

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF170077-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 13. April 2018

in Sachen

A._____,
Berufungskläger,

gegen

B._____,
Berufungsbeklagter,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

betreffend **Einsprache**

im Nachlass von C._____, geboren tt. März 1938, von Zürich und Glarus,
gestorben tt.mm.2017, wohnhaft gewesen ... [Adresse],

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes Erbschaftssachen des Bezirksge-
richtes Zürich vom 24. November 2017 (EN170349)

Rechtsbegehren des Berufungsklägers:

(act. 6, sinngemäss)

Einsprache gegen die Ausstellung eines Erbscheins (Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, vom 21. Juni 2017 [Geschäfts-Nr. EL170610-L/U]).

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen vom 24. November 2017:

(act. 11 = act. 13 [Aktenexemplar] = act. 15)

1. Das Geschäft wird als zufolge Vergleichs erledigt abgeschrieben.
2. Es wird nach Ablauf der Berufungsfrist auf Verlangen der Erbschein in Abänderung von Dispositiv Ziff. 2 des Urteils vom 21. Juni 2017 lautend auf B._____ ausgestellt. Entsprechend wird auch ein Willensvollstreckerzeugnis lautend auf B._____ ausgestellt.
3. Der Erbschaftsverwalter wird ermächtigt, das Nachlassvermögen nach unbenütztem Ablauf der Berufungsfrist dem Erben und Willensvollstrecker (Ziff. I) herauszugeben. Die Erbschaftsverwaltung wird auf diesen Zeitpunkt hin (Herausgabe der Hinterlassenschaft) aufgehoben.
Die Regelung des Nachlasses ist Sache des Erben.
4. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt und vom Alleinerben und Willensvollstrecker B._____ (Ziff. I) bezogen.
- 5.-6. (Mitteilung, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (act. 14 = act. 16, sinngemäss):

Es sei die Berufung gutzuheissen und das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, Geschäfts-Nr. EN170349-L, vom 24. November 2017 aufzuheben.

des Berufungsbeklagten (act. 24):

1. Auf die Berufung sei nicht einzutreten.
 2. Eventuell: Die Berufung sei abzuweisen.
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Berufungsklägers.

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Am tt.mm.2017 verstarb C._____ sel. (nachfolgend: Erblasserin), geboren am tt. März 1938, mit letztem Wohnsitz in Zürich (act. 5/4). Der Berufungskläger ist der Bruder der Erblasserin (vgl. act. 5/6). Er wurde gemäss vorläufiger Auslegung in sämtlichen eröffneten Testamenten vom Erbrecht ausgeschlossen (vgl. [Testamenteneröffnungs-]Urteil vom 21. Juni 2017, Geschäfts-Nr. EL170610-L, E. III.-V.). Der Berufungsbeklagte ist das Patenkind der Erblasserin (vgl. act. 14 S. 12 i.V.m. act. 24 S. 14) und wird im dritt- und viertjüngsten der eröffneten Testamente als Alleinerbe eingesetzt sowie zum Willensvollstrecker ernannt (vgl. Urteil vom 21. Juni 2017, a.a.O., E. III.).

1.2 Gegenstand des Berufungsverfahrens ist die Frage, ob das Einzelgericht in Erbschaftssachen des Bezirkes Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) zu Recht mit dem angefochtenen Urteil vom 24. November 2017 (act. 11 = act. 13 [Aktenexemplar] = act. 15) die Dispositiv-Ziffer 2 ihres (Testamenteneröffnungs-)Urteils vom 21. Juni 2017 in Wiedererwägung gezogen, das Einspracheverfahren aufgrund der seitens des Berufungsbeklagten eingereichten Vereinbarungen (act. 8/1-12) als durch Vergleich erledigt abgeschrieben, diesen als Alleinerben und Willensvollstrecker betrachtet sowie ihm die Ausstellung einer Erbenbescheinigung und eines Willensvollstreckerzeugnisses in Aussicht gestellt hat (vgl. act. 13 E. II./1).

2.1 Am 6. Juni 2017 reichte das Notariat ...-Zürich der Vorinstanz acht Testamente der Erblasserin offen zur Eröffnung ein. Sechs Testamente datieren vom

20. Februar 1983 (in Form einer Fotokopie), vom 12. Oktober 1994 (mit einer Streichung und Korrekturen), vom 18. Mai 2003 (mit diversen Korrekturen), vom 16. Oktober 2010, vom 22. Juni 2012 und vom 24. Juni 2012. Zwei Testamente sind undatiert und nicht unterzeichnet. In der Folge ermittelte die Vorinstanz anhand der beigezogenen Familienscheine die gesetzlichen Erben (act. 5/4-6) sowie die Identität der in den eingereichten letztwilligen Verfügungen eingesetzten Erben und übrigen Begünstigten (act. 5/8-37). Mit Urteil vom 21. Juni 2017 eröffnete die Vorinstanz die bei ihr eingereichten Testamente. Dabei hielt sie fest, was die Erblasserin inhaltlich in ihren Testamenten verfügt hatte (vgl. a.a.O., E. III.-V.). Weiter stellte sie fest, dass die Erblasserin ihren Bruder, den Berufungskläger, in sämtlichen Testamenten vom Erbe ausgeschlossen hatte (vgl. a.a.O., E. III). Gemäss vorläufiger Auslegung seien als eingesetzte Erben jene in der (jüngsten) letztwilligen Verfügung vom 24. Juni 2012 eingesetzte zu betrachten (vgl. a.a.O., E. III.17 sowie III.19-21), weshalb die Vorinstanz diesen die Ausstellung einer Erbenbescheinigung in Aussicht stellte (vgl. a.a.O., Dispositiv-Ziffer 2). Sie erwog, ein solcher werde ausgestellt, sofern nicht der gesetzliche Erbe und/oder ein der von ihr in E. III./2-16 der Verfügung aufgelisteten, aus einer früheren Verfügung Bedachten dagegen innert Monatsfrist durch Eingabe an sie Einsprache erhebe (vgl. a.a.O., Dispositiv-Ziffer 3).

Das Urteil vom 21. Juni 2017 wurde dem Berufungskläger am 1. Juli 2017 und dem Berufungsbeklagten am 4. Juli 2017 zugestellt (vgl. act. 5/38).

2.2 Mit Eingabe vom 4. Juli 2017 erhob der Berufungsbeklagte fristgerecht Einsprache (act. 1).

Mit Eingabe vom 11. Juli 2017 (Eingang Vorinstanz: 13. Juli 2017) erhob auch der Berufungskläger fristgerecht Einsprache bei der Vorinstanz. Die Einsprache ist an die Vorinstanz adressiert und im Aktenverzeichnis der Verfahrensakten betreffend die Einsprache des Berufungsbeklagten (Geschäfts-Nr. EN170349-L) ohne eigene Aktennummer zusammen mit der Berufung des Berufungsklägers einakturiert, welche zum Verfahren mit der Geschäfts-Nr. LF170040 vor der Kammer geführt hatte (vgl. act. 6 "Einsprache/Berufung" und OGer ZH LF170040, Beschluss vom 26. Juli 2017). Auch wenn dies aufgrund der

unübersichtlichen Aktenführung nicht auf Anhieb erkennbar ist, ist die fristgerechte Einsprache des Berufungsklägers Teil der Akten.

2.3 Mit Eingabe vom 22. November 2017 reichte der Berufungsbeklagte bei der Vorinstanz aussergerichtliche Vereinbarungen (vgl. act. 8/1-12) ein und verlangte die Ausstellung einer Erbenbescheinigung sowie eines Willensvollstreckerzeugnisses (vgl. act. 7 S. 2). In den Vereinbarungen hatten nicht nur die vier gemäss vorläufiger Auslegung durch die Vorinstanz ermittelten (durch das jüngste der eröffneten Testamente, vom 24. Juni 2012) eingesetzten Erben auf Ansprüche am Nachlass verzichtet (vgl. Urteil vom 21. Juni 2017, Dispositiv-Ziffer 2 und 3 i.V.m. act. 8/2 [Schweizer Berghilfe], 8/9 [CBM Schweiz], 8/10 [Lungenliga Schweiz] und 8/12 D._____ Genossenschaft ... Künstler), sondern auch sämtliche (übrigen) aus dem zweitjüngsten der eröffneten Testamente (jenem vom 22. Juni 2012) Bedachten (vgl. act. 8/1 [Médecins Sans Frontières], 8/3 [Winterhilfe Schweiz], 8/4 [Stiftung E._____], 8/5 [Verein F._____ Schweiz], 8/6 [Schweizer Patenschaft für Berggemeinden], 8/7 [Biovision Stiftung für ...], 8/8 [Terre des hommes], 8/11 [Schweizerischer Blinden- und Sehbehindertenverband]).

2.4 Mit Urteil vom 24. November 2017 (act. 11) schrieb die Vorinstanz das Einspracheverfahren (Geschäfts-Nr. EN170349) gestützt auf die von diesem eingereichten aussergerichtlichen Vereinbarungen (vgl. act. 8/1-12) als durch Vergleich erledigt ab (vgl. act. 11 Dispositiv-Ziffer 1). Dabei erwog die Vorinstanz namentlich, die eingereichten Vereinbarungen seien zulässig und klar. Aufgrund dessen sei "der Einsprecher", der Berufungsbeklagte, als Alleinerbe zu betrachten (vgl. act. 11 E. I. und II.).

3.1 Mit Eingaben vom 23. Dezember 2017 (act. 14) und 27. Dezember 2017 (act. 16 = entspricht act. 14) erhob der Berufungskläger rechtzeitig (vgl. act. 11A) Berufung gegen dieses Urteil, unter Beilage seiner Einsprache sowie des angefochtenen Entscheides (vgl. act. 17/1-2). Obwohl unter den Empfängern in Dispositiv-Ziffer 5 nicht erwähnt, wurde ihm das Urteil am 13. Dezember 2017 zugestellt (act. 11A). Nachdem dem Berufungskläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt worden war (vgl. act. 18) stellte er ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. act. 20 und act. 21/3-15). Mit Be-

schluss vom 15. März 2018 (act. 22) wurde dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege antragsgemäss bewilligt und gleichzeitig dem Berufungsbeklagten Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt, unter Zustellung der Berufungsschrift samt Beilagen. Die Berufungsantwort (act. 24) samt Beilagen (act. 25-/1-3) wurde fristgerecht erstattet (vgl. act. 22 i.V.m. act. 23/2). Da – wie nachfolgend darzulegen sein wird – die Berufung gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben ist, sind dem Berufungskläger mit dem vorliegenden Urteil noch die jeweiligen Doppel der Berufungsantwort und deren Beilagen zuzustellen.

3.2 Weitere Eingaben, die der Berufungskläger in seiner Berufung zu "integrierenden Bestandteilen" erklärt und deren Nachreichen er in Aussicht stellt (vgl. act. 14 S. 14), sind nicht erfolgt. Die weiteren Eingaben vom 11. April 2018 (act. 26) und 12. April 2018 (act. 28) je inkl. Beilagen (act. 27/1-2 und 29/1-2) wurden zu spät eingereicht und sind nicht zu berücksichtigen.

4. Die vorinstanzlichen Akten (Geschäfts-Nr. EN170349-L) wurden beigezogen (vgl. act. 1-11). Diese enthalten auch die Akten des Testamentseröffnungsverfahrens vor der Vorinstanz (Geschäfts-Nr. EL170610-L) (vgl. act. 5/1-34). Die Sache ist damit spruchreif.

II.

Prozessuales

1.1 Die Berufung nach Art. 308 ff. ZPO ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 ZPO). An die Begründung des Rechtsmittels werden bei Laien nur minimale Anforderungen gestellt. Als Antrag genügt eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Obergericht entscheiden soll. Und als Begründung reicht es aus, wenn auch nur rudimentär zum Ausdruck kommt, weshalb der angefochtene Entscheid nach Auffassung der Partei unrichtig sein soll (vgl. statt vieler OGer ZH LF130019 vom 22. April 2013, E. II. mit Verweis auf OGer ZH PF110034 vom 22. August 2011). Bei Unklarheiten entnimmt die Kammer einer Rechtsschrift das, was sie bei loyalen Verständnis daraus entnehmen

kann (vgl. OGer ZH PS170262 vom 6. Dezember 2017, E. 2.2; OGer ZH RB150008 vom 17. April 2015, E. 2.2).

1.2 Auch wenn die Eingabe des Berufungsklägers nicht einfach zu verstehen ist, geht daraus doch hervor, dass er mit dem angefochtenen Urteil vom 24. November 2017 nicht einverstanden ist und sich gegen die Ausstellung einer Erbenbescheinigung an den Berufungsbeklagten wehrt, der von der Vorinstanz gemäss in Wiedererwägung gezogener, neuer vorläufiger Auslegung als Alleinerbe und Willensvollstrecker betrachtet wurde. Die diesem Urteil zugrunde liegenden Vereinbarungen betrachtet er als nicht rechtswirksam. Er beantragt, es sei festzustellen, dass das Einspracheverfahren nicht als durch Vergleich erledigt abgeschlossen werden könne, die Erbschaftsverwaltung fortzusetzen, die Erbschaft nicht an den Berufungsbeklagten herauszugeben sowie diesem weder eine Erbenbescheinigung noch ein Willensvollstreckerzeugnis auszustellen sei (vgl. act. 14 S. 1). Damit kommt er seiner Antrags- und Begründungspflicht hinreichend nach.

1.3 Weitere Zulässigkeitsvoraussetzung eines jeden Rechtsmittels und damit auch der vorliegenden Berufung ist namentlich die Beschwer; sie ist das für das Rechtsmittelverfahren von Amtes wegen zu beachtende Pendant zum Rechtsschutzinteresse im erstinstanzlichen Verfahren und stellt mithin eine Prozessvoraussetzung dar (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Das Erfordernis der Beschwer bedeutet, dass nur derjenige zur Erhebung eines Rechtsmittels befugt ist, der ein (von der Rechtsordnung geschütztes, das heisst) schutzwürdiges Interesse (tatsächlicher oder rechtlicher) Natur an der Abänderung des vorinstanzlichen Entscheides besitzt (vgl. BGE 120 II 5 ff., E. 2a; ZK ZPO-REETZ, 3. Aufl. 2016, Vor Art. 308 ff. N 30).

1.4 Der Berufungskläger hat als gesetzlicher Erbe, der nach beiden vorläufigen Auslegungen der letztwilligen Verfügungen von der Erbfolge ausgeschlossen ist und die gewillkürte Erbfolge bestreitet, ungeachtet der materiell-rechtlichen Rechtslage ein schützenswertes Interesse daran, dass auch dem gemäss neuer bzw. in Wiedererwägung gezogener vorläufiger Auslegung als eingesetzten Alleinerben und Willensvollstrecker geltenden Berufungsbeklagten keine Erbenbescheinigung und kein Willensvollstreckerzeugnis ausgestellt wird. Der Berufungs-

kläger hat vor Vorinstanz Einsprache gegen das Urteil vom 21. Juni 2017 erhoben, in welchem in vorläufiger Auslegung der eingereichten Testamente die erwähnten *anderen Erben* als eingesetzte Erben betrachtet wurden. Aus den beigezogenen Akten ergibt sich nicht, dass diese – wie gesehen nicht akturierte – Einsprache von der Vorinstanz als solche entgegengenommen und materiell behandelt wurde. Das neue Urteil vom 24. November 2017 nimmt hierauf ebenso wenig Bezug wie die – ebenfalls nicht akturierte – Verfügung vom 5. Juli 2017, mit welcher "von der Einsprache" Vormerk genommen und eine Erbschaftsverwaltung angeordnet wurde (Aktenstück zwischen act. 10 und 11 der vorinstanzlichen Akten). Damit steht eine Gehörsverweigerung im Raum, welche der Berufungskläger indes nicht rügt. Mit Erlass des Urteils vom 24. November 2017 war die Ausstellung der Erbenbescheinigung und des Willensvollstreckerzeugnisses an den *Berufungsbeklagten* noch nicht verhindert. Zudem hat sich der Berufungskläger den Vereinbarungen über die vorläufige Auslegung nicht angeschlossen, aufgrund welcher die Vorinstanz das Einspracheverfahren mit dem angefochtenen Urteil abschrieb; er hat den Berufungsbeklagten somit nicht als Alleinerben und Willensvollstrecker anerkannt (vgl. nachfolgend E. III./2). Ein Rechtsschutzinteresse des Berufungsklägers ist indes ohne Weiteres zu bejahen.

Die Ausführungen des Berufungsbeklagten zum fehlenden Rechtsschutzinteresse bzw. zur fehlenden Beschwer (vgl. act. 24 S. 2 ff. Ziff. 2) zielen deshalb ins Leere (vgl. nachfolgend E. III./2 f.), weil sie die materiell-rechtliche Situation betreffen, welche nicht Thema dieses Verfahrens ist.

2. Die Testamentseröffnung nach Art. 556 ff. ZGB dient der Bekanntgabe des Verfügungsinhaltes und der Einräumung einer Kontrollmöglichkeit an die anwesenden Personen. Diese sollen sich vom Inhalt und Zustand der Urkunde selbst ein Bild machen können (vgl. BSK ZGB II-KARRER/VOGT/LEU, 5. Aufl. 2015, Art. 557 N 1 f. und Art. 558 N 1). Wie bereits im Berufungsverfahren des Berufungsklägers vor der Kammer gegen das Testamentseröffnungsurteil der Vorinstanz vom 21. Juni 2017 ausgeführt wurde (vgl. Geschäfts-Nr. LF170040), hat das Einzelgericht – im Hinblick auf die nach Art. 559 ZGB auszustellende Erbscheinigung – die gesetzlichen und allenfalls eingesetzten Erben zu ermitteln, zu

diesem Zweck allenfalls Testamente vorläufig und unpräjudiziell für ein ordentliches Gerichtsverfahren auszulegen (vgl. OGer ZH LF170040, Beschluss vom 26. Juli 2017, E. II./1.). Über die definitive Auslegung der letztwilligen Verfügung und die damit verbundene Frage, ob einer Person Erbenstellung zukommt oder nicht, äussert sich somit nicht die den Erbschein ausstellende Behörde, sondern das ordentliche Gericht. Daher prüft die Kammer nach ständiger Praxis im Rechtsmittelverfahren auch einzig, ob das Einzelgericht bei der Testamentseröffnung in diesem beschränkten Rahmen zutreffend vorgegangen ist (vgl. OGer ZH LF160012 vom 10. März 2016, E. 3b; OGer ZH LF160062 vom 18. Oktober 2016, E. 2.3; OGer ZH, LF130079 vom 27. Mai 2014 E. 2.1).

III.

Materielles

1.1 Die Vorinstanz führte zur Begründung des angefochtenen Abschreibungsentscheides im Wesentlichen aus, aus den eingereichten aussergerichtlichen Vereinbarungen gehe hervor, dass sämtliche eingesetzten Erben und aus früherer Verfügung Bedachten gemäss Urteil vom 21. Juni 2017 (Geschäfts-Nr. EL170610) erklärt hätten, keinen Anspruch als Erben im Nachlass der Erblasserin zu haben. Die Vereinbarungen seien zulässig und klar. Daher sei der Berufungsbeklagte als Alleinerbe zu betrachten (vgl. act. 11). Sie zog Dispositiv-Ziffer 2 ihres Urteils vom 21. Juni 2017 (vgl. act. 13 E. II./Ziff. 2) in Wiedererwägung, in welcher sie den gemäss ursprünglicher vorläufiger Auslegung als eingesetzte Erben zu betrachtenden Begünstigten die Ausstellung einer Erbenbescheinigung in Aussicht gestellt hatte (vgl. oben E. I./Ziff. 2.1).

1.2 Der Berufungskläger richtet sich mit seiner Berufung im Ergebnis gegen die Abschreibung des Einspracheverfahrens, gegen die neue bzw. in Wiedererwägung gezogene vorläufige Auslegung durch die Vorinstanz und die dieser zugrunde liegenden, erwähnten Vereinbarungen sowie gegen die damit verbundene In-Aussicht-Stellung einer Erbenbescheinigung und eines Willensvollstreckerzeugnisses an den Berufungsbeklagten (vgl. oben E. II./1.2). Er bringt namentlich ver-

schiedene Gründe vor, aus welchen die zwölf Vereinbarungen (act. 8/1-12) nichtig sein sollen (vgl. act. 14 S. 8 – 10).

1.3 Der Berufungsbeklagte hält im Wesentlichen dafür, in der aussergerichtlichen Einigung würden die eingesetzten Erben anerkennen, dass die Testamente vom 24. Juni 2012 und vom 22. Juni 2012 ungültig seien und dass seine Einsprache (des Berufungsbeklagten) gegen die Ausstellung eines auf sie lautenden Erbscheins zu Recht erfolgt sei (vgl. act. 24 S. 8 f.). Die Vereinbarungen seien insbesondere weder nichtig noch verstiesen sie gegen Art. 2 ZGB (vgl. act. 24 S. 10 f.).

2.1 Ein Einspracherecht gegen die Ausstellung einer Erbescheinigung haben nach Art. 559 Abs. 1 ZGB die gesetzlichen, eingesetzten oder in einer früheren Verfügung eingesetzten Erben des betreffenden Nachlasses und dies während eines Monats nach Eröffnung der letztwilligen Verfügung. Eingesetzten Erben darf die Erbescheinigung nicht ausgestellt werden, wenn ihre Berechtigung ausdrücklich bestritten wird, jedenfalls solange diese nicht rechtskräftig bejaht worden ist. Eine Einsprache durch eine zur Bestreitung legitimierte Person gegenüber einem von mehreren auf den Nachlass Anspruch erhebenden Erben genügt, um Wirkung für und gegen alle Erben zu haben. Zur Bestreitung ist namentlich ein gesetzlicher Erbe berechtigt. Mit der Einsprache wird die Auslieferung der Erbschaft verhindert (vgl. EMMEL, in: ABT/WEIBEL [Hrsg.], a.a.O., Art. 559 N 9 und 11). Die Kognition der die Erbescheinigung ausstellenden Behörde ist auf eine vorläufige Auslegung beschränkt. Haben sich die Parteien bzw. Ansprecher über eine Auslegung der letztwilligen Verfügung geeinigt, ist diese Vereinbarung von der ausstellenden Behörde zu beachten (vgl. EMMEL, in: ABT/WEIBEL [Hrsg.], a.a.O., Art. 559 N 31 mit Verweis auf BGer 5A_495/2010 vom 10. Januar 2011, E. 2.3.2).

2.2 Gegen das Urteil der Vorinstanz vom 21. Juni 2017 erhob, wie bereits erwähnt, nicht nur der Berufungsbeklagte Einsprache (vgl. act. 1), der als in einer früheren Verfügung eingesetzter Erbe dazu legitimiert ist, sondern auch der Berufungskläger (vgl. act. 6), der als gesetzlicher Erbe dazu ebenfalls das Recht hat. Als gesetzlicher Erbe war er am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt, hat sich aber wie gesehen den Vereinbarungen (act. 8/1-12) über die vorläufige Auslegung

nicht angeschlossen. Wenn die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid erwog, es seien aussergerichtliche Vereinbarungen aller Beteiligten eingereicht worden, dann trifft dies daher nicht zu. Eine für die Vorinstanz beachtliche Einigung, die zur Abschreibung zufolge Vergleichs führen kann, läge nur dann vor, wenn sich *alle* Parteien darauf geeinigt hätten. Dies war vorliegend nicht der Fall. Es liegt keine Einigung *aller Beteiligten* über die Auslegung einer letztwilligen Verfügung vor, gemäss welcher der Berufungsbeklagte als Alleinerbe und Willensvollstrecker anzusehen wäre.

Indem die Vorinstanz dessen ungeachtet ihr Urteil vom 21. Juni 2017 in Dispositiv-Ziffer 2 mit dem angefochtenen Urteil vom 24. November 2017 in Wiedererwägung gezogen, das Einspracheverfahren durch Vergleich erledigt abgeschrieben und dem Berufungsbeklagten die Ausstellung einer Erbenbescheinigung sowie eines Willensvollstreckerzeugnisses in Aussicht gestellt hat, hat sie den Sachverhalt unrichtig festgestellt und Recht verletzt.

3. Nach dem Gesagten ist die Berufung gutzuheissen und das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, vom 24. November 2017 (Geschäfts-Nr. EN170349-L/U) vollumfänglich aufzuheben. Es bleibt somit beim Urteil vom 21. Juni 2017 und der darin wiedergegebenen vorläufigen Auslegung, bei den dagegen erhobenen Einsprachen des Berufungsklägers und des Berufungsbeklagten sowie der mit Verfügung vom 5. Juli 2017 aufgrund der Einsprache angeordneten Erbschaftsverwaltung.

Es bleibt anzufügen, dass die Einsprache ein Sicherungsmittel darstellt, mit dem sich der gesetzliche Erbe vor dem Schaden einer vorzeitigen Auslieferung der Erbschaft schützen kann. Nach der Praxis der Kammer soll ein Berechtigter die Ausstellung der Erbenbescheinigung aber nicht auf unbestimmte Zeit vereiteln können. Daher obliegt es dem Berufungskläger, innert Jahresfrist Klage zur Durchsetzung seiner Erbenstellung anzuheben (vgl. OGer ZH LF180005 vom 12. Februar 2018 E. 4 mit Verweis auf OGer ZH LF150041 vom 3. September 2015 und BGE 128 III 318 ff., E. 2). Aufgrund der hohen Komplexität derartiger Klagen ist dem Berufungskläger zu empfehlen, sich rechtskundig beraten zu lassen.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Berufungsbeklagte für die Verfahren vor beiden Instanzen kostenpflichtig – für das erstinstanzliche Verfahren, weil er die Ausstellung einer Erbenbescheinigung sowie eines Willensvollstreckerzeugnisses verlangte, im zweitinstanzlichen, weil die Berufung gutzuheissen ist und er daher unterliegt (vgl. Art. 106 Abs. 1 und Art. 318 Abs. 3 ZPO).

2. Das Verfahren betreffend die Ausstellung einer Erbenbescheinigung und eines Willensvollstreckerzeugnisses ist erstinstanzlich ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. oben E. III./2.1). Daher ist unabhängig vom Ausgang des Berufungsverfahrens an der erstinstanzlich festgesetzten Kostenregelung festzuhalten bzw. die von der Vorinstanz erhobene Entscheidgebühr von Fr. 2'500.– dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen sowie dem Berufungskläger keine Parteientschädigung zuzusprechen.

3. Wird eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit infolge Erhebung eines Rechtsmittels streitig, wird das Verfahren sachlich zu einem Zivilprozess, aber formell als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit weitergeführt (vgl. BGE 136 III 178 ff., E. 5.2 m.w.H.). Dies trifft auf dieses Berufungsverfahren zu, zumal die Berufung nicht ohne Anhörung des Berufungsbeklagten hätte gutgeheissen werden können, weil dieser dadurch beschwert gewesen wäre.

Im Berufungsverfahren beträgt der Streitwert rund Fr. 1'755'000.– (Steuerwert des Nachlasses, act. 5/3). Die Grundgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Beachtung des Äquivalenzprinzips und daher unter Berücksichtigung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 8 Abs. 3 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen und gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

Parteientschädigungen sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine zuzusprechen. Dem Berufungsbeklagten nicht, weil er unterliegt; dem Berufungskläger nicht, weil er zwar eine Entschädigung beantragt (vgl. act. 14 S. 1), aber weder

Auslagen noch eine angemessene Umtriebsentschädigung substantiiert geltend macht (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht Erbschaftssachen, vom 24. November 2017 (Geschäfts-Nr. EN170349-L/U) aufgehoben.
2. Die von der Vorinstanz erhobenen Gerichtskosten werden bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungsbeklagten auferlegt.
5. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage von Doppeln der Berufungsantwort (act. 24) und Beilagen (act. 25/1-3) sowie an den Berufungsbeklagten unter Beilage von Doppeln der weiteren Eingaben inkl. Beilagen (act. 26-29/1-2), und an das Einzelgericht Erbschaftssachen des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

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

7. 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 sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 1'755'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am:
16. April 2018