

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF220050-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Siegwart

Beschluss vom 27. Juli 2022

in Sachen

A._____,
Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

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

betreffend **Eröffnung eines Erbvertrags und eines Testaments**

im Nachlass von D._____, geboren tt. Oktober 1930, von E._____ und F._____,
gestorben tt.mm.2022, wohnhaft gewesen G._____-strasse ..., ... Zürich

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksge-
richtes Zürich vom 31. Mai 2022 (EL220321)

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 28. März 2022 reichte das Notariat H. _____ einen zwischen dem Erblasser und seinem Partner (fortan Berufungskläger) abgeschlossenen Erbvertrag vom 29. Mai 2019 beim Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen (fortan Vorinstanz), zur Eröffnung ein (act. 1). Mit Schreiben vom 23. Mai 2022 reichte der Sohn des Erblassers (fortan Berufungsbeklagter 2) den erwähnten Erbvertrag sowie ein Testament des Erblassers vom 18. September 2014 (beides in Form einer Kopie) ebenfalls bei der Vorinstanz zur Eröffnung ein (act. 2). Mit Urteil der Vorinstanz vom 31. Mai 2022 wurde dem Berufungskläger und der Tochter des Erblassers (fortan Berufungsbeklagte 1) sowie dem Berufungsbeklagten 2 das Testament vom 18. September 2014 und der Erbvertrag vom 29. Mai 2019 durch Zustellung einer Kopie derselben eröffnet (act. 12 [Aktenexemplar] = act. 15, fortan zitiert als act. 12).

2. Im Testament vom 18. September 2014 wurde (neben weiteren Verfügungen) der Berufungskläger als Willensvollstrecker eingesetzt (act. 16/4). Im Erbvertrag vom 29. Mai 2019 wurde an zwei Stellen auf eine letztwillige Verfügung des Erblassers vom 14. Mai 2014 verwiesen und erklärt, dass diese durch den Erbvertrag unberührt bleibe (act. 16/5). Die Vorinstanz erwog in ihrem Urteil, dass das erwähnte Testament vom 14. Mai 2014 ihr nicht zur Eröffnung eingereicht worden sei. Es liege, so die Vorinstanz weiter, zwar die Vermutung nahe, dass der Erblasser sich im Datum geirrt habe und im Erbvertrag eigentlich auf das eingereichte Testament vom 18. September 2014 habe verweisen wollen. Klar sei dies jedoch nicht, da Anhaltspunkte dafür beständen, dass der Erblasser auch schon früher Testamente errichtet habe. In Bezug auf die Einsetzung des Berufungsklägers als Willensvollstrecker folgte die Vorinstanz daraus, dass das Testament vom 18. September 2014 durch den Verweis im späteren Erbvertrag auf das frühere Testament vom 14. Mai 2014 (welches ausdrücklich unberührt bleiben sollte) als aufgehoben zu betrachten wäre, sollte der Erblasser dieses letztere Testament tatsächlich errichtet haben und darin in Bezug auf die Willensvollstreckung etwas anderes als im Testament vom 18. September 2014 verfügt haben. Da die Vo-

rinstanz zum Ergebnis gelangte, diese Unklarheit als Eröffnungsbehörde nicht klären zu können, verfuhr sie so, als hätte der Erblasser keine Willensvollstrecker-einsetzung verfügt (zum Ganzen act. 12 E. IV.). Sie sah deshalb auch davon ab, in ihr Erkenntnis eine Dispositivziffer betreffend die Willensvollstreckung aufzunehmen (vgl. act. 12 S. 4).

Mit Eingabe vom 24. Juni 2022 erhob der Berufungskläger gegen das vorinstanzliche Urteil Berufung mit folgenden Anträgen (act. 13; act. 16/4–8):

- " 1. Es sei in Ergänzung des Urteils des Einzelgerichts Erbschaftssachen am Bezirksgericht Zürich vom 31. Mai 2022, Gesch.-Nr. EL220321, davon Vormerk zu nehmen, dass der Erblasser den Berufungskläger A._____ als Willensvollstrecker eingesetzt und dieser das Mandat als Willensvollstrecker angenommen hat;
2. es sei dem Berufungskläger A._____ eine Willensvollstreckerbescheinigung auszustellen;
3. eventualiter sei der Berufungskläger A._____ für berechtigt zu erklären, die Ausstellung einer Willensvollstreckerbescheinigung zu verlangen;
4. subeventualiter sei das Urteil des Einzelgerichts Erbschaftssachen am Bezirksgericht Zürich vom 31. Mai 2022, Gesch.-Nr. EL220321, aufzuheben und an die Vorinstanz zwecks Anfrage an A._____ über die Annahme des Willensvollstreckermandats i.S.v. den Art. 517 Abs. 2 ZGB und anschliessender Neu beurteilung zurückzuweisen;
- unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolge -."

3. Die Testamentseröffnung (Art. 556 ff. ZGB) gehört zu den Sicherungsmassregeln des Erbgangs (Titel vor Art. 551 ZGB). Es handelt sich dabei um eine vorsorgliche Massnahme (BGer 5A_517/2018 vom 9. Januar 2019, E. 2.2). Zuständig ist das Einzelgericht im summarischen Verfahren (§ 137 lit. c GOG; § 142a GOG). Die ZPO gelangt dabei als kantonales Verfahrensrecht zur Anwendung (§ 125a GOG; BGE 139 III 225 E. 2). Gemäss Praxis der Kammer werden Verfahren wie das vorliegende vor der Rechtsmittelinstanz nicht mehr wie erstinstanzlich als Einparteien-, sondern nunmehr als kontradiktorische Verfahren geführt (siehe z.B. OGer ZH LF210027 vom 15. Juli 2021, E. II./1.). Entsprechend wurden die Tochter und der Sohn des Erblassers (beides gesetzliche Erben) als Berufungsbeklagte 1 und Berufungsbeklagter 2 ins Rubrum aufgenommen. Der Streitwert beläuft sich auf Fr. 2'216'000.– (geschätztes Vermögen des Erblassers, act. 3),

weshalb sich die Berufung als das zulässige Rechtsmittel erweist (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO). Sie wurde zudem innert der zehntägigen Frist erhoben (act. 7; act. 10; Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO).

4. Mit Eingabe ebenfalls vom 24. Juni 2022 reichte der Berufungskläger bei der Vorinstanz einerseits das bereits eröffnete Testament vom 18. September 2014 (dieses Mal in Form einer notariell beglaubigten Fotokopie) und andererseits ein in der Zwischenzeit aufgefundenes Nachtragstestament des Erblassers vom 7. März 2020 zum Testament vom 18. September 2014 (in Form einer Fotokopie) zur Eröffnung ein (act. 1 im von der Vorinstanz neu eröffneten Geschäft EL220592-L). Das Nachtragstestament reichte der Berufungskläger (neben dem Testament vom 18. September 2014 und dem Erbvertrag) sodann auch bei der Kammer als Berufungsbeilage ein (act. 16/7). Das Nachtragstestament vom 7. März 2020 enthält ergänzende, nicht die Willensvollstreckung betreffende Anordnungen. Der Erblasser erklärte darin, dass abgesehen von diesen Ergänzungen die Bestimmungen des Testaments vom 18. September 2014 unberührt blieben (act. 16/7). Die Vorinstanz erwog in ihrem Urteil vom 30. Juni 2022 betreffend Eröffnung der neu eingereichten Testamente unter anderem, dass mit der im Nachtragstestament vom 7. März 2020 erfolgten Bestätigung der im Testament vom 18. September 2014 verfügten Anordnungen nunmehr feststehe, dass die im Testament vom 18. September 2014 verfügte Ernennung des Berufungsklägers als Willensvollstrecker dem letzten Willen des Erblassers entspreche, zumal der Erbvertrag vor diesem Nachtrag geschlossen worden sei. Damit verdichte sich auch, so die Vorinstanz weiter, die von ihr im Urteil vom 31. Mai 2022 erwogene Vermutung, wonach sich der Erblasser beim Abschluss des Erbvertrags im Datum des dort erwähnten Testaments geirrt habe, zu einer mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit. Die Vorinstanz setzte dem Berufungskläger deshalb die Frist von 14 Tagen gemäss Art. 517 Abs. 2 ZGB ab Zustellung ihres Urteils an, um sich über die Annahme des ihm zugedachten Mandats als Willensvollstrecker zu erklären, mit dem Hinweis, dass Stillschweigen als Annahme des Mandats gelte (Dispositivziffer 3; nicht akturiertes Urteil in den Akten des Geschäfts EL220592-L).

5. Mit dem vorinstanzlichen Erkenntnis entfällt das Rechtsschutzinteresse des Berufungsklägers an seinem Antrag Nr. 1, wonach die Kammer von seiner Einsetzung als Willensvollstrecker und der (gegenüber der Kammer erklärten) Annahme des Mandats Vormerk nehmen solle, zumal der Berufungskläger gegenüber der Vorinstanz nicht einmal explizit die Annahme des Mandats erklären muss, sondern auch Stillschweigen walten lassen kann. Das Berufungsverfahren ist diesbezüglich als gegenstandslos geworden abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Die Prüfung der Frage, ob dem Berufungskläger ein Willensvollstreckerzeugnis auszustellen ist, hat zunächst die Vorinstanz vorzunehmen. Der Berufungskläger reichte diesbezüglich keinen abschlägigen Entscheid der Vorinstanz ein, weshalb seinem Antrag Nr. 2 und dem eventualiter gestellten Antrag Nr. 3 kein gültiges Anfechtungsobjekt im Sinne von Art. 308 ZPO zugrunde liegt und auf diese deshalb nicht einzutreten ist. Bezüglich des subeventualiter gestellten Antrags Nr. 4 (Rückweisung an die Vorinstanz) weist der Berufungskläger kein Rechtsschutzinteresse mehr auf, da die Vorinstanz aufgrund der Einreichung des Nachtragstestaments vom 7. März 2020 ihm (wie beantragt) die Frist gemäss Art. 517 Abs. 2 ZGB bereits angesetzt hat. Das Berufungsverfahren ist deshalb bezüglich der Anträge Nrn. 1 und 4 als gegenstandslos geworden abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Auf die Anträge Nrn. 2 und 3 ist mangels Vorliegens eines gültigen Anfechtungsobjekts nicht einzutreten.

6. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind dem Berufungskläger aufzuerlegen. Soweit auf die Berufung nicht einzutreten ist, gilt der Berufungskläger als unterlegen im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO. Die Gegenstandslosigkeit der Anträge Nrn. 1 und 4 hat der Berufungskläger zu verantworten, indem er neben der Einreichung des Nachtragstestaments vom 7. März 2020 bei der Vorinstanz gleichzeitig auch noch eine Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil vom 31. Mai 2022 erhoben hat (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 2'216'000.– (geschätztes Vermögen des Erblassers, act. 3) beläuft sich die ordentliche Entscheidgebühr auf rund Fr. 43'000.– (§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG). Praxisgemäss ist in Verfahren, die vor Vorinstanz noch nicht kontradiktorisch geführt wurden, der Reduktionsspielraum gemäss § 4 Abs. 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG aber grosszügig anzuwenden, insbesondere

bei verhältnismässig geringem Aufwand der Kammer wie vorliegend. Die stark reduzierte Entscheidegebühr ist deshalb auf Fr. 4'300.– festzusetzen. Partei- oder Umtriebsentschädigungen sind keine zuzusprechen: dem Berufungskläger nicht, weil er unterliegt bzw. die Gegenstandslosigkeit zu verantworten hat, den Berufungsbeklagten nicht, weil ihnen keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufungsanträge Nrn. 2 und 3 wird nicht eingetreten. Im Übrigen wird das Berufungsverfahren als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 4'300.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Es werden keine Partei- bzw. Umtriebsentschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und den Beistand der Berufungsbeklagten 1, an die Berufungsbeklagten und den Beistand je unter Beilage von Kopien der act. 13 und 16/4–8, sowie an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Winterthur, die Steuerämter der Stadt und des Kantons Zürich sowie, unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten, an die Vorinstanz, 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. über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'216'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Siegwart

versandt am: