortlaut des Testamentes als Erbe zu gelten hat. Diese Auslegung hat aber immer nur provisorischen Charakter, d.h. sie ist für die materielle Rechtslage unpräjudiziell. Auch die Berufungsinstanz prüft lediglich, ob die Vorinstanz in diesem beschränkten Rahmen zutreffend verfahren ist. Ein endgültiger Entscheid darüber, wer Erbe ist, ergeht in diesem Verfahren somit nicht. Dieser Entscheid bleibt im Streitfall dem ordentlichen Gericht vorbehalten (BSK ZGB II-Karrer, 3. Aufl., Basel 2007, N 11 zu Art. 557 ZGB mit weiteren Hinweisen).

3.3 Der Begründung der nicht anwaltlich vertretenen Berufungsklägerin lässt sich klar entnehmen, dass sie im Wesentlichen die Ansicht vertritt, der Wille der Erblasserin sei es gewesen, dass die sich im Nachlass befindlichen Liegenschaften in X._____ und Y._____ bzw. die Eigentumsanteile daran in Familienbesitz verbleiben, woraus sie ihre Erbberechtigung ableitet. In ähnlichem Sinne äusserte sich auch der Lebenspartner der Erblasserin, C._____, welcher in der unaufgeforderten Eingabe vom 8. Juni 2011 unter Verweisung auf Ziff. 3 des Testa-

mentes der Erblasserin darlegt, er sei als Vorerbe und die Berufungsklägerin als Nacherbin zu betrachten (act. 16).

II.

1. Nachdem die Erblasserin in Ziff. 1 ihres Testamentes vom 17. März 2004 sämtliche früheren letztwilligen Verfügungen widerrufen hatte, verfügte sie das Folgende:

- „2) Unter Vorbehalt allfälliger Pflichtteilsrechte (Anrecht auf Häuser, X._____ und Y._____) setze ich meinen Lebenspartner, C._____, ...weg ..., X._____, als Alleinerben meiner gesamten Hinterlassenschaft ein.
- 3) Bei seinem Tod soll, falls etwas übrig ist, dieser Teil an meine Schwester, A._____, und ihre Söhne gehen.
- 4) Diese letztwillige Verfügung gilt unter dem Vorbehalt, dass die Lebensgemeinschaft zwischen mir und meinem Partner bis zu meinem Tod Bestand hat.“

Die Ziff. 5 und 6 des Testamentes enthalten Anordnungen im Zusammenhang mit der Bestattung (act. 7 S. 6). Der Zusatz zum Testament mit Datum 25. Dezember 2009 enthält ebenfalls Anordnungen in Bezug auf die Bestattung und hernach folgenden Text: „Zudem wünsche ich, dass mein Lebenspartner, C._____, in meiner Wohnung wohnen kann, solange dies sein Wunsch ist! (Y._____ auch). Ich kann nur hoffen, dass diese meine Wünsche erfüllt werden, ich vertraue voll auf C._____ – er weiss, wie wichtig solche Sachen für mich immer waren!“ (act. 7 S. 7).

2. Entgegen dem Vorgehen der Vorinstanz kann für die Bestimmung der Erbberechtigten nicht allein auf das Wort „Alleinerbe“ in Ziff. 2 des Testamentes abgestellt werden. Vielmehr bedarf es einer Auslegung des letzten Willens der Erblasserin unter Einbezug ihrer weiteren Anordnungen in den letztwilligen Verfügungen. Primär massgebend ist dabei der Wortlaut der Testamente. Anhaltspunkte ausserhalb der Verfügungen (Externa), wie z.B. Beziehung der Erblasserin zu Anwärtern der Nachlasswerte, können beigezogen werden (BGE 131 III 601 ff.). Eine solche Auslegung hat wie vorerwähnt nur provisorischen Charakter. Die im

Testamentseröffnungsverfahren getroffene provisorische Ordnung der Erbfolge wird jedoch definitiv, sofern Einsprache oder Anfechtung unterbleiben.

3.1 C._____ wird in Ziff. 2 des Testamentes vom 17. März 2004 zwar als Alleinerbe der gesamten Hinterlassenschaft eingesetzt. Gleich in der nachfolgenden Ziff. 3 verfügte die Erblasserin sodann, dass alles, was bei seinem Tod aus ihrer Hinterlassenschaft noch vorhanden sein sollte, an die Berufungsklägerin und deren Söhne gehen soll. Diese Anordnung lässt aufgrund der klaren Formulierung keinen anderen Schluss zu, als dass die Erblasserin eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest hat verfügen und ihrer Schwester (der Berufungsklägerin) bzw. deren Nachkommen die Stellung eines bzw. mehrerer Nacherben hat einräumen wollen. Diese erben von der Erblasserin und nicht vom Vorerben.

Mit diesem Sonderfall der Nacherbfolge auf den Überrest, welche als solche im Gesetz nicht erwähnt ist, wird dem Vorerben das Recht zugestanden, grundsätzlich frei über die ihm zugewiesenen Erbschaftsgegenstände zu verfügen und diese nicht nur zu gebrauchen, sondern auch zu verbrauchen. Die Rechtsstellung des Vorerben bei einer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest unterscheidet sich von derjenigen bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung in erster Linie dadurch, dass der Vorerbe das volle, unbedingte und unbefristete Verfügungsrecht über die Erbschaftsgegenstände hat, so dass die vorgenommenen Verfügungen nicht mit Eintritt des Nachfolgefalles hinfällig werden. Der Vorerbe darf die Substanz der ihm zugewiesenen Vermögenswerte nutzen und verbrauchen und ist lediglich zur Rückgabe des bei Eintritt des Nachfolgefalles noch Vorhandenen verpflichtet. Grenzen werden dem Vorerben lediglich durch die Grundsätze von Art. 2 ZGB gesetzt, indem er z.B. im Falle von unsinniger Verschleuderung oder mutwilliger Zerstörung der Gegenstände gegenüber den Nacherben schadenersatzpflichtig werden kann (vgl. Schürmann, in: PraxKomm Erbrecht, 2. Aufl., Basel 2011, N 21, 23 und 27 zu Art. 491 ZGB; BSK ZGB II-Bessenich, 3. Aufl. Basel 2007, N 9 zu Art. 491 ZGB).

3.2 Dass die Berufungsklägerin unmittelbar mit dem Tod der Erblasserin erben sollte, lässt sich weder dem Testament noch dem Zusatz zu diesem entnehmen. Darauf kann auch nicht gestützt auf den „Vorbehalt allfälliger Pflichtteils-

recht (Anrecht Häuser, X._____ und Y._____)" gemäss Ziff. 2 des Testamentes geschlossen werden, zumal die Erblasserin auch keine pflichtteilsgeschützten Erben hinterlassen hat. Vielmehr legt diese Passage unter Berücksichtigung des fünf Jahre später im Zusatz zum Testament am 25. Dezember 2009 festgehaltenen Wunsches den Schluss nahe, dass die Erblasserin gewollt hat, dass ihr Lebenspartner C._____ die sich im Nachlass befindlichen Grundstücke zwar nutzen bzw. bewohnen kann, solange dies sein Wunsch ist (die konkreten Eigentumsverhältnisse an diesen Liegenschaften sind nicht bekannt), er darüber aber nicht wie über den restlichen Nachlass soll verfügen können, sondern die Grundstücke letzten Endes im Familienbesitz verbleiben bzw. in seinem Todeszeitpunkt den Nacherben (in natura) ausgeliefert werden sollten. Hiefür ist die Auslieferungspflicht im Grundbuch vorzumerken (Art. 490 Abs. 2 ZGB). Die Sache ist daher zwecks Verpflichtung des Vorerben, bei sich im Nachlass der Erblasserin befindlichen Grundstücken die Vormerkung der Auslieferungspflicht gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB zur Sicherstellung der Anwartschaft der Nacherben im Grundbuch vorzunehmen, an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. Bei einer Nacherbschaft ist unabhängig davon, ob es sich um eine gewöhnliche Nacherbschaft oder eine solche auf den Überrest handelt, ein Erbschaftsinventar gemäss Art. 490 Abs. 1 ZGB aufzunehmen. Dies zum einen deshalb, weil der Nacherbe bei Eintritt des Nacherbfalles ein Interesse daran hat, beweisen zu können, welche Vermögenswerte die Vorerbschaft umfasst hat. Zum anderen dient das Inventar dem Nacherben zur Kontrolle, ob der Vorerbe allfällige über das normale Verbrauchsrecht hinausgehende Verfügungen getätigt hat (Schürmann, a.a.O., N 24 zu Art. 491 ZGB; Bessenich, a.a.O., N 1 f. zu Art. 490 und N 9 zu Art. 491 ZGB). Mit der Aufnahme des Erbschaftsinventars ist der örtlich zuständige Notar vom Einzelgericht zu beauftragen (Art. 138 GOG), zu welchem Zweck die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Auf die Aufnahme des Nacherbschaftsinventars kann nicht verzichtet werden. Sie kann nur dann unterbleiben, falls die Nacherben - allenfalls gegen Entgelt - auf ihre Nacherbenposition verzichten würden.

5. Bei einer Nacherbeneinsetzung auf den Überrest wird der Dispens von der Sicherstellungspflicht gemäss Art. 490 Abs. 2 ZGB vermutet (Bessenich, a.a.O., N 3 zu Art. 490 ZGB und N 9 zu Art. 491 ZGB; Schürmann, a.a.O., N 25 zu Art. 491 ZGB). Davon ausgenommen ist wie vorerwähnt (Ziff. II.3.2) die Vormerkung der Nacherbschaft im Grundbuch in Bezug auf die sich im Nachlass der Erblasserin befindlichen Grundstücke.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach einer summarischen Prüfung davon auszugehen ist, dass eine Nacherbeneinsetzung (Art. 488 ZGB) auf den Überrest – ausgenommen die sich im Nachlass befindlichen Grundstücke – vorliegt und der Berufungsklägerin bzw. ihren Söhnen die Stellung eines bzw. mehrerer Nacherben zukommt. Die Berufung ist daher gutzuheissen und die angefochtene Verfügung entsprechend anzupassen. Es wird ein Erbschaftsinventar aufzunehmen sein. Der Vorerbe C._____ ist von der Sicherstellungspflicht befreit, was jedoch nicht für die sich im Nachlass befindlichen Grundstücke gilt. Hier liegt eine Auslieferungspflicht in natura vor, zu deren Sicherstellung die Auslieferungspflicht im Grundbuch vorzumerken ist. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass für die Auslegung der letztwilligen Verfügungen wie vorerwähnt der letzte Wille der Erblasserin massgebend ist. Die vorliegend provisorische Auslegung deckt sich indes im Ergebnis mit dem von der Berufungsklägerin und dem Vorerben in seiner unaufgeforderten Eingabe Vorgebrachten.

7. Abschliessend ist zu erwähnen, dass den Nacherben kein Anspruch auf eine Erbescheinigung zusteht, solange die Vorerbschaft besteht. Diese wird dem Vorerben ausgestellt, denn er wird nach Art. 491 Abs. 2 ZGB Eigentümer der Erbschaft. Der Nacherbe hat erst bei Eintritt des Nacherbschaftsfall es Anspruch auf eine Erbescheinigung (Karrer, a.a.O., N 9 und 21 zu Art. 559 ZGB). Da die vorinstanzliche Regelung der Berechtigung für den Erbscheinbezug im Prozess EL100359 im Ergebnis somit nicht geändert wird, beginnt mit Eröffnung dieses Urteils auch die Einsprachfrist nicht neu zu laufen.

III.

Bei diesem Ausgang fallen die Kosten des Berufungsverfahrens ausser Ansatz. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. So fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, wonach die Gerichtskasse allenfalls entschädigungspflichtig werden könnte, wenn die Kosten keiner Partei auferlegt werden können.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziff. 6 der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirkes Horgen vom 9. März 2011 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

" 6. Dem eingesetzten Erben (Ziff. II.a) wird auf schriftliches Verlangen die auf ihn lautende Erbbescheinigung ausgestellt, wobei er ausdrücklich als Vorerbe und die Schwester der Erblasserin (Ziff. I) und deren Söhne als Nacherben bezeichnet werden, sofern dagegen nicht binnen Monatsfrist seit Zustellung dieser Verfügung durch schriftliche Eingabe an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Horgen Einsprache im Sinne von Art. 559 Abs. 1 ZGB erhoben wird".
2. Die Kostenregelung in der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren (Erbschaftssachen) des Bezirkes Horgen vom 9. März 2011 (EL100359) wird bestätigt.
3. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen
 - a) zur Anordnung der Aufnahme des Nacherbschaftsinventars sowie zur Beauftragung des örtlich zuständigen Notariates mit dessen Aufnahme und Anweisung, eine Abschrift des Inventars der Vorinstanz zuzustellen;

- b) zur Verpflichtung des Vorerben, bei sich im Nachlass der Erblasserin befindlichen Grundstücken die Vormerkung der Auslieferungspflicht gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB zur Sicherstellung der Anwartschaft der Nacherben im Grundbuch vorzunehmen.
4. Die Entscheidegebühr fällt ausser Ansatz.
 5. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
 6. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsklägerin unter Beilage einer Kopie von act. 16, und an C._____, ...weg ..., X._____, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht (Erbschaftssachen) des Bezirkes Horgen, je gegen Empfangsschein.
 7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic

versandt am: