

**Zürcher Anwaltsverband (ZAV)
Fachgruppe Erbrecht**

Zürich, 12. November 2013

Prozessieren im Erbrecht – Werkstattbericht

Dr. René Strazzer

Rechtsanwalt / Fachanwalt SAV Erbrecht
Sticher Strazzer Zeiter Rechtsanwälte, Zürich
www.sszlaw.ch

Agenda

I. Statistik

II. Prozesskosten

1. Gerichtskostenvorschuss im Schlichtungsverfahren?
2. Gerichtskostenvorschuss bei Stufenklage
3. Erbteilungsklage und unentgeltliche Rechtspflege
4. Vorschusspflicht des Anschlussberufungsklägers

III. Begründungslast und Rügeprinzip im Berufungsverfahren

IV. Willensvollstreckerhonorar

V. Klagerückzug und res iudicata

VI. Der Fachanwalt SAV Erbrecht und das Bundesgericht

I. Statistik

Kalenderjahr 2012:

Eingeleitete Zivilprozesse bei Kollegien aller ZH-Bezirksgerichte:	369
Davon erbrechtliche Prozesse:	42
	→ <i>11.4%</i>
Eingegangene Berufungen vor Obergericht gegen Urteile der Kollegien:	19
Davon erbrechtliche Prozesse:	2
	→ <i>10.5%</i>

II. Prozesskosten

1. Gerichtskostenvorschuss im Schlichtungsverfahren?

- Uneinheitliche Praxis im Kanton Zürich

Beispiel: Auszug aus einer Verfügung des FRA Kilchberg-Rüschlikon vom 10. November 2012:

Die klagende Partei hat am 06.11.2012 ein Schlichtungsgesuch mit einem Streitwert von über CHF 500'000.00 eingereicht. Aufgrund dieses Streitwerts ist für das Schlichtungsverfahren mit Kosten von mutmasslich von CHF 1'240.00 zu rechnen. Dafür ist ein Vorschuss zu leisten (Art. 98 ZPO), unter der Androhung, dass bei Nichtleistung auch innert einer Nachfrist auf das Gesuch nicht eingetreten wird (Art. 100 f. ZPO).

II. Prozesskosten

- Gesetzliche Grundlage? → Art. 98 ZPO spricht von „Gericht“
- Gemäss KUSTER, in: Handkommentar ZPO, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern 2010, N 2 zu Art. 98 ZPO, kann die Schlichtungsbehörde einen Kostenvorschuss einverlangen
- gl. M. ALVAREZ/PETER, in: BK-ZPO, Bern 2012, N 16 zu Art. 207 ZPO
- Maximal CHF 1'240.00 → § 3 Abs. 1 der GebV OG vom 8. September 2010

II. Prozesskosten

2. Gerichtskostenvorschuss bei Stufenklage

- Welches ist der Streitwert des Auskunftsbegehens bei der Stufenklage im Sinne von Art. 85 Abs. 1 ZPO?

Beispiel: Auszug aus einem Zirkulationsbeschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 9. Februar 2012:

... dass in der Lehre die Ansicht vertreten wird, dass die verschiedenen Streitgegenstände einer Stufenklage (Information und Hauptleistung) nach den allgemeinen Grundsätzen zur objektiven Klagenhäufung zusammenzurechnen sind und damit jeder Stufe ein eigener Streitwert zuerkannt wird,

dass der Streitwert für das Auskunftsbegehen üblicherweise mit einem Bruchteil des (geschätzten) Hauptanspruchs festgesetzt wird (vgl. ZR 110 [2011] Nr. 42, S. 114),

II. Prozesskosten

dass die Klägerin den vorläufigen Streitwert des Auskunftsbegehrens auf CHF 70'000.00 beziffert, was 10% der geschätzten Hauptforderung von CHF 700'000.00 entspricht,

dass die Beklagten diesen vorläufigen Streitwert nicht ablehnen und er nicht offensichtlich unrichtig erscheint, weshalb von einem vorläufigen Streitwert im Sinne von Art. 85 ZPO von CHF 70'000.00 auszugehen ist, ...

II. Prozesskosten

Beispiel: Auszug aus einer Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 28. Juni 2013:

Da sie ihre Forderung so lange nicht beziffern könnten, als der Beklagte seiner Auskunftspflicht nicht nachgekommen sei, sei als vorläufiger Streitwert auf den Bruchteil von 10% desjenigen Vermögens abzustellen, welches vom Auskunftsanspruch betroffen sei (act. 2 S. 4 f.). Dieser beträgt folglich (einstweilen) CHF 60'000.00.

Eine Erhöhung des Kostenvorschusses für den Fall, dass sich der angenommene Streitwert aufgrund des weiteren Prozessverlaufes als zu tief erweisen oder sich ein überdurchschnittlicher Zeitaufwand des Gerichts abzeichnen sollte, bleibt vorbehalten.

- „10%-Regel“ scheint gerichtsfest zu sein

II. Prozesskosten

3. Erbteilungsklage und unentgeltliche Rechtspflege

- Im Gegensatz etwa zur Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage ist eine Erbteilungsklage kaum je aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO

Beispiel: Auszug aus einer Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 2. September 2013:

Die vorliegende Teilungsklage ist jedenfalls nicht aussichtslos, denn die Klägerin ist gemäss Verfügung dieses Gerichts vom 26. Juni 2013 (act. 4/1) Erbin und jeder Erbe hat Anspruch, die Teilung zu verlangen (Art. 604 Abs. 1 ZGB).

II. Prozesskosten

- Mit Bezug auf die erforderlichen Mittel im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO gilt der Effektivitätsgrundsatz

Beispiel: Auszug aus der nämlichen Verfügung des Bezirksgerichts Horgen:

Der Effektivitätsgrundsatz besagt, dass auf die ökonomische Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung abzustellen ist, d.h. dass nur Einkünfte und Vermögenswerte zu berücksichtigen sind, die dann tatsächlich vorhanden und verfügbar sind. Die Anrechnung hypothetischer Einkommen oder Vermögen ist nicht zulässig, ausser es liege ein Fall von Rechtsmissbrauch vor (BK ZPO I – Bühler, Art. 117 N 8 f. m.H.). ... Rechtsmissbrauch liegt nur dann vor, wenn die gesuchstellende Partei gerade mit der Absicht, in den Genuss unentgeltlicher Rechtspflege zu kommen, auf Einkommen oder Vermögen verzichtet ...

II. Prozesskosten

Nicht berücksichtigt werden kann ferner die Liegenschaft ... in ... (vgl. act. 13/3), für welche offenbar ein konkretes Kaufangebot über Fr. 1.3 Millionen besteht (act. 13/3 S. 3), denn die Liegenschaft gehört zur Erbmasse, die gerade im Streit liegt und daher dem Effektivitätsgrundsatz zufolge nicht zu berücksichtigen ist.

- Gericht verlangt Abtretungserklärung

Beispiel: Auszug aus der nämlichen Verfügung des Bezirksgerichts Horgen:

Allerdings wird die Klägerin offensichtlich höchstwahrscheinlich dereinst aus diesem Verfahren Vermögenswerte erhalten, die die Tragung der Prozesskosten erlauben werden. Die unentgeltliche Rechtspflege ist ihr daher nur unter der Auflage zu gewähren, dass sie die beiliegende Abtretungserklärung unterzeichnet dem Gericht einreicht, mit welcher sie den künftigen Prozessgewinn im Umfang der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege an den Kanton Zürich abtritt.

II. Prozesskosten

- Gesetzliche Grundlage für Abtretungserklärung?
- OBERHAMMER, in: KuKo-ZPO, Basel 2010, N 5 zu Art. 123 ZPO, lässt sie zu wegen der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege und unter Verweis auf die dieses Vorgehen billigende Praxis des ZH-KassGer (dazu FRANK/STRÄULI/MESSMER, Ergänzungsband, Zürich 2000, N 2 zu § 92 ZPO-ZH).
- Gemäss BÜHLER, in: BK-ZPO, Bern 2012, N 135 zu Art. 118 ZPO, ist diese frühere kantonale Praxis bundesrechtswidrig.

II. Prozesskosten

4. Vorschusspflicht des Anschlussberufungsklägers

- Der Anschlussberufungskläger ist klagende Partei im Sinne von Art. 98 ZPO → vorschusspflichtig

Beispiel: Auszug aus einer Verfügung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. November 2012:

Das Verfahren der Anschlussberufung folgt in etwa den gleichen Grundsätzen wie das Berufungsverfahren (vgl. etwa REETZ/THEILER, in: Kommentar zur Schweizerischen ZPO, Zürich 2010, Art. 312 N 32, Art. 313 N 39 f.). Insbesondere ist gestützt auf Art. 98 ZPO ein Kostenvorschuss von der Partei einzuverlangen, die Anschlussberufung erhoben hat (vgl. ZR 111/ 2012 Nr. 44, ferner etwa OGer ZH LC110033/Z03 vom 17. November 2011).

II. Prozesskosten

- Pro memoria: Ausschluss der Anschlussbeschwerde im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht → selbständige Beschwerde erforderlich

III. Begründungslast und Rügeprinzip im Berufungsverfahren

- Ausgangslage gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO:

Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung (Art. 239) schriftlich und begründet einzureichen.

Beispiel: Auszug aus einem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 2013:

Demnach stellt das Berufungsverfahren im Grundsatz die Fortsetzung des Prozesses anhand des vor der ersten Instanz vorgetragenen Sachverhaltes dar (zu den Ausnahmen vgl. Art. 317 ZPO). Mit der Berufung ist daher die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz zu rügen (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind deshalb entsprechende Rügen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift und einer allfälligen Anschlussberufungsschrift

III. Begründungslast und Rügeprinzip im Berufungsverfahren

einzelv vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375).

III. Begründungslast und Rügeprinzip im Berufungsverfahren

- Gilt auch für das Novenrecht nach Art. 317 Abs. 1 ZPO:

Beispiel: Auszug aus dem nämlichen Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich:

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind ferner neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz hatten vorgebracht werden können (vgl. dazu BGE 138 III 625). Das heisst auch, dass eine Partei, die neue Tatsachen und/oder Beweismittel im Berufungsverfahren einführen will, der Rechtsmittelinstanz und der Gegenpartei jeweils darzulegen hat, dass dies ohne Verzug erfolgt ist und weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen war, die Tatsachen und/oder Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen (vgl. etwa OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2). Fehlt es an dergleichen Darlegungen, erweisen sich eine Berufung bzw. Anschlussberufung und/oder deren Beantwortung in Bezug auf die darin vorgetragenen Noven als unbegründet und bleiben diese Noven nur schon insofern konsequenterweise unbeachtlich.

III. Begründungslast und Rügeprinzip im Berufungsverfahren

- Abschliessende Berufungsbegründung innert der Berufungsfrist von 30 Tagen

Beispiel: Auszug aus dem nämlichen Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich:

In ihrer Antwort auf die Anschlussberufung haben die Beklagten ihre Sachdarstellung gewissermassen replicando erweitert, und zwar durch einen vierten, in der Berufung noch nicht vorgetragene(n) Posten (Anteil Prozessentschädigung; vgl. act. 214 S. 5). Dazu gilt: Die Berufung ist innert der gesetzlichen Frist von 30 Tagen vollständig und in Beachtung der unter Ziff. II/1.2 dargelegten Grundsätze zu begründen. Soweit die Beklagten in der Antwort auf die Anschlussberufung gewissermassen ihre Berufung ergänzen wollen, sind sie damit generell ausgeschlossen. Sie sind es generell zudem, weil sie selbst jeweils nirgends darlegen, sie hätten gestützt auf die in der Anschlussberufung vorgetragene(n)

III. Begründungslast und Rügeprinzip im Berufungsverfahren

Sachverhalte das Novenrecht in Einklang mit Art. 317 Abs. 1 ZPO in Anspruch nehmen müssen. Dergleichen wäre zu allem in Bezug auf den hier zur Debatte stehenden neu vorgebrachten Posten bei einer die Berufung mit üblicher Sorgfalt begründenden Partei denn auch schlechterdings unerfindlich.

III. Begründungslast und Rügeprinzip im Berufungsverfahren

- Fazit:

Das Rügeprinzip vor Bundesgericht gemäss dessen Praxis zu Art. 42 Abs. 2 BGG gilt auch im Berufungsverfahren vor Obergericht (vgl. weitergehend und dieser strengen Praxis zustimmend REETZ/THEILER, in: Sutter/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar ZPO, 2. Auflage, Zürich 2013, N 36 ff. zu Art. 311 ZPO).

Gemäss STERCHI, BK-ZPO, Bern 2012, N 20 zu Art. 311 ZPO, kann eine bloss appellatorische Kritik am erstinstanzlichen Entscheid nicht zum Nichteintreten auf das Rechtsmittel führen, sofern aus der Beanstandung zumindest erkennbar ist, inwiefern der angefochtene Entscheid nach Auffassung des Berufungsklägers falsch sein soll.

→ **Vorsicht!** Das ist nach BGE 138 III 375 wohl überholt!

IV. Willensvollstreckerhonorar

- Primat des Stundenaufwandes:

Beispiel: Auszug aus einem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 2013:

Der Anspruch des Willensvollstreckers auf angemessene Vergütung wird in Art. 517 Abs. 3 ZGB geregelt und durch die Grundsätze zur Vergütung des Beauftragten (Art. 394 Abs. 3 und Art. 402 Abs. 1 OR) ergänzt. Er ist daher bundesrechtlicher Natur; kantonale Tarifordnungen oder von Berufsverbänden empfohlene Tarife usw. sind insoweit unmassgeblich. Massgeblich sind demgegenüber insbesondere der sachlich gebotene Aufwand, bemessen in Stunden, die Kompliziertheit der Verhältnisse und die damit verbundene Verantwortung (vgl. etwa BGE 129 I 330 [E. 3.2 und 3.3], 117 II 282 [E. 4a-b]). Der Wert des Nachlassvermögens mag bei der Verantwortung eine gewisse Rolle spielen, bleibt ansonsten jedoch unerheblich.

IV. Willensvollstreckerhonorar

- Das Beweismass im Honorar(rückforderungs)prozess:

Beispiel: Auszug aus dem nämlichen Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich:

Ergänzend bzw. verdeutlichend hervorzuheben ist zudem, dass das Bezirksgericht im Zusammenhang mit der Beweislastverteilung und dem Beweismass richtigerweise ausführt, die Rechtsdurchsetzung dürfe dann bzw. dort nicht am Beweismass des strikten Beweises und damit an den Beweisschwierigkeiten scheitern, wenn bzw. wo diese typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (vgl. dazu auch BGE 137 III 255 [E. 4.1.2] und 133 III 153 [E. 3.3]). Richtig erkannt hat das Bezirksgericht dazu, dass ein derart typischer Sachverhalt bei der Willensvollstreckertätigkeit gegeben ist, weil zwar ein Willensvollstrecker eine Stundenaufstellung zur Bestimmung seines Honorars erstellen kann und soll, es ihm indessen naturgemäss nicht möglich ist, im Nachhinein jede einzeln aufgewendete Stunde zu beweisen. Es darf daher auch genügen, wenn er die geleistete Arbeit belegt bzw. beweist, woraus dann auf die sinnvollerweise dafür aufgewandte Zeit geschlossen werden kann, analog dem in BGE 128 III 271 (E.2.b) Skizzierten.

V. Klagerückzug und res iudicata

- Ausgangslage: Art. 241 Abs. 2 ZPO und Art. 65 ZPO
 - Ein vorbehaltloser Klagerückzug hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides und erwächst somit in materieller Rechtskraft
 - Sperrwirkung, soweit identische Parteien und identischer Lebenssachverhalt
- Bei Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage ist das zusätzliche Element der Befristung (Verwirkung) zu beachten

V. Klagerückzug und res iudicata

- Wie verhält es sich bei der keiner Verjährung und Verwirkung unterliegenden Erbteilungsklage?

Beispiel: Auszug aus einem Urteil des Bezirksgerichts Affoltern am Albis vom 22. Dezember 2011:

Mit der Klage im Jahre 2002 verlangten die Kläger die Erbteilung. Diese Klage zogen sie in der Folge zurück. Grundsätzlich entsteht mit Rückzug einer Klage ein Entscheid mit materieller Rechtskraft (res iudicata), was von Amtes wegen zu berücksichtigen ist. Betrifft die Klage eine Erbteilung, ist mit Guldener jedoch davon auszugehen, dass bei Rückzug keine weitergehende Wirkung eingetreten ist, als dass die Parteien fortan eine Erbgemeinschaft bilden (Max Guldener, a.a.O., S. 401). Somit kann auf die vorliegende Erbteilungsklage eingetreten werden...

V. Klagerückzug und res iudicata

Auszug aus GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 401:

Ein Rückzug der Erbteilungsklage kann m.E. keine weitergehenden Wirkungen haben als die Begründung einer Gemeinderschaft oder Gesellschaft zwischen den Erben auf unbestimmte Zeit. Diese Rechtsverhältnisse können auf sechs Monate gekündigt werden.

V. Klagerückzug und res iudicata

Beispiel: Auszug aus einem Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Januar 2013:

Dazu hat die Vorinstanz erwogen, eine prozessuale Erledigung von Erbteilungsklagen ohne Anspruchsprüfung erlange keine materielle Rechtskraft in dem Sinne, dass der Nachlass damit als geteilt gelte. Es sei in einer solchen Situation einfach vom Fortdauern der Erbengemeinschaft auszugehen (Urk. 79 S. 14). Mit dieser Begründung hat die Vorinstanz eine res iudicata verneint und ist auf die Klage eingetreten. Im Berufungsverfahren fechten die Beklagten das Urteil in diesem Punkt nicht an; insbesondere beantragen sie kein Nichteintreten auf die Klage wegen fehlender Prozessvoraussetzungen (Urk. 78). Damit ist die Frage der res iudicata im Berufungsverfahren nicht zu überprüfen.

VI. Der Fachanwalt SAV Erbrecht und das Bundesgericht

Auszug aus Urteil BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013:

... In Anbetracht der klaren Rechtslage (E. 4.3), der Kinderlosigkeit der Ehe zwischen der Erblasserin und dem Vorerben und des Nachlasses der Erblasserin von über 3 Mio. Fr. gemäss notariellem Inventar hätte für die Beschwerdeführerin bereits in der Klageantwort und in der Duplik ausreichend Anlass und Gelegenheit bestanden, sich auf den erheblichen Pflichtteilsanspruch des Vorerben als überlebender Ehegatte (Art. 462 Ziff. 2 i.V.m. Art 471 Ziff. 3 ZGB) zu berufen. Die Beschwerdeführerin hat im Hauptverfahren auch nicht ohne anwaltlichen Beistand prozessiert, sondern einen Fachanwalt „SAV Erbrecht“ mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt. Die nachträglichen Vorbringen erstmals im Beweisverfahren durften deshalb als verspätet für unzulässig erklärt werden...