

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF180003-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-  
richtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

## Urteil vom 9. März 2018

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Berufungsklägerin,  
vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,  
Berufungsbeklagte,

betreffend **Testamentseröffnung**

im Nachlass von C.\_\_\_\_\_, geboren am tt. Juni 1951, Staatsangehöriger von  
Grossbritannien, gestorben am tt.mm.2017, wohnhaft gewesen in D.\_\_\_\_\_,

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des  
Bezirksgerichtes Bülach vom 21. Dezember 2017 (EL170296)

**Urteil des Einzelgerichtes in Erbschaftssachen des  
Bezirksgerichtes Bülach vom 21. Dezember 2017:**

(act. 8 = act. 13 = act. 15)

1. Den Beteiligten wird je eine Fotokopie der letztwilligen Verfügung mit der Übersetzung zugestellt Das Original der letztwilligen Verfügung wird im Gerichtsarchiv aufbewahrt.
2. Der gesetzlichen und zugleich eingesetzten Erbin 2 wird auf schriftliches Verlangen ein Erbschein ausgestellt, sofern ihre Berechtigung nicht innert eines Monats ab Zustellung dieses Urteils von einem gesetzlichen Erben oder einem aus einer früheren Verfügung Bedachten durch schriftliche Eingabe an das Einzelgericht ausdrücklich bestritten wird.
3. Die Durchführung des Erbganges ist Sache der Erbin 2.
4. Der von der Erbin 1 am 18. Oktober 2017 beantragte Erbeschein wird ihr nicht ausgestellt (EM170599-C)
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	1'100.-;	die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	150.-	Dolm. Kosten
<hr style="width: 100%;"/>		
Fr.	1'250.-	
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten werden auf Rechnung des Nachlasses von der Erbin 2 bezogen.
7. Schriftliche Mitteilung an
  - die gesetzlichen Erbinnen 1 und 2
  - das Steueramt D. \_\_\_\_\_
  - das kantonale Steueramt, Inventarkontrolle
8. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich, im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim

Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

**Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).**

9. Eine Anfechtung der letztwilligen Verfügung hat nicht durch Berufung gegen diesen Entscheid, sondern innert gesetzlicher Frist durch Einleitung einer Klage beim Friedensrichteramt am letzten Wohnsitz des Erblassers zu geschehen.

**Berufungsanträge der Berufungsklägerin:**

(act. 14 S. 2)

" Materieller Antrag

1. Es sei Dispositiv Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 21. Dezember 2017 aufzuheben, und es sei der Berufungsklägerin als Nutzniesserin ein Erbschein auszustellen.

Prozessualer Antrag

2. Die Verfahrenskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen, und es sei der Berufungsklägerin eine angemessene Entschädigung zuzusprechen."

**Erwägungen:**

1. Am tt.mm.2017 verstarb C.\_\_\_\_\_. Die Vorinstanz ermittelte aufgrund urkundlicher Feststellung und eidesstattlicher Erklärung die Ehefrau des Verstorbenen, A.\_\_\_\_\_, und die Tochter, B.\_\_\_\_\_, als gesetzliche Erbinnen. Am 18. Oktober 2017 reichte A.\_\_\_\_\_ eine eigenhändige letztwillige Verfügung des Erblassers vom 17. Februar 2016 zur amtlichen Eröffnung ein mit der Bitte um Erteilung eines Erbscheins (act. 1/2; act. 1/4; act. 13 S. 2). Die vorläufige Auslegung der letztwilligen Verfügung durch die Vorinstanz ergab die Einsetzung der Tochter des Erblassers als alleinige Erbin aller seiner Güter und Besitztümer. Den Nachlass werde die Tochter aber erst nach dem Tod der Ehefrau des Erblassers erhalten, welche als Nutzniesserin seines gesamten Nachlasses eingesetzt sei (act. 13

S. 2 f.). Mit Urteil vom 21. Dezember 2017 traf die Vorinstanz ihre eingangs erwähnten Anordnungen (act. 13 S. 3 f.). Diesen Entscheid focht die Ehefrau des Erblassers (Erbin 1, nachfolgend: Berufungsklägerin) innert Frist mit Berufung an (act. 14 i.V.m. act. 13 u. 10). Mit Verfügung vom 12. Januar 2018 wurde der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Sodann wurde der Tochter B.\_\_\_\_\_ (Erbin 2, nachfolgend: Berufungsbeklagte) Frist zur Bezeichnung eines Zustellungsdomizils in der Schweiz und zur Stellungnahme angesetzt (act. 17). Der Kostenvorschuss wurde von der Berufungsklägerin geleistet (act. 21). Die Berufungsbeklagte reichte ihre Stellungnahme ein, in welcher sie unter anderem erklärte, ihre Mutter, die Berufungsklägerin, als Zustelladresse zu bezeichnen (act. 22).

2.1. In ihrer Rechtsschrift führte die Berufungsklägerin aus, mit der vorläufigen Auslegung der letztwilligen Verfügung durch die Vorinstanz, namentlich vom Erblasser als Nutzniesserin eingesetzt worden zu sein, einverstanden zu sein. In der Folge habe die Vorinstanz aber festgehalten, der Berufungsklägerin werde kein Erbschein ausgestellt, ohne dies weiter zu begründen. Indessen habe aber neben den gesetzlichen und eingesetzten Erben auch der nutznießungsberechtigte Ehegatte Anspruch auf die Ausstellung eines Erbscheins, da dieser sich als Nutzniesser gegenüber Dritten legitimieren können müsse. Da keine entgegenstehenden Umstände, beispielsweise ein Erbverzicht, eine Enterbung oder eine Ausschlagung, ersichtlich seien, sei der Berufungsklägerin ein Erbschein auszustellen (act. 14 S. 4 f.).

2.2. Die Tochter der Berufungsklägerin teilte dem Gericht mit, ebenfalls mit der Auslegung der letztwilligen Verfügung durch die Vorinstanz einverstanden zu sein. Dass sich ihre Mutter als Nutzniesserin mit dem Erbschein legitimieren können müsse, sei für sie nicht nachvollziehbar, weshalb dieser kein Erbschein ausgestellt werde. Sie vertrete daher vollumfänglich denselben Standpunkt wie die Berufungsklägerin (act. 22).

3.1. Beim Verstorbenen C.\_\_\_\_\_ handelte es sich um einen Britischen Staatsbürger, weshalb ein Auslandsbezug gegeben ist. Gestützt auf Art. 86 Abs. 1 IPRG ist für das Nachlassverfahren und erbrechtliche Streitigkeiten das Gericht oder die

Behörde am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig. Bei der Eröffnung des Testaments handelt es sich um einen Akt der freiwilligen resp. der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, welche im Kanton Zürich durch das Einzelgericht im summarischen Verfahren behandelt wird (vgl. Art. 248 lit. e ZPO i.V.m. § 24 lit. c u. § 137 lit. c GOG). Der Verstorbene hatte seinen letzten Wohnsitz in D.\_\_\_\_\_ (act. 1/1; 4/3), weshalb das Bezirksgericht Bülach örtlich zuständig ist. Sodann ist das Einzelgericht in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Bülach sachlich zuständig.

3.2. Gemäss Art. 90 IPRG untersteht der Nachlass einer Person mit letztem Wohnsitz in der Schweiz dem Schweizerischen Recht; die Durchführung der einzelnen Massnahmen richtet sich nach dem Recht am Ort der zuständigen Behörde (Art. 90 u. 92 Abs. 2 IPRG). Der Erblasser hatte wie gezeigt seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz, entsprechend ist Schweizerisches Recht anwendbar. Die für den Erbgang erforderlichen Massnahmen, namentlich die Testamentseröffnung und die Ausstellung der Erbscheine, haben nach Schweizerischem Recht zu erfolgen, da das Bezirksgericht Bülach die dafür zuständige Behörde ist.

3.3. Gegen Erledigungsentscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung nach Art. 308 ff. ZPO zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 314 ZPO). Vorausgesetzt ist in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ein Streitwert von Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Dieser ist bei einem Verfahrensstreitwert von Fr. 813'000.– (vgl. auch Verfügung vom 21. Januar 2018, act. 17 E. 3) ohne weiteres gegeben.

4.1.1. Aus Art. 29 Abs. 2 BV resp. Art. 53 ZPO ergibt sich der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör. Daraus ergibt sich u.a. auch der Anspruch darauf, dass das Gericht seine Entscheide, namentlich den wesentlichen Inhalt der Überlegungen, welche zum Urteil geführt haben, begründet (sog. "Begründungspflicht"; GEHRI, in: BSK ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, N15 u. N25 zu Art. 53; BGE 117 Ia 1 E. 3a).

4.1.2. Die Vorinstanz hat es unterlassen, die Parteien vorzuladen und ihnen so Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Auch schriftlich war es den Parteien nie möglich, sich zur Frage der Legitimation zum Erhalt eines Erbscheins zu äus-

sern. Das im vorinstanzlichen Verfahren ergangene Urteil äussert sich zur Frage der Ausstellung eines Erbscheins an die Berufungsklägerin sodann nur dahingehend, es handle sich bei ihr sinngemäss um eine Nutzniesserin und ihr werde unter diesen Umständen der verlangte Erbschein nicht ausgestellt (act. 8 S. 3). Die Vorinstanz lässt offen, aufgrund welcher Überlegungen ihrer Meinung nach die Berufungsklägerin als Nutzniesserin der Erbschaft keinen Erbschein erhalten sollte. Damit hat sie ihre Begründungspflicht verletzt, was eine Aufhebung des Entscheids und eine Rückweisung an die Vorinstanz rechtfertigen würde.

4.1.3. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtsfrage frei – und damit mit derselben Kognition wie die Vorinstanz – prüfen kann (vgl. BGE 137 I E. 2.6; BGer Urteil 1C\_730/2013 vom 4. Juni 2014, E. 6.1.). In diesem Berufungsverfahren hatten beide Parteien Gelegenheit, sich zur Frage der Ausstellung eines Erbscheins an die Berufungsklägerin zu äussern und wurden damit umfassend gehört. Sodann verfügt die Kammer über umfassende Kognition für unrichtige Rechtsanwendung und Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 ZPO), und damit über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass eine Rückweisung an die Vorinstanz ein formalistischer Leerlauf und damit eine unnötige Verzögerung darstellen würde und nicht im Interesse der Parteien liegt (vgl. BGE 137 I E. 2.6). Aus prozessökonomischen Gründen ist es deshalb angebracht, den Anspruch der Berufungsklägerin auf Ausstellung eines Erbscheins an dieser Stelle zu prüfen.

4.2.1. Im Rahmen der Testamentseröffnung hat das Einzelgericht eine vorläufige Auslegung des Testaments bzw. des Erbvertrages vorzunehmen. Dies insbesondere auch im Hinblick auf die Ausstellung eines Erbscheins, welcher als Bestätigung ausgestellt wird, der alleinige Erbe oder die alleinigen Erben eines bestimmten Erblassers zu sein und somit das Recht zu haben, den Nachlass in Besitz zu nehmen und darüber zu verfügen. Die Bescheinigung steht unter dem Vorbehalt der Ungültigkeits- und Erbschaftsklage (Art. 559 Abs. 1 ZGB).

4.2.2. Die letztwillige Verfügung des Erblassers enthält folgenden Passus (vgl. act. 3/3 = act. 16):

" (...)

Ich überlasse alle meine weltlichen Güter und Besitztümer meiner Tochter, B.\_\_\_\_\_ (geboren am tt.07.1981 in CH-...) – sie wird jedoch meinen Nachlass erst nach dem Tod meiner Frau, A.\_\_\_\_\_ (geborene ..., tt.09.1952 in D-...) erhalten.

Bis zu diesem Zeitpunkt wird meine Frau das Recht haben, meinen Nachlass zu verwenden, wie sie es für angemessen hält, und jedweden Ertrag, der daraus erwachsen sollte, zu erhalten. Des Weiteren darf sie über Vermögen verfügen oder dieses verändern so wie sie (A.\_\_\_\_\_) es für angemessen hält.

(...)"

Die Vorinstanz legte diesen Passus dahingehend aus, dass die Berufungsklägerin sinngemäss als Nutzniesserin über das ganze Vermögen des Erblassers eingesetzt werde (act. 13 S. 3). Dies wird von den Parteien nicht beanstandet und erscheint ohne weiteres zutreffend.

4.3. Wie oben erwähnt ist Zweck des Erbscheins, den als berechtigt erscheinenden Erben einen provisorischen Ausweis über ihre Stellung zu geben und ihnen die Inbesitznahme der Erbschaftsgegenstände und Verfügungsmöglichkeit darüber zu ermöglichen (vgl. Ziff. 4.2.1.). In der Literatur umstritten ist, ob der Nutzniesser gemäss Art. 473 ZGB ein rechtlich geschütztes Interesse und damit einen Anspruch an der Ausstellung eines Erbscheines hat. Der überwiegende Teil der Autoren spricht dem nutzniessungsberechtigten Ehegatten nach Art. 473 ZGB Anspruch auf die Erbbescheinigung zu, da es diesem möglich sein muss, sich gegenüber Dritten zur Inbesitznahme der fraglichen Erbschaft zu legitimieren (KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., N3 u. N8; EMMEL, in: ABT/WEIBEL, in: Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2015, N6 zu Art. 559; VÖLK, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N3 zu Art. 559). Eine Minderheit vertritt die Ansicht, dem nutzniessungsberechtigten Ehegatten stehe kein Anspruch auf einen Erbschein zu, da dieser – letztlich als Vermächtnisnehmer (vgl. NERTZ, in: Praxiskommentar Erbrecht, a.a.O., N4 zu Art. 473) – nicht der Erbengemeinschaft angehöre (so insbesondere ORTENBURGER, Die Erbbescheini-

gung nach Art. 559 ZGB in der kantonalen Praxis, Zürich 1972, S. 68 f., m.w.H. auf die damalige Lehre und Praxis). Dieser Meinung der Minderheit ist nicht zu folgen. So erscheint es nicht angemessen, den nach Art. 473 ZGB nutznießungsberechtigten Ehegatten einem "gewöhnlichen" Vermächtnisnehmer nach Art. 484 ff. ZGB gleichzustellen. Ziel der Bestimmung nach Art. 473 ZGB ist, das eheliche Vermögen der Ehepartner zu bewahren und dem überlebenden Ehegatten den angemessenen Lebensstandard im Alter zu sichern (BBI 2001 1123). Schon dieser Normzweck zeigt, dass es dem Gesetzgeber letztlich darum ging, es dem überlebenden Ehegatten wie zu Lebzeiten des Verstorbenen zu ermöglichen, weiterhin das gesamte gemeinsame eheliche Vermögen zu nutzen. Dadurch verliert der grundsätzlich pflichtteilsgeschützte Ehegatte zwar seine Erbenstellung (vgl. Art. 473 Abs. 2 ZGB) und ist dadurch nicht mehr Teil der Erbengemeinschaft; indessen ist er aber als alleine über das gesamte Nachlassvermögen Verfügender noch viel stärker als die gesetzlichen Erben darauf angewiesen, sich im Alltag mittels Erbschein über seine Berechtigung am Nachlassvermögen ausweisen zu können. Entsprechend ist der Anspruch der Berufungsklägerin auf Ausstellung eines Erbscheins zu bejahen. Allfällige gegen die Ausstellung eines Erbscheins sprechende Umstände wie beispielsweise ein Erbverzicht, eine Enterbung oder eine Ausschlagung (KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., N9 zu Art. 559) sind keine ersichtlich.

4.4. Demnach ist die Berufung gutzuheissen und Dispositiv Ziffer 4 des Urteils des Einzelgerichts in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Bülach vom 21. Dezember 2017 aufzuheben und dahingehend neu zu formulieren, das der Berufungsklägerin (im Vorverfahren: Erbin 1) ein Erbschein in Aussicht gestellt wird.

5.1. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Parteien ausgangsgemäss auferlegt (Art. 106 ZPO). Obsiegt die Berufungsklägerin, wären die Kosten der Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Die Berufungsbeklagte erklärte, es handle sich ihrer Ansicht nach nicht um ein strittiges Verfahren, da sie vollumfänglich denselben Standpunkt vertrete wie die Berufungsklägerin (act. 22 S. 2). Dieser Standpunkt ist nachvollziehbar, blieb den Parteien doch zur Anfechtung des vorinstanz-



lichen Entscheids keine andere Möglichkeit, als ein Rechtsmittelverfahren anzustreben, wodurch sich die nichtstreitige Erbschaftsangelegenheit formell in eine strittige vermögensrechtliche Angelegenheit wandelt (vgl. etwa OGer ZH LF170002 vom 13. Januar 2017, E. 6). Weil sich aber die Berufungsbeklagte mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifizierte, wird auf die Erhebung von Kosten für dieses Verfahren verzichtet.

5.2. Die Berufungsklägerin macht eine angemessene Entschädigung für ihre Umtriebe geltend. Mangels gesetzlicher Grundlage besteht indes keine Entschädigungspflicht des Staates (vgl. z.B. OGer ZH PC130059, E. 6; MOHS, in: GEHRI/JENT-SØRENSEN/SARBACH, OFK-ZPO, 2. Aufl., Zürich 2015, N8 zu Art. 107; RÜEGG/RÜEGG, in: BSK ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, N11 zu Art. 107).

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird gutgeheissen, und Dispositiv Ziffer 4 des Urteils des Einzelgerichts in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Bülach vom 21. Dezember 2017 wird aufgehoben.

Dispositiv Ziffer 4 wird wie folgt neu gefasst:

"4. Der Erbin 1 als Nutzniesserin wird auf schriftliches Verlangen ein auf sie lautender Erbschein ausgestellt, sofern ihre Berechtigung nicht innert dreissig Tagen ab Zustellung des obergerichtlichen Entscheids von einem gesetzlichen Erben oder einem aus einer früheren Verfügung Bedachten durch schriftliche Eingabe an das Einzelgericht ausdrücklich bestritten wird.

#### **Die Fristen in diesem Verfahren stehen nicht still."**

2. Für das Verfahren des Obergerichts werden keine Kosten erhoben. Der von der Berufungsklägerin geleistete Vorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.– wird ihr zurückerstattet.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage von act. 22, sowie an das Einzelgericht in Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Bülach und an die Obergerichtskasse, 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 Entscheid im Sinne von Art. 90 BGG, in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 813'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:  
12. März 2018