



5A_702/2016

Urteil vom 28. März 2017
II. zivilrechtliche Abteilung

_____ Besetzung

Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann,
Gerichtsschreiber von Roten.

_____ Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marco S. Marty,
Beschwerdeführer,

gegen

Erbengemeinschaft B. _____, bestehend aus:

1. **C.** _____,
2. **D.** _____,
3. **E.** _____,
4. **F.** _____,
5. **G.** _____,

alle vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Wagen,
Beschwerdegegner.

_____ Gegenstand

Ungültigkeit einer letztwilligen Verfügung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des
Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 18. August 2016.

Sachverhalt:

A.

A.a B._____ verkaufte am 15. August 2013 seinen Miteigentumsanteil am Grundstück Kat. Nr. xxx H._____weg yyy in U._____ an seinen Neffen A._____. An den Kaufpreis wurde ein lebenslanges Wohnrecht des Verkäufers im verkauften Objekt angerechnet und ein Betrag von Fr. 88'600.-- als Darlehen stehen gelassen. Am 20. Oktober 2013 datierte und unterzeichnete B._____ ein ansonsten maschinengeschriebenes Dokument, das mit "Testament: B._____" überschrieben ist und Folgendes bestimmt:

"Gemäss Kaufvertrag vom 15. August 2013, habe ich lebenslängliches Wohnrecht im Hausteil von A._____, geb. 1986, H._____weg yyy in U._____.

Mir ist bekannt, dass das Wohnrecht entschädigungslos gelöscht wird, wenn ich das Recht nicht mehr dauernd (d.h. nicht nur vorübergehend) ausüben kann.

Sollte A._____ das vereinbarte Darlehen von Fr. 88'600.- bis zur Löschung meines Wohnrechtes nicht zurück bezahlt haben, erlasse ich ihm die Restschuld."

A.b B._____ verstarb 2014.

A.c In der Folge entstand ein Streit zwischen A._____ und den Erben des B._____ sel., d.h. C._____, D._____, E._____, F._____ und G._____, über die Bedeutung des Dokumentes vom 20. Oktober 2013. Nach Durchführung eines Schlichtungsverfahrens reichten C._____, D._____, E._____, F._____ und G._____ (Kläger) am 24. August 2015 beim Bezirksgericht Bülach eine Klage gegen A._____ (Beklagter) ein mit dem Begehren, es sei das Testament B._____ vom 20.10.2013 für ungültig zu erklären. In seiner Klageantwort beantragte der Beklagte, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass er bereits mit Schreiben vom 14. November 2014 anerkannt habe, dass das Schriftstück vom 20. Oktober 2013 kein Testament im Sinne der Artikel 467 und 498 ff. ZGB und entsprechend die Klage als durch vorprozessuale Anerkennung erledigt abzuschreiben sei. In der Folge änderten die Kläger ihr Begehren wie folgt: Es sei Vormerk zu nehmen davon, dass der Beklagte die Ungültigkeit des Testaments in der Klageantwort vom 26. Oktober 2015 anerkannt habe und es sei das Verfahren wegen Gegenstandslosigkeit in Folge Anerkennung abzuschreiben; eventualiter sei das Testament B._____ vom 20.10.2013 für ungültig zu erklären. In

seinem Urteil vom 11. Mai 2016 stellte das Bezirksgericht Bülach die Nichtigkeit des Testaments vom 20. Oktober 2013 fest, auferlegte dem Beklagten die Gerichtskosten und verpflichtete diesen, die Kläger für deren Parteikosten zu entschädigen.

B.

Der Beklagte wandte sich an das Obergericht des Kantons Zürich, dem er beantragte, das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 11. Mai 2016 vollumfänglich aufzuheben und die Klage zufolge Anerkennung abzuschreiben. Mit Urteil vom 18. August 2016 wies das Obergericht die Berufung ab, bestätigte das angefochtene Urteil, auferlegte dem Beklagten die zweitinstanzlichen Gerichtskosten, sprach allerdings den Klägern, die nicht zur Vernehmlassung eingeladen worden waren, keine Parteientschädigung zu.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 22. September 2016 beantragt der Beklagte (Beschwerdeführer) dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und auf die Klage nicht einzutreten; eventuell sei die Klage abzuweisen; subeventuell sei das Urteil des Obergerichts in Bezug auf die Kostenfolgen aufzuheben und die Gerichtskosten sämtlicher Verfahren den Klägern aufzuerlegen und ihm zu Lasten der Kläger (Beschwerdegegner) für die beiden kantonalen Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

Das Bundesgericht hat die Akten, hingegen keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.

1.1 Das angefochtene Urteil betrifft die Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit eines Testaments und damit eine Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert gemäss dem angefochtenen Urteil mindestens Fr. 73'000.-- beträgt und die gesetzliche Minimalsumme von Fr. 30'000.-- überschreitet (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Es ist kantonal letzt- und oberinstanzlich (Art. 75 BGG), lautet zum Nachteil des Beschwerdeführers (Art. 76 Abs. 1 BGG) und schliesst das kantonale Verfahren ab (Art. 90 BGG). Auf die fristgerecht (Art. 100 Abs. 1 BGG) eingereichte Beschwerde kann im Grundsatz eingetreten werden.

1.2 Im Verfahren vor Bundesgericht sind neue Begehren unzulässig (Art. 99 Abs. 2 BGG). Das Eventualbegehren, wonach die Klage abzuweisen sei, ist neu. Darauf kann nicht eingetreten werden.

2.

Der Beschwerdeführer spricht den Beschwerdegegnern unter mehreren Titeln jegliches schutzwürdige Interesse an ihrer Klage ab. Er habe die Ungültigkeit des fraglichen Dokuments als Testament sowohl vorprozessual als auch im Prozess anerkannt. Ausserdem könnten die Beschwerdegegner den Einwand der Ungültigkeit jederzeit einredeweise geltend machen. Indem die Vorinstanzen das prozessuale Interesse der Beschwerdegegner bejahten, hätten sie Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO verletzt. Im Übrigen sei der Streit zufolge Anerkennung gegenstandslos geworden.

2.1 Nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts werden formgebundene Rechtsgeschäfte schon dadurch nichtig, dass die für sie vorgesehenen Formvorschriften nicht eingehalten werden (BGE 112 II 330 E. 1 mit Hinweisen). Bei letztwilligen Verfügungen geht das Gesetz indes von der Vermutung aus, dass sie an sich gültig und wegen eines Formmangels nur dann unwirksam sind, wenn ihre Ungültigkeit auf Klage hin festgestellt wird (Art. 520 Abs. 1 ZGB). Auf einen Nachlass bezogene Willenserklärungen sind wegen Formwidrigkeiten in aller Regel bloss anfechtbar, aber nicht zum vornherein nichtig (BGE 113 II 270 E. 3; für die ausnahmsweise Nichtigkeit bei Formmängeln: vgl. HANS MICHAEL RIEMER, Nichtig (unwirksame) Testamente und Erbverträge, in: Festschrift für Max Keller, 1989, S. 245 ff., insbesondere S. 253 ff.).

2.2 Gestaltungsrechte können in der Regel durch aussergerichtliche Erklärung ausgeübt werden. Vorbehalten bleiben jene Fälle, in denen das materielle Recht ihre Ausübung auf den Prozessweg beschränkt und die Rechtsänderung, zu deren Herbeiführung das Gestaltungsrecht berechtigt, unmittelbar durch das gerichtliche Urteil bewirkt wird (MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 211 f.). Dazu gehört die Klage auf Ungültigerklärung einer letztwilligen Verfügung; bei Gutheissung der Ungültigkeitsklage ergeht ein Gestaltungsurteil (BGE 136 III 123 E. 4.4.1). Der festgestellte Formmangel bewirkt die Ungültigkeit des als "Testament" bezeichneten Dokuments insgesamt (Urteil 5C.56/2005 vom 15. Juli 2005 E. 4.2; DANIEL ABT, in: Abt/Weibel [Hrsg.], Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl. 2015, N. 4 zu Art. 520 ZGB). Für die Zwecke der Abwicklung des Nachlasses wird im Verhältnis zwischen den Prozessparteien die Lage so

gehalten, wie wenn die Verfügung von Todes wegen gar nie bestanden hätte (vgl. JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl. 2002, § 12 N. 56-58 S. 167).

Weil nur ein Gerichtsurteil die angestrebte Gestaltung bewirken kann, lässt die Anerkennung der Formungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen den Streit nicht gegenstandslos werden. Aus demselben Grund hat die Anerkennung nicht den Wegfall des ansonsten erforderlichen Interesses (E. 2.4 hiernach) zur Folge.

2.3 Auch die Gestaltungsklage ist nur zulässig, wenn ihr ein schutzwürdiges Interesse zu Grunde liegt (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO; statt vieler: SIMON ZINGG, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 39 zu Art. 59 ZPO). Ein schutzwürdiges Interesse an einem Urteil in der Sache selbst ist jedenfalls dort zu bejahen, wo der Ansprecher nur durch Urteil zur Rechtsverwirklichung durchdringen kann (MAX KUMMER, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, 1954, S. 30). Dies gilt in erster Linie für behauptete Leistungsansprüche, aber auch für diejenigen Gestaltungsansprüche, die durch Klage geltend zu machen sind (a.a.O.). In diesem Sinne liegt das Interesse an der Gestaltung der Rechtslage geradezu auf der Hand (MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl. 1984, S. 105).

2.4 Die Ungültigkeitsklage kann von jedermann erhoben werden, der als Erbe oder Bedachter oder aus einem anderen Grund ein erbrechtliches Interesse daran hat, dass die Verfügung für ungültig erklärt werde (Art. 519 Abs. 2 ZGB; Urteile 5C.212/2001 vom 8. November 2001 E. 2a, 5C.163/2003 vom 18. September 2003 E. 2.1 und 5A_89/2011 vom 1. September 2011 E. 2.1). Das für die Bejahung der vom materiellen Bundesrecht geforderten Legitimation zur Klage erforderliche Interesse deckt sich hier mit dem prozessual geforderten. Der Erbe, dessen Erbschaft auf Grund einer mit einem (angeblichen) Formmangel behafteten Verfügung von Todes wegen mit der Pflicht zur Ausrichtung eines Vermächtnisses belastet ist, hat zweifellos ein erbrechtliches Interesse an der Beseitigung der fraglichen Verfügung, wenn der vermachte Vermögenswert im Falle der Beseitigung der Verfügung von Todes wegen dem Erben verbleibt oder an ihn zurück fällt.

In der Doktrin wird dem auf Ungültigkeit Klagenden nur vereinzelt und in besonderen Konstellationen das schutzwürdige Interesse abgesprochen:

2.4.1 Kein Rechtsschutzinteresse weist nach Ansicht von MAX GULDENER der gesetzliche Erbe auf, der eine ihn enterbende jüngere Verfügung von Todes wegen anfechten will, wenn eine ältere, ebenfalls den Kläger enterbende Verfügung besteht und angefochten werden kann, aber nicht angefochten wird (a.a.O., S. 213).

Auf dieser Linie liegend, aber ohne Hinweis auf den zitierten Autor, spricht der Beschwerdeführer den Beschwerdegegnern das Interesse an ihrer Klage auch deshalb ab, weil es ein formgültiges Testament vom 14. August 2013 gebe, gemäss welchem der Erblasser die Darlehensschuld zum Todeszeitpunkt erlasse. Dieses sei förmlich eröffnet und nicht angefochten worden. Wenn also das Dokument vom 20. Oktober 2013 als letztwillige Verfügung weg falle, trete ohne weiteres das Testament vom 14. August 2013 an dessen Stelle, so dass die Rechtslage aus Sicht der Beschwerdegegner dieselbe sei, ob das Dokument vom 20. Oktober 2013 ungültig sei oder nicht.

Mit dieser Argumentationslinie übersieht der Beschwerdeführer zweierlei: Zum einen präjudizieren die Einlieferung, Eröffnung und Mitteilung einer Verfügung von Todes wegen die Rechtsbeständigkeit derselben nicht, bringen sie aber allen Beteiligten förmlich zur Kenntnis und bieten dadurch Gewähr dafür, dass diese nötigenfalls die Rechtsbeständigkeit in aller Form gerichtlich abklären lassen können (RIEMER, a.a.O., S. 255). Zum anderen war das lediglich in Kopie eingelieferte Testament vom 14. August 2013 im kantonalen Verfahren nicht Streitgegenstand; der Beschwerdeführer hat dieses Dokument in seiner Berufung weder erwähnt noch sich darauf berufen. Dessen Rechtsbeständigkeit steht somit nicht fest. Daran ändert auch der Ablauf der einjährigen Klagefrist (Art. 521 Abs. 1 ZGB) nichts, denn – wie der Beschwerdeführer selber ausführt – die Ungültigkeit kann gegebenenfalls auch einredeweise geltend gemacht werden (Art. 521 Abs. 3 ZGB). Daher vermag der Beschwerdeführer aus dem Testament vom 14. August 2013 nichts zu seinen Gunsten abzuleiten, namentlich nicht den Beschwerdegegnern das erforderliche Interesse an der erbrechtlichen Ungültigerklärung des Dokuments vom 20. Oktober 2013 abzusprechen.

2.4.2 Sodann meint DANIEL ABT, das Rechtsschutzinteresse zur Anhebung der Ungültigkeitsklage fehle dem Erben, der bereits Besitz an einem – durch eine mit einem Formmangel behafteten letztwilligen Verfügung einem Dritten vermachten – Nachlassgegenstand inne hat, weil er die Ungültigkeit in der vom Begünstigten angehobenen Erbschafts-

Vermächtnis- oder Teilungsklage einredeweise geltend machen könne (Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, 2002, S. 54).

Diese Argumentationslinie übernehmend wendet der Beschwerdeführer ein, den Beschwerdegegnern mangle es am erforderlichen Interesse, zumal diese den Einwand der Formungültigkeit jederzeit einredeweise geltend machen könnten.

In dieser Allgemeinheit ist der Einwand unzulässig. Wenn die Rechtsordnung einen Gestaltungsanspruch verleiht, den der Gläubiger – wie bei der Ungültigkeitsklage – anders als auf dem Prozessweg gar nicht ausüben kann, ist das vorausgesetzte Interesse dem Gestaltungsanspruch gleichsam inhärent und jenes darf dem Kläger nur ausnahmsweise abgesprochen werden (so im Ergebnis KUMMER, a.a.O., S. 105 und die dort genannten Beispiele); die theoretische Möglichkeit, die Rechtsgestaltung in einem späteren Prozess einredeweise durchzusetzen, reicht hierfür jedenfalls nicht aus.

2.5 Aus den genannten Gründen hat die Vorinstanz, die das schutzwürdige Interesse der Beschwerdegegner an ihrer Klage bejaht hat, Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO nicht verletzt; das Hauptbegehren ist daher abzuweisen.

3.

Ferner rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe die Dispositionsmaxime verletzt, indem die Beschwerdegegner die Ungültigerklärung verlangt hätten und die Vorinstanz Nichtigkeit festgestellt habe.

Es trifft zu, dass die Beschwerdegegner eine erbrechtliche Ungültigerklärung des Dokuments vom 20. Oktober 2013 beantragt haben, und dass die erste Instanz die (erbrechtliche) Nichtigkeit desselben festgestellt (und die Vorinstanz dieses Urteil geschützt) hat. Die Rechtsprechung lässt es durchaus zu, bei einem qualifizierten Formmangel anstelle der Ungültigkeit auf Nichtigkeit zu erkennen (BGE 61 II 274 E. 1; vgl. auch RIEMER, a.a.O., S. 254). Im Übrigen legt der Beschwerdeführer nicht dar, inwiefern das Gericht mit der Feststellung der Nichtigkeit den Beschwerdegegnern mehr oder anderes zugesprochen haben soll als beantragt. In der Tat ist nicht ersichtlich, dass die Stellung der Beschwerdegegner mit dem angefochtenen Urteil eine bessere sein soll als mit einem Urteil, das auf Ungültigkeit lautet. Eine Verletzung der Dispositionsmaxime ist nicht dargetan. Ebenso wenig nachvollziehbar ist im Übrigen die Folgerung des Beschwerdeführers, wonach die Vorinstanz die Klage hätte abweisen müssen, nachdem auf Nichtigkeit er-

kannt worden sei. Die Nichtigkeit hat letztlich den Charakter einer qualifizierten Ungültigkeit, weshalb die dispositivmässige Feststellung derselben im Rahmen des Ungültigkeitsprozesses möglich und zulässig ist (vgl. BGE 132 III 315 E. 2.3).

4.

Subeventualiter beanstandet der Beschwerdeführer die Regelung der Gerichts- und Parteikosten.

4.1 Die Vorinstanz bestätigte die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung und auferlegte die oberinstanzlichen Gerichtskosten "bei diesem Ausgang des Verfahrens" dem Beschwerdeführer. Damit auferlegte sie die Prozesskosten zumindest implizit gestützt auf Art. 106 ZPO, d.h. nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens. Dabei ging sie davon aus, der Beschwerdeführer unterliege.

4.2 Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, er habe bereits vorprozessual und auch im Prozess ausgeführt, dass das Dokument vom 20. Oktober 2013 kein Testament sei. Folglich habe er die Gerichtskosten nicht veranlasst, weshalb die vorinstanzliche Kostenregelung als offensichtlich unbillig erscheine. Ausserdem könnten die Beschwerdegegner nicht als Obsiegende betrachtet werden, zumal die kantonalen Gerichte nicht auf die beantragte Ungültigkeit, sondern auf Nichtigkeit erkannt hätten. Daher seien die Gerichtskosten der beiden kantonalen Verfahren den Beschwerdegegnern aufzuerlegen und ihm eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Die angefochtene Kostenregelung verstosse gegen Art. 107 ZPO.

4.3 Art. 106 ZPO regelt die Grundsätze für die Verteilung der Prozesskosten; nach Abs. 1 gilt das Unterliegerprinzip. Welche Partei unterliegt, ist in erster Linie an den gestellten Rechtsbegehren zu messen. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Abs. 2). Nach Art. 107 Abs. 1 ZPO kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, so namentlich wenn andere besondere Umstände vorliegen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (lit. f). Das Gesetz räumt dem Richter bei der Kostenregelung ein weites Ermessen ein (vgl. dazu die Urteile 4A_207/2015 vom 2. September 2015 E. 3.1 und 4A_80/2013 vom 30. Juli 2013 E. 6). Ermessensentscheide, zu denen der Entscheid über die Kostenverlegung nach Art. 106 Abs. 1 und 2 bzw. Art. 107 ZPO nach dem vorstehend Ausgeführten zählt, prüft das Bundesgericht mit Zurückhaltung. Es schreitet

nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn Tatsachen berücksichtigt wurden, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn umgekehrt Umstände ausser Betracht geblieben sind, die zwingend hätten beachtet werden müssen. In derartige Ermessensentscheide wird ferner eingegriffen, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 141 III 97 E. 11.2; 138 III 443 E. 2.1.3, 669 E. 3.1; je mit Hinweisen).

4.4 Selbst wenn die Überlegungen des Beschwerdeführers nicht einfach von der Hand gewiesen werden können, und im Falle einer vorbehaltlosen Unterziehung die erstinstanzliche Kostenregelung zu Fragen Anlass geben könnte, ist zu berücksichtigen, dass er sich nicht einfach unterzogen bzw. ein gleich lautendes Begehren gestellt, sondern alternativ auf Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit und Nichteintreten geschlossen hat. Wie in E. 2.2 oben dargelegt, führt die Anerkennung der Ungültigkeit durch den Beklagten aufgrund der besonderen Natur der Ungültigkeitsklage nicht zur Gegenstandslosigkeit des Streitgegenstandes. Sodann behielten die Beschwerdegegner trotz der Anerkennung ein geschütztes Interesse an ihrem Begehren, weshalb der Nichteintretensantrag unbegründet war. Mit seinen Anträgen hat der Beschwerdeführer den Erlass eines Gestaltungsurteils verhindern wollen. Das ist ihm nicht gelungen. Gemessen an seinen Rechtsbegehren ist der Beschwerdeführer ohne Weiteres als unterlegene Partei im Sinne von Art. 106 Abs. 1 ZPO zu betrachten. Gründe, die eine Verteilung der Kosten nach dem Ausgang des Verfahrens unbillig erscheinen liessen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO), legt der Beschwerdeführer nicht dar. Insgesamt gelingt es dem Beschwerdeführer nicht, einen Ermessensfehler aufzuzeigen; die angefochtene Kosten- und Entschädigungsregelung hält vor Bundesrecht stand.

5.

Gestützt auf die obigen Ausführungen erweist sich die Beschwerde als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Es ist keine Parteientschädigung geschuldet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. März 2017

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

von Werdt

von Roten