

Urteil vom 22. Februar 2021

ZK1 2019 28 und ZK2 2019 38

Mitwirkend

Kantonsgerichtsvizepräsidentin lic. iur. Daniela Pérez-Steiner,
Kantonsrichter Pius Schuler, Jörg Meister,
Josef Reichlin und lic. iur. Jeannette Soro,
Gerichtsschreiberin lic. iur. Antoinette Hürlimann.

In Sachen

A._____,
Klägerin und Berufungsführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt **B.**_____,

gegen

1. **C.**_____,
2. **D.**_____,
Beklagte(r) und Berufungsgegner(in),
beide vertreten durch Rechtsanwalt **E.**_____,

betreffend

Erteilung; unentgeltliche Rechtspflege
(Berufung und Beschwerde gegen das Urteil des Bezirksgerichts Höfe vom
15. Mai 2019, ZGO 2017 11);-

hat die 1. Zivilkammer,

nachdem sich ergeben:

A. Am _____ verstarb G. _____ an seinem letzten Wohnsitz in Pfäffikon SZ (ZET 2015 266). Er hinterliess die Nachkommen H. _____, C. _____ und D. _____.

B. Am 31. März 2017 erhob A. _____ (nachfolgend: Klägerin) beim Bezirksgericht Höfe wie folgt Klage gegen C. _____ und D. _____ (nachfolgend: die Beklagten; Vi-act. I):

1. Es sei festzustellen, dass die Klägerin aufgrund der letztwilligen Verfügung (datiert vom 17. März 2013) in Verbindung mit der Ergänzung vom 9. Februar 2015 des Erblassers, G. _____, als eingesetzte Erbin am Nachlass beteiligt und ihr ein Erbschein gem. Art. 559 Abs. 1 ZGB auszustellen ist;
2. Es sei der Nachlass des Erblassers gerichtlich festzustellen. Die Kläger seien dazu in Nachachtung von Art. 610 Abs. 2 ZGB zu verpflichten, ein vollständiges Nachlassinventar einzureichen sowie gemäss Art. 607 Abs. 3 ZGB Auskunft über sämtliche Erbschaftsgegenstände, die sich bereits in ihrem Besitz befinden, und über Schulden gegenüber dem Erblasser zu erteilen;
3. Es sei festzulegen, dass die Klägerin im Umfang der verfügbaren Quote und die Beklagten 1 und 2 lediglich im Umfang ihres Pflichtteils an diesem Nachlass beteiligt sind;
4. Es sei die Erbteilung durchzuführen;
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) gemäss dem Ausgang des Verfahrens.

Des Weiteren ersuchte die Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung. Mit Klageantwort vom 8. Juni 2017 beantragten die Beklagten, die Klage und das Begehren um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung seien abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin (Vi-act. II). Replicando und duplicando hielten die Parteien am 12. März 2018 bzw. 23. Mai 2018 an ihren Anträgen fest (Vi-act. III und IV). Die Klägerin und die Beklagten äusserten

sich sodann mit Stellungnahmen vom 1. Oktober 2018 und 31. Oktober 2018 (Vi-act. V und VI). Am 14. November 18 reichte die Klägerin eine weitere Eingabe ein (Vi-act. VII). Mit Urteil vom 15. Mai 2019 trat das Bezirksgericht auf das Klagebegehren Ziffer 1 nicht ein (Dispositivziffer 1) und wies die Klage im Übrigen ab (Dispositivziffer 2). Ebenso wurde das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung abgewiesen (Dispositivziffer 3). Die Gerichtskosten von Fr. 8'000.00 wurden der Klägerin auferlegt und diese verpflichtet, die Beklagten mit Fr. 9'000.00 zu entschädigen (Dispositivziffern 4 und 5).

C. Gegen die Abweisung des Gesuches um unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung erhob die Klägerin am 31. Mai 2019 Beschwerde beim Kantonsgericht und beantragte, ihr sei in Aufhebung von Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Höfe vom 15. Mai 2019 für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung in der Person des unterzeichneten Rechtsvertreters zu gewähren, unter Kosten- und Entschädigungspflicht des Staates. Im Weiteren ersuchte sie um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das Beschwerdeverfahren (ZK2 2019 38, KG-act. 1). Mit Verfügung vom 3. Juni 2019 erhielt die Klägerin Gelegenheit, das Formular „Auskünfte zur Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege“ auszufüllen und entsprechende Belege einzureichen (KG-act. 3). Mit Eingabe vom 2. Juli 2019 reichte die Klägerin das Formular und weitere Unterlagen ein (KG-act. 7).

D. Am 19. Juni 2019 erhob die Klägerin gegen das Urteil des Bezirksgerichts Höfe vom 15. Mai 2019 sodann Berufung mit folgenden Anträgen (ZK1 2019 28, KG-act. 1):

1. Ziffer 1 und 2 des angefochtenen Urteils seien aufzuheben und es sei

- festzustellen, dass die Klägerin und Berufungsklägerin aufgrund der letztwilligen Verfügung (datiert vom 17. März 2013) in Verbindung mit der Ergänzung vom 9. Februar 2015 des Erblassers, G. _____, als eingesetzte Erbin am Nachlass beteiligt und ihr ein Erbschein gem. Art. 599 Abs. 1 ZGB auszustellen ist;
 - der Nachlass des Erblassers gerichtlich festzustellen. Die Beklagten und Berufungsbeklagten seien dazu in Nachachtung von Art. 610 Abs. 2 ZGB zu verpflichten, ein vollständiges Nachlassinventar einzureichen sowie gemäss Art. 607 Abs. 3 ZGB Auskunft über sämtliche Erbschaftsgegenstände, die sich bereits in ihrem Besitz befinden, und über Schulden gegenüber dem Erblasser zu erteilen;
 - festzulegen, dass die Klägerin und Berufungsklägerin im Umfang der verfügbaren Quote und die Beklagten und Berufungsbeklagten 1 und 2 lediglich im Umfang ihres Pflichtteils an diesem Nachlass beteiligt sind;
 - die Erbteilung durchzuführen;
2. Ziffer 4 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und die Gerichtskosten seien den Berufungsbeklagten aufzuerlegen;
 3. Ziffer 5 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und die Berufungsbeklagten seien zu verpflichten, der [recte: die] Berufungsklägerin aussergerichtlich mit Fr. 20'496.15 zu entschädigen;
 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten.

Im Weiteren beantragte die Klägerin, ihr sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren und das Berufungsverfahren sei mit dem Beschwerdeverfahren ZK2 2019 38 zu vereinigen. Die Beklagten trugen mit Klageantwort vom 16. Juli 2020 auf Abweisung der Berufung an, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin. Weiter beantragten die Beklagten, das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege sei abzuweisen, es sei über deren Gesuch vor Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels zu entscheiden und ihnen sei, sofern das Berufungsverfahren mit dem Beschwerdeverfahren

(gemeint das Beschwerdeverfahren ZK2 2019 38) vereinigt werde, Gelegenheit einzuräumen, eine Beschwerdeantwort einzureichen (KG-act. 6). Mit Eingabe vom 1. November 2019 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zur Berufungsantwort ein (KG-act. 12). Mit Verfügung vom 13. November 2019 setzte die Verfahrensleitung des Kantonsgerichts den Beklagten antragsgemäss Frist zur Stellungnahme zur Eingabe der Klägerin vom 1. November 2019 an mit dem Hinweis, dass diese ausschliesslich im Rahmen des Replikrechts gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts erfolge (KG-act. 14 und 15). Die Beklagten reichten am 19. November 2019 eine Berufungsduplik ein (KG-act. 16), welche der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (KG-act. 19).

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen;-

in Erwägung:

1. Vorliegend focht die Klägerin das erstinstanzliche Erkenntnis in der Hauptsache und betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege je separat mit Berufung bzw. Beschwerde an. Ein Entscheid, mit dem die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen wird, kann mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO). Ob eine separate Beschwerde auch dann erforderlich ist, wenn erstinstanzlich erst im Endentscheid über die unentgeltliche Rechtspflege befunden wurde und gegen den Endentscheid in der Sache selbst ohnehin Berufung erhoben wird, ist in der Lehre teilweise umstritten (vgl. ZK1 2015 41 E. 2 mit Hinweisen auf die Literatur). Die Frage kann jedoch vorliegend offenbleiben, da es sich von der Sache her ohnehin rechtfertigt, die Berufung ZK1 2019 28 und die Beschwerde ZK2 2019 38 gemeinsam zu behandeln. Anzumerken ist, dass

den Beklagten des Hauptprozesses im Beschwerdeverfahren keine Parteistellung zukommt, weshalb ihnen unabhängig von der Verfahrensvereinigung bezüglich der Beschwerde keine Frist zur Beantwortung anzusetzen ist (BGer, Urteile 5A_321/2014 vom 20. August 2014 E. 2.2. und 5A_496/2013 vom 11. September 2013; OG ZH, Beschluss und Urteil PC190021-O/U vom 8. August 2019 E. 2.1).

2. a) Strittig ist, ob der Klägerin die Stellung einer eingesetzten Erbin zukommt. Die Klägerin geht davon aus, dass der Erblasser sie mittels der Testamente vom 17. März 2013 und vom 9. Februar 2015 als Erbin einsetzte. Demgegenüber halten die Beklagten dafür, dass der Erblasser das Testament vom 17. März 2013 wie auch dasjenige vom 28. August 2014 („Testament Klärung“) am 5. Dezember 2014 aufhob und damit keine Erbeinsetzung der Klägerin erfolgte. Ebenso gelangte die Vorinstanz zum Ergebnis, dass der Erblasser die Testamente vom 17. März 2013 und vom 28. August 2014 mit Erklärung vom 5. Dezember 2014 aufhob und somit der Klägerin keine Erbenstellung zukommt (angefocht. Urteil E. 5d/e).

b) Im Testament vom 17. März 2013 ordnete der Erblasser auf der ersten Seite insbesondere Folgendes an (Vi-KB 3; vgl. Dossier ZET 2015 266, Originale):

[...]
3 Es erben meine Kinder C._____ [...] und D._____.
4 Ich setze meine Kinder C._____ und D._____ auf den
Pflichtteil. Die Dadurch frei werdende Quote geht ebenfalls an
meine Lebenspartnerin A._____
5 A._____ [...]
6. Die Dadurch frei werdende Quote geht ebenfalls an meine Lebens-
partnerin A._____ die somit meistbegünstigt ist und ½ meines
Vermögen erbt.
[...]

Auf der zweiten Seite der erwähnten Verfügung bestimmte der Erblasser „im Sinne einer allgemeinen Teilungsvorschrift“, dass die Klägerin jeden ihr

beliebigen Nachlassgegenstand auf Anrechnung an ihren Erbanteil an sich ziehen könne, und erklärte weiter, die Klägerin für sämtliche lebzeitigen Zuwendungen von der Ausgleichung zu befreien und bestimmte Rechtsanwalt I. _____ als Willensvollstrecker. Am 28. August 2014 verfasste der Erblasser eine weitere, eine Seite umfassende letztwillige Verfügung mit der Überschrift „Testament: Klärung“, worin er Folgendes festhielt (Vi-KB 6; vgl. Dossier ZET 2015 266, Originale):

[...]

1. Das handschriftliche Testament vom 17. März 2013 bleibt unter Berücksichtigung der nachstehenden Klärung in allen Punkten aufrecht.
2. Die durch die Pflichtteilssetzung meiner Kinder C. _____ und D. _____ frei werden Quote geht vollumfänglich an meine Lebenspartnerin A. _____, die damit als eingesetzte Erbin gilt. Sie erbt damit $\frac{1}{4}$ meines Nachlasses.

In der als „Testament“ bezeichnenden Verfügung vom 9. Februar 2015 erklärte der Erblasser was folgt (Vi-KB 9; vgl. Dossier ZET 2015 266, Originale):

Meine gesetzlichen Erben setze ich auf den Pflichtteil
Als Willensvollstrecker bestimme ich F. _____

Unbestritten ist ferner, dass der Erblasser auf einer Kopie der zweiten Seite des Testaments vom 17. März 2013 sowie einer Kopie der Verfügung vom 28. August 2014 („Klärung“) handschriftlich den Vermerk „ungültig“ anbrachte, diesen mit dem Datum des 5. Dezember 2014 und seiner Unterschrift versah (Vi-KB 5 und 7; vgl. Dossier ZET 2015 266, Originale).

c) Die Klägerin kritisiert, die Vorinstanz mache es sich zu einfach, wenn sie davon ausgehe, der Erblasser habe im Testament vom 5. Februar 2015 die Beklagten auf den Pflichtteil gesetzt, jedoch bezüglich der frei verfügbaren

Quote nichts angeordnet. Es könne nicht einfach angenommen werden, der Erblasser habe über die verfügbare Quote bewusst nicht verfügt, zumal es sich mutmasslich um einen Nachlass in der Höhe von mehreren Millionen Franken handle. Das Testament vom 5. Februar 2015 mache daher nur als Ergänzung zu einer anderen Verfügung Sinn, mit welcher der Erblasser über die frei verfügbare Quote tatsächlich verfügte. Nur schon der Umstand, dass der Erblasser seine bis in das Jahr 2001 zurückreichenden Testamente aufbewahrt habe, zeige, dass diese noch eine Bedeutung hätten. Dem Erblasser sei wichtig gewesen, dass die Beklagten nur den Pflichtteil erhielten, weshalb er dies im Testament vom 5. Februar 2015 abermals festgehalten habe. Ansonsten stelle das Testament vom 5. Februar 2015 eine Ergänzung zur nach wie vor gültigen ersten Seite des Testaments vom 17. März 2013 dar. Diesbezüglich habe die Vorinstanz unberücksichtigt gelassen, dass das Testament vom 17. März 2013 aus zwei Seiten bestehe, welche der Erblasser je von Anfang bis Ende inklusive der Datumsangabe von Hand geschrieben und beide – nicht nur die letzte – Seiten unterzeichnet habe, sodass jede Seite für sich alleine Bestand haben könne. Weiter habe die Vorinstanz ausser Acht gelassen, dass beide Seiten des Originals des Testaments vom 17. März 2013 nach wie vor unverändert vorliegen würden und der Erblasser auf keiner der beiden Originalseiten einen Ungültigkeitsvermerk angebracht habe. Selbst wenn man davon ausginge, die zweite Seite des Testaments vom 17. März 2013 sei ungültig, hätte die erste Seite nach wie vor Bestand, da sie auch ohne die zweite Seite nachvollziehbar und klare Anordnungen enthalte. Hätte der Erblasser das gesamte Testament vom 17. März 2013 für ungültig erklären wollen, hätte er dies auf dem Original vermerkt oder zumindest beide Seiten kopiert und alsdann darauf den Vermerk „ungültig“ angebracht. Was das Testament vom 28. August 2014 betreffe, habe der Erblasser auch dieses kopiert und darauf den Vermerk „ungültig“ angebracht, was wiederum bedeute, dass das Original nach wie vor Bestand habe. Zu beachten sei auch, dass am 5. Dezember 2014 die Seite 1, mutmasslich aber auch die Seite 2 des Testaments vom 17. März 2013 gültig und folglich die

Erblasserin eingesetzte Erbin gewesen sei. Vom Ungültigkeitsvermerk lediglich auf einer Kopie der „Klärung“ könne nicht geschlossen werden, dass der Erblasser auch die erste Seite des Testaments vom 17. März 2013 habe aufheben wollen. Falsch sei auch, dass nach den Erwägungen der Vorinstanz der Erblasser die Testamente vom 17. März 2013 und 28. August 2014 deshalb habe als ungültig erklären wollen, weil die Klägerin mit einer Whatsapp Nachricht am 1. Dezember 2014 mitgeteilt haben solle, dass sie aus der Liegenschaft des Erblassers ausgezogen sei. Es habe keine Veranlassung bestanden, von der Erbeinsetzung der Klägerin für die verfügbare Quote abzusehen. Es hätten nach wie vor gemeinsame Reisen stattgefunden, die Klägerin habe nach wie vor beim Erblasser gewohnt und dieser habe sich sogar den gemeinsamen Sex in der Agenda notiert. Auch die Beklagten hätten anerkannt, dass die Beziehung erst Ende Mai 2015 geendet habe resp. diese am 9. Februar 2015 noch bestanden habe, zumal der Erblasser für die Klägerin kaum eine Wohnung gemietet und bezahlt hätte, wenn die Beziehung früher geendet hätte (KG-act. 1 S. 11-18; KG-act. 12).

d) Die Beklagten führen aus, aus dem Umstand, dass der Erblasser am 9. Februar 2015 nur über einen Teil seines Nachlasses verfügt habe, könne nicht geschlossen werden, dass danach geforscht werden müsse, wie der Erblasser über den restlichen Nachlass verfügt hätte, denn in diesem Falle greife Art. 481 Abs. 2 ZGB. Festzuhalten sei, dass die Klägerin im Testament vom 9. Februar 2015 nicht einmal andeutungsweise genannt werde und der Erblasser darin keinen Bezug auf frühere Testamente nehme. Sodann sei nicht erkennbar, dass die Aufbewahrung des Testaments vom 17. März 2013 deshalb erfolgt sei, weil der Erblasser gerade dieses mit seinem letzten Testament von 2015 habe ergänzen wollen. Es treffe im Weiteren nicht zu, dass die beiden Seiten des Testaments vom 17. März 2013 eigenständige Verfügungen darstellten, weil die erste Seite vom Erblasser mit einer blossen Signatur am Anfang der Seite gar nicht rechtsgenügend unterzeichnet worden sei. Hinzu käme, dass sich das Testament vom 17. März 2013 und die

„Klärung“ vom 28. August 2014 schon rein rechnerisch nicht vereinbaren liessen, was bedeute, dass es (auch) ersetzt und nicht bloss ergänzt worden sei. Gegen eine blosser Ergänzung des Testaments vom 17. März 2013 durch dasjenige vom 9. Februar 2015 spreche auch, dass, angenommen, man ginge mit der Klägerin davon aus, der Erblasser bloss die zweite Seite des Testaments vom 17. März 2013 für ungültig erklärt habe, folglich die erste Seite mit der Pflichtteilssetzung der Kinder weiterhin Bestand hätte, gar keine Notwendigkeit bestanden hätte, eben diese erneut anzuordnen. Somit hätte der Erblasser die Pflichtteilssetzung der Kinder wiederholt, nicht aber die Erbeinsetzung der Klägerin. Alsdann begründe die Klägerin nicht, weshalb der Widerruf eines Testaments auf einer Kopie eines Testaments unwirksam sein solle, zumal der Erblasser dies handschriftlich mit Datum und Unterschrift getan habe. Auffällig sei schliesslich, dass der Erblasser am 9. Februar 2015 nicht nur sein letztes Testament niedergeschrieben, sondern gleichentags den Mietvertrag für die Wohnung der Klägerin unterzeichnet habe (Vi-BB 5). Das zeige, dass der Erblasser an diesem Tag an die Klägerin gedacht habe, und nicht gesagt werden könne, er habe sie im Testament von demselben Tag versehentlich nicht erwähnt. Nicht zu berücksichtigen seien schliesslich die verschiedenen aussertestamentarischen Tatsachen (Reisen, gemeinsames Wohnen, Geschlechtsverkehr). Letztlich sei nicht auszuschliessen, dass der Erblasser den Beklagten nicht den ganzen Nachlass habe vererben wollen, allerdings könne daraus ohne weiteres auch geschlossen werden, dass er beabsichtigt habe, später noch jemand anderes einzusetzen (KG-act. 6 S. 8-18; KG-act. 16).

e) Testamente bzw. letztwillige Verfügungen können vom Erblasser durch Widerruf (Art. 509 ZGB), spätere Verfügung (Art. 511 ZGB) oder Vernichtung (Art. 510 ZGB) aufgehoben werden (CHK-A. Dorjee-Good, 3. A., N 2 zu Art. 509-511 ZGB). Der Widerruf hat in einer der in den Art. 499 ff. ZGB genannten Formen zu erfolgen, wobei der Erblasser in der Wahl der Form grundsätzlich frei, das heisst nicht an die Errichtungsform des zu

widerrufenden Testaments gebunden ist (Widerrufstestament bzw. Widerruf im engeren Sinne; Art. 509 Abs. 1 ZGB; BSK ZGB II-Breitschmid, 6. A., N 3 f. zu Art. 509-511 ZGB; Lenz, in: Abt/Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, 4. A., N 3 zu Art. 509 ZGB). Des Weiteren ist es dem Erblasser möglich, seine letztwillige Verfügung aufzuheben, indem er eine spätere Verfügung von Todes wegen oder unter Lebenden trifft. Hierbei handelt es sich um konkludente Aufhebungsformen (Lenz, in: Abt/Weibel, a.a.O., N 1 zu Art. 511 ZGB). Werden mehrere Anordnungen von Todes wegen aufgefunden, so tritt nach der gesetzlichen Vermutung die jüngere an die Stelle der älteren, soweit sie sich nicht zweifellos als deren blosser Ergänzung darstellt (Art. 511 Abs. 1 ZGB). Schliesslich kann der Testator seine letztwillige Verfügung nach Art. 510 Abs. 1 ZGB auch durch Vernichtung der Urkunde aufheben, das heisst durch Zerreißen, Verbrennen, Wegwerfen, Unleserlichmachen etc. (faktischer Widerruf; BSK ZGB II-Breitschmid, N 5 zu Art. 509-511 ZGB; Lenz, a.a.O., N 4 zu Art. 510 ZGB). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt eine (unbestrittenermassen vom Erblasser stammende) Streichung eines einzelnen von mehreren Vermächtnissen (ohne dass der gestrichene Text unleserlich geworden wäre) als Vernichtung im Sinne von Art. 510 Abs. 1 ZGB und nicht als formmangelhafte Widerrufsverfügung nach Art. 509 Abs. 1 ZGB (BSK ZGB II-Breitschmid, N 6 zu Art. 509-511 mit Hinweis auf BGE 116 II 411). Ausdrücklich offen liess das Bundesgericht in zitierten Entscheid, ob das Anbringen von Ungültigkeitsvermerken wie beispielsweise „ungültig“, „annuliert“ oder „widerrufen“ ebenfalls unter die Vernichtung gemäss Art. 510 Abs. 1 ZGB fällt und mithin ohne Einhaltung der für den Widerruf im engeren Sinne erforderlichen Formvorschriften gemäss Art. 509 Abs. 1 i.V.m. Art. 499 ff. ZGB gültig ist (BGE 116 II 411 E. 8; Wolf/Wild, Zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch Vernichtung, in: *successio* 2010 S. 79; Breitschmid, in: SZW 1991 S. 263). In der Lehre ist die Frage umstritten (vgl. dazu Wolf/Wild, a.a.O., S. 79 f.; Breitschmid, a.a.O., S. 263).

f) Zu klären ist zunächst, wie das Anbringen des handschriftlichen Vermerks „ungültig“ – nebst Unterschrift und Datierung – auf einer Kopie der zweiten Seite des Testaments vom 17. März 2013 sowie einer Kopie der Verfügung vom 28. August 2014 („Klärung“) rechtlich zu würdigen ist. Qualifizierte man das Anbringen des Ungültigkeitsvermerks auf den Kopien (und nicht auf den Originalurkunden) als Vernichtungshandlungen im Sinne von Art. 510 Abs. 1 ZGB, so hätte der Erblasser damit lediglich die besagten Kopien, aber nicht die (Original-)Urkunden selbst vernichtet, welche unbestrittenermassen noch vorhanden sind bzw. zur Eröffnung eingereicht wurden. Soll aber der Widerruf eines Testaments bewirkt werden, muss das Original vernichtet werden; die Vernichtung einer Abschrift oder Kopie führt nicht zur Aufhebung der Verfügung (BSK ZGB II-Breitschmid, N 5 zu Art. 509-511 ZGB mit Hinweis auf BGE 83 II 500, Regeste, sowie ZK-Escher, N 2 zu Art. 510 ZGB). Insofern scheidet in casu die Variante der Vernichtung aus resp. ergibt sich aus dieser Perspektive, dass der Bestand der Verfügungen vom 17. März 2013 und vom 28. August 2014 durch das Anbringen von Ungültigkeitsvermerken auf Kopien bzw. einer Kopie der zweiten Seite des Testaments vom 17. März 2013 und auf einer Kopie des Testaments (Klärung) vom 28. August 2014 nicht tangiert ist. Ginge man hingegen davon aus, dass das Anbringen des Ungültigkeitsvermerks auf den Kopien als Widerruf nach Art. 509 ZGB anzusehen ist, ist zu prüfen, ob dies formgültig erfolgte. Nach der hier in Frage kommenden Bestimmung betreffend die eigenhändige Verfügung ist diese vom Erblasser von Anfang bis zu Ende mit Einschluss der Angabe von Jahr, Monat und Tag der Errichtung von Hand niederzuschreiben sowie mit seiner Unterschrift zu versehen (Art. 505 Abs. 1 ZGB). Das Testament muss also auch *inhaltlich* von Anfang bis Ende vom Testator niedergeschrieben sein (ZK-Escher, N 10 zu Art. 505 ZGB). Eigenhändig bedeutet „von der Hand des Testators“, das heisst, durch dessen mechanische Schreibtätigkeit. Maschinenschrift ist ausgeschlossen (BK-Tuor, N 9 zu Art. 505 ZGB; BGer, Urteil 5A_131/2015 vom 26. Mai 2015 E. 4). Vorliegend datierte der Erblasser seine Vermerke „ungültig“ zweifellos von

Hand und versah sie unstrittig mit seiner eigenen Unterschrift. Allerdings tat er dies bekanntlich lediglich auf einer Kopie, nicht auf den Originalurkunden. Zu beachten ist dabei, dass nur der Vermerk „ungültig“ sowie Datum und Unterschrift handschriftlich erfolgten. Von der Eigenhändigkeit nicht erfasst ist aber der Inhalt bzw. Gegenstand des Widerrufs, nämlich die Spezifizierung der als ungültig zu erklärenden Testamente, da die Vermerke nur auf Kopien der Originalverfügungen erfolgten. Anders gesagt hätte der Erblasser entweder den Ungültigkeitsvermerk auf dem von ihm zuvor eigenhändig verfassten Originalurkunden anbringen oder aber handschriftlich erklären müssen, „*Das Testament vom (...) ist ungültig*“. Indem aber einzig das Wort „ungültig“ von Hand geschrieben wurde, fehlt die Einhaltung der Form hinsichtlich des vollständigen Inhalts des Widerrufstestaments. Mithin liegt ein formungültiger Widerruf vor. Als Zwischenfazit ergibt sich somit, dass das Testament vom 17. März 2013 und die letztwillige Verfügung vom 28. August 2014 mittels der Vermerke vom 5. Dezember 2014 in ihrem Bestand unberührt blieben, unabhängig davon, ob von einem Widerruf im engeren Sinn oder einer Vernichtung ausgegangen wird. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob der auf der Kopie des Testaments vom 17. März 2013 angebrachte Ungültigkeitsvermerk beide Seiten oder nur die zweite Seite der Verfügung erfassen würde.

g) In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, wie die letztwilligen Verfügungen vom 17. März 2013 und vom 28. August 2014 im Verhältnis zum Testament vom 9. Februar 2015 zu sehen sind. Konkret stellt sich die Frage, ob mit der Errichtung des Testaments vom 9. Februar 2015 die älteren beiden Verfügungen konkludent aufgehoben wurden oder ob es als blosse Ergänzung derselben zu verstehen ist, wie dies von der Klägerin postuliert wird.

aa) Wie vorstehend unter E. 2e bereits erwähnt, tritt nach der gesetzlichen Vermutung von Art. 511 Abs. 1 ZGB bei mehreren Anordnungen von Todes

wegen die jüngere an die Stelle der älteren, soweit sie sich nicht zweifellos als deren Ergänzung darstellt. Eine spätere Verfügung hebt eine frühere selbst dann vermutungsweise auf, wenn die beiden Verfügungen materiell miteinander vereinbar und nebeneinander ausführbar wären. Der Wille des Erblassers ist durch Auslegung zu ermitteln. Die Rechtsprechung stellt wegen des Gesetzeswortlauts („zweifellos“) strenge Anforderungen an den Nachweis, dass die jüngere Verfügung blosser Ergänzung der älteren sei, wobei sich Gegengründe aus dem Wortlaut, Sinn und Gestaltung der Testamentsurkunde, aber auch aus Testamentsexterna ergeben können (BSK ZGB II-Breitschmid, N 7 zu Art. 509-511 ZGB; CHK-A. Dorjee-Good, N 8 zu Art. 509-511 ZGB; Lenz, a.a.O., N 2 zu Art. 511 ZGB).

bb) Was den Wortlaut des Testaments vom 9. Februar 2015 angeht, wird die Klägerin darin nicht erwähnt (zur Andeutungsregel vgl. Zeiter, in Abt/Weibel, a.a.O., Vorbem. zu Art. 467 ff. N 20 ff.). Auch nahm der Erblasser keinerlei Bezug auf frühere Verfügungen, namentlich nicht auf das Testament vom 17. März 2013. Es fehlt zwar eine explizite Erklärung, wonach vorherige Verfügungen aufgehoben würden, was jedoch nichts daran ändert, dass aufgrund der gesetzlichen Vermutung nach wie vor die jüngere anstelle der älteren Verfügung(en) tritt. Es wurde sodann weder behauptet noch sind entsprechende Hinweise dafür den Akten zu entnehmen, dass dem Erblasser die ungültige Aufhebung der Verfügungen vom 17. März 2013 und vom 28. August 2014 bewusst gewesen wäre. Der Umstand, dass der Erblasser die Ungültigkeitsvermerke auf den beiden Verfügungen datierte und unterzeichnete, lässt darauf schliessen, dass er diese tatsächlich aufheben wollte, offenbar in der Meinung, es sei ausreichend, den Vermerk auf einer Kopie anzubringen. Die unbestrittene Tatsache, dass der Erblasser sämtliche Verfügungen von Todes wegen aufbewahrte, lässt entgegen der Ansicht der Klägerin nicht den unzweifelhaften Schluss zu, dass er die Verfügungen vom 17. März 2013 und vom 28. August 2014 weiterhin als gültig betrachtete. Naheliegender erscheint nämlich, dass der Erblasser diese offenbar der

Ordnung halber behielt. Etwas Anderes ist nicht ersichtlich, zumal auch weitere ältere Verfügungen aufbewahrt wurden, welche später aufgehoben wurden und keine Rolle mehr spielen. Hätte der Erblasser die Verfügungen vom 17. März 2013 und vom 28. August 2014 selber noch als gültig betrachtet, wäre fraglich, wenn nicht sinnwidrig, dass er mit dem Testament vom 9. Februar 2015 seine Nachkommen nochmals auf den Pflichtteil setzte, auch wenn ihm dieser Punkt wichtig gewesen sein mag. Vielmehr hätte es, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ausgereicht, lediglich den Willensvollstrecker neu zu bestimmen (vgl. angefocht. Urteil E. 5e S. 16). Aber selbst wenn der Erblasser im Zeitpunkt des Verfassens des Testaments vom 9. Februar 2015 gewusst hätte, dass die Verfügungen vom 17. März 2013 und vom 28. August 2014 noch in Kraft sind, das heisst, er diese möglicherweise erst im Sinne einer unverbindlichen Notiz quasi „für sich“ für ungültig erklärt hatte, müsste angenommen werden, dass er in Nachachtung von Art. 511 Abs. 1 ZGB ein neues Testament schreiben wollte mit der Folge, dass dieses an die Stelle aller bisheriger Verfügungen tritt, ohne dass dies explizit zu vermerken wäre. Da der Erblasser unbestrittenermassen rechtlich beraten war, kann angenommen werden, dass ihm die erwähnte Regel bekannt war. Wie erwähnt, finden sich im Text des Testaments vom 9. Februar 2015 keine Anhaltspunkte, die dieses lediglich als Ergänzung zu den früheren Verfügungen erscheinen liessen. Soweit schliesslich die Klägerin und der Erblasser auch nach dem 5. Dezember 2014 bzw. dem 9. Februar 2015 noch gemeinsame Aktivitäten unternahmen, die Klägerin sich noch in der Liegenschaft des Erblassers aufhielt und sie sexuelle Kontakte pflegten (Vi-KB 27-29, 34), vermögen diese Umstände nicht den Ausschlag dafür zu geben, dass das Testament vom 9. Februar 2015 als blosser Ergänzung der Verfügungen vom 17. März 2013 und vom 28. August 2014 anzusehen wäre. Denn – und dies bestreitet die Klägerin nicht – schien ihre Beziehung mit dem Erblasser spätestens ab Februar 2015 nicht mehr gefestigt (siehe Miete einer Wohnung für die Klägerin durch den Erblasser am selben Tag, als er das Testament verfasste, also am 9. Februar 2015, Vi-BB 5), was deutlich gegen

eine Intention des Erblassers spricht, die Klägerin (wie bis anhin) begünstigen zu wollen. Hinzu kommt, was seitens der Klägerin ebenso unbestritten blieb, dass der Erblasser, als er das Testament vom 9. Februar 2015 verfasste, nicht mit seinem baldigen Ableben rechnen musste, und von daher gesehen für ihn keine Eile bestand, über die frei verfügbare Quote zu testieren. Die Beklagten führen schliesslich zutreffend aus, dass die frei verfügbare Quote, so denn eine diesbezügliche Verfügung fehlt, an die gesetzlichen Erben geht (vgl. Art. 481 Abs. 2 ZGB; KG-act. 6 S. 8). Dass die gesetzlichen Erben im vorliegenden Fall die Nachkommen des Erblassers sind, denen er an sich nur den Pflichtteil zukommen lassen wollte, mag wohl seiner Absicht widersprechen. Allerdings steht nicht fest und kann insbesondere nicht zweifelsfrei aus dem Testamentstext und den Umständen entnommen werden, dass der Erblasser beabsichtigte, die freie Quote auch der Klägerin zukommen zu lassen. Ebenso gut könnte er nämlich ins Auge gefasst haben, zu einem späteren Zeitpunkt eine oder mehrere andere Personen im Rahmen der verfügbaren Quote begünstigen zu wollen. Demnach vermag die Klägerin mit ihren Vorbringen die gesetzliche Vermutung von Art. 511 Abs. 1 ZGB nicht umzustossen.

h) Nach dem Gesagten verneinte die Vorinstanz die Erbenstellung der Klägerin zu Recht. Bei diesem Ergebnis ist das Begehren der Klägerin auf Feststellung der Erbenstellung so oder so abzuweisen, unbesehen davon, ob für eine selbständige Feststellungsklage überhaupt das erforderliche schutzwürdige Interesse gegeben wäre. Wie die Vorinstanz des Weiteren zutreffend erwog und im Übrigen auch die Klägerin im Grundsatz nicht bestritt, verfügt sie mangels Stellung einer eingesetzten Erbin gegenüber den Erben über keine Informationsrechte (angefocht. Urteil E. 5a mit Hinweis auf Weibel, in Abt/Weibel, a.a.O., Vorbem. zu Art. 607 ff. ZGB N 20). Da die Klägerin nicht darlegte, inwiefern ihr solche Informationsrechte auch ohne Vorliegen der Erbenstellung zustehen (KG-act. 1 S. 10 f.), ist auf diesen Berufungsantrag mangels Begründung ohnehin nicht einzugehen. Dasselbe gilt für den Antrag

betreffend Ausstellung einer Erbescheinigung. Die Vorinstanz trat darauf mangels Zuständigkeit und gleicher Verfahrensart nicht ein (angefocht. Urteil E. 4 mit Hinweis auf § 2 lit. c Ziff. 3 EGzZGB i.V.m. § 41a EGzZGB und Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 90 ZPO e contrario). Hiermit setzte sich die Klägerin jedoch nicht auseinander und legte ebenso nicht dar, weshalb ihr trotz nicht bestehender Erbenstellung eine Erbescheinigung auszustellen ist, weshalb sich weitere Erörterungen dazu ebenfalls erübrigen.

3. Die Klägerin verwehrt sich gegen die von der Vorinstanz verweigerte Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

a) Eine Person hat nach Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören nicht nur die Einkommens-, sondern auch die Vermögensverhältnisse. Bei der Bestimmung der Bedürftigkeit ist nicht von hypothetischen, sondern von den tatsächlichen finanziellen Verhältnissen auszugehen. Die Berücksichtigung von allfälligem Vermögen setzt voraus, dass dieses im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs tatsächlich vorhanden und verfügbar ist. Die unentgeltliche Rechtspflege darf nicht deshalb verweigert werden, weil die gesuchstellende Person ihre Mittellosigkeit selbst verschuldet hat. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege steht indessen unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Die unentgeltliche Rechtspflege ist zu verweigern, wo die gesuchstellende Person gerade im Hinblick auf den zu führenden Prozess auf ein Einkommen verzichtet oder sich gewisser Vermögenswerte entäussert hat, nur um auf Staatskosten zu prozessieren (BGer, Urteil 5A_863/2017 vom 3. August 2018 E. 3.2 mit zahlreichen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

b) Die Klägerin macht geltend, die Vorinstanz habe ihr fälschlicherweise Rechtsmissbrauch unterstellt. Sie habe nicht zum Zweck der Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege ihr Vermögen verbraucht oder auf die Erzielung eines Einkommens verzichtet. Ende 2014 habe sie zwar über ein Vermögen von Fr. 100'000.00 verfügt, jedoch habe sie dieses bis zur Einreichung der Klage Ende März 2017 zur Deckung ihres täglichen Bedarfs verwendet. Sie sei während des Zusammenseins mit dem Erblasser stets von diesem finanziert worden und daher keiner Arbeit nachgegangen. Sie sei auch nicht gehalten gewesen, nach dem Tod des Erblassers eine Stelle zu suchen um den vorliegenden Prozess zu finanzieren (ZK2 2019 38, KG-act. 1 S. 5 ff.). Dieser Ansicht ist aus den nachfolgenden Gründen nicht zu folgen. Die Klägerin wusste spätestens nach Erhalt der Verfügung ZET 2015 266 vom 31. Dezember 2015 betreffend Testamentseröffnung Anfang Januar 2016, dass ihr zumindest aufgrund der vorläufigen Prüfung durch den Eröffnungsrichter keine Berechtigung am Nachlass zusteht. Spätestens ab diesem Zeitpunkt konnte sie sich mit anderen Worten gesagt nicht mehr darauf verlassen, dass sie, wie sie im Gesuch ausführte, nach dem Tod des Erblassers erben würde und sich finanziell keine Sorgen machen müsse (Vi-act. I S. 11 f.). Dass sie überhaupt grundsätzlich auf diese Zusage bauen konnte, erscheint allerdings spätestens ab dem 9. Februar 2015 fraglich, als der Erblasser für sie eine Wohnung mietete und die Klägerin in der Folge offenbar nicht mehr dauerhaft mit ihm zusammenlebte. Dennoch hielt es die Klägerin auch nach der Testamentseröffnung noch nicht für nötig, eine Arbeit zu suchen resp. ebenso macht sie nicht geltend, es sei ihr nicht gelungen eine Stelle zu finden. Weiter führte die Klägerin im Gesuch aus, sie sei sich einigen Standard gewohnt und habe daher keiner Erwerbstätigkeit nachgehen müssen (Vi-act. I S. 11). Daraus vermag sie nichts zu ihren Gunsten abzuleiten, zumal sie, wie erwähnt, spätestens Anfang Januar 2016 und nicht erst im März 2019 (ZK2 2019 38, KG-act. 1 S. 7) eine Anstellung hätte suchen müssen und können. Vor diesem Hintergrund kommt der Effektivitätsgrundsatz nicht zum Tragen. Es sind denn auch keine Gründe ersichtlich oder werden aufgezeigt, weshalb

die Klägerin erst im Frühjahr 2019 eine Erwerbstätigkeit aufnahm resp. weshalb sie während dieser dreier Jahre keine entsprechenden Arbeitsbemühungen unternahm oder unternehmen konnte. Insofern erweist sich das Gesuch ausserdem als unzureichend begründet. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Klägerin gemäss ihren Angaben seit dem 8. März 2019 ein durchschnittliches monatliches Einkommen von Fr. 2'000.00 netto erzielt (ZK2 2019 38, KG-act. 1 S. 11), unabhängig davon, dass grundsätzlich die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung massgebend sind. Somit ist, zusätzlich zur mangelhaften Begründung, nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz rechtsmissbräuchliches Verhalten annahm.

c) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Begehren sodann als aussichtslos anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie – zumindest vorläufig – nichts kostet (BGer, Urteil 4A_104/2019 E. 4 mit Hinweis auf BGE 142 III 138). Unabhängig davon, ob das Testament vom 17. März 2013 und dessen „Klärung“ als aufgehoben betrachtet werden, wie dies die Vorinstanz tat, oder ob die Aufhebung dieser Verfügungen erst durch das Testament vom 9. Februar 2015 erfolgte, erscheint die Position der Klägerin als aussichtslos. Valable Gewinnaussichten für die Klägerin würden selbst im für sie günstigeren Fall, das heisst bei Annahme einer formungültigen Aufhebung, wie dies die Zivilkammer des Kantonsgerichts tat, nur bestehen, wenn gewichtige Gründe für die Entkräftung der Vermutung von Art. 511 Abs. 1 ZGB behauptet und erstellt wären. Dem ist jedoch nicht so. Denn dem Wortlaut des Testaments

vom 9. Februar 2015 lassen sich nicht einmal andeutungsweise Anhaltspunkte für die Annahme einer Ergänzung entnehmen. Wie dargelegt wurde, vermögen der Inhalt sowie Sinn und Zweck ebenso wenig für eine Begünstigung der Klägerin zu sprechen. Schliesslich erweisen sich auch die von der Klägerin vorgebrachten Testamentsexterna als nicht geeignet bzw. gewichtig genug, um die Vermutung der konkludenten Aufhebung früherer Verfügungen nur schon anzuzweifeln.

4. Zusammenfassend sind die Berufung und die Beschwerde abzuweisen. Diesem Verfahrensausgang entsprechend trägt die Klägerin die Kosten des vereinigten Berufungs- und Beschwerdeverfahrens (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Wie vorstehend unter E. 3c ausgeführt, erweisen sich die Klage und aus denselben Gründen auch die ergriffenen Rechtsmittel als aussichtslos, weshalb die Gesuche der Klägerin auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungs- und das Beschwerdeverfahren abzuweisen sind (Art. 117 lit. b ZPO) resp. offenbleiben kann, ob Mittellosigkeit im Rechtsmittelverfahren zwischenzeitlich gegeben wäre. Alsdann hat die Klägerin die Beklagten für das Berufungsverfahren angemessen zu entschädigen. Nach § 11 GebTRA beträgt das Honorar im Berufungsverfahren 20 bis 60 % der in den §§ 8 und 9 festgesetzten Ansätze, wobei der noch vor der Berufungsinstanz in Frage kommende Streitwert massgebend ist. Das von der Vorinstanz festgesetzte Honorar von Fr. 9'000.00 blieb unangefochten oder anders gesagt wurden keine Einwände dagegen vorgebracht, weshalb dieses der Bemessung im Rechtsmittelverfahren zugrunde zu legen ist. Unter Berücksichtigung dessen, dass die Beklagten im Berufungsverfahren zwei Rechtsschriften einreichten und in Nachachtung der allgemeinen Kriterien von § 2 Abs. 1 GebTRA – das heisst insbesondere der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit und des notwendigen Zeitaufwands – ist die Entschädigung ermessensweise auf 50 % des vorinstanzlich zugesprochenen Honorars, das heisst Fr. 4'500.00 festzusetzen (inkl. Auslagen und MWST; vgl. § 2 Abs. 2 GebTRA);-

erkannt:

1. Die Verfahren ZK1 2019 28 und ZK2 2019 38 werden vereinigt.
2. Die Berufung und die Beschwerde werden abgewiesen und das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Höfe vom 15. Mai 2019, soweit angefochten, bestätigt.
3. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im vereinigten Berufungs- und im Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
4. Die Kosten des vereinigten Berufungs- und Beschwerdeverfahrens werden auf Fr. 5'000.00 festgesetzt und der Klägerin auferlegt.
5. Die Klägerin hat die Beklagten für das Berufungsverfahren mit Fr. 4'500.00 (inkl. Auslagen und MWST) zu entschädigen.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht in Lausanne eingereicht werden; die Beschwerdeschrift muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.00.

7. Zufertigung an Rechtsanwalt B._____ (2/R), Rechtsanwalt E._____ (3/R), die Vorinstanz (1/A) sowie nach definitiver Erledigung an die Vorinstanz (1/R, mit den Akten) und die Kantonsgerichtskasse (1/ü, im Dispositiv).

Namens der 1. Zivilkammer
Die Kantonsgerichtsvizepräsidentin

Die Gerichtsschreiberin

Versand

25. Februar 2021 kau