

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF160075-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichterin
Prof. Dr. I. Jent-Sørensen und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga so-
wie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Maurer

Urteil vom 11. Januar 2017

in Sachen

A._____,
Berufungsklägerin,

gegen

1. **B.**_____,
2. **C.**_____,
Berufungsbeklagte,

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von D._____, geboren am tt. Februar 1935, von Zürich, gestor-
ben am tt.mm.2016, wohnhaft gewesen ... [Strasse] ..., ... Zürich,

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksge-
richtes Zürich vom 27. Oktober 2016 (EL160818)

Rechtsbegehren:

"Das Testament des Erblassers sei zu eröffnen (act. 1 sinngemäss)."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, vom 27. Oktober 2016:

- "1. Den Beteiligten wird je eine Fotokopie des Testamentes zugestellt. Das Originaltestament bleibt im Gerichtsarchiv aufbewahrt.
 2. Die Ehefrau (Ziff. II/A) ist berechtigt, die Ausstellung des auf sie lautenden Erbscheins zu verlangen.
 3. Der Erbschein wird ausgestellt, sofern die Kinder (Ziff. II/B/1+2) dagegen nicht innert Monatsfrist, von der Zustellung dieses Urteils an gerechnet, durch Eingabe an das Einzelgericht Einsprache erheben.
 4. Das Geschäft wird als erledigt abgeschrieben. Die Regelung des Nachlasses ist Sache der Ehefrau."
- (5.-8. Kosten, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 16):

Ich bin mit dem Urteil nicht einverstanden. Ich bin nicht bereit, auf den mir gesetzlich zustehenden Pflichtteil zu verzichten.

Erwägungen:

1. a) Am tt.mm.2016 starb D._____, geboren am tt. Februar 1935, mit letztem Wohnsitz in Zürich. Er hinterliess als gesetzliche Erben seine Ehefrau B._____ sowie seine Tochter A._____, die Berufungsklägerin, und seinen Sohn C._____.
- b) Mit Urteil vom 27. Oktober 2016 eröffnete das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, eine handschriftliche letztwillige Verfügung des Erblassers vom 17. März 2015. Im wesentlichen ist dort Folgendes verfügt:

"Zwischen mir und meiner Ehefrau (...) besteht ein Ehevertrag vom 29. Juni 1988. Es ist mein letzter Wille, dass meine Ehefrau bis am Lebensende in der ehelichen Liegenschaft (...) wohnen kann. Im Bewusstsein, dass die ehevertragliche Zuwendung des ganzen Gesamtgutes an meine Ehefrau die Pflichtteile unserer Kinder verletzt, wende ich meiner Ehefrau für den Fall der Geltungsmachung der

Pflichtteile durch ein Kind die Nutzniessung im Sinne von Art. 473 ZGB am gesamten Vermögen zu."

Die Vorinstanz erwog, dass sie als Eröffnungsbehörde einzig festzustellen habe, was der Erblasser inhaltlich im Testament verfügt habe, ungeachtet der Frage, ob die Vorschriften betreffend den Pflichtteil (Art. 470 ff. ZGB) eingehalten worden seien. Sie kam zum Schluss, dass der Erblasser mit der ehevertraglichen Zuwendung des ganzen Gesamtgutes seine Ehefrau sinngemäss als Alleinerbin eingesetzt habe. Die Ehefrau gelange somit zur alleinigen Erbfolge. Entsprechend erkannte die Vorinstanz, die Ehefrau sei berechtigt, die Ausstellung des auf sie lautenden Erbscheins zu verlangen (act. 15 Dispositivziffer 2), sofern die Kinder nicht innert Monatsfrist, von der Zustellung dieses Urteils an gerechnet, dagegen Einsprache erheben würden (Dispositivziffer 3).

c) Die Berufungsklägerin erhebt gegen das vorinstanzliche Urteil vom 27. Oktober 2016 mit Eingabe vom 4. November 2016 (Poststempel) rechtzeitig Berufung (act. 13 i.V.m. act. 16) und beantragt sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Urteils. Sie erklärt, sie sei nicht bereit, auf den ihr gesetzlich zustehenden Pflichtteil zu verzichten (act. 16).

Die Berufungsklägerin reicht zudem die Kopie ihrer Eingabe an die Vorinstanz ein (act. 17). Darin bittet sie die Vorinstanz, den Erbschein noch nicht auszustellen.

d) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1-13). Eine Berufungsantwort wurde nicht eingeholt (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Testamentseröffnung und die Ausstellung von Erbescheinigungen gehören zu den Sicherungsmassregeln des Erbganges (Titel vor Art. 551 ZGB). Sie sind Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche der Kanton Zürich dem Einzelgericht im summarischen Verfahren zugewiesen hat (Art. 556 i.V.m. Art. 551 Abs. 1 und Art. 54 Abs. 3 SchlT ZGB; § 24 lit. c und § 137 lit. c GOG i.V.m. Art. 248 lit. e ZPO). Das Verfahren richtet sich, soweit nicht die ZPO anwendbar ist, nach kantonalem Recht (Art. 54 Abs. 3 SchlT ZGB). Gegen erstinstanzliche Entscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung zulässig, sofern der Streit-

wert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO).

Gemäss den Steuerdaten des Erblassers (act. 2 S. 2) ist von einem Jahreseinkommen von Fr. 82'400.-- sowie einem Vermögen von Fr. 133'000.-- auszugehen. Da der Interessegewert demnach Fr. 10'000.-- übersteigt, ist die Berufung vorliegend zulässig.

3. Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Sie muss konkrete Rechtsbegehren, d.h. Berufungsanträge bzw. Abänderungsbegehren hinsichtlich des erstinstanzlichen Entscheids, und die Begründung dieser Rechtsbegehren enthalten. Mit den Berufungsanträgen soll (präzise) zum Ausdruck gebracht werden, wie genau die Berufungsinstanz entscheiden soll bzw. welche Punkte des erstinstanzlichen Entscheids (bzw. dessen Dispositivs) angefochten werden und inwiefern der erstinstanzliche Entscheid abzuändern ist. Werden diese Anforderungen nicht eingehalten, so fehlt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung der Berufung (nämlich: genügende Berufungsanträge) und auf die Berufung ist ohne weiteres, d.h. ohne Nachfrist zur Behebung des Mangels anzusetzen, nicht einzutreten (ZK ZPO-Reetz-Theiler, Art. 311 N 33, 34, 35). Allerdings wird von Laien zur Erfüllung des Erfordernisses, einen Antrag zu stellen und zu begründen, sehr wenig verlangt. Als Antrag genügt eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Obergericht entscheiden soll. Als Begründung reicht es aus, wenn auch nur ganz rudimentär zum Ausdruck kommt, weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Berufungsklägerin unrichtig sein soll.

Vorliegend lässt sich der Antrag der Begründung entnehmen. Die Berufungsklägerin äussert sich nicht zur Zustellung einer Fotokopie des Testaments an die Beteiligten. Sie ficht demnach Dispositivziffer 1 nicht an (act. 15 S. 3). Sie verlangt, dass sie ihren gesetzlichen Pflichtteil erhalte, womit sie sinngemäss die Aufhebung der Dispositivziffern 2 und 3 verlangt, welche der Ehefrau auf deren Verlangen einen auf sie lautenden Erbschein in Aussicht stellen, sofern die Nachkommen nicht innert Monatsfrist bei der Vorinstanz Einsprache erheben (act. 15 S. 3). Sinngemäss ist die Eingabe der Berufungsklägerin als Antrag zu verstehen, dass

statt des ihrer Mutter in Aussicht gestellten Erbscheins auch ihr gesetzlicher Pflichtteilsanspruch am Erbe ihres Vaters festgestellt und auch ihr ein Erbschein in Aussicht gestellt werde.

4. a) Als Berufungsgründe können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Mit der Berufung kann demnach einzig eine fehlerhafte Rechtsanwendung der Vorinstanz oder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung korrigiert werden.

b) Die Vorinstanz kam zum Schluss, der Erblasser habe seine Ehefrau sinngemäss als Alleinerbin eingesetzt, indem er auf den Ehevertrag mit der Zuwendung des Gesamtgutes an die Ehefrau verwiesen habe. Entsprechend stellte sie der Ehefrau in den Dispositivziffern 2 und 3 die Ausstellung eines auf sie lautenden Erbscheins in Aussicht. Die Berufungsklägerin ficht dies an mit der Begründung, ihr stehe das gesetzliche Pflichtteilsrecht zu und sie verzichte nicht darauf. Um mit ihrer Berufung Erfolg haben zu können, müsste sie dartun, dass die Vorinstanz das Recht unrichtig angewandt oder den Sachverhalt unrichtig festgestellt habe. Dies gelingt ihr jedoch aus folgenden Gründen nicht:

c) Als Behörde im Sinne von Art. 551 Abs. 1 ZGB hat das Einzelgericht Erbschaftssachen die zur Sicherung des Erbganges notwendigen Massregeln zu treffen, wozu insbesondere auch die Eröffnung der letztwilligen Verfügungen gehört (Art. 551 Abs. 2 ZGB). Zweck der Eröffnung ist die Bekanntgabe des Verfügungsinhaltes und die Einräumung einer Kontrollmöglichkeit an die Beteiligten (BSK ZGB-Karrer, Art. 557 N 2). Bei der Testamentseröffnung hat das Einzelgericht vom Inhalt des Testaments Kenntnis zu nehmen und eine vorläufige, unpräjudizielle Prüfung ohne materiell-rechtliche Wirkung vorzunehmen, wer prima facie als Berechtigter daraus hervorgehe (BSK ZGB-Karrer, Art. 557 N 11).

d) Das Testament verweist zunächst auf den Ehevertrag vom 29. Juni 1988 sowie darauf, dass der Ehevertrag der überlebenden Ehegattin das ganze Gesamtgut zuweise. In den vorinstanzlichen Akten befindet sich eine Kopie dieses Ehevertrags (act. 12). Die Eltern der Berufungsklägerin begründeten damit den Güterstand der Gütergemeinschaft im Sinne von Art. 221 ff. ZGB, insbesondere Art.

222 ZGB (act. 12 S. 2). Ferner vereinbarten der Erblasser sowie seine Ehefrau, dass bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten das ganze Gesamtgut dem überlebenden Ehegatten zu Alleineigentum zustehe (act. 12 S. 8). Mit Recht ging demnach die Vorinstanz davon aus, dass das Testament - "prima facie", d.h. aufgrund des ersten Eindrucks - die überlebende Ehegattin als Alleinerbin einsetze. Nicht behandelt wird dabei die Bestimmung über das Abgelten der "Pflichtteilsansprüche von Nachkommen in bar" (a.a.O.). Auszugehen ist davon, dass bei der Gütergemeinschaft das Gesamtgut beim Tod des einen Gatten hälftig aufgeteilt wird (Art. 241 Abs. 1 ZGB). Davon kann vertraglich abgewichen werden, aber nur unter Vorbehalt der Pflichtteilsrechte der Nachkommen (Art. 241 Abs. 3 ZGB). Das Pflichtteilsrecht bedeutet das Recht auf Erbenstellung, also auf Mitbesitz der unverteilteten Erbschaft und auf Mitwirkung bei der Teilung, und darum kann es nicht durch die Zuweisung eines blossen Vermächtnisses ersetzt werden, mag dieses auch dem Wert nach dem Pflichtteil entsprechen. Immerhin darf der Erblasser Teilungsvorschriften erlassen (Art. 608 ZGB), und es ist also zulässig, einem Erben nur den Pflichtteil zuzuwenden und zudem zu bestimmen, dass der Wert des Pflichtteils dem Erben bei der Teilung in bar zugewiesen werden solle. Was der Erblasser hier wollte, resp. was der die Eheleute beratende und den Erbvertrag beurkundende Notar meinte, ist nicht leicht zu verstehen. Bei der summarischen Prüfung, wie sie im Verfahren der Testamentseröffnung zu erfolgen hat, liegt es am nächsten, dem Wortlaut zu folgen, wonach der überlebende Ehegatte (hier: die Ehefrau) das ganze Gesamtgut zu Eigentum erhalten, mitunter für den Anteil des Versterbenden Alleinerbe sein soll. Daraus folgt, dass die Bestimmung über das Abgelten der Pflichtteile allenfalls im Sinne eines Vermächtnisses verstanden werden kann - wobei offen bleibt, ob dieses nur greift, wenn ein Kind seinen Pflichtteil einfordert (es heisst ja nur: "*kann* ... abgelten" [Hervorhebung beigefügt]). Die Einzelrichterin hat aber jedenfalls richtig gesehen, dass die Berufungsklägerin aufgrund dieser Bestimmungen nicht Erbin werden sollte.

Damit ist die letztwillige Verfügung (das "Testament") zu diskutieren. Wenn es auf dieses ankommt, sind die Kinder ebenfalls zunächst vom Erbe ausgeschlossen und geht der Vater offenbar davon aus, sie erben dereinst beim Tod der Mutter.

Das verletzt ihren Pflichtteil. Die Einzelrichterin hat richtig gesehen, dass das nicht im Stadium der Eröffnung des Testamentes relevant ist, sondern allenfalls später: die Kinder brauchten die Verletzung ihrer Pflichtteile nicht hinzunehmen und könnten (jedes einzeln oder beide) auf Herabsetzung klagen und damit erreichen, dass sie ihren Pflichtteil erhalten. Nun bestimmte der Erblasser aber zusätzlich, für den Fall, dass eines der Kinder seinen Pflichtteil einfordere, solle seine Frau die Nutzniessung am ganzen Vermögen haben. Das ist nach Art. 473 ZGB zulässig: der betreffende Nachkomme wird Eigentümer des ganzen auf ihn entfallenden Erbanteils, kann darüber aber zu Lebzeiten des überlebenden Elternteils nicht verfügen. So weit es auf dieses Testament ankommt, hat die Einzelrichterin ebenfalls zutreffend erkannt, dass in einem ersten Schritt wiederum die überlebende Ehefrau alleinige Erbin ist. Anders, als wenn die zweite Variante beispielsweise an eine äussere Bedingung geknüpft wäre (etwa: dass eines der Kinder seinerseits schon Kinder habe), konnte und musste die Einzelrichterin nicht abklären, ob die Voraussetzung für die Nutzniessung eingetreten sei: die Kinder können den Pflichtteil im Sinne des Testamentes erst einfordern, wenn dieses eröffnet ist - und das hat die Einzelrichterin getan. Ihr Urteil ist daher richtig, und die Berufung ist abzuweisen.

e) Eine andere Frage ist, wie die Berufungsklägerin nun zu dem ihr zustehenden Pflichtteil kommt. Das kann hier nicht abschliessend beurteilt werden. Käme es nur auf das Testament an, dürfte der Hinweis der Einzelrichterin auf die Herabsetzungsklage nicht richtig sein. Das Testament sieht wie erwähnt vor, dass die (einseitige) Erklärung eines Kindes, es bestehe auf seinem Pflichtteil, die Einsetzung der Ehefrau als Alleinerbin aufhebt und die Variante der Nutzniessung auslöst. In diesem Sinn braucht es gar keine Anfechtung des Testamentes, und eine Klage auf Herabsetzung wäre aussichtslos, weil das Zurückbinden eines Kindes auf das "nackte Eigentum", wie es bei der Nutzniessung genannt wird, nicht anfechtbar ist. Es wäre allenfalls eine Klage auf Feststellung denkbar, dass ein Kind die erforderliche Erklärung abgegeben habe.

Dazu ist freilich noch das Verhältnis des Testamentes zum Ehevertrag zu erörtern. Diesen konnte der Erblasser nicht durch eine einseitige letztwillige Verfü-

gung abändern, und ob Eigengut vorhanden ist (welches dem Ehevertrag nicht unterworfen wäre), lässt sich den Akten nicht entnehmen. Der Vertrag weist der überlebenden Ehefrau beide Hälften des Gesamtgutes ungekürzt und zu alleinigem Eigentum zu. Der Vorbehalt des Pflichtteils in Art. 241 Abs. 3 ZGB kann dazu führen, dass dem Überlebenden ein Viertel einer Hälfte entzogen wird, nicht aber, dass er für eine ganze Hälfte gar kein Eigentum erwirbt (wenn er auch die Nutzungsung erhält - das dürfte im vorliegenden Fall, wo Wohneigentum im Spiel ist, einen substantziellen Wert haben, könnte aber in der heutigen Null-Zins-Zeit für Wertschriften und Guthaben uninteressant sein). Es ist also möglich, dass nicht die Berufungsklägerin, sondern ihre Mutter Interesse daran hat, die Bestimmungen des von der Einzelrichterin eröffneten Testamentes anzufechten. Das muss und kann hier nicht abschliessend erörtert werden. Angesichts der nicht allzu grossen Unterschiede bei den einzelnen möglichen Lösungen wäre es jedenfalls wünschbar, wenn sich die Beteiligten beraten liessen und eine Einigung anstreben.

5. Die Entscheidegebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 400.-- festzusetzen (Art. 105 Abs. 1 ZPO; § 8 Abs. 3 GebV OG).

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind der Berufungsklägerin als der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. a ZPO). Parteienschädigungen sind nicht zuzusprechen, da keine Berufungsantworten zu erstatten waren (Art. 105 Abs. 2 ZPO).

6. Für den Weiterzug an das Bundesgericht spielt der Streitwert eine Rolle (Art. 74 Abs. 1 BGG). Die Berufung verlangt Herstellung des Pflichtteils eines von zwei Kindern. Angenommen, das ganze eheliche Vermögen (gemäss den Akten rund Fr. 133'000.--) sei Gesamtgut, wäre die Hälfte als gesetzlicher Anteil des Erblassers Fr. 66'500.--, der Erbanteil der Berufungsklägerin ein Viertel oder Fr. 16'625.-- und drei Viertel davon (der Pflichtteil) rund Fr. 12'500.--. Die ordentliche Beschwerde in Zivilsachen dürfte damit nicht möglich sein - das hat allerdings im gegebenen Fall das Bundesgericht zu entscheiden.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, vom 27. Oktober 2016 wird bestätigt.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 400.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagten unter Beilage einer Kopie von act. 16, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Interessewert liegt unter Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Maurer

versandt am: