

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PF220033-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichterin Dr. M. Sar-
bach sowie Gerichtsschreiberin Dr. S. Scheiwiller

Urteil vom 7. September 2022

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

Bezirksgericht Zürich,

Beschwerdegegner

betreffend **Testamentseröffnung / Rechtsverzögerung (EL220056)**

Erwägungen:

I.

1. Am tt.mm.2021 verstarb B. _____ (fortan Erblasser), geboren am tt. April 1931, mit letztem Wohnsitz in Zürich (act. 4/2). Mit Schreiben vom 13. Januar 2022 lieferte die Willensvollstreckerin die letztwillige Verfügung vom 12. Juli 2019 des Erblassers im Original beim Einzelgericht für Erbschaftssachen, 5. Abteilung, des Bezirksgerichts Zürich (fortan Vorinstanz) ein, mit der Bitte um Ausstellung eines Willensvollstreckerzeugnisses (act. 4/1/1). Das Willensvollstreckerzeugnis wurde ihr am 14. Januar 2022 ausgestellt (act. 4/7). Mit Schreiben vom 16. Mai 2022 reichte die Willensvollstreckerin zudem der guten Ordnung halber eine Kopie eines handschriftlichen Testaments vom 11. März 2019 ein, welches ihr nicht im Original vorliege (act. 4/1/2). In der Folge wurde die Erbenermittlung aufgenommen (vgl. act. 4/3–5).

2. Mit Eingabe vom 21. Juli 2022 erhob die Ehefrau des Erblassers (fortan Beschwerdeführerin) Rechtsverzögerungsbeschwerde, wobei sie um die Anordnung der unverzüglichen und vollständigen Eröffnung des Testaments des Erblassers unter Übernahme von Kosten und Entschädigung durch die Gerichtskasse ersuchte (act. 2 S. 2). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 4/1–12). Der mit Verfügung vom 5. August 2022 einverlangte Kostenvorschuss ging fristgemäss ein (act. 5–7). Mit Verfügung vom 26. August 2022 wurde der Vorinstanz alsdann Frist zur Vernehmlassung angesetzt (act. 8), welche mit Eingabe vom 30. August 2022 einging (act. 10). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Gemäss Art. 319 lit. c ZPO sind Fälle von Rechtsverzögerung mit Beschwerde anfechtbar. Mit umfasst von dieser Bestimmung ist auch die Rechtsverweigerung. Als Rechtsverzögerung im Sinne von Art. 319 lit. c ZPO gilt die ausdrückliche oder stillschweigende Weigerung eines Gerichts, eine im Gesetz vorgesehene und von einem Verfahrensbeteiligten angebehrte Amtshandlung zu er-

ledigen bzw. innert der gesetzlichen oder durch die Umstände gebotenen Frist vorzunehmen. Da es in Fällen der Rechtsverweigerung und -verzögerung daher regelmässig an einer anfechtbaren Entscheidung fehlt, ist die Beschwerde nach Art. 319 lit. c ZPO auch ohne Vorliegen eines eigentlichen Anfechtungsobjekts zulässig. Aus dem gleichen Grund ist das Rechtsmittel an keine Frist gebunden (vgl. Art. 321 Abs. 4 ZPO). Die Beschwerdeinstanz prüft eine Rechtsverzögerung mit freier Kognition. Dabei ist allerdings der Gestaltungsspielraum des Gerichts, dem die Verfahrensleitung zusteht, zu berücksichtigen. Eine eigentliche Pflichtverletzung und damit in diesem Sinne eine Rechtsverzögerung ist daher nur in klaren Fällen anzunehmen (vgl. zum Ganzen ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDt, 3. Aufl. 2016, Art. 319 N 16 ff., Art. 320 N 7 m.w.H.).

2. Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, die gesetzliche Vorgabe von höchstens einem Monat zur Zustellung ab Eingang des Testaments sei bewusst und absichtlich nicht eingehalten worden. Die Erben seien längst bekannt und das (mutmasslich brisante) Testament habe am Tage der Einreichung zur Ausstellung des Zeugnisses für die Willensvollstreckerin geführt. Weshalb die Eröffnung trotzdem bereits über sechs Monate verweigert werde, sei weder nachvollziehbar noch gerechtfertigt (act. 2 S. 2 f.).

3. Die Vorinstanz führt in ihrer Stellungnahme aus, der Begriff der Eröffnung im Sinne von Art. 557 ZGB bedeute, dass die Eröffnungsbehörde die Umhüllung einer verschlossenen eingelieferten Verfügung aufbreche, vom Inhalt der Verfügung selbst Kenntnis nehme, den Inhalt den Anwesenden zur Kenntnis gebe und die Verfügung den Anwesenden auf Verlangen zur Einsichtnahme vorlege. Bei der offenen eingelieferten Verfügung gehe es lediglich um die Bekanntgabe des Inhalts der Verfügung. Bei den Vorschriften handle es sich um Ordnungsvorschriften. Nur dieser Akt sei an die Monatsfrist ab Einreichung gebunden. Entgegen landläufiger Meinung dürfe die Testamentseröffnung dagegen nicht verwechselt werden mit der Mitteilung an die Beteiligten und der Eröffnung der Einsprachefrist im Sinne von Art. 558 f. ZGB, in Zürich "Testamentseröffnungsverfügung", d. h. Verfügung betreffend eine bereits erfolgte Testamentseröffnung, genannt. Zwar übernehme

die Mitteilung für die bei der Testamentseröffnung nicht anwesenden oder nicht bekannten gesetzlichen und eingesetzten Erben auch die Funktion der Eröffnung. Zentral sei aber bei der Eröffnungshandlung nicht nur die Information der (meist weitgehend noch nicht einmal ermittelten) Beteiligten, sondern vorab diejenige der Behörde, welche sobald als möglich die mit Rücksicht auf das Testament erforderlichen Vorkehren treffen solle (act. 10 Ziff. 1 S. 1 f.). Die Vorinstanz lade die Beteiligten praxisgemäss nicht zur Eröffnung der letztwilligen Verfügung gemäss Art. 557 ZGB ein. Auch vorliegend seien die Parteien zur am 14. Januar 2022 bzw. 17. Mai 2022 erfolgten Eröffnung der mit Begleitschreiben vom 13. Januar 2022 bzw. vom 16. Mai 2022 offen zur Eröffnung eingereichten letztwilligen Verfügungen des Erblassers vom 11. März 2019 sowie vom 12. Juli 2019 nicht vorgeladen worden. Es sei vorgesehen, dass die Testamente des Erblassers den Beteiligten mit dem zu gegebener Zeit zu erlassenden Testamentsöffnungsurteil eröffnet werden (act. 10 Ziff. 1 S. 2). Es treffe zu, so die Vorinstanz weiter, dass seit der gestützt auf Art. 557 Abs. 1 ZGB erfolgten Eröffnung der Testamente des Erblassers – das heisst am 14. Januar 2022 – der Vorinstanz bekannt gewesen sei, dass der Erblasser seine aktuelle Ehefrau (die Beschwerdeführerin) sowie zwei Kinder hinterlassen habe, da der Erblasser diese Personen in seinem Testament erwähne. Es sei allerdings Pflicht der Eröffnungsbehörde, gründlich nach den an der Erbschaft Beteiligten (das heisst unter anderem nach allen gesetzlichen und eingesetzten Erben) zu forschen. Die Erbenermittlung erfolge namentlich mittels Urkunden, daneben könnten auch die bekannten gesetzlichen und eingesetzten Erben, der Willensvollstrecker oder weitere Verwandte und Bekannte zur Mitwirkung aufgefordert werden (act. 10 Ziff. 2 S. 3). Schliesslich zeigte die Vorinstanz die einzelnen, im Zeitraum vom Januar 2022 bis Juli 2022 vorgenommenen Schritte der Erbenermittlung auf. Diese beinhalteten, da der Erblasser vor der Einbürgerung Staatsangehöriger des Vereinigten Königreichs gewesen war, auch grenzüberschreitende Anfragen und Korrespondenz (namentlich mit dessen Töchtern). Da die vorhandenen Urkunden über die Zeit, bevor sich der Erblasser vom Vereinigten Königreich kommend am 27. Januar 1985 in C._____ anmeldete, keine Auskunft dazu gaben, ob noch weitere Nachkommen vorhanden waren, war die Vorinstanz zuletzt damit beschäftigt, von einer ehemaligen guten

Freundin des Erblassers eine eidesstattliche Erklärung einzuholen. Letztere soll als Nachweis dafür, dass der Erblasser keine weiteren Kinder hinterlassen hatte, dienen (vgl. act. 10 Ziff. 2 S. 3 ff.). Dieses Vorgehen bei der Erbenermittlung wird vonseiten der Beschwerdeführerin nicht beanstandet, weshalb es sich erübrigt, weiter darauf einzugehen.

4. Gemäss Art. 557 Abs. 1 ZGB muss die (letztwillige) Verfügung des Erblassers binnen Monatsfrist nach der Einlieferung von der zuständigen Behörde – im Kanton Zürich das Einzelgericht – eröffnet werden. Zu der Eröffnung werden die Erben, soweit sie den Behörden bekannt sind, vorgeladen (Art. 557 Abs. 2 ZGB). Eröffnung bedeutet Bekanntgabe des Inhalts der Verfügung durch die Eröffnungsbehörde an die Eröffnungsempfänger, wobei die Erben die Eröffnungsempfänger sind (EMMEL, PraxKomm Erbrecht, 4. Aufl. 2019, Art. 557 N 1 und N 4). Die Eröffnung ist sobald wie möglich nach der Einlieferung, spätestens jedoch innert der gesetzlichen Maximalfrist von einem Monat vorzunehmen. Die Maximalfrist darf dann überschritten werden, wenn gar kein Erbe bekannt ist und angeschrieben werden kann (OGer ZH ZR 1974 Nr. 3 E. 1; OGer ZH ZR 1959 Nr. 58; EMMEL, a.a.O., Art. 557 N 5; KARRER/VOGT/LEU, BSK ZGB II, 6. Aufl. 2019, Art. 557 N 6). Die Frist ist zwar eine Ordnungsvorschrift, aber für die Behörde zwingend. Da gemäss Abs. 2 von Art. 557 ZGB nur die der Behörde bekannten Erben vorzuladen sind, hat die Behörde kein Ermessen, die Eröffnung erst anzusetzen, wenn ihr alle Erben bzw. deren Adressaten bekannt sind (KARRER/VOGT/LEU, a.a.O., Art. 557 N 6 m.w.H.). Den Erben, die bei der Eröffnung abwesend sind, erwachsen keine Nachteile (OGer ZH ZR 1959 Nr. 58 S.116). Praxisgemäss erfolgt die Eröffnung in vielen Kantonen, auch im Kanton Zürich, durch Zusendung von Kopien der zu eröffnenden Verfügungen. Eine solche Eröffnung fällt mit der Zustellung einer Abschrift nach Art. 558 Abs. 1 ZGB zusammen (EMMEL, a.a.O., Art. 557 N 7).

5.

5.1 Wie vorstehend geschildert, wurde die letztwillige Verfügung des Erblassers vom 12. Juli 2019 der Vorinstanz mit Eingabe vom 13. Januar 2022 eingereicht (act. 4/1/1); ein zweites Testament vom 11. März 2019 folgte mit Eingabe vom

16. Mai 2022 (act. 4/1/2). Die den Erblasser überlebende Ehefrau (Beschwerdeführerin) und die zwei Töchter waren der Vorinstanz bereits im Januar 2022 als gesetzliche Erben bekannt (act. 4/2, act. 4/3.1 und 4/3.2), zumal diese auch in den letztwilligen Verfügungen des Erblassers – wie die Vorinstanz selber vorbringt (act. 10 Ziff. 2 S. 3) – erwähnt werden. Wie die Vorinstanz ebenfalls anführt, wurden die Erben weder zu einer Eröffnungsverhandlung vorgeladen noch erfolgte eine schriftliche Zusendung von Kopien der zu eröffnenden letztwilligen Verfügungen (act. 10 Ziff. 1 S. 2). Entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen genügt nach Massgabe von Art. 557 Abs. 1 ZGB die Kenntnisnahme der letztwilligen Verfügungen durch die Vorinstanz selber nicht. Vielmehr verlangt die Eröffnung die Bekanntgabe an die Erben. Eine Eröffnung der letztwilligen Verfügungen im Sinne der vorliegenden Erwägungen erfolgte bis zum heutigen Zeitpunkt nicht, womit die Monatsfrist im Sinne von Art. 557 Abs. 1 ZGB nicht eingehalten wurde. Die Überschreitung besagter Frist lässt sich dabei nicht mit der Erbenermittlung rechtfertigen, es sei denn, es seien gar keine Erben bekannt, was vorliegend unbestrittenmassen nicht der Fall ist. Wenn die Monatsfrist in der Praxis oft nicht eingehalten wird, so steht deren Überschreitung im Widerspruch zur gesetzlichen Ordnung und kann, sobald es beanstandet wird, nicht gerechtfertigt werden (OGer ZH ZR 1974 Nr. 3 E. 1). Die Vorbringen der Vorinstanz überzeugen damit nicht. Im Übrigen befreit auch die bereits erfolgte Zustellung des Willensvollstreckerzeugnisses nicht von der Pflicht zur Testamentseröffnung innert der gesetzlichen Frist, zumal die bekannten Erben ein Anrecht haben, neben der Einsetzung des Willensvollstreckers von den sie angehenden Bestimmungen des Testaments unverzüglich Kenntnis zu erlangen (OGer ZH ZR 1974 Nr. 3 E. 1).

5.2 Nach dem Gesagten erweist sich die Rechtsverzögerungsbeschwerde als begründet. Die Vorinstanz wird in sinngemässer Übereinstimmung mit den Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 327 Abs. 4 ZPO angewiesen, die letztwilligen Verfügungen im Geschäft-Nr. EL220056 baldmöglichst, spätestens jedoch innerhalb von einem Monat ab Erhalt des vorliegenden Urteils an einer Eröffnungsverhandlung oder durch Zusendung von Kopien zu eröffnen.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 116 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 200 lit. a GOG).
2. Gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO und § 13 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2, § 11 Abs. 1 und § 2 Abs. 2 AnwGebV ist die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 500.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen (vgl. BGer 5A_207/2018 vom 26. Juni 2018 E. 4; BGE 139 III 471 E. 3.3; OGer ZH PD220010 vom 8. Juli 2022 E. 3.2; OGer ZH RE200012 vom 13. Oktober 2020 E. 4.2).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.

Das Einzelgericht in Erbschaftssachen, 5. Abteilung, des Bezirksgerichts Zürich wird angewiesen, die letztwilligen Verfügungen im Geschäft-Nr. EL220056 baldmöglichst, **spätestens jedoch innerhalb von einem Monat ab Erhalt des vorliegenden Entscheids** an einer Eröffnungsverhandlung oder durch Zusendung von Kopien zu eröffnen.
2. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beschwerdeführerin wird mit Fr. 500.– aus der Gerichtskasse entschädigt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 10, an die Vorinstanz unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i. V. Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Tanner

versandt am: