

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF200005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin MLaw R. Schneebeili

Beschluss und Urteil vom 27. Mai 2020

in Sachen

A._____ AG,

Willensvollstreckerin und Berufungsklägerin,

gegen

1. **B._____,**

2. **C._____,**

Gesuchstellerinnen und Berufungsbeklagte,

1, 2 vertreten durch die Mutter als gesetzliche Vertreterin, D._____, diese vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

betreffend

Testamentseröffnung / öffentliches Inventar (Anordnung)

im Nachlass von E._____, geboren tt. Februar 1939, von F._____ [Ort], gestorben tt.mm.2019, wohnhaft gewesen G._____-str. ..., H._____ [Ort],

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes H._____ vom 7. Januar 2020 (EN190055)

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei im Nachlass von E._____, geb. tt. Februar 1939 von Deutschland und F._____, gestorben am tt.mm.2019, wohnhaft gewesen an der G._____-strasse ..., H._____, das öffentliche Inventar anzuordnen."

Verfügung des Bezirksgerichtes:

(act. 11 = act. 17 = act. 19)

1. Über den Nachlass des Erblassers E._____ wird das öffentliche Inventar angeordnet und das Notariat H._____ mit dessen Aufnahme beauftragt.
2. Das Notariat H._____ wird ersucht, das Inventar in Abschrift dem Einzelgericht einzureichen.
3. Während der Dauer des Inventars sind Betreibungen für Schulden des Erblassers ausgeschlossen und Prozesse für oder gegen den Nachlass, ausgenommen dringliche Fälle, ruhen (Art. 586 ZGB). Die Erben haben gegebenenfalls das Betreibungsamt und das Gericht darauf hinzuweisen.
4. Die erfolgte Testamentseröffnung wird am Protokoll vorgemerkt und den an der Erbschaft Beteiligten durch Zustellung einer Ausfertigung dieses Urteils mit Fotokopie des Testaments vom Inhalt desselben Kenntnis gegeben. Das Original der letztwilligen Verfügung wird im Gerichtsarchiv aufbewahrt.
5. I._____ und J._____ wird auf schriftliches Verlangen ein Erbschein ausgestellt (von der Willensvollstreckerin bereits beantragt), 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 den Einzelrichter ausdrücklich bestritten wird. Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).
6. Es wird festgestellt, dass J._____ das Amt des Willensvollstreckers abgelehnt hat.
7. Es wird festgestellt, dass die A._____ AG das Amt der Willensvollstreckerin angenommen hat. Die Durchführung der Erbteilung ist Sache der Willensvollstreckerin.
8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'300.-; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 131.- Barauslagen (zivilstandsamtliche Unterlagen etc.; allfällige weitere Barauslagen vorbehalten)
9. Die Kosten werden auf Rechnung des Nachlasses von der Willensvollstreckerin bezogen.
10. Die Rechnungsstellung erfolgt separat.

11. [Schriftliche Mitteilung.]
12. [Rechtsmittelbelehrung, Berufung innert 10 Tagen.]
13. [Hinweis auf Art. 145 Abs. 2 ZPO.]
14. [Hinweis auf Vorgehen zur Anfechtung der letztwilligen Verfügung.]

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (act. 18 S. 2):

"Es seien Dispositiv Ziffern 1 bis 3 der Verfügung der Vorinstanz vom 7. Januar 2020 aufzuheben und es sei der Antrag der Berufungsgegnerinnen um Anordnung eines öffentlichen Inventars mangels Antragslegitimation vollumfänglich abzuweisen;

es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsgegnerinnen."

der Berufungsbeklagten (act. 28 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
- 2 In Ergänzung von Dispositiv-Ziff. 5 der Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts H._____ vom 7. Januar 2020 (EN190055) sei auch den Berufungsbeklagten auf schriftliches Verlangen hin ein Erbschein auszustellen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. MwSt. zu Lasten der Berufungsklägerin oder der Vorinstanz."

Prozessualer Antrag:

"Das vorliegende Verfahren (Geschäfts-Nr. LF200005-O/Z02) sei zu sistieren bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens betr. Anfechtung der öffentlichen letztwilligen Verfügung vom 8. Mai 2019."

Erwägungen:

**I.
(Sachverhalt und Prozessgeschichte)**

1. Am tt.mm.2019 verstarb der am tt. Februar 1939 geborene E._____ (nachfolgend: Erblasser) in H._____ (act. 6/4). Er hinterliess seine Ehefrau, I._____, seinen Sohn, J._____, sowie die beiden Töchter seines vorverstorbenen Sohnes K._____, B._____ und C._____, als gesetzliche Erben (vgl. act. 7; act. 8, act. 11).
2. Mit Eingabe vom 2. Dezember 2019 (Datum Poststempel) ersuchten die Enkelinnen des Erblassers, B._____ und C._____ (fortan Berufungsbeklagte), das Einzelgericht des Bezirksgerichtes H._____ um Anordnung des öffentlichen Inventars sowie um Ausstellung eines Erbscheines (act. 1).
3. Am 12. Dezember 2019 reichte die A._____ AG dem Bezirksgericht H._____ eine öffentliche letztwillige Verfügung des Erblassers vom 8. Mai 2019 zur amtlichen Eröffnung sowie weitere Unterlagen ein (act. 5, act. 6/1 und act. 6/3-5).
4. Mit Verfügung vom 7. Januar 2020 eröffnete das Einzelgericht des Bezirksgerichtes H._____ die öffentliche letztwillige Verfügung des Erblassers vom 8. Mai 2019 und erwog, danach gölten die Ehefrau des Erblassers, I._____, sowie der Sohn des Erblassers, J._____, als Erben; die Enkelinnen des Erblassers, B._____ und C._____, seien gemäss der öffentlichen letztwilligen Verfügung Vermächtnisnehmerinnen (vgl. act. 11 = act. 17 = act. 19, E. IV, nachfolgend zitiert als act. 17). Dementsprechend stellte das Einzelgericht des Bezirksgerichtes H._____ nur der Ehefrau und dem Sohn des Erblassers die Ausstellung eines Erbscheines auf deren schriftliches Verlangen hin in Aussicht (act. 17, Dispositivziffer 5). Weiter stellte das Einzelgericht des Bezirksgerichtes H._____ mit Verfügung vom 7. Januar 2020 fest, dass die A._____ AG das Amt der Willensvollstreckerin im Nachlass von E._____ angenommen habe (act. 17, Dispositivziffern 7) und ordnete die Erstellung eines öffentlichen Inventars im Nachlass des Erblassers E._____ durch das Notariat H._____ an (act. 17, Dispositivziffern 1-3).

5. Mit Eingabe vom 17. Januar 2020 (Datum Poststempel; act. 18) erhob die A._____ AG als Willensvollstreckerin (fortan: Berufungsklägerin) im Nachlass von E._____ rechtzeitig Berufung gegen die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes H._____ (fortan: Vorinstanz) vom 7. Januar 2020 (zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 14/4 und act. 21) und stellte die eingangs zitierten Rechtsbegehren (act. 18 S. 2).

6. Der Antrag der Berufungsklägerin auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Verfügung vom 27. Januar 2020 abgewiesen, da der Berufung im Umfang der Berufungsanträge bereits von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. Art. 315 Abs. 1 und Abs. 4 ZPO; act. 23, Dispositivziffer 1). Weiter wurde der Berufungsklägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für die mutmasslich anfallenden Gerichtskosten in Höhe von Fr. 1'600.– angesetzt und die weitere Prozessleitung an Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann delegiert (act. 23, Dispositivziffern 2–3). Der Kostenvorschuss ging am 6. Februar 2020 bei der Gerichtskasse ein (act. 25).

7. Mit Verfügung vom 7. Februar 2020 wurde den Berufungsbeklagten Frist zur Einreichung einer Berufungsantwort angesetzt (act. 26). Die Berufungsantwort erstatteten die Berufungsbeklagten fristgemäss mit Eingabe vom 24. Februar 2020, womit die nunmehr durch Rechtsanwalt MLaw X._____ vertretenen Berufungsbeklagten zugleich Anschlussberufung erhoben und die eingangs zitierten Anträge stellten (act. 28).

8. Der gesetzlich vorgesehene Schriftenwechsel ist abgeschlossen (Art. 312 ZPO). Auf das Einholen einer Antwort der Berufungsklägerin zur Anschlussberufung der Berufungsbeklagten vom 24. Februar 2020 (act. 28) kann verzichtet werden, da sich diese – wie sogleich aufzuzeigen ist – sofort als unzulässig erweist (Art. 312 Abs 1 ZPO und nachstehende E. II./1.8). Der Berufungsklägerin ist das Doppel der Eingabe der Berufungsbeklagten vom 24. Februar 2020 (Berufungsantwort und Anschlussberufungsbegründung, act. 28) mit dem vorliegenden Entscheid nur noch zur Kenntnisnahme zuzustellen. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1–15). Somit erweist sich das Verfahren als spruchreif.

II. (Zur Berufung und Anschlussberufung im Einzelnen)

1. Prozessuales

1.1 Angefochten ist hier die Anordnung der Aufnahme eines öffentlichen Inventars gemäss Art. 580 ZGB durch die Vorinstanz auf Begehren der Berufungsbeklagten. Die Testamentseröffnung an sich, d.h. die von der Vorinstanz vorgenommene vorläufige Auslegung der öffentlichen letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 8. Mai 2019 blieb unangefochten.

1.2 Bei der Berufungsklägerin handelt es sich um die Willensvollstreckerin im Nachlass des Erblassers. Die Willensvollstreckerin ist zwar hinsichtlich der Erstellung eines öffentlichen Inventars gemäss Art. 580 ZGB nicht antragsberechtigt (vgl. BK-KÜNZLE, Bd. 3: Das Erbrecht, 1. Abteilung, Die Erben, 2. Teilband: Die Verfügungen von Todes wegen, 2. Teil: Die Willensvollstrecker [Art. 517–518 ZGB], Bern 2011, Art. 517–518 ZGB N 106; ebenso PraxKomm Erbrecht-NONN, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 580 ZGB N 3a, m.w.H.), aber dennoch zum Ergreifen eines Rechtsmittels gegen die Anordnung eines öffentlichen Inventars gemäss Art. 580 ZGB legitimiert, weil sie durch dessen Anordnung in ihrem Wirkungskreis eingeschränkt wird (vgl. Art. 585 ZGB; die [Beschwerde-] Legitimation der Willensvollstreckerin implizit bejahend zuletzt auch BGer 5A_610/2013 vom 1. November 2013). Die Voraussetzung der Beschwer ist somit gegeben.

1.3 Das Verfahren über die Anordnung eines öffentlichen Inventars ist grundsätzlich eine Angelegenheit der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit (KUKO ZPO-HAAS/STRUB, 2. Aufl., Art. 28 ZPO N 11 f.), weshalb das summarischen Verfahren anwendbar ist (Art. 248 lit. e ZPO). Das Verfahren wandelt sich zwar vor zweiter Instanz zu einem strittigen Verfahren, sofern die Anordnung des Inventars – wie hier – angefochten wird, was jedoch an der Anwendbarkeit des summarischen Verfahrens nichts zu ändern vermag.

1.4 Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen Endentscheid i.S.v. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO bzw. Art. 90 BGG, da das erstinstanzliche Verfah-

ren damit materiell zu einem Ende gebracht wird (OGer ZH, LF180091 vom 7. Mai 2019, E. II.2, m.w.H.). 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). Die Anschlussberufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid ist unzulässig (Art. 314 Abs. 2 ZPO).

1.5 In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO); diese Voraussetzung ist hier ohne Weiteres erfüllt (vgl. hierzu unten, E. III./2.2).

1.6 Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung wie auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts beanstandet werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen oder Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs.1 ZPO).

1.7 Die Berufung ist gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO zu begründen und muss hinreichende Rechtsmittelanträge enthalten. Auch diesen beiden Anforderungen kommt die Berufung nach, weshalb darauf einzutreten ist.

1.8 Nicht einzutreten ist demgegenüber auf die mit Eingabe vom 24. Februar 2020 erhobene Anschlussberufung der Berufungsbeklagten, mit welcher diese die Ergänzung von Dispositivziffer 5 des vorinstanzlichen Entscheides in dem Sinne verlangen, dass durch die Vorinstanz auch den Berufungsbeklagten auf schriftliches Verlangen hin ein Erbschein auszustellen sei (vgl. act. 28, Berufungsantrag Nr. 2). Wie bereits vorstehend ausgeführt, ist die Anschlussberufung gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid von Gesetzes wegen unzulässig (Art. 314 Abs. 2 ZPO, vgl. dazu auch vorstehende E. II./), weshalb auf die Anschlussberufung und somit auf den Berufungsantrag Nr. 2 der Berufungsbeklagten nicht einzutreten ist.

1.9 In prozessualer Hinsicht beantragen die Berufungsbeklagten die Sistierung des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens betreffend Anfechtung der öffentlichen letztwilligen Verfügung vom 8. Mai 2019 (act. 28 S. 2), welches die Berufungsbeklagten mit Einreichung des unbegründeten Schlichtungsgesuches vom 24. Februar 2020 beim Friedensrichteramt H._____ rechtshängig gemacht haben (act. 30/2).

Gemäss Art. 126 ZPO kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Entscheid vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist.

Im Rahmen des Entscheides über die Anordnung eines öffentlichen Inventars gemäss Art. 580 ZGB prüft das dafür zuständige Gericht bloss summarisch, ob einer Person Erbenstellung zukommt oder nicht. Der definitive Entscheid darüber obliegt dem ordentlichen Gericht. Hier gilt es deshalb gestützt auf eine summarische und bloss vorläufige Auslegung der letztwilligen Verfügung des Erblassers zu beurteilen, ob die Berufungsbeklagten zur Beantragung der Aufnahme eines öffentlichen Inventars legitimiert sind (vgl. dazu PraxKomm Erbrecht-NONN, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 580 ZGB N 1). Ein Abwarten des Ausgangs der mittlerweile beim Friedensrichteramt H._____ rechtshängig gemachten Ungültigkeitsklage (vgl. act. 30/2) ist hier daher weder nötig, noch würde dies dem summarischen Charakter des Verfahrens entsprechen, welcher sich insbesondere in der relativ kurzen, in Art. 580 Abs. 2 ZGB statuierten gesetzlichen Antragsfrist widerspiegelt. Aus diesem Grund ist der Sistierungsantrag der Berufungsbeklagten abzuweisen.

2. Materielles

2.1 Die Vorinstanz ordnete mit Verfügung vom 7. Januar 2020 auf Begehren der Berufungsbeklagten die Erstellung eines öffentlichen Inventars im Nachlass des Erblassers E._____ durch das Notariat H._____ an (act. 17, Dispositivziffern 1-3) und begründete dies damit, dass die Gesuchsteller (heutige Berufungsbeklagte) als gesetzliche Erben feststünden und die Monatsfrist gemäss Art. 580 Abs. 2

ZGB gewahrt worden sei, weshalb dem Begehren zu entsprechen sei (act. 17 E. I.).

2.2 Die Berufungsklägerin wendet dagegen im Wesentlichen ein, es sei zwar richtig, dass es sich bei den Berufungsbeklagten um gesetzliche Erbeninnen des Erblassers handle, doch fehle es ihnen gemäss der öffentlichen letztwilligen Verfügung der Erblassers vom 8. Mai 2019 an ihrer Erbenstellung, da Letzterer sie als Pflichtteilsvermächtnisnehmerinnen eingesetzt habe. Als Vermächtnisnehmerinnen gehörten die Berufungsbeklagten insbesondere nicht der Erbengemeinschaft an. Nachdem den Berufungsbeklagten zumindest formal keine Erbenstellung zukomme, stehe ihnen im Sinne von Art. 580 Abs. 1 ZGB entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht das Recht zu, die Aufnahme eines öffentlichen Inventars zu verlangen. Mangels Antragslegitimation der Berufungsbeklagten hinsichtlich der Beantragung der Erstellung eines öffentlichen Inventars gemäss Art. 580 ZGB wäre der entsprechende Antrag durch die Vorinstanz nach der Meinung der Berufungsklägerin richtigerweise abzuweisen gewesen (act. 18 Ziff. 5–8).

2.3 Die Berufungsbeklagten stellten sich demgegenüber zusammengefasst auf den Standpunkt, da sie den Antrag um Anordnung des öffentlichen Inventars bereits am 3. Dezember 2019 gestellt hätten, mithin noch vor Eröffnung der öffentlichen letztwilligen Verfügung des Erblassers, sei ihnen im Zeitpunkt der Antragstellung die Stellung als gesetzliche Erben noch zugekommen. Damit hätten sie im damaligen Zeitpunkt auch das Recht gehabt, ein öffentliches Inventar zu beantragen. Dieses Recht könne ihnen nun nicht aberkannt werden aufgrund einer letztwilligen Verfügung, die von einem Pflichtteilsvermächtnis spreche. Als gesetzliche Erben hätten sie dieses Recht auch noch nach Eröffnung der letztwilligen Verfügung, zumal die Vorinstanz nicht befugt sei, etwaige Inhalte der letztwilligen Verfügung zu prüfen oder vorwegzunehmen. Deshalb sei den Berufungsbeklagten die Erbenstellung anzuerkennen (act. 28 Rz. 4–7).

2.4 Nach Art. 580 Abs. 1 ZGB ist jeder Erbe, der die Befugnis hat, die Erbschaft auszuschlagen, berechtigt, ein öffentliches Inventar zu verlangen. Das Begehren ist innert Frist von einem Monat anzubringen (Art. 580 Abs. 2 ZGB).

2.5 Die beiden Berufungsbeklagten sind die Enkelinnen des Erblassers und die Töchter von dessen vorverstorbenem Sohn K._____ (vgl. act. 7; act. 8). Damit sind sie von Gesetzes wegen pflichtteilsgeschützte Erbinnen des Erblassers (Art. 457 Abs. 1 und Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 471 Ziff. 1 ZGB). Wie gesehen, hat der Erblasser aber am 8. Mai 2019 eine die gesetzliche Erbfolge derogierende, d.h. der gesetzlichen Erbfolge vorgehende öffentliche letztwillige Verfügung errichtet (act. 10). Ziffer 4 der öffentlichen letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 8. Mai 2019 lautet wie folgt (act. 10 S. 1):

- "4. Falls ich **vor meiner Ehefrau**, I._____, geb. tt. Juli 1944, versterben sollte, verfüge ich folgendes:
- a) Ich setze meine Ehefrau auf den gesetzlichen Pflichtteil.
 - b) Ich ermächtige meine Ehefrau, auf Anrechnung an ihre güter- und erbrechtlichen Ansprüche sämtliche oder beliebige Vermögenswerte nach ihrer Wahl aus meinem Nachlass zu Alleineigentum zu übernehmen und die pflichtteilsgeschützten Erben bar abzufinden.
 - c) Ich wende meinem Sohn J._____, geb. tt. November 1967, F._____, zusätzlich zu seinem gesetzlichen Erbanteil die gesamte frei verfügbare Quote meines Nachlasses zu Eigentum zu.
 - d) Ich ermächtige meinen Sohn J._____, auf Anrechnung an seine erbrechtlichen Ansprüche sämtliche oder beliebige Vermögenswerte nach seiner Wahl aus meinem Nachlass, soweit diese nicht durch meine Ehefrau beansprucht werden, zu Alleineigentum zu übernehmen und die pflichtteilsgeschützten Erben bar abzufinden.
 - e) Ich vermache meinen Enkeltöchtern B._____, geb. tt.mm.2005, L._____ [Ort], und C._____, geb. tt.mm.2007, L._____, Töchter meines verstorbenen Sohnes K._____, ein Pflichtteilsvermächtnis der dannzumal geltenden Pflichtteilsquote.
 - f) Der meinem Sohn K._____ im Juli 2008 zugewendete Betrag von CHF 100'000.00 ist in meinem Nachlass auszugleichen, d.h. dieser Betrag ist meinen Enkeltöchtern B._____ und C._____ je hälftig an ihr Pflichtteilsvermächtnis anzurechnen.
 - g) Die Pflichtteilsvermächtnisse sind in bar abzufinden und sind von der elterlichen Verwaltung ausdrücklich ausgenommen (ZGB 322). Es ist mein Wunsch, dass die Verwaltung der Pflichtteilsvermächtnisse, welche bis zum Erreichen des 18. Altersjahres dauern soll, durch die Firma A._____ AG,... [Adresse] ausgeführt wird."

2.6 Gestützt auf den klaren Wortlaut der öffentlichen letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 8. Mai 2019 sollen die Berufungsbeklagten ihren gesetzlichen Pflichtteil nicht in Form einer Quote am Nachlass, sondern in Form eines Pflichtteilsvermächtnisses erhalten (act. 10, Ziff. 4 lit. e). Damit sind sie nach dem Willen

des Erblassers in vorläufiger Auslegung seiner öffentlichen letztwilligen Verfügung vom 8. Mai 2019 reine (Pflichtteils-) Vermächtnisnehmerinnen, was auch die Vorinstanz zutreffend erkannt hat (vgl. act. 17 E. IV).

2.7 Für die im Rahmen des Berufungsverfahrens zu überprüfende Legitimation der Berufungsbeklagten zur Beantragung eines öffentlichen Inventars gemäss Art. 580 ZGB ist somit entscheidend, ob die vom Erblasser in der öffentlichen letztwilligen Verfügung vom 8. Mai 2019 getroffenen Anordnungen den Verlust der (gesetzlichen) Erbenstellung der Berufungsbeklagten bewirkt bzw. ob die Berufungsbeklagten dennoch als Erben i.S.v. Art. 580 ZGB zu qualifizieren sind.

2.8 In Bezug auf einen durch eine Verfügung von Todes wegen *vollständig* übergangenen gesetzlichen Pflichtteilerben hat das Bundesgericht wiederholt festgehalten, dass ein solcher seine Erbenstellung erst mit einem zu seinen Gunsten lautenden Herabsetzungs- oder Ungültigkeitsurteil erlange (vgl. z.B. BGE 143 III 369, E. 2.1, mit Hinweis auf diverse weitere Entscheide und Literaturmeinungen). Bis dahin ist er bloss ein sogenannter "virtueller Erbe" (vom Bundesgericht erstmals explizit als solchen bezeichnet in BGE 138 III 354, E. 5). Als vollständig übergangenen, und damit von der Erbfolge (zumindest vorerst) ausgeschlossenen, virtuellen Erben erachtet das Bundesgericht insbesondere Pflichtteilerben, die in einer letztwilligen Verfügung entweder explizit als Erben ausgeschlossen werden (mit oder ohne Angabe von Gründen) oder aber in der letztwilligen Verfügung des Erblassers überhaupt nicht erwähnt werden, während er damit andere Personen als seine Erben bestimmt hat (BGE 138 III 354, E. 5; BGE 139 V 1, E. 4.3, mit diversen weiteren Hinweisen). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein bloss virtueller Erbe nicht dazu berechtigt, ein öffentliches Inventar gemäss Art. 580 ZGB zu verlangen (BGE 143 III 369, E. 3), wohingegen er zur Beantragung der Aufnahme eines Sicherungsinventars gemäss Art. 553 ZGB legitimiert sein soll (BGer 5A_610/2013 vom 1. November 2013, E. 2.2.1–2.2.2).

2.9 Bis dato (noch) nicht explizit entschieden wurde vom Bundesgericht – soweit ersichtlich – die hier zu beurteilende Konstellation. Nämlich die Frage, ob ein pflichtteilsgeschützter Erbe seine formale Erbenstellung auch dann (zumindest bis

zum Vorliegen eines zu seinen Gunsten lautenden Herabsetzungs- oder Ungültigkeitsurteils) verliert, wenn er vom Erblasser *nicht vollständig* übergegangen wurde, weil er zwar mittels letztwilliger Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen wurde, ihm danach aber statt seines Anteils am Nachlass ein Vermächtnis in Höhe seines Pflichtteils auszurichten ist.

2.10 Die in diesem Zusammenhang zuletzt ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung ist nicht schlüssig. So wies das Bundesgericht etwa im Urteil 5A_610/2013 vom 1. November 2013 zunächst auf die langjährige bundesgerichtliche Rechtsprechung hin, wonach ein pflichtteilsgeschützter Erbe auch dann als Erbe gelte, wenn der Erblasser ihn von der Erbfolge ausgeschlossen habe, ohne dass ein Grund für eine Enterbung (Art. 477 ZGB) vorliege. Diese Frage habe das Bundesgericht zwar später offen gelassen, ohne aber seine frühere Rechtsprechung je zu ändern, wofür auch heute kein Anlass bestehe (vgl. BGer 5A_610/2013 vom 1. November 2013, E. 2.2.1 und die dortigen Verweise). Nur zwei Sätze weiter bezeichnete das Bundesgericht den dortigen Beschwerdeführer, welcher – wie hier die Berufungsbeklagten – von der gesetzlichen Erbfolge mittels letztwilliger Verfügung ausgeschlossen worden war, jedoch seinen Pflichtteil in Form eines dessen Wert entsprechenden Vermächtnisses erhalten sollte, ebenfalls als "virtuellen Erben" (vgl. BGer 5A_610/2013 vom 1. November 2013, E. 2.2.1). In BGE 143 III 369, E. 3.2, spricht das Bundesgericht unter Bezugnahme auf den Sachverhalt des Urteils 5A_610/2013 vom 1. November 2013 ohne genaue Differenzierung von einem "von der Erbfolge ausgeschlossenen Pflichtteilerben". Das Bundesgericht scheint einem mittels Pflichtteilsvermächtnis dem Werte nach vollständig abgefundenen Pflichtteilerben demnach zwar eine gewisse Erbenstellung zuerkennen zu wollen, allerdings letztlich doch nur in der Qualität eines "potentiellen", unter der Bedingung eines positiven Herabsetzungs- bzw. Ungültigkeitsurteils zu bejahenden sogenannten "virtuellen Erben" (vgl. dazu die Urteilsbesprechung von EITEL/ZEITER, Öffentliches Inventar und [vollständig übergangener] virtueller Erbe, in: *successio* 2019, S. 292 ff., insbes. S. 294 f., Ziff. 6.3). Zu beachten gilt es allerdings, dass ein dem Werte nach vollständig abgefundener Pflichtteilerbe gar nicht erfolgreich auf Herabsetzung klagen kann (vgl. Art. 522 Abs. 1 ZGB; BSK ZGB II-STAEHELIN, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 470

N 4a, m.w.H.) und diesem nur noch eine allfällige Ungültigkeitsklage zur Verfügung steht, um die Eigenschaft des "echten Erben" zu erlangen. Insofern stehen dem vollständig abgefundenen Pflichtteilerben sogar weniger Mittel zur Verfügung, um seine echte Erbenstellung zu erstreiten als dem vollständig übergebenen Pflichtteilerben. Damit muss die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum virtuellen Erben auch für einen durch Pflichtteilsvermächtnis von der Erbenstellung ausgeschlossenen Erben Geltung haben (ebenso LÖTSCHER, Das schwarze Schaf in der Erbengemeinschaft, in: *successio* 2019, S. 174 ff., S. 189 f.). Dementsprechend ist auch einem von der Erbfolge ausgeschlossenen Pflichtteilerben, der aber mit einem seinem Pflichtteil dem Werte nach entsprechenden Vermächtnis abgefunden wird, das Antragsrecht hinsichtlich der Anordnung eines öffentlichen Inventars gemäss Art. 580 ZGB zu versagen, solange ihm diese nicht im Rahmen eines ordentlichen Prozesses (Herabsetzungs- oder Ungültigkeitsklage) zuerkannt worden ist (vgl. dazu vorstehende E. II./2.8). Es kann deshalb entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten auch keine Rolle spielen, dass sie ihren Antrag auf Anordnung eines öffentlichen Inventars gemäss Art. 580 ff. ZGB noch vor der Eröffnung der öffentlichen letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 8. Mai 2019 gestellt haben.

Im Übrigen erscheint dieses Ergebnis auch mit Blick auf den Zweck des öffentlichen Inventars gemäss Art. 580 ff. ZGB sachgerecht: Das öffentliche Inventar hat – anders als das Sicherungsinventar gemäss Art. 553 ZGB – den bloss beschränkten Zweck, die Erben über die Aktiven und Passiven einer Erbschaft zu informieren und gibt den Erben in Form des Instituts der Annahme der Erbschaft unter öffentlichem Inventar die Möglichkeit, die Schuldenhaftung zu beschränken. Über den materiellen Bestand und die Höhe der Erbschaftsaktiva und -passiva wird nicht im Rahmen des Inventarverfahrens entschieden, sondern gegebenenfalls in einem sich daran anschliessenden ordentlichen Zivilprozess (vgl. BGE 144 III 313, E. 2.4 und E. 3.2, mit Verweis auf BGer 5A_184/2012 vom 6. Juli 2012, E. 1.2, nicht publ. in: BGE 138 III 545, aber in: *Pra* 102/2013 Nr. 14 S. 128; BGer 5P.155/2001 vom 24. Juli 2001, E. 2a). Nachdem es sich bei den Berufungsbeklagten nach summarischer Auslegung der öffentlichen letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 8. Mai 2019 um reine Vermächtnisnehmerinnen handelt und

sie als solche gerade nicht für allfällige Nachlassschulden haften, spricht auch der Zweck des öffentlichen Inventars gemäss Art. 580 ff. ZGB gegen eine Antragslegitimation der Berufungsbeklagten. Wollen sich die Berufungsbeklagten einen Überblick über die Nachlassaktiven verschaffen, um deren Wegschaffung und Unterdrückung zu erschweren, steht ihnen zu diesem Zweck die Möglichkeit der Beantragung eines sog. Sicherungsinventars gemäss Art. 553 ZGB zur Verfügung (vgl. BGer 5A_610/2013 vom 1. November 2013, E. 2.2.2).

2.11 Vor diesem Hintergrund kann den Berufungsbeklagten in vorläufiger Auslegung der öffentlichen letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 8. Mai 2019 keine formale Erbenstellung im Sinne von Art. 580 ZGB und damit auch keine Legitimation zur Beantragung der Aufnahme eines öffentlichen Inventars zukommen. Vielmehr sind die Berufungsbeklagten danach reine Vermächtnisnehmerinnen. Die definitive Auslegung der letztwilligen Verfügungen und die damit verbundene Frage der Erbenstellung der Berufungsklägerin ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Darüber wird im Rahmen des inzwischen offenbar bereits pendenten (ordentlichen) Verfahrens betr. Ungültigkeit der öffentlichen letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 8. Mai 2019 zu befinden sein (vgl. act. 30/2). Jedenfalls hat die Vorinstanz den Antrag der Berufungsbeklagten auf Anordnung eines öffentlichen Inventars damit aber zu Unrecht gutgeheissen, da es den Berufungsbeklagten an der dafür vorausgesetzten formalen Erbenstellung mangelt. Demnach ist der vorinstanzliche Entscheid antragsgemäss aufzuheben und der Antrag der Berufungsbeklagten auf Anordnung eines öffentlichen Inventars abzuweisen.

III. (Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Höhe und die Verlegung der erstinstanzlichen Gerichtskosten wurden von den Parteien im Berufungsverfahren nicht beanstandet, weshalb es dabei bleibt.

2. Kosten des Berufungsverfahrens

2.1 Die nicht streitige Testamentseröffnung vor erster Instanz wandelt sich in zweiter Instanz in eine vermögensrechtliche Streitige Angelegenheit (vgl. statt vieler OGer ZH LF170058 vom 12. Januar 2018, E. 5.1 mit Verweis auf LF140076 vom 13. Oktober 2014, E. 7; LF130039 vom 27. Juni 2013, E. 5).

2.2 Ausgehend von einem Nachlasswert von Fr. 1'261'000.– (Hälfte des zuletzt versteuerten Vermögens des unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung verheiratet gewesenen Erblassers, act. 22) und in Erwägung, dass von der hier strittigen Erstellung eines öffentlichen Inventars der gesamte Nachlass betroffen wäre, ist von einem Streitwert in der Höhe von Fr. 1'261'000.– auszugehen. Mit Blick auf die Schwierigkeit des Falles und den Aufwand des Gerichtes ist die Entscheidegebühr in Anwendung der §§ 4 Abs. 1 und 2 sowie 8 Abs. 1 i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'300.– festzusetzen.

2.3 Die Berufungsklägerin hat die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten verlangt (act. 18 S. 2 und S. 5). Die Berufungsbeklagten beantragen die Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. Mehrwertsteuer zulasten der Berufungsklägerin oder der Vorinstanz (act. 28 S. 2, Antrag Nr. 3).

2.4 Die Berufungsbeklagten unterliegen demnach im Berufungsverfahren. Ausgangsgemäss werden die Berufungsbeklagten kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb ihnen die Gerichtskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen sind. Eine Kostenaufgabe zulasten des Nachlasses oder der Vorinstanz – wie von den Berufungsbeklagten beantragt – fällt bei diesem Verfahrensausgang ausser Betracht.

2.5 Partei-/Umtriebsentschädigungen sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine zuzusprechen: Den Berufungsbeklagten nicht, weil sie unterliegen, der Berufungsklägerin nicht, weil die nicht anwaltlich vertretene Willensvollstreckerin zwar eine Entschädigung beantragt (act. 18 S. 2 und S. 5), aber weder Auslagen noch eine angemessene Umtriebsentschädigung substantiiert geltend macht (vgl.

Art. 95 Abs. 3 ZPO; vgl. dazu auch BGer 4A_355/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 4.2; URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 95).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Anschlussberufung der Berufungsbeklagten wird nicht eingetreten.
2. Der Antrag der Berufungsbeklagten auf Sistierung des Berufungsverfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens betr. Anfechtung der öffentlichen letztwilligen Verfügung vom 8. Mai 2019 wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachstehendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung der Willensvollstreckerin und Berufungsklägerin werden die Dispositiv-Ziffern 1–3 der Verfügung des Bezirksgerichtes H._____ vom 7. Januar 2020 (Geschäfts-Nr. EN190055-H) aufgehoben. Der Antrag der Gesuchstellerinnen und Berufungsbeklagten auf Anordnung der Aufnahme eines öffentlichen Inventars im Nachlass von E._____, gestorben am tt.mm.2019, wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'300.– festgesetzt und den Gesuchstellerinnen und Berufungsbeklagten je zur Hälfte auferlegt, je unter solidarischer Haftung für den gesamten Betrag.

Für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens wird der von der Willensvollstreckerin und Berufungsklägerin auf Rechnung des Nachlasses geleistete Vorschuss in der Höhe von Fr. 1'600.– herangezogen; im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.

Die Berufungsbeklagten werden verpflichtet, dem Nachlass je Fr. 800.– für den geleisteten Kostenvorschuss zu ersetzen, je unter solidarischer Haftbarkeit für den ganzen Betrag (Fr. 1'600.–).

3. Es wird keine Partei-/Umtriebsentschädigung zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung

- an die Parteien, an die Willensvollstreckerin und Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels von act. 28,
- an das Bezirksgericht H._____,
- an das Notariat H._____,
- an I._____, geboren tt. Juli 1944, von F._____, G._____-str. ..., H._____ (gesetzliche Erbin),
- J._____, geboren tt. November 1967, von F._____, M._____-weg ..., F._____ (gesetzlicher Erbe),
- sowie 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 1'261'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw R. Schneebeili

versandt am:
28. Mai 2020