

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF220088-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. A. Strähl und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 14. Februar 2023

in Sachen

A._____,
Berufungskläger

gegen

B._____,
Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____

betreffend **öffentliche letztwillige Verfügung (Wiedererwägung)**

im Nachlass von C._____, geboren tt. Mai 1927, von D._____ ZH, gestorben
tt.mm.2022, wohnhaft gewesen in E._____

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des
Bezirksgerichtes Meilen vom 18. Oktober 2022 (EL220307)

Erwägungen:

I.

1.1 Am tt.mm.2022 verstarb C._____ (Erblasserin) mit letztem Wohnsitz in E._____ (act. 1). Mit Schreiben vom 20. Juli 2022 (vgl. act. 2) reichte F._____ dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen (fortan Vorinstanz) eine Kopie einer öffentlichen letztwilligen Verfügung der Erblasserin vom 24. Mai 2016 ein. Gemäss dieser setzte die Erblasserin (im Wesentlichen) ihren Sohn, B._____ (den hiesigen Berufungsbeklagten), auf seinen gesetzlichen Pflichtteil und für die frei verfügbare Quote zu gleichen Teilen F._____ und A._____ (hiesiger Berufungskläger) als Erben ein. Zudem enthielt das Testament je ein Vermächtnis an die 'G._____ – Stiftung ...', die 'H._____ ' und an I._____ (Patenkind). Als Willensvollstreckerin setzte die Erblasserin J._____ ein (act. 3, vgl. auch vorläufige Auslegung in act. 10 S. 2 f.). Mit Eingabe vom 19. Juli 2022, bei der Vorinstanz am 21. Juli 2022 eingegangen, reichte der Sohn der Erblasserin und hiesige Berufungsbeklagte eine Erbscheinbestellung ein (act. 4). Mit Schreiben vom 2. August 2022 fragte die Vorinstanz J._____ bezüglich der Annahme des Mandates als Willensvollstreckerin an (act. 7), was diese bejahte (act. 8). Am 5. August 2022 stellte die Vorinstanz ihr daraufhin das Willensvollstreckerzeugnis aus (act. 9).

1.2 Mit Urteil vom 11. August 2022 eröffnete die Vorinstanz die bei ihr eingereichte öffentliche letztwillige Verfügung zuhanden der gesetzlichen sowie der beiden eingesetzten Erben und zudem im Teilauszug zuhanden der Vermächtnisnehmer. Die Vorinstanz nahm Vormerk davon, dass die Willensvollstreckerin das Mandat angenommen habe und die Erbteilung und Ausrichtung der Legate deren Sache sei. Zudem stellte die Vorinstanz dem gesetzlichen und den eingesetzten Erben einen Erbschein in Aussicht, sollte ihre Berechtigung nicht innert Monatsfrist bestritten werden. In der Folge schrieb die Vorinstanz das Geschäft als erledigt ab (act. 10 ff.).

1.3 Am 13. September 2022 erhob der Berufungsbeklagte bei der Vorinstanz Einsprache gegen die Ausstellung der Erbbescheinigung. Die Vorinstanz ordnete

mit Entscheid vom 16. September 2022 die Erbschaftsverwaltung an und beauftragte damit die Willensvollstreckerin (Verfahren Nrn. EN220333, EM229524, vgl. act. 22/5).

1.4 Mit Eingabe vom 11. Oktober 2022 reichte der Sohn der Erblasserin, der vorliegende Berufungsbeklagte, der Vorinstanz ein Gesuch um Wiedererwägung im Sinne von Art. 256 Abs. 2 ZPO ein und machte im Wesentlichen (vgl. dazu genauer nachfolgend E. III./1.1) geltend, das eröffnete Testament sei von der Erblasserin zurückgezogen und in der Folge vernichtet worden. Damit gelange nur noch er als einziger gesetzlicher Erbe zur Erbfolge (act. 20).

1.5 Mit Urteil vom 18. Oktober 2022 zog die Vorinstanz ihr Urteil vom 11. August 2022 in Wiedererwägung, hob es auf und stellte nur noch dem Berufungsbeklagten eine Erbbescheinigung in Aussicht. Sodann setzte sie das am 5. August 2022 ausgestellte Willensvollstreckerzeugnis ausser Kraft und nahm zudem Vormerk davon, dass der Berufungsbeklagte seine Einsprache gegen die Ausstellung der Erbbescheinigung zurückgezogen habe ([act. 24 =] act. 27 [= act. 29]).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 1. November 2022 (Datum Poststempel) innert Frist (vgl. act. 3/6) Berufung an die Kammer und stellt den nachfolgenden Antrag (vgl. act. 28):

"Das Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 18.10.2022 sei aufzuheben. Eventualiter sei das Bezirksgericht anzuweisen, in Wiedererwägungen des Urteils vom 18. Oktober 2022 das vorangegangene Urteil vom 11.08.2022 zu bestätigen und die letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 24. Mai 2016 zu eröffnen."

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1–25). Der Eingang der Berufung wurde den Parteien angezeigt (act. 31). Am 23. November 2022 traf die Kammer bei der Vorinstanz Abklärungen zum bei der Vorinstanz befindlichen, originär eingereichten Testament und verfasste dazu eine Aktennotiz (act. 32). Mit Verfügung vom gleichen Tag wurde die Aktennotiz den Parteien zur Stellungnahme zugestellt. Zudem wurde dem Berufungsbeklagten Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (act. 33). Am 30. November 2022 ging die Stellungnahme des Berufungsklägers zur Aktennotiz ein (act. 35). Mit Eingabe vom 5. Dezember

2022 erstattete der Berufungsbeklagte sodann die Stellungnahme zur Aktennotiz und die Berufungsantwort, mit welcher er die Abweisung der Berufung beantragte, soweit auf diese einzutreten sei (act. 35 u. act. 37/1–4 [Beilagen]). Die Stellungnahme des Berufungsklägers zur Aktennotiz wurde dem Berufungsbeklagten in der Folge zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 38). Weitere Eingaben erfolgten in der Folge nicht. Die Sache erweist sich als spruchreif. Dem Berufungskläger ist zusammen mit dieser Entscheidung ein Doppel der Stellungnahme/Berufungsantwort samt Beilagen (act. 36 u. 37/1–4) zuzustellen.

II.

1. Bei der Eröffnung letztwilliger Verfügungen handelt es sich um eine erbrechtliche Sicherungsmassregel. Das entsprechende Verfahren (wie auch die Wiedererwägung einer bereits erfolgten Testamentseröffnung) gehört zu den Angelegenheiten der freiwilligen bzw. nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, welche der Kanton Zürich dem Einzelgericht im summarischen Verfahren zugewiesen hat (vgl. Art. 556 ZGB i.V.m. Art. 551 Abs. 1 ZGB und Art. 54 Abs. 1 SchIT ZGB, § 24 lit. c und § 137 lit. c GOG i.V.m. Art. 248 lit. e ZPO sowie zum Ganzen auch: ZK ZPO-FELLER/BLOCH, 3. Aufl. 2016, Art. 19 N 5 ff. m.w.H.; OGer ZH LF220023 vom 2. Mai 2022, E. 2.1). Gegen erstinstanzliche Entscheide im summarischen Verfahren ist die Berufung zulässig, sofern im Falle einer vermögensrechtlichen Angelegenheit der Streitwert mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Das Erbrecht regelt die Nachfolge in das Vermögen einer verstorbenen Person und beschränkt sich auf deren Vermögenswerte. Ein erbrechtliches Verfahren ist demnach stets eine vermögensrechtliche Angelegenheit im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZPO. Vorliegend ist mit Blick auf die im Testament genannten Werte davon auszugehen, dass der Nachlass den Wert von Fr. 10'000.– ohne Weiteres übersteigt und der Streitwert für die Berufung erreicht ist.

2. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO hat der Berufungskläger seine Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Es kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Der Berufungskläger hat aufzuzeigen, was am Verfahren

der Vorinstanz falsch war oder inwiefern er den angefochtenen Entscheid als fehlerhaft erachtet und welche Erwägungen der Vorinstanz er kritisiert. Indes sind keine überspitzten Anforderungen zu stellen und es gilt im Berufungsverfahren insbesondere nicht das Rügeprinzip, wie es das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren kennt (vgl. z.B. BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGer 5A_635/2015 vom 21. Juni 2016, E. 5.2.).

Soweit eine genügende Beanstandung vorgebracht wird, kann die Berufungsinstanz sämtliche Mängel frei und uneingeschränkt prüfen. Das Recht wendet das Gericht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Die Berufungsinstanz ist in rechtlicher Hinsicht weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden. Das Berufungsgericht kann die Rügen der Parteien auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen. Es darf sich auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen.

3.1 Der Berufungsbeklagte macht in prozessualer Hinsicht geltend, der Berufungskläger setze sich in seiner Berufungsschrift nicht mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheides auseinander und gebe nicht an, welche Erwägungen oder welche Dispositiv-Ziffer(n) im Einzelnen beanstandet werde(n), weshalb die Berufungsbegründung ungenügend und auf die Berufung nicht einzutreten sei (act. 36 Rz. 2).

3.2 Der Berufungskläger nimmt in seiner Berufungsbegründung – wenn auch nicht unter Nennung der konkreten Erwägungs-Ziffern, so doch hinreichend klar unter Wiedergabe deren Inhaltes (act. 28 Rz. 5) – Bezug zur vorinstanzlichen Urteilsbegründung. Er legt dar, weshalb die Vorinstanz seiner Ansicht nach zu Unrecht auf die vom Berufungsbeklagten eingereichten Urkunden abgestellt habe und der Schluss der Vorinstanz falsch und zu korrigieren sei (insb. act. 28 Rz. 6 ff.). Im Übrigen legt der Berufungskläger auch konkret dar, weshalb er der Vorinstanz ein prozessual unrichtiges Vorgehen hinsichtlich des Widerrufs (act. 28 Rz. 13, dazu ebenfalls sogleich in E. II./4.) und eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs (act. 28 Rz. 14, dazu sogleich in E. II./5.) vorwirft. Das vom Berufungskläger Vorgetragene genügt nach dem Gesagten (E. II./2.2) für eine

hinreichende Berufungsbegründung. Der Kritik des Berufungsbeklagten kann nicht gefolgt werden.

4.1 Der Berufungskläger kritisiert am vorinstanzlichen Vorgehen in prozessualer Hinsicht, der vom Berufungsbeklagten behauptete Widerruf des Testamentes hätte mit Berufung gegen den Entscheid vom 11. August 2022 geltend gemacht werden müssen. Die Testamentseröffnung sei jedoch rechtskräftig geworden. Für eine Wiedererwägung gebe es keinen Grund, stehe dem gesetzlichen Erben doch die Ungültigkeitsklage offen (act. 28 Rz. 13).

4.2 Zwar sind Summarentscheide ordentlichen Entscheiden hinsichtlich der Rechtskraft grundsätzlich gleichgestellt (BGE 141 I 241, E. 3.1; 141 III 376, E. 3.3.4); für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sieht Art. 256 Abs. 2 ZPO jedoch eine Ausnahme vor. Danach kann ein solcher Entscheid von Amtes wegen oder auf Antrag aufgehoben oder abgeändert werden, wenn er sich im Nachhinein als unrichtig erweist, es sei denn, das Gesetz oder die Rechtssicherheit stünden entgegen. Dies gilt selbst dann, wenn die Fehlerhaftigkeit des Entscheids *von Anfang an* bestand und damit im Rahmen eines Rechtsmittels hätte geltend gemacht werden können. Damit tritt die in Art. 256 Abs. 2 ZPO vorgesehene Möglichkeit der erleichterten Abänderung bzw. Berichtigung von im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergangenen Entscheiden wahlweise – gewissermassen als alternatives Korrekturmittel – neben die Möglichkeit des Ergreifens eines ordentlichen Rechtsmittels. Selbst wenn die Fehlerhaftigkeit vor Ablauf der Rechtsmittelfrist entdeckt wird, kann auch nach Ablauf derselben bei der Erstinstanz noch ein Abänderungs- bzw. Wiedererwägungsgesuch gestellt werden, da deren originärer Entscheid – unter Vorbehalt der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes – nicht in materielle Rechtskraft erwächst (zum Ganzen BGer 5A_570/2017 vom 27. August 2018, E. 5.2–5.3; vgl. auch: OGer ZH LF180091 vom 7. Mai 2019, E. II./4.).

4.3 Nach dem Gesagten ist aus prozessualer Sicht nicht zu beanstanden, wenn der Berufungsbeklagte seine Vorbringen im Rahmen eines Gesuchs um Wiedererwägung an die Vorinstanz trug und die Vorinstanz diese in Anwendung von Art. 256 Abs. 2 ZPO zum Anlass nahm, eine Wiedererwägung des Entscheids

vom 11. August 2022 zu prüfen. Die Kritik des Berufungsklägers verfängt in diesem Punkt nicht.

5.1 Der Berufungskläger rügt am vorinstanzlichen Verfahren in prozessualer Hinsicht zudem, ihm sei keine Gelegenheit gegeben worden, sich zur vom Berufungsbeklagten in seinem Gesuch um Widerruf geltend gemachten Sachlage zu äussern. Dies, obwohl er nach dem angefochtenen vorinstanzlichen Entscheid nun zu Unrecht in der Klägerrolle einer Erbschaftsklage stehe. Damit sei sein rechtliches Gehör verletzt worden (act. 28 Rz. 14).

5.2 Aus Art. 29 Abs. 2 BV resp. Art. 53 ZPO ergibt sich der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör. Teil dieses Anspruchs ist das Recht auf Anhörung durch das Gericht; so soll der Betroffene sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides äussern können. Dabei haben alle Personen, die durch einen richterlichen Entscheid in ihrer Rechtsposition betroffen sind, Anspruch auf rechtliches Gehör. Dies können auch Nebenparteien oder Dritte sein (BSK ZPO-GEHRI, 3. Aufl. 2017, Art. 53 N 4).

5.3 Beim vorinstanzlichen Testamentseröffnungsverfahren handelt es sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in dem die Beteiligten im Sinne von Art. 558 Abs. 1 ZGB (welchen keine formelle Parteistellung zukommt) grundsätzlich nicht angehört werden. Wenn die Vorinstanz aber wie hier nach erfolgter Eröffnung eines Testamentes auf einseitiges Vorbringen eines Beteiligten tätig wird und dessen Anträge vollumfänglich (zu Ungunsten einer in einem anderen Testament bedachten Person) gutzuheissen gedenkt, ist eine vorhergehende Anhörung der übrigen Beteiligten in Nachachtung von Art. 53 ZPO angezeigt. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz ist damit zu bejahen. Bereits dieser Umstand rechtfertigt für sich eine Gutheissung der Berufung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (zur formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör statt vieler: BGE 135 I 187, E. 2.2.).

5.4 Eine Gehörsverletzung kann indes 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 195, E. 2.3.2; BGer 4A_453/2016 vom 16. Februar 2017, E. 2.4.). In diesem Berufungsverfahren hatten beide Parteien Gelegenheit, sich zu den gegnerischen Vorbringen und den vorinstanzlichen Entscheidungsgründen zu äussern. Sie wurden damit umfassend gehört. Sodann verfügt die Kammer über umfassende Kognition hinsichtlich der Rechtsanwendung und Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 ZPO), und damit über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz. Eine Rückweisung an die Vorinstanz würde einen formalistischen Leerlauf und damit eine unnötige Verzögerung darstellen und läge nicht im Interesse der Parteien (vgl. BGE 137 I 195, E. 2.3.2). Aus prozessökonomischen Gründen ist es deshalb angebracht, die Vorbringen der Parteien an dieser Stelle zu prüfen, womit die Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt wird.

III.

1.1 In seinem an die Vorinstanz gestellten Gesuch um Wiedererwägung des Testamentseröffnungsentscheides vom 11. August 2022 machte der Berufungsbeklagte geltend, die Erblasserin habe das mit dem besagten Entscheid eröffnete Testament vom 24. Mai 2016 im Original am 9. Juli 2021 zurückgezogen, was mit Empfangsschein des Notariats E._____ quittiert (u.H.a. act. 22/4) worden sei. Darauf sei das Testament mit dem ausdrücklichen Willen der Erblasserin vom zuständigen Notar (K._____) nach dessen Rückkehr in sein Büro vernichtet worden. Das Notariat E._____ habe diesen Vorgang mit Schreiben vom 21. September 2022 bestätigt (u.H.a. act. 22/3). Entsprechend sei das einzige Original der letztwilligen Verfügung vom 24. Mai 2016 von der Erblasserin im Sinne von Art. 510 ZGB widerrufen worden und habe damit keinerlei Gültigkeit mehr. Damit sei er (der Berufungsbeklagte) der alleinige gesetzliche Erbe und das Urteil vom 11. August 2022 sei entsprechend in Wiedererwägung zu ziehen (act. 20).

1.2 Im Entscheid vom 18. Oktober 2022, mit welchem sie den Entscheid vom 11. August 2022 antragsgemäss aufhob, erwog die Vorinstanz, mit Blick auf den Empfangsschein des Notariats E._____ vom 9. Juli 2021 sowie das Schreiben von K._____ (Notar des Notariates E._____) vom 21. September 2022 habe sich

die am 11. August 2022 erfolgte Testamentseröffnung im Nachhinein als unrichtig erwiesen und könne daher auf Antrag aufgehoben werden, sofern die Rechtssicherheit dem nicht entgegenstehe. Das mit Urteil vom 11. August 2022 eröffnete Testament vom 24. Mai 2016 sei vernichtet worden, was vorzumerken sei. Mangels eines Testamentes greife im vorliegenden Nachlass die gesetzliche Erbfolge und der Berufungsbeklagte sei der einzige gesetzliche und damit alleinige Erbe (act. 27).

1.3.1 Dagegen trägt der Berufungskläger (im Wesentlichen und soweit für den vorliegenden Entscheid relevant) vor, die Auskunft des Notars bilde keine genügende rechtliche Grundlage für die Wiedererwägung der Testamentseröffnung.

Zum einen gebe die Auskunft, bei welcher es sich um ein erst nachträglich erstelltes Schreiben an den Berufungsbeklagten handle, den damaligen Vorgang des angeblichen Testamentswiderrufs formelhaft und in allgemeiner Weise wieder, und es fehle an konkreten Anhaltspunkten, welche auf eine wirksame, mithin das Testament widerrufende Vernichtung schliessen lassen würden. Es fehle auch an irgendeiner Aufzeichnung bezüglich des Vernichtungsvorganges an sich (Protokoll, Bestätigungsschreiben, Aktennotiz) aus der Zeit während oder im Anschluss an die wirksame Vernichtung des Testamentes. Dies, obwohl der Notar für ein besonders vorsichtiges Vorgehen und eine saubere Dokumentation Anlass gehabt hätte. Für eine gültige Vernichtung hätte zudem auch die von der Vorinstanz eröffnete Urkunde, bei der es sich um eine offizielle Urkunde des Notariats mit blauem Einband ohne Hinweis auf ihre Eigenschaft als Kopie handle, vernichtet werden müssen. Insbesondere handle es sich dabei nämlich nicht um eine gewöhnliche Kopie, welche nach Vernichtung des Originals zu vernachlässigen wäre.

Zum andern genüge der Hausbesuch des Notars mit zeitlich versetzter Vernichtung der letztwilligen Verfügung im Notariatsbüro den Anforderungen an einen Widerruf im Sinne von Art. 510 Abs. 1 ZGB offensichtlich nicht und sei als rechtlich unzulässig zu qualifizieren. Das Vorgehen erscheine überdies auch als ungewöhnlich, wäre die Erblasserin doch zu einem Besuch im Notariatsbüro in der Lage gewesen; ebenso wäre eine eigenhändige Vernichtung des Testamentes durch sie möglich gewesen. Es werde damit auch grundsätzlich bestritten, dass

der angebliche Widerruf des Testamentes dem Willen der Erblasserin entsprochen habe (act. 28).

1.3.2 Der Berufungsbeklagte macht dagegen (soweit vorliegend relevant) geltend, die Wiedererwägung durch die Vorinstanz entspreche der materiellen Wahrheit, habe der Widerruf und die Vernichtung des Testamentes doch dem klaren und unmissverständlichen Wunsch und Willen der Erblasserin entsprochen. Dies ergebe sich aus dem Schreiben des Notars vom 21. September 2022. Zudem genüge ein Hausbesuch samt anschliessender Vernichtung durch den Notar in seinem Büro laut der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (u.H.a. BGE 83 II 504 ff.) den Anforderungen von Art. 510 Abs. 1 ZGB ohne weiteres, insbesondere da die Erblasserin aufgrund ihrer physischen Gesundheit ein eingebundenes Dokument mit blauem Einband nicht mehr habe zerreißen können. Im Übrigen müsse eine Testamentskopie – gerade um eine solche handle es sich bei der eingereichten letztwilligen Verfügung – nicht vernichtet werden, um von einem gültigen Widerruf auszugehen; es genüge die Vernichtung des Originals. Der Kopie komme nach Vernichtung des Originals keine Bedeutung mehr zu. Damit sei die letztwillige Verfügung vom 24. Mai 2016 durch Vernichtung widerrufen worden und nicht mehr wirksam. Sie habe mithin keine Gültigkeit mehr, was die Vorinstanz zu Recht erkannt habe (act. 36).

2.1 Gestützt auf Art. 556 ZGB ist eine sich beim Tod des Erblassers vorgefundene letztwillige Verfügung der Behörde – im Kanton Zürich ist dies das Einzelgericht am letzten Wohnsitz des Erblassers (Art. 28 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 137 lit. c GOG) – unverweilt einzuliefern, und zwar auch dann, wenn sie als ungültig erachtet wird. Die eingelieferte letztwillige Verfügung ist daraufhin durch die Behörde binnen Monatsfrist nach der Einlieferung zu eröffnen; sind mehrere Verfügungen vorhanden, so sind sämtliche zu eröffnen (Art. 557 ZGB).

Einzuliefern und zu eröffnen sind dabei alle Dokumente, die inhaltlich als letztwillige Verfügungen i.S. von Art. 498 ff. ZGB erscheinen; Bezeichnung oder Form sind nicht entscheidend, sondern vielmehr der Inhalt als Willenserklärung des Erblassers, durch welche er für den Fall seines Todes Vermögensverfügungen trifft. Das Einzelgericht prüft als Eröffnungsbehörde im Hinblick auf die Eröff-

nung (und ohne materiell-rechtliche Wirkung), ob das eingelieferte Dokument diese Voraussetzung – und zwar nur diese – erfüllt. Nicht entscheidend ist dabei (und zwar weder im Hinblick auf die Einlieferung noch die Eröffnung), ob die letztwillige Verfügung im Widerspruch zu anderen Verfügungen steht, ob sie aufgehoben wurde, echt oder formungültig, anfechtbar oder gar nichtig erscheint; auch Kopien sind einzureichen und schliesslich zu eröffnen, insbesondere wenn das Original nicht mehr vorhanden ist. Im Zweifelsfall ist die Eröffnung vorzunehmen, damit die am Nachlass Beteiligten die Möglichkeit haben, ihre Rechte vor dem ordentlichen Richter geltend zu machen (KUKO ZGB-KÜNZLE, 2. Aufl. 2018, Art. 556 N 4 m.w.H., Art. 557 N 6; BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 6. Aufl. 2019, Art. 556 N 6 ff., Art. 557 N 10 f.).

2.2 Mit Blick auf die Frage, an wen die Eröffnung nach Art. 556 ZGB und Mitteilung nach Art. 558 ZGB zu erfolgen hat und insbesondere im Hinblick auf die auszustellende Erbescheinigung hat das Gericht eine vorläufige Auslegung des Testaments vorzunehmen. Sind mehrere Testamente vorhanden, so beurteilt das Gericht in einem ersten Schritt, welche nach dem Willen des Erblassers mutmasslich aufgehoben wurden (vgl. dazu sogleich E. III./3.3) und welches Testament dem mutmasslich letzten Willen des Erblassers entspricht. Sodann hat das Gericht das massgebliche Testament auszulegen und zu bestimmen, wer nach dessen Wortlaut auf den ersten Blick als Berechtigter zu gelten hat. Bei dieser *prima facie*-Auslegung hat es nach billigem Ermessen und soweit erkennbar auf den wahren Willen des Erblassers abzustellen. Die Auslegung hat aber immer nur provisorischen Charakter und ist für das materielle Recht unpräjudiziell (zum Ganzen: BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 6. Aufl. 2019, Art. 557 N 11). Über die formelle und materielle Rechtsgültigkeit einer letztwilligen Verfügung und die definitive Ordnung der materiellen Rechtsverhältnisse befindet das Eröffnungsgericht somit nicht; dies bleibt im Streitfall dem anzurufenden ordentlichen Zivilgericht vorbehalten.

Auch wenn die Auslegung unpräjudiziell erfolgt und insbesondere nicht in materielle Rechtskraft erwächst, kommt dem entsprechenden Entscheid doch ein gewisses Gewicht zu: So wird die mit der Ausstellung der Erbescheinigung getroffene provisorische Ordnung der Erbfolge – unterbleibt die Einsprache oder die

Anfechtung – definitiv oder beeinflusst jedenfalls bei Anfechtung die prozessuale Rollenverteilung (vgl. OGer ZH LF200041 vom 1. Februar 2021, E. 4.).

3.1 Vorliegend lieferte F. _____ dem Eröffnungsgericht die letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 24. Mai 2016 ein, welche Willenserklärungen bezüglich Vermögensverfügungen im Falle ihres Todes enthält. Bei der eingereichten letztwilligen Verfügung handelt es sich zwar nicht um das Original, sondern vielmehr um eine (vom Notariat erstellte) Kopie, worauf die Bestätigung auf der letzten Seite hindeutet (vgl. act. 32, letzte Seite) und was letztlich auch vom Berufungskläger (der seinerseits wiederholt von einer "Kopie" – wenn auch einer nicht gewöhnlichen – spricht, vgl. act. 28 Rz. 7, act. 35 Rz. 2 f.) und vom Berufungsbeklagten anerkannt wird (act. 36 Rz. 9, 13 ff., 35). Dessen unbesehen war die eingereichte letztwillige Verfügung nach dem Gesagten durch das Eröffnungsgericht zu eröffnen, was die Vorinstanz zu Recht tat.

3.2 Ein Testament kann durch den Testator jederzeit in den gesetzlich vorgesehenen Formen widerrufen werden, namentlich durch Widerruf in einer für die Errichtung vorgeschriebenen Form (Art. 509 Abs. 1 ZGB) oder durch Vernichtung der Urkunde (Art. 510 Abs. 1 ZGB). Unter der Zerstörung der Urkunde oder des Textes ist das Zerreißen, Verbrennen, Wegwerfen, aber auch das Vernichten des Textes etwa durch Übermalen zu verstehen (PraxKomm Erbrecht-LENZ, 4. Aufl. 2019, Art. 510 N 4). Der Widerruf des Testamentes – sei er im Sinne von Art. 509 ZGB ausdrücklich erfolgt oder faktisch durch Vernichtung der Urkunde nach Art. 510 ZGB – verlangt einen erblasserischen Willen zur Zerstörung und Aufhebung des Testamentes (Aufhebungswillen, Widerrufswillen, *animus revocandi*) (BGE 144 III 81, E. 3.2.; BGer 5C.133/2002 vom 31. März 2003, E. 2.4.1; PraxKomm Erbrecht-LENZ, 4. Aufl. 2019, Art. 509 N 1). Erfolgt die Zerstörung ohne Widerrufswillen des Testators, mithin durch Zufall oder Verschulden anderer, hat die Vernichtung des Testamentes keinerlei Auswirkung auf die Gültigkeit des Testamentes, vorausgesetzt der Inhalt lässt sich wie auch immer rekonstruieren (Art. 510 Abs. 2 ZGB, vgl. auch PraxKomm Erbrecht-LENZ, 4. Aufl. 2019, Art. 509 N 8 m.w.H.).

3.3 Im Rahmen der *prima facie*-Auslegung durch das Eröffnungsgericht ist der Widerruf eines Testamentes grundsätzlich beachtlich. In einer Konstellation wie der vorliegenden, in welcher eine Testamentskopie eingereicht und die Zerstörung des Originals mit Widerrufswillen der Erblasserin behauptet wird, hat das Eröffnungsgericht unpräjudiziell zu prüfen, ob von einer gültigen Vernichtung im Sinne von Art. 510 Abs. 1 ZGB auszugehen ist. Denn eine Kopie eines Dokuments, welches die oben wiedergegebenen Anforderungen an eine letztwillige Verfügung erfüllt (vgl. E. III./2.1), bleibt solange beachtlich, als nicht nachgewiesen ist, dass der Verlust des Originals auf einer gültigen, willentlichen Vernichtung basiert. Über die Hintergründe einer Vernichtung und den *animus recovandi* des Testierenden, der eine innere Tatsache darstellt, dürfte das Eröffnungsgericht in der Regel keine detaillierten Kenntnisse haben. Wenn das Gericht jedoch aufgrund der Akten Zweifel am *animus recovandi* hat, ist dies in die unpräjudizielle Prüfung einzubeziehen.

3.3.1 Der Berufungsbeklagte behauptet wie gezeigt, die Erblasserin habe ihr Testament widerrufen wollen; die Zerstörung des Testamentes im Original durch den Notar stelle laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine zulässige Form der Vernichtung im Sinne von Art. 510 Abs. 1 ZGB dar.

3.3.2 Der Berufungsbeklagte verweist auf BGE 83 II 504 (act. 36 Rz. 26). In dieser Entscheidung war strittig, ob es für den Widerruf im Sinne von Art. 510 Abs. 1 ZGB ausreiche, wenn der Erblasser lediglich die ihm ausgehändigte Kopie der letztwilligen Verfügung vernichtet, soweit es aufgrund kantonaler Bestimmungen den Notariaten grundsätzlich untersagt ist, die bei ihnen befindliche Originalurkunde herauszugeben. Das Bundesgericht verneinte dies mit der Überlegung, dass die kantonale Bestimmung, wonach das Testament durch den Notar aufzubewahren sei, zwar die Möglichkeit des Erblassers einschränke, die Urkunde jederzeit zu vernichten. Ein Widerruf eines solchen Testamentes durch Vernichtung erscheine aber nicht als unmöglich, könne sich der Erblasser doch an den Notar wenden und ihn anweisen, die Urkunde zwecks Widerrufs des Testamentes durch Durchstreichen, Durchschneiden oder Radieren zu vernichten (BGE 83 II 504, E. 2 = Pra. 1958 Nr. 45).

Diesem (wenn auch bereits lange zurückliegenden) Entscheid lässt sich eine grundsätzlich bejahende Haltung des Bundesgerichts gegenüber der Gültigkeit des Widerrufs i.S.v. Art. 510 Abs. 1 ZGB bei Vernichtung durch einen Dritten entnehmen. Zum einen betraf dieser Fall aber eine Konstellation, in welcher die beim Notariat verwahrte letztwillige Verfügung gemäss dem Recht des Kantons Waadt nicht an den Testator herausgegeben werden durfte, was hier nicht einschlägig ist (vgl. § 122 der Verordnung des Obergerichtes über die Notariate vom 23. November 1960, LS 242.2 [NotVo/ZH], wonach die letztwillige Verfügung an den Erblasser herausgegeben und damit grundsätzlich auch durch diesen persönlich vernichtet werden kann). Zum andern waren die Überlegungen des Bundesgerichtes abstrakt und theoretisch, ohne dass auf die sich im Einzelfall stellenden Fragen eingegangen wurde. Mit einem konkreten Fall, in welchem die Frage nach der Gültigkeit eines Widerrufs infolge Vernichtung nach Art. 510 Abs. 1 ZGB bei Vornahme der Vernichtungshandlung durch einen Dritten hätte geprüft werden müssen, hat sich das Bundesgericht soweit ersichtlich bis heute nicht auseinandergesetzt. Damit lässt die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung einerseits die Frage offen, inwiefern eine Drittvernichtung überhaupt mit dem Wortlaut von Art. 510 Abs. 1 ZGB, der eine Vernichtung durch den Erblasser persönlich verlangt, vereinbar ist. Offen ist andererseits auch, wie genau eine solche Willensäusserung mit anschliessender Drittvernichtung in der Praxis auszusehen hätte, insbesondere in welcher Form und in welchem Rahmen eine Anweisung oder ein Auftrag an einen Dritten durch den Erblasser zu erfolgen und wie konkret der Dritte in der Folge vorzugehen hätte.

Einschlägige Antworten auf diese Fragen finden sich auch in der Literatur keine. Zwar wird in einem Teil der Literatur die Meinung vertreten, dass eine (gültige) Vernichtung des Testamentes auch durch einen Dritten erfolgen könne. Die entsprechenden Meinungen beschränken sich aber weitestgehend darauf, die Möglichkeit der Vernichtung durch Dritte pauschal zu bejahen, ohne sich mit den sich stellenden rechtlichen als auch praktischen Fragen auseinanderzusetzen (vgl. ZK ZGB-ESCHER, 3. Aufl. 1959, Art. 510 N 4; BK ZGB-WEIMAR, 2009, Art. 509–511 N 12; WEIGOLD, Aufhebung und Änderungen letztwilliger Verfügungen, Diss. Zürich 1969, S. 112 f.; JOOS, Testamentsformern in der Schweiz und in

den USA, Diss. Zürich 2001, S. 201). Reicher an Argumenten erscheinen dagegen diejenigen Meinungen, welche der Möglichkeit der gültigen Vernichtung i.S.v. Art. 510 Abs. 1 ZGB durch einen Dritten ablehnend oder zumindest kritisch gegenüberstehen (vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID, 6. Aufl. 2019, Art. 509–511 N 5a; WOLF/GENNA, Erbrecht, SPR IV/1, 2012, S. 366 f.; WOLF/WILD, Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung, *successio* 2010, S. 77 ff., S.80 f.).

3.3.3 Vorliegend fehlt es an hinreichenden Hinweisen auf einen klaren, auf die Vernichtung des Testamentes gerichteten Widerrufswillen der Erblasserin.

Das einzige Dokument vom Tag des angeblichen Widerrufs ist der "Empfangsschein der Verfügung Nr. ...", mit dem die Erblasserin gegenüber dem Notariat quittierte, ein "Kuvert: offen, enthaltend öffentliches Testament" am 9. Juli 2022 empfangen zu haben mit dem "Grund: Rückzug". Aus diesem Empfangsschein lässt sich kein Widerrufswille der Erblasserin ableiten, kann doch ein Erblasser gestützt auf § 122 NotVo/ZH sein Testament gegen Empfangsschein (vgl. § 123 NotVo) herausverlangen und lässt das Zurückziehen des Testamentes von der Depotstelle für sich allein nicht auf einen Widerruf schliessen (vgl. PraxKomm Erbrecht-LENZ, 4. Aufl. 2019, Art. 509 N 4).

Ausser diesem Empfangsschein fehlen von Seiten des Notariates jegliche Unterlagen bezüglich des angeblich erfolgten Gesprächs, des erfolgten Auftrags zur Vernichtung, einer entsprechenden Vollmacht zuhanden des Notars, die Vernichtung anstelle der Erblasserin vorzunehmen, oder einer Quittung, dass das Testament zwecks Vernichtung von der Erblasserin an den Notar zurücküberreicht worden wäre. Damit liegt einzig das Schreiben des Notars K. _____ vom 21. September 2022 (act. 22/3) vor, in welchem dieser ausführte, die Erblasserin habe ihre öffentliche letztwillige Verfügung vom 24. Mai 2016 am 9. Juli 2021 in seiner Anwesenheit zurückgezogen und ihm dann mit ihrem ausdrücklichen Willen zur Vernichtung übergeben. Die Vernichtung sei dann durch ihn in seinem Büro erfolgt. Es habe dem ausdrücklichen Willen der Erblasserin entsprochen, das Testament zurückzuziehen und zu vernichten.

Dieses Schreiben wurde nicht nur viel später und auf ausdrücklichen Wunsch des von der Vernichtung profitierenden Berufungsbeklagten unter Bezugnahme auf dessen Schreiben vom 15. September 2022 verfasst, sondern es

gibt auch einzig die Wahrnehmung des Notars wieder. Dabei erfolgt dessen Umschreibung des Sachverhaltes schematisch und wenig detailliert, insbesondere auch ohne weitergehende Angaben zum Ablauf oder dem konkreten Inhalt des Besprochenen, womit kein umfassendes Bild vom Gespräch und von der Form oder dem Wortlaut der angeblichen Willensäußerung und damit dem Widerrufswillen der Erblasserin vorliegt.

3.3.4 Unter den gegebenen Umständen erscheint eine Vernichtung durch eine Drittperson ohne schriftliche Ermächtigung oder einen anderen Nachweis seitens der Erblasserin in rechtlicher Hinsicht derart heikel, dass im Rahmen der Testamentseröffnung kein gültiger Widerruf im Sinne von Art. 510 Abs. 1 ZGB anzunehmen ist. Auf den vom Berufungsbeklagten im Wiedererwägungsgesuch behaupteten Widerruf des Testamentes vom 24. Mai 2016 ist entsprechend nicht abzustellen. Die Beurteilung der tatsächlichen Sachlage und der sich stellenden rechtlichen Fragen ist dem ordentlichen Gericht vorbehalten.

3.4 Nach dem Gesagten ist die Berufung gutzuheissen. Die Dispositiv Ziffern 1–8 des Urteils vom 18. Oktober 2022, mit welchen die Vorinstanz u.a. das Urteil vom 11. August 2022 aufgehoben und im Hinblick darauf weitere Anordnungen getroffen hat, sind aufzuheben. Das vor Vorinstanz gestellte Wiedererwägungsgesuch des Berufungsbeklagten ist abzuweisen.

3.5 Nicht einzugehen ist bei dieser Ausgangslage auf die weiteren Vorbringen der Parteien, namentlich auf die konkreten Umstände, welche zum angeblichen Widerruf geführt haben sollen oder die Fragen nach dem Vorliegen eines Willensmangels oder der Handlungsfähigkeit der Erblasserin zum Zeitpunkt des angeblichen Widerrufs. Sie werden gegebenenfalls im ordentlichen Verfahren zu klären sein.

IV.

1. Die Bemessung der Entscheidgebühr im angefochtenen Entscheid wurde nicht bemängelt, weshalb es bei dieser bleibt. Die Kostenaufgabe zulasten des Nachlasses sowie der Bezug der Kosten vom Berufungsbeklagten wurden eben-

falls nicht bemängelt und sind nicht zu beanstanden. Die erstinstanzliche Kostenregelung ist damit zu bestätigen.

2.1 Die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Nachdem die vorliegende Berufung gutzuheissen ist, wird der Berufungsbeklagte für das vorliegende Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

2.2 Die Kosten für das Rechtsmittelverfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1, 2 und 3 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'800.– festzusetzen.

Eine Parteientschädigung wurde vom Berufungskläger nicht verlangt und ist ihm bereits deshalb nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv Ziffern 1–8 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 18. Oktober 2022 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

- " 1. Das Gesuch vom 11. Oktober 2022 um Wiedererwägung des Urteils vom 11. August 2022 (Geschäfts Nr. EL220307) wird abgewiesen.
- 2.–8. [Aufgehoben]"

2. Die erstinstanzliche Kostenregelung (Dispositiv Ziffern 9 und 10) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'800.– festgesetzt und dem Berufungsbeklagten auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage von Doppeln der act. 36 u. 37/1–4, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen, je gegen Empfangsschein.
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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert wurde nicht ermittelt.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am:

15. Februar 2023