

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LF200022-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,  
Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur.  
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

## Urteil vom 26. Mai 2020

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend

### **Ausstellung eines Erbscheines**

im Nachlass von C.\_\_\_\_\_, geboren am tt. Juni 1921, von D.\_\_\_\_ ZH und  
E.\_\_\_\_ ZH, gestorben am tt.mm.2015, wohnhaft gewesen E.\_\_\_\_\_,

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom  
5. März 2020 (EM150197)

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien sind die Söhne des am tt.mm.2015 verstorbenen C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Erblasser). Mit Urteil vom 2. Juni 2015 eröffnete die Vorinstanz dessen letztwillige Verfügungen vom 8. April 1994 und vom 12. Januar 1998 und hielt fest, deren provisorische Auslegung ergebe, dass der Erblasser den Berufungskläger als Alleinerbe eingesetzt habe. Dem Berufungskläger werde auf schriftliches Verlangen eine Erbscheinung ausgestellt, sofern dagegen nicht innert Monatsfrist Einsprache erhoben werde. Im Übrigen stellte die Vorinstanz fest, dass der Erblasser die beiden Parteien als gesetzliche Erben hinterlassen hat (act. 3). Mit Schreiben vom 9. Juni 2015 erhob der Berufungsbeklagte Einsprache (act. 4). Die Vorinstanz nahm davon mit Urteil vom 1. Juli 2015 Vormerk (act. 5).

1.2. In der Folge hob der Berufungsbeklagte beim Bezirksgericht Horgen eine Ungültigkeitsklage an, welche mit Urteil vom 19. Juni 2018 abgewiesen wurde (act. 6). Der Berufungsbeklagte erhob Berufung gegen diesen Entscheid, welche mit Urteil des Obergerichts Zürich vom 3. Juli 2019 ebenfalls abgewiesen wurde (act. 10). Daraufhin gelangte der Berufungsbeklagte mit Beschwerde vom 9. September 2019 ans Bundesgericht (vgl. 26/5); das Verfahren ist noch pendent.

1.3. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2019 ersuchte der Berufungskläger die Vorinstanz um Ausstellung eines Erbscheines (act. 7). Mit Urteil vom 5. März 2020 wies die Vorinstanz das Gesuch ab (Dispositiv-Ziffer 1) und auferlegte dem Berufungskläger die Gerichtsgebühr von Fr. 500.– (Dispositiv-Ziffer 2; act. 17 = act. 22 = act. 24; nachfolgend zitiert als act. 22).

1.4. Gegen diesen Entscheid erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 26. März 2020 fristgerecht (vgl. act. 18/2) Berufung bei der Kammer, wobei er folgende Anträge stellte (act. 23):

- "1. Es sei Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. März 2020 aufzuheben, und es sei eine Erbenbescheinigung auf den Berufungskläger als gesetzlichen Erben auszustellen.
2. Es sei Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. März 2020 ersatzlos aufzuheben.

Unter ausgangsgemässen Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.)."

1.5. Mit Verfügung vom 29. April 2020 wurde dem Berufungsbeklagten Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt und die Prozessleitung wurde delegiert (act. 27). Innert Frist (vgl. act. 28) ging die Berufungsantwort vom 11. Mai 2020 ein, mit welcher der Berufungsbeklagte folgendes Begehren stellte (act. 29):

"Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Berufungsklägers."

1.6. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-20). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die Berufungsantwort vom 11. Mai 2020 ist dem Berufungskläger zusammen mit dem vorliegenden Entscheid zuzustellen.

## 2. Zur Berufung im Einzelnen

2.1. Die Vorinstanz erwog, die vom Berufungsbeklagten erhobene Beschwerde ans Bundesgericht richte sich gegen einen Entscheid über eine Klage auf Ungültigkeit eines Testaments. Solche Klagen würden Gestaltungsrechte betreffen. Damit komme der Beschwerde des Berufungsbeklagten ans Bundesgericht gestützt auf Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG aufschiebende Wirkung zu. Dies stehe der Ausstellung eines Erbscheins an den Berufungskläger zur Zeit entgegen, weshalb das entsprechende Gesuch abzuweisen sei (act. 22).

2.2. Der Berufungskläger wendet dagegen ein, beim Urteil des Obergerichts Zürich vom 3. Juli 2019, das der Berufungsbeklagte beim Bundesgericht angefochten habe, handle es sich nicht um ein Gestaltungsurteil im Sinne von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG. Letztwillige Verfügungen seien gültig, solange sie nicht auf Anfechtung hin mit einem Gestaltungsurteil für ungültig erklärt würden. Indem vorliegend die Ungültigkeitsklage des Berufungsbeklagten vollumfänglich abgewiesen worden sei, sei bezüglich des angefochtenen Testaments vom 12. Januar 1998

keine Rechtsänderung herbeigeführt worden. Vielmehr bleibe dessen Gültigkeit vollumfänglich bestehen, es sei keine Gestaltung vorgenommen worden. Einzig bei der Gutheissung der Ungültigkeitsklage wäre ein Gestaltungsurteil ergangen, da nur in diesem Fall eine Rechtsänderung herbeigeführt worden wäre. Entsprechend habe auch das Obergericht Zürich im Urteil vom 3. Juli 2019 festgehalten, dass einer Beschwerde an das Bundesgericht keine aufschiebende Wirkung zukäme. Der Berufungsbeklagte habe vor Bundesgericht die Erteilung der aufschiebenden Wirkung zudem nicht verlangt. Das Urteil des Obergerichts Zürich vom 3. Juli 2019 sei damit rechtskräftig, weshalb dem Berufungskläger ein Erbschein auszustellen sei (act. 23 Rz 13 ff.).

2.3. Der Berufungsbeklagte hält demgegenüber den angefochtenen Entscheid für korrekt. Bei der von ihm erhobenen Ungültigkeitsklage, bei welcher die Erbentstellung des Berufungsbeklagten im Nachlass des Erblassers und sein Pflichtteilsanspruch von 3/8 strittig seien, handle es sich unstrittig um eine Gestaltungs-klage. Der Berufungskläger gehe fehl, wenn er meine, lediglich ein gutheissender Entscheid über eine Gestaltungs-klage stelle ein Gestaltungsurteil dar. Massgeblich sei nicht das Ergebnis des Urteils, sondern das Klagefundament, auf welchem es beruhe. Daher sei auch ein abweisender Entscheid, welcher dem Kläger die Begründung, Abänderung oder Aufhebung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses versage, ein Gestaltungsurteil im Sinne von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG. Anders zu entscheiden würde zu einer verfassungswidrigen, rechtungleichen Behandlung der Prozessparteien vor Bundesgericht führen. Beim Hinweis zur aufschiebenden Wirkung in der Rechtsmittelbelehrung des Obergerichts Zürich im Entscheid vom 3. Juli 2019 handle es sich sodann um eine Standardformulierung. Zusammenfassend liege noch kein rechtskräftiger Entscheid vor, weshalb die Vorinstanz die Ausstellung des verlangten Erbscheins zu Recht verweigert habe (act. 29 Rz 4 ff.).

2.4. Dass es sich bei der vom Berufungsbeklagten erhobenen Ungültigkeitsklage um eine Gestaltungs-klage handelt, ist zutreffend und auch nicht bestritten. Zu klären ist vorliegend lediglich, ob es sich bei einem Entscheid, der eine solche Ge-

staltungsklage abweist, um ein Gestaltungsurteil im Sinne von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG handelt oder nicht.

2.5. Der Berufungsbeklagte verweist zum Nachweis seines Standpunktes auf eine auch von der Vorinstanz zitierte Literaturstelle, wonach ein Gestaltungsurteil im Sinne von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG vorliege bei einem Entscheid über eine Klage, die auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sei (Spühler, DIKE-Komm-BGG, 2. Aufl. 2013, Art. 103 N 5). Demgegenüber hält das Bundesgericht explizit fest, bei *Gutheissung* einer Ungültigkeitsklage ergehe ein Gestaltungsurteil (BGer 5A\_702/2016 vom 28. März 2017 E. 2.2; vgl. ferner BGE 81 II 33 E. 3). Auch nach Ansicht des Kommentators von Werdt liegt ein Gestaltungsurteil bei einem Entscheid auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses vor. Er begründet dies damit, dass es bei einer Beschwerde gegen einen entsprechenden Entscheid zu absurden Situationen führen würde, wenn keine aufschiebende Wirkung gelten würde. Als Beispiel führt er die Anfechtung des Scheidungsgrundes beim Bundesgericht auf, wobei ohne die Geltung der aufschiebenden Wirkung bereits geschiedene Ehegatten wieder verheiratet wären (Nicolas von Werdt, Stämpflis Handkommentar, BGG, 2. Aufl. 2015, Art. 103 N 7). Auch Klett vertritt die Ansicht, bei Gestaltungsurteilen im Sinne von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG handle es sich um Entscheide, die eine neue Rechtslage schaffen würden (BSK BGG-Klett, 3. Aufl. 2018, Art. 103 N 14). Diese vom Bundesgericht und den zuletzt zitierten Autoren vertretene Ansicht überzeugt. Nur wenn mit einem Entscheid die geltende Rechtslage verändert wurde, ist die aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen erforderlich, um unsinnige Resultate wie etwa im vom Kommentator von Werdt aufgeführten Beispiel zu vermeiden. Wird eine Gestaltungsklage demgegenüber abgewiesen, ändert sich an der geltenden Rechtslage nichts, weshalb auch die aufschiebende Wirkung nicht als zwingend erforderlich erscheint. Ohnehin kann einem Rechtsmittel gegen einen eine Klage abweisenden Entscheid bereits begrifflich keine aufschiebende Wirkung zukommen, weil es sich nicht um einen eingreifenden Rechtsakt handelt (vgl. Nicolas von Werdt, Stämpflis Handkommentar, BGG, 2. Aufl. 2015, Art. 103 N 2; ZR 112/2013 Nr. 10).

2.6. Aus dem vom Berufungsbeklagten zitierten Entscheid BGer 4A\_116/2007 vom 27. Juni 2007 (vgl. act. 29 Rz 8) lässt sich im Übrigen für den vorliegenden Fall nichts ableiten, äussert sich das Bundesgericht in diesem Entscheid doch nicht zur hier zu klärenden Frage. Eine rechtsungleiche Behandlung der Parteien ist dadurch, dass nur der Beschwerde gegen einen gutheissenden Entscheid, nicht aber derjenigen gegen ein abweisendes Urteil aufschiebende Wirkung zukommt, sodann nicht ersichtlich. Denn das Bundesgericht kann gemäss Art. 103 Abs. 3 BGG auf Antrag der betreffenden Partei eine andere Anordnung über die aufschiebende Wirkung treffen als dies vom Gesetz als Normalfall vorgesehen ist. Was schliesslich den Hinweis in der Rechtsmittelbelehrung des Entscheides des Obergerichts Zürich vom 3. Juli 2019 betrifft, wonach der Beschwerde ans Bundesgericht keine aufschiebende Wirkung zukomme (vgl. act. 26/4), so entspricht dies lediglich der Ansicht des Obergerichts Zürich im konkreten Fall. Zumindest gegenüber rechtskundigen Parteien vermag ein solcher Hinweis die gesetzliche Regelung der aufschiebenden Wirkung nicht zu beeinflussen, sodass nicht weiter relevant ist, ob der entsprechende Hinweis oder gar derartige Hinweise in anderen obergerichtlichen Entscheiden (vgl. act. 29 Rz 11) korrekt sind oder nicht.

2.7. Zusammenfassend handelt es sich beim Entscheid des Obergerichts Zürich vom 3. Juli 2019, mit welchem die Abweisung der Ungültigkeitsklage des Berufungsbeklagten im Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 19. Juni 2018 bestätigt wurde, nicht um ein Gestaltungsurteil im Sinne von Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG. Entsprechend gilt Art. 103 Abs. 1 BGG, wonach der Beschwerde gegen den zweitinstanzlichen Entscheid keine aufschiebende Wirkung zukommt. Der Berufungsbeklagte verlangte die Erteilung der aufschiebenden Wirkung unstrittig nicht (vgl. auch act. 26/5). Damit ist die Abweisung der vom Berufungsbeklagten erhobenen Ungültigkeitsklage rechtskräftig, sodass der Ausstellung eines Erbscheins nichts entgegensteht. Die Berufung ist demnach gutzuheissen. Somit ist der angefochtene Entscheid vollumfänglich aufzuheben und das Gesuch des Berufungsklägers vom 20. Dezember 2019 um Ausstellung eines Erbscheins gutzuheissen. Die Sache ist zur Ausstellung des Erbscheins an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens dem unterliegenden Berufungsbeklagten aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach dem Streitwert, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falls (vgl. § 2 Abs. 1 GebV OG). Der Streitwert für Verfahren betreffend Sicherungsmassregeln, zu denen auch die Ausstellung eines Erbscheins gehört (vgl. ZGB Sechzehnter Titel, Erster Abschnitt), betrifft den ganzen Nachlass (Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 91 N 31). Ausgehend vom Streitwert von Fr. 527'204.– im Verfahren betreffend die Ungültigkeitsklage (vgl. act. 26/4 Dispositiv-Ziffer 6), welcher – zumindest nach Ansicht des Berufungsbeklagten – dem gesetzlichen Erbanspruch des Berufungsbeklagten und damit der Hälfte des Nachlasses (vgl. Art. 457 Abs. 2 ZGB) entspricht, beläuft sich der gesamte Nachlass und damit auch der Streitwert des vorliegenden Verfahrens auf Fr. 1'054'408.–. In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

3.2. Eine Parteientschädigung ist nur auf Antrag zuzusprechen (BGE 139 III 334 E. 4.3). Der anwaltlich vertretene Berufungskläger verlangte eine "ausgangsgemässe" Regelung der Entschädigungsfolgen. Auch wenn er sich dabei nicht ausdrücklich auf eine bestimmte Gesetzesgrundlage bezog und die Entschädigung nicht bezifferte, ergibt sich daraus hinreichend klar, dass er gestützt auf Art. 95 Abs. 1 ZPO i. V. m. Art. 106 Abs. 1 ZPO bei Obsiegen eine angemessene, vom Berufungsbeklagten zu bezahlende Parteientschädigung beantragt. Der Berufungsbeklagte ist folglich als unterliegende Partei zu verpflichten, dem Berufungskläger eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer zu entrichten (§§ 4, 9 und 13 AnwGebV).

**Es wird erkannt:**

1. In Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 5. März 2020 aufgehoben und das Gesuch des Berufungsklägers vom 20. Dezember 2019 um Ausstellung eines Erbscheins gutgeheissen.

Die Sache wird zur Ausstellung des Erbscheins an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und dem Berufungsbeklagten auferlegt.
3. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, dem Berufungskläger eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage der Doppel von act. 29 und act. 30/1, sowie an das Bezirksgericht Horgen, 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. 1'054'408.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am:  
27. Mai 2020